O agravo de instrumento (e o não agravo) no novo Código de Processo Civil

Américo Andrade Pinho¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – As sucessivas alterações sofridas pelo agravo na lei processual; 3 – O que é uma decisão interlocutória para o novo CPC?; 4 – O agravo de instrumento; 4.1 – Hipóteses de cabimento; 4.1.1 – Hipóteses em que se presume o risco de dano irreparável ou de difícil reparação; 4.1.2 – Hipóteses em que é necessária a imediata resolução da questão para o prosseguimento útil do processo; 4.2 – Regras procedimentais; 4.3 – Possíveis atitudes do relator; 4.4 – A necessidade de buscar a reforma imediata de decisão interlocutória não inserida no rol legal; 5 – O não agravo; 5.1 – A recorribilidade das interlocutórias pelo vencido; 5.2 – A recorribilidade das interlocutórias pelo vencedor; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O sistema processual brasileiro passa por momento de transição, em que se avizinha a vigência de um novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015, doravante CPC/2015), instrumento que “busca criar um sistema lógico e íntegro de processo no campo dogmático, dentro dos limites de seu impacto (...)”.²

1 Procurador do Estado de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC/SP.

2 BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

O advento da nova legislação não deve ser entendido como uma ampla e radical ruptura com o sistema anterior, mas existem, claro, importantes inovações (notadamente as ligadas à valorização dos precedentes) e instrumentos inéditos em nossa cultura processual (tal como, dentre outros, o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto pelo artigo 976 e seguintes), havendo ainda diversas regras que se destinam a eliminar pontos de divergência instalados na jurisprudência durante a vigência do CPC/1973, ou mesmo corrigir distorcidos posicionamentos dos Tribunais Superiores (a chamada “jurisprudência defensiva”), que em nada contribuíam para a real finalidade do processo enquanto instrumento de pacificação social.

Nessa segunda categoria inserem-se diversos dispositivos ligados aos pressupostos de admissibilidade dos recursos, tal como a dispensa de ratificação de recurso interposto antes da oposição de embargos de declaração pela parte contrária prevista pela Súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça (art. 1.024, § 5º), a dúvida acerca do que se convencionou denominar “prequestionamento ficto”, tema tratado de formas diferentes pelo STF e pelo STJ, mas que passa a ser expressamente admitido no novo Código (art. 1.025), ou ainda a alvissareira previsão do artigo 1.029, § 3º, segundo a qual os Tribunais Superiores poderão pura e simplesmente desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção em prazo razoável, desde que não o repute grave.

Por substancial reformulação, outrossim, passou o recurso de agravo contra decisões interlocutórias, tema objeto deste breve estudo, cujo desenvolvimento passa, para melhor compressão do tema, por um breve retrospecto histórico dessa modalidade recursal.

2. As sucessivas alterações sofridas pelo agravo na lei processual

No CPC/1939 era intrincado o regime de interposição e processamento dos recursos de agravo de instrumento, agravo de petição e de agravo no auto do processo, havendo, para o que aqui nos interessa, previsão taxativa das hipóteses de cabimento, sistema recursal este que “era, todavia, reconhecidamente imperfeito”³.

3 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 57.

Com o louvável intuito de simplificar o sistema recursal nesse particular e eliminar distorções consistentes no uso indiscriminado de sucedâneos recursais para os casos não previstos (com destaque para a correção parcial e o mandado de segurança), o CPC/1973 instituiu a ampla recorribilidade das interlocutórias, com agravo retido e por instrumento inicialmente interpostos, ambos, perante o Juízo de primeira instância, sem previsão de efeito suspensivo.

Vê-se, pois, que o então novo regime rompia de forma marcante com o anterior, sendo certo que a ampla recorribilidade foi criticada por Tomás Pará Filho, para quem “à feição do que ocorre, por exemplo, na Áustria e na Alemanha, o recurso oponível às interlocutórias deve, em princípio, ter cabimento apenas em casos estritos e prefixados e, em geral, das decisões ou despachos que concretizem dano atual e irreparável”.⁴

Essa sistemática do CPC/73 atingiu seu esgotamento, principalmente pela sobrecarga de trabalho gerado para as serventias judiciais de primeira instância, sendo reformulada profundamente pela Lei nº 9.139/95, destacando-se as seguintes modificações: a) interposição do agravo de instrumento diretamente junto ao Tribunal de segundo grau (CPC, art. 524); b) relator com poderes para suspender os efeitos da interlocutória, quando constatado o perigo de dano grave e difícil reparação para o agravante (CPC, art. 527, II).

A nova lei gerou alguns efeitos positivos, como a eliminação das atividades de processamento do agravo em primeira instância e a diminuição dos mandados de segurança ou cautelares inominadas utilizadas para outorgar efeito suspensivo ao agravo.

Por outro lado, apresentou efeito colateral indesejável, consistente no congestionamento da segunda instância, pela facilidade de seu acesso via agravo de instrumento, o que levava ao comprometimento da celeridade na solução dos processos.

Como forma de minimizar os problemas adveio a Lei nº 9.756/98, que elegeu o relator como artífice principal de seu intento, outorgando-

4 A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo Código de Processo Civil, in Revista de Processo, v. 5, jan-mar/1977, p. 20.

-lhe a possibilidade de proferir decisão monocrática, para negar seguimento liminarmente ao agravo descabido e até para julgá-lo pelo mérito, quando manifestamente inadmissível ou improcedente (CPC, art. 557).

Por outro lado, as (quicá inevitáveis) amarras impostas pela amplitude da cláusula constitucional da ampla defesa, cristalizadas na previsão de cabimento de agravo interno contra a decisão do relator, a ser analisado pelo órgão colegiado, colaboraram decisivamente para a pouca relevância prática da reforma.

Já a principal alteração prática trazida pela Lei nº 10.352/2001 mostrou-se mais significativa, podendo o relator determinar a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, quando não se tratasse de situação que contemplasse perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação (CPC, art. 527, II), tendo havido, pela primeira vez, disposição restringindo a possibilidade de interposição do recurso apenas em sua forma retida (contra decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento).

Na prática, todavia, tímidos os resultados positivos efetivamente alcançados, posto que mantida a possibilidade de agravo interno contra a decisão que determinava a conversão citada.

Os anseios reformistas do legislador parecem ter sido aperfeiçoados pela repetição, na medida em que a Lei nº 11.187/2005 trouxe inovações que tiveram repercussão prática mais significativa: a) agravo retido como regra geral; b) manutenção da possibilidade de conversão do agravo de instrumento em retido pelo relator; c) irrecorribilidade da decisão monocrática que determina a conversão ou que concede efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Vê-se que um ponto comum permeia a *saga* do recurso de agravo ao longo dos pouco mais de 32 anos de vigência do CPC/73, qual seja a luta pela diminuição do número de recursos dessa natureza interpostos junto aos Tribunais, com inevitável comprometimento do exercício de sua missão institucional.

O sistema do CPC-2015 imporá novo *rompimento* com a sistemática atual, pois significativas são as mudanças, com destaque para a *supressão do agravo retido e previsão legal expressa* das hipóteses em que é cabível o agravo de instrumento.

Nas demais, a rigor, a decisão será recorrível, conforme previsão legal, apenas por ocasião do módulo recursal próprio da apelação. Essa é, pelo menos, a ideia (e a expectativa) do legislador, talvez não afinada, em algumas situações, com a necessidade prática do foro.

Vai daí que dúvidas surgirão, não sendo nossa pretensão, por óbvio, esgotá-las. O estudo do tema aqui desenvolvido, além da análise de regras procedimentais de menor complexidade, passa, como visto, por dois aspectos de igual relevância: o *agravo* e o “*não agravo*”.

3. O que é uma decisão interlocutória para o novo CPC?

Antes de analisar o recurso de agravo de instrumento cumpre deixar bem delineado o conceito de decisão interlocutória, dada a íntima relação entre tais figuras, unidas pela regra da unicidade recursal.⁵

Embora não haja maiores dificuldades em identificar-se uma decisão interlocutória, podem surgir algumas cogitações, principalmente após a reforma do CPC/1973 pela Lei 11.232/2005, que alterou o conceito de sentença previsto no artigo 162, § 1º, daquele diploma.

Com a reforma então empregada, foi abandonado, ao menos na literalidade da norma, o critério finalístico (dedutível da regra de que a sentença é o ato que põe fim ao processo), e prestigiado o conteúdo da decisão, ficando então estabelecido apenas que o ato judicial que implicasse alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC seria sentença.

Algumas situações, todavia, ensejavam reflexões. Pela literalidade do dispositivo, a decisão que determinasse, por exemplo, a exclusão, por ilegitimidade *ad causam*, de litisconsorte do processo, que então prosseguiria com os demais, seria sentença, posto que implicava a situação prevista no artigo 267, VI, do CPC. E, se sentença era, cabível seria o recurso de apelação pela parte contrária, o que conduzia a embaraço

5 “No sistema do CPC brasileiro vige o princípio da singularidade dos recursos, também denominado da unirecorribilidade ou ainda de princípio da unicidade, segundo o qual, para cada ato judicial recorrível há um único recurso previsto no ordenamento, sendo vedada a interposição simultânea ou cumulativa de mais outro visando a impugnação do mesmo ato judicial” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 86).

prático, uma vez que a marcha do processo, com as partes remanescentes, deveria seguir adiante.

Tanto assim que parcela minoritária da doutrina, de modo que se mostrou equivocado, chegou a cogitar de apelação *por instrumento* como forma de conciliar o processamento do recurso cabível com a continuidade do processo.

Tais dúvidas acabaram sendo bem equacionadas pela doutrina, que acomodou a literalidade da regra legal do artigo 162 com o consagrado critério finalístico, segundo o qual o encerramento do módulo procedimento de primeira instância pela decisão é requisito essencial à sua caracterização como sentença.⁶

Essa é a correta opção do CPC/2015, que em seu artigo 203, § 1º, define o que é sentença, apegando-se ao critério do conteúdo da decisão (“... pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487”...), tal qual a antes mencionada reforma de 2005, mas com preponderância do critério finalístico (... “põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”).

Definida por exclusão pelo parágrafo 2º do mesmo dispositivo, por decisão interlocutória entende-se todo pronunciamento judicial decisório que não seja sentença, vale dizer, que não ponha fim à fase de conhecimento ou tampouco extinga a execução, sendo certo que, nesse caso, poder-se-á cogitar de agravo de instrumento, desde que, a princípio, a hipótese esteja prevista no artigo 1.015 do CPC/2015, a seguir abordado.

6 “Atualmente, o conceito de sentença deve resultar de uma análise conjunta dos arts. 162, §1º, 267 e 269, todos do CPC. Da conjugação desses dispositivos legais conclui-se que as sentenças terminativas passaram a ser conceituadas tomando-se por base dois critérios distintos: (i) conteúdo: uma das matérias previstas nos incisos do art. 267 do CPC; (ii) efeito: extinção do procedimento em primeiro grau. A redação do art. 267, *caput*, do CPC – “Extingue-se o processo, sem resolução do mérito” – permite ao intérprete entender que, além do conteúdo de um de seus incisos, a decisão somente poderá ser considerada sentença se extinguir o processo. No tocante à sentença terminativa, portanto, nenhuma alteração ocorreu em virtude da modificação do conceito legal de sentença estabelecido pelo art. 162, § 1º do CPC. Uma decisão que tenha como conteúdo uma das matérias dos incisos do art. 267 do CPC, mas que não coloque fim ao procedimento de primeiro grau – como exclusão de um litisconsorte da demanda por ilegitimidade de parte, ou ainda a extinção prematura de uma reconvenção por vício processual – será considerada uma decisão interlocutória e, como tal, será recorrível por meio do recurso de agravo (art. 522 CPC)” (NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009. p. 426).

4. O agravo de instrumento

4.1. Hipóteses de cabimento

Do breve retrospecto histórico desenvolvido no tópico ‘2’ vê-se que o CPC/1973 deixa o cenário jurídico com o seguinte regime de recorribilidade das decisões interlocutórias:

- preponderância do agravo na forma retida como regra geral;
- agravo de instrumento cabível apenas nas seguintes hipóteses:
 - a) decisões posteriores à sentença, inclusive no que diz respeito à admissibilidade e aos efeitos com que recebido o recurso de apelação;
 - b) ou que impliquem lesão grave e de difícil ou incerta reparação;
 - c) decisões concebidas no processo de execução *lato sensu* e, também, na liquidação.

O CPC-15 modifica substancialmente esse regime, principalmente porque altera as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, relacionando-as taxativamente, e extingue o agravo retido.

As consequências da extinção do agravo retido, com os desdobramentos dela decorrentes, serão tratadas no tópico ‘5’, trazendo o CPC/2015 nova sistemática de recorribilidade de decisões interlocutórias não previstas em seu artigo 1.015.

A assertiva de que o novo CPC traz um rol taxativo de hipóteses de cabimento comporta digressões diversas, a serem oportunamente analisadas, mas parece extema de dúvida que a intenção da lei foi a de estabelecer hipóteses exaustivas, como forma de diminuir, simples assim, o número de recursos de agravo de instrumento submetidos à apreciação do Poder Judiciário,⁷ inovação essa que a exposição de motivos do ante-

⁷ Vale aqui a lúcida ressalva de Teresa Arruda Alvim Wambier, concebida também em relação às sucessivas reformulações pelas quais passou o recurso de agravo de instrumento: “Em conclusão, diríamos que se pode perfeitamente compreender que providências sejam tomadas também no plano do direito positivo (mas não se entende por que só neste plano...) no sentido de amenizar a carga de trabalho do Poder Judiciário, desde que haja também por detrás destas alterações o intuito de tornar a prestação jurisdicional mais qualificada. Ou pelo menos, o de não prejudicar a sociedade. Por isso é que, em nosso entender, são bem vindas as alterações que se introduziram tanto em 2001 quanto em 2005 no regime deste

projeto de lei encaminhado ao Senado Federal justificou inserindo-a no âmbito da simplificação do sistema processual.⁸

Tal opção não está imune a críticas, até porque é concreto o risco em que incorre qualquer empreitada legislativa ao utilizar-se de previsões “fechadas” em *numerus clausus*: não contemplar situações similares que também deveriam ser açambarcadas pela previsão legal.⁹

Todavia, não se pode deixar de considerar que as diversas reformas processuais pelas quais passou o agravo a rigor esgotaram as possibilidades possíveis de conter o uso indiscriminado do recurso, sempre com pouco êxito.

O expediente de deixar o cabimento do recurso de agravo de instrumento relegado a situações de urgência ditada pelo risco de lesão grave aos interesses da parte já foi utilizado, sem que tal solução baseada em cláusula aberta tenha representado significativo proveito para a racionalização do sistema recursal.

Por outro lado, descabido seria, à luz do modelo constitucional do processo civil, pura e simplesmente subtrair a possibilidade de recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, tendo o CPC/2015, via reflexa, optado por caminho que visa equilibrar os interesses em jogo, sendo prematuro qualquer prognóstico a favor do erro ou acerto do legislador.

Os 12 incisos do artigo 1.015 do CPC/2015 e o parágrafo único trazem **hipóteses específicas e genéricas** de cabimento do agravo de instrumento.

Parece-nos relevante agrupá-las da seguinte maneira, até como forma de tentar deixar evidenciado o real propósito do legislador ao prevê-

recurso” (O novo recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à Justiça, garantido pela Constituição Federal. in *Revista de Processo*, v. 134, abr/2006, p. 109.

8 Disponível em <<<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>>, consulta em 18.01.2016.

9 Ácida, parece-nos, a crítica de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem “história e experiência foram ignoradas e desprezadas”, na exata medida em que “a história do processo civil brasileiro e a experiência da doutrina e da jurisprudência, haurida de 1939 a 2015, mostram a inconveniência da adoção de expediente como o que acabou prevalecendo, isto é, do cabimento do agravo em hipóteses taxativas” (*Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 2.082).

-las, o que pode ser útil na análise do remédio cabível para hipóteses que, embora não previstas, bem poderiam tê-lo sido:

a) casos em que se presume o risco de dano irreparável ou de difícil reparação;

b) hipóteses em que a falta de possibilidade de imediata definição da matéria na esfera recursal atentaria contra a efetividade do processo e/ou não haveria interesse recursal por ocasião da apelação.

4.1.1. Hipóteses em que se presume o risco de dano irreparável ou de difícil reparação

Cabível o agravo de instrumento contra decisões que versem sobre:

a) tutelas provisórias (inciso I).

Gênero em que se inserem as tutelas cautelar e antecipada, por tutela provisória, na dicção do CPC/2015, deve ser entendido o “conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor”.¹⁰

A possibilidade de geração de efeitos concretos, em que pese a provisoriedade da tutela jurisdicional, constituiu elemento suficiente à caracterização da possibilidade de risco de dano, seja pela ótica do requerente da medida, em caso de seu indeferimento, seja para o réu nos casos em que concedida a tutela provisória.

b) incidente de desconsideração da personalidade jurídica (inciso IV).

A desconsideração da personalidade jurídica por qualquer dos motivos previstos no direito material¹¹ consubstancia grave subversão, ainda que justificada pelas circunstâncias, da regra da separação entre o patrimônio da sociedade empresária e dos sócios.

10 SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil* – volume único. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 218.

11 Destacam-se, além da hipótese geral do artigo 50 do Código Civil, o artigo 28 da Lei 8.078/90 (CDC), o art. 4º da Lei 9.605/98 (danos ao meio ambiente) e o art. 34, parágrafo único, da Lei 12.259/2011 (repressão de infrações à ordem econômica).

Nesse contexto, a decisão sobre tal incidente, catalogado pelo CPC/2015 como uma das espécies de intervenção de terceiros, representa risco decorrente da gravidade da medida em relação à sociedade empresária.

c) rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação (inciso V).

Atento à circunstância de que a prestação de assistência jurídica integral e gratuita consubstancia garantia fundamental (art. 5º, LXXIV, CF), como também ao fato de que a existência empecilhos meramente financeiros acaba por representar verdadeira afronta à regra da inafastabilidade da tutela jurisdicional, o CPC/2015 prevê o uso do agravo de instrumento nos casos de negativa do benefício da gratuidade de justiça.

Nítido, assim, o risco de dano para a parte que é obrigada a litigar arcando com o ônus financeiro do processo, tanto que o próprio CPC prevê expressamente a isenção do recolhimento de preparo recursal nesse caso (art. 101, § 1º), ao menos até a decisão do relator sobre a questão, preliminarmente ao julgamento do recurso.

d) concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução (inciso X).

O CPC/2015, repetindo regra inserida no diploma anterior pela Lei 11.382/2006, estabelece que os embargos à execução, como regra, não terão efeito suspensivo, sendo este concedido pelo Juízo se presentes os mesmos requisitos exigidos para a concessão de tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes (art. 919, *caput* e § 1º).

Assim, à expectativa do exequente em ver possibilitada a prática de atos de expropriação mesmo com a apresentação dos embargos corresponde a pretensão do executado, como regra, à apreciação da defesa apresentada sem que o processo de execução implique risco patrimonial concreto, advindo de tais circunstâncias a urgência na resolução da questão relativa aos efeitos dos embargos de devedor.

4.1.2. Hipóteses em que é necessária a imediata resolução da questão para o prosseguimento útil do processo

Também desafiam agravo de instrumento as decisões relativas:

a) ao mérito do processo (inciso II).

O CPC/2015 prevê expressamente os chamados julgamentos parciais de mérito, que permitem a resolução antecipada de parte do conflito, prosseguindo com o processo para solução dos demais pedidos, ainda não maduros para julgamento, tal como prevê seu artigo 356.

Não se trata de tutela provisória a ser confirmada posteriormente, mas sim de resolução definitiva, ainda que cindida, de um ou mais pedidos.

Por essa razão, até para que possa haver preclusão sobre tal decisão imediatamente ou mesmo após o julgamento de eventual recurso contra ela interposto, prevê a lei processual ser ela impugnável por meio de agravo de instrumento, na exata medida em que seria um contrassenso sujeitá-la à execução provisória até efetivo julgamento do recurso de apelação, somente em estágio já avançado da relação processual.

b) rejeição da alegação de convenção de arbitragem (inciso III).

A arguição da existência de convenção de arbitragem deve ser levada a efeito pelo réu como matéria prejudicial ao mérito (art. 337, X), podendo ensejar a extinção do processo sem apreciação da demanda.

Por essa razão, prejudicial seria diferir-se a recorribilidade dessa decisão para o momento final da apelação, ante o risco do processo seguir, com a realização de vários atos processuais (instrução, etc.), e vir a ser extinto pelo acolhimento, em grau de jurisdição superior, de tal prejudicial, hipótese em que se consagraria irremediável prejuízo à economia processual.

O inciso em comento contempla apenas a hipótese de rejeição de tal matéria, uma vez que eventual decisão que a acolher, extinguindo o processo sem resolução de mérito, será sentença, como tal atacável por apelação.

c) exibição ou posse de documento ou coisa (inciso VI).

Se a decisão que versa sobre documento ou coisa destina-se a compor elemento relevante da fase instrutória, não haveria, também aqui, razoabilidade em relegar seu efetivo desate somente ao final do processo.

d) exclusão de litisconsorte (inciso VII).

A formação de litisconsórcio, mormente quando obrigatório, é tema ligado ao relevante aspecto dos limites subjetivos da demanda, podendo inclusive haver comprometimento da validade ou da eficácia da sentença final buscada quando a hipótese corresponder a litisconsórcio unitário (art. 115).

Nessa medida, caso haja insurgência da parte contrária contra a exclusão de um litisconsorte, conveniente que tal matéria possa ser desde logo submetida à instância recursal.

Sublinhe-se que a decisão que mantém litisconsorte no processo é impugnável apenas por ocasião do recurso de apelação, pois ao menos *a priori* não há qualquer comprometimento relevante da marcha do processo.

e) rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio (inciso VIII).

O litisconsórcio multitudinário, assim entendido como aquele numeroso a ponto de “comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença” (art. 113, § 1º), pode vir a sofrer limitação por decisão judicial.

Daí pergunta-se: acaso requerido pela parte contrária, com fundamento em uma das (ou até em ambas) hipóteses legais, a limitação do número de litisconsortes e sendo tal requerimento rejeitado, haveria utilidade na solução de tal questão somente por ocasião da apelação? A resposta, por certo negativa, justifica a previsão legal.

f) admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros (inciso IX).

A intervenção de terceiros, além de atender ao interesse jurídico da parte que a requer ou do próprio terceiro que voluntariamente intervém, com reflexos nos limites subjetivos da demanda, é importante elemento ligado à economia processual, sendo também aqui inócua e inoportuna a solução de tal questão somente após a sentença.

g) redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º (inciso XI).

A natureza do tema em questão, de todo ligado ao desenvolvimento dos atos praticados na fase instrutória, faz com que sua solução tardia também atente contra a efetividade do processo.

h) outros casos expressamente referidos em lei (inciso XIII).

Dispositivo de tessitura propositalmente aberta, com o fim de impedir discussões acerca do cabimento de agravo de instrumento em hipóteses previstas em leis extravagantes (v.g. art. 7º, § 1º, da Lei do Mandado de Segurança; art. 59, § 2º, da Lei de Falência e Recuperação de Empresas etc.).

Cumprido ressaltar o veto à hipótese do inciso XII (“conversão da ação individual em coletiva”), decorrência da rejeição global de tal figura pela Presidência da República.

Por fim, deve ser destacado que o parágrafo único prevê o cabimento de agravo de instrumento nos casos em que, por não haver concreta possibilidade de interposição de recurso de apelação ao final do processo, não haveria outra forma de manifestação de irresignação recursal senão pelo agravo.

Assim as decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

4.2. Regras procedimentais

Por força da pretensão simplificadora que permeia diversos dispositivos do CPC/2015, os prazos recursais foram unificados para 15 dias, com exceção dos embargos de declaração, em que mantido o quinquídio já previsto na legislação anterior (art. 1.003, § 5º).

O *caput* desse mesmo dispositivo estabelece que o prazo recursal inicia-se com a intimação, devendo ser observada, em qualquer caso, a regra de que a contagem exclui o dia do começo e inclui o do vencimento do prazo (art. 224), como também a de que esse fluirá apenas em dias úteis (art. 219, *caput*), novidade trazida pelo CPC/2015.

Frise-se que a intimação pode ser do advogado ou da sociedade da qual ele participe, desde que formulado expresso requerimento nesse sentido (art. 272, § 2º).

A intimação das decisões proferidas antes da citação do réu será feita, como regra, com a citação, razão pela qual o prazo para interposição de recurso contra tais decisões observará a sistemática prevista nos dispositivos indicados pelo parágrafo 2º do art. 1.003 (juntada do

mandado ou do AR aos autos; data da própria intimação quando realizada pelo escrivão, prazo assinalado pelo juiz quando formalizada por edital).

Nesse caso é importante frisar que, havendo litisconsórcio, ainda assim o prazo é contado individualmente, e não apenas quando comprovada a realização da última citação como se dá em relação ao prazo de contestação, na forma do artigo 231, § 2º.

No tocante à interposição do agravo de instrumento não há alteração no novel diploma, devendo o recurso ser dirigido diretamente ao órgão jurisdicional *ad quem*, sem prejuízo do que vier a ser disposto por normas de organização judiciária local (ex.: protocolo integrado).

É essa a expressa disposição do parágrafo 3º do já citado artigo 1.003, sendo certo que o parágrafo seguinte desse dispositivo prevê critério mais adequado em relação à aferição da tempestividade de recurso interposto pelo correio, qual seja a data da postagem, afastando entendimento cristalizado na súmula nº 216 do STJ, o qual, integrando o rol de espécimes do rico manancial da jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores, apontava nada valer a data da postagem, mas sim a do protocolo do recurso quando entregue pelo serviço postal à secretaria do Tribunal.

Possibilita o CPC/2015, de forma expressa, também a interposição do agravo por meio de sistema de transmissão de dados tipo fac-símile (*fax*), facultando a juntada das peças quando do protocolo da petição original, cujo prazo é de até cinco dias após o transcurso do prazo recursal propriamente dito (art. 2º da Lei 9.800/99).

O artigo trata da petição de interposição do agravo, sendo certo que a única alteração, de pouca relevância, é a expressa previsão da necessidade de indicação do nome das partes e da formulação de pedido de reforma ou invalidação da decisão, o que, na prática, já era observado por qualquer agravo minimamente afinado com a boa técnica.

Em relação aos documentos que devem instruir a petição de interposição, mantém o CPC/2015 a distinção entre documentos obrigatórios e facultativos, esses submetidos ao livre critério de conveniência do recorrente.

Em relação aos obrigatórios, além de cópia da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e da procuração outorgada pelo *ex adverso* a seu patrono, prevê o CPC/2015, como inovação, a necessidade de juntada de cópia da petição inicial, contestação e petição que ensejou a decisão agravada como documentos obrigatórios.

Trata-se, em certa medida, da positivação do correto entendimento jurisprudencial que considera inepto o recurso de agravo que não se fazia acompanhar de peças processuais *essenciais* à compreensão da controvérsia.¹²

Ainda assim, claro, continua a haver campo fértil para aplicação de entendimentos jurisprudenciais menos formalistas em caso de ausência de juntada de certidão de intimação, tal como o do STJ, que, “em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas, tem possibilitado a comprovação da tempestividade recursal por outros meios que não a certidão de intimação do acórdão recorrido” (STJ, 2ª T., REsp 1278731/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 15/09/2011, DJe 22/09/2011), tal como se dá, por exemplo, nos casos em que mesmo contando-se o prazo recursal da data da prolação da decisão afere-se a tempestividade da insurgência.

O inciso II do mesmo dispositivo traz norma que empresta razoabilidade à exigência: possibilita ao advogado do agravante expressamente declarar que algum desses documentos não existe (ex.: caso de ainda não ter sido apresentada contestação, tratando-se de agravo interposto pelo autor contra decisão inicial que indeferiu requerimento de tutela provisória).

12 Assim, dentre outros, o precedente do STJ assim ementado no que interessa: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PEÇA ESSENCIAL. EXATA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA (CPC, ART. 525). AUSÊNCIA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. 1. O aresto hostilizado foi proferido de acordo com o entendimento pacificado nesta Corte Superior, nos EREsp 509.394/RS, de relatoria da Ministra ELIANA CALMON, DJ de 4/4/2005, segundo o qual o agravo de instrumento previsto no art. 522 do CPC pressupõe a juntada das peças obrigatórias, bem como aquelas essenciais à correta compreensão da controvérsia, nos termos do art. 525, II, do referido Código. Outrossim, a ausência de quaisquer delas, sejam obrigatórias ou sejam necessárias, obsta o conhecimento do agravo, não sendo possível a conversão do julgamento em diligência para complementação do traslado, nem a juntada posterior de peça” (STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 114.028/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 27/03/2012, DJe 30/04/2012).

Possível cogitar, ainda, outras situações em que pode parecer inútil a juntada da petição inicial e contestação (ex.: resolução de questão ligada à impenhorabilidade de determinado bem, já estando a etapa de cumprimento de sentença em fase avançada).

Faltando qualquer dessas cópias, mesmo que obrigatórias por essencialidade a juízo do relator (e não por expressa previsão legal), esse deve oportunizar a sua juntada pelo recorrente em cinco dias, sob pena de não conhecimento do recurso, sendo essa mais uma feliz inovação do CPC/2015, aplicável a todas as espécies recursais por força do que dispõe o parágrafo único do artigo 932.

Como aponta Hermes Zanetti Jr.:

“O parágrafo único do art. 932 prevê um dever de prevenção, ou seja, um dever do tribunal perante as partes de evitar uma decisão de inadmissibilidade do recurso, convidando-as a aperfeiçoar seus arrazoados. (...) Trata-se, ademais, de uma hipótese de boa-fé processual objetiva (art. 5º) e de cooperação (art. 6º) entre os órgãos de julgamento e os jurisdicionados”.¹³

Novamente prestigiando a simplificação processual, o CPC/2015 dispensa a juntada de tais peças se o processo principal for eletrônico (art. 1.017, § 5º), e a razão, embora pragmática, é facilmente intuída: o julgador pode, na análise do recurso, consultar diretamente os autos principais, embora pareça não haver dúvidas que, na prática, de melhor técnica será desde logo juntar as peças, até porque é de bom alvitre facilitar o trabalho do julgador.

Obrigatória, igualmente, a comprovação do pagamento do preparo e do porte de retorno, quando devidos (§ 1º do art. 1.017).

Interposto o agravo de instrumento, previa o artigo 526 do CPC/73 que o recorrente, no prazo de três dias, tinha o ônus de requerer ao juízo *a quo* a juntada de cópia do recurso e relação dos documentos que o tivessem escoltado, com o fim de viabilizar o juízo de retratação

13 Comentário ao artigo 932. In CRAMER, Ronaldo; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1.345.

pelo magistrado e preservar a possibilidade de o recorrido ter acesso ao recurso sem precisar compulsar os autos respectivos na sede do Tribunal.

O CPC/2015 mantém essa sistemática, no mesmo prazo de três dias, mas torna-a facultativa nos casos em que os autos do recurso forem eletrônicos, também aqui pela mesma razão, essencialmente prática, de que o recorrido tem acesso remoto ao recurso (art. 1.018, § 2º).

A cominação para a inobservância de tal ônus quando obrigatório continua sendo o não conhecimento do recurso, desde que arguido o fato pelo recorrido (§ 3º).

Em termos, por assim dizer, estratégicos, parece-nos interessante que, caso haja certa esperança na retratação da decisão pelo juízo monocrático, o agravante proceda à comunicação da interposição do recurso nos autos principais.

4.3. Possíveis atitudes do relator

Interposto o agravo de instrumento e imediatamente distribuído ao relator (art. 1.019, *caput*), abrem-se algumas possibilidades, a seguir indicadas.

Poderá ele, em decisão monocrática, rejeitar liminarmente o agravo, não conhecendo do recurso se inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida (artigo 932, III).

Nesse caso, tratando-se de vício formal sanável, o relator deverá outorgar ao agravante a possibilidade de fazê-lo, não só pelo que dispõe o parágrafo único do mesmo artigo 932, como também – e quiçá principalmente – porque “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (art. 9º).

Avançando na matéria “de fundo” objeto do recurso, mas ainda monocraticamente, poderá também o relator negar desde logo provimento ao agravo se ele mostrar-se contrário a: a) súmula do STF, STJ ou do próprio Tribunal; b) acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recurso repetitivo; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Trata-se, à evidência, de mais um instrumento destinado a prestigiar a jurisprudência dos Tribunais, que, na exata dicção do CPC/2015, deve ser uniformizada e mantida estável, íntegra e coerente (art. 926, *caput*).¹⁴

Vê-se que foi eliminada a possibilidade de decisão monocrática baseada apenas na “jurisprudência predominante” do próprio tribunal, do STJ ou do STF prevista pelo artigo 557, *caput*, do diploma anterior, pois a relativa vagueza de tal conceito, aliada à dificuldade, a depender da matéria, de aferir o entendimento que predomina em determinado tribunal, são incompatíveis com o sistema de precedentes que se tenciona *refundar* sob o pálio do novo diploma, apoiado em instrumentos concretos e de alcance bem delineados.

Não sendo o caso de rejeição liminar do agravo, sobrevirá juízo positivo de admissibilidade inicial que disporá a respeito do processamento do recurso, observado o seguinte:

a) poderá ser atribuído efeito suspensivo ao recurso ou deferida providência concreta por meio da antecipação da tutela recursal, comunicando imediatamente o juízo de onde proveio a decisão (artigo 1.019, I);

b) ordenará a intimação do agravado para responder, por meio da imprensa oficial ou carta com AR dirigida ao seu advogado ou, caso não tenha advogado, por carta que lhe será dirigida diretamente (inciso II), nada impedindo, segundo nos parece, que tal intimação seja realizada pela imprensa oficial;

O prazo é idêntico ao de resposta a qualquer recurso, ou seja, 15 dias (art. 1.003, § 5º).

14 Como advertem Eduardo Cambi e Alencar Frederico Margraf: “O Poder Judiciário brasileiro possui estrutura hierarquizada, o que facilita a observância dos precedentes judiciais, os quais possuem eficácia horizontal e vertical. Primeiramente, tais precedentes devem ser respeitados pelas próprias Cortes Superiores (eficácia horizontal), para em seguida serem obedecidos pelas demais instâncias judiciárias (eficácia vertical). É evidente que as Cortes Superiores podem alterar sua compreensão sobre o Direito e até mesmo modificar seus precedentes. O que não se admite é que tais Cortes variem seus posicionamentos a todo tempo, sem maior rigor hermenêutico, de forma casuística ou mesmo de modo arbitrário. É isso que gera instabilidade e pode tornar o sistema de precedentes, em países de tradição da *civil law*, semelhante ao da jurisprudência majoritária, ou seja, desacreditado por não proporcionar a devida e adequada segurança jurídica” (Casuísmos judiciais e precedentes judiciais. in *Revista de Processo*, v. 248, out/2015. p. 319).

c) determinará a intimação do Ministério Público, preferencialmente por meio eletrônico, quando for o caso de sua intervenção, para manifestação em 15 dias.

A intimação do agravado é relevante porque marca o termo inicial do prazo, ainda que impróprio, de trinta dias para que seja requerida pelo relator a designação de dia para julgamento colegiado do recurso (art. 1.020), repetindo pouco conhecida regra já existente no diploma anterior (art. 528).

Tal providência somente será levada a efeito se, exaurido o prazo para oferecimento de resposta, não for possível o julgamento do agravo monocraticamente, dessa vez com base no artigo 932, V.

Tal providência depende da prévia observância do contraditório, porque diz respeito ao provimento do recurso por decisão singular, nas hipóteses em que a decisão recorrida é que se mostrar contrária aos mesmos instrumentos antes referidos (súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência), evidenciada, aqui, a inteireza sistemática trazida pelo novo CPC.

Por fim, destaca-se que independentemente do conteúdo da decisão monocrática do relator contra será cabível o agravo interno, previsto no artigo 1.021 do CPC/2015, o que representa, principalmente em relação à decisão que dispõe acerca da concessão de efeito suspensivo ou da antecipação da tutela recursal, novidade em relação ao sistema anterior.¹⁵

15 Como adverte José Carlos Barbosa Moreira, “o pronunciamento do relator não deve constituir necessariamente a última palavra sobre o assunto. Assiste ao interessado (seja o recorrente, ou o recorrido, ou qualquer outro legitimado) o direito de reclamar que o julgamento se faça pelo colegiado, ao qual o ordenamento dá competência recursal, insuscetível de ser-lhe retirada” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 664).

4.4. A necessidade de buscar a reforma imediata de decisão interlocutória não inserida no rol legal

Malgrado a intenção do legislador, o risco de previsão das hipóteses de decisões agraváveis em rol taxativo é evidente, pois a dinâmica da prática forense pode render ensejo a hipóteses que, por peculiaridades desse ou daquele caso concreto, podem reclamar a reforma imediata da decisão.

Ademais, em certa medida revela-se acaciano imaginar que apenas a alteração legislativa pode conter o anseio recursal de alguns.

Embora tal modificação tenha o inegável mérito de ao menos propiciar alguma reflexão, passo inicial da mudança de cultura por parte de alguns operadores do Direito – essa sim imprescindível – não é difícil prever que, diante de uma situação fática concreta que exija o imediato contraste de decisão interlocutória não agravável, as partes lançarão mão de outros instrumentos.¹⁶

Para Rodrigo Barioni, “é fácil antever situações para as quais não foi previsto o agravo de instrumento e, ao mesmo tempo, não há interesse recursal em impugnar por meio da apelação. Para esses casos, a solução é permitir a impugnação pela via do mandado de segurança”.¹⁷

Entendem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ser cabível, nesses casos, tanto o mandado de segurança como a correição parcial.¹⁸

Segundo nos parece, não há um número considerável de hipóteses em que, a despeito de não ser cabível o agravo de instrumento, seja

16 “As partes e terceiros contrariados com a resolução judicial socorrem-se, em regra, dos meios predispostos para impugná-la. Neles enxergam a salvação do próprio interesse. Por isso, os litigantes defendem de modo intransigente a recorribilidade de quaisquer atos decisórios. (...) O anelo em recorrer não se contentou com as vias oficiais, que granjearam a sólida reputação de prodigalidade, e desbravou outros caminhos para desafiar os pronunciamentos do órgão judiciário. O objetivo é unívoco e idêntico ao dos recursos: a reforma ou a invalidação do ato. Esses mecanismos, tolerados por geral condescendência, apresentam-se tão abundantes que sua presença surpreenderá os espíritos mais desavisados. Pouco adianta refrear a sofreguidão dos litigantes. Logo surge uma via impugnativa” (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 905).

17 Preclusão diferida, o fim do agravo retido e a ampliação do objeto da apelação no novo Código de Processo Civil. in *Revista de Processo*, v. 243, mai/2015, p. 272.

18 Op. cit. p. 2.079.

imprescindível o imediato contraste da decisão interlocutória, mas podemos cogitar alguns exemplos, como o da decisão que determina a produção de prova excessivamente onerosa sob o aspecto financeiro, mas de duvidosa utilidade, ou que impõe a emenda da petição inicial, sob pena de indeferimento, para inclusão de litisconsorte tido como necessário, em hipótese concreta em que nítida se revela a facultatividade do litisconsórcio, justamente por isso não formado pelo autor.

De fato, na impossibilidade do imediato manejo do agravo de instrumento que decorre da interpretação literal do artigo 1.015 do CPC/2015, é tentadora, por assim dizer, a tese de que cabe mandado de segurança para contornar a decisão interlocutória prejudicial à parte.

Da conjugação do perfil constitucional do mandado de segurança com a respectiva legislação de regência (Lei 12.016/2009) é possível extrair a aceitação do uso de tal ação contra decisão judicial, até porque as expressas vedações legais restringem-se à decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo e aquela transitada em julgado (art. 5º, II e III).

Não se pode deixar de considerar, todavia, que “o mandado de segurança tem por objetivo precípuo, como se sabe, atingir atos do Estado. E, quando se fala em Estado, sempre se pensa, no primeiro momento, em Poder Executivo. E sabe-se que o objetivo precípuo do mandado de segurança é efetivamente o de impugnar atos administrativos, atos oriundos do Poder Executivo. Só excepcionalmente é que se concebe o mandado de segurança com o objetivo de vulnerar atos do Legislativo, o que não será objeto da nossa exposição, ou do Judiciário”.¹⁹

A noção de que o uso de mandado de segurança contra ato judicial é excepcional tem sido a tônica da jurisprudência sobre o tema. Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça retrata o atual posicionamento dos Tribunais Superiores a respeito da questão, aqui reproduzido por parte da ementa:

19 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O mandado de segurança contra ato judicial. in *Revista de Processo*, v. 107, jul-set/2002, p. 224. O tema é abordado com maior profundidade pela mesma autora na obra *Os agravos no CPC brasileiro*, já antes citada (p. 405/453).

“(...) 2. É firme o entendimento no âmbito do STF e do STJ no sentido de que o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial é admissível apenas naqueles casos excepcionais, onde a decisão impugnada for manifestamente ilegal ou teratológica e se, contra ela, não for cabível recurso ou correição, conforme entendimento cristalizado na Súmula 267/STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” (STJ, Corte Especial, AgRg no MS 22.118/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 04/11/2015, DJe 18/11/2015).

O tema em comento é riquíssimo e dá margem a cogitações diversas, estranhas ao limites deste estudo.²⁰

O que nos afigura oportuno ressaltar é que, a bem da verdade, mesmo não se descuidando da magnitude constitucional do mandado de segurança, sua utilização atentaria contra os escopos do novo sistema processual que se deseja *refundar* com o advento do CPC/2015.

Sem embargo das considerações dogmáticas a respeito do mandado de segurança, quer parecer-nos que essa *sensibilidade* deve ser exigida do intérprete, para alcançar-se outras soluções que bem atendam o *valor* maior do que a utilização do remédio constitucional buscaria preservar, qual seja não privar a parte de recurso contra eventual arbítrio judicial.

A melhor opção, nessa medida, parece mesmo a proposta por Freddie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, para quem, mesmo reconhecendo-se ser taxativo o rol de decisões agraváveis do artigo 1.015, é possível a interpretação extensiva das hipóteses nele previstas para alcançar outras não vislumbradas pelo legislador, posto que “a taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos”.²¹

20 Verdadeira *ode* ao mandado de segurança contra ato judicial, calcada em firmes argumentos, extrai-se do profundo pensamento de José Joaquim Calmon de Passos, exposto no estudo “O mandado de segurança contra atos jurisdicionais: tentativa de sistematização nos cinquenta anos de sua existência”, republicado em *Ensaios e artigos* – v. I. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 287-314.

21 Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. in *Revista de Processo*, v. 242, abr/2015. p. 277.

Ponderam referidos autores, mais, que a “interpretação extensiva opera por comparações e isonomizações, não por encaixes e subsunções. Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária”²².

No mesmo sentido o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno, defendendo inicialmente uma válida reflexão acerca de ser uma opção política legítima a não possibilidade de recurso imediato contra algumas interlocutórias, mas cogitando em termos secundários, como bem-vinda, a interpretação ampliativa das hipóteses do art. 1.015, apenas “para não generalizar o emprego do mandado de segurança como sucedâneo recursal”, mas “sempre conservando, contudo, a razão de ser de cada uma de suas hipóteses para não generalizá-las indevidamente”.²³

Não se duvida que somente a prática judiciária e a *maturação* do novo CPC pelos Tribunais poderão sinalizar para a medida mais adequada.

A interpretação extensiva, convém novamente frisar, parece-nos a mais racional e adequada, sendo certo que a classificação proposta no tópico 4.1, *retro*, pode ser útil na alocação de determinada hipótese concreta em outra expressamente prevista pelo artigo 1.015, por meio da inserção dos casos em que presente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (como no segundo dos exemplos antes citados, em que o indeferimento injustificado da petição inicial representa indesejado dano processual) ou nas hipóteses em que a falta de possibilidade de imediata definição da matéria na esfera recursal atentaria contra a efetividade do processo ou implicaria a ausência do interesse recursal somente por ocasião da apelação (tal qual o primeiro dos exemplos).

5. O não agravo

O CPC/2015, ao prever de forma taxativa as hipóteses em que cabível o recurso de agravo de instrumento, impõe reformulação de vulto

22 Idem, p. 283.

23 Op. cit., p. 623.

não só em relação aos contornos desse recurso, mas sim, de forma mais ampla, no regime de preclusões das decisões interlocutórias em geral.

Isso porque, a bem da verdade, tão importante quanto a análise dos caracteres próprios do agravo de instrumento é averiguar o tema da recorribilidade das decisões interlocutórias *não* previstas no rol do artigo 1.015 do CPC/2015, ou seja, as hipóteses de *não agravo*.

No sistema do CPC/73, sucessivamente modificado a partir dos anos 1990 como indicado no tópico ‘2’, *retro*, a alternativa ao agravo na forma instrumental era a interposição retida do recurso, que não era apreciado naquele momento, mas somente por ocasião do julgamento de eventual apelação, ainda assim desde que reiterado pela parte, conforme previsto no artigo 523 daquele diploma.

No novo regime desaparece por completo o agravo retido, sendo certo que as decisões interlocutórias não agraváveis, na exata dicção do artigo 1.009, § 1º, do CPC/2015 “não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

A extinção do agravo em sua modalidade retida representa novidade significativa e afinada com o espírito simplificador, por assim dizer, do novo CPC, na medida em que se eliminou a prática de alguns atos processuais (ligados à interposição e ao processamento desse recurso), que ao final poderiam ter sido praticados de forma inútil (caso o agravante não reiterasse a necessidade de conhecimento do recurso no momento da apelação ou da apresentação de contrarrazões), sem prejuízo para a parte.

Convém repetir para evitar embaraços à compreensão do novo regime de recorribilidade das interlocutórias: nas hipóteses em que cabível o agravo de instrumento e esse não é interposto, opera-se desde logo a preclusão. Só é possível relegar a impugnação de determinada decisão interlocutória para a fase destinada à apelação se ela não for tida como agravável, posto que não abarcada pelo artigo 1.015 do CPC/2015.

A racionalidade da nova sistemática fica mais evidente se considerarmos que foi mantido o momento do julgamento das decisões antes impugnáveis por meio de agravo retido (em conjunto com a apelação), tendo sido alterada a forma e o momento da impugnação, que agora

aglutina em ato único o que antes se desdobrava em dois: interposição do agravo retido e sua reiteração em preliminar de apelação.

Não se pode dizer, portanto, que a maior parte das decisões interlocutórias seja irrecorrível. Tais decisões não são agraváveis, ou seja, não são recorríveis em separado, mas o serão na apelação ou nas contrarrazões.

Pelo mesmo motivo não é correto falar que tais decisões não precluem (como sugere interpretação meramente literal do dispositivo), uma vez que, à evidência, sujeitas à preclusão se não impugnadas por ocasião da apelação.

A apelação, portanto, passa a ser o recurso cabível contra a sentença, mas também contra algumas decisões interlocutórias. Alterou-se sim, com certo tom radical, o modelo anterior.

As interlocutórias apeláveis são identificáveis por exclusão, ou seja, somente aquelas em relação às quais não cabe agravo, mais exatamente as proferidas na fase de conhecimento e excluídas do rol do artigo 1.015.

Alguns afirmarão que o novo regime guarda relação com a irrecorribilidade, em separado, das interlocutórias no processo do trabalho, o que em parte é verdadeiro.

Todavia, existe uma diferença essencial, residente na circunstância de que na Justiça do Trabalho exige-se o protesto antipreclusivo, que visa a impedir a preclusão da matéria que se busca impugnar, e que, embora não previsto em lei, tem larga aplicação prática e, não obstante, sua ausência impede o reexame posterior da matéria, conforme pacífica jurisprudência.

No regime do CPC/2015 não há necessidade do protesto ou de qualquer ato de “salvaguarda de direitos” por ocasião da prolação de decisão interlocutória não agravável. A efetiva opção e, mais do que isso, a exteriorização da intenção de dela recorrer, apenas terão lugar por ocasião da fase processual destinada à apelação, seja, conforme o desfecho do processo favorecer ou prejudicar a parte interessada, na sua interposição ou na apresentação de contrarrazões ao recurso.²⁴

²⁴ Notícia Cassio Scarpinella Bueno, em relação ao tema, retrocesso de que se cogitou durante o processo legislativo do novo CPC: “O Projeto da Câmara ia além ao criar figura

A redação do artigo 1.009, § 1º, CPC/2015, antes referido, poderia ter sido mais abrangente e detalhada, uma vez que dúvidas acerca de contornos específicos do novo regime surgem, mormente as ligadas à abrangência da impugnação recursal levada a efeito na apelação e dos limites que pode haver em relação à possibilidade do vencedor recorrer de uma decisão interlocutória não agravável, como a seguir melhor exposto.

5.1. A recorribilidade das interlocutórias pelo vencido

Proferida a sentença, independentemente do seu teor, é possível saber quem foi favorecido (vencedor) ou prejudicado (vencido), no todo ou em parte, pela decisão, assunto intimamente ligado à possibilidade de recorrer na medida em que versa sobre o interesse recursal.²⁵

A apelação interposta pelo vencido não desperta maiores questionamentos, posto que concreto, nessa quadra, seu interesse recursal, ao menos em relação à sentença, devendo ser aferido, caso o caso, se há também prejuízo ditado por decisão interlocutória.

Essas eventuais insurgências recursais contra decisões interlocutórias é que deverão, na letra da lei, ser deduzidas como preliminar, não tanto por eventual relação de prejudicialidade que elas possam guardar em relação ao mérito da parte “principal” da apelação, mas principalmente com vistas a bem estruturar o recurso em capítulos autônomos, contribuindo para sua necessária intelecção.

desconhecida no direito processual civil brasileiro, um “protesto”, apenas para evitar que a questão precluisse, permitindo que ela fosse reavivada em apelo ou em contrarrazões. Felizmente, o Senado, na última etapa do processo legislativo, recusou a proposta que, bem entendida, tornava a extinção do agravo mais nominal do que substancial, formalizando, desnecessariamente, o processo e comprometendo, até mesmo, um dos pontos altos anunciados, desde a Exposição de Motivos do Anteprojeto. No sistema que prevaleceu, cabe insistir, basta que o interessado, na apelação ou nas contrarrazões, suscite a decisão não agravável de instrumento – que não estará atingida pela preclusão – para permitir sua revisão pelo Tribunal competente” (*Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Sariaiva, 2015. p. 646).

25 “O interesse em impugnar atos decisórios acudirá ao recorrente quando visar à obtenção de situação mais favorável do que a plasmada no ato sujeito ao recurso e, para atingir semelhante finalidade, a via recursal se mostrar caminho necessário. À luz dessa noção básica, o interesse em recorrer resulta da conjugação de dois fatores autônomos, mas complementares: a utilidade e a necessidade do recurso” (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 170).

Aspecto interessante da apelação do vencido é trazido por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

“É possível, ainda, que o vencido interponha apelação apenas para atacar alguma interlocutória não agravável, deixando de recorrer da sentença. Não é incomum haver decisão interlocutória que tenha decidido uma questão preliminar ou prejudicial a outra questão resolvida ou decidida na sentença – a decisão sobre algum pressuposto de admissibilidade do processo, por exemplo. Impugnada a decisão interlocutória, a sentença, mesmo irrecorrida, ficará sob condição suspensiva: o desprovemento ou não conhecimento da apelação contra a decisão interlocutória; se provida a apelação contra a decisão interlocutória, a sentença resolve-se; para que a sentença possa transitar em julgado, será preciso aguardar a solução a ser dada ao recurso contra a decisão interlocutória não agravável, enfim”.²⁶

5.2. A recorribilidade das interlocutórias pelo vencedor

A parte vencedora, a princípio, não teria interesse para o manejo do recurso de apelação, posto que ausente a *necessidade* em fazê-lo.

Todavia, sendo a apelação o recurso cabível também contra as decisões interlocutórias não agraváveis, possível cogitar de sua interposição também pelo vencedor.

A conclusão inicial sobre o tema, pelo aspecto procedimental, poderia decorrer de leitura açodada do artigo 1.009, § 1º, do CPC/2015, que alude à possibilidade de inserir a irresignação recursal contra interlocutória nas contrarrazões de apelação.

De fato, “as contrarrazões, nesse caso, tornam-se instrumento de dois atos jurídicos processuais: (a) a resposta à apelação da parte adversária; (b) o recurso contra as decisões interlocutórias não agraváveis proferidas ao longo do procedimento”²⁷.

26 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Apelação contra decisão interlocutória não agravável: a apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. in Revista de Processo, v. 241, mar/2015, p. 235.

27 Idem, p. 236.

Não nos parece, contudo, que esse seja o único caminho possível, pois deixaria a sorte do vencedor/apelado ser ditada pelo vencido/apelante, justamente porque havendo desistência do recurso – ou mesmo seu não conhecimento pela falta de algum requisito recursal – por certo as contrarrazões não seriam sequer analisadas.

Em algumas situações, esse desfecho nenhum prejuízo traz ao vencedor, posto que mantida a sentença. Assim, por exemplo, a irresignação do vencedor contra decisão que indeferiu a produção de determinada prova, de todo inócua quando mantida a sentença que lhe foi favorável, caso em que *suficiente* à tutela dos interesses da parte a dedução do recurso contra a interlocutória nas contrarrazões.

Em outras situações, todavia, assim não será.

Basta imaginar, à guisa de exemplo, algumas decisões interlocutórias aptas a gerar prejuízo independentemente do desfecho dado à demanda: a decisão que rejeita a impugnação destinada a majorar o valor da causa manejada pelo réu, sobrevivendo sentença de mérito que julga improcedente o pedido e utiliza aquele valor mais baixo como parâmetro para fixação de honorários sucumbenciais,²⁸ ou ainda a hipótese do autor que vê rejeitada a justificativa para sua ausência à audiência inicial de conciliação ou mediação, por decisão que impõe o pagamento de multa de 2% do proveito econômico pretendido, apoiado no artigo 334, § 8º, CPC/2015.²⁹

Nesses casos, portanto, parece haver justificativa para aceitar o manejo de recurso de apelação *autônoma* pelo vencedor.

Já aí se vê, portanto, a razão pela qual afirmamos ter sido tímida, por assim dizer, a disciplina do tema no âmbito do novo diploma processual, até porque bastante complexas as questões ligadas à relação de interdependência existente entre os recursos porventura interpostos pelas partes e, mais do que isso, à ponderação acerca de ser mesmo cabível apelação autônoma pelo vencedor, temas que acabam se entrelaçando.

28 Exemplo ministrado por Rodrigo Barioni (op. cit. p. 275).

29 Da hipótese cogitou-se em sala de aula, no transcorrer de um dos profícuos debates havidos durante curso de extensão que ministrei na Faculdade Católica de Direito de Santos, em outubro de 2015, ficando aqui consignados meus cumprimentos à talentosa e interessada turma então formada, o que faço na pessoa de meus amigos Alexandra Rodrigues Bonito e Francisco Calmon de Brito Freire.

Para Rodrigo Barioni, “o objeto da apelação é simplesmente ampliado pelas contrarrazões”, concluindo que a “apreciação das matérias deduzidas em contrarrazões, portanto, está *condicionada* ao conhecimento do recurso de apelação interposto”, pois “havendo desistência ou inadmissibilidade do recurso de apelação, as matérias suscitadas nas contrarrazões não serão objeto de apreciação pelo órgão *ad quem*”. Por isso, prossegue o citado processualista, “deve-se admitir que o recurso de apelação seja dirigido exclusivamente contra a decisão interlocutória”.³⁰

Igualmente aponta Caroline Uzeda Libardoni que o recurso contra decisão interlocutória deduzido em sede de contrarrazões de apelação “será em regra subordinado ao recurso de apelação interposto pelo vencido e dependerá de seu conhecimento e provimento para ser conhecido”.³¹

Mais do que isso, reconhece, com acerto, haver “hipótese de apelação autônoma, cabível sempre que não exista relação de prejudicialidade entre a sentença e a decisão interlocutória. Nesses casos, poderá o vencedor na sentença apelar exclusivamente da decisão interlocutória desfavorável, sem qualquer laço de subordinação com o recurso do vencido”.³²

Já Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha entendem que a apelação do vencedor inserida nas contrarrazões é um recurso subordinado e condicionado, na medida em que “caso o vencido desista da apelação interposta ou essa não seja admissível, a apelação do vencedor perde o sentido: por ter sido o vencedor, o interesse recursal somente subsiste se a apelação do vencido for para a frente”.³³

Essa assertiva, embora verdadeira, parece-nos não se adequar à totalidade dos casos, até porque, se assim for, deve ser admitida a apelação autônoma pelo vencedor, a fim de não deixá-lo ao desamparo

30 Op. cit. p. 273.

31 Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo Código de Processo Civil – Segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. in *Revista de Processo*, v. 249, nov/2015, p. 235.

32 Idem, p. 240.

33 Op. cit., p. 237.

da sorte do recurso do vencido, a despeito do interesse autônomo que ele pode ostentar para recorrer da decisão interlocutória.³⁴

A fim de melhor enfrentar tais dificuldades, parece-nos adequado mudar o foco da abordagem, fixando-o no grau de relevância da decisão interlocutória no contexto do processo em que concebida.

Propomos, para maior clareza, a seguinte classificação, que só se justifica justamente por parecer-nos útil à sistematização do tema abordado:

a. decisões interlocutórias irrelevantes – assim consideradas por terem perdido importância com a marcha natural do processo (ex.: deliberação judicial que, de forma equivocada, determinada a juntada de documentos originais, em substituição às cópias juntadas pelo autor e declaradas autênticas pelo advogado);

b. decisões relevantes ligadas de modo direto ao mérito da demanda – tratam de matérias que, em maior ou menor grau, podem mesmo influir na resolução da controvérsia (ex.: deferimento ou indeferimento de determinada prova);

c. decisões relevantes, mas referentes a questões isoladas, sem conexão ou influência sobre o mérito da demanda – cuidam de matérias específicas, impondo gravames processuais que acabam transcendendo o mérito da demanda e ganhando autonomia (ex.: a já antes citada decisão que impõe multa pecuniária pelo não comparecimento da parte à audiência de conciliação ou mediação).

Para as decisões interlocutórias que tratam de matéria tornada irrelevante após a prolação da sentença ('a'), faltará ao recurso o imprescindível interesse recursal, independentemente de ser ele inserido em con-

34 Referidos autores parecem não ser simpáticos a essa apelação autônoma: “Rigorosamente, o vencedor não tem interesse de recorrer da sentença, mas pode, como visto, apelar de interlocutórias não agraváveis. O momento para o recurso contra as interlocutórias não agraváveis é o das contrarrazões, mas é possível, embora não recomendável, que o vencedor se antecipe e já interponha sua apelação, sem aguardar a oportunidade das contrarrazões. (...) Ocorre, porém, que esse recurso do vencedor é, como já se viu, subordinado e dependente. É preciso que haja a apelação da parte vencida. Se o vencedor antecipar-se e já recorrer contra alguma interlocutória não agravável, e não sobrevier a apelação da parte vencida, faltará interesse recursal ao vencedor, devendo ser inadmitido o seu recurso” (op. cit., p. 242).

trarrações ou deduzido de forma autônoma. Não será, assim, cabível o recurso justamente pela ausência de prejuízo.

Em relação às decisões relevantes que são ligadas diretamente ao mérito da demanda ('b'), de todo suficiente será a inclusão do recurso do vencedor de acordo com o modelo legal, ou seja, nas contrarrações de apelação, ou mesmo por apelação autônoma, até porque coerente tal conclusão com a assertiva já antes estabelecida (item '5', *retro*), de que o espectro de abrangência do recurso de apelação engloba também as decisões interlocutórias não agraváveis.

Nesse caso, cumpre acrescentar, será aplicado sem qualquer ressalva o entendimento de que improvido ou não conhecido o recurso de apelação da parte vencida, desaparecerá o interesse recursal do vencedor, ou seja, a manutenção da sentença consubstancia perda superveniente do interesse recursal.

Dito de outra forma, o recurso do vencedor é, apenas neste caso, condicionado e subordinado ao vencido.

Por fim, para as decisões relevantes referentes a questões isoladas ('c'), ter-se-á como hígido o interesse recursal do vencedor em qualquer caso, isto é, independentemente do resultado do recurso de apelação da parte vencida ou, mais ainda, da própria existência desse, sendo cabível e, ademais, recomendável pela boa técnica processual que haja interposição de apelação autônoma.

Com efeito, somente assim o devedor preservará íntegra a possibilidade de ver conhecida a sua insurgência recursal contra a interlocutória em questão, até porque tal recurso não ficará subordinado ou condicionado àquele porventura interposto pela parte vencida.

Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARINONI, Rodrigo. Preclusão diferida, o fim do agravo retido e a ampliação do objeto da apelação no novo Código de Processo Civil. in *Revista de Processo*, v. 243, mai/2015.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Ensaio e artigos – v. I*. Salvador: Juspodivm, 2014.

CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Casuísmos judiciais e precedentes judiciais. in *Revista de Processo*, v. 248, out/2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Apelação contra decisão interlocutória não agravável: a apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. in *Revista de Processo*, v. 241, mar/2015.

LIBARDONI, Caroline Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo Código de Processo Civil – Segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. in *Revista de Processo*, v. 249, nov/2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009.

PARÁ FILHO, Tomás. A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo Código de Processo Civil, in *Revista de Processo*, v. 5, jan-mar/1977.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil – volume único*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. O novo recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à Justiça, garantido pela Constituição Federal. in *Revista de Processo*, v. 134, abr/2006.

_____. O mandado de segurança contra ato judicial. in *Revista de Processo*, v. 107, jul-set/2002

ZANETTI JR., Hermes. Comentário ao artigo 932. In CRAMER, Ronaldo; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.