



MBD  
Nº 70017576406  
2006/CÍVEL

**FUNGIBILIDADE RECURSAL.**

Havendo dúvida razoável acerca do recurso cabível, é de ser aplicado o princípio da fungibilidade, ainda que a inconformidade não tenha sido interposta dentro do prazo mais exíguo, sob pena de inutilidade do instituto.

**Agravo provido, por maioria, vencido o Relator.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70017576406

COMARCA DE PORTO ALEGRE

M.B.L.

AGRAVANTE

..

B.M.

AGRAVADO

..

J.M.D.A.C.M.

INTERESSADO

..

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, vencido o Relator, em dar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Senhor **DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS**.

Porto Alegre, 20 de dezembro de 2006.

**DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL,**  
Relator.

**DES.<sup>a</sup> MARIA BERENICE DIAS,**  
Presidenta e Redatora.



MBD  
Nº 70017576406  
2006/CÍVEL

## RELATÓRIO

### DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL (RELATOR)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por M. B. Ltda. contra a decisão que não recebeu o recurso de apelação pela mesma interposto contra a decisão que julgou concurso de credores em execução (fl. 46).

Alega a agravante, em suma, que a decisão que julgou concurso de credores em execução desafiava recurso de apelação, e não agravo de instrumento, razão pela qual deve ser reformada. Ante o exposto, clama pelo provimento do recurso, e a conseqüente reforma da decisão agravada, nos termos das razões apresentadas.

Recebido o recurso pelo eminente Desembargador Plantonista, foi agregado ao mesmo efeito suspensivo (fl. 65).

O recurso foi contra-arrazoado (fls. 68 a 83).

Em parecer lançado nas folhas 102 a 104 dos autos, o Ministério Público opina pelo conhecimento e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

Vieram-me os autos conclusos, para julgamento.

É o relatório.

## VOTOS

### DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL (RELATOR)

Tenho que não prospera a irresignação.

Com efeito, a decisão proferida pelo juízo *a quo*, a qual decidiu concurso de credores em execução, mero incidente desta, desafiava o recurso de agravo de instrumento, e não de apelação, posto que tem



MBD  
Nº 70017576406  
2006/CÍVEL

natureza jurídica de decisão interlocutória, não pondo fim ao feito executivo (artigo 162, §2º, do CPC).

Tendo em vista, entretanto, que na doutrina e na jurisprudência há dúvida objetiva acerca do recurso cabível, é de se cogitar da possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal, vigente em nosso ordenamento jurídico.

Na espécie, entretanto, uma vez que não há nos autos prova de que o recurso de apelação tenha sido interposto dentro do prazo para interposição do recurso de agravo de instrumento (a parte agravante não anexou ao instrumento cópia da nota de expediente e da respectiva intimação, bem assim como afirmou ter interposto o recurso de apelação no 15º dia) não há como se pretender a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, uma vez que, ainda que presente o requisito da dúvida objetiva, carece a parte agravante do segundo requisito necessário para a aplicação do supramencionado princípio, qual seja, a tempestividade.

A respeito do tema, apenas exemplificativamente, confira-se a seguinte ementa de julgamento do Superior Tribunal de Justiça (REsp. 173.975/PR, Relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira):

**“PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO DE CREDORES EM PROCESSO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. NATUREZA JURÍDICA DO ATO: DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. DÚVIDA OBJETIVA. DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA. PRAZO DO RECURSO ADEQUADO. NECESSIDADE DE SUA OBSERVÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO. I - O ato pelo qual o juiz decide acerca de concurso de credores nos autos do processo de execução tem natureza jurídica de decisão interlocutória, sujeita, portanto, à interposição do recurso de agravo. II - Patente dúvida objetiva, em face do dissenso na doutrina e na jurisprudência a respeito do cabimento do recurso, seria de admitir-se o princípio da fungibilidade recursal,**



MBD  
Nº 70017576406  
2006/CÍVEL

**inaplicável ao caso em virtude do recurso inadequado não ter sido interposto no prazo próprio.” (grifei)**

Assim, pelo exposto, nego provimento ao recurso.

**DES.<sup>a</sup> MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTA E REDATORA)**

Rogo vênia ao eminente Relator, mas tenho que, em face exatamente do princípio da fungibilidade e da dúvida com relação ao recurso cabível, é possível se aceitar um recurso por outro.

O princípio da fungibilidade não está na lei, mas é uma construção doutrinária e jurisprudencial. É de sua essência que, ao se aceitar um recurso por outro, há que se atentar ao prazo do recurso manifestado e não daquele que a parte deveria ter interposto. Exigir que a parte utilize o prazo mais exíguo do recurso que poderia eventualmente também ser aceito, é inaceitar a fungibilidade. Tudo não passaria de mera troca do nome do recurso.

Nesse o sentido já me manifestei em sede doutrinária.

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



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MBD  
Nº 70017576406  
2006/CÍVEL

Disponível em: [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br). Acesso em 20.12.2006).

Nestes termos, voto pelo provimento do recurso, recebendo a apelação.

**DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS**

Embora reconheça que a jurisprudência é praticamente uniforme no sentido da orientação adotada pelo eminente Relator, acompanho a eminente Revisora por me parecer bem mais lógico, porque, se nós admitirmos dúvida razoável quanto ao recurso cabível, essa dúvida deve-se estender, por óbvio, também com relação ao prazo. Caso contrário, parece-me que o raciocínio padece um pouco de ausência de lógica.

Acompanho a Revisora.

**DES.<sup>a</sup> MARIA BERENICE DIAS** - Presidente - Agravo de Instrumento nº 70017576406, Comarca de Porto Alegre: "POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR."

Julgador(a) de 1º Grau: CARMEN MARIA AZAMBUJA FARIAS