

A DECISÃO INTERLOCUTÓRIA COM CONTEÚDO DE SENTENÇA EM ÂMBITO RECURSAL E O DIREITO AO TRATAMENTO ISONÔMICO DOS RECORRENTES

THE INTERLOCUTORY DECISION HAVING SENTENCE CONTENT REGARDING APPEAL AND THE APPEALER'S RIGHT TO ISONOMIC TREATMENT

Ricardo Carneiro Neves Júnior¹

Hélio João Pepe de Moraes²

RESUMO

O advento da Lei n.º 11.232/05 alterou o conceito de sentença para viabilizar a existência de sentenças parciais e a fase de cumprimento de sentença. Entretanto, parcela da doutrina e jurisprudência, contrariando a intenção do legislador, permaneceram entendendo ser o critério definidor da sentença como o topológico e não seu conteúdo. Por meio de uma análise das figuras do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal, verifica-se que não é permitida a perduração de divergências sobre o direito processual. De igual modo, não seria possível existir um conceito de sentença que conferisse tratamento antiisonômico, permitindo que uma decisão fosse atacável por dois recursos diversos quando proferidas em momentos diferentes, mas isto acabaria por impossibilitar a utilização de direitos garantidos aos recorrentes. Concluiu-se que a sentença é ato do juiz que contiver uma das situações dos artigos 267 e 269 do CPC, sendo cabível o recurso de apelação mediante a abertura de um novo caderno processual incidental, garantindo, assim, o direito ao prazo de quinze dias, à sustentação oral, aos embargos infringentes e a não retenção do recurso excepcional.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Devido Processo Legal. Igualdade. Sentença. Recurso.

ABSTRACT

The enactment of Law no. ° 11.232/05 changed the concept of sentencing to enable the existence of partial sentences and the sentencing phase of fulfillment. However, part of the

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Integrada de Vitória – FDV. Cursando L.L.M. em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Advogado militante.

² Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado militante.

doctrine and jurisprudence, contrary to the intention of the legislator, remained understood to be the defining criteria of the sentence as the topological and not its content. Through an analysis of the figures of the democratic rule of law and due process, it turns out that it is not permitted to have disagreements on procedural law. Similarly, it would not be possible to have a concept of sentence that would provide treatment antiisonômico, allowing a decision to be attackable by two different resources when uttered at different times, but this would eventually preclude the use of rights guaranteed to the applicants. It was concluded that the sentence is the judge who act contains one of the situations of articles 267 and 269 of the CPC, with the appropriate appeal by opening a new notebook incidental procedural, thus ensuring the right to a period of fifteen days , the oral arguments, embargoes infringing and not retaining exceptional resource.

KEYWORDS: Democratic State of Law. Due Process of Law. Equality. Sentence. Appeal.

INTRODUÇÃO

O sistema processual brasileiro, em especial o Código de Processo Civil (CPC), passou por inúmeras modificações nas últimas décadas, como se infere do seu texto atual é possível detectar inúmeras reformas implementadas no códex. Devendo um novo Código de Processo Civil, que já está sendo democraticamente discutido através do projeto de Lei nº 166/10³.

A fim de elucidar tal situação, basta lembrar o advento da antecipação de tutela (CPC, Art. 273) e a regulamentação da concessão das obrigações fazer, não-fazer e dar (CPC, Art. 461 e 461-A) pela Lei n.º 8.952/94, a possibilidade do julgamento antecipado do pedido incontroverso (CPC, 273, §6º) pela Lei n.º 10.444/02 e a possibilidade de se exigir o cumprimento da sentença nos mesmos autos do processo de conhecimento consoante Lei n.º 11.232/05 (CPC, 475-J).

Nada obstante, também foi objeto de alteração, pela Lei n.º 11.232/05, o §1º do art. 162 e o *caput* dos artigos 267 e 269 todos do CPC, fazendo significantes modificações no trato processual.

³ Texto provisório disponível em:< <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em: 09 de setembro de 2013.

Isto porque anteriormente, o legislador conceituava sentença como “[...] o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa” (redação original do §1º do art. 162 do CPC).

Por seu turno, os artigos 267 e 269 do CPC, que detinham as hipóteses de prolação da sentença, estabeleciam que o processo seria **extinto** com ou sem julgamento do mérito dependendo das hipóteses ali elencadas.

Em contrapartida, o advento da Lei n.º 11.232/05 modificou como o legislador definia a sentença, a qual passou a ser “[...] **o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei**” (Redação dada pelo Lei nº 11.232, de 2005).

Neste contexto, os artigos 267 e 269 também foram alterados pela Lei n.º 11.232/05, sendo que aquele mandamento legal conservou a expressão de extinção do processo porém contendo a expressão *sem resolução de mérito*, enquanto este passou a elencar as hipóteses em que haverá a *resolução de mérito*.

A questão aqui que exsurge: sendo sentença qualquer dos atos do juiz que demonstre a ocorrência das hipóteses dos arts. 267 e 269 do CPC, caso o juiz não tenha esgotado sua atividade jurisdicional, havendo pedido ou o mérito ainda a ser decidido em outro capítulo da demanda, qual a natureza jurídica do ato que decide com base nos arts. 267 e 269 do CPC?

Ressalta-se, como bem anota Bruno Silveira de Oliveira (OLIVEIRA, 2011, pg. 213), que essa ocorrência só é possível diante do acumulo de pedidos. Aliás, na mesma obra o autor já tratou da questão que nos defrontamos, contudo preferiu avaliar, com certa razão, pela lógica teórica da substancialidade do ato recursal praticado pugnando pela flexibilização do conceito *nomem iuris* no juízo de identificação das demandas e recursos.

Não desconsideramos que esse é um caminho aplicável, mas apesar da teoria bem firmada sobre a questão, na prática estamos longe de pacificar a questão, o que justifica nossa releitura.

Assim, as respostas a tais perguntas dependerão de uma análise por meio de uma interpretação ao longo do tempo do conceito de sentença, a compreensão dos recursos cabíveis e os efeitos que decorrem de tais recursos, mediante uma análise da posição da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, além de tudo, os direitos decorrentes da utilização da via recursal.

Inobstante a discussão doutrinária sobre a classificação e enquadramento de determinadas figuras jurídicas como recurso, utilizaremos o rol de recursos contido no art. 496 do CPC⁴.

Embora o legislador tenha tipificados os recursos existentes no Código de Processo Civil, cada um destes recursos possui função diferente, objeto diverso e variadas competências de julgamento.

Acontece que aqueles que importam ao presente estudo, em primeira análise, são os recursos de apelação e de agravo de instrumento, já que a problemática aqui examinada decorre de um ato praticado pelo juiz de primeiro grau, enquanto que os atos dos julgadores que englobam um colegiado desafiam outro tipo de recurso, mas destinado a ser julgado pelo colegiado que eles pertencem.

De qualquer sorte, está disposto no âmbito do CPC o Capítulo VII do Livro I que regulamenta exatamente o procedimento que os recursos tomarão quando estiverem nos Tribunais, isto é, a forma como os recursos terão processamento junto aos Tribunais, denominado de Ordem dos Processos no Tribunal.

Dentre tais regulamentações, há que se lembrar a existência da figura do **revisor** (art. 551) desde que o processo verse sobre recurso de apelação, embargos infringentes ou ação rescisória.

Além disso, dispõe o art. 554 do CPC a possibilidade da parte em realizar a sustentação oral das razões do recurso, desde que o recurso não seja embargos declaratórios ou agravo de instrumento. De igual modo é o que dispõe o regimento interno do STJ (Art. 159, RISTJ⁵) e do STF (Art. 131, RISTF⁶).

⁴ Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos:

I - apelação;

II - agravo;

III - embargos infringentes;

IV - embargos de declaração;

V - recurso ordinário;

VI - recurso especial;

VII - recurso extraordinário;

VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

⁵ Art. 159. **Não haverá sustentação oral no julgamento de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar.**

§ 1º Nos demais julgamentos, o Presidente da Corte Especial, da Seção ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação de suas alegações.

§ 2º Se o representante do Ministério Público estiver agindo como fiscal da lei, fará uso da palavra após o recorrente e o recorrido. [grifo nosso]

⁶ Art. 131. Nos julgamentos, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral.

§ 1º O assistente somente poderá produzir sustentação oral quando já admitido.

Some-se a isto, a hipótese prevista no §3º do art. 542 do CPC⁷ que estipula a **retenção** dos recursos especial e extraordinário em caso de terem sido interpostos contra decisões interlocutórias.

Portanto, além de saber reconhecer a natureza jurídica do ato praticado pelo juiz, compete à parte conhecer o tipo de recurso a ser utilizado, o prazo para sua interposição, se haverá preparo ou não, isto é, uma gama de perguntas deverá fazer para utilizar a via recursal correta.

Entretanto, além de responder a estas perguntas, a parte também pode se perguntar: (a) é possível que o advogado realize sustentação oral em agravo de instrumento? (b) o agravo de instrumento terá a figura do revisor? (c) o acórdão que julgar o recurso de agravo de instrumento, caso interposto recurso excepcional, este ficará retido?

Definida a natureza jurídica do ato decisório, qual o recurso cabível e o prazo? As partes poderão fazer sustentação oral (CPC, 554)? O recurso terá revisor (CPC, 551)? Dependendo do recurso cabível, haverá a necessidade de retenção do recurso extraordinário e do especial (CPC, 542, §3º)?

As perguntas aqui firmadas serão objeto de resposta adiante.

1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A SEGURANÇA JURÍDICA – UMA LEITURA NEOCONSTITUCIONAL.

Embora o Brasil seja um país de 513 anos a partir de seu “descobrimento” pelos portugueses, decerto suas tradições são muito novas ainda, principalmente na esfera jurídica, pois uma cultura judicial efetivamente nacional somente pode se desenvolver após a independência e a Constituição de 1824.

As regras que norteiam o comportamento humano dentro da sociedade sempre irão variar de cada país, isto porque existem diversos fatores que influenciam na forma como o ser humano apreende o mundo, como temperatura, clima, geografia, alimentos disponíveis e etc. Tais questões são anteriores à própria norma, pois influenciam na compreensão do mundo

§ 2º Não haverá sustentação oral nos julgamentos de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar.

§ 4º No julgamento conjunto de causas ou recursos sobre questão idêntica, a sustentação oral por mais de um advogado obedecerá ao disposto no § 2º do art. 132. [grifo nosso]

⁷ Art. 542, CPC: §3º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará **retido** nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões. [grifo nosso]

externo e, por conseguinte, a absorção de valores pela pessoa humana depende de como tais valores afetam cada pessoa.

Diferenças a parte, o Brasil desde a promulgação da Constituição de 1988 vem vivendo uma nova fase do sistema jurídico brasileiro, principalmente por ter sido constituído um Estado Democrático de Direito⁸, no qual prevê no art. 5º as garantias e os direitos fundamentais, dentre elas o devido processo legal.

Na nossa concepção, a compreensão do direito brasileiro deve considerar a mudança de pensamento advinda do texto constitucional, o que tem gerado um grande apreço pelo estudo do direito constitucional pelos juristas brasileiros ou uma análise de temas infraconstitucionais pela ótica da Carta Magna, tal como esposado por Marinoni sobre o neoconstitucionalismo. (MARINONI, 2008, p. 42-47).

Entretanto, data máxima vênia, alguns processualistas insistem em fazer uma análise exclusivamente por meio das regras infraconstitucionais do processo, talvez por uma escolha do objeto da pesquisa ou um corte metodológico (MOUSSALLEM, 2001, p. 34-35).

Realmente isto pode ser possível, desde que a análise não fique dependente da ponderação de valores, isto é, que a regra infraconstitucional seja suficiente para regulamentar o procedimento, deixando indene de dúvidas e confira tratamento uniforme a todos em respeito ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), isto decorre da escolha do tipo de Estado feita pelos constituintes.

A primeira escolha feita foi pela democracia, a qual seria um princípio normativo (CANOTILHO, 1992, p. 419) que possui várias dimensões, porém para o presente estudo será utilizado apenas o sentido clássico, isto é:

A interpretação do postulado essencial do princípio democrático de que «todo o poder vem do povo» reconduzia-se, na teoria clássica, à exigência da organização do Estado segundo os princípios democráticos. Excepcionalmente, admitia-se que essa exigência fosse extensiva aos partidos políticos, em virtude da importância destes para a formação da vontade democrática. O princípio democrático aponta, porém, no sentido constitucionais, para um *processo de democratização*. O princípio democrático alarga-se, como *concepção global*, aos diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural. (CANOTILHO, 1992, p. 421)

Partindo desta compreensão de democracia ou do princípio democrático, se todo poder emana do povo e o povo constitui representantes para gerir os poderes a eles

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

conferidos, somente por meio do exercício dos poderes que os representados terão será possível obter a regulação da sociedade.

Nesta linha, advém a segunda premissa constitucional escolhida pelos constituintes consistente no Estado de Direito cujos os pressupostos materiais subjacentes são sintetizados, de acordo com Canotilho (1992, p. 361), pela (1) juridicidade, (2) constitucionalidade (3) direitos fundamentais.

Para Canotilho (1992, p. 361-362), juridicidade consiste em:

O princípio do Estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal (a doutrina alemã refere-se a *material-verfahrenmässiges Formprinzip*), que visa dar resposta ao problema conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade do Estado. Ao << decidir-se>> por um Estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito*. Mas o que significa *direito* neste contexto? A clarificação do sentido de «direito» ou «medida do direito» é, muitas vezes, perturbada por pré-compreensões (ideológicas, religiosas, políticas, económicas, culturais), mas, de forma intencionalmente expositiva (...).

Por seu turno, para ser um Estado de direito, obrigatoriamente, há que ser um Estado constitucional, pois “[...] pressupõe a existência de uma constituição que sirva – valendo e vigorando – de *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e os actos dos poderes públicos medida e forma”. (CANOTILHO, 1992, p. 364)

Entretanto, a Constituição não funciona como uma lei comum, aquela é a fonte normativa de todo sistema normativo, daí exsurge a constitucionalidade em que a constituição funciona como “[...] uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – supremacia da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o «*primado do direito*» do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão”, daí decorrem a vinculação do legislador à constituição, vinculação de todos os atos do Estado à Constituição, o princípio da reserva da Constituição e a força normativa da Constituição (CANOTILHO, 1992, p. 364-366).

O último ponto decorrente da escolha do Estado de Direito é a existência dos direitos fundamentais que Canotilho elenca em cinco componentes (1992, p. 367), dentre eles, aquele que importa ao presente seria a “Garantia e defesa da *autonomia individual* através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito” (CANOTILHO, 1992, p. 367).

Portanto, o simples fato da Constituição de 1988 ter estabelecido que no Brasil o estado seria democrático e de direito, atrai inúmeras obrigações para o Estado e em

contrapartida cria inúmeros direitos aos cidadãos, dentre os quais cita-se: (a) princípio da legalidade da administração; (b) os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos; (c) princípio da proporcionalidade; (d) princípio da proteção jurídica e das garantias processuais.

Cada um destes subprincípios do Estado de Direito garante, por si só, discussões alongadas sobre o tema, porém nos limitaremos a abordar a última, especialmente porque o problema aqui é de índole processual e sobre o tema leciona Canotilho (1992, p. 389):

Terceira dimensão do Estado de direito, pilar fundamental do Estado de direito, coroamento do Estado de direito, são algumas as expressões utilizadas para salientar a importância do Estado de direito, da existência de uma *protecção jurídica individual sem lacunas* (cfr. art. 20.º/1).

[...]

Do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um *procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito*.

O procedimento justo e adequado que tratou Canotilho no ponto acima, no Brasil decorre da expressa previsão no texto constitucional do devido processo legal no inciso LIV do art. 5º dispondo que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*.

Há que se lembrar que não há como se analisar qualquer situação no direito processual civil sem ressaltar as origens e compreensões históricas do devido processo legal, a fim de que a compreensão dos subprincípios do devido processo legal seja feita de forma congruente ao seu conteúdo historicamente desenvolvido.

O princípio do devido processo legal possui sua origem histórica nos Estados Unidos da América que primordialmente estabelecia como direito de que nada poderia ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal (*due process of law*), sendo de grande valia os ensinamentos de COUTURE (1998, p. 48-49):

La garantía procesal constituída por la necesidad de aplicar la ley de la tierra, fué recogida em las primeras Constituciones, anteriores a la Constitución federal de los Estados Unidos. Las constituciones de Maryland, de Pennsylvania y Massachusetts recogieron em una disposición expresa, el concepto de que nadie puede ser privado de sua vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal (“due process of law”). Más tarde, las Enmiendas V y XIV, a la Constitución de Filadelfia, habrían de recoger ese texto expreso.

Entre “law of the land” y “due process of law” no media sino uma instancia de desenvolvimiento. El concepto específicamente procesal de la Carta Magna, se hace genérico en la Constitución.

Ya no se habla del juicio de los pares y de la ley de la tierra: se habla de un “devido proceso legal” como de una garantía que involucra el derecho material de la ley preestablecida y el derecho procesal del juez competente.

[...]

La garantía de orden estrictamente procesal, ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. La garantía de debido proceso consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario.

Contudo, o mestre Nelson Nery Júnior (2004, p. 31) afirma que o “(...) *primeiro ordenamento que teria feito menção a esse princípio foi a Magna Carta de João Sem Terra, do ano de 1215, quando se referiu à law of the land (art. 39), sem, ainda ter mencionado expressamente a locução devido processo legal*”.

A partir de tal momento, houve o desenvolvimento do conceito do devido processo legal por meio do qual ninguém seria privado de sua liberdade salvo por expressa previsão da lei da terra (*law of the land*) ou o julgamento por seus pares, desde que assegurado que os interessados pudessem se manifestar perante à corte de justiça (*his day in court*) até o momento em que se expandiu a tutela para a vida, a liberdade e a propriedade. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 32-33)

Enfim, pode-se afirmar que o devido processo legal engloba diversos direitos, dentre os quais o de que somente haverá a privação de um direito (vida, liberdade ou propriedade) mediante um processo desenvolvido em conformidade ao que prevê a lei existente no ordenamento jurídico (*law of the land*) e que esta lei tenha sido produzida em conformidade com as normas do processo legislativo.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal tratou do devido processo legal no conhecido inciso LIV do artigo 5º. Note-se que o constituinte originário ao prever a incidência do devido processo legal criou a relação da necessidade de que a liberdade e os bens somente sejam privados mediante o devido processo legal, reforçando o conteúdo jurídico da proteção do devido processo legal (vida, liberdade ou propriedade) em que está englobado também o direito à vida conforme disposição contida no *caput* do referido artigo.

Por seu turno, demonstrando a importância do devido processo legal o professor Marcelo Abelha Rodrigues (2010, p. 69) assim expõe:

Como já dissemos, o princípio do devido processo legal se constitui na fonte primária dos princípios do direito processual civil, apesar de não estar restrito apenas às normas de direito processual e muito menos ao âmbito Poder Judiciário, já que a sua atuação reflete-se ainda nas funções legislativa (elaborações de leis que tenham razoabilidade em relação aos valores fundamentais do cidadão), administrativa (princípio da legalidade, etc) e ainda nas relações privadas (dever de lealdade nas relações privadas).

Portanto, a função do devido processo legal é de garantir que toda e qualquer pessoa que participe de um processo tenha o direito de que este se desenvolva por meio das leis existentes no ordenamento jurídico, só que a compreensão de tal instituto possui dois sentidos, o material (*substantive due process*) e o formal (*procedural due process*).

1.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL FORMAL (*PROCEDURAL DUE PROCESS*) E MATERIAL (*SUBSTANTIVE DUE PROCESS*)

O devido processo como norma primária do direito processual civil foi desenvolvido com o passar dos tempos sobre duas óticas.

Procedural due process que seria “[...] um princípio assecutorio da regularidade do processo, a ser observado nas várias instâncias judiciais” (SIQUEIRA CASTRO, 2010, p. 27), tendo em mente “(...) a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*” (NERY JÚNIOR, 2004, p. 87).

Para isto, “[...] a cláusula *due process of law* enfeixava garantias ‘explícitas’ e ‘implícitas’ no sistema de liberdade protegido pela Constituição” (SIQUEIRA CASTRO, 2010, p. 29), sendo que as garantias implícitas reconhecidas são:

Dentre as garantias implícitas, vale colacionar o direito a ter “o seu dia na Corte” (*his day in Court*) e a ser ouvido o quanto antes em audiência judicial (*prompt hearings*) bem como o direito a contraditar argumentos e a conhecer e pronunciar-se sobre documentos juntados pela acusação, além do direito de qualquer suspeito de infração criminal ser notificado pela autoridade policial da sua prerrogativa de poder permanecer calado e de ser assistido por um advogado nomeado pela Justiça, caso não tenha condições de contratar um profissional habilitado a patrocinar sua defesa. (SIQUEIRA CASTRO, 2010, p. 29)

Mais adiante, o professor carioca afirma que:

Defende-se por essa garantia, com efeito, um processo penal que seja justo, que assegure o contraditório e a ampla defesa dos acusados, além da igualdade das partes e a imparcialidade dos julgadores, requisitos esses cuja falta importa em verdadeira denegação de justiça, circunstância essa que já era repelida desde a primitiva Magna Carta.

Foi natural consequência que essa garantia originariamente voltada à regularidade do processo penal, onde buscava adequar o *jus libertatis* dos acusados ao *jus puniendi* do Estado, transpusesse as fronteiras penalistas e se estendesse a todas as relações processuais, de maneira a abranger também o processo civil.

Uma vez assente, sob o influxo das reflexões de Bülow e Wach, na Alemanha, que a ação civil revestia-se de autonomia em face do direito material que visava tutelar e que, por isso, constituía em realidade um ‘direito público subjetivo’ (direito à tutela

jurisdicional) oponível ao Estado prestador da jurisdição, livrou-se o processo civil da desinformação privatista que turvava a sua compreensão doutrinária. Com isso, passou a ser considerado sob o *prima constitucional*, consoante já muito antes ocorrera com a teoria do processo penal. Daí o fenômeno contemporâneo da crescente confluência entre o processo e a Constituição (...). (SIQUEIRA CASTRO, 2010, p. 29-30)

Contudo, o devido processo legal formal garante mais do que isso, “(...) *é, basicamente, o direito a ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas cujo processo de produção também deve respeitar aquele princípio*” (DIDIER, 2008, p. 39).

Desta forma, englobam todas as garantias processuais já incorporadas pela Constituição Federal de 1988 como o direito de acesso à justiça (XXXV, art. 5º), o juiz natural (LIII do art. 5º CF), igualdade das partes (*caput* e inciso I do art. 5º), contraditório e ampla defesa (LV do art. 5º), publicidade e motivação das decisões (IX do art. 93) e razoável duração do processo (LXXVIII do art. 5º), além do que a própria previsão do procedimento em lei previamente instituída.

Substantive due process seria a aplicação do princípio da razoabilidade como forma de controle dos atos estatais que mediante aplicação da máxima da proporcionalidade, apesar do aparente conflito de valores jurídicos, seja aplicado um valor em detrimento do outro, buscando o meio menos oneroso.⁹

Na verdade, Siqueira Castro (2010, p. 45-46) nos ensina que se trata de uma mudança de paradigma, senão vejamos:

O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional (*procedural due process*) e o início da fase “substantiva” na evolução desse instituto (*substantive due process*) retrata a entrada em cena de Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil, revelando o seu papel de protagonista e igualmente ‘substantivo’ no seio das instituições governativas. A dialética do poder e as metafísicas questões do direito público encontram, enfim, no plano institucional, a autoridade dotada de prerrogativa decisória (do *final enforcing power*) e revestida dos predicados de intérprete derradeiro do sentido da Constituição: o Poder Judiciário.

⁹ “Isso quer dizer que toda e qualquer consequência processual que as partes possam sofrer, tanto na esfera da liberdade pessoal quanto no âmbito de seu patrimônio, deve necessariamente decorrer de decisão prolatada num processo que tenha tramitado de conformidade com antecedente previsão legal e em consonância com o conjunto de garantias constitucionais fundamentais. O devido processo legal significa o processo cujo procedimento e cujas consequências tenham sido previstas em lei e que estejam em sintonia com os valores constitucionais. Exige-se um processo razoável à luz dos direitos e garantias fundamentais”. (WAMBIER; DE ALMEIDA; TALAMINI, 2007. p. 70).

Neste sentido é o que ensina Marcelo Abelha Rodrigues (2010, p. 69-70) ao afirmar que o aspecto substantivo do mencionado princípio:

“(...) cristaliza-se na razoabilidade e proporcionalidade das decisões judiciais, dos atos administrativos, das leis e dos negócios particulares e, em relação às decisões judiciais, permite que diante da tensão e conflito de valores, ou diante de lacunas normativas, possa se adotar uma solução que seja razoável do ponto de vista da justiça.

Logo, não basta que o processo se desenvolva respeitando o procedimento instituído pela lei, mister que a decisão emanada seja pautada em critérios de razoabilidade à luz da norma constitucional e sempre através do meio menos oneroso.

Deve o legislador exercer seu ofício com eficiência, portanto intentando a edição de enunciados normativos que afastem da melhor forma possível dúvidas ou contradições em sua interpretação.

No que se refere ao papel do juiz, uma vez provocado mediante o exercício do direito de ação (CF, art. 5º, XXXV), cabe, igualmente com eficiência, prestar a tutela jurisdicional fornecendo a interpretação do enunciado normativo que se coaduna com ordenamento jurídico processual, especialmente quando essa dúvida pode infringir preceitos da democracia, do estado de direito e do devido processo legal.

No caso em comento, é dever precípua do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, III) conferir unidade às leis infraconstitucionais, resolvendo os erros criados por defeitos nas leis postas pelos legisladores, especialmente em razão dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos, como bem elucida Canotilho (1992, p. 375-376):

Partindo da ideia de que o homem necessita de uma certa *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsavelmente a sua vida, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de direito os dois princípios seguintes:

- o princípio da segurança jurídica
- o princípio da confiança do cidadão.

Como se verá, estes princípios apontam sobretudo para a necessidade de uma conformação formal e material dos actos legislativos. Daí que andem também associados à moderna *teoria da legislação*, preocupada em racionalizar e otimizar os *princípios jurídicos de legislação* inerentes ao Estado de direito.

A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança:

- (1) O *princípio da determinabilidade de leis (exigência de leis claras e densas)*;
- (2) O *princípio da protecção da confiança*, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.

Diante da gama de valores inseridos nos conceitos de Estado Democrático de Direito e devido processo legal, isto atrai um conjunto de deveres ao Estado-Juiz, especialmente ao Superior Tribunal de Justiça que é o responsável em resguardar o sentido da legislação infraconstitucional no âmbito do processo civil, com exceção, é claro, dos demais tribunais superiores (eleitoral, trabalhista e militar) nos termos do art. 92 da Constituição.

Neste contexto, são precisas as lições do professor Flávio Cheim Jorge (2011, p. 274):

A possibilidade da utilização do princípio da fungibilidade está vinculada a duas vicissitudes. A primeira liga-se à circunstância de se evitar o formalismo excessivo na admissão do recurso, tendo em vista os princípios que norteiam revelada pela especial circunstância de um erro do sistema, quanto ao recurso cabível contra determinada decisão, não poder prejudicar o recorrente.

É de se ressaltar, ainda, que se o sistema não fornece aos jurisdicionados uma indicação precisa e inabalável de qual o recurso adequado para se impugnar uma determinada decisão, esses mesmos jurisdicionados não podem ser prejudicados. Se a culpa é do sistema, cumpre a ele fornecer, pelo menos, subsídios, para que as partes não possam ser prejudicadas.

Assim, a segurança jurídica é objetivo a ser perseguido no Brasil, sendo dever do STJ resolver as questões postas com base nas leis.

2 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA OU SENTENÇA?

Estabelecidas nossas premissas, retomamos o ponto crucial a ser respondido nesta pesquisa, que está em saber a natureza jurídica do ato do juiz que decide sobre alguma das matérias contida nos artigos 267 e 269 do CPC. A questão é rotineira no trato forense, faz com que seja de grande importância aos operadores do direito, seja advogado, magistrado ou membro do Ministério Público, pois há que se saber qual recurso utilizar, seu rito e seus regramentos.

A doutrina, classicamente, definia a sentença como sendo “[...] *o último ato do procedimento em primeiro grau de jurisdição*” ou, de forma mais específica, “[...] *o ato cujo principal efeito processual é o de extinguir o processo* – com a consciência de que nem sempre esse efeito se produzirá”, ou ainda, “[...] *o ato que põe fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição* (no processo de conhecimento, com ou sem julgamento de mérito)” (DINAMARCO, 2004, p. 653-654).

Então, poder-se-ia identificar a sentença por dois critérios: (a) último ato do procedimento em primeiro grau de jurisdição: critério topológico (espacial); (b) ato que tem o condão de extinguir o processo: critério finalístico. Esta era a compreensão da sentença antes da alteração realizada pela Lei n.º 11.232/05, mas há de se compreender o plano de fundo.

Por seu turno, a Lei 11.232/05 não modificou apenas o conceito de sentença, mas toda compreensão no sistema processual brasileiro sobre o processo de execução de sentença, hoje conhecido como de cumprimento de sentença.

A alteração emergida da Lei 11.232/05 fez com que os parâmetros processuais mudassem, tornando o pedido de execução da sentença mais simples, reduzindo formalidades e facilitando o acesso à justiça que realmente importa (CF, art. 5º, XXXV) que é a efetivação da tutela reconhecida em sentença, como bem elucidou Barbosa Moreira (2006, p. 272):

A despeito das imperfeições que se possam apontar, a definição de sentença, no texto originário do Código de Processo Civil, afeiçoava-se a uma estrutura em que, nos casos de condenação, era em regra indispensável (e deixa à iniciativa do vencedor) a instauração de novo processo, destinado a conferir a eficácia prática ao julgamento: o processo de execução, justamente. Modificada a sistemática para suprimir o hiato entre a atividade cognitiva, que tem na sentença o seu ponto culminante, e a atividade executiva, ordenada à efetivação do julgamento, já não se poderia manter a redação do art. 162, §1.º. Coerentemente, no projeto de que se originou a Lei 11.232/05, propunha-se substituir esse texto pelo seguinte: “Sentença é o ato do juiz proferido conforme os arts. 267 e 269”. Impõe-se frisar que o conceito de sentença à luz da nova sistemática, deixa de fundar-se em critério topológico para ligar-se ao conteúdo do ato. Nessa perspectiva, a dualidade de referências, aos arts. 267 e 269, reflete a variação possível desse conteúdo.

A sentença, então, passou ser considerada como tal desde que contivesse conteúdo dentre aqueles elencados nos artigos 267 e 269 do CPC, mas a experiência no foro indica que não se pode utilizar, exclusivamente, o nome dos atos para dizer sua natureza jurídica, em que pese fosse a forma mais fácil de solucionar um dos problemas de tal conceito.

A verdade é que, se o ato praticado pelo juiz é sentença, o recurso cabível é a apelação por expressa disposição do art. 513 do CPC¹⁰, pelo que não haveria dúvidas e esta pesquisa não teria razão de existir.

Entretanto, a razão para a dificuldade é conhecido por todos, nem todo ato do juiz pode ser considerado como sentença, nem todo ato do juiz é recorrível por apelação.

Considerando a atual sistemática processual brasileira, especialmente a recursal, a apelação interposta contra decisão (lato senso) proferida pelo juiz é feita nos próprios autos. Agora, pensemos se numa ação indenizatória por danos emergentes e danos morais movido

¹⁰ Art. 513. Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269).

por Ciclano em face de Beltrano e da Seguradora X, esta suscita em contestação ser parte ilegítima para figurar na ação, em vista da ausência de pagamento do prêmio do seguro, o que desobrigaria a Seguradora de indenizar os danos causados por Beltrano em decorrência de um acidente de trânsito. Suponhamos, ainda, que o procedimento utilizado por Ciclano é o sumário (CPC, 275, II, “b”).

No caso em comento, o momento de apresentação da contestação é a audiência preliminar (CPC, 278), momento este que o juiz decidirá a questão da ilegitimidade passiva da seguradora (CPC, 331, §2º) em audiência. No caso exemplificado, se o juiz rejeitar a preliminar, o processo prosseguirá em relação a todos, mas caso acolha a preliminar o juiz extinguirá o processo em relação à Seguradora (CPC, 267, VI e 329).

Porém, é exatamente neste mesmo ponto que, o raciocínio dos juristas se contradiz, pois se a sentença é o ato que comporta qualquer das matérias dos arts. 267 e 269 do CPC, o recurso cabível contra o ato do juiz naquele processo seria sentença (CPC, 513) e o prazo seria de quinze (15) dias (CPC, 508), as partes poderiam fazer sustentação oral, o recurso teria revisor, seriam cabíveis os embargos infringentes (CPC, art. 498) – se fosse o caso –, os recursos excepcionais, eventualmente interpostos, não seriam retidos.

Em contrapartida, se o recurso cabível for o agravo, este deverá ser interposto na modalidade retida, no prazo de dez (10) dias (CPC, 522), não caberá revisão, nem sustentação oral, além do que em caso de recurso excepcional, este será retido.

Em consulta à jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, destacamos o seguinte julgado:

PROCESSO CIVIL. RECURSOS. DECISÃO QUE EXCLUI DO PROCESSO LITISCONSORTES. A identificação do recurso a ser interposto deve se dar à base do ato judicial: agravo de instrumento, se decisão, apelação, se sentença; **excluindo algumas das partes do processo, o juiz profere decisão, sujeita a agravo de instrumento. Agravo regimental não provido.** (AgRg no Ag 838.738/BA, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 26/09/2008)

Por este precedente jurisprudencial, denota-se que os Tribunais continuam a utilizar o critério topológico para definir a sentença, em que pese a clara redação do texto legal (CPC, art. 162, §1º), contudo qual seria o motivo a justificar tal conduta?

Exatamente pelo fato de que a apelação é interposta nos próprios autos do processo, isto tornaria impossível que a apelação fosse julgada e o processo tivesse seu prosseguimento em relação às partes remanescentes, fazendo com que houvesse um problema de ordem

prática. O juiz, como responsável que é em prestar a tutela jurisdicional, evitando percalços e atrasos injustificáveis, buscará adotar condutas pragmáticas para solver tal problema.¹¹

Assim, resolveu-se por manter o entendimento anterior de sentença, isto é, a sentença continuou a ser compreendido como o ato do juiz que resolve o processo em primeiro grau de jurisdição.

Em que pese a escolha da jurisprudência em adotar tal critério para resolver a celeuma, não fez a escolha observando a técnica adequada. Realmente, o atual sistema processual brasileiro aceita, sem sombra de dúvidas, a existência de duas sentenças no processo, visto que hoje o que define sentença é seu conteúdo e não apenas o momento em que é proferido o ato.

Portanto, a jurisprudência do STJ se equivoca, primeiramente, em não reconhecer a divergência doutrinária, além da divergência existente no próprio texto legal, segundo porque o ato do juiz que extingue um dos litisconsortes certamente é sentença por acabar com a atividade jurisdicional em primeiro grau relativamente ao litisconsorte excluído.

No que se concerne aos recursos, é cediço que desde o Código de Processo Civil de 1939 previa expressamente o **princípio de fungibilidade** no seu art. 810¹², como bem elucida Flávio Cheim Jorge (2011, p. 270-271).

O princípio da fungibilidade dos recursos está ligado ao cabimento recursal, devendo ser percebido como uma forma de abrandamento do mencionado requisito, na medida em que se admite a interposição de um recurso pelo outro, que seria o correto contra aquela decisão.

O princípio da fungibilidade consagra, portanto, a possibilidade da parte interpor um recurso que não seja o adequado para aquela decisão de que se recorre.

O CPC atual não traz qualquer norma a respeito do princípio da fungibilidade, encontrando tal omissão justificativa em ALFREDO BUZAID, que na Exposição de Motivos do CPC, demonstra que não haveria necessidade de permanecer a regra contida no art. 810 do CPC/1939, a qual consagrava expressamente a fungibilidade recursal (ns. 31 a 33 do anteprojeto).

Apesar da ausência de previsão legal do princípio da fungibilidade, não existe dúvida, atualmente, de que o mesmo tem plena incidência em nosso sistema recursal, como se passa a demonstrar.

Entretanto, para possibilitar a aplicação do princípio da fungibilidade, mister que estejam presentes os seguintes requisitos: (a) existência de dúvida objetiva sobre qual recurso é o correto¹³; (b) inexistência de erro grosseiro na interposição do recurso, neste caso a lei

¹¹ Mais adiante, demonstraremos que tal argumento não se sustenta exatamente do ponto de vista prático, especialmente se estivermos falando de processo eletrônico.

¹² Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento.

¹³ “Essa dúvida pode ser de três ordens: 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

EXPRESSAMENTE indica um recurso para uma situação específica e o recorrente interpõe outro em detrimento do texto normativo; (c) observância do prazo para a interposição do recurso.¹⁴

Neste contexto, a jurisprudência é vacilante ao tratar destes casos como se vê adiante:

95817045 - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. OBJEÇÃO DE NÃO EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE DE PARTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RELAÇÃO A UM DOS COEXECUTADOS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DESAFIA RECURSO DE AGRAVO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NO CASO CONCRETO. Ao extinguir o processo em relação a um dos coexecutados, por carência da ação (ilegitimidade de parte), o nobre magistrado a quo resolveu questão incidente (CPC, art. 162, § 2º), de modo que sua decisão, apesar do conteúdo de sentença, não é terminativa, mas interlocutória. A interposição de apelação contra decisão interlocutória configura erro grosseiro (**ausência de dúvida objetiva**), que impede o recebimento do recurso por aplicação do princípio da fungibilidade. Apelação não conhecida. (TJSP; APL 0042072-71.2009.8.26.0071; Ac. 6978624; Bauru; Décima Segunda Câmara de Direito Privado; Relª Desª Sandra Galhardo Esteves; Julg. 29/08/2013; DJESP 03/09/2013) [grifo nosso]

Há que se ressaltar a existência de divergência doutrinária grave, como se observa das lições de Sandro Gilbert Martins (2008, p. 307-308):

Considerando apenas a literalidade da lei, têm autores, tais como Jean Carlos Dias (A reforma do CPC e o fim da teoria da unidade da sentença, *Revista Dialética de Direito Processual* 40/81. São Paulo: Dialética, jul. 2006); Bruno Silveira de Oliveira (Um novo conceito de sentença? *RePro* 149/123-124. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2007) e Paulo Afonso de Souza Sant'anna (Sentença parcial. *RePro* 151/179. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2007), que sustentam que a definição de sentença passou a ser baseada em seu conteúdo, importando as referências aos arts. 267 e 269 do CPC a variação possível desse conteúdo.

Por sua vez, Daniel Mitidiero (*Nova Execução*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 6-7) e Eduardo K. Scarparo (Sentenças parciais? Considerações a partir da reforma do art. 161, §1º, do CPC. *RePro* 148/162. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007), entendem que se estará diante de sentença desde que, além do conteúdo, o pronunciamento judicial defina de maneira irrevogável o pedido apreciado pelo julgador (CPC, art. 463). Os mencionados autores adotam, neste particular, posição antes defendida pelo Prof. Ovídio Baptista (*Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 20-21).

Outros autores também constroem critério misto. Para esta terceira corrente, somente seria sentença o pronunciamento do juiz que, além de composto por um dos conteúdos previstos nos arts. 267 e 269, ainda encerra uma fase do processo (de conhecimento, de execução, etc.), analisando-se integralmente todos os pedidos na

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, 2004, p. 146).

¹⁴ O requisito do prazo recursal possui divergência, tendo prevalecido aquela que considerava “[...] a interposição do recurso, no prazo do recurso tido como correto, como requisito necessário para aplicação da fungibilidade” embora exista outra parte que entende “[...] ser irrelevante a observância do prazo do recurso tido como correto” (CHEIM JORGE, 2011, p. 280-281).

inicial. Neste sentido, por exemplo, Barbosa Moreira (Temas de direito processual, 9ª série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 172); Araken de Assis (Manual dos recursos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 373); Alexandre Freitas Câmara (A nova execução de sentença, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 22); Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery (Código de Processo Civil comentado, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 373); Teresa Arruda Alvim Wambier (Os agravos no CPC brasileiro, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 112-113); Humberto Theodoro Jr. (As novas reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 5-6); Cassio Scarpinella Bueno (A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 20); Leonardo Greco (Primeiro comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05, Revista Dialética de Direito Processual 36/71-72. São Paulo: Dialética, mar. 2006); Eduardo Arruda Alvim (O perfil da sentença e suas repercussões na Lei 11.232/2005. In: NOGUEIRA, Gustavo Santana (Coord.). A nova reforma processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 63); Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marclo Abelha Rodrigues (A terceira etapa da reforma processual civil. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 69-71); Petrônio Calmon (Sentença e títulos executivos judiciais. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 98) e Athos Gusmão Carneiro (Cumprimento da sentença civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 118-120).

Por esta passagem do texto, percebe-se que a jurisprudência equivoca-se frontalmente em afirmar que se trata de erro grosseiro, pois não há unicidade na ciência do direito sobre o conceito de sentença, sendo errôneo afirmar que se trata de erro grosseiro a dúvida gerada pelo conceito de sentença e tem sido repetido Brasil a fora.¹⁵

Entretanto, se a decisão não acolher a preliminar de ilegitimidade, não há que se falar em sentença, mas sim em decisão interlocutória por se tratar de questão incidental que não reconheceu a ilegitimidade da parte, mantendo a relação jurídica processual da forma como se encontra, não tendo o conteúdo dos arts. 267 e 269 do CPC, sendo possível de ser recorrida por agravo retido (CPC, art. 522) ou por agravo de instrumento em caso de urgência¹⁶.

Desta feita, há de ser reconhecido que todo e qualquer ato que seja produzido com exercício de cognição sobre as matérias dos arts. 267 e 269 do CPC será sentença, desde que

¹⁵ Por uma breve pesquisa, detectou-se os seguintes acórdãos no mesmo sentido do examinado: *TJES; AGInt-AC 30070024804; Quarta Câmara Cível; Relª Desª Catharina Maria Novaes Barcellos; DJES 27/07/2010; Pág. 102; TJSP; APL 9092404-10.2006.8.26.0000; Ac. 5007398; Jundiaí; Câmara Reservada Ao Meio Ambiente; Rel. Des. Eduardo Braga; Julg. 03/03/2011; DJESP 06/04/2011; TJPR; EmbDecCv 0629548-9/01; Altônia; Décima Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Hamilton Mussi Correa; DJPR 23/03/2010; Pág. 119.*

¹⁶ Sobre o tema o STJ já se manifestou: “PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU A CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO – ART. 527, II, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. LEI N. 11.187/2005 – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – POSSIBILIDADE DE DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. 1. **“Tratando-se de agravo alcançando a decisão proferida em exceção de pré-executividade, não se recomenda a conversão prevista no art. 527, II, do Código de Processo Civil diante da possibilidade de dano de difícil reparação com o prosseguimento da execução.”** (REsp 698.648/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 17.9.2007). 2. **In casu, por se tratar de execução fiscal, a ausência de análise da irresignação do recorrente, referente à ilegitimidade passiva ad causam, poderá causar perigo de difícil reparação, uma vez que não haverá possibilidade de apreciação do agravo retido antes de ser gerada a penhora, necessária para a garantia do juízo antes mesmo da interposição dos embargos à execução, com a consequente perda do objeto do agravo interposto. Recurso ordinário provido”** (RMS 27.298/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009). [grifo nosso]

tenha reconhecida (positivamente) uma das questões daqueles artigos e declarado extinto o processo, pouco importante se tenha finalizado, ou não, a atividade em primeiro grau de jurisdição.

Neste diapasão, entendemos ser correta a posição do professo Bruno Silveira de Oliveira que assinala “[...] *sentença é toda decisão que, proferida por um juízo de primeiro grau, tenha como causa – ou, excepcionalmente, como conteúdo – alguma das ‘situações’ contidas nos arts. 267 e 269*”. (DE OLIVEIRA, 2007, 124), exatamente porque o critério utilizado pelo legislador foi o conteúdo do ato e não sua topologia ou finalidade.

Com correição agiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao considerar que o ato praticado era sentença, embora a execução tenha prosseguido, senão vejamos:

62117286 - AGRAVO INOMINADO PREVISTO NO ART. 557 DO C. P. C. RECURSO INSTRUMENTAL QUE TEVE O SEU SEGUIMENTO NEGADO. EXECUÇÃO FISCAL. RECONHECIMENTO PELO JUÍZO A QUO DA PRESCRIÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS ANTERIORES A 1994 E DETERMINAÇÃO DE EMENDA À INICIAL NO PRAZO DE 10 (DEZ) DIAS, COM ATUALIZAÇÃO DO VALOR DO RESTANTE DO DÉBITO. R. JULGADO, PROLATADO PELO. I. Magistrado, reconhecendo a prescrição dos créditos tributários provenientes de IPTU exercícios 1993 e 1994 e declarando nula a execução referente a eles, na forma do inciso I do artigo 618 do CPC. Distribuição do feito em 29/11/2000. Exeqüente se insurgindo contra a r. Decisão retromencionada, pleiteando o afastamento da prescrição de seus créditos. Matéria relativa à prescrição prevista no inciso IV do artigo 269 do CPC. Norma processual estabelece que o reconhecimento da prescrição do crédito enseja a extinção do feito com julgamento do mérito. Recurso cabível in casu é a apelação, na forma do artigo 513 do CPC. Conceito de sentença definido pelo parágrafo 1º do artigo 162 do digesto processual civil. Não cabível tese do agravante de que é aplicável ao caso em comento o princípio da fungibilidade. Reconhecimento de prescrição se dá através de sentença. Impossibilitado o julgamento do agravo de instrumento interposto pelo recorrente como apelação. Juízo de admissibilidade deve ser realizado pelo juízo de primeiro grau, conforme artigo 514 do CPC. Recurso manifestamente improcedente autoriza a aplicação do caput do art. 557 do c. P. C., necessário se mostrou a negativa de seguimento. Negado provimento. (TJRJ; AI 0013796-73.2011.8.19.0000; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Reinaldo P. Alberto Filho; Julg. 11/05/2011; DORJ 13/05/2011; Pág. 178)

De outra forma, utilizar como critério para conceituar a sentença a finalidade do ato, por si, ignora totalmente a nova realidade do direito processual civil, pois é certo que a decisão que aprecia o pedido na forma do §6º do art. 273 do Código de Processo Civil¹⁷ se

¹⁷ § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

trata de uma sentença, inclusive comportando ação rescisória e tendo o condão de fazer coisa julgada material.¹⁸

A alteração do sistema processual deve ser analisada com novos olhos e não é porque antes um ato era praticado de determinada forma que ele sempre será igual, visto que o legislador por diversas vezes já modificou o conceito de sentença, inclusive vem se modificando ao passar dos tempos (MARTINS, 2008, p. 306).

A mudança do paradigma do sistema processual é reconhecida pela doutrina, como se observa das lições do Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul:

A disposição da sentença como ato final do processo associava-se à idéia de definitividade da regulação estabelecida judicialmente para o litígio que compunha o objeto do debate dos autos e, ao mesmo tempo, contrapunha-a a outras decisões capazes de estabelecer tão-somente regulações transitórias. O equívoco epistemológico presente nessa concepção, que permeia críticas endereçadas ao conceito de sentença como decisão que extingue o processo, reside na confusão entre os diversos significados à idéia de *definitividade* da litisregulação, ora vista como imutabilidade, ora como característica do *resultado alcançado ao final da marcha processual*.

Não obstante isso, as idéias originalmente adotadas do legislador não foram capazes de se sobrepôr às reais necessidades da sociedade à qual se destinavam as normas processuais. A consciência de que as normas e categorias processuais não são fins em si mesmas, mas sim instrumentos a serviço da realização dos direitos e interesses legítimos tutelados através da prestação jurisdicional, é sintoma da consciência daqueles que propõem a ruptura com esse paradigma anteriormente vigente. É essa consciência o ponto-chave a partir do qual se faz possível compreender como a estruturação formal do processo é, antes de tudo, uma forma de institucionalização de uma orientação lógico-valorativa que coloca como fim último a realização efetiva da proteção jurisdicional devida às partes.

A inaptidão desse modelo institucionalizado, incapaz de atender às exigências contemporâneas, que constitui o fato determinante a ensejar a ruptura com o paradigma então vigente. Dá-se, com isso, aquele que é um passo necessário para a posterior construção de uma nova ordem condizente com as expectativas dos homens que pretendem seja a eficiência a marca principal da tutela que lhes é prestada através da jurisdição. (REICHELTE, 2008, p. 46-47).

Portanto, certamente podemos concluir que sentença será o ato do juiz que comporte no pronunciamento com o reconhecimento das hipóteses contidas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil, sendo correto, então, utilizar do critério do conteúdo para definir o ato do juiz e não seu momento, nem sua finalidade.

3 O RECURSO CABÍVEL, O PRAZO E OS DEMAIS DIREITOS DO RECORRENTE

¹⁸ Neste sentido: “É que, se não tiver havido recurso da decisão que fracionou o julgamento, haverá coisa julgada, que somente poderá ser desconsiderada via ação rescisória”. (CHEIM JORGE, ABELHA RODRIGUES E DIDIER JR., 2003, p. 72). [grifei]

Em se tratando de atos do juiz que reconheçam, positivamente, as situações descritas nos artigos 267 e 269 do CPC, este ato será recorrível por apelação, mas como seria isto? A situação não parece ser de difícil solução. Ora, a prática processual já trabalha, há muitos anos, com procedimentos apartados que contém reflexos uns sobre os outros, sendo plenamente possível seu processamento.

Um claro exemplo da situação acima descrita são os embargos do devedor propostos em face da execução, ora esta pode ser extinta por causa da prescrição parcial do crédito e prosseguir em relação ao restante, enquanto este restante pode ser extinto em razão de matéria ventilada em embargos do devedor como o pagamento, caso a parte exequente pretenda recorrer das decisões, deverá interpor apelação nos dois processos. Igualmente ocorre com a cautelar e os incidentes.

O problema prático, portanto, é facilmente resolvido por meio da abertura de um novo caderno processual, por meio do qual se fará juntar cópia integral do feito originário, tal como se faria no agravo de instrumento, podendo, inclusive, ser instruído com mídia digital.

Assim, no momento em que o juiz receber o processo contendo o recurso, mandará que se desentranhe a petição, atue-se em apartado com a abertura de um novo caderno processual, tal como se fosse um incidente, declarará os efeitos em que recebe o apelo (CPC, 518) e dará vistas ao apelante para responder ao recurso em prazo idêntico.

Em seguida, não sendo arguida qualquer matéria que verse sobre preliminar do recurso (CPC, 518, §2º), mandará os autos ao Tribunal para que processe e julgue o recurso de apelação.

Tal procedimento, então, servirá para evitar que a lei seja expressamente violada pelos tribunais pátrios, visto que a nova compreensão do processo de conhecimento modificou-se para implementar a sistemática de um único processo para dizer o direito e para efetivar o direito. O sistema processual já não suportava a dificuldade que era de, após reconhecido o direito por meio de uma sentença transitada em julgado, ajuizar uma nova ação para efetivar o direito já reconhecido, em visto da omissão do devedor.

Neste ponto, portanto, discordamos – data máxima vênia – de parte da doutrina que defende que sentença é “[...] o pronunciamento do juiz com aptidão de por fim à fase de conhecimento ou à fase da execução (antigos processos de conhecimento e de execução). Não se extinguindo estas etapas do processo sincrético, inexistirá sentença” (CHEIM JORGE, 2011, P. 55-56).

De outra forma, o processo poderá conferir tratamento diferenciado a pessoas em situações idênticas, mediante a redução do prazo recursal, impossibilidade de sustentação oral, supressão do direito de interpor os embargos infringentes e a retenção dos recursos excepcionais, prejudicando, assim, o direito de acesso à tutela jurisdicional justa e eficaz.

Neste sentido, impende trazer à baila o conceito de sentença constante do §1º do art. 203 do Substitutivo Adotado pela Comissão ao Projeto do novo Código de Processo Civil assim escrito: “[...] *sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 495¹⁹ e 497²⁰, põe fim ao processo ou a alguma de suas fases*”.

Por seu turno, exatamente para extirpar qualquer dúvida acerca do conceito de decisão interlocutória que o §2º conceitua tal ato como “[...] *todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre na descrição do § 1º*”.

Enfim, seja na redação do atual CPC ou no projeto do novo CPC, a intenção do legislador é clara ao estipular que o ato do juiz que será tido como sentença em decorrência de seu conteúdo e não por sua finalidade ou momento (por fim à fase de conhecimento ou de execução em primeira instância), sendo claramente cabível o recurso de apelação, inclusive se considerada a atual redação do projeto do novo CPC (art. 1.022).²¹

CONCLUSÃO

¹⁹ Art. 495. O órgão jurisdicional não resolverá o mérito quando:

- I – indeferir a petição inicial;
- II – o processo ficar parado durante mais de um ano por negligência das partes;
- III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de trinta dias;
- IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
- V – reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;
- VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;
- VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem;
- VIII – homologar a desistência da ação;
- IX – em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e
- X – nos demais casos prescritos neste Código.

²⁰ Art. 497. Haverá resolução de mérito quando for:

- I – acolhido ou rejeitado o pedido formulado na ação ou na reconvenção;
- II – homologado o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
- III – homologada a transação;
- IV – pronunciada, de ofício ou a requerimento, a decadência ou a prescrição;
- V – homologada a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

²¹ Art. 1.022. Da sentença cabe apelação.

O advento da Lei n.º 11.232/05 realmente modificou o conceito de sentença para viabilizar não somente o cumprimento de sentença independente da instauração de nova relação jurídica processual, mas também para permitir o julgamento parcial da lide (CPC, 273, §6º).

Considerando que o legislador utilizou o conteúdo para definir o ato do juiz que seria sentença, bem como que novamente no projeto do novo CPC igual critério foi utilizado, sendo que inclusive se excluiu das decisões interlocutórias os atos que contenham matéria atinente à sentença, o conceito de sentença foi alterado.

De igual forma, ter sido o Brasil constituído por meio de Estado Democrático de Direito advém o dever de extirpar questões controvertidas que impossibilitem a segurança jurídica e confirmem tratamento antiisonômico.

Assim, o devido processo legal é princípio basilar do processo e deve ser utilizado para dar uniformidade ao ordenamento processual, de modo a garantir que todos os litigantes possuam idêntico tratamento, bem como possam exercer dos mesmos direitos que outras pessoas em idêntica situação.

Portanto, o recurso cabível contra o ato do juiz que contenha as situações dos artigos 267 e 269 do CPC é a apelação e caso não tenha finalizado a fase de conhecimento ou de execução, deverá ser feita a abertura de um incidente recursal para viabilizar a utilização da apelação e os demais direitos de outros recorrentes, especialmente quando se tratar de recurso excepcional.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 476 a 565. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A nova definição de sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 136, p. 268-276, junho de 2006.

BRASIL. **PL 6025/05 - Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CHEIM JORGE, Flávio. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CHEIM JORGE, Flávio; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **A nova reforma processual: as mudanças introduzidas na legislação processual pelas leis n. 10.317, 10.352 e 10.358, de dezembro de 2001, e pela Lei n. 10.444, de maio de 2002.** 2. ed. Saraiva: Revista dos Tribunais, 2003.

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I: La Constiución e el Proceso Civil**. 3. Ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. 1. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. III. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Vol. I. **Teoria Geral do Processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Sandro Gilbert. Reflexos do novo conceito de sentença (CPC, art. 162, § 1º, com a redação dada pela Lei 11.232/2005). **Revista de Processo**, São Paulo, n. 163, p. 305-311, setembro de 2008.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad. 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. **O Juízo de Identificação de Demandas e de Recursos no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Um novo conceito de sentença? **Revista de Processo**, São Paulo, n. 149, p. 120-138, julho de 2007.

REICHELT, Luis Alberto. Considerações sobre o novo conceito de sentença no Código de Processo Civil: da necessidade de uma abordagem sistemática do paradigma processual civil contemporâneo. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 369, p. 43-66, julho de 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. DE ALMEIDA, Flávio Renato Correia. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. v. 1. Teoria Geral Do Processo E Processo De Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.