



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FELIPE RIGHETTI GANANÇA

O AGRAVO DE INSTRUMENTO E SUA SISTEMÁTICA NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015

São Paulo

2016

FELIPE RIGHETTI GANANÇA

O AGRAVO DE INSTRUMENTO E SUA SISTEMÁTICA NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenadoria Geral de Especialização,
Aperfeiçoamento e Extensão (COGEAE) da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como
requisito parcial à obtenção do grau de Especialista
em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Ms. Luís Otavio Sequeira de Cerqueira

Gananaça, Felipe Righetti

O AGRAVO DE INSTRUMENTO E SUA SISTEMÁTICA NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015

Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação em Direito Processual Civil) –
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

1. Agravo de Instrumento. 2. Sistemática. 3. Decisão Interlocutória. 5. Código de
Processo Civil de 2015.

Aos meus pais, por possibilitarem esse dia.

RESUMO

O agravo de instrumento é recurso processual previsto na legislação civil, conforme art. 994, inciso II, do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 (Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015) e tem por objetivo atacar decisões interlocutórias elencadas, em especial, mas não exclusivamente, no art. 1.015 da mencionada lei processual.

Tem-se, assim, um mecanismo que possibilita a rediscussão da decisão recorrida de imediato, auxiliando para que seja afastada, quando reconhecida, lesão grave e de difícil reparação.

O objetivo deste trabalho é verificar como o agravo de instrumento foi sistematizado no CPC de 2015, com destaque para suas hipóteses de cabimento e discussão sobre as escolhas que levaram o legislador a modificar o agravo em comparação com o Código de Processo Civil de 1973.

Para concretizar este objetivo, o trabalho faz uma análise inicial da teoria geral dos recursos sob a ótica do agravo de instrumento, dando ênfase para sua conceituação histórica. Em uma segunda parte, são analisadas todas as hipóteses cabimento do agravo de instrumento elencadas pela legislação processual para, em um terceiro momento, trazer algumas críticas ao novo formato.

Por fim, o trabalho traz algumas conclusões sobre como a nova sistemática mais restrita de cabimento imposta pelo CPC de 2015 poderá impactar o recurso de agravo de instrumento.

Palavras-chave: Agravo de Instrumento. Sistemática. Decisão Interlocutória. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

The interlocutory appeal is procedural remedy fokessen the civil law, as art. 994, II, of the Civil Procedure Code (CPC) of 2015 (Law no. 13105 of 16 March 2015) and aims to set upon interlocutory decisions listed, in particular, but not exclusively, in article 1,015 of that procedural law.

It is, therefore, a mechanism that allows the contested rediscussion immediate decision aiding to be cleared when recognized, severe damage and difficult to repair.

The aim of this work is to verify how the interlocutory appeal was systematized in 2015 CPC, detaching your chances of appropriateness and discussion about the choices that led the legislator to modify the injury compared to the Civil Procedure Code 1973.

To achieve this goal, the work is an initial analysis of the general theory of resources from the perspective of an interlocutory appeal, with emphasis on its historical conception. In a second part, we analyze all the appropriateness of assumptions interlocutory appeal listed by procedural legislation. In a third part, bring some appreciation of the new format.

Finally, the work brings some conclusions about how the new stricter system of appropriateness imposed by the 2015 CPC may impact the interlocutory appeal.

Keywords: Interlocutory Appeal. Systematics. Interlocutory decision. Code of Civil Procedure 2015.

SUMÁRIO

1. Introdução - O complexo caminho até a sentença de mérito válida.....	08
2.0. Da teoria geral dos recursos sob a ótica do agravo.....	14
2.1. O conceito de recurso.....	14
2.2. O duplo grau de jurisdição.....	16
2.2.1. Direito de ação e direito de defesa.....	18
2.3. A classificação e o juízo de admissibilidade do agravo.....	19
2.3.1. Princípio da fungibilidade no agravo.....	20
3.0. Perspectiva histórica dos meios de impugnação às decisões interlocutórias no direito brasileiro.....	22
3.1. O agravo antes da legislação de 1939.....	22
3.1.1. O agravo no Código de Processo Civil de 1939.....	23
3.1.2. O agravo no Código de Processo Civil de 1973.....	25
4.0. O agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015.....	28
4.1. As decisões interlocutórias.....	28
4.2. O agravo de instrumento.....	29
4.3.1. Decisões sobre tutela provisória (art. 1.015, I, do CPC).....	30
4.3.2. Decisões sobre o mérito do processo (arts. 1.015, II, 354, p.ú. e 356, § 5º, do CPC).....	32
4.3.3. Decisão de rejeição da alegação de existência de convenção de arbitragem (art. 1.1015, III, do CPC).....	34
4.3.4. Decisão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 1.015, IV, do CPC).....	35
4.3.5. Rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação (art. 1.015, V, do CPC).....	36
4.3.6. Decisão do incidente de exibição ou posse de documento ou coisa (art. 1.015, VI, do CPC).....	38
4.3.7. Decisão de exclusão de litisconsorte (art. 1.015, VII, do CPC).....	39
4.3.8. Rejeição do pedido de limitação de litisconsórcio (art. 1.015, VIII, do CPC).....	40
4.3.9. Admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros (art. 1.015, IX, do CPC).....	41
4.3.10. Concessão, modificação ou revogação de efeito suspensivo em embargos de execução (art. 1.015, X, do CPC).....	42
4.3.11. Redistribuição do ônus da prova (art. 1.015, XI, do CPC).....	43

4.3.12. Decisão que aplica multa processual.....	45
4.3.13. A decisão que indefere uma das provas em produção de prova.....	46
4.3.14. Decisão interlocutória que nega eficácia a negócio jurídico processual.....	47
4.3.15. Outras situações previstas em lei (art. 1.015, XIII, do CPC).....	47
4.4. Admissibilidade, prazo e modo de interposição do agravo de instrumento.....	48
4.4.1. Efeito suspensivo e ativo, a inadmissibilidade do recurso e o agravo interno.....	50
4.4.2. Breves apontamentos sobre a problemática da preclusão e o protesto por nulidade.....	52
4.5. O agravo de instrumento nos juizados especiais cíveis.....	53
5.0. Crítica ao agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015 – Recorribilidade temperada das interlocutórias e o mandado de segurança.....	56
6.0. Conclusão.....	62
7.0. Bibliografia.....	65

1. INTRODUÇÃO

O complexo caminho até a sentença de mérito válida

O processo, como instrumento de efetivação de uma pretensão resistida, tem, como aspiração e objetivo principal, resolver o mérito de um conflito de interesses¹. Mérito, no conceito de Sérgio Sérulo da Cunha, é o núcleo da lide, que compreende as questões relativas à pretensão do autor, considerada em si mesmo, ou, ainda, o fundo da questão, a parte substantiva de uma proposta ou decisão².

Assim, exercendo seu direito subjetivo de ação, a parte interessada buscará no Estado-Juiz a proteção de seu interesse. Dessa forma, segundo o doutrinador italiano Chiovenda, a ação caracteriza-se como um direito por meio do qual, em sendo omitida uma vontade concreta prevista em lei, “*se obtém a realização daquela vontade por outra via, a saber, mediante o processo*”³.

“Como todos os direitos potestativos, a ação é um poder limpidamente ideal, ou seja, o poder de produzir determinados efeitos jurídicos (atuação da lei). É poder que se exercita mediante uma declaração de vontade relativa aos efeitos em mira, e não exige nenhuma ação física, se não a suficiente para manifestar e manter no decurso do processo a vontade de que a lei se atue (demanda judicial)”⁴.

Durante o processo, a busca da solução do mérito, que se concretiza por meio da sentença de mérito válida, passa necessariamente por uma série de decisões e análises interlocutórias durante todo o curso do processo – em outras palavras, das condições, dos pressupostos processuais, da produção das provas, do respeito aos princípios norteadores do ordenamento até a análise do direito material objetivado pela parte.

Dentro do conceito legal, o art. 203, §1º, do CPC, indicará que “ (...) *sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução*”. Em que pese não haja relação necessária entre sentença e resolução do mérito da causa, a construção

¹ Aqui, vale destacar definição de Gusmão: “Direito processual é o direito que disciplina o processo, ou seja, a sequência de atos destinados a obter uma decisão definitiva”. Gusmão, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. Editora Forense, 1978, Rio de Janeiro.

² Cunha, Sérgio Sérulo da. Dicionário compacto do direito. 7ª ed. rev. – São Paulo – Saraiva, 2008, p. 177.

³ Chiovenda, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2009, p. 58.

⁴ Chiovenda, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2009, p. 67.

da sentença de mérito válida – e neste trabalho os termos construir/edificar/estruturar serão usados com frequência – passa por uma quantidade infinita de atos prévios possíveis que auxiliam o juiz a se pronunciar após a fase cognitiva, de preferência, resolvendo o conflito.

A chamada etapa de conhecimento, ainda que subdivida (postulatória; ordinária; instrutória e; decisória), compreende todos os atos preparatórios que possibilitam ao juiz decidir sobre a demanda. Daí a razão pela qual consideraremos que a etapa de conhecimento nada mais é do que a construção fracionada da sentença, isto é, a formação dos elementos que, juntos, tornam o juiz apto – dentro do aspecto subjetivo – para proferir um posicionamento.

O estudo do direito processual civil está voltado, dessa forma, não só para como o Estado-Juiz presta sua tutela jurisdicional, mas principalmente se esta tutela prestada e requerida pela parte – ou pelas partes – será construída com respeito ao devido processo legal e aos princípios norteadores do direito.

Se a existência da lide pressupõe, por óbvio, um conflito de interesses, seria no mínimo ingênuo imaginar que a atuação sobre como chegar a solução de mérito, por meio do processo, também não desencadeará outros conflitos periféricos. Assim, via de regra, das decisões tomadas antes da sentença de mérito ou para efetivação desta sentença também caberá debate, vez que influenciam diretamente na construção da validade da solução prestada pelo Estado-Juiz.

É possível classificar, portanto, que toda ação conduz a dois tipos de conflitos: (i) o conflito principal, consubstanciado na pretensão resistida do autor e na sua tentativa de ter do Estado-Juiz a solução de uma demanda considerada justa e representativa do direito material e; (ii) os conflitos periféricos, consubstanciados em todas as decisões interlocutórias tomadas pelas partes e pelo Estado-Juiz para construir a sentença de mérito válida e efetivar o direito material pretendido.

O ato que saneará e decidirá cada um desses possíveis conflitos - dentro da sistemática que entende que em um Estado Democrático de Direito não são possíveis atos arbitrários – comportará, via de regra, impugnação.

Para cada conflito, portanto, caberá uma espécie de impugnação, sempre com o objetivo de controlar os atos administrativos e judiciais. Dentro das impugnações possíveis, este trabalho se concentrará nos recursos, em especial o agravo de instrumento.

José Carlos Barbosa Moreira definirá recurso como “*o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão que se impugna*”⁵. Ainda, conforme traz Fredie Didier Jr., “*etimologicamente, o termo recurso significa refluxo, refazer o curso, retomar o caminho ou correr para o lugar de onde veio*”⁶. É, dessa forma, instrumento por meio do qual a parte busca a alteração de uma decisão por julgá-la incapaz de traduzir, em seu todo ou em parte, a correta aplicação da lei processual ou do direito material pretendido.

Entretanto, mais do que forma de impugnação, o recurso, como aponta sua origem etimológica, é forma de refazer o curso de um processo, no sentido correto definido pela legislação instrumental. Assim, a título exemplificativo, se há negativa por parte do julgador sobre o pedido de exibição de documento ou coisa, caberá recurso, seja sob o prisma da necessidade do duplo grau de jurisdição, seja como proteção a própria sentença que, no entender do recorrente, poderá ser construída de forma equivocada sem o deferimento e apresentação do objeto pretendido.

O inconformismo da decisão que resolve o conflito principal possui uma regra linear e cronológica de impugnação. Assim, da sentença caberá apelação, do acórdão caberá recurso especial ou recurso extraordinário. Há, assim, sob uma análise epidérmica, um sistema vertical de jurisdição que possibilita aquele que se julga prejudicado recorrer da decisão proferida para órgão superior.

Para os conflitos periféricos, normalmente identificados quando há uma decisão interlocutória, a lei processual possibilitará a parte que se julga prejudicada o recurso de agravo de instrumento, quando cabível. Tem-se, assim, um mecanismo de defesa no curso do processo, já que se a sentença, como objeto final da demanda, tem em sua construção nada mais do que uma série sucessiva de pronunciamentos decisórios de relevância menor, mas não descartável.

O agravo de instrumento, em síntese e sob essa ótica, é um meio de impugnar de imediato, sob o exercício do duplo grau de jurisdição, determinada decisão interlocutória

⁵ Bueno, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 599.

⁶ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 87.

proferida pelo julgador. Trata-se, também, de uma forma de proteção a eventual nulidade da sentença de mérito, vez que o desrespeito a determinados preceitos pode, se não corrigidos no momento oportuno, anular a fase decisória da fase cognitiva.

Ao longo deste trabalho verificaremos, ao analisar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, como ele pode ser utilizado pelas partes em determinados casos para sanar determinada decisão equivocada de imediato, ao ajudar a afastar vícios que maculem a sentença ou outros atos praticados pelo julgador. Nesse sentido, ensina Eliezer Rosa que as decisões interlocutórias:

“ (...) devem tornar-se um tema de intensa e demora pesquisa por parte dos estudiosos modernos do processo civil, pois nelas está a mais intensa atuação dos legítimos poderes do juiz, fazendo o processo caminhar na direção e na realização de seu escopo (...) elas são o tecido nervoso do processo”⁷.

Não se pode, contudo, apenas a fim de sistematizar um pensamento, limitar a importância da recorribilidade das interlocutórias a este prisma. Pelo contrário, ao taxar, como fez o CPC de 2015, as hipóteses de aplicação deste recurso, a impossibilidade de recurso não torna as decisões irrecorríveis se houver o desrespeito a determinado procedimento.

Entretanto, a ideia aqui exposta não se perfaz a seu conceito doutrinário, mas também a busca da formação de um processo linear que não resulte na necessidade de refazer atos ou retroceder fases já superadas (aspecto prático) e, também e principalmente, dar as partes a certeza que o julgador esteve diante de todos os argumentos, fatos e provas possíveis para construção de sua convicção. Daí a razão pela qual a doutrina, em linhas rasas, acaba por conceituar as chamadas decisões interlocutórias de pronunciamentos no curso do feito com conteúdo decisório e que, portanto, podem atingir a formação plena da decisão definitiva do feito, seja esta definitiva de mérito ou não.

A possibilidade processual de utilização do recurso de agravo de instrumento, como veremos mais à frente, sofreu alteração significativa com a entrada em vigor do CPC de 2015. Isso porque, a lei processual nº. 5.869/1973, ou simplesmente Código de Processo Civil de 1973, não taxava as hipóteses de utilização deste mecanismo, definindo apenas em seu art. 522 que seria admitida a interposição do agravo de instrumento quando

⁷ Leituras de Processo Civil, página 73, em Wambier, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro, p. 76.

a decisão for suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é válida.

Pode-se perceber que o legislador de 1973 não delimitou, muito menos conceituou de forma concreta quais seriam aquelas decisões que poderiam causar à parte lesão grave e de difícil reparação, delegando essa função a atividade jurisdicional – mais objetivamente a jurisprudência. Assim, caberia agravo contra os pronunciamentos do juízo que não fossem sentença ou despachos, isto é, pronunciamentos no curso do processo com conteúdo decisório, mas que não colocassem termo final a demanda e representassem um dano à parte.

Como consequência prática, por cautela de ofício e em razão do receio de preclusão, uma série de decisões que poderiam e deveriam ser impugnadas por meio do agora extinto agravo retido eram atacadas na modalidade instrumento, cabendo sua imediata conversão, pelo princípio da fungibilidade.

O CPC de 2015, por outro lado, em seu art. 1.015 e incisos, elencou quais decisões serão passíveis de serem enfrentadas por meio do recurso de agravo de instrumento e quais apenas poderão ser atacadas via sentença – já considerando a extinção do agravo retido⁸.

Não há dúvida que o objetivo do Anteprojeto, conforme é possível extrair de sua Exposição de Motivos, foi reduzir as hipóteses de aplicação do recurso, fato que pode, em um primeiro momento, abrir debate sobre a limitação do pleno exercício do direito do duplo grau de jurisdição. A taxatividade do recurso de agravo de instrumento, entretanto, não é elemento novo no direito pátrio, vez que já chegou a existir no CPC de 1939.

Assim, como veremos de forma detalhada nos capítulos seguintes, o legislador deu tratativa diferente para as hipóteses de recurso das chamadas decisões interlocutórias, com a chamada recorribilidade temperada das interlocutórias, podendo conduzir a um pensamento de retrocesso ao direito ao duplo grau de jurisdição e, via de consequência, aumentar o número de apelações que, em sede de preliminar, elencariam decisões que descontroem a validade do mérito.

⁸ Vale destacar, contudo, que as hipóteses do agravo de instrumento não estão adstritas ao art. 1.015.

A análise do recurso de agravo de instrumento, sua perspectiva histórica e as consequências da sua nova sistemática na construção do caminho até a sentença são o objeto deste trabalho.

2.0. DA TEORIA GERAL DOS RECURSOS SOB A ÓTICA DO AGRAVO

2.1. O conceito de recurso

A diretriz máxima que regula os sistemas processuais em Estados de Direito está assentada na afirmativa de que toda decisão comportará alguma espécie de impugnação ou reconsideração. Essa diretriz tem por origem a noção de que o exercício do poder por qualquer agente comporta algum tipo de falha em potencial. Seria, portanto, abusivo e autoritário acreditar que uma decisão judicial não pudesse comportar impugnação, isto é, alguma forma de controle pré-estabelecido.

O sistema de impugnação de decisões judiciais possui, dentro do ordenamento brasileiro, os seguintes instrumentos: (a) ações autônomas de impugnação; (b) sucedâneos recursais e; (c) recursos.

Para as ações autônomas, o indivíduo que se julga prejudicado por decisão equivocada, a fim de impugná-la, deve dar início à um novo processo, uma impugnação completamente fora dos autos da decisão que se pretende atacar. É forma de impugnação que, apesar dos critérios de competência, forma um instrumento autônomo daquele que se pretende reformar. Os exemplos mais claros são as ações rescisórias, os embargos de terceiro, o mandado de segurança e a reclamação.

O sucedâneo recursal, de forma totalmente oposta às ações autônomas, é uma categoria residual, abrangendo as formas de impugnação que não podem ser classificadas como ações autônomas ou recursos. Assim, são mecanismos muitas vezes sequer expressos no ordenamento jurídico, mas comumente utilizados pelos operadores. São exemplos de sucedâneos recursais o pedido de reconsideração, o pedido de suspensão da segurança e a correição parcial.

O recurso, por sua vez, nada mais é do que a tentativa de trazer justiça à decisão que se entende por equivocada dentro do mesmo processo, prolongando-se o curso dos autos e por meio, via de regra, da transferência da decisão para um órgão hierarquicamente superior àquele que proferiu a decisão atacada. Trata-se de uma manifestação voluntária do jurisdicionado, uma faculdade, uma extensão ao próprio direito de ação ou de defesa, podendo gerar a reforma, a cassação ou o complemento da decisão.

O sistema recursal, por sua vez, desenhará e limitará as hipóteses de abrangência e cabimento dos recursos. Desenhará, porque para cada ato do Estado-Juiz caberá uma espécie, com suas conseqüentes especificidades e formalidades. Limitará, porque se é de extrema valia a existência de um controle das decisões judiciais, seria totalmente imprudente que toda decisão, a todo modo e para sempre pudesse ser impugnada, afrontando diretamente a segurança jurídica do sistema.

De forma geral, conforme traz Daniel Amorim Assumpção Neves⁹, o conceito de recurso será estruturado com base em cinco características essenciais: (i) voluntariedade; (ii) expressa previsão em lei federal; (iii) desenvolvimento no próprio processo no qual a decisão impugnada foi proferida; (iv) manjável pelas partes, terceiros prejudicados e Ministério Público; e (v) com o objetivo de reformar, anular, integrar ou esclarecer decisão judicial.

Nesse sentido, a doutrina especializada traz diversos conceitos de recurso:

“(...) em nossa ordem processual, os recursos consistem em instrumento de emprego voluntário apto a ensejar a revisão (em sentido amplo) de uma decisão, dentro do próprio processo em que foi proferida” (Wambier)¹⁰

“(...) recurso é o meio ou instrumento destinado a provocar o reexame da decisão judicial, no mesmo processo em que proferida, com a finalidade de obter-lhe a invalidação, a reforma, o esclarecimento ou a integração” (Didier Jr.)¹¹

“(...) os recursos nada mais são do que o exercício do (mesmo) “direito de ação” (ou, da perspectiva do réu, do “direito de defesa”) ao longo de um mesmo processo, consoante seja necessária, ao autor, ao réu e a eventuais terceiros, a ocupação de determinadas posições de vantagem em busca da obtenção da tutela jurisdicional em seu favor, a eles negada por anterior decisão jurisdicional” (Scarpinella Bueno)¹²

Este último enfoque dado pelo Professor Scarpinella nos leva justamente a sua concepção sobre natureza jurídica dos recursos. Isso porque, para o doutrinador mencionado, os recursos representam um desdobramento do direito de ação e do direito

⁹ Neves, Daniel Amorim Assumpção, Manual de Direito Processual Civil, Volume Único, 8ª Edição. Editora JusPodivm. 2016, p. 1443/1444.

¹⁰ Wambier, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. V. 2. 16ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 468.

¹¹ Didier Jr. Fredie. Curso de Direito Processual Civil, V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 87.

¹² Bueno, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. V.5. 3ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2011. V. 5, p. 41.

de defesa, em especial diante da compreensão que o exercício do direito de ação não se dá apenas na ruptura da inércia da jurisdição, mas sim a todo o momento. Assim, o direito de ação, como traduz o próprio doutrinador, seria “exercitável”. Esse exercício, portanto, em um de seus desdobramentos, é o próprio recurso:

“Este curso (...) propõe o entendimento de que o “direito de ação” não é tão somente exercitado quando da ruptura da inércia da jurisdição. Ele também é exercitável ao longo de todo o processo até que seja prestada, ao autor, a tutela jurisdicional que requereu e que, pela última análise, é a razão de ele ter se dirigido ao Estado-Juiz. O réu, por sua vez, sem prejuízo de exercitar o direito de ação ao longo do processo, exerce, em nítida contraposição àquele, seu “direito de defesa”, que, de acordo com o “modelo constitucional do direito processual civil”, deve ser tido como verdadeira contraposição ao “direito de ação” na medida em que exercido e exercitado pelo autor”¹³

Esta noção de exercício do direito de ação e de defesa será melhor trabalhada, em especial, quando discutirmos a taxatividade proposta pelo CPC de 2015 ao recurso de agravo de instrumento.

Para este momento, conceituado o recurso¹⁴, deixamos a discussão de lado para analisar os princípios e efeitos dentro do ordenamento processual civil brasileiro que regem o sistema recursal.

2.2. O duplo grau de jurisdição

Não há dúvida na doutrina que o duplo grau de jurisdição é um princípio. Questiona-se, apenas, se estamos diante de um princípio constitucional ou infraconstitucional. Tal discussão parece-nos de pouca complexidade, vez que seja pela organização do Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988 ou pela internalização da Convenção Americana de Direitos Humanos, é possível concluir que o princípio do

¹³ Bueno, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. V.5. 3ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 39.

¹⁴ Não podemos aqui deixar de mencionar a passagem sobre recurso de Marcus Cláudio Aquaviva, em seu Dicionário Acadêmico de Direito, página 407/408: “Do latim *re + cursus*, retorno, volta, repetição. A etimologia, parte da semântica que revela a origem e a evolução das palavras, nos ensina que recorrer procede do latim *recurrere*, ou seja, tornar a correr, percorrer. O prefixo *re* revela a ideia de ato de voltar, retornar, de modo que a parte descontente, no todo ou em parte, com decisão de primeira instância, pretende a recondução ao *statu quo ante*, ou seja, a situação anterior à decisão de primeira instância”.

duplo grau de jurisdição, em que pese não expresso em nossa Constituição, é sim um princípio constitucional¹⁵.

De forma resumida, o princípio do duplo grau de jurisdição permite à parte ao menos um recurso para agente hierarquicamente superior àquele que proferiu a decisão impugnada, em que pese, todavia, alguns casos permitirem a reapreciação pelo mesmo órgão jurisdicional, ainda que alterada sua composição original. Portanto, para existência do duplo grau, necessário se faz um órgão superior ao primeiro (órgão *a quo* e *ad quem*), a fim de que se possa ter uma revisão, justamente com o objetivo de se afastar o abuso de poder. Não é por menos que Didier Jr. afirmará que “o princípio do duplo grau (...) é um antídoto contra a tirania judicial”¹⁶.

Dentro do princípio do duplo grau de jurisdição, encontramos a classificação de duplo grau vertical e duplo grau horizontal. Falaremos em duplo grau vertical quando o ato decisório é revisto por órgão em nível hierárquico superior àquele que proferiu a decisão atacada e falaremos em duplo grau horizontal quando o próprio órgão que proferiu a decisão a revê, mas com composição diversa.

Essa distinção levará ao entendimento de que o deslocamento da decisão para um outro órgão implicaria em “duplo grau”, enquanto o deslocamento para o mesmo órgão, ainda que em composição diversa, em “duplo exame”.

Nesse contexto, vale destacar que não estamos diante de um princípio absoluto. Há causas de competência originária do Supremo Tribunal Federal que não comportam o exercício do duplo grau de jurisdição, além, é claro, das próprias limitações legais aos recursos extraordinários, conforme ensina Scarpinella:

“A constatação de que o “duplo grau” é um princípio – e ser implícito é de nenhuma relevância no particular – não significa, todavia, que a lei não possa dar preferência a um e em outro caso a outros princípios, colidentes com ele, em busca de outros resultados também desejados pelo sistema processual civil. O que deve dar-se em tais casos, porém, é o necessário sopesamento dos valores antagônicos e nunca a eliminação de um em prol do outro”¹⁷.

¹⁵ Destaca-se, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça já proferiu diversas decisões que o duplo grau não é um princípio constitucional implícito.

¹⁶ Didier Jr. Fredie. Curso de Direito Processual Civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016. p. 92.

¹⁷ Bueno, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. V.5. 3ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 48.

Dessa forma, a sistemática dos recursos impõe uma série de limitações ao princípio do duplo grau de jurisdição. A limitação mais visível está justamente nas restrições de matéria dos chamados recursos extraordinários. Assim, não haverá cabimento – nem duplo grau de jurisdição – de recurso especial para decisões que não afrontem normas constitucionais.

Por fim, ainda dentro do tema, vale destacar a grande discussão que existe entre os profissionais do direito sobre a conveniência do duplo grau. Considerando a validade dos argumentos de ambos os lados, fato é que o princípio do duplo grau de jurisdição, dentro da sistemática do devido processo legal, exerce papel essencial de controle interno do próprio Judiciário, razão pela qual prevalece a noção geral que é razoável facultar o duplo grau aos jurisdicionados, a delegar ao Estado-Juiz decisões de impossível impugnação.

2.2.1. Direito de ação e direito de defesa

Antes de falar propriamente do direito de ação e direito de defesa, é preciso destacar que um dos primeiros princípios constitucionais é o acesso à justiça. E aqui o princípio fundamental do acesso à justiça torna-se importante, porque o exercício do direito de ação e direito de defesa dependem, necessariamente, da inafastabilidade do controle jurisdicional. Trata-se de evidente análise constitucional do processo civil, em especial diante das novas perspectivas que o direito constitucional apresenta¹⁸.

O inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal (CF) é taxativo ao indicar que “*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*”. Ora, a partir do momento em que entendemos o direito de ação como instrumento que rompe com a inércia da jurisdição e o direito de defesa a possibilidade de contestar a pretensão autoral, não é errado concluir que todos os atos praticados no decorrer do processo são, em última análise, o exercício constante do direito de ação, do direito de defesa e, no aspecto único, do direito ao acesso à justiça¹⁹.

¹⁸ “O direito constitucional e a teoria da constituição passaram por uma revolução profunda e silenciosa nas últimas décadas. Disso resultou um conjunto amplo de transformações, que afetaram o modo como se pensa e se pratica o direito no mundo contemporâneo”. Barroso, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 4ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2013, p.19.

¹⁹ Daniel Amorim indica ao falar do contraditório: “*O princípio do contraditório é formado por três elementos: informação, reação e poder de influência. O juiz deve informar as partes dos atos praticados no processo, enquanto*

Dáí a razão pela qual afirmamos neste trabalho que o recurso de agravo de instrumento é, também, um mecanismo de exercício do direito de ação e de defesa, vez que tem por objetivo afastar, como preceitua o inciso XXXV da CF, lesão ou ameaça de direito. Sendo mais assertivo, o direito de ação e o direito de defesa são exercitáveis e não se concretizam apenas no primeiro momento da postulação ou da contestação, mas sim durante todo o curso do processo.

2.3. A classificação e o juízo de admissibilidade do agravo

Dentro da classificação dos recursos, a primeira distinção possível está na extensão da matéria a ser impugnada. Assim, nos termos do art. 1.002 do CPC, “*a decisão pode ser impugnada no todo ou em parte*”.

O agravo de instrumento poderá figurar tanto nos chamados recursos parciais, considerados aqueles que impugnação apenas parte, parcela ou capítulo de uma decisão, ou nos chamados recursos totais que abrangem todo o conteúdo do ato recorrido. A questão, por óbvio, dependerá tanto da decisão recorrida (se houver vários atos decisões dentro de um mesmo ato) e da própria pretensão do recorrente, que poderá impugnar todo o ato ou apenas um de seus capítulos.

No aspecto da fundamentação, a doutrina classifica os recursos em fundamentação livre e fundamentação vinculada. Nesse ponto, o agravo é considerado recurso de fundamentação livre, vez que sua fundamentação não está delimitada pela lei, podendo o recorrente alegar qualquer vício. Em sendo contrário, os recursos de fundamentação vinculada, o recorrente deve fundamentar sua irrisignação um dos vícios típicos para que seu recurso seja admitido.

Outro aspecto importante dos recursos é a distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito. Para Didier Jr., “*o juízo de admissibilidade é a decisão sobre a aptidão de um procedimento ter seu mérito (objeto litigioso) examinado*”. O juízo de admissibilidade está intrinsecamente ligado ao legítimo exercício do recurso, mais precisamente da existência dos requisitos de seu exercício, ou melhor, da validade do ato jurídico praticado pela parte recorrente.

as partes podem reagir”. Neves, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Rio de Janeiro – Forense – São Paulo – Método, 2015. P. 30.

Há, portanto, total diferença com o juízo de mérito, que analisa o objeto litigioso, a existência ou inexistência de fundamento para reforma da decisão. O segundo pressupõe o primeiro. Isso porque, não é possível chegar ao juízo de mérito sem superar o juízo de admissibilidade.

No caso do agravo de instrumento, tanto o juízo de admissibilidade como o juízo de mérito serão feitos pelo órgão julgador do recurso, vez que é interposto perante o órgão *ad quem*, podendo ser conhecido de ofício, com exceção da não comprovação de interposição do agravo de instrumento em autos de papel (art. 1.018, § 3º do CPC), que depende da provação do agravado.

2.3.1. Princípio da fungibilidade no agravo

Decorrente do princípio da boa-fé processual, da primazia da decisão de mérito e da instrumentalidade das formas, o princípio da fungibilidade permite a conversão de um recurso em outro. Para a sua aplicabilidade, necessário se faz que a parte se equivoque com relação ao recurso cabível, devendo ser este equivoco não oriundo de erro grosseiro e desde que respeitado o prazo para interposição.

A doutrina apresentará dois critérios para aceitar o princípio da fungibilidade: (i) que haja dúvida objetiva sobre o cabimento do recurso e, cumulativamente, (ii) a inexistência de erro grosseiro. Percebe-se que, diferente do que ocorrida até a Lei nº. 5.869/1973, não há mais necessidade de observar o prazo, vez que a nova legislação processual unificou os prazos recursais.

A importância do princípio da fungibilidade se dá, com destaque para o agravo de instrumento, em razão de nova sistemática adotada pela legislação processual. Por isso, sem dúvida, a maioria das dúvidas surgirão com o tempo em razão do cabimento ou não do recurso de agravo, como ensina Scarpinella:

“Em todos os casos em que esta situação for constatada (dificuldade na distinção entre decisão interlocutória e sentença), a aplicação do princípio da fungibilidade é significativa de que qualquer dos recursos que, em tese, poderia ter tido como apto para o caso concreto, deve ser aceito e julgado sem quaisquer ressalvas ou reparos. A existência de fundada dúvida sobre o recurso cabível conduz a uma necessária flexibilização do sistema recursal, para admitir, dentre as alternativas que dão ensejo à formação da dúvida, o

uso de quaisquer dos recursos abrangidos pela dúvida. A forma assumida pelo inconformismo (o tipo de recurso efetivamente interposto, destarte) passa a ser menos importante que o desejo inequívoco de recorrer, de exteriorização de inconformismo com a decisão tal qual proferida”²⁰.

A fungibilidade ganhará maior relevo neste trabalho quando analisarmos, no capítulo posterior, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento no CPC e o próprio conceito de decisão interlocutória.

Deste princípio, vale também lembrar, conforme ensina Nelson Nery Júnior, que no processo civil brasileiro vigora o princípio da singularidade dos recursos, isto é, para cada ato do juiz “*há um único recurso previsto pelo ordenamento, sendo vedada a interposição simultânea ou cumulativa de mais outro visando a impugnação do mesmo ato judicial*”²¹.

²⁰ Bueno, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. V.5. 3ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 41.

²¹ Nery Jr, Nelson . Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. 5ªed. RT : São Paulo, 2000. p. 93.

3.0. PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO ÀS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO DIREITO BRASILEIRO

3.1. O agravo antes da legislação de 1939.

Ao traçar o perfil histórico do Agravo de Instrumento, este trabalho limitará sua análise a partir do CPC de 1939. Isso porque, o estudo do agravo e suas raízes enfrenta algumas dificuldades de identificação evolutiva e conceituais que são incabíveis de enfrentarmos neste momento.

Ainda, vale dizer, o agravo de instrumento, como conhecemos hoje, apenas começou a ser delineado com nitidez nas ordenações Afonsianas, sendo arriscada qualquer relação entre o que existia antes e o sistema atual. Um resumo sobre o assunto pode ser encontrado no primeiro capítulo do livro “Os Agravos no CPC Brasileiro”, da conceituada doutrinadora Teresa Arruda Alvim Wambier.

A nós, para o momento anterior ao estudado neste trabalho (pré-legislação de 1939), basta-nos a referência que o processo moderno, como conhecemos, tem origem no processo romano e germânico. De forma conceitual, ensina Teresa Arruda Alvim Wambier que, na normatividade romana, a decisão final denominava-se *sententia*, e às proferidas no curso do feito, *interlocutiones*. Aquelas eram recorríveis, por meio do recurso de apelação e estas não o eram²². Dessa forma, na concepção romana:

“As sentenças se contrapunham as interlocuções, que abrangem todos os pronunciamentos do juiz, emitidos no curso do processo, mas sem lhe resolver o mérito”.²³

As chamadas decisões interlocutórias na antiguidade eram, assim, em regra, irrecurríveis. Com o decorrer dos códigos e leis e, principalmente, com o crescimento da importância das interlocutórias, a impugnação das decisões proferidas no decorrer do processo passaram a ter maior relevância, da mesma forma que a construção da sentença passou se revestir de atos mais complexos e a noção de recurso deixou de ser alto limitado as decisões que põe fim ao processo.

²² Wambier, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC Brasileiro. 3ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 25.

²³ Egas Moniz Aragão, Comentários ao CPC, página 47. Em Wambier, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro, p. 76.

Assim, ter uma visão sobre a evolução do recurso contra as decisões interlocutórias é de extrema importância para compreender o agravo e seu regime no CPC.

Nos tópicos a seguir, passamos a analisar como o recurso de agravo se estruturou até a conjuntura da atual legislação processual.

3.1.1. O Agravo no Código de Processo Civil de 1939

O CPC de 1939 trazia três espécies de agravo: (i) agravo de petição; (ii) agravo de instrumento e, por fim; (iii) o agravo nos próprios autos.

Apesar da conceituação ser objetiva, o sistema e sua aplicabilidade apresentada diversas dificuldades para a doutrina e a jurisprudência:

“O sistema recursal do Código de 1939 era, todavia, reconhecidamente imperfeito. Grosso modo (...), cabia apelação de todas as sentenças que definissem o mérito da causa, ou seja, das sentenças definitivas. Cabia recurso de agravo de petição das sentenças que não resolvessem a lide e, finalmente, irrecorríveis eram muitas interlocutórias, e se ressalvavam alguns casos em que delas cabeia ou agravo de instrumento, ou agravo no auto do processo”²⁴.

A principal dificuldade enfrentada pelos operadores na vigência do CPC de 1939 era justamente distinguir as decisões definitivas e terminativas. Assim, não havia unanimidade sobre as hipóteses de cabimento, em razão, principalmente, do conceito de mérito.

Caberia agravo de petição das sentenças processuais, restando o recurso de apelação apenas para as sentenças de mérito. Agravo de petição, no CPC de 1939, era o mecanismo pelo qual o recurso era interposto nas decisões que não resolvessem o mérito (sentença final terminativa)²⁵. Assim ensina Didier Jr.:

“O agravo de petição era o recurso cabível contra as sentenças que extinguíam o processo sem resolução do mérito (se o

²⁴ Wambier, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC Brasileiro. 3ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 50.

²⁵ Art. 846 do CPC 1939: “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”.

processo fosse extinto com resolução do mérito, cabia apelação contra a sentença)”²⁶.

Caberia agravo de petição das decisões terminativas que versassem sobre condições da ação, inexistência de pressupostos processuais, existência de pressupostos processuais negativos e nos casos em que não houvesse previsão expressa do cabimento de agravo de instrumento.

Para o agravo de instrumento, as hipóteses eram taxativas no CPC de 1939. Denominava-se “de instrumento”, vez que formava justamente um organismo autuado em separado, em que as principais peças do processo e essenciais para solução do recurso eram encaminhadas ao órgão julgador. Seu cabimento, previsto em passagens da legislação processual, mas, com destaque, para o art. 842 e seus incisos do CPC de 1939, estava adstrito as decisões interlocutórias com força de definitivas, sendo mecanismo, inclusive, de afronta à preclusão²⁷:

“O recurso de agravo de instrumento servia quer no Código quer fora dele, como forma técnica de efetivar outro recurso, que tivesse sido inadmitido. Sendo discriminadas as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, desde que ocorrida uma delas, ou o recurso era interposto, ou ter-se-ia formado preclusão. A forma técnica de evitar a preclusão, portanto, era a interposição do recurso”²⁸.

Nesse sentido, diziam os incisos do art. 842 do CPC de 1939 que caberia agravo de instrumento²⁹, entre outros dezessete incisos, das decisões que: não admitirem intervenção de terceiro; julgarem a exceção de incompetência; que denegarem a apelação; que negarem alimentos provisórios e; que denegarem ou revogarem o benefício da gratuidade. De forma objetiva, ensina Didier Jr.:

“(…) o agravo de instrumento era recurso cabível contra as decisões interlocutórias expressamente indicadas, significando dizer que não era qualquer decisão interlocutória que poderia ser alvo de um agravo de instrumento, mas apenas aquelas

²⁶ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 201.

²⁷ “Há a preclusão quando se perde, se extingue ou se consuma uma faculdade processual, por se ter perdido o prazo ou deixado de praticar o ato na ordem ou nos termos peremptórios previstos pela lei; por se haver realizado atividade incompatível com o exercício da faculdade; ou por já se haver exercido validamente a faculdade”. Alla, Valentina J. C. O novo recurso de agravo. Revista de Processo. 84. p. 70.

²⁸ Wambier, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC Brasileiro. 3ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 65.

²⁹ O agravo de instrumento também era cabível contra a decisão que não admitisse outro recurso.

expressamente discriminadas no art. 842 do CPC-1939 ou em dispositivo de lei extravagante”.

Dentro de seu procedimento, o agravo de instrumento era interposto perante o juiz de primeira instância, no prazo de cinco dias e deveria ser acompanhado com cópia das peças dos autos principais que fossem indispensáveis para seu julgamento.

Por fim, o CPC de 1939 trazia o agravo no auto do processo. Tratava-se de recurso que não tinha procedimento, servindo, em grande parte, como forma de não interromper o processo, mas recorrer da decisão interlocutória, sob pena de preclusão. Em uma análise simplista, o agravo no auto do processo é o que posteriormente será conhecido, no CPC de 1973, como agravo retido, diferindo dos demais pela peculiaridade de admitir-se expressamente que a sua interposição se desse oralmente, destinando-se a evitar a preclusão de certas decisões.

3.1.2. O agravo no Código de Processo Civil de 1973.

O CPC de 1973 trouxe duas hipóteses de agravo: (i) o agravo retido e (ii) o agravo de instrumento. Nesse sentido, de imediato, é possível perceber que o legislador optou por extinguir o agravo de petição³⁰. Assim, toda e qualquer sentença, atacasse ou não o mérito, independentemente do seu conteúdo, passou a ter como recurso a apelação.

Diferente do quanto trazia o CPC de 1939, o legislador de 1973 optou por não taxar as hipóteses de cabimento do recurso de agravo. Assim, seria cabível o recurso de agravo contra toda e qualquer decisão interlocutória.

A partir das três espécies de pronunciamentos judiciais previsto no CPC de 1973: sentenças, decisões interlocutórias e despachos, pode-se dizer que cabia agravo de todas as decisões que não fossem sentença ou despacho.

De forma sucinta, como já indicado, o CPC de 1973 permitia o recurso de agravo a toda e qualquer decisão interlocutória. Decisão interlocutória, para a legislação

³⁰ Nesse ponto, indica Candido Rangel Dinamarco: “O segundo Código de Processo Civil, promulgado no ano de 1973 e vigente desde janeiro de 1974, foi uma réplica do anterior (o de 1939), com expressivos aperfeiçoamentos formais e algumas relevantes inovações substanciais, mas muito pouco para que nele se pudesse identificar um novo estilo de processo civil”. Dinamarco, Candido Rangel. O novo Código de Processo Civil Brasileiro e a Ordem Processual Civil Vigente, in Revista de Processo, ano 40, 274, Setembro de 2015, RT. P. 65.

processual da época, era o pronunciamento jurisdicional com algum conteúdo decisório, razão pela qual a doutrina admitia o recurso, inclusive, para despachos capazes de gerar prejuízos, conforme indica Wambier:

“Os despachos se caracterizam, de fato, por terem conteúdo decisório não significativo, na medida em que, na maioria das vezes, representam a aplicação quase que automática da lei, não envolvendo, pois, de regra, nenhuma atividade de natureza interpretativa. Todavia, as vezes podem causar prejuízos. Os despachos capazes de gerar dano à parte são decorrentes de erros flagrantes cometidos pelo cartório e endossados pelo juiz ou constantes de despachos proferidos desde logo pelo magistrado”³¹.

A distinção entre despacho e decisão interlocutória se faz presente e necessária justamente para o juízo de admissibilidade do recurso, como decisão de natureza declaratória, sob critérios endoprocessuais. Assim, admitir um recurso nada mais é do que declarar que o seu mérito deve ser analisado pelo julgador, isto é, que possui os elementos formadores que possibilitam seu cabimento e análise. Daí a razão pela qual é possível conhecer de um recurso, mas negar-lhe sua pretensão, como veremos mais a frente em capítulo específico.

Assim, o agravo retido era interposto a fim de evitar a preclusão da matéria, passando a fazer as vezes do agravo no auto do processo. Já o agravo de instrumento, cabível contra qualquer decisão interlocutória, sendo que no sistema originário de 1973, não tinha efeito suspensivo, salvo na redação originária do art. 558.

Nesse ponto, indica Athos Gusmão Carneiro:

“(…) não tendo o litigante interesse maior na “imediate” reforma da decisão interlocutória a ele desfavorável, entende todavia prudente interpor, a fim de evitar preclusão, um recurso com eficácia diferida; ou seja, para ser conhecido e julgado (como preliminar da apelação) apenas se alguma das partes vier a apelar e se o interessado reiterar o agravo, expressamente, nas razões (se for ele o apelante) ou nas contra-razões (CPC, art. 522)”³²

³¹ Wambier, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC Brasileiro. 3ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p 96.

³² Carneiro, Athos Gusmão. Do recurso de agravo ante a lei nº 11.187/2005. Revista Jurídica. Porto Alegre, Ano 54, 339, Jan/2006. ISSN 0103-3379.

Com o advento da Lei nº. 9.139/1995, o recurso antes denominado agravo de instrumento passou a se chamar simplesmente de agravo. O que se tinha era o recurso de agravo que poderia admitir duas modalidades: o retido e o de instrumento, cabendo ao agravante a opção de escolher entre interpor um ou outro, conforme define Didier Jr.:

“O recurso de agravo sofreu modificações com a Lei nº. 9.139/1995. O recurso que antes era denominado de agravo de instrumento, passou a receber a designação genérica de agravo. A partir daí, passou-se a entender que o recurso era o de agravo. Este, contudo, poderia ser interposto sob as modalidades de agravo retido ou agravo de instrumento. (...) O agravo de instrumento também sofria mudanças, passando a ser interposto diretamente no tribunal”³³.

A Lei nº. 10.352/2001, por sua vez, estabeleceu novas formalidades ao agravo de instrumento, passando a ser obrigatório informar o juiz de primeira instância sobre sua interposição, o processamento e a conversão em agravo retido e a antecipação da tutela recursal.

Por fim, a Lei nº. 11.187/2005 estabeleceu que o agravo retido seria a regra e o agravo de instrumento, exceção. Ainda que de forma aberta, o agravo de instrumento apenas seria cabível em decisões interlocutórias passíveis de causar lesão grave e de difícil reparação, nos casos de inadmissão da apelação e seus efeitos³⁴. No caso de interposição do agravo de instrumento fora dessa regra, pelo princípio da fungibilidade, caberia ao relator do recurso sua conversão para agravo retido.

Percebe-se, assim, que, em linhas gerais, a legislação de 1973 e as leis posteriores que a modificaram tinham como regra geral a recorribilidade de toda e qualquer decisão interlocutória passível de causar dano à parte.

³³ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 204.

³⁴ Caberia agravo de instrumento, também, na liquidação de sentença e na execução.

4.0. O AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

4.1. As decisões interlocutórias

Falar do recurso de agravo ou, mais precisamente, do recurso de agravo de instrumento é, por obrigação, falar das decisões interlocutórias. Em uma análise histórica, é possível conceituar este recurso como aquele cabível para atacar determinadas decisões interlocutórias escolhidas pelo legislador como indispensáveis de tratamento posterior.

O CPC de 1973, em seu art. 162, classificava que decisão interlocutória era o pronunciamento de autoria de juiz de primeiro grau que possuía conteúdo decisório, mas sem previsão nos arts. 267 e 269 daquele sistema processual. Nesse sentido, nos ensina Bernardo Pimentel Souza, ao comentar o antigo CPC:

“Ainda a respeito do conceito de decisão interlocutória, tão importante para o estudo da recorribilidade, o pronunciamento é sempre de autoria do juiz de primeiro grau. Sob o ponto de vista técnico-processual, não existe decisão interlocutória em tribunal, nem mesmo quando o tribunal atua no exercício de competência originária, ainda que por intermédio apenas do relator. Por conseguinte, é quase sempre inescusável o equívoco consubstanciado na interposição de agravo previsto no artigo 522 contra decisão monocrática de autoria de magistrado de tribunal. Com efeito, pronunciamento decisório unipessoal proferido por membro de tribunal é decisão monocrática e, em regra, enseja agravo interno, também conhecido como agravo regimental. Daí a importância da distinção entre decisão interlocutória e decisão monocrática, porquanto a recorribilidade também é diferente (...)”³⁵.

A conceituação das decisões interlocutórias passa, necessariamente, em sua distinção das sentenças. Assim, as interlocutórias põem termo ao processo, resolvem incidentes que surgem no decorrer da demanda, havendo em seu núcleo um conteúdo fundamentado, de natureza decisória, a fim de se chegar a uma decisão final, que pode ou não resolver o mérito, chamada de sentença.

A definição e identificação das decisões interlocutórias são de importância singular, em especial quando se pretende escolher o recurso cabível e/ou verificar a possibilidade de impugnação. Por esse motivo, os despachos – por vezes confundidos

³⁵ Souza, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 6ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 527/528.

com decisões interlocutórias – são irrecorríveis, nos termos do art. 1.001 do CPC. No mesmo sentido, os atos praticados pela serventia são podem ser objeto de recurso, devendo ser revistos pelo próprio juiz, por meio de simples provocação.

A distinção entre decisão interlocutória e sentença, na atual sistemática recursal, nos parece mais evidente. Assim, ensina Didier Jr.:

“As decisões que podem ser proferidas pelo juízo singular são a decisão interlocutória e a sentença. Será decisão interlocutória toda decisão que não encerrar o procedimento em primeira instância; sentença é a decisão judicial que, enquadrando-se numa das hipóteses do art. 485 ou do art. 487 do CPC, encerra o procedimento em primeira instância, ultimando a fase de conhecimento ou de execução”³⁶.

Wambier caracterizará a decisão interlocutória pelo critério da exclusão:

“(…) decisão interlocutória é todo pronunciamento com conteúdo decisório proferido no curso do procedimento, que não encerra a fase cognitiva nem o processo de execução. É um conceito atingido por exclusão: se o pronunciamento decisório encerra a fase cognitiva ou a execução, tem-se sentença; se não encerra a fase cognitiva nem a execução, mas não tem conteúdo decisório, é despacho de mero expediente. Todo o resto é decisão interlocutória”³⁷.

Em sendo assim, sem olhar para as limitações impostas pelo CPC e de forma genérica, pode-se dizer que as decisões interlocutórias são aquelas que resolvem determinada controvérsia nos autos, sem colocar fim ao processo.

4.2. O Agravo de Instrumento

Uma mudança significativa trazida pela legislação processual de 2015 está justamente no conceito de agravo. Afasta-se a definição genérica de decisão interlocutória e passasse a conceituar o agravo de instrumento como recurso cabível, em primeiro grau de jurisdição, contra específicas decisões interlocutórias previstas em lei³⁸.

³⁶ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 98.

³⁷ Wambier, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. V. 2. 16ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 537.

³⁸ Wambier, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. V. 2. 16ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 537.

Portanto, a passagem do CPC de 1973 para o CPC de 2015 gera uma restrição ao objeto do agravo de instrumento. Sua possibilidade continua ligada às decisões interlocutórias, isto é, da recorribilidade ampla e mediata, passando a incidir apenas nas hipóteses previstas taxativamente em lei. Em regra, as decisões interlocutórias voltam a ser irrecuráveis de imediato, podendo assim ser em um segundo momento, na sentença, não sendo abrangidas pela preclusão. Nesse sentido, Daniel Amorim:

“As decisões interlocutórias que não puderem ser impugnadas pelo recurso de agravo de instrumento não se tornam irrecuráveis, o que representaria nítida ofensa ao devido processo legal. Essas decisões não precluem imediatamente, devendo ser impugnadas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões desse recurso, nos termos do art. 1.009. § 1º do Novo CPC”³⁹.

De forma geral, o art. 1.015 do CPC elenca quais decisões interlocutórias serão passíveis de recurso imediato, por meio do agravo de instrumento. Há, portanto, como dito, taxatividade no objeto do recurso. Assim, são recorríveis por meio de agravo de instrumento, segundo a ordem do art. 1.015 do CPC, as decisões interlocutórias que versem sobre os subcapítulos a seguir tratados.

4.3.1. Decisões sobre tutela provisória (art. 1.015, I, do CPC)

O CPC trouxe mudança significativa nas chamadas tutelas provisórias. O inciso I, do art. 1.015, se refere a todas as modalidades de tutela de evidência e de urgência.

“Tutelas provisórias são aquelas que o novo Código prevê como urgentes (medidas cautelares ou antecipatórias) e medidas de tutela da evidência (arts. 300 e 311). O agravo nesses procedimentos cabe tanto das decisões que deferem como das que indeferem as medidas provisórias, no todo ou em parte. Justifica-se o agravo de instrumento na espécie, “dada a urgência dessas medidas e os sensíveis efeitos produzidos na esfera de direitos e interesses das partes”, de sorte que “não haveria interesse em se aguardar o julgamento da apelação” (STJ, 3ª t, RMS 31.445/AL, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 06.12.2011, DJe 03.02.2012).

³⁹ Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8ª Ed. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 1559.

Como visto, o recurso é cabível contra qualquer “decisão” e, portanto, abrange tanto aquelas que indeferem como as que deferem o pedido, bem como as que revogam ou modificam. Segundo Wambier:

“O motivo pela qual tais decisões são agraváveis é evidente: de nada adiantaria só no final da fase cognitiva, depois de já proferida a sentença, vir se decidir que, muito antes, uma medida urgente ou fundada na evidência deveria ou não deveria ter sido dada. (...) É inerente à tutela provisória a necessidade de uma definição imediata do seu cabimento”⁴⁰.

A irrecorribilidade das decisões que versem sobre a tutela provisória acarretaria em evidente afronta ao duplo grau de jurisdição, vez que impediriam que ameaça ou lesão fosse atacada ou controlada pelo órgão *ad quem*.

Fato interessante que merece ser tratado são os casos em que o juiz não indefere propriamente o pedido, mas o posterga ou impõe alguma exigência não prevista em lei para seu deferimento. Nesses casos, o efeito da decisão é considerado o mesmo de um indeferimento, cabendo, também, o recurso de agravo de instrumento.

Na verdade, o enunciado 29 do Fórum Permanente de Processualistas Civil já indica que “*A decisão que condicionar a apreciação da tutela provisória incidental ao recolhimento de custas ou a outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento*”.

O entendimento é ratificado por Fredie Didier Jr.:

“A decisão do juiz de, sem justificativa, postergar a análise do pedido de tutela provisória para após a contestação ou para outro momento equivale a uma decisão que indefere o pedido de tutela provisória, dele cabendo agravo de instrumento. De igual modo, se o juiz condiciona a apreciação da tutela provisória a alguma exigência não prevista em lei, está, na verdade, a negar o pedido de tutela provisória, sendo cabível agravo de instrumento”⁴¹.

Por fim, vale mencionar que a tutela provisória concedida em sentença, com o objetivo de afastar o efeito suspensivo da apelação não é passível de agravo de instrumento, mas de apelação, conforme art. 1.009, § 3º do CPC, da mesma forma da

⁴⁰ Wambier, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. V. 2. 16ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 538.

⁴¹ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 212.

sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória (art. 1.013, § 5º, do CPC), conforme finaliza Daniel Amorim:

“O inciso I admite o cabimento do recurso contra as decisões sobre a tutela provisória, ou seja, qualquer decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela dessa espécie (antecipada, cautelar e da evidência). Nessa hipótese de cabimento não bastará a natureza interlocutória da decisão, importando também sua autonomia, pois, se se decidir a tutela antecipada na sentença, o recurso cabível será a apelação, nos termos do art. 1.013. § 5º, do Novo CPC”⁴².

Assim, de forma geral, é possível concluir que as tutelas provisórias, em razão de seu caráter emergencial, devem possuir um sistema que possibilite recursos em razão de seu indeferimento ou deferimento, como admitiu o art. 1.015, inciso I, do CPC.

4.3.2. Decisões sobre o mérito do processo (arts. 1.015, II, 354, parágrafo único e 356, § 5º, do CPC).

Como visto brevemente neste trabalho, não é apenas a sentença que poderá versar sobre o mérito. Dessa forma, durante todo o processo é possível haver decisões de mérito. Na prática, isso significa fazer que a legislação processual permite que algumas questões de mérito sejam resolvidas por meio de decisões interlocutórias, cabendo, nestes casos, o recurso de agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, inciso II, do CPC. Nesse sentido, diz Daniel Amorim:

“No inciso II está a confirmação expressa e indiscutível da admissão pelo sistema da decisão interlocutória de mérito, recorrível por agravo de instrumento. Tradicionalmente, a revisão da decisão de mérito era feita pelo recurso de apelação. No Novo Código de Processo Civil caberá também agravo de instrumento na hipótese de decisão interlocutória de mérito e de julgamento antecipado parcial de mérito”⁴³.

Tais decisões resolvem parcialmente o mérito da causa, estando aptas a formar coisa julgada e possibilitar a execução imediata, sendo que não impugnáveis por meio de agravo de instrumento, conforme § 5º, art. 356 do CPC. O art. 1.015, inciso II do CPC,

⁴² Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8ª Ed. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 1561.

⁴³ Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8ª Ed. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 1562.

portanto, possibilita a chamada decisão interlocutória de mérito definitiva, assim, como dito e via de consequência, a ausência de impugnação gera coisa julgada – ou como preferem alguns, o trânsito em julgado autônomo -, estando afastada sua rediscussão em sede de apelação, conforme indica Luiz Rodrigues Wambier:

“(…) admite-se decisões interlocutórias de mérito (…). Nesses casos, até para se permitir o trânsito em julgado autônomo dessa decisão (art. 356, § 3º), e assim se conferir efetiva utilidade à resolução parcial do mérito, não se poderia atrelar a sua recorribilidade ao recurso contra a decisão final. Mas o agravo cabe não apenas quando a interlocutória de mérito, desde logo, resolve uma parte do objeto do processo. Há casos em que a decisão versa sobre o mérito, mas se limita a descartar a ocorrência de um fato impeditivo ou extintivo do direito do autor, sem ainda definir nenhuma parcela da lide”⁴⁴

Um exemplo clássico das chamadas decisões de mérito no curso do processo é a decisão que rejeita a alegação de prescrição ou decadência, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC. Eventual questionamento sobre o recurso cabível contra tais decisões é superada pela leitura do art. 1.015, inciso II e § 5º, art. 356 do CPC, sendo que o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis já se posicionou nesse sentido: “*A decisão parcial proferida no curso do processo com fundamento no art. 487, I, sujeita-se a recurso de agravo de instrumento*”. Nesse sentido, indica Humberto Theodoro Júnior:

“Questão de mérito é qualquer ponto controvertido que interfira no objeto principal do processo, retratado no pedido e na causa de pedir. Decisão de mérito que desafia agravo ocorre quando o Código admite fracionamento da resolução das questões que compõem o objeto do processo”⁴⁵.

São exemplos, também, de decisões interlocutórias que resolvem parcialmente o mérito e atacáveis por agravo de instrumento, a decisão que homologa a renúncia parcial, a transação parcial ou reconhecimento de um dos pedidos cumulados (art. 487, III, CPC) e a decisão que julga procedente o pedido para o réu prestar contas (art. 550, § 5º, do CPC). Nesse último caso, também já se manifestou o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis “*A decisão interlocutória que julga procedente o pedido para*

⁴⁴ Wambier, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. V. 2. 16ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 538.

⁴⁵ Theodoro Júnior. Humberto, Curso de Direito Processual Civil – Vol. III – 49ª Ed. 2016, p. 1042.

condenar o réu a prestar contas, por ser de mérito, é recorrível por agravo de instrumento”.

Nesse tópico, por fim, vale destacar que o agravo, quando impugna decisões de mérito, herda algumas características da apelação, sendo aplicável o art. 942 do CPC e cabendo sustentação oral em sua sessão de julgamento.

4.3.3. Decisão de rejeição da alegação de existência de convenção de arbitragem (art. 1.1015, III, do CPC).

O indeferimento da alegação de existência de convenção de arbitragem versão, em última análise, sobre a competência do juízo, conforme ensina Didier Jr.:

“Como se sabe, as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral. Em outras palavras, a convenção de arbitragem é o gênero, do qual há duas espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Em virtude da convenção de arbitragem, transfere-se o litígio para a competência do árbitro. É este quem deve examinar a disputa entre as partes. Se o juiz rejeita a alegação de convenção de arbitragem, está decidindo sobre sua competência para julgar o caso. Se acolhe, entende que o árbitro é o competente. Trata-se, inegavelmente, de uma decisão sobre competência”.⁴⁶

É importante destacar, aqui, que a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem será atacada por meio de agravo de instrumento, enquanto seja a alegação acolhida, caberá apelação, conforme indica Wambier:

“Seria um despropósito o processo judicial persistir por vários meses ou mesmo anos, para só depois o tribunal vir a reconhecer que a atuação judiciária é incabível e que a causa tem de ser remetida à solução arbitral. Note-se que a decisão que acolhe a arguição de convenção arbitral é também prontamente recorrível: como ela extingue a fase cognitiva do processo, é sentença, apelável”.⁴⁷

⁴⁶ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 215.

⁴⁷ Wambier, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. V. 2. 16ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 539.

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior:

“A alegação de convenção de arbitragem se faz em preliminar da contestação, como ausência de pressuposto processual para formação e desenvolvimento válido do processo em juízo (art. 337, X). A decisão interlocutória que rejeita a arguição se dá normalmente na fase de saneamento e organização do processo”⁴⁸.

Existe a possibilidade, também, de reconhecida a competência pelo árbitro, o juiz não extinga o processo sem resolução do mérito. Desta decisão, caberá agravo de instrumento, isto é, o art. 1.015, III, do CPC, também é abrangido a hipótese de decisão que nega extinguir o processo, mesmo diante do reconhecimento de competência pelo juízo arbitral⁴⁹.

Dentro da análise da admissibilidade ou inadmissibilidade da alegação de existência de convenção arbitral, abre-se a discussão, como visto, das decisões que versem sobre competência em geral. Assim, também é agravável a decisão que trata sobre a competência relativa ou absoluta. Estamos diante, sem dúvida, de uma interpretação extensiva do inciso III do art. 1.015 do CPC, pelo critério da equiparação e pelo princípio da igualdade (art. 7º do CPC)⁵⁰.

4.3.4. Decisão do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (art. 1.015, IV, do CPC).

A desconconsideração da personalidade jurídica passou a ter regulamento próprio no CPC, nos termos dos arts. 133 a 137. O incidente de desconconsideração, que pode ser instaurado a pedido do Ministério Público ou da parte interessada é resolvido por decisão interlocutória, nos termos do art. 136, do CPC. Por ser decisão interlocutória, a decisão que resolve o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é impugnável por meio de recurso de agravo de instrumento, conforme art. 1.015, inciso IV, do CPC.

“O incidente de desconconsideração de personalidade jurídica figura entre os casos de intervenção de terceiro, cabendo em

⁴⁸ Theodoro Júnior, Humberto, Curso de Direito Processual Civil – Vol. III – 49ª Ed. 2016, p. 1042.

⁴⁹ Enunciado 435 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Cabe agravo de instrumento contra a decisão do juiz que, diante do reconhecimento de competência pelo juízo arbitral, se recusa a extinguir o processo judicial sem resolução do mérito”.

⁵⁰ “Não há razão para que a alegação de incompetência tenha um tratamento não isonômico”. Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 216.

qualquer tipo de processo (arts. 133 a 137). O agravo será admissível tanto quando for deferida, como indeferida a medida”⁵¹.

Tal previsão, entretanto, vem destacada no CPC sem grande necessidade. Isso porque, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nada mais é do que uma modalidade de intervenção de terceiro forçada, o que já estaria previsto no inciso IX do art. 1.015, do CPC.

Via de regra, o incidente suspenderá o processo (art. 134, § 2º, do CPC), sendo que quando requerida na própria petição inicial, não haverá incidente e o processo não será suspenso. Nesses casos, há o chamado litisconsórcio eventual, que será resolvido via sentença – cabendo, portanto, apelação⁵², conforme ensina Didier Jr.:

“Em outras palavras, só é agravável a desconconsideração da personalidade jurídica resolvida em decisão interlocutória, quando houver o respectivo incidente. Quando a desconconsideração é resolvida na sentença, não cabe agravo de instrumento; o que cabe é apelação”⁵³.

Por fim, vale lembrar que é possível que o incidente seja instaurado originalmente no tribunal, sendo decidida pelo relator. Nessa hipótese, caberá agravo interno, conforme arts. 932, VI, 1.021 e 136, parágrafo único, do CPC.

4.3.5. Rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação (art. 1.015, V, do CPC)

A lei 1.060/1950 e agora os arts. 98 e 99 do CPC de 2015 possibilitam à parte ou interessado que não disponha de recursos financeiros para custear as despesas processuais requerer a chamada gratuidade da justiça, ficando dispensada, ainda que parcialmente e momentaneamente, do pagamento das custas processuais⁵⁴.

O benefício da justiça gratuita se aplica tanto a pessoa física como jurídica. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já fixou, por meio da Súmula 481, que “*faz jus ao*

⁵¹ Theodoro Júnior. Humberto, Curso de Direito Processual Civil – Vol. III – 49ª Ed. 2016, p. 1043.

⁵² Enunciado 390 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Resolvida a desconconsideração da personalidade jurídica na sentença, caberá apelação”.

⁵³ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 218.

⁵⁴ O benefício é momentâneo e não necessariamente integral, vez que o juiz pode delimitar sua incidência, de acordo com a capacidade da parte e se, eventualmente, sua situação financeira vier a sofrer alguma mudança.

benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

A chamada “declaração de pobreza”, em que a parte requerente do pedido faz a fim de ter o benefício encontra discussão quando analisada sua presunção de veracidade. Isso porque, nos termos do art. 4º da lei 1.060/50, a parte tem direito de gozar do benefício mediante simples afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e honorários advocatícios. Entretanto, parte dos juízes vem requerendo a apresentação de comprovantes para demonstrar, de fato, a insuficiente de recursos.

Em recente julgado (REsp 1584130), o Superior Tribunal de Justiça, já à luz do CPC de 2015, o Ministro Relator Luís Felipe Salomão destacou que o STJ tem jurisprudência consolidada no sentido de que o juiz pode indeferir o pedido de gratuidade, desde que, antes, dê a parte requerente prazo para comprovar o preenchimento dos requisitos legais, à luz do art. 5º da lei 1.060/1950.

Do indeferimento, parcial ou total, do pedido de justiça gratuita cabe agravo de instrumento, enquanto o deferimento deve ser atacado por meio de impugnação, nos termos do art. 100 do CPC.

A possibilidade do agravo é prevista em dois momentos, tanto no inciso V do art. 1.015, do CPC, como no art. 101: “*Art. 101. Contra a decisão que indeferir a gratuidade ou a que acolher pedido de sua revogação caberá agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação*”:

“Nesse caso, a recorribilidade imediata não é simétrica. Apenas a parte que teve a gratuidade de justiça indeferida ou revogada é que pode recorrer. Não cabe agravo contra a decisão de deferimento ou manutenção da gratuidade. Toma-se em conta a relevância da garantia constitucional da assistência jurídica integral”⁵⁵.

Como art. 98, § 5º, do CPC, permite a modulação do benefício, também será agravável a decisão que indefere, parcialmente ou modularmente, o pedido. Já no caso de deferimento, a impugnação se dará nos próprios autos, inexistindo peça própria para tanto.

⁵⁵ Wambier, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. V. 2. 16ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 539.

Por fim, vale mencionar que, a depender do momento do indeferimento, o recurso poderá ser diverso. Assim, se o juiz indeferir o pedido de gratuidade, caberá agravo de instrumento, conforme acima indicado. Se a impugnação feita pela outra parte foi acolhida, também caberá agravo de instrumento. Contudo, se a impugnação à justiça gratuita for decidida em sentença, caberá apelação.

4.3.6. Decisão do incidente de exibição ou posse de documento ou coisa (art. 1.015, VI, do CPC).

Os arts. 396 a 400 do CPC regulam o chamado incidente de exibição de documento ou coisa. O pedido pode ser feito em face da parte ou contra terceiro. Na primeira hipótese, tem-se um incidente processual que é resolvida por meio de decisão interlocutória, o que, via de consequência, é impugnável por agravo de instrumento. Na segunda hipótese, contra terceiro, tem-se um processo incidente, que se finaliza por sentença e é impugnável por apelação. Ainda, há uma terceira hipótese, que se dá quando o juiz determina, de ofício, a terceiro, que traga aos autos documento ou coisa. Nesse último caso, como não há novo processo, a decisão que resolva a questão será atacada também por agravo de instrumento, vez que se submete ao art. 438 do CPC:

“Mesmo entre as partes, reputou-se que não seria razoável postergar para o final do processo a definição da utilização de um documento, indeferida em um primeiro momento, ou determinação, sob as penas da lei, de exibição de um documento eventualmente inexistente ou a respeito do qual se deveria guardar sigilo. Não deixa de ser, de qualquer modo, uma escolha do legislador, pois outras hipóteses similares, relativas a outros meios de prova, não foram contempladas com tal recorribilidade”.⁵⁶

A solução do incidente é decisão de mérito, já abarcada no inciso II do art. 1.015, do CPC, mas preferiu o legislador dar maior destaque, afastando qualquer interpretação diversa⁵⁷:

“O incidente de exibição promovido contra a parte contrária está regulamentado nos arts. 396 a 400 do CPC. Da decisão interlocutória que resolve o incidente cabe agravo de instrumento. É a hipótese que se refere o art. 1.015, VI, do

⁵⁶ Wambier, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. V. 2. 16ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 340.

⁵⁷ Daniel Amorim também incluirá no rol de hipóteses abarcadas pelo inciso VI a quebra do sigilo bancário. Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8ª Ed. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 1563.

CPC. Rigorosamente, por ser decisão de mérito, já seria agravável por força do inciso II do art. 1.015 – o legislador houve por bem deixar isso ainda mais claro”⁵⁸.

No mesmo sentido, indica Humberto Theodoro Júnior:

“A exibição de documento ou coisa integra a fase probatória do processo e regula-se pelos arts. 396 a 404, cabendo agravo de instrumento contra a decisão que defere ou indefere o pedido”.

Assim, a depender em face de quem é requerida a exibição, a legislação processual definirá a espécie de recurso.

4.3.7. Decisão de exclusão de litisconsorte (art. 1.015, VII, do CPC).

A decisão do juiz que exclui um litisconsorte é decisão interlocutória que deve ser atacada por meio de agravo de instrumento. Como nos demais casos, a ausência de impugnação gera preclusão e não poderá ser mais questionada em sede de apelação.

A classificação da decisão que exclui o litisconsorte como interlocutória pode gerar certa discussão, vez que, sob o prisma do excluído, o processo chega ao fim, podendo cogitar o cabimento de recurso de apelação. Isso porque, pelo CPC de 1973, ainda que com exceções, o legislador optou por classificar sentença pelo critério topológico, classificando-a como o ato que coloca termo ao processo.

No litisconsorte, a decisão encerra o processo de um dos envolvidos, mas prolonga aos demais. O motivo do legislador impor tal hipótese ao agravo de instrumento está justamente no dano para a duração razoável do processo e da eficiência se a questão da exclusão do litisconsorte fosse reconhecida em recurso de apelação, o que teria o condão de desfazer todos os atos processuais posteriores a exclusão. Ademais, abrir a possibilidade de apelação nesse momento seria um prejuízo significativo para os outros envolvidos.

⁵⁸ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 220.

O STJ, contudo, já se posicionou ao entender que o recurso de apelação não é cabível em face de decisão que, antes da sentença, reconhece a ilegitimidade de uma das partes^{59 60}.

“STJ: Ao se excluir um litisconsorte do processo, nega-se a resolução do mérito (art. 485, VI) relativamente à pretensão externada por ele ou contra ele. A hipótese constitui um caso especial de negativa parcial de resolução do mérito, já agravável por força do art. 354, parágrafo único. É mais um caso, portanto, de reiteração didática de recorribilidade”.⁶¹

Portanto, por ser a decisão de exclusão de litisconsorte decisão interlocutória prevista no rol do art. 1.015 e no parágrafo único do art. 354 do CPC de 2015, deve ser impugnada por meio de agravo de instrumento.

4.3.8. Rejeição do pedido de limitação de litisconsórcio (art. 1.015, VIII).

Conforme conceitua Sérgio Sérulo da Cunha, litisconsórcio é a situação em que há mais de uma parte num dos polos da relação processual⁶². De forma mais detalhada, ensina Marcus Cláudio Acquaviva que litisconsórcio é a reunião de vários interessados num mesmo processo, na qualidade de autores ou de réus, para a defesa de interesses comuns.

Se a possibilidade do litisconsórcio é admitida em lei, por outro lado, a existência de um número infinito de autores ou de réus, o chamado litisconsórcio multitudinário, pode causar prejuízos significativos para as partes. Assim, em certos casos, faz-se necessário limitar o litisconsórcio, em especial quando o número elevado de litigantes gerar impacto direto na solução do conflito ou, ainda, dificultar a defesa. A limitação possibilitada está adstrita ao litisconsórcio facultativo e simples. Em sendo o litisconsórcio necessário ou unitário, a limitação não é admitida.

⁵⁹ STJ. "De acordo com a jurisprudência do STJ, o recurso de apelação não é cabível em face de decisão que, antes da prolação da sentença, reconhece a ilegitimidade de alguma das partes" (STJ, AgRg no REsp. n. 1012086/RJ, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 25-8-2009, DJe de 16-9-2009).

⁶⁰ "Decisão que exclui litisconsorte passivo não põe termo ao processo, mas somente à ação em relação a um dos réus, sendo, portanto, passível de impugnação via agravo de instrumento" (STJ, REsp n. 675885/PR, rel. Ministra Eliana Calmon, j. em 21-4-06).

⁶¹ Wambier, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. V. 2. 16ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 540.

⁶² Cunha, Sérgio Sérulo da. Dicionário compacto do direito. 7ª ed. rev. – São Paulo – Saraiva, 2008, p. 170.

Assim, identificada tal situação, a parte interessada poderá requerer ao juiz a limitação do litisconsórcio facultativo e simples. Da decisão que rejeita pedido de litisconsórcio caberá, assim, recurso de agravo de instrumento, conforme ensina Didier Jr:

“(...) a limitação do litisconsórcio não é causa de extinção do processo, acarretando apenas o seu desmembramento. Se o juiz indefere o pedido de limitação, cabe agravo de instrumento, a fim de que o tribunal possa, desde logo rever a decisão e verificar se, de fato, é necessária a limitação, observando se não há dificuldade à defesa ou a duração razoável do processo”⁶³.

No mesmo sentido, ensina Wambier:

“Justifica-se o cabimento do agravo de nessa hipótese – não extraível de nenhuma outra regra geral – porque não se justificaria apenas muito tempo depois, já na apelação, reconhecer-se que não deveria ter havido um litisconsórcio com a amplitude que se teve no caso, por ser prejudicial ao exercício da defesa. Eis mais uma questão que demanda resolução imediata, sob pena de inocuidade do que se decidisse apenas depois ou de nulidade de todo o processo, por cerceamento de defesa”.⁶⁴

Por fim, vale destacar que o juiz poderá, ao invés de rejeitar o pedido de limitação do litisconsórcio, aumentar o tempo de defesa, a fim de garantir a defesa. Nesses casos, não será admitido agravo de instrumento por ausência de interesse recursal, conforme preceitua o enunciado 116 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “*Quando a formação do litisconsórcio multitudinário for prejudicial à defesa, o juiz poderá substituir a sua limitação pela ampliação dos prazos, sem prejuízo da possibilidade de desmembramento na fase de cumprimento de sentença*”.

4.3.9. Admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros (art. 1.015, IX, do CPC).

De forma objetiva, diz o art. 1.015, inciso IX, do CPC, que pode ser objeto de recurso de agravo de instrumento a decisão que admite ou inadmite a intervenção de

⁶³ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 221/222.

⁶⁴ Wambier, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. V. 2. 16ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 540.

terceiros. Vale destacar aqui que o inciso IX não está limitado as hipóteses previstas no Título III do Livro II do CPC, em especial, porque há outras modalidades de intervenção de terceiros espalhadas pela legislação que também podem ser atacadas, se admitidas ou inadmitidas, por meio de agravo de instrumento, conforme ensina Didier Jr.:

“Se o juiz admite a intervenção de terceiro, o processo será conduzido com sua participação. De nada adiantar deixar a impugnação para a apelação: será inútil combater a participação do terceiro. De igual modo, se o juiz inadmite, deixar a impugnação para apelação atenta contra a eficiência e a duração razoável do processo, pois o seu eventual provimento acarretaria o desfazimento de todos os atos processuais para que sejam repetidos com a participação de terceiros”.⁶⁵

A última hipótese que foge da regra é a decisão que defere a intervenção *do amicus curiae*, nos termos do art. 138 do CPC⁶⁶, que define como irrecorrível a decisão que admite o *amicus curiae*, considerada assim uma decisão interlocutória irrecorrível, vez que não poderá ser atacada nem por agravo de instrumento, nem por apelação.

4.3.10. Concessão, modificação ou revogação de efeito suspensivo em embargos de execução (art. 1.015, X, do CPC).

A decisão que concede, modifica ou revoga o efeito suspensivo em embargos de execução, por ser propriamente dita uma decisão sobre tutela provisória, já seria agravável em razão do inciso I do art. 1.015 do CPC. Entretanto, quis ser o legislador novamente didático neste ponto ao incluir, expressamente, a possibilidade no inciso X, conforme ensina Didier Jr:

“Na execução fundada em título extrajudicial, a decisão do juiz que concede, modifica ou revoga o efeito suspensivo outorgado aos embargos já seria agravável, em virtude do disposto no inciso I do art. 1.015 do CPC, justamente porque tal decisão é, a bem da verdade, uma tutela provisória. De todo modo, o legislador foi explícito aqui (...). A regra também se aplica à decisão que não concede o efeito suspensivo: também

⁶⁵ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 222.

⁶⁶ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

é ela decisão sobre a tutela provisória e, nesse ponto, agravável (...)⁶⁷.

Da mesma forma, acentua Wambier:

“(...) a atribuição pelo juiz de efeito suspensivo aos embargos, uma vez constatado o perigo de danos graves e a plausibilidade dos fundamentos da medida, é uma modalidade de tutela provisória urgente. Assim, a disposição é didática, de merda explicitação. O caso já se enquadraria no art. 1.015, I, aplicando-se-lhe as razões apresentadas naquela hipótese”.⁶⁸

Assim, em se tratando de título executivo extrajudicial, a defesa do executado se dará por meio dos chamados embargos à execução, previstos nos arts. 914 e 915 do CPC. A concessão, modificação ou revogação de efeito suspensivo em embargos de execução é objeto de recurso de agravo de instrumento.

4.3.11. Redistribuição do ônus da prova (art. 1.015, XI, do CPC).

Em regra, cabe ao autor provar o quanto alegado, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quando à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. É o que preceitua o art. 373 do CPC⁶⁹.

Em que pese a previsão legal, nada impede que, pelas circunstâncias dos fatos ou até mesmo em razão da lei, o juiz venha a redistribuir o ônus da prova – sempre, como se espera de toda decisão judicial, de forma fundamentada, conforme indica o § 1º do mencionado art. 373 do CPC: *“Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”*.

Portanto, a decisão do juiz que redistribui o ônus da prova é agravável, vez que a seria inútil se a indignação da parte apenas pudesse ser exposta em sede de apelação. Aqui, vale destacar que o inciso XI abrange qualquer decisão que “verse” sobre a

⁶⁷ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 223/224.

⁶⁸ Wambier, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. V. 2. 16ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 540/541.

⁶⁹ Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

redistribuição do ônus, possibilitando o recurso de agravo contra decisão que não redistribui o ônus:

“Note, porém, que também é agravável a decisão que não redistribui o ônus da prova. Na redação aprovada pela Câmara dos Deputados, não seria possível; mas a redação final autoriza o agravo de instrumento contra decisão que “versar sobre” a redistribuição do ônus da prova, o que, claramente, permite o agravo de instrumento em ambas as situações. Na verdade, é agravável a decisão que indefere, nega, rejeita a redistribuição do ônus da prova”⁷⁰.

Assim também ensina Wambier:

“Eis outra matéria que depende de rápida definição. Se apenas muito depois, na apelação, a questão pudesse ser revista, de duas uma: ou a parte sucumbente na questão seria surpreendida e gravemente prejudicada por uma redistribuição feita retroativamente, ou haveria a necessidade de repetição de todo o processo, desde o início da instrução probatória”⁷¹.

Portanto, versando a decisão sobre a distribuição do ônus da prova, caberá agravo de instrumento.

Aqui, vale destacar a discussão sobre o momento em que o juiz deve distribuir o ônus probatório, em especial pela expressa previsão do art. 373, § 1º do CPC, quanto a possibilidade de imputar ao réu a obrigação de provar o quanto alegado em juizado, em evidente aceite a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Como se extraí do art. 373, § 1º do CPC, o juiz deve fundamentar a decisão, a fim de evitar distorções e imposições descabidas. Tal fato de faz relevante, vez que, ainda que não expressamente, o legislador assinalou que pretende que a redistribuição se faça antes da sentença, como, inclusive, já havia reconhecido o Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo do CPC de 2015⁷², conforme indica Humberto Theodoro Júnior:

⁷⁰ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 224.

⁷¹ Wambier, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. V. 2. 16ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 541.

⁷² “PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - MOMENTO OPORTUNO - INSTÂNCIA DE ORIGEM QUE CONCRETIZOU A INVERSÃO, NO MOMENTO DA SENTENÇA - PRETENDIDA REFORMA – ACOLHIMENTO - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. - A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida. - O recurso deve ser parcialmente acolhido, anulando-se o processo desde o julgado de primeiro grau, a fim de que retornem os autos à origem, para

“A redistribuição do ônus da prova se dá por meio de decisão interlocutória, na fase de saneamento e organização do processo (art. 357, III)”⁷³

Parece-nos o entendimento mais sensato, a fim de evitar decisões surpresas, vedadas pelo CPC.

4.3.12. Decisão que aplica multa processual.

O CPC, como já fazia a legislação processual de 1973, prevê várias hipóteses de aplicação de multa em razão de condutas processuais das partes. Assim, há multa pelo descumprimento de deveres processuais (art. 77, § 2º, do CPC), pela ausência injustificada em audiência de conciliação ou mediação (art. 334, § 8º, do CPC), por litigância de má-fé (art. 81, do CPC) e pela não devolução dos autos (art. 234, § 1º, do CPC). As multas admitidas pelo CPC, passíveis de execução nos próprios autos, estão, em grande parte vinculadas a maior relevância da propriedade processual, nos termos do art. 77 e seguintes do CPC.

Como a decisão que aplica a multa implica no mérito da causa, ela está prevista no inciso II do art. 1.015, do CPC, sendo, portanto, agravável, conforme ensina Didier Jr.:

“A decisão proferida nesses casos é fruto de um incidente instaurado, que acarreta a condenação da parte numa multa. Está-se, portanto, diante de uma decisão de mérito, atraindo-se a incidência do inciso II do art. 1.015 do CPC. Cabível, portanto, o agravo de instrumento. Se, contudo, a multa é imposta na sentença, aí caberá apelação, pois será um capítulo dela, a ser atacado pelo recurso próprio, que é, repita-se, a apelação”⁷⁴.

Assim, aplicada a multa pelo juiz e havendo irresignação da parte, caberá agravo de instrumento.

retomada da fase probatória, com o magistrado, se reconhecer que é o caso de inversão do ônus, avalie a necessidade de novas provas e, se for o caso, defira as provas requeridas pelas partes. - Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido. (STJ Resp 881651/BA – Ministro Hélio Quaglia Barbosa- 4ª. Turma – 10/04/2007)

⁷³ Theodoro Júnior, Humberto, Curso de Direito Processual Civil - Vol. I - 56ª Ed. 2015, p. 1043.

⁷⁴ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 214.

4.3.13. A decisão que indefere uma das provas em produção de prova.

As partes poderão, no momento oportuno, apresentar o rol de provas que pretendem produzir para comprovar suas alegações. A decisão que indefere uma das provas em produção de provas não pode ser atacada por meio de recurso de agravo de instrumento, vez que não prevista na legislação, devendo ser impugnada em apelação.

A única hipótese prevista expressamente na legislação, como já visto, é a decisão sobre exibição de documento ou coisa, nos termos do inciso VI do art. 1.015, do CPC. Entretanto, ensina Didier que haveria uma segunda hipótese que, nos termos do doutrinador, “*exige uma sofisticação da argumentação*”⁷⁵.

Segundo Didier, o autor, na petição inicial e nos termos do art. 381 do CPC, poderá requer a produção antecipada de mais de uma prova. Da decisão que indefere a produção de alguma delas, caberá agravo de instrumento:

“Da decisão que indeferir totalmente a produção de prova cabe apelação (art. 382, § 4º, CPC). Se o requerente postular a produção antecipada de mais de uma prova em cumulação de pedidos, e o juiz não admitir por decisão interlocutória a produção de uma delas, caberá agravo de instrumento. Esta será uma decisão interlocutória de mérito, a desafiar o recurso de agravo de instrumento, previsto no art. 1.015, II do CPC. É possível ainda que algum interessado requeira a produção de qualquer outra prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato (art. 382, § 3º, CPC). Se o juiz inadmitir a produção dessa outra prova por decisão interlocutória, caberá agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, II, do CPC, pois terá aí uma decisão de mérito”.⁷⁶

A questão, sem dúvida, ainda será objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial, devendo aguardar a atividade jurisdicional para uma afirmação mais conclusiva.

⁷⁵ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 214.

⁷⁶ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 215.

4.3.14. Decisão interlocutória que nega eficácia a negócio jurídico processual.

O CPC de 2015 inovou a trazer uma nova modalidade de procedimento (especialíssima), que deriva de convenção das partes e, portanto, bilateral e contratual:

“Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

Assim, as partes, dentro das limitações impostas pelo próprio CPC, poderão definir prazos, formas e procedimentos, a fim de facilitar o andamento dos autos.

Ainda que não previsto expressamente, é possível concluir, por extensão ao inciso III do art. 1.015, do CPC, que todas as decisões que negam eficácia ou não homologam negócio jurídico processual são agraváveis. Isso porque, não haveria sentido que as decisões tomadas em conjunto pelas partes fossem ignoradas pelo juiz ou, ainda, que o juiz não homologasse a desistência da ação ou o pedido de suspensão do processo pelas partes.

4.3.15. Outras situações previstas em lei (art. 1.015, XIII, do CPC)

Além do art. 1.015 do CPC, há outras situações previstas em lei que podem acarretar em recurso de agravo de instrumento. Assim, são agraváveis: *(i)* as decisões interlocutórias proferidas nas fases de liquidação e de cumprimento de sentença (art. 1.015, parágrafo único, do CPC); *(ii)* as decisões proferidas no processo de inventário (art. 1.015, parágrafo único, parte final, do CPC); *(iii)* a decisão que recebe a petição inicial de ação de improbidade administrativa (art. 17, § 10, da Lei nº. 8.429/1992); *(iv)* qualquer decisão que tenha por conteúdo as situações descritas nos arts. 485 e 487⁷⁷, do CPC; *(v)* decisão que conceder a recuperação judicial (art. 59, § 2º, do CPC) ou ainda *(vi)* contra decisão que resolve o requerimento de distinção, no caso de sobrestamento do processo em razão recursos repetitivos nos tribunais (art. 1.037, § 13, inciso I, do CPC).

⁷⁷ Enunciado 154 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É cabível agravo de instrumento contra ato decisório que indefere parcialmente a petição inicial ou a reconvenção”.

Como veremos adiante, no capítulo seguinte, o legislador optou por taxas expressamente as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, em que pese não seja possível definir, nesse momento, se a doutrina e a jurisprudência abrirão exceções a esse rol exaustivo de acordo com a lesão apresentada pela decisão não prevista, em especial, no art. 1.015 do CPC⁷⁸.

4.4. Admissibilidade, prazo e modo de interposição do agravo de instrumento.

De forma geral, pode-se dizer que o pressuposto de qualquer recurso é a lesividade ou inconformismo em face da decisão recorrida. Segundo Barbosa Moreira⁷⁹, há dois tipos de requisitos para reconhecer a admissibilidade dos recursos: Requisitos intrínsecos: (a) cabimento; (b) legitimação; (c) interesse; (d) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; e os Requisitos extrínsecos: (a) tempestividade; (b) regularidade formal; (c) preparo. A diferença entre cada um terá relacionado mais a existência do poder de recorrer (intrínsecos) e o modo de exercício desse poder (extrínsecos).

O agravo de instrumento, como já visto, é recurso cabível contra certas decisões interlocutórias elencadas na legislação processual civil. O prazo de interposição é de 15 (quinze) dias úteis (art. 1.003, § 5º, do CPC), uma mudança importante se em comparação com o antigo CPC, que previa prazo de 10 (dez) dias corridos. O prazo de recurso poderá ser em dobro nas hipóteses dos arts. 180, 183 e 186 do CPC.

Como também já visto neste trabalho, o agravo de instrumento é recurso de fundamentação livre e de ampla devolutividade⁸⁰, podendo o agravante criticar qualquer ponto da decisão recorrida:

“Assim como a apelação, o agravo de instrumento é recurso de argumentação livre, podendo o agravante apresentar qualquer fundamento que demonstre um *error in procedendo* ou um *error in iudicando* cometido pelo juiz da decisão agravada”.⁸¹

⁷⁸ Inclusive com a possibilidade do Mandado de Segurança.

⁷⁹ Barbosa Moreira, Juízo de Admissibilidade. Página 260. Em Wambier, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC Brasileiro. 3ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 105.

⁸⁰ Por analogia, aplica-se o art. 1.013 do CPC ao recurso de agravo de instrumento.

⁸¹ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 241.

Os requisitos da petição do agravo de instrumento estão previstos no art. 1.016 do CPC: “*Art. 1.016. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, por meio de petição com os seguintes requisitos: I - os nomes das partes; II - a exposição do fato e do direito; III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido; IV - o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo*”, além das peças obrigatórias previstas no art. 1.017 do CPC.

Aqui, há que se fazer uma breve distinção para os casos em que o processo tramita em autos de papel ou em autos eletrônicos. A facilidade de acesso aos autos eletrônicos possibilita a dispensa de uma série de formalidades não dispensáveis aos autos físicos. Assim, não é necessário ao agravante em processo eletrônico juntar cópia de qualquer peça nele contidas ou apresentar o requerimento previsto no art. 1.018 do CPC. Da mesma forma, por ser o processo eletrônico, não se aplica o prazo em dobro para litisconsórcios com procuradores diferentes (art. 229, §º, do CPC). Para o recurso em autos de papel, deverá o agravante instruí-lo com as cópias previstas no art. 1.017 do CPC, quais sejam: “*da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado*”.

Na ausência de juntada de qualquer cópia obrigatória, o relator, antes de não conhecer do recurso, deverá intimar o agravante para regularizar seu instrumento, nos termos do parágrafo único do art. 932 do CPC: “*Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível*”.

A nova legislação processo de 2015 manteve a exigência do agravante, no prazo de 3 (três) dias, juntar, nos autos do processo, cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, nos termos do art. 1.018 do CPC. Assim, ensina Didier Jr.:

“Essa exigência calca-se em dois interesses: a) do agravante: ensejar um juízo de retratação do magistrado a quo; b) do agravado: proporcionar o imediato conhecimento dos termos do agravo, sem a necessidade do deslocamento ao tribunal (aqui, a preocupação é maior com os advogados que atuam em comarcas do interior, distantes da sede do tribunal). Protegem-

se, assim, com esta formalidade, interesses estritamente particulares”⁸².

Por ter a exigência do art. 1.018 do CPC uma finalidade de proteção ao agravado, a regra não se aplica ao agravo de instrumento interposto contra decisão de autos eletrônicos, vez que não há qualquer dificuldade do agravado de ter acesso aos elementos contidos nos autos. Segundo Didier Jr.: “A regra aplica-se apenas ao processo que tramita em autos de papel, cabendo ao agravado alegar e comprovar a ausência da petição”.

Interposto o agravo, o procedimento que o guiará está previsto no art. 1.019 do CPC.

4.4.1 Efeito suspensivo e ativo, a inadmissibilidade do recurso e o agravo interno.

Conforme indica Carlos F. Zimmermann Neto, o efeito suspensivo é aquele que paralisa a execução da sentença (ou decisão interlocutória, como sabemos) de primeiro grau até a decisão do recurso interposto⁸³.

O recurso de agravo de instrumento, via de regra, não possui automaticamente efeito suspensivo, como já se tinha no CPC de 1973. Assim, interposto o recurso, a decisão agravada continua a produzir seus efeitos, nos termos do art. 995, *caput*, do CPC.

Entretanto, a pedido da parte, o relator do agravo poderá conceder efeito suspensivo à decisão agravada, desde que esteja o pedido devidamente fundamentado com a demonstração do *fumus boni iuris* e risco de danos graves irreparáveis ou de difícil reparação, nos termos do parágrafo único do já mencionado art. 995 do CPC.

A hipótese do efeito suspensivo, entretanto, também abrangerá o chamado efeito ativo:

“O inc. I do art. 1.019 do CPC/2015 reproduz a regra que havia sido inserida no Código anterior para acolher expressamente o entendimento antes pacificado na jurisprudência e na doutrina. Essa disposição autoriza o relator do agravo não apenas a suspender o ato recorrido, como também a conceder liminarmente uma providência negada em primeiro grau

⁸² Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 237.

⁸³ Zimmerman Neto, Carlos F. Processo do Trabalho. 1ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 95.

(“efeito ativo”). Ou seja, o relator do agravo, ao recebe-lo, tem o poder de lhe atribuir o efeito suspensivo (propriamente dito) ou de adiantar os efeitos do acolhimento da pretensão recursal (efeito ativo ou tutela antecipada recursal)”⁸⁴.

“O art. 1.016 é silente a respeito, mas o agravante pode, consoante o caso, requerer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, valendo-se do disposto dos referenciais do parágrafo único do art. 995. Também poderá requerer o que a prática forense consagrou com o nome de efeito ativo, no sentido de pedir, de imediato, a concessão da medida negada na primeira instância e que gerou o agravo”.⁸⁵

Assim, o recurso de agravo de instrumento poderá ter efeito suspensivo e efeito suspensivo ativo, desde que requerido pelo agravante. A decisão que defere ou indefere o pedido é recorrível mediante agravo interno, previsto no art. 1.021 do CPC.

Ainda, será objeto de agravo interno a decisão do relator que negar seguimento ao recurso:

“Após a distribuição do agravo de instrumento, o relator poderá, como primeira medida, negar seguimento ao recurso de forma monocromática, desde que presente uma ou mais das situações previstas pelo inciso III e IV do art. 932 do Novo CPC. A decisão unipessoal do relator pode ter como objeto a negativa de conhecimento (juízo de admissibilidade), prevista no inciso III do art. 932 do Novo CPC, como o não provimento do recurso (juízo de mérito), previsto no inciso IV do art. 932 do Novo CPC. Essa decisão monocrática, que coloca fim ao agravo de instrumento, é recorrível por agravo interno para o órgão colegiado no prazo de 15 dias, nos termos do art. 1.021 do Novo CPC”⁸⁶.

“O art. 1.021 prevê o cabimento do agravo interno contra todas as decisões monocráticas proferidas no âmbito dos tribunais, sendo competente para julgá-lo o órgão colegiado respectivo. Não me parece errado, por isso mesmo, rotular este recurso – a despeito da nomenclatura dada a ele pelo CPC de 2015 – de “agravo de colegiado”.⁸⁷

⁸⁴ Wambier, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. V. 2. 16ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 547.

⁸⁵ Bueno, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 624.

⁸⁶ Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8ª Ed. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 1571.

⁸⁷ Bueno, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 628.

Dessa forma, em havendo decisão que nega ou defere o pedido de efeito suspensivo ou efeito suspensivo ativo ou decisão que admite ou inadmite o recurso, caberá agravo interno.

4.4.2. Breves apontamentos sobre a problemática da preclusão e o protesto por nulidade.

Como já vimos neste trabalho, as decisões não agraváveis são sim recorríveis, mas apenas em sede de recurso de apelação. Assim, não existindo previsão legal de recurso de agravo de instrumento, a decisão que se pretende impugnar – mas, por escolha do legislador apenas pode ser feita em um segundo momento – não é atingida pela preclusão.

Entretanto, há um problema apontado por Didier Jr. em seu “*Curso de Direito Processual Civil*” que merece apontamento neste trabalho.

Dispõe o art. 278 do CPC que: “A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”. Assim, haveria uma dúvida com relação a necessidade, por parte do interessado, em apontar a nulidade, ainda que não agravável, no primeiro momento após surgir o interesse recursal – ainda que ele só vá se efetivar em apelação – sob pena, assim, de preclusão.

A questão, contudo, pode ser resolvida sob o prisma da boa-fé processual. Não haveria sentido, assim, verificada o vício, deixar de aponta-lo imediatamente, ainda que não recorrível:

“Não se compatibiliza com a boa-fé e é, até mesmo, anticooperativo, deixar de alegar ou suscitar um vício no momento próprio para, somente depois, lá na apelação, impugnar (...). Deixar de suscitar o vício para, somente depois, na apelação, questioná-lo, constitui atitude que surpreende a outra parte, frustrando suas expectativas, o que caracteriza como desleal e contrário a boa-fé”⁸⁸.

Dessa forma, entende o doutrinador que o pedido de invalidação de uma decisão interlocutória não agravável, formulado em apelação, dependeria de prévia suscitação na primeira oportunidade de suscitá-la:

⁸⁸ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 226.

“Assim, proferida uma interlocutória não agravável que contenha algum vício, cabe à parte suscitá-la na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, sob pena de preclusão (art. 278, CPC). Se suscitar, poderá impugná-la na apelação. Se não suscitar, a matéria estará preclusa, não podendo constar na apelação”⁸⁹.

A questão, contudo, ainda nos parece passível de alguma consideração. Isso porque, nada impede que, a depender do caso, a interlocutória não agravável não venha a ser suscitada de imediato, mas apenas em apelação, sem prejuízo às partes. As situações terão que ser analisadas individualmente e dependerão, por óbvio, do entendimento jurisprudencial.

4.5. O agravo de instrumento nos juizados especiais cíveis.

A admissão do recurso de agravo de instrumento nos juizados especiais cíveis, estabelecidos pela Lei 9.099/95, continua sendo motivo de debate na doutrina e na jurisprudência. Como é cediço, os juizados especiais nasceram sob o prisma da redução do formalismo processual, da maior abertura para a oralidade e da busca pela celeridade no andamento do feito (eficiência judicial).

Diante desse contexto, como características do procedimento microsistema dos juizados, o legislador preferiu restringir não só a produção probatória, mas também a abrangência recursal – como define parte do entendimento, limitada ao recurso inominado, os embargos de declaração e o recurso extraordinário.

O entendimento sobre o rol restritivo de recursos dos juizados – que, como visto, não englobaria o agravo de instrumento – parte de uma hermenêutica restritiva da Lei 9.099/95, ao interpretar que a ausência de previsão específica acarretaria, como consequência, na exclusão de tal forma de impugnação.

Outro argumento ressalta que, apesar da impossibilidade do recurso de agravo, não haveria preclusão das decisões interlocutórias, podendo ser atacadas em sede de recurso especial. No mesmo sentido, os próprios princípios da lei – com destaque para a celeridade processual – excluíam a hipótese do agravo, recurso que tem potencial de suspender o trâmite da ação.

O Enunciado 10 do 1º Colégio Recursal de Pernambuco ratifica esse entendimento, ao indicar que “*Das decisões proferidas pelo Juizado Especial, somente*

⁸⁹ Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 226/227.

são cabíveis os recursos previstos nos arts. 41 e 48 da Lei nº. 9.099/95 (recurso inominado e embargos de declaração), não se admitindo o recurso de agravo, instrumentalizado ou retirado". Decisões nesse sentido não são poucas em diversos tribunais do país.

Assim indica Guilherme Almeida:

“O agravo na forma instrumental adquire um aspecto fundamental posto que se demonstra como a única forma com capacidade de tutelar de forma correta e rebater de maneira justa as incorreções das decisões interlocutórias, seja pelo viés da obediência ao duplo grau de jurisdição ou então prevenir prejuízos decorrentes de falibilidade humana, sem descaracterizar o procedimento sendo também recurso adequado também nas decisões que afrontam a exclusividade do STF em admitir Recurso Extraordinário”⁹⁰.

O tema, contudo, não é pacífico, em especial no Estado de São Paulo. O Enunciado nº. 02 do I Encontro do Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Capital do Estado de São Paulo definiu que “*É admissível, no caso de lesão grave e difícil reparação, o recurso de agravo de instrumento no juizado especial cível*”, sendo este, por óbvio, destinado ao tribunal competente: o Colégio Recursal.

Como é possível extrair no enunciado, o entendimento exposto no Encontro encontra respaldo na inafastabilidade do recurso de agravo de instrumento para os casos de lesão grave e difícil reparação, ainda que o feito tramite nos juizados especiais cíveis. O entendimento também se aplica aos chamados “*prejuízos processuais que afrontam o texto constitucional*”, como se dá, em tese, da decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário, conforme entendimento exposto pelo Ministro Celso de Mello, na Reclamação 459-7-Goiás, publicada em 08/04/1994.

Nesse sentido, indica Humberto Theodoro Júnior:

“A propósito das decisões interlocutórias, a Lei 9.099/95 silenciou. Isso não quer dizer que o agravo seja todo incompatível com o Juizado Especial Cível. Em princípio, devendo o procedimento concentrar-se numa só audiência, todos os incidentes nela verificados e decididos poderiam ser revistos no recurso inominado ao final interposto. Mas nem sempre isso se dará de maneira tão singela. Questões

⁹⁰ Almeida, Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI120816,101048O+recurso+de+agravo+de+instrumento+nos+JECs> – Retirado em 01/09/2016

preliminares poderão ser dirimidas antes da audiência ou no intervalo entre a de conciliação e a de instrução e julgamento. Havendo risco de configurar-se a preclusão em prejuízo de uma das partes, caberá o recurso de agravo, por invocação supletiva do Código de Processo Civil”

O CPC de 2015 não pacificou a matéria, mantendo-se as premissas da divergência. Contudo, pode-se dizer que, caso aceito o recurso de agravo de instrumento, ele agora estará adstrito as hipóteses legais, com destaque para o art. 1.015 do CPC.

Vê-se, assim, que há divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o cabimento do recurso de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas nos juizados especiais cíveis, destacando, entretanto, que a jurisprudência majoritária se inclina para a impossibilidade de tal impugnação⁹¹.

⁹¹ Essa divergência é aceita plenamente pela doutrina, conforme indica Gabarra: “verifica-se claramente que há divergência tanto doutrinária, como jurisprudencial acerca do cabimento do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas nos Juizados Especiais Cíveis”. Gabarra, Marina Junqueira. O cabimento do agravo de instrumento em sede dos juizados especiais cíveis. <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-cabimento-do-agravo-de-instrumento-em-sede-dos-juizados-especiais-c%ADveis> – Retirado em 07/09/2016

5.0. CRÍTICA AO AGRAVO DE INSTRUMENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – RECORRIBILIDADE TEMPERADA DAS INTERLOCUTÓRIAS E O MANDADO DE SEGURANÇA

Como já vimos, a principal mudança posta pelo CPC de 2015 no âmbito do recurso de agravo de instrumento está na taxatividade das hipóteses de cabimento, adstritas, em grande parte, ao art. 1.015 do CPC:

“Importante e substancial alteração proposta pelo Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas é a tarifação dos casos em que é cabível o recurso de agravo de instrumento, assim entendido o recurso que submete a contraste imediato pelo Tribunal da decisão interlocutória proferida na primeira instância ao longo do processo. O objetivo expresso, desde a Exposição de Motivos do Anteprojeto, é o de reduzir os casos em que aquele recurso pode ser interposto”⁹².

“O CPC/2015 alterou a diretriz antes estabelecida, de recorribilidade ampla e imediata das interlocutórias na fase de conhecimento. Em princípio, se a parte pretende impugnar uma decisão interlocutória nessa fase, deverá aguardar a prolação da sentença, para então formular sua insurgência. Nesse sentido, em regra, as decisões interlocutórias são irrecorríveis de modo autônomo e imediato”⁹³.

A escolha do Anteprojeto em limitar a recorribilidade das decisões interlocutórias, impondo um rol exauriente de hipóteses, não nos parece, contudo, a mais acertada.

Como vimos ao longo desse trabalho, o processo nada mais é do que a busca, pelas partes, da resolução do mérito. Essa busca, quanto mais linear e correta for, melhor será para todos, inclusive o Estado-Juiz.

De fato, não é possível dizer que o CPC abandonou a recorribilidade das interlocutórias. O que fez a nova legislação pode ser enunciado como *recorribilidade temperada das interlocutórias*, vez que o recurso depende de previsão legal expressa:

“Princípio usualmente lembrado acerca do sistema processual civil brasileiro (...) é o da recorribilidade em separado das interlocutórias, que guarda relação, em suas raízes, com os princípios da oralidade, da concentração dos atos processuais

⁹² Bueno, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 622.

⁹³ Wambier, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. V. 2. 16ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 537.

e da imediatidade, na busca por um processo mais célere, vedando, para o atingimento daquela finalidade, a interposição de recursos das decisões interlocutórias e, muito menos, que esses recursos possam compreender o andamento dos processos. O CPC de 2015, contudo, não acolhe o princípio com tal magnitude”⁹⁴.

Portanto, se é possível dizer que a nova legislação afastou a recorribilidade abrangente das interlocutórias, a diversidade de incisos do art. 1.015 do CPC e da própria legislação processual civil como um todo, ainda possibilita o recurso para diversas hipóteses.

Segundo Marinoni:

“O fato de o legislador construir um rol taxativo não elimina a necessidade de interpretação para sua compreensão: em outras palavras, a taxatividade não elimina a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação”⁹⁵.

Sobre o mesmo assunto, indica Cassio Scarpinella:

“Vale a pena verificar, por ora, se o rol que acabou por prevalecer no novo CPC corresponde, e em que medida, às necessidades do dia a dia do foro e se a doutrina e a jurisprudência tenderão a uma interpretação restritiva ou ampliativa (extensiva) das hipóteses indicadas”⁹⁶.

Essa recorribilidade temperada das interlocutórias, contudo, não afasta a crítica feita neste trabalho.

As decisões tomadas pelo juiz, em primeira instância, quando possuidoras de conteúdo que podem, em sentença, prejudicar a validade do mérito, deveriam estar abarcadas por algum grau de recorribilidade imediato que não retardasse o processo no futuro, ao reconhecer eventual nulidade em apelação. Isso porque, o reconhecimento de alguma nulidade em sede de apelação gera um retrocesso e um impacto indescritível para as partes, que são obrigadas a retornar à primeira instância e praticar novamente atos, à época, entendidos como superados.

⁹⁴ Bueno, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 604.

⁹⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. Arenhart, Sérgio Cruz. Mitidiero, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 946.

⁹⁶ Bueno, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 653.

Quando se analisa a razão pela qual o legislador escolheu as hipóteses previstas no rol do art. 1.015 do CPC, por exemplo, percebe-se que a justificativa está no dano que o reconhecimento da decisão equivocada traria se só fosse percebido em segunda instância, quando do recebimento da apelação. Mas como saber se outras decisões, não elencadas pela legislação processual, não tem o potencial de causar, também elas, o mesmo dano? Mais, como ter certeza que apenas aquelas decisões elencadas pelo CPC são passíveis de dano?

Como não dizer, apenas para trazer um exemplo claro, que a decisão que nega o pedido de produção de provas não acarretará no retorno dos autos a primeira instância quando reconhecida sua necessária reforma em sede de apelação?

Conforme aponta Daniel Amorim Assumpção Neves, a doutrina fundamenta a novidade no princípio da oralidade, na preservação dos poderes de condução do processo do juiz de primeiro grau e a simplificação processual. A bem da verdade, a escolha do legislador de 2015 não foi exclusivamente técnica-processual, mas principalmente política:

“Num primeiro momento, duvido seriamente do acerto dessa limitação e das supostas vantagens geradas ao sistema processual. A decantada desculpa de que o agravo de instrumento é o recurso responsável pelo caos vivido na maioria de nossos tribunais de segundo grau não deve ser levada a sério. Há tribunais que funcionam e outros não, e em todos eles se julga agravos de instrumento”⁹⁷.

Continua o doutrinador, a fim de esgotar a argumentação, indicando que ainda que o agravo fosse o responsável pela morosidade dos tribunais – o que, ressalta-se, não se entende por verdadeiro -, este não é um motivo capaz de justificar sua limitação, abrindo a grande possibilidade de generalizar o mandado de segurança⁹⁸. Não se pode, de qualquer forma ou perspectiva, limitar o acesso à justiça, o direito de ação e defesa, a fim de facilitar o trabalho dos tribunais:

⁹⁷ Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8ª Ed. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 1560.

⁹⁸ Em interessante artigo, indica Marília Segui Lobato: “Do que foi aduzido, podemos concluir que o princípio constitucional da celeridade processual é habitualmente desprezado. O motivo que enseja a morosidade é um conjunto de problemáticas que abrange tanto as inúmeras possibilidades das partes interpirem recursos meramente protelatórios quanto ao próprio sistema judiciário com o número eloquente de decisões interlocutórias que favorece a interposição desse tipo de recurso”. Lobato, Marília Segui. O anteprojeto do novo Código de Processo Civil e as inovações do agravo de instrumento, seu prazo e honorários de sucumbência. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22618/o-anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-as-inovacoes-do-agravo-de-instrumento-seu-prazo-e-honorarios-de-sucumbencia>.

“Essa fórmula é flagrantemente violadora dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Os tribunais de segundo grau precisam melhorar sua performance, disso não há dúvida, mas não se pode admitir que isso ocorra às custas de direitos fundamentais das partes”.⁹⁹

Scarpinella, contudo, faz a seguinte consideração:

“Antes de aceitar a generalização do mandado de segurança contra ato judicial – medida que, na década de 1980 até meados da década de 1990, consagrou-se como sucedâneo recursal para fazer as vezes do que, naquela época, o regime do agravo de instrumento não permitia – talvez seja chegado o momento de se refletir e verificar na prática do foro se sobrevive a compreensão de que toda interlocutória tem que ser recorrível imediatamente ou se a redução, tal qual a empreendida pelo CPC de 2015, não é senão legítima opção política”¹⁰⁰.

Assim, para parte da doutrina, o mandado de segurança será utilizado com mais frequência, a fim de possibilitar que determinadas decisões não possam ser atacadas. Por outro lado, há quem argumente que as decisões interlocutórias não passíveis de recurso de agravo de instrumento não são irrecorríveis, vez que podem ser atacadas em sede de apelação, o que excluiria a hipótese do mandado de segurança.

Seja opção simplesmente política ou não, ainda que a limitação da recorribilidade das decisões interlocutórias gere, inicialmente, uma diminuição dos agravos de instrumento, cria-se, por outro lado, uma verdadeira “bomba relógio”. Ora, a partir do momento que se posterga a análise da decisão para a apelação, permite-se que o seu acolhimento gere a anulação de todos os atos praticados até aquele momento, o que destoa completamente dos princípios da economia processual e da duração razoável do processo.

Talvez, fosse melhor que a legislação indicasse quais hipóteses de não cabimento do recurso de agravo, afastando a aplicação do recurso para aquelas decisões em que a recorribilidade, de fato, não implica que potencial dano – ainda que futuro – à parte.

⁹⁹ Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8ª Ed. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 1560.

¹⁰⁰ Bueno, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 623.

Como saída para essa situação, boa parte da doutrina vem entendendo a possibilidade de uma interpretação ampliativa das hipóteses de cabimento do agravo, desde que mantida a lógica da previsão legal.

Se tal escolha representará uma saída viável, apenas a aplicabilidade da nova legislação nos tribunais poderá responder, vez que, se por um lado, afasta-se o problema da taxatividade trazido pelo CPC de 2015, por outro, cria-se uma evidente insegurança jurídica:

“No máximo será bem-vinda, justamente para não generalizar o emprego do mandado de segurança como sucedâneo recursal, interpretação ampliativa das hipóteses do art. 1.015, sempre conservando, contudo, a razão de ser de cada uma das hipóteses para não generalizá-las indevidamente. Mesmo para elas, contudo, prefiro não me arriscar a fazer prognósticos de nenhuma ordem”¹⁰¹.

Imagine, em mais um exemplo, a preliminar de apelação que não é conhecida, vez que, por interpretação ampliativa daquele tribunal, a decisão interlocutória pudesse ser recorrida por meio de agravo de instrumento, ainda que não previsto expressamente na legislação processual. A insegurança jurídica, em um primeiro momento e até a pacificação da jurisprudência, seria enorme.

“Lamenta-se que se procure acabar com um problema pontual de alguns tribunais com a limitação de um relevante recurso, expondo a parte a ilegalidades e injustiças praticas pelo juízo de primeiro grau. A recorribilidade somente no final do processo será um convite dos tribunais de segundo grau a fazer vista grossa a eventuais irregularidades, nulidades e injustiças ocorridas durante o procedimento. Na realidade, os tribunais serão colocados diante de um dilema: se acolherem a preliminar de contestação ou contrarrazões, dão um tiro de morte no princípio da economia processual; se fizerem vista grossa e deixarem de acolher a preliminar pensando em preservar tal princípio, cometerão grave injustiça, porque tornarão, na prática, a decisão interlocutória irrecorrível”.¹⁰²

A forma com que o sistema irá se comportar perante esse novo desenho do agravo de instrumento ainda é incerto. Não é possível medir, ainda, nesse momento, se haverá

¹⁰¹ Bueno, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 623.

¹⁰² Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8ª Ed. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 1562.

um aumento no número de mandados de segurança, como os tribunais irão se comportar diante das preliminares em sede de apelação e, principalmente, se a nova sistemática implicará em uma mais celeridade ao processo.

Como toda nova legislação, a insegurança jurídica está presente no início de sua aplicação, o que não exclui uma escolha, a nosso ver, mais pautada em diretrizes políticas, do que na preservação do direito de ação e defesa das partes.

6.0. CONCLUSÃO

O objetivo desse trabalho, em primeiro lugar, foi apresentar a nova sistemática do recurso de agravo de instrumento no CPC, estabelecido pela Lei nº. 13.105/2015.

Para tanto, buscou-se imprimir uma visão que a recorribilidade das interlocutórias, por meio do recurso de agravo de instrumento, tem papel fundamental ao rejulgar as decisões proferidas no curso do processo passíveis de gerar lesão grave e de difícil reparação à parte.

A legislação processual de 2015, contudo, deu preferência por taxar as hipóteses de aplicação do recurso de agravo de instrumento, extinguindo o agravo retido e possibilitando que as questões não elencadas na legislação não fossem atingidas pela preclusão, sendo recorríveis em preliminar de apelação.

O extenso rol do art. 1.015 do CPC nos possibilita concluir que o legislador optou por adotar a sistemática da recorribilidade temperada das interlocutórias, vez que possibilita que uma série de decisões sejam objeto do recurso de agravo.

Entretanto, a escolha por limitar a recorribilidade das decisões interlocutórias, totalmente diversa daquela prevista na legislação anterior, não nos parece a mais acertada.

A decisão de impor um rol exauriente de hipóteses de cabimento do agravo abre margem para que as partes fiquem vulneráveis a decisões que, ainda que não previstas na legislação, possam causar algum dano.

Ainda que se possa falar em maior celeridade, parece-nos mais prejudicial para o sistema que decisões não previstas na legislação – mas que poderiam ser atacadas por agravo pelo CPC de 1973 -, quando recorridas e acolhidas em preliminar de apelação, gerem nulidade de todos os atos praticados anteriormente.

Isso, é claro, sem contar eventual aumento da utilização do mandado de segurança, com o objetivo de impugnar a decisão irrecorrível de imediato.

A saída proposta por parte da doutrina, em especial Daniel Amorim Assumpção Neves, ao interpretar de forma extensiva e ampliativa o rol do art. 1.015 do CPC é viável, mas gera, como efeito colateral, uma insegurança jurídica muito grande, vez que deixará a cargo dos tribunais decidir quais decisões poderão, ou não, se enquadrar nessa hermenêutica, o que abre margem para mais de um entendimento predominante.

Não bastasse isso, o operador do direito seria obrigado a agravar de diversas situações, por cautela e ainda que obrigado a ver seu recurso não conhecido, a fim de afastar o não conhecimento de sua preliminar de apelação em caso possibilidade mínima, por interpretação extensiva, da interposição do recurso de agravo de instrumento.

Nesse sentido, a decisão de afastar a recorribilidade de diversas decisões interlocutórias nos parece um posicionamento mais político do que propriamente técnico, atingindo diretamente o exercício do direito de ação e de defesa – aqui entendidos como exercitáveis a todo o momento durante o processo e não só na quebra da inércia da jurisdição e na apresentação da defesa.

Como alternativa, o Código de 2015 poderia ter restringido o agravo de instrumento por via diversa, apontando as hipóteses em que o recurso seria incabível.

Se a decisão do legislador de 2015 foi acertada ou não, caberá apenas ao tempo responder – em que pese, de início, este trabalho entenda que a escolha tenha dado prioridade a busca incessante pela celeridade, ao invés da preservação de alguns princípios – como se fossem, estes, os reais causadores da morosidade do Judiciário.

Além da visão crítica acima exposta, o trabalho também procurou apresentar todas as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento.

Essa passagem por todos os incisos do art. 1.015 do CPC e por outras previsões de cabimento do recurso apenas reforçou o entendimento crítico exposto, em especial, porque a fundamentação da escolha das decisões recorríveis está, sempre, relacionada ao potencial dano de deixar, para a apelação, eventual reforma do entendimento do juiz de primeiro grau.

Entretanto, é impossível que qualquer rol taxativo seja capaz de esgotar todas as possibilidades que uma sociedade tão complexa como a atual pode apresentar perante o Judiciário, abrindo uma gama infinita de decisões que – a depender do caso – não estão inseridas nas hipóteses hoje previstas, mas mesmo assim são indesejáveis de reforma apenas em sede de apelação, como agora estabelecido.

Conclui-se, portanto, que o recurso de agravo de instrumento se mantém como mecanismo capaz de corrigir o curso do processo busca de sanar eventuais vícios. Contudo, a insegurança jurídica dos primeiros anos da nova sistemática poderá trazer situações em que haverá prejuízo às partes e ao mérito em razão de uma escolha do legislador que não necessariamente trará os frutos da celeridade pretendidos.

Um sistema processual garantidor e protetor dos direitos fundamentais das partes é pressuposto essencial de uma democracia inclusiva e do Estado de Direito. Se a nova sistemática do agravo de instrumento trará uma melhora na aplicação do direito, apenas será possível notar com o passar do tempo.

Até lá, espera-se que haja bom senso dos aplicadores do direito para dar, sempre, prioridade a preservação do mérito e dos direitos fundamentais, enxergando o sistema processual como instrumento e nunca como limitador do direito da parte.

7.0. BIBLIOGRAFIA.

Acquaviva, Marcus Cláudio. Dicionário Acadêmico de Direito. 7ª ed. – Rio de Janeiro – Forense, Método, 2011.

Alla, Valentina J. C. O novo recurso de agravo. Revista de Processo

Almeida, Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme
<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI120816,101048O+recurso+de+agravo+de+i+nstrumento+nos+JECs> – Retirado em 01/09/2016

Alvim, J.F. Carreira. Novo Agravo. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Assis de, Araken. Processo Civil Brasileiro v. 3 - 2ª Edição, Revista dos Tribunais, 2016.

Barroso, Luiz Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 4ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

Bueno, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. São Paulo, Saraiva, 2015.

Bueno, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, V. 5. 3ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2011.

Bueno, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo, Saraiva, 2015. p. 653.

Carneiro, Athos Gusmão. Recurso especial, agravos e agravo interno. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Carneiro, Athos Gusmão. Do recurso de agravo ante a lei nº 11.187/2005. Revista Jurídica. Porto Alegre, Ano 54, 339, Jan/2006. ISSN 0103-3379.

Chiovenda, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2009.

Códigos de Processo Civil comparados / Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha – São Paulo : Saraiva, 2015.

Costa, Hélio Martins, Lei dos Juizados Especiais Cíveis - Anotada e Sua Interpretação Jurisprudencial - 4ª Edição, Editora Del Rey, 2006.

Cunha, Sérgio Sérvulo da. Dicionário compacto do direito. 7ª ed. rev. – São Paulo – Saraiva, 2008.

Danas, Bruno. Eduardo Talamini. Fredie Didier. Teresa Arruda Alvim, Breves Comentários ao Código de Processo Civil - 3ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Didier Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. V.3 – Salvador, Ed. JusPodivm, 2016.

Dinamarco, Candido Rangel. O novo Código de Processo Civil Brasileiro e a Ordem Processual Civil Vigente, in Revista de Processo, ano 40, 274, Setembro de 2015, Revistas dos Tribunais.

Gabarra, Marina Junqueira. O cabimento do agravo de instrumento em sede dos juizados especiais cíveis. <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-cabimento-do-agravo-de-instrumento-em-sede-dos-juizados-especiais-c%C3%ADveis> – Retirado em 07/09/2016

Gusmão, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 8ª Ed. rev. Rio de Janeiro. Forense, 1978.

Lobato, Marília Segui. O anteprojeto do novo Código de Processo Civil e as inovações do agravo de instrumento, seu prazo e honorários de sucumbência. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22618/o-anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-as-inovacoes-do-agravo-de-instrumento-seu-prazo-e-honorarios-de-sucumbencia>.

Marinoni, Luiz Guilherme. Arenhart, Sérgio Cruz. Mitidiero, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 946.

Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8ª Ed. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016.

Neves, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Rio de Janeiro – Forense – São Paulo – Método, 2015.

Nery Júnior, Nelson. Princípios fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Nery Jr, Nelson . Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. 5ªed. RT : São Paulo, 2000. p. 93.

Souza, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 6ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

Theodoro Júnior, Humberto, Curso de Direito Processual Civil - Vol. I - 56ª Ed. 2015.

Theodoro Júnior. Humberto, Curso de Direito Processual Civil – Vol. III – 49ª Ed. 2016.

Victorino, Luanda Garibotti. Glossário Jurídico. Barueri, São Paulo, Disal, 2009.

Wambier, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. V. 2. 16ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Wambier, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC Brasileiro. 3ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Zacarias, André Carvalho - Recursos no Código de Processo Civil - 2ª - Editora Cl Edijur.

Zimmerman Neto, Carlos F. Processo do Trabalho. 1ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2006.