

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Fernanda Pagotto Gomes Pitta

**Cabimento do Agravo de Instrumento no Novo Código de Processo Civil:
as decisões agraváveis de instrumento**

MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

São Paulo

2019

Fernanda Pagotto Gomes Pitta

**Cabimento do Agravo de Instrumento no Novo Código de Processo Civil:
as decisões agraváveis de instrumento**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração Efetividade do Direito, Núcleo Direito Processual Civil, sob orientação da Profa. Dra. Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim

São Paulo

2019

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura _____

Data São Paulo,

E-mail fernandagpitta@yahoo.com.br

Pitta, Fernanda Pagotto Gomes
Cabimento do Agravo de Instrumento no Novo Código de
Processo Civil: as decisões agraváveis de instrumento / Fernanda
Pagotto Gomes Pitta. – São Paulo: 2019.
130p.

Orientadora: Profa. Dra. Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em
Direito, 2019.

1. Agravo de instrumento. 2. Rol taxativo. 3. Decisões
interlocutórias. I. Alvim, Thereza Celina Diniz de Arruda. II. Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-
Graduados em Direito.

Fernanda Pagotto Gomes Pitta

**Cabimento do Agravo de Instrumento no Novo Código de Processo Civil:
as decisões agraváveis de instrumento**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração Efetividade do Direito, Núcleo Direito Processual Civil, sob orientação da Profa. Dra. Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim – PUC/SP

Prof. Dr. Eduardo Arruda Alvim – PUC/SP

Prof. Dr. Rennan Faria Krüger Thamay - FADISP

*À Profa. Dra. Thereza Celina Diniz de
Arruda Alvim, por toda sua dedicação aos
seus alunos e por toda minha admiração,
desde os bancos da graduação.*

AGRADECIMENTO ESPECIAL

Agradeço, inicialmente, ao CNPq pelo fomento concedido (contrato nº 1441556), que possibilitou concluir o presente trabalho.

AGRADECIMENTOS

Apesar desta jornada parecer solitária, muitos contribuíram para a conclusão do presente trabalho.

Agradeço inicialmente à minha Orientadora, Profa. Dra. Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim, que sempre me inspirou e auxiliou de forma ativa durante todo o curso. Agraço também ao Prof. Dr. Eduardo Arruda Alvim, que apesar de não ser oficialmente orientador também orientou e muito contribuiu não só para a elaboração e finalização do presente trabalho, mas também durante todo o Mestrado.

Aos professores Arlete Inês Aurelli, Anselmo Prieto Alvarez, Cássio Scarpinella Bueno, Claudio de Cicco, João Batista Lopes, Nelson Luiz Pinto, Nelson Nery Junior, Sérgio Seiji Shimura, Teresa Arruda Alvim, Willian Santos Ferreira, Georges Abboud que contribuíram com seu conhecimento e me influenciaram da melhor forma.

Ao professor Marcus Abreu Sampaio, que me permitiu realizar o estágio docente, o que contribuiu e ainda contribuí para a academia, me apoiou em momentos decisivos e sempre serviu de inspiração.

Igualmente aos secretários gerais, Rui e Rafael que de forma muito prestativa me auxiliaram sempre que necessário e ao longo desses dois anos tornaram-se amigos.

Agradeço aos meus pais, que proporcionaram continuar meus estudos. Especialmente ao meu pai, que serviu de exemplo e sempre me incentivou e apoiou de forma incondicional. Ao meu eterno companheiro, Marcelo Signorini, por todo carinho, amor e dedicação, por sempre me incentivar, nunca deixar desistir e, apesar das viagens e distâncias, sempre esteve presente durante todos os dias.

Aos meus amigos da “Melhor Turma da PUC”, que o Processo e a PUC/SP me deram, que tornaram essa jornada menos solitária, ajudaram a suportar a distância de casa e também contribuíram muito não só com o presente trabalho, mas durante todo o curso de Mestrado, Arthur, Bruna, Eduardo, Igor, José, Mari,

Rosane, Yrlana, Vítor, Cristina, Delosmar, Carol, Ricardo e Vinícios. Agradeço igualmente aos amigos Rodrigo Lucas, Ana Paola, Felipe, Lucas, Marília e Márcio Bellocchi, que também estiveram sempre presentes e foram fundamentais durante o desenvolvimento da dissertação.

Aos amigos João e Renato, que também sempre me apoiaram e incentivaram.

À equipe do escritório Arsuffi Abrão, Arthur, Bernardo, Bruna, Luísa, Bettina, Camila e Thais, que apesar do pouco tempo de convivência me receberam com muito carinho e foram muito pacientes nos momentos dificuldades.

As minhas crianças de quatro patas, Bella, Nina, Flyer, Pandora, Max (*in memorian*), Mel (*in memorian*), que tornam os momentos difíceis mais leves e me trazem paz.

Sem vocês, nada disso seria possível. A todos minha eterna gratidão e meus sinceros agradecimentos.

À Inteligência Suprema, causa primária de todas as coisas, por tornar tudo isso possível.

RESUMO

Fernanda Pagotto Gomes Pitta. Cabimento do Agravo de Instrumento no Novo Código de Processo Civil: as decisões agraváveis de instrumento. 2019. 130p. Mestrado em Direito, Área de Concentração Efetividade do Direito, Núcleo de Direito Processual Civil. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

O presente trabalho tem por finalidade analisar o cabimento do recurso de Agravo de Instrumento no Novo Código de Processo Civil. Para tanto, foram desenvolvidos quatro capítulos, os dois primeiros introdutórios e para fixar premissas e os dois últimos específicos do tema. O primeiro capítulo traça uma breve evolução histórica e trata dos princípios aplicáveis ao cabimento. O segundo capítulo trata das decisões interlocutórias e seu conteúdo, por ser o objeto de impugnação do agravo de instrumento. O terceiro capítulo trata da admissibilidade do agravo de instrumento, com foco no cabimento do agravo de instrumento. Por fim, o quarto capítulo trata da forma de impugnação das decisões interlocutórias, com foco no agravo de instrumento previsto no Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Agravo de instrumento. Rol taxativo. Decisões interlocutórias.

ABSTRACT

Fernanda Pagotto Gomes Pitta. Fulfillment of the Aggravation of an Instrument in the New Code of Civil Procedure: the aggravated decisions of an instrument. 2019. 130p. Master in Law, Effectiveness of Law Concentration Area, Civil Procedural Law Nucleus. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

The purpose of this study is to analyze the appropriateness of the appeal against the New Code of Civil Procedure. For that, four chapters were developed, the first two introductory and to establish premises and the last two specific of the theme. The first chapter outlines a brief historical evolution and deals with the principles applicable to fit. The second chapter deals with the interlocutory decisions and their content, since it is the object of contesting the grievance of an instrument. The third chapter deals with the admissibility of the Aggravation of an Instrument appeal, with a focus on the adequacy of the instrument. Finally, the fourth chapter deals with the form of challenging interlocutory decisions, focusing on the aggravation of an instrument provided for in the Code of Civil Procedure.

Key words: Aggravation of an Instrument. Tense roll. Interlocutory decisions.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTO ESPECIAL	7
AGRADECIMENTOS	9
RESUMO.....	11
ABSTRACT	13
SUMÁRIO.....	15
INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	19
1.1 Impugnação das decisões interlocutórias – breve origem histórica	19
1.1.1 O agravo no direito brasileiro	22
1.2. Contexto principiológico – Princípios de maior influência ao cabimento do agravo de instrumento	26
1.2.1 Duplo grau de jurisdição	27
1.2.2 Taxatividade	29
1.2.3 Colegialidade	32
1.2.4 Unirecorribilidade e correspondência recursal	33
CAPÍTULO 2. DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS – OBJETO DE IMPUGNAÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO	37
2.1 Pronunciamentos do juiz	37
2.2 Conceito de decisões interlocutórias	40
2.3 Conteúdo das decisões interlocutórias	43
2.3.1 As questões decididas no curso do processo	44
CAPÍTULO 3. ADMISSIBILIDADE RECURSAL E CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO	49

3.1 Juízo de admissibilidade.....	49
3.2 Requisitos de admissibilidade do agravo de instrumento	53
3.2.1 Requisitos intrínsecos	53
3.2.2 Requisitos extrínsecos	60
3.3 Cabimento e fungibilidade	68
CAPÍTULO 4. IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS – CONTEÚDO DA DECISÃO E CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	73
4.1 Impugnação das decisões judiciais – algumas considerações iniciais .	74
4.1.1 Impugnação das decisões interlocutórias	75
4.2 Irrecorribilidade imediata de algumas decisões judiciais – as questões decididas impugnadas em apelação	76
4.2.1 Via adequada de impugnação – preliminar de apelação, contrarrazões e apelação adesiva	78
4.3 Decisões interlocutórias impugnadas por agravo de instrumento.....	88
4.3.1 O art. 1.015 e a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça.....	90
4.3.2 O art. 1.015 e sua interpretação adequada.....	95
4.3.3 Decisões proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário	118
4.3.4 As decisões em processos de falência e recuperação judicial.....	119
CONCLUSÃO	121
REFERÊNCIAS	123

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar o cabimento do agravo de instrumento no Novo Código de Processo Civil, tendo em vista as significantes modificações. Isso porque, apenas algumas decisões interlocutórias foram elencadas como agraváveis de instrumento e as demais questões decididas no curso do processo passaram a ser impugnadas em preliminar de apelação. E não só isso, também as contrarrazões de apelação passaram a comportar, em preliminar, a impugnação das questões decididas no curso do processo quando não são impugnadas por agravo de instrumento.

O presente trabalho irá analisar, portanto, o cabimento do agravo de instrumento no Novo Código de Processo Civil a partir do conteúdo das decisões, critério adotado pelo legislador.

O tema é de grande relevância e muita divergência doutrinária e jurisprudencial, especialmente em relação à interpretação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Inclusive, tamanha a divergência, que o tema foi objeto de julgamento pela técnica de repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça (tema 988).

A propósito, a principal divergência está relacionada à forma de interpretação do rol do art. 1.015, do Código de Processo Civil, se seria taxativo, exemplificativo e também se cabe interpretação extensiva ou analógica. Esses diversos métodos de interpretação levam a conclusões diferentes, de forma que é necessário uniformizar uma interpretação até para fins de segurança jurídica, o que é necessário analisar cuidadosamente.

Também a forma de se interpretar a impugnação das questões decididas no curso do processo tem peculiar relevância, pois é necessário avaliar quais os regimes jurídicos devem ser aplicados (de agravo de instrumento ou apelação), por ter consequências jurídicas distintas.

Além das decisões de primeira instância, também é necessário analisar a forma de impugnação das decisões proferidas pelo relator em segunda instância, em especial da decisão que determina o sobrestamento do recurso especial ou extraordinário, em razão da suposta necessidade de interposição de agravo interno.

Ante as várias dúvidas e implicações que surgem a respeito do tema, é necessário estudá-lo de forma mais aprofundada, estabelecendo premissas antecedentes para se chegar às conclusões consequentes. E é o justamente o que se propõe o presente trabalho.

CAPÍTULO 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1 Impugnação das decisões interlocutórias – breve origem histórica

Inicialmente, cumpre esclarecer que o objetivo deste trabalho não é esgotar todo o aspecto histórico sobre a impugnação das decisões interlocutórias, apenas faz-se necessário, para melhor compreensão do instituto, conhecer os principais traços históricos.

Historicamente, com o surgimento do processo romano, as decisões proferidas no curso do processo, chamadas *interlocutiones*¹ eram irrecorríveis. E não apenas as interlocutórias eram irrecorríveis, mas também a decisão final.

Com o passar do tempo (na fase do Principado, entre 209 dC e 568 dC), permitiu-se a apelação da sentença definitiva, o que também foi adotado no direito canônico pelo Concílio de Trento (1563)².

O mesmo aconteceu no direito português, até o reinado de Afonso II. No século XIII se tem notícias do recurso de “*sopricação*”³, que era a possibilidade de reapreciação da causa, a pedido da parte vencida, para um julgador hierarquicamente superior, o que mais tarde passou a ser conhecido por agravo ordinário, que, atualmente, mais se assemelha com a apelação do que propriamente o agravo. O recurso de “*sopricação*”, assim como as apelações, eram julgados pela *Casa da Suplicação* (que surgiu entre 1425 e 1429).

¹ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 22.

² O Concílio de Trento foi o um dos Concílios realizados pela Igreja Católica, realizado entre os anos de 1546 a 1563, em 25 sessões plenárias e tinha como principal foco as críticas dos protestantes, por meio de decretos dogmáticos sobre a fé e disciplina da Igreja.

³ Professora Teresa Arruda Alvim, ao tratar das origens do agravo explica que o “recurso de “*sopricação*” tem origem bastante interessante, que remota ao direito clássico. Havia, no sistema romano, certo tipo de decisão final que, porque proferida por dignatários do Estado, que se encontravam no topo do escalão das pessoas que exerciam a função judiciária, sendo, pois, considerados os hierarquicamente superiores a todos os outros, não ensejavam à parte o direito de recorrer.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 27).

Mais tarde, o recurso de apelação acabou por absorver tanto a possibilidade de impugnação das sentenças definitivas, quanto das sentenças interlocutórias. Entretanto, antes mesmo das Ordenações Afonsinas, em razão da morosidade, foi vedada a apelação das sentenças interlocutórias para qualquer caso, apenas admitindo em algumas hipóteses expressamente previstas.

Nessa época, as partes prejudicadas começaram a encaminhar reclamações verbais – chamadas “querimas” – ao magistrado hierarquicamente superior ou ao soberano (Monarca, quando percorriam as cidades). Inicialmente baseavam-se apenas na confiança, sem comprovações dos autos do processo. Posteriormente, eram acompanhadas por “estormentos” ou “cartas testemunháveis”, cujo objetivo era possibilitar a verificação da veracidade do que era alegado pelas partes⁴.

Já com as Ordenações Afonsinas⁵, instituiu-se a possibilidade do juiz revogar suas sentenças interlocutórias, antes do julgamento da definitiva. Com isso, as chamadas sentenças interlocutórias poderiam ser revogadas pelo próprio magistrado ou modificadas em razão da apreciação pelo monarca das “querimas”.

Também as Ordenações Afonsinas previam o “agravo de ordenação não guardada”, que era o meio pelo qual a parte prejudicada fosse indenizada pelo magistrado, quando desrespeitasse a lei processual.

Em 1521, com as Ordenações Manuelinas, o sistema de recursos ficou um pouco mais aprimorado e seu cabimento levava em consideração o tipo de sentença. Eram três os tipos de sentenças: interlocutórias, interlocutórias mistas e definitivas.

As sentenças interlocutórias mistas e definitivas poderiam ser impugnadas por apelação, quanto prolatadas pelo magistrado de primeiro grau ou por suplicação, quando prolatadas por autoridade judiciária superior.

Já as sentenças interlocutórias poderiam ser impugnadas por agravo de instrumento ou de petição, a depender da distância entre o magistrado de primeiro

⁴ “Tanto os “*estormentos públicos*” quanto as *cartas testemunháveis* tinham por função garantir a veracidade das informações prestadas pelas partes, que acompanhavam as “*querimas*” ou “*querimôminas*.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 31).

⁵ Instituída por Afonso V, em 1.446.

grau e a autoridade hierarquicamente superior. Trata-se de critério territorial que definia o recurso a ser interposto.

Assim, se a distância entre o magistrado e a autoridade superior fosse de menos de cinco léguas, a decisão seria impugnada por agravo de petição; por outro lado, caso fosse de cinco léguas ou mais, o agravo seria de instrumento. Isso porque, “com a prática, percebeu-se que quando o Juízo *ad quem*, fisicamente, fosse próximo ao Juízo *a quo*, não havia necessidade de formação de instrumento”⁶.

Também com as Ordenações Manuelinas criou-se o “agravo no auto do processo”, que era o recurso cabível contra a decisão do juiz de primeiro grau que indeferia a apelação.

O sistema recursal de agravos instituído pelas Ordenações Manuelinas supriu as necessidades das “querimas” que, aos poucos, foram desaparecendo. A propósito, foi com as Ordenações Manuelinas que o agravo foi delineado de forma mais clara.

Com o passar dos anos, o sistema recursal português sofreu diversas alterações, especialmente quanto à impugnação das decisões interlocutórias (sentenças interlocutórias). Chegou a ser extinto com o Decreto n. 24, de 1832 e restabelecidos pelos Decretos de 1836 e 1837.

Depois de tantas idas e vindas, sobreviveu a apelação, cabível das sentenças de mérito, e o agravo de petição, cabível das demais decisões.

Já em 1939, com o Código de Processo Civil, novamente o sistema recursal dos agravos foi alterado. Eram duas as características marcantes. A primeira em relação ao cabimento, pois o agravo era residual em relação à apelação, ou seja, os casos de apelação eram expressamente determinados e, das decisões não recorríveis por apelação, seria cabível o agravo. A segunda era em relação aos procedimentos dos agravos, que os diferenciava, muito embora a lei processual portuguesa não tenha se preocupado em atribuir nomes distintos.

Diferentemente, no Código de 1961, o agravo – cabível das decisões não apeláveis – era subdividido quanto ao órgão prolator da decisão: agravo da decisão

⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 34.

de primeira instância; agravo da decisão de segunda instância⁷. Posteriormente, em 1967, o Código de Processo Civil foi alterado, entretanto no regime do agravo não foram substanciais as modificações.

Interessante observar que desde sua origem, o cabimento do agravo na maioria dos casos foi considerado a partir do conteúdo das decisões impugnadas. Não apenas importava o momento em que a decisão impugnada é submetida ao recurso, mas também seu conteúdo interessava para identificação do meio adequado para se contestar.

A história da impugnação das decisões interlocutórias no Brasil não é diferente. Também foram várias as alterações, sempre se alternando entre momentos que se permitia a ampla impugnação, com momentos mais restritivos, limitando-se o cabimento do agravo.

1.1.1 O agravo no direito brasileiro

No Brasil, com a proclamação da Independência surgiu a necessidade e preocupação de criação de um sistema jurídico próprio. Nessa época, em Portugal, estava vigente as Ordenações Filipinas que por aprovação da Assembleia Constituinte⁸ foi revalidada no Brasil.

Em 1832, o Código de Processo Criminal do Império, previa também “Disposição Provisória Acerca da Administração da Justiça Civil”, que excluía do sistema recursal brasileiro o agravo de instrumento.

Após alguns esparsos decretos que incluíram e alteram o cabimento dos agravos, com a consolidação das leis processuais brasileiras foram mantidos os agravos de instrumento, de petição e no auto do processo. E, nesse período pós-

⁷ “Só eram agraváveis a sentença do tribunal de comarca, quando violava regras de competência internacional (material ou hierarquia), ou quando ofendesse caso julgado, qualquer que fosse o valor da causa, e, acórdão da Relação, que era recorrível, mas não por meio de revista ou apelação.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 38).

⁸ Instaurada em 3 de maio de 1823.

independência, até a proclamação da República, o rol das decisões impugnadas por agravo de instrumento e de petição foi se alargando.

Foram aproximadamente 19 decretos que ampliaram as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Sempre enumerando casuisticamente as hipóteses agraváveis de instrumento.

Já na vigência do Código de Processo Civil brasileiro de 1939, o agravo de petição era cabível das sentenças terminativas e o agravo de instrumento se prestava a impugnar determinadas decisões interlocutórias, ou seja, em numeração casuística. A apelação, por sua vez, era reservada às sentenças de mérito.

A dificuldade da época era identificar se a decisão seria ou não de mérito da causa, a exemplo da perempção e prescrição, sentença que homologa transação, afastamento do litisconsorte ativo, decisão que determinava a suspensão ou sobrestamento do processo ou, ainda, quando há desistência da ação, conforme aponta Teresa Arruda Alvim⁹. Se se tratasse de sentença terminativa, poderia ser impugnada por agravo de petição; se a compreensão fosse por sentença definitiva, a impugnação seria por apelação.

Nesse sentido, o conteúdo da decisão ganha destaque para identificação do recurso cabível. Pois a natureza da decisão é definida também pelo seu conteúdo e a partir disso seria possível identificar a hipótese de cabimento. Ou seja, a identificação dos casos de agravo de petição ou apelação dependiam diretamente de se identificar se a decisão resolveu ou não mérito da matéria, o que nem sempre era tarefa fácil, como nos exemplos acima indicados.

Também o conteúdo da decisão deveria ser observado para identificação do cabimento do agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 1939, que enumerava as decisões interlocutórias recorríveis. Era necessário não só identificar a natureza da decisão (decisão interlocutória), mas também analisar o seu conteúdo para, só então, identificar o cabimento (até pela característica casuística).

⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 51-54.

Essa característica se verifica tanto na redação original¹⁰, quanto na redação dada pelo Decreto-Lei 4.565, de 1942¹¹. Claro que essas hipóteses não esgotavam todos os casos de cabimento do agravo de instrumento, pois outras hipóteses também eram previstas em leis extravagantes, mas servem bem para demonstrar a taxatividade e a importância de se verificar o conteúdo da decisão.

Na tentativa de evitar os problemas de cabimento do Código de Processo Civil de 1939, o Código de 1973 modificou significativamente a sistemática de cabimento dos agravos.

¹⁰ Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões; I – que não admitirem a intervenção de terceiro na causa; II – que julgarem a exceção de incompetência; III – que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação; IV – que não concederem vista para embargos de terceiro, ou que os julgarem; V – que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade; VI – que ordenarem a prisão; VII – que nomearem, ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante; VIII – que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamenteiros; IX – que denegarem a apelação, inclusive a de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção; X – que decidirem a respeito de erro de conta; XI – que concederem, ou não, a adjudicação ou a remissão de bens; XII – que anularem a arrematação, adjudicação ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido; XIII – que admitirem, ou não, o concurso de credores. ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos; XIV – que julgarem, ou não, prestadas as contas; XV – que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas; XVI – que negarem alimentos provisionais; XVII – que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens. (BRASIL, Decreto-Lei 1.608. *Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1939).

¹¹ Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões: I, que não admitirem a intervenção de terceiro na causa; II, que julgarem a exceção de incompetência; III, que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação; IV, que não concederem vista para embargos de terceiros, ou que os julgarem; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). IV - que receberem ou rejeitarem “in limine” os embargos de terceiro. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.672, de 1965). V, que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade, VI, que ordenarem a prisão; VII, que nomearem ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante; VIII, que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamenteiros; IX, que denegarem a apelação, inclusive de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção; X, que decidirem a respeito de erro de conta ou de cálculo; XI, que concederem, ou não, a adjudicação, ou a remissão de bens; XII, que anularem a arrematação, adjudicação, ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido; XIII, que admitirem, ou não, o concurso de credores, ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos; XIV, que julgarem, ou não, prestadas as contas; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). (Suprimido pelo Decreto-Lei nº 8.570, de 1946). XV, que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas; XVI, que negarem alimentos provisionais; XVII, que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens. (BRASIL, Decreto-Lei 1.608. *Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1939).

As sentenças, tanto definitivas, quanto terminativas, passaram a ser impugnadas por apelação. Enquanto as decisões interlocutórias passaram a ser impugnadas por agravo de instrumento ou agravo retido, a depender da urgência.

Não havia um rol taxativo das decisões interlocutórias impugnadas por agravo. O que se avaliava era a natureza da decisão apenas (interlocutória ou não) e a urgência. Havendo urgência, o recurso cabível seria agravo de instrumento, por outro lado, inexistindo urgência o caso era de agravo retido (que ficaria retido nos próprios autos e seria julgado na oportunidade do julgamento da apelação, se reitado).

Já as decisões interlocutórias proferidas monocraticamente pelo relator, em segunda instância, eram impugnadas pelo chamado agravo regimental (ou “agravinho”).

Esse sistema do Código de 1973 não evitou todos os problemas. Isso porque decisões definitivas ou terminativas não necessariamente são apenas proferidas na sentença, também podem ser objeto de apreciação no curso do processo, a exemplo da decisão que exclui litisconsórcio ou que julga parcialmente o mérito. Nesses casos, o conteúdo da decisão interlocutória não seria objeto de cabimento de agravo de instrumento, mas também não seria o momento adequado para apelação, o que gerava divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à forma adequada de impugnação.

Foi justamente essa divergência um dos argumentos que motivou a alteração do cabimento do agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015. A proposta era justamente a tentativa de simplificar esse complexo sistema recursal, como declarado na exposição de motivos¹².

¹² “Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica. Isso ocorreu, por exemplo, no que diz respeito à complexidade do sistema recursal existente na lei revogada. Se o sistema recursal, que havia no Código revogado em sua versão originária, era consideravelmente mais simples que o anterior, depois das sucessivas reformas pontuais que ocorreram, se tornou inegavelmente, muito mais completo.”
E, ainda, especificamente sobre o sistema recursal foi ressaltado na exposição de motivos que: “Bastante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. Em vez disso deu, de acordo com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado.

Em resumo, a sentença (qualquer que seja ela, definitiva ou terminativa) passou a ser impugnada por apelação. Quanto às decisões interlocutórias, estão divididas em agraváveis ou não agraváveis. As agraváveis estão expressamente identificadas por lei; já as não agraváveis são impugnadas em preliminar de apelação ou contrarrazões.

As decisões proferidas pelo relator, por sua vez, são passíveis de agravo interno; enquanto que as decisões do presidente do tribunal que versão sobre admissibilidade de recurso especial ou extraordinário estão sujeitas ao agravo em recurso especial ou extraordinário ou agravo interno, a depender do conteúdo do pronunciamento.

Ao que parece, essa nova proposta para o cabimento dos agravos não foi suficiente para solucionar os problemas relacionados à impugnação das decisões interlocutórias, como será demonstrado no decorrer deste trabalho.

A propósito, o legislador do Código de Processo Civil de 2015 mesclou a sistemática do Código de 1939, com a do Código de 1973. Isso porque se utilizou da taxatividade das decisões impugnadas por agravo de instrumento do Código de 1939, com o cabimento da apelação do Código de 1973 (para impugnar a sentença).

1.2. Contexto principiológico – Princípios de maior influência ao cabimento do agravo de instrumento

Inicialmente, importante e indispensável analisar os principais princípios que influenciam no cabimento do agravo de instrumento. Eles servem de alicerce para a sistemática de cabimento, inclusive como nortes interpretativos.

Desapareceu o agravo retido, tendo, corretamente, sido alterado o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação.

O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa.” (BRASIL, Lei 13.105. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*. Brasília, 2015).

1.2.1 Duplo grau de jurisdição

O duplo grau de jurisdição corresponde à possibilidade de revisão, por um órgão hierarquicamente superior, da decisão proferida na primeira instância. E duplo grau de jurisdição justamente porque o exercício jurisdicional é submetido novamente a julgamento, pela segunda vez, à apreciação do Estado.

O duplo grau de jurisdição, atualmente, na Constituição Federal de 1988, não está expressamente normatizado, diferentemente da Constituição do Império de 1824, que explicitamente o previa¹³.

Muito embora não esteja expressamente previsto como garantia fundamental na Constituição de 1988, o duplo grau de jurisdição decorre, em primeiro lugar, do princípio do devido processo legal¹⁴. Especialmente porque a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, determina que aos litigantes, dentre outras garantias, serão assegurados os meios e recursos para garantir o contraditório e a ampla defesa. Em outras palavras, os recursos são formas de exercício do contraditório e da ampla defesa.

A peculiaridade quanto à previsão constitucional expressa ou não consiste na possibilidade do legislador ordinário restringir o direito do jurisdicionado ao recurso quando há necessidade de assegurar outros valores. É o caso, por exemplo, da Lei nº 6.830/80, que regulamenta as execuções fiscais, e limita o recurso de apelação às causas de valor superior a 50 OTN's (art. 34).

Já no caso dos Juizados Especiais (regulamentados pela Lei nº 9.099/95), as decisões de primeira instância não são reapreciadas por um tribunal, mas sim por Turmas Recursais, que são órgãos colegiados formados por juízes de primeira

¹³ Art. 158. Para julgar as causas em segunda e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para a comodidade dos povos. (BRASIL, *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 25 de março de 1824).

¹⁴ Sendo o duplo grau de jurisdição, como já analisado, indispensável à boa administração da justiça, um dos objetivos do Estado, legitima-se como consectário do devido processo legal, e erige-se como garantia constitucional implícita. (SÁ, Djanira Maria Radamés de. O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 191).

instância, o que também é uma forma de mitigação do duplo grau de jurisdição constitucional, justamente em razão da inexistência de previsão expressa desse princípio.

É, portanto, evidente que o duplo grau de jurisdição não é absoluto e admite limitações, especialmente a fim de atender o devido processo legal, de forma que as restrições ordinárias não são inconstitucionais, desde que, obviamente, não suprimam o direito de recorrer, como lembra o doutrinador português Armindo Ribeiro Mendes¹⁵.

Mas não é apenas do devido processo legal que podemos verificar a existência do princípio do duplo grau de jurisdição. Também decorre da organização judiciária e da competência recursal atribuída constitucionalmente aos Tribunais. Ou seja, sua compreensão decorre também, por razões lógicas, da competência recursal atribuída aos Tribunais.

Oportunamente, importante diferenciar o duplo grau de jurisdição do exercício jurisdicional exercido pelos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça). Os tribunais de segundo grau (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais) têm por função a revisão das decisões proferidas em primeira instância. Os Tribunais Superiores, por sua vez, exercem função distinta e se prestam a garantir a correta aplicação da lei federal (Superior Tribunal de Justiça) e da Constituição Federal (Supremo Tribunal Federal).

Não há no julgamento dos recursos especiais e extraordinários exercício de segundo grau de jurisdição para causas cíveis, que aqui nos interessa. O que ocorre, em verdade, é a verificação da adequada aplicação da lei federal e da Constituição Federal.

Claro que nos Tribunais de Cúpula pode ocorrer a revisão das decisões, mas sempre em razão da verificação da aplicação da lei federal e da Constituição

¹⁵ O legislador ordinário não poderá, porém, ir até ao ponto de limitar de tal modo o direito de recorrer que, na prática, se tivesse de concluir que os recursos tinham sido suprimidos. (MENDES, Armindo Ribeiro. *Recursos em processo civil*. Recursos em processo civil. Lisboa: Lex, 1992, p. 101).

Federal. Ou seja, a revisão será consequência, mas não é objeto principal dos recursos para os Tribunais Superiores¹⁶.

Dessa forma, o duplo grau de jurisdição pode ser compreendido como a possibilidade de correção e adequação do ato decisório impugnado, através da reapreciação da decisão por meio de um órgão superior. Lembrando que a lei pode, sim, estabelecer limites à apreciação pelo tribunal.

No âmbito do agravo de instrumento, o duplo grau de jurisdição corresponde à reapreciação pelo tribunal (órgão de segundo grau) das decisões proferidas no curso do processo de conhecimento. A ressalva que se faz (que é justamente objeto desse trabalho) é em relação ao momento em que essa reapreciação ocorrerá, se de fato em sede de apreciação de agravo de instrumento ou quando do julgamento da apelação.

1.2.2 Taxatividade

Pela taxatividade só se pode considerar recursos o que previamente previsto em lei como recurso. No caso do agravo de instrumento, o art. 994, inciso II, do Código de Processo Civil expressamente o elenca como recurso. Entretanto, não significa que recurso é o que está previsto e elencado no rol do citado art. 994, mas sim que a previsão de um recurso deve decorrer da lei.

A propósito, a previsão de um recurso deve-se dar por lei federal. Para tanto, necessário compreender que criar recursos é matéria de direito processual, de forma que somente a lei federal pode dizer o que é recurso ou criar recurso, por se tratar de competência privativa da União (art. 22, inciso I, da Constituição Federal).

Pode-se dizer que o recurso é atividade das partes e, regular atividade das partes é matéria de direito processual e não apenas procedimental. Pois bem, o

¹⁶ “A atividade desenvolvida pelo STJ e pelo STF ao julgar um recurso especial e o recurso extraordinário, respectivamente, é a de admitir os recursos; flagrar a ilegalidade ou a inconstitucionalidade (qualificada pela repercussão geral); e corrigi-la.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 392).

processo decorre do Estado Democrático de Direito, e é “mecanismo de exercício do poder democrático estatal”¹⁷. O que só será possível quando se desenvolver através de procedimentos previamente estabelecidas e interligados entre si.

Não é tarefa fácil distinguir processo de procedimento, especialmente porque são “dois aspectos de uma mesma realidade fática, ou duas formas de abordagem de um mesmo objeto do mundo real”¹⁸. Ou seja, onde há processo há também procedimento.

Para fins de distinção, didaticamente costuma-se dizer que normas de processo são normas gerais, enquanto que as normas de procedimento são mais específicas e complementares, cuja característica marcante é justamente para dar movimento (sempre para frente, claro).

De forma mais aprofundada, Von Bülow compreende o processo como uma relação processual, que é justamente formada pela relação das partes com o juiz (sujeitos do processo). Interessante que para o autor europeu, a relação jurídica processual se constrói através da reciprocidade de direitos e obrigações entre as partes. Ou seja, processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocas, que vinculam as partes¹⁹.

Também Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco compreendem o processo como aspecto das relações entre os seus sujeitos²⁰.

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 25.

¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁹ Cf. BULOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Pressupuestos Procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1868.

²⁰ O processo pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos. O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação dos atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo. (CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 277).

Já o procedimento está relacionado à combinação de atos que juntos dão movimento ao processo. Isso não significa que o processo é estático e procedimento não. O procedimento é o conjunto de atos que justamente dá movimento ao processo e possibilidade que o processo chegue ao destino final pretendido: julgamento da lide²¹.

Nesse contexto, é evidente que ao regular a atividade das partes os recursos não apenas dão movimento ao processo, mas dizem respeito à relação das partes. Por essa razão é que a taxatividade recursal está vinculada à lei federal, de forma que apenas pode ser considerado recurso o que a lei federal diz que é recurso, como ocorre com o agravo de instrumento.

Por outro lado, muito embora não haja dúvidas de que o agravo de instrumento seja recurso, justamente por atender à taxatividade recursal, não é o único instrumento para modificação das decisões de primeiro grau proferidas no curso do processo. O mandado de segurança também pode atender a essa finalidade, desde que cabível, o que ocorrerá quando a decisão judicial não puder ser impugnada de imediato.

Como será abordado em capítulo próprio, a decisão interlocutória ou será impugnada por agravo de instrumento ou em preliminar de apelação. Entretanto, as partes podem se socorrer do mandado de segurança quando pela sistemática recursal for impossível de se evitar um dano em razão da necessidade de impugnação imediata. O que ocorre nos casos em que não é cabível o agravo de instrumento, mas há risco de dano de difícil ou impossível reparação.

Nessa hipótese, o mandado de segurança funcionará como sucedâneo recursal²², justamente porque não se trata de recurso. Não apenas porque dá início

²¹ Ao tratar da distinção entre processo e procedimento, Teresa Arruda Alvim explica que: "(...) para a noção de *processo*, interessam fundamentalmente as ideias de *relação jurídica* – que é a que se estabelece entre os sujeitos do processo: autor, juiz e réu – e a de *finalidade* – no sentido de vocação do fluxo dos atos consecutivos e interligados, que porão em movimento a relação já referida, vocação esta que se volta, concretamente, à obtenção de um pronunciamento judicial de caráter definitivo. A concepção da noção de *procedimento* dizem respeito as noções de *movimento* dessa relação jurídica no tempo e, mais especificamente, o *aspecto exterior desta movimentação*, ou seja, de que atos se trata, como se entrelaçam etc. (ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 35).

²² Expressão originalmente utilizada por José Frederico Marques, que em sua obra "Instituições de Direito Civil" (MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 2000).

a um novo processo, mas também porque não está assim previsto na lei federal brasileira.

1.2.3 Colegialidade

Em matéria recursal, o julgamento de um recurso pressupõe a apreciação por um colegiado, em análise conjunta da matéria submetida à reapreciação, o que decorre da garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (tutela jurisdicional adequada²³).

Entretanto, isso não significa que o recurso não possa jamais ser apreciado pelo relator, individualmente. Nesse contexto, o art. 932, o Novo Código de Processo Civil elenca as atribuições do relator e, dentre elas, pode negar provimento a recurso contrário à súmula dos Tribunais Superiores ou precedentes (julgamento repetitivo, assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas).

Contrário sensu, quando a decisão recorrida estiver em conformidade com súmula do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de justiça ou entendimento firmado pela sistemática da formação de precedentes²⁴ deverá o relator negar provimento ao recurso.

Da mesma forma, deve o relator dar provimento ao recurso que estiver em conformidade com enunciado de súmula dos Tribunais Superiores ou entendimento firmado em recursos repetitivos, assunção de competência ou incidente de resolução de demandas repetitivas.

Isso significa que havendo decisão vinculante sobre determinada matéria, deverá o relator apreciar o recurso monocraticamente, o que acontecerá até mesmo com o agravo de instrumento, sem que esse julgamento monocrático caracterize violação ao princípio da colegialidade e, conseqüentemente, da tutela jurisdicional

²³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 12ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 210.

²⁴ Lembrando que no Brasil a formação dos chamados precedentes não ocorre como tradicionalmente. Isso porque foi classificado como precedentes técnicas de julgamento cujo entendimento firmado pelo tribunal se reveste de vinculação para todos os casos idênticos.

adequada. Mesmo porque, a decisão monocrática do relator é passível de agravo interno (do art. 1.021, do Código de Processo Civil) para o órgão colegiado.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já sumulou posicionamento²⁵ quanto à possibilidade do julgamento monocrático pelo relator.

Com isso, o princípio da colegialidade consiste na possibilidade (ainda que não diretamente) do julgamento colegiado, por órgão fracionário do tribunal. Claro que o julgamento monocrático é apenas em hipóteses excepcionais, autorizadas por lei (art. 932, do Código de Processo Civil).

Frisa-se que além de hipóteses excepcionais, o julgamento monocrático, que mitiga o princípio da colegialidade, não poderá jamais usurpar por completo a possibilidade do julgamento colegiado, até porque o julgamento colegiado é necessário em um sistema de precedentes, como lembra Dierle Nunes²⁶.

1.2.4 Unirecorribilidade e correspondência recursal

Toda decisão é, em regra, passível de revisão e reforma por órgão hierarquicamente superior, até mesmo em função do duplo grau de jurisdição que vimos acima. Pois bem, essa revisão e/ou reforma será possível a partir da interposição de um recurso – um único recurso.

Ou seja, determinada decisão pode ser impugnada por apenas um recurso. Isso não significa que a unirecorribilidade consiste em critério quantitativo, pois havendo sucumbência recíproca, por exemplo, uma decisão pode ser impugnada tanto pelo autor quanto pelo réu, ou ainda havendo litisconsortes, não necessariamente deverão apresentar um único recurso.

Em outras palavras, a unirecorribilidade não é quantitativa, como acima explicado, mas sim qualitativa, pois apenas um recurso deve ser adequado para

²⁵ Súmula 568 - O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, Corte Especial, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

²⁶ NUNES, Dierle. Colegialidade corretiva e CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais* (Coleção Novo CPC). 2. ed. rev., atual. e ampl., 2016, p. 33-54.

impugnar determinada decisão²⁷. Justamente porque podemos nos deparar com um agravo de instrumento de ambas as partes (autor e réu) ou de mais de um litisconsorte.

Claro que isso não autoriza uma mesma parte interpor mais de um mesmo recurso, o que também decorre da unirrecorribilidade. Então, em relação a uma mesma parte, deve-se observar tanto o critério quantitativo quanto o critério qualitativo. De fato, apenas um recurso pode ser apresentado por uma parte.

E não é de hoje que a unirrecorribilidade deve ser observada. O Código de 1939 já vedava a interposição de mais de uma modalidade recursal ao mesmo tempo (art. 809, do Código de Processo Civil de 1939²⁸).

Atrelado à unirrecorribilidade está o princípio da correspondência recursal, pelo qual para cada decisão (considerando sua natureza) há um recurso cabível. Isso no Código de 73 era evidente: as decisões interlocutórias eram impugnadas por agravo; as sentenças por apelação; e os despachos eram irrecorríveis.

Nessa linha de raciocínio, a unirrecorribilidade, atrelada à correspondência recursal, resulta no recurso adequado, ou seja, cada decisão só pode ser impugnada por um único recurso, que deve ser o meio de impugnação adequado, considerando as hipóteses de cabimento²⁹.

²⁷ Com relação ao cabimento dos embargos de declaração (art. 1.022, do Código de Processo Civil), que são admissíveis de qualquer decisão, não há que se falar em mitigação ou violação da unirrecorribilidade (pois em tese a decisão seria impugnada por embargos de declaração e outro recurso), porque os embargos de declaração se prestam para corrigir um vício da decisão, já os recursos como apelação ou agravo de instrumento se prestam para modificar a decisão impugnada. Ademais, quando nos referimos a um recurso adequado também é de se reconhecer que no caso de uma decisão viciada, o recurso mais adequado é justamente os embargos de declaração, para sanar o vício. Dessa forma, seja porque os embargos de declaração não se prestam, ao menos originalmente, para reformar a decisão impugnada, ou porque havendo vício a decisão deve ser corrigida antes de reformada, não há mitigação nem violação à unirrecorribilidade.

²⁸ Art. 809. A parte poderá variar de recurso dentro do prazo legal, não podendo, todavia, usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso. (BRASIL, Decreto-Lei 1.608. *Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1939).

²⁹ Sobre a correspondência recursal, também necessário ressaltar o cabimento dos recursos especial e extraordinário, que podem ser interpostos contra uma mesma decisão, o que caracterizava exceção à correspondência recursal. Em sentido contrário entende Nelson Luiz Pinto, que entende que não há exceção à correspondência recursal, pois os capítulos impugnados são distintos (PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. 3. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88). Para nós, assim como é o caso do agravo de instrumento, trata-se também de exceção ao princípio da unirrecorribilidade e correspondência recursal. Mas não é só isso, também é de se questionar se a unirrecorribilidade e correspondência recursal se aplicariam para os Tribunais Superiores, que não

Ocorre que a correspondência recursal foi fortemente mitigada em relação ao cabimento do agravo de instrumento, sob o aspecto da correspondência recursal. Isso porque, a decisão interlocutória pode ser impugnada tanto por agravo de instrumento, quanto em preliminar de apelação. Ou seja, para o mesmo pronunciamento judicial temos dois meios distintos de impugnação, o que não significa que tanto o agravo de instrumento quanto a apelação serão simultaneamente meios de impugnação adequados.

Obviamente também não significa (ou não deveria significar) que ficará a critério da parte decidir qual o recurso cabível: agravo de instrumento ou apelação. Não se trata de faculdade da parte, mas significa sim que as hipóteses de cabimento devem cuidadosamente analisadas a fim de identificar qual o recurso adequado, pois apenas um pode ser o adequado, também porque o agravo de instrumento e a apelação são recursos distintos, com efeitos distintos, características distintas.

Portanto, apesar do sistema recursal do Código de Processo Civil de 2015 prever como meio de impugnação das decisões interlocutórias tanto o agravo de instrumento quanto a apelação, isso não sugere que uma decisão pode ser impugnada por agravo de instrumento ou apelação, porque para cada caso, levando em consideração o conteúdo da decisão, apenas um recurso será adequado.

CAPÍTULO 2. DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS – OBJETO DE IMPUGNAÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

De forma geral, o agravo de instrumento se presta para impugnar decisões interlocutórias de primeira instância. Dessa forma, importante compreender o que são e quais são as decisões interlocutórias, que é justamente o objeto de impugnação do agravo de instrumento.

2.1 Pronunciamentos do juiz

Anteriormente, no Código revogado de 1973, ao definir decisão interlocutória, bem como sentenças e despachos, o legislador equivocadamente enquadrava referidos pronunciamentos como espécies de atos judiciais. Da forma como previa o Código de 1973, os atos judiciais pareciam estar limitados apenas aos pronunciamentos judiciais (sentença, decisão interlocutória e despacho)³⁰, o que não é verdade. Muitos outros são os atos praticados pelos juízes, por exemplo, oitiva de testemunha, inspeção judicial, o que já era sinalizado pela doutrina³¹ e também jurisprudência.

O Código de 2015, por sua vez, ao tratar das decisões interlocutórias, sentenças, despacho e acórdão (art. 203) tentou sanar alguns vícios terminológicos³² da lei processual revogada e andou bem o legislador em alguns

³⁰ José Carlos Barbosa Moreira já reconhecia o equívoco terminológico: “Em verdade, dentre os atos que o juiz pratica no processo, há muitos outros – alguns de superlativa importância – que não consistem nem em sentenças, nem em decisões interlocutórias, nem em despachos: por exemplo, a inquirição de testemunha (art. 416) ou da parte (art. 344), a inspeção de pessoa ou coisa (art. 440), a tentativa de conciliação das partes (arts. 331 e 448).” (MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 476 a 565. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 241), assim como Teresa Arruda Alvim (PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. Despachos, pronunciamentos recorríveis. In: *Revista de Processo*, vol. 58, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 45-61).

³¹ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 105.

³² Os vícios terminológicos estão na maioria das vezes relacionados à interpretação gramatical dos dispositivos legais. Muito embora não possamos nos limitar apenas à interpretação gramatical, ela também é necessária e, conseqüentemente, a preocupação com as palavras e seus significados para

aspectos, especialmente quando os qualificou como espécies do gênero “pronunciamentos judiciais”.

E não foi apenas quanto à substituição da expressão “atos do juiz” por “pronunciamentos do juiz” que acertou o Código. Também ao conceituar cada um dos pronunciamentos trouxe redação mais requintada e mais adequada, especialmente porque considera tanto finalidade quanto conteúdo, além de critério topográfico. Claro que deixou ainda muitas lacunas e incoerências³³, mas, por outro lado, sanou alguns problemas da antiga redação adotada pelo Código de 1973.

Da forma como prevista no Código vigente, sentença foi definida como o pronunciamento que põe fim a fase cognitiva (finalidade)³⁴, com fundamento nas matérias enumeradas nos artigos 485 e 487, do Código de Processo Civil (conteúdo).

Decisão interlocutória, por sua vez, é o pronunciamento judicial de natureza decisória (conteúdo) que não seja sentença (finalidade).

Já os despachos, por exclusão, são todos os demais pronunciamentos que não tenham finalidade nem conteúdo de sentença, ou decisão interlocutória, ou seja, não se revestem de conteúdo decisório que possa causar prejuízo a alguma das partes, por essa razão os despachos são irrecorríveis. A propósito, havendo prejuízo, naturalmente terá conteúdo decisório e consequentemente se enquadrará como decisão interlocutório e, portanto, recorrível.

É evidente, portanto, que os pronunciamentos judiciais podem ser divididos em duas categorias: com conteúdo decisório e sem conteúdo decisório. Aquelas

definir a abrangência de aplicação de uma norma é também de muita importância. Carlos Maximiliano já alertava que: “O processo gramatical exige a posse dos seguintes requisitos: 1) conhecimento perfeito da língua empregada no texto, isto é, das palavras e frases usadas em determinado tempo e lugar; propriedades e acepções várias de cada uma delas; leis de composição; gramática; 2) informação relativamente segura, e minuciosa quanto possível, sobre a vida, profissão, hábitos pelo menos intelectuais e estilo do autor; orientação do seu espírito, leituras prediletas, abreviaturas adotadas; 3) notícia completa do seu assunto de que se trata, inclusive a história respectiva; 4) certeza da autenticidade do texto, tanto em conjunto como em cada uma das suas partes.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 88).

³³ Por exemplo, ao estabelecer que a extinção do processo dar-se-á por sentença, no art. 316, do Código de 2015.

³⁴ Arruda Alvim, ainda acrescenta que também é por sentença que o juiz põe fim à fase de cumprimento de sentença e da ação de execução (ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 17 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, item 27.1).

sem conteúdo decisório correspondem aos despachos que, como já sinalizamos, não causam prejuízo e apenas se prestam para dar andamento, movimento ao processo.

A propósito, os despachos podem ou não ser apenas de mero expediente (ordinatórios). Quando meramente ordinatórios, que são aqueles que decorrem do impulso oficial do processo, que independem de qualquer juízo de valor e contribuem única e exclusivamente para dar andamento ao processo, podem ser praticados pelos servidores, podendo ser revisados pelo magistrado (art. 203, § 4º).

Sobre esse ponto, importante lembrar que nem sempre o sistema processual permitia que o processo caminhasse sem expressa determinação da autoridade competente. Nessa época, os despachos eram compreendidos como pronunciamentos sem conteúdo decisório, cujo conteúdo era apenas determinar a prática de atos que possibilitavam a marcha processual.

Apenas após a reforma do Código de Processo Civil de 1973, pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que os despachos deixaram de ser compreendidos como atos meramente ordinatórios, para serem compreendidos de forma mais abrangente.

Para exemplificar, pode ser considerado despacho o pronunciamento do juiz que recebe a inicial e determina a citação do réu, como esclarece Teresa Arruda Alvim³⁵. Nesse exemplo, o pronunciamento ilustrado não poderia ser praticado de ofício pelo servidor e, por outro lado, também não se enquadra no conceito de decisão interlocutória, pela ausência de conteúdo decisório.

Na verdade, não é exatamente ausência de conteúdo decisório que diferencia os despachos proferidos pelo juiz das decisões interlocutórias, mas sim o prejuízo que causa à parte.

Outro exemplo que podemos mencionar é o pronunciamento do juiz que determina a realização de audiência de conciliação ou mediação. O conteúdo da decisão versa sobre realizar ou não audiência de conciliação e mediação, que não

³⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

diz respeito o mérito da causa, mas demanda um exercício discricionário quanto ao procedimento além de não causar prejuízo.

Já os pronunciamentos com conteúdo decisório, que obviamente podem causar prejuízo a uma das partes, são todas as decisões, em sentido lato³⁶, que são justamente as sentenças e decisões interlocutórias, as quais serão melhor diferenciadas no tópico seguinte.

2.2 Conceito de decisões interlocutórias

Já vimos que as decisões interlocutórias são espécies de pronunciamentos judiciais, com conteúdo decisório, que não põem fim à fase de conhecimento, cumprimento de sentença ou ação de execução.

Originalmente, decisões interlocutórias eram àquelas que versavam sobre matéria incidental, e não propriamente ao mérito da causa. Nesta concepção, as decisões interlocutórias não tinham conteúdo de mérito, apenas tratavam de questões incidentais.

Com o tempo, percebeu-se que as decisões proferidas no curso do processo nem sempre tratavam simplesmente de matéria incidental, a exemplo da decisão que apreciava pedido de tutela antecipada³⁷, pois “a decisão antecipatória é uma decisão *sobre o mérito*, embora não seja *decisão de mérito*”³⁸.

Isso levou a parte da doutrina, e até o próprio legislador do Código de 1973, a definir decisão interlocutória (e também a sentença) a partir da verificação do momento processual em que foi proferida. Por esse critério, sentença seria o

³⁶ Cf. Arruda Alvim: “O juiz, durante o procedimento, profere *decisões*, que em sentido lato, no sistema do Código de Processo Civil, podem ser consideradas como o gênero, constituindo-se as sentenças e as “decisões” em *sentido estrito* (interlocutórias) nas suas espécies (art. 203 do CPC/2015).” execução (ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 17 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, item 27.1).

³⁷ Na nova classificação adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, tutela provisória de urgência antecipada.

³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 103.

pronunciamento judicial que “põe termo ao processo”³⁹, enquanto a decisão interlocutória seria o pronunciamento que não põe fim ao processo.

Logo se percebeu que esse critério também não era suficiente para definir os pronunciamentos judiciais, especialmente porque a sentença encerra a fase de conhecimento, mas em muitas das vezes não encerra o processo. Isso levou o legislador a alterar a definição de sentença a partir da análise do conteúdo da decisão (“ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”⁴⁰).

Já as decisões interlocutórias eram definidas como os pronunciamentos que resolviam questões incidentais⁴¹, conceito que limitava muito o conteúdo deste pronunciamento que na prática sempre se mostrou muito mais abrangente que apenas questões incidentais.

O Novo Código, já com essa percepção quanto ao conteúdo e finalidade das sentenças e decisões interlocutórias, definiu sentença justamente por sua finalidade e conteúdo⁴² e as decisões interlocutórias de forma residual (o que não se enquadrar no conceito de sentença).

Assim, primeiro é necessário analisar o conceito de sentença para, posteriormente, compreender o conceito de decisão interlocutória. Pois bem, para o Código de 2015, sentença é o pronunciamento que encerra a fase de conhecimento, cujo conteúdo se enquadra nas hipóteses descritas nos artigos 485 e 487, do Código de Processo Civil.

³⁹ Redação original do art. 162, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973.

⁴⁰ Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005, ao art. 162, § 1º, do Código de 1973.

⁴¹ Art. 162. § 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. (BRASIL, Lei 5.869. *Código de Processo Civil*. Brasília, 17 de janeiro de 1973).

⁴² A propósito, Eduardo Arruda Alvim já alertava para o fato de que a sentença não poderia ser definida apenas por seu conteúdo, mas também por sua aptidão para fim ao processo ou procedimento em primeiro grau. (ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 678). Nesse mesmo sentido também explica Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: “Com o advento da L 11232/05, que alterou o conceito de sentença estabelecido no CPC/1973 162 § 1º, houve modificação de rótulo, mas não de essência, pois referida lei manteve inalterado o conceito de decisão interlocutória: ato pelo qual o juiz, no curso do processo (portanto, o processo continua), resolve questão incidente, sendo para tanto irrelevante o seu conteúdo.” (NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 716).

Além disso, como lembra Eduardo Arruda Alvim, há diversas oportunidades em que a sentença pode ser proferida⁴³. Ou seja, esse pronunciamento com conteúdo e finalidade específicos não necessariamente somente será proferido em um momento específico do processo, até porque é possível o julgamento antecipado do mérito (art. 355, do Código de Processo Civil) ou indeferimento liminar do pedido (art. 332, do Código de Processo Civil), o que alteram o momento de pronunciamento da sentença que, portanto, deve ser definida por sua finalidade e conteúdo.

Quanto a seu conteúdo, os artigos a que se refere o legislador enumeram as hipóteses em que há ou não resolução do mérito, que também diferencia as decisões definitivas, de mérito, das terminativas, processuais. Mas não é só isso, necessário compreender também que as sentenças necessariamente devem conter o conteúdo dos artigos 485 e 487, do Código de Processo Civil, mas isso não significa que questões incidentais não poderão ser apreciadas conjuntamente na sentença.

Contrário sensu, quanto à finalidade, as decisões interlocutórias compreendem todas as outras decisões que não têm a mesma finalidade da sentença, ou seja, toda a decisão que não coloca fim a fase de conhecimento, cumprimento de sentença ou ação de execução. Já quanto ao conteúdo, enquanto que a sentença deve conter o conteúdo das matérias descritas nos artigos 485 e 487, do Código de Processo Civil, e pode conter outras matérias, a decisão interlocutória pode tratar de qualquer matéria, esteja enquadrada nos 485 e 487 ou não.

Ou seja, quanto às matérias, podem ser idênticas. Então o que cabalmente diferenciara sentença de decisão interlocutória é a finalidade, de colocar ou não fim ao processo de conhecimento, cumprimento de sentença ou execução.

⁴³ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 677.

2.3 Conteúdo das decisões interlocutórias

Inicialmente, é importante ressaltar que o conteúdo das decisões interlocutórias não as diferencia da sentença. Até porque a principal característica distintiva é a finalidade e não propriamente o conteúdo, pelas razões acima já expostas. Entretanto, o conteúdo das decisões interlocutórias terá significativa importância para fins de identificação do cabimento do agravo de instrumento, por essa razão que vamos traçar breves considerações sobre seu conteúdo.

Como já demonstrado, decisões interlocutórias são os pronunciamentos com conteúdo decisório, qualquer conteúdo decisório. Sejam questões incidentais, sejam questões prévias ou até mesmo as matérias dos artigos 485 e 487, do Código de Processo Civil. A propósito, atualmente tem considerável abrangência em relação suas raízes históricas, que apenas conceituavam a decisão interlocutória como os pronunciamentos que resolviam questões incidentais.

Por óbvio, estão excluídos do conteúdo das decisões interlocutórias aqueles próprios dos despachos, que não causam qualquer prejuízo às partes. São apenas atos de direcionamento e andamento do processo, conforme concluído anteriormente.

Interessante observar tamanha a abrangência das matérias que podem ser apreciadas por meio de decisão interlocutória, que vai desde as mesmas matérias da sentença até simples questões incidentais. Mas o ponto fundamental é que nas decisões interlocutórias serão apreciadas pelo magistrado questões.

É evidente, portanto, que quando tratamos de conteúdo das decisões interlocutórias há uma enorme quantidade de questões que podem – e devem – ser apreciadas no curso do processo. Seria até impossível enumerar todas elas, podemos apenas traçar algumas considerações, que inclusive auxiliarão a identificar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

2.3.1 As questões decididas no curso do processo

É certo que o processo é destinado a resolver conflito de interesses e todos os atos são praticados para que se chegue a um provimento final, que encerrará o ciclo iniciado com a propositura da ação⁴⁴. Para tanto, de um lado estão as afirmações feitas pelo autor e de outro a resistência do réu⁴⁵.

Isso leva à formação de questões, que devem ser apreciadas pelo magistrado. Ou seja, trata-se de fato controverso que deve ser solucionado, são pontos duvidosos, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco⁴⁶.

Para que essa pretensão seja apreciada será indispensável passar por caminhos procedimentais até se chegar ao final. Nesse desenrolar do processo, além das questões de mérito controvertidas entre partes, surgem também questões litigiosas que devem ser solucionadas pelo magistrado. Muitas vezes, para a solução da lide, é necessário solucionar diversas questões prévias. Assim, é evidente que o que se pretende é a solução integral do mérito (art. 4º, do Código de Processo Civil), mas o mérito em si não é a única questão enfrentada pelo juiz no curso do processo⁴⁷.

A propósito a expressão “questão” é definida no dicionário como a matéria a ser debatida⁴⁸. Em termos técnicos jurídicos, é definida como toda a discussão trazida a juízo para solução de uma controvérsia⁴⁹. Ou seja, tudo que for necessário para a solução do litígio será objeto de questão decidida.

⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução Candido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 228.

⁴⁵ “É um procedimento destinado ao convencimento, à sedução de argumentos e à demonstração das razões pelas quais o direito de um deve prevalecer perante o direito do outro.” (ALVES, Rodrigo Lucas da Silva Pereira da Gama. *O conteúdo do pronunciamento judicial como elemento de harmonia do sistema recursal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017).

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. O Conceito de mérito em Processo Civil. In: *Revista de Processo*. vol. 34, 1984, p. 20-46.

⁴⁷ Lembrando que o Código de Processo Civil de 2015 não se preocupou apenas com a declaração do direito, mas também com a atividade satisfativa, como expressamente exposto no citado art. 4º.

⁴⁸ Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis. Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/quest%C3%A3o/>>. Acesso em 05 de setembro de 2018.

⁴⁹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 1141. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes.

Destaca-se que a questão a ser decidida também está diretamente relacionada ao que é controvertido. Caso contrário, inexistindo controvérsia a matéria se apresentará como ponto e não questão, conforme bem explica Thereza Alvim⁵⁰. Entretanto, essa controvérsia não é necessariamente aquilo que foi afirmado por uma parte e impugnado por outra, ou seja, não diz respeito apenas ao que é objeto de conflito entre autor e réu do processo.

Para melhor compreensão, vejamos o exemplo da decisão que indefere uma das provas requeridas por uma parte. Esse indeferimento não necessariamente será provocado pela resistência da parte contrária na produção da prova, mas pode decorrer da simples verificação pelo magistrado da necessidade ou não da prova que, concluindo pela desnecessidade, poderá indeferi-la. Nesse exemplo, a controvérsia é caracterizada por um pedido que não foi atendido, mesmo que a parte contrária não o tenha impugnado.

Oportunamente, cumpre esclarecer que a controvérsia muito embora não tenha surgido da resistência da parte contrária, mas sim de uma decisão do juiz, não há que se falar em violação do contraditório, pois o contraditório deve ser compreendido como a manifestação prévia da parte (ou das partes). Inclusive, o art. 9º, do Código de Processo Civil expressamente veda a decisão proferida contra uma parte sem sua prévia manifestação, de forma que não condiciona sempre à manifestação de ambas as partes. Pelo contrário, a condicionante (oportunidade de manifestação prévia) é necessariamente em relação à parte que será prejudicada pela decisão.

Até mesmo porque existem matérias que não são de interesse de ambas as partes. É o caso, por exemplo, do pedido de renúncia do advogado, que só interessará à parte que por ele é representada.

Dessa forma, é evidente que a controvérsia para fins de caracterização de uma questão no processo não se limita apenas ao que é controvertido entre autor e réu, devendo ser compreendido de forma mais abrangente.

⁵⁰ Cf. ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 27-28.

Situação semelhante acontece com as matérias de ordem pública, muitas vezes pode não ser alega por qualquer das partes, mas observada pelo juiz. Claro que para apreciar deverá oportunizar a manifestação de ambas as partes, na forma do art. 10, do Código de Processo Civil, mas isso não significa que deixa de ser uma questão decidida apenas porque não foi alegado por uma das partes.

Todas essas situações podem, e algumas delas devem, ser resolvidas por decisão interlocutória no curso do processo, até porque, reforçamos, as matérias resolvidas por decisão interlocutória englobam não apenas as matérias resolvidas por sentenças (as dos artigos 485 e 487, do Código de Processo Civil), mas todas aquelas que devem ser solucionadas ao longo do processo.

É o caso, por exemplo, do reconhecimento da existência de litisconsorte necessário⁵¹, determinando-se sua citação para integrar a lide. Ou ainda a decisão que acolhe alegação de incompetência relativa e determina a remessa dos autos para o juízo competente.

Com relação à questão de mérito, corresponde exatamente ao objeto da lide, ao pedido formulado pelas partes. É o bem da vida pretendido. É a questão sobre a qual o magistrado se debruçará para atender ao que pretendem as partes.

Inclusive, o judiciário só e somente decidirá sobre o que lhe foi pedido. Nem a mais, nem a menos, de forma que essa questão decidida deve guardar proporções com os requerimentos das partes.

Acontece que para solucionar o mérito, para decidir sobre as questões principais apresentadas pelas partes, em alguns casos será necessário superar algumas questões prévias. Questões que “logicamente devem ser decididas antes de outras, por manterem entre si uma vinculação de subordinação lógica”⁵². São matérias que necessariamente devem ser superadas para que o pedido seja apreciado, ou seja, possibilitam o julgamento do mérito.

⁵¹ Litisconsórcio necessário é “aquele que se deve formar, por força de previsão legal expressa, sob pena de o julgador, em primeiro lugar mandar que sejam citados todos no pólo ativo e passivo e, em não sendo obedecida sua determinação, extinguir o processo sem julgamento do mérito.” (ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 144).

⁵² ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 23.

Essas questões prévias podem ser preliminares ou prejudiciais ou apenas incidentais, a depender da relação lógica que guarda com a questão principal a ser decidida. Também não é possível identificar quais questões processuais são preliminares ou prejudiciais, pois essa análise dependerá de cada caso concreto. Assim, o que deve servir de critério para verificar essa relação de interdependência é a influência de uma questão sobre a outra.

Com relação às questões preliminares, sua influência está relacionada à antecedência. Isso porque preliminar é aquela questão deve ser logicamente apreciada em primeiro lugar.

Já as questões prejudiciais, são aquelas que guardam relação de dependência, de forma que a questão consequente dependerá do que se decidir na questão antecedente. É impossível decidir o consequente se não apreciar o antecedente, e mais, a depender do que se entender na antecedente (questão prejudicial), diversa será a conclusão do consequente (questão principal, por exemplo).

Existe entre a questão principal e a prejudicial uma relação de interdependência, de forma que a questão principal é consequente da questão prejudicial⁵³. Em outras palavras, prejudicial é a matéria que logicamente precisa ser apreciada em primeiro lugar e que necessariamente antecederá o julgamento de algo.

Interessante que em relação ao mérito, as questões prévias – preliminares e prejudiciais, deverão sempre ser resolvidas em primeiro lugar. Na prática, isso tem relevante importância quando nos deparmos com questões que foram impugnadas por agravo de instrumento e estão pendentes de julgamento pelo Tribunal e, antes de serem apreciadas em segundo grau, no primeiro grau é proferida sentença. Nesses casos, essa relação de interdependência deve ser analisada para verificar se há perda superveniente do interesse do agravo ou não.

⁵³ “Será prejudicial aquela questão que predeterminar, em sua solução, a outra que lhe está condicionada. Evidentemente, o grau de influência poderá variar.” (ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 15).

Tratando-se de questões prévias, a sentença deve estar condicionada ao julgamento da questão impugnada no agravo, sob pena de nulidade⁵⁴. Claro que isso não significa que a pendência do agravo de instrumento impede o trânsito em julgado, que deverá ser obstado pela interposição da apelação. Até porque, não é efeito natural do agravo o de obstar o trânsito em julgado, mas sim da apelação.

Entretanto, inexistindo trânsito em julgado pela interposição do recurso de apelação, parece razoável a verificação da relação de antecedência e prejudicialidade do objeto do agravo e da questão de mérito.

Inclusive essa interpretação, com o Novo Código de Processo Civil, ficou mais evidente, pois expressamente determinam a antecedência do julgamento do agravo de instrumento em relação à apelação, em seu art. 946 e seu parágrafo único, o que deveria até ser natural quando a questão a ser apreciada no agravo de instrumento é preliminar ou prejudicial.

Todas essas considerações ilustram de forma singela tamanha a abrangência das matérias objeto do conteúdo das decisões interlocutórias e, naturalmente, por tratar-se de conteúdo decisório, são passíveis de impugnação. Basta saber qual o meio adequado, o que dependerá da análise desse conteúdo, no caso do agravo de instrumento.

⁵⁴ Sobre o tema, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça entendendo que o provimento de um agravo de instrumento, que impugna decisão interlocutória, reverte eventual julgamento a respeito do mérito, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão de mérito (AgRg no Ag 489.699/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2007, DJ 25/06/2007). Também em outra oportunidade entenderam que a sentença proferida antes do julgamento do agravo de instrumento, que impugnava incompetência do juiz de primeiro grau, é nula, pois sua eficácia estaria condicionada ao julgamento do agravo de instrumento (REsp 258.780/ES, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2003, DJ 15/12/2003).

CAPÍTULO 3. ADMISSIBILIDADE RECURSAL E CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Com o Novo Código de Processo Civil a doutrina e jurisprudência debruçaram sobre a análise do cabimento do agravo de instrumento, que foi substancialmente alterada pela redação do art. 1.015. Claro que a análise da tempestividade, legitimidade e atendimento a requisitos formais também são indispensáveis, mas a grande dificuldade é identificar se de fato a decisão deve ser impugnada por agravo de instrumento ou preliminar de apelação, como previsto no art. 1.009, § 1º, do Código de Processo Civil.

Isso porque, não apenas a natureza da decisão, mas também seu conteúdo influenciará na verificação do cabimento do agravo de instrumento. De forma que, primeiramente é necessário verificar qual o conteúdo da decisão para só depois verificar o recurso cabível, já que quando se tratar de decisões interlocutórias, que podem ser impugnadas por agravo de instrumento ou preliminar de apelação.

3.1 Juízo de admissibilidade

Quando tratamos de cabimento, é imprescindível abordar sobre admissibilidade, pois o cabimento é requisito intrínseco de admissibilidade, o qual é analisado justamente no momento do juízo de admissibilidade dos recursos, o que não é diferente no caso do agravo de instrumento.

Pois bem, a admissibilidade recursal corresponde à verificação de procedibilidade dos recursos, tal como ocorre com a petição inicial, que deve atender às condições da ação (interesse processual e legitimidade para a causa) e pressupostos processuais; paralelo que é feito por vários doutrinadores brasileiros⁵⁵

⁵⁵ Conforme já bem explicado por Barbosa Moreira: “Assim como a instauração do processo tem por fim levar o pedido à apreciação do órgão judicial, a interposição do recurso visa a suscitar, do mesmo ou de outro órgão, novo pronunciamento. Aqui, como ali, existe algo a cujo respeito se espera uma

⁵⁶⁻⁵⁷. E, de fato, existe essa relação, até porque o exercício do direito constitucional de ação (art. 5º, inciso XXV, da Constituição Federal) não é sinônimo de julgamento de mérito. Para que o mérito seja julgado é preciso que, primeiramente, ele possa ser julgado.

Claro que isso não significa que no julgamento do recurso o tribunal não possa analisar condições da ação e pressupostos processuais da petição inicial, pelo contrário, não só pode como deve analisar se há vícios para o prosseguimento da demanda. Até porque, para que o recurso seja apreciado no mérito, em primeiro lugar, é necessário que a ação atenda às condições da ação e pressupostos processuais – o que decorre do efeito devolutivo dos recursos.

A diferença é que o juízo de admissibilidade é declarado pelo tribunal, já as condições da ação e pressupostos processuais, quando atendidos, não precisam ser expressamente declarados e assim reconhecidos pelo tribunal quando do julgamento do recurso.

Nesse sentido, é evidente que o pronunciamento sobre o mérito do recurso está condicionado à admissibilidade recursal (da mesma forma que o julgamento do mérito da petição inicial está condicionado ao preenchimento das condições da ação e pressupostos processuais). Ou seja, qualquer manifestação do tribunal sobre a matéria impugnada ou matérias de ordem pública depende, em primeiro lugar, da

decisão. A analogia é patente, e não a turva a circunstância de que, no primeiro caso, a provocação se fundamenta em fato exterior e anterior ao processo, ao passo que no segundo ela tem origem já processual, encontrando sua *ratio essendi* no próprio ato recorrido” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro, 1968, p. 30).

⁵⁶ Teresa Arruda Alvim também faz essa comparação: “Sem medo de errar, pode-se fazer uma analogia entre o mecanismo que há entre os pressupostos de admissibilidade do julgamento da lide (que são, especificamente, os pressupostos processuais e as condições da ação) e o mérito da ação, e as condições de admissibilidade de um recurso e o mérito do recurso.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 96-97).

⁵⁷ Nelson Luiz Pinto, diversamente, acredita que essa analogia não é perfeita, pois questões processuais podem ser justamente a matéria objeto da impugnação (PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. 3. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 44). Sobre o tema, Araken de Assis explica que “É a própria admissibilidade do recurso originário se transformando no mérito do recurso seguinte. (...) Por exemplo: João pleiteou a condenação de Pedro com base no fato constitutivo x, mas o juiz rejeitou a demanda, em primeiro grau, acolhendo a exceção y, e o autor interpõe apelação, controvertendo a ocorrência da exceção. A causa de pedir da demanda é o fato x; a do recurso, a exceção y.” (ASSIS, Araken de. *Manual de recursos*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 141).

declaração de procedibilidade do recurso, que é exercida no juízo de admissibilidade. É necessário que tenha condições de ser conhecido⁵⁸.

Pois bem, quando atendidas às condições de admissibilidade recursal, costuma-se dizer que o recurso foi conhecido; por outro lado, se não preenchidos todos os requisitos de admissibilidade, o recurso é considerado não conhecido. Já com relação ao mérito, na prática forense costuma-se dizer que o recurso foi provido ou improvido. A propósito, o conhecimento de um recurso não vincula ao julgamento favorável no mérito (provimento).

Sobre o tema, uma ressalva é necessária: nos recursos de fundamentação vinculada, como é o caso do recurso especial e recurso extraordinário, quando a inadmissibilidade se dá por não ser o caso da hipótese constitucional de cabimento, inevitavelmente estará também adentrando ao julgamento do mérito⁵⁹.

Para complicar ainda mais a admissibilidade recursal dos recursos especiais e extraordinários, a Lei 13.256/2016 alterou o art. 1.030 para impor ao presidente do tribunal recorrido o dever de negar seguimento quando a decisão recorrida estiver em conformidade com os chamados precedentes. Essa alteração tem provocado inúmeras críticas e discussões na doutrina, entretanto não abordaremos de forma mais aprofundada por fugir ao objeto do presente trabalho.

Diversamente do que ocorre na prática com a inadmissibilidade dos recursos de fundamentação vinculada ou nos casos envolvendo recursos aos Tribunais Superiores em matérias de precedentes, como regra, o juízo de admissibilidade é

⁵⁸ “(...) por outro lado, se a *ocorrência efetiva* do esquema consagrado na lei é *requisito de procedência*, seria absurdo exigí-la para declarar *admissível* o recurso: não se pode condicionar a admissibilidade à procedência, já que esta *pressupõe* aquela, e para chegar-se à conclusão de que um recurso merece provimento é necessário que *antes*, se tenha transposto a preliminar.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro, 1968, p. 37).

⁵⁹ “Ou, ainda, é possível ou, até mesmo, provável. Então, evidentemente, quem admite um recurso de fundamentação vinculada examina, ainda que muito superficialmente, o mérito. Não para dar ou não provimento, mas para dizer que é possível que o direito esteja do lado do recorrente. No juízo de mérito, há cognição plena, e ao recurso se dá, ou não se dá, provimento. Por seu turno, o juízo de admissibilidade de recurso de fundamentação vinculada, quando se dá por meio da afirmação: não há omissão, é um juízo de mérito, de inviabilidade integral, percebida *icto oculi*, ou como preferimos, à primeira vista, porque evidente.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, Parte V – Recurso especial e recurso extraordinário – uma visão mais aprofundada, 2.1 Recurso Especial).

anterior ao mérito. Isso quer dizer que a admissibilidade é preliminar em relação ao mérito recursal, tendo em vista que o mérito só será apreciado se a admissibilidade for favorável ⁶⁰⁻⁶¹. Pois, logicamente, a admissibilidade deve ser apreciada antes do mérito.

Uma peculiaridade quanto à admissibilidade do agravo de instrumento diz respeito à possibilidade de retratação pelo juízo *a quo*, tendo em vista que a admissibilidade e mérito não serão apreciados caso o juiz reforme a decisão impugnada, conforme determina o art. 1.018, § 1º, do Código de Processo Civil.

Nesta hipótese, a reforma pelo juiz da decisão impugnada é prévia à apreciação do agravo de instrumento, pois no caso de reforma o agravo será prejudicado. Portanto, desnecessária serão a admissibilidade e mérito.

Outra particularidade do juízo de admissibilidade do agravo de instrumento é justamente quanto à competência para exercê-lo integralmente. No caso do agravo de instrumento, justamente porque sua interposição é feita diretamente no juízo *ad quem* – diferentemente do que ocorre com os demais recursos – o juízo de admissibilidade é realizado integralmente pelo tribunal, não existindo juízo de admissibilidade provisório como ocorre em regra nos demais recursos ⁶².

Todo esse exercício, correspondente ao juízo de admissibilidade, se prestará para analisar tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, preparo, cabimento, legitimação e interesse recursais, os quais serão analisados no tópico seguinte.

⁶⁰ “(...) o juízo de admissibilidade, que se põe como preliminar em relação ao juízo de mérito, no sentido de que, sendo negativo o resultado do primeiro (por faltar ao menos um dos requisitos de admissibilidade do recurso interposto), o órgão ad quem encerra o julgamento sem passar ao segundo; e, sendo positivo o resultado do primeiro (por se acharem presentes todos os requisitos), o órgão ad quem passa ao segundo — sem que fique, de modo algum, predeterminado o desfecho deste, pois o recorrente tanto pode ter razão quanto não a ter.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro, 1968, p. 164).

⁶¹ Nesse sentido também Nelson Nery Júnior (NERY Jr., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais São Paulo, 2014, p. 219).

⁶² Também o juízo de admissibilidade da apelação será exercido integralmente pelo tribunal, muito embora sua interposição se dê em primeiro grau (no juízo *a quo*), ressalvada a hipótese da apelação que impugna a improcedência liminar do pedido, em que há dúvidas quanto ao exercício provisório de admissibilidade pelo juiz, em razão da possibilidade de retratação. Isso porque, como poderia o juiz se retratar pela interposição de apelação inexistente, por exemplo?

3.2 Requisitos de admissibilidade do agravo de instrumento

Na divisão proposta por Barbosa Moreira⁶³, a qual aderem também outros doutrinadores⁶⁴, os requisitos de admissibilidade dos recursos estão divididos em intrínsecos e extrínsecos. Os intrínsecos são aqueles dizem respeito ao poder de recorrer (cabimento, legitimação e interesse). Já os extrínsecos tratam do modo de exercício do poder de recorrer (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer⁶⁵ e preparo), os quais se prestam a verificar a admissibilidade dos recursos.

3.2.1 Requisitos intrínsecos

São requisitos intrínsecos o cabimento, legitimação e interesse recursal, os quais são relativos a existência do poder de recorrer.

Quanto ao cabimento, necessário compreender que tem por característica duas premissas: taxatividade e adequação (que decorre da correspondência recursal, na medida em que há uma correlação entre os atos decisórios e o respectivo recurso). Isso significa que para ser cabível o recurso interposto deve estar previsto em lei como recurso e a hipótese em concreto deve-se adequar exatamente à hipótese legal prevista.

Ao tratar da correspondência recursal já vimos que originalmente os despachos são irrecorríveis, até pela inaptidão de causar prejuízo às partes, as

⁶³ MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 476 a 565. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010 e MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro, 1968.

⁶⁴ Como Nelson Nery Júnior (NERY Jr., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais São Paulo, 2014, p. 236) e Arakem de Assis (ASSIS, Araken de. *Manual de recursos*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014). Apenas necessário ressaltar que Nelson Nery Júnior considera os requisitos intrínsecos como aqueles que dizem respeito à decisão recorrida, já os extrínsecos são aqueles fatores externos à decisão recorrida.

⁶⁵ Para Barbosa Moreira, os fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer se enquadram como requisitos intrínsecos, por tratar de matéria que diz respeito a existência do direito de recorrer (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 476 a 565. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013).

decisões interlocutórias impugnadas por agravo de instrumento e a sentença por apelação.

O Novo Código de Processo Civil rompeu com essa sistemática, na medida em que estabeleceu dois recursos cabíveis para a decisão de mesma natureza. Isso porque apenas algumas decisões, considerando seu conteúdo, seriam impugnáveis por agravo de instrumento, o que remete ao Código de 1939, que também estabelecia um rol das decisões impugnadas por agravo de instrumento.

Interessante que na vigência do Código de 1973 a multiplicação da impugnação das decisões interlocutórias em primeiro grau foi festejada pela doutrina⁶⁶, justamente por possibilitar a recorribilidade ampla e imediata por agravo de instrumento ou agravo retido.

O Código de 2015, por sua vez, em matéria de recorribilidade das decisões interlocutórias, cometendo os mesmos equívocos que o Código de 1939, limitou as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, o que impacta diretamente no cabimento quanto adequação.

Essa ausência de correspondência recursal impossibilita uma adequação segura da decisão recorrida com o recurso cabível. São inúmeras as decisões interlocutórias proferidas ao longo do processo, mas sua recorribilidade está restrita apenas aos conteúdos listados no art. 1.015, do Código de Processo Civil, o que gera uma zona nebulosa, que será objeto de estudo em capítulo próprio desde trabalho.

Para os demais pronunciamentos de primeiro grau, a taxatividade e adequação são mais evidentes. Os despachos não possuem conteúdo decisório e, portanto, não causam prejuízo, inexistindo até mesmo interesse recursal. Já a sentença, é impugnada por apelação.

Quanto à legitimidade e interesse recursal, o Código de Processo Civil estabelece que têm legitimidade para recorrer a parte vencida, o terceiro prejudicado

⁶⁶ A exemplo de Araken de Assis, que na vigência do Código de 1973 destacou que as decisões interlocutórias no Código anterior (no caso de 1939) apenas em situações excepcionais poderiam ser impugnadas (ASSIS, Araken de. *Manual de recursos*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 153).

e o Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica (art. 996, do Código de Processo Civil).

Para fins de legitimidade recursal é considerada parte qualquer um que figure no polo ativo ou passivo da demanda, o que se aplica também ao terceiro interveniente que integra um dos polos da lide quando admitida a hipótese de intervenção de terceiros. Dessa forma, irá recorrer na qualidade de parte.

Sobre o tema, tem situação peculiar o assistente do réu revel que atuará como substituto processual. Ordinariamente o assistente simples não integra um dos polos da demanda, apenas atua como auxiliar da parte. No caso de réu revel, o Código atribui tratamento diferenciado, enquadrando o assistente simples como substituto processual (art. 121, parágrafo único, do Código de Processo Civil). Nessa qualidade, terá legitimidade para recorrer.

O mesmo raciocínio não se aplica para o assistente do réu que não é revel, mas deixa de recorrer. Nesta hipótese, o recurso do assistente não poderá ser admitido porque é faculdade do réu recorrer querer recorrer ou não. Conforme será melhor explicado no tópico seguinte, o réu pode renunciar ao recurso ou aquiescer à decisão, o que pode ser feito de forma tácita e, portanto, não cabe ao assistente intervir⁶⁷.

Entretanto, para recorrer, não basta ser parte, deve ser parte vencida, ou seja, sucumbente⁶⁸. A qualidade vencida diz respeito ao interesse recursal, que nada mais é do que a necessidade e utilidade do recurso.

Pois bem, a necessidade está relacionada com a modificação de uma decisão para obtenção de uma situação mais vantajosa, o que jamais acontecerá com a

⁶⁷ Para Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha esse raciocínio é equivocado: “Havia, claramente, um equívoco na premissa: é possível que apenas o assistente simples recorra. Na verdade, é exatamente esse o seu papel: ajudar o assistido. Pode acontecer de o assistido perder o prazo do recurso; o recurso do assistente estará lá para evitar a preclusão.” (DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 138).

⁶⁸ “Soccombente è la parte la cui domanda non è stata accolta, anche se ciò è avvenuto per motivi non attinenti al merito, o per omissione di pronuncia, o quella nei cui confronti sia stata accolta una domanda della controparte non espressamente accettata.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976). Tradução livre: Sucumbente é a parte cujo pedido não foi aceito, mesmo que por motivos não relativos ao mérito, ou por falta de pronúncia, ou porque tenha sido aceito pedido da parte contrária, mesmo que não expressamente declarado.

parte vencedora, até em razão dos limites da decisão, que devem respeitar os limites da demanda.

Melhor explicando, pelo princípio da congruência, o magistrado deve sempre decidir nos limites postos pelas partes. Da mesma forma a parte vencedora não poderá recorrer para melhorar sua situação, pois sua situação já atendeu por completo sua pretensão, de forma que não pode buscar além do que pretendia e foi fixado inicialmente no processo.

Por essa razão é que apenas terá interesse em recorrer a parte vencida. Lembrando que a qualidade de “vencida” não é sinônimo de procedência ou improcedência do pedido⁶⁹, especialmente porque a apelação também é cabível para impugnar decisões interlocutórias não impugnadas por agravo de instrumento⁷⁰.

E mais, na hipótese de pedidos subsidiários (quando há ordem de preferência entre os pedidos), caso seja acolhido o pedido subsidiário ao invés do principal, ainda assim haverá sucumbência (sucumbência material), que é suficiente para configurar a necessidade da reforma da decisão. O que não se aplica quando os pedidos foram alternativos, pois neste caso o acolhimento de qualquer um deles é suficiente para o autor.

Já a utilidade verifica-se na aptidão do recurso para reduzir os prejuízos da parte vencida, sucumbente. Dessa forma, não basta apenas ser parte vencida, também é necessário que os fundamentos do recurso sejam aptos a modificar a decisão recorrida.

Por óbvio, o pedido de reforma ou invalidação (requisito extrínseco) deve atacar o dispositivo da decisão, o comando decisório. Todavia, as razões de reforma devem atacar os fundamentos da decisão. E não poderia ser diferente, até mesmo em razão do princípio da dialeticidade, pelo qual a parte recorrente deve impugnar

⁶⁹ A corroborar, Nelson Nery Júnior, ao tratar do interesse recursal do réu em recorrer da decisão que julga extinto o processo sem resolução do mérito, entende que tem o réu legitimidade para recorrer (NERY Jr., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 262-263). Até porque o réu tem também interesse na declaração de mérito, para evitar a repropositura da ação.

⁷⁰ Como bem observado por Carolina Uzeda, a total procedência dos pedidos, por exemplo, não pode excluir a possibilidade da parte vencida em apelar para modificar uma decisão interlocutória (UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: JusPodivm, 2018).

todos os fundamentos que hipoteticamente justificariam a manutenção da decisão recorrida, demonstrando serem insustentáveis, sob pena de prejudicar o interesse recursal.

Com relação aos terceiros, o código atribui legitimidade para recorrer, desde sejam prejudicados (interesse recursal). Pois bem, terceiro é aquele que não figura no processo⁷¹, mas tem interesse jurídico em modificar determinada decisão.

Entretanto, isso não significa que aqueles atingidos apenas faticamente pela decisão poderão também recorrer⁷². O interesse deve ser jurídico, como deixa claro o parágrafo único do artigo 996, do Código de Processo Civil e “é, de regra, o mesmo tipo de interesse que o assistente tem para auxiliar a parte principal na demanda”⁷³ (assistente simples ou litisconsorcial)⁷⁴.

Da mesma forma, o litisconsorte necessário que não participou do processo recorrerá como terceiro (porque não é parte) e tem interesse recursal porque a decisão atinge diretamente sua esfera jurídica (prejuízo jurídico). Todavia, em verdade, não é de fato terceiro, pois no caso do litisconsorte necessário sua integração ao processo é indispensável para complementar a legitimidade⁷⁵.

Neste caso, em sendo reconhecida a existência de litisconsórcio necessário-unitário, com o recurso do litisconsorte, todos os atos proferidos sem sua participação deverão ser anulados (conforme art. 115, inciso I, do Código de Processo Civil), para oportunizar sua atuação no processo na qualidade de parte e não como terceiro – qualidade em que recorreu e impugnou a decisão uma decisão⁷⁶.

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 18.

⁷² Para Francisco Glauber Pessoa Alves o terceiro economicamente prejudicado teria interesse em recorrer, quando existente uma relação jurídica com uma das partes do processo. (ALVES, Francisco Glauber Pessoa Alves. O cabimento do recurso de terceiro economicamente prejudicado. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 399-404).

⁷³ JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 108.

⁷⁴ Nesse mesmo sentido também Nelson Nery Júnior (NERY Jr., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 297).

⁷⁵ Como bem explica Thereza Arruda Alvim.

⁷⁶ Cf. Fredie Didier Junior (DIDIER Jr., Fredie. *Recurso de terceiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57).

A propósito, para o litisconsórcio necessário passivo, o Código estabelece uma regra especial. O que se extrai do texto do parágrafo único do art. 115 (que manda extinguir o processo caso o litisconsorte passivo necessário não seja citado) é pela anulação de todos os praticados sem a constituição do contraditório, seja o litisconsórcio simples ou unitário.

Com relação ao recurso do Ministério Público, o interesse é presumido⁷⁷, em razão do interesse público que representa. Em outras palavras, quer dizer que tanto como parte, quanto como fiscal da ordem jurídica, não é necessário demonstrar sucumbência.

A corroborar, nem mesmo o Código de Processo Civil, no art. 996, ao atribuir legitimidade recursal ao órgão do Ministério Público limita sua atuação à demonstração de interesse, assim como faz com a parte, que deve ser sucumbente, e o terceiro, que deve demonstrar interesse jurídico. Ou seja, da forma como o próprio texto legal trata do tema, já é possível perceber que no caso do Ministério Público, a legitimidade não é limitada pelo interesse, o que se pode perceber uma leitura mais atenta da lei.

Quanto à legitimidade e interesse do próprio juiz, apenas se verifica nos incidentes em que é parte, como é no caso de impedimento ou suspeição, o que se aplica também aos auxiliares da justiça⁷⁸⁻⁷⁹.

Por fim, em relação ao advogado, sua situação é peculiar quanto sua legitimidade e interesse para recorrer dos honorários sucumbenciais. Acertadamente, Flávio Cheim Jorge acena que “a sentença, nessa parte acessória da lide, estará decidindo sobre um direito que diz respeito única e exclusivamente ao advogado”, de forma que deve ser reconhecida sua legitimidade para impugnar a

⁷⁷ Nesse sentido, Nelson Nery Júnior explica que, por ser presumido, o interesse recursal não se constitui para o Ministério Público pressuposto de admissibilidade recursal (NERY Jr., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 307).

⁷⁸ Cf. NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 2.162.

⁷⁹ “No conceito de “parte vencida” também deve ser incluído aquele sujeito processual que é parte apenas de alguns incidentes, como é o caso do juiz, na arguição de suspeição ou de impedimento” (DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 137).

verba honorária fixada⁸⁰. Até mesmo em razão do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94), que no art. 23 deixa claro que é o advogado titular dessa verba.

Ademais, também importante lembrar que mesmo que de forma implícita, a condenação em honorários é requerida na inicial, portanto integra as matérias que devem ser decididas pelo juiz. Consequentemente, poderá o advogado recorrer para melhorar sua situação em relação aos honorários, o que evidencia seu interesse.

Oportunamente cumpre esclarecer, que em se tratando de agravo de instrumento, a legitimidade e interesse do advogado interessará no caso de julgamento parcial do mérito, cujos honorários parciais também serão fixados.

Nessa hipótese, para nós não há dúvidas que o advogado tem legitimidade e interesse para recorrer, mas a dúvida consiste em saber se poderá recorrer por agravo de instrumento próprio ou deverá aguardar o fim do processo para impugnar os honorários em preliminar de apelação. Ou seja, o problema é de cabimento e não quanto a legitimidade e interesse para recorrer.

Vale lembrar que a legitimidade do advogado não exclui a legitimidade concorrente da parte para também impugnar os honorários, conforme já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça⁸¹ e também é reforçado pelo art. 85, §11,

⁸⁰ JORGE, Flávio Cheim. Apelação cível: teoria geral e admissibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 118.

⁸¹ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TITULARIDADE DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTS. 23 E 24, DA LEI N. 8.906/94. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL DO MUNICÍPIO. 1. A verba relativa à sucumbência, a despeito de constituir direito autônomo do advogado, não exclui a legitimidade concorrente da parte para discuti-la, ante a ratio essendi do art. 23 da Lei nº 8.906/94. Deveras, a legitimidade recursal, in casu, pressupõe resistência no pagamento ou pretensão de majoração. 2. É cediço nesta Corte que a execução da sentença, na parte alusiva aos honorários resultantes da sucumbência, pode ser promovida tanto pela parte como pelo advogado. Precedentes: Resp 533419/RJ Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito DJ 15.03.2004; REsp 457753/ PR, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ 24.03.2003; RESP 456955/MG, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 19.12.2003; AGA 505690/DF, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 17.11.2003; REsp n. 191.378/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, unânime, DJ de 20.11.2000; REsp n. 252.141/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, unânime, DJ de 15.10.2001; REsp n. 304.564/MS, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, unânime, DJ de 04.06.2001. 3. Carece, entretanto, a pessoa jurídica contratante, de "interesse recursal" para pretender que a verba reverta ao advogado, restando ele o único legitimado para esse fim. 4. No caso sub judice, a hipótese diversa gravita em torno do exame do interesse recursal do Município para pleitear, em nome dos advogados por ele contratados, a titularidade dos honorários advocatícios de sucumbência resultantes de condenação judicial de primeiro grau, uma vez que o magistrado atribuiu-a à própria Municipalidade, nos termos da Lei 9.527/97, in verbis: "Art. 4º As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações

do Código de Processo Civil, que possibilita a majoração dos honorários pelo tribunal.

3.2.2 Requisitos extrínsecos

São requisitos extrínsecos a tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer e preparo, os quais dizem respeito ao modo de recorrer.

A tempestividade nada mais é do que a interposição do recurso dentro do prazo legalmente fixado para a prática desse ato, que atualmente foi unificado para 15 dias, com exceção dos embargos de declaração, que devem ser opostos no prazo de 5 (cinco) dias.

Sobre a tempestividade, não apenas inovou o Código em uniformizar o prazo dos recursos, mas também expressamente determina que é tempestivo o recurso interposto antes de iniciado o prazo para recorrer (que ocorre com a intimação da decisão), o que antes era um problema para prática forense, conforme art. 218, § 4º, do Código de Processo Civil.

Isso significa que a decisão poderá ser impugnada desde o momento de sua existência jurídica, que se dá com a publicação⁸².

A propósito, publicar, não é sinônimo de intimar por imprensa⁸³⁻⁸⁴. Dessa forma, desde o momento da publicação da decisão, até o final do prazo legal para recorrer⁸⁵, o recurso é tempestivo.

instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista." 5. É de sabença que o interesse em recorrer é instituto ontologicamente semelhante ao interesse de agir como condição da ação, e é mensurado à luz do benefício prático que o recurso pode proporcionar ao recorrente. Amaral Santos, in "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", 4.^a ed., v. IV, n.º 697, verbis: "O que justifica o recurso é o prejuízo, ou gravame, que a parte sofreu com a sentença".

6. In casu, inexistente qualquer proveito prático advindo de decisão no presente recurso para o Município, deveriam os advogados ter pleiteado a titularidade da verba sucumbencial em nome próprio. 7. Recurso especial desprovido. (REsp 828.300/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/04/2008, DJe 24/04/2008)

⁸² Para Liebman a sentença é pública mediante entrega no cartório do juiz que a proferiu. Com a entrega em cartório a sentença se torna juridicamente existente (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, p. 243).

Via de regra a comprovação da tempestividade é simples. Basta a indicação do termo final. Entretanto, algumas situações são peculiares e deverão ser destacadas para fins de comprovação da tempestividade. Dentre elas, a comprovação de feriado local, litisconsórcio com procuradores de escritórios de advocacia distintos, e prazos para o Ministério Público, por exemplo.

Pois bem, na hipótese de feriado local no decurso do prazo, é ônus da parte demonstra-lo, conforme determina o art. 1.003, § 6º, do Código de Processo Civil.

Com a exigência do 1.003, § 6º, do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça, que antes admitia a comprovação posterior do feriado local⁸⁶, mudou seu posicionamento para considerar inadmissível a comprovação posterior de feriado local⁸⁷ e, conseqüentemente, inaplicável o art. 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil em razão de regulamentação expressa sobre a matéria⁸⁸.

⁸³ “(...) a publicação da sentença é condição de sua integração ao processo. A sentença existe e produz efeitos a partir de sua publicação. Mas, em relação às partes, seus efeitos se produzem somente a partir da sua intimação, que é o ato pelo qual se lhes dá conhecimento dela (...)” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, III. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 22-23).

⁸⁴ “(...) da publicação distingue-se conceptualmente a intimação da sentença, ato pelo qual se dá conhecimento dela, especificamente, às partes, a fim de que possam, se for o caso, interpor algum recurso (...)” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 85-86).

⁸⁵ Que deve ser contado excluindo-se o dia do início e incluindo-se o dia do final, computando-se apenas dias úteis, conforme art. 224 e 219, ambos do Código de Processo Civil.

⁸⁶ RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. COMPROVAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE FERIADO LOCAL. 1. É possível a parte comprovar a tempestividade de recurso especial com a juntada, por ocasião do agravo regimental, de documento que comprove a ocorrência de feriado local quando do vencimento do prazo original para a sua interposição. 2. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: AgRg no RE n. 626.358, Ministro Cezar Peluso, Pleno e HC n. 112.842, Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma. 3. Agravo regimental provido. (AgRg no REsp 1080119/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 29/06/2012)

⁸⁷ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL. RECESSO E SUSPENSÃO DO EXPEDIENTE FORENSE NO TRIBUNAL DE ORIGEM. COMPROVAÇÃO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO CPC/2015. 1. A comprovação da tempestividade do recurso, em decorrência de feriado local ou suspensão de expediente forense no Tribunal de origem, pode ocorrer por meio de agravo interno. Precedentes. 2. A decisão de inadmissibilidade do recurso especial foi publicada em 06/05/2016 (e-STJ fl. 352), sexta-feira. Exauriu-se, pois, o prazo legal para a interposição do agravo em recurso especial em 30/05/2016, segunda-feira. No entanto, a petição do agravo em recurso especial foi protocolizada em 31/05/2016, terça-feira (e-STJ fl. 354), ou seja, fora do prazo legal de 15 dias úteis. 3. O art. 1.003, § 6º, do CPC/2015, estabelece que o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso, o que impossibilita a regularização posterior. 4. Considerando que o agravo em recurso especial foi interposto sob a égide do CPC/2015 e que não houve a comprovação do feriado local, quando de sua interposição, não há como ser afastada a intempestividade do agravo em recurso especial. 5. Agravo interno provido. Agravo em recurso

No caso de litisconsórcio com procuradores de escritórios de advocacia diferentes, os prazos serão computados em dobro quando o processo for físico (art. 229, § 2º, do Código de Processo Civil); pois, no caso de autos eletrônicos não se justifica o prazo em dobro, tendo em vista que sua função é possibilitar que as partes tenham igual período de acesso aos autos, o que não é problema quando o processo é eletrônico, pois as partes podem consulta-lo simultaneamente.

Já o Ministério Público, bem como a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, gozarão de prazo em dobro para prática de atos processuais (art. 180 e art. 183, do Código de Processo Civil). Lembrando que o início do prazo para esses órgãos só ocorre com sua intimação pessoal, que poderá ser feita por carga, remessa ou meio eletrônico, conforme § 1º, do art. 183, do Código de Processo Civil.

Outra situação especial é do revel sem procurador constituído, cujo prazo se inicia com a publicação da decisão, pois a revelia tem como consequência a inexigibilidade de intimação para prática dos autos. Claro que poderá intervir no processo a qualquer momento, só é dispensável sua intimação (art. 346, do Código de Processo Civil).

Também tem tratamento diferenciado a parte que não recorreu tempestivamente por justa causa (art. 223, do Código de Processo Civil), compreendida como evento alheio à vontade da parte que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.

Todas essas situações especiais, quando ocorrerem, devem ser devidamente demonstradas, a fim de comprovar a tempestividade do recurso, o que se aplica ao agravo de instrumento.

Como já adiantado anteriormente, a tempestividade não é o único requisito extrínseco que deve ser observado. Também deve o recorrente se atentar para a regularidade formal do recurso, especialmente no caso do agravo de instrumento

especial não conhecido. (AgInt no AREsp 1011031/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017)

⁸⁸ Entendimento contrário ao entendimento do Enunciado 66 da Jornada de Direito Processual Civil: “Admite-se a correção da falta de comprovação do feriado local ou da suspensão do expediente forense, posteriormente à interposição do recurso, com fundamento no art. 932, parágrafo único, do CPC.”

que possui regras formais específicas. A regularidade formal é, portanto, o atendimento aos requisitos legais gerais e também específicos de cada recurso. O que importa dizer que a forma não é livre.

A rigor, as exigências formais para interposição dos recursos é excessiva. Entretanto, o Novo Código, privilegiando o julgamento do mérito (primazia do julgamento do mérito), possibilitou a intimação da parte para sanar erros formais, conforme determina o art. 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Dessa forma, havendo irregularidade formal passível de gerar inadmissibilidade do recurso, quando sanável, deve ser oportunizada sua correção. A dificuldade é compreender quais vícios podem ser sanados e quais são tão graves que prejudicam a existência do próprio recurso.

Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, por exemplo, a regularização processual deve ser amplamente interpretada, porque o texto da lei não distingue o motivo da irregularidade que pode ser sanada, de forma que alcançaria até mesmo as hipóteses em que o recorrente não impugna especificamente os fundamentos da decisão recorrida⁸⁹.

Entretanto, acreditamos que a interpretação não pode ser tão ampla assim. Até mesmo porque o próprio Código ressalta que o vício deve ser passível de correção e, oportunizar que a parte elabore novamente as razões do seu recurso para impugnar especificamente os fundamentos da decisão, seria o mesmo que recorrer duas vezes, o que é vedado pelo nosso sistema, que só possibilita a apresentação de um recurso, que não pode ser aditada. Mesmo raciocínio se aplica para o recurso desprovido de peça de razões.

Nos parece que sanar o vício não é o mesmo que refazer o recurso.

Para o agravo de instrumento, os requisitos formais específicos exigidos pela lei processual são: os nomes das partes, a exposição do fato e do direito, as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido, o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo (art. 1.016, do Código de Processo Civil).

⁸⁹ NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 1853.

Dessa forma, apenas poderá ser admitido o agravo de instrumento se atendidos a todos esses requisitos acima elencados. Oportunizando a possibilidade de correção de vícios quando sanáveis.

Nesse sentido, pelas razões já indicadas, a ausência de razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido não podem ser sanados, justamente por consistir na própria essência do recurso.

Além disso, também é requisito formal do agravo de instrumento a formação do instrumento, que corresponde à instrução do recurso com cópia de peças obrigatórias, no mínimo (com cópias 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).

A propósito, na prática forense, costuma-se instruir o agravo de instrumento com cópia integral dos autos, para evitar a inadmissibilidade por ausência de cópia de documento considerado essencial pelo tribunal. Entretanto, com a possibilidade de correção de vícios, não poderá o relator não conhecer do recurso sem antes oportunizar a juntada do documento que entende essencial.

Da mesma forma que os requisitos formais, quando ausentes, obstam a admissibilidade dos recursos, também há fatos que, se ocorrerem, tornam ilegítima a interposição do recurso. Com isso, somente poderá ser admitido um recurso se ausentes fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer.

Nelson Nery Júnior elenca como fatos extintivos a renúncia ao recurso ou aquiescência à decisão e como fatos impeditivos a desistência do recurso, reconhecimento jurídico do pedido e renúncia ao direito sobre que se funda ação⁹⁰⁻⁹¹ que, se presentes, impedirão a admissibilidade do recurso.

Pois bem, a renúncia ao recurso ou aquiescência à decisão nada mais é do que a aceitação da decisão, que poderá se dar de forma expressa ou tácita (art.

⁹⁰ NERY Jr., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁹¹ Araken de Assis, por sua vez, enquadra a inexistência de fato impeditivo ou extintivo como requisito intrínsecos e, além dos já indicados (renúncia, desistência, aquiescência) também considera como inexistência de fato impeditivo ou extintivo o depósito prévio da multa, conformidade do ato com súmula de tribunal superior e inexistência de repercussão geral da questão constitucional (ASSIS, Araken de. *Manual de recursos*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014).

1.000, do Código de Processo Civil). Todavia, é imprescindível que não existam dúvidas quanto à aquiescência da parte. Por outro lado, os motivos pelos quais a parte renunciou a seu poder de recorrer não interessam para o processo, os quais são irrelevantes para a aquiescência quanto à decisão.

Nesse contexto, a parte que renuncia ao recurso ou aceita à decisão logicamente não poderá recorrer, por se tratar de ato incompatível com a renúncia (preclusão lógica). Ato que independe de autorização da parte contrária (art. 999, do Código de Processo Civil).

Nas hipóteses em que há litisconsórcio unitário, o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveitará, conforme art. 1.005, do Código de Processo Civil. Da mesma forma que havendo solidariedade passiva, quando as matérias de defesa forem as mesmas, o recurso interposto por um dos devedores também se aproveitará aos demais.

Não há prazo para a renúncia ao recurso ou aquiescência à decisão, mas só se justificará antes da interposição do recurso. Caso contrário, caracterizará desistência do recurso, que também não depende de autorização da parte contrária nem dos litisconsortes (art. 998, do Código de Processo Civil).

A propósito, muito embora não seja necessária autorização do litisconsorte, no caso de litisconsórcio unitário, a desistência de apenas um deles será ineficaz, por se tratar de uma lide única⁹², cujo tratamento deve ser igual para todos os litisconsortes unitários, tal como determina o art. 117, do Código de Processo Civil.

⁹² “Existe uma relação de causa e efeito entre a natureza da relação jurídica controvertida (indivisível, ou incindível) e essa necessária homogeneidade de julgamento de meritis. Por isso é que, como na maioria dos casos a *res injudicium deducia* tem no direito material a sua disciplina, costuma-se dizer também que neste é que está a determinação dos casos de litisconsórcio unitário.

Tornemos ao exemplo, acima aventado, da ação de nulidade de casamento exercida pelo Ministério Público. Se em virtude dos diferentes comportamentos dos cônjuges-réus no processo pudesse a demanda ser julgada procedente com relação a um deles e improcedente quanto ao outro, cairíamos neste ridículo absurdo: o primeiro ficaria liberto do vínculo conjugal e o segundo continuaria casado... mas casado com quem?

Se fossem possíveis julgamentos heterogêneos de uma ação anulatória de deliberação de assembléia, movida por dois ou mais acionistas, o juiz diria a um dos litisconsortes ativos que a deliberação é válida e, atendendo à demanda de outro litisconsorte, anularia a deliberação; outro absurdo.

Nesses casos todos, em que se diz que a relação jurídica material é incindível, vê-se que a sentença contendo disposições incompatíveis entre si traria no seu próprio bojo a razão de sua inutilidade, pois não teria como impor os efeitos conflitantes.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 134).

Enquanto a renúncia consiste na conformação, a desistência consiste na interrupção daquilo que se buscava com o recurso. E não depende de motivação para renunciar – até porque também não depende de autorização da parte contrária nem concordância do juízo, como ocorre na hipótese de desistência da ação quando já apresentada a contestação.

O Código autoriza a desistência da ação pelo autor, mas caso o réu já tenha apresentado contestação a desistência só será possível com seu consentimento (art. 485, § 4º, do Código de Processo Civil). Esse tratamento diferenciado entre a desistência do recurso e desistência da ação não é apenas mera opção legislativa. No primeiro caso, a situação do recorrido não irá piorar com a desistência do recurso; já no segundo caso, tem o réu direito ao julgamento para evitar futura repropositura da ação.

Com relação ao prazo para a desistência do recurso, diz o Código que o recorrente pode “a qualquer tempo” (art. 998, do Código de Processo Civil) desistir do recurso. Todavia a expressão “a qualquer tempo” restringe-se ao período compreendido entre a interposição do recurso até o encerramento da participação do recorrente, que ocorre, em regra, com a sustentação oral⁹³.

No caso do agravo de instrumento, a sustentação oral só é permitida nas hipóteses em que a decisão impugnada trata de tutela provisória (art. 937, inciso VIII, do Código de Processo Civil). Assim, a participação do recorrente se encerrará com a sustentação apenas na hipótese de tutela provisória. Nos demais casos, parece razoável que a desistência ocorra até o início do julgamento, pois, após iniciado o julgamento, a participação do recorrente já teria se encerrado.

Sobre o tema, apesar de não influenciar na admissibilidade do agravo de instrumento, outra ressalva é importante quanto ao julgamento da matéria objeto da repercussão geral ou de recursos repetitivos, quando já reconhecidos. Nessas hipóteses, mesmo que a parte desista do recurso, o tema será julgado pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

⁹³ Cf. Nelson Nery Junior (NERY Jr., Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 387).

Cumpra ainda destacar que na hipótese de sucumbência recíproca, apresentado o recurso por ambas as partes, a desistência de uma delas não implicará necessariamente desistência da outra também. A desistência do recurso de uma parte só influenciará no recurso da parte contrária quando tratar-se de recurso adesivo, que é subordinado à existência do principal. Isso não significa, todavia, que as partes, por meio de negócio jurídico processual, por exemplo, não possam acordar em desistir de seus respectivos recursos.

São ainda fatos impeditivos do poder de recorrer a renúncia ao direito em que se funda a ação, bem como o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção.

Ambas as hipóteses se caracterizam pela sujeição de uma das partes em relação à outra e tem por objeto o direito objeto da demanda, não os fatos. Como consequência, provocam a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 487, inciso III, alíneas “a” e “c”, do Código de Processo Civil). Também só podem ocorrer quando tratar-se de direitos disponíveis, pois em relação a direitos indisponíveis será ineficaz, como regra.

A renúncia ao direito é ato privativo do autor ou réu reconvinte; já o reconhecimento da procedência do pedido é privativo do réu ou autor reconvindo.

Dessa forma, o autor ou réu reconvinte que renunciaram ao direito ou o réu ou autor reconvindo que reconhece a procedência do pedido não poderão recorrer. Por razões lógicas o recurso é inadmissível, inclusive porque estaria a parte praticando atos contraditórios. Ou seja, a interposição de recurso é incompatível com a renúncia ao direito ou reconhecimento da procedência do pedido.

Por fim, para ser admitido, é indispensável a comprovação do recolhimento do preparo que consiste nas custas para processamento recursal, bem como custas de porte e remessa. Lembrando que em se tratando de autos eletrônicos o porte e remessa são dispensáveis.

Conforme o art. 1.007, do Código de Processo Civil, a comprovação deve se dar no ato da interposição. Todavia, antes do recurso ser considerado inadmissível por deserção, o recorrente será intimado para recolher o valor das custas em dobro,

ou complementar, quando o recolhimento comprovado no ato da interposição do recurso for insuficiente.

Também a inadmissibilidade por deserção é mitigada na hipótese de “justo impedimento” para o recolhimento do preparo (art. 1.007, § 6º, do Código de Processo Civil), que pode ocorrer, por exemplo, no caso do encerramento do expediente bancário em horário anterior ao encerramento do expediente forense⁹⁴.

3.3 Cabimento e fungibilidade

Todo recurso terá por escopo integrar, modificar ou anular a decisão recorrida em benefício do recorrente. Para tanto, é indispensável que o recorrente atenda a todos os requisitos de admissibilidade já analisados. Dentre eles, peculiar destaque tem o cabimento, porque é justamente o ponto de partida para se requerer a revisão de uma revisão.

Além dos recursos, as decisões podem ainda ser impugnadas por ações autônomas de impugnação ou sucedâneos recursais. Dessa forma, tratando-se de impugnação das decisões judiciais, a noção de cabimento é mais ampla quando se pretende identificar o meio de impugnação mais adequado, que pode ser um recurso, ação autônoma de impugnação, ou ainda sucedâneo recursal, o que nem sempre é de fácil identificação.

Nesse contexto, se aplica a ideia da fungibilidade, que decorre diretamente da instrumentalidade das formas, pela qual a finalidade do ato tem maior relevância que os meios utilizados para praticá-lo desde que, claro, não prejudique nenhuma das partes⁹⁵. Ou seja, não importam os meios quando atingida a finalidade.

⁹⁴ Superior Tribunal de Justiça, Súmula 484: “Admite-se que o preparo seja efetuado no primeiro dia útil subsequente, quando a interposição do recurso ocorrer após o encerramento do expediente bancário”.

⁹⁵ “(...) nessa visão do direito processual, em que a preocupação fundamental é com os resultados a serem eficazmente produzidos no plano material, assume enorme importância o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, também denominado princípio da elasticidade processual” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo* - Influência do Direito Material sobre o Processo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60).

Da mesma forma que para nós, na identificação do meio adequado de impugnação, o cabimento deve ser amplamente analisado a fim de identificar qual o melhor meio de impugnar determinada decisão; também a fungibilidade deve ser amplamente considerada⁹⁶ para alcançar todas as formas para se atingir o fim pretendido.

Como já esclarecido anteriormente, o cabimento corresponde ao exercício de verificação da medida mais adequada para impugnação. Assim como um paciente doente deve ser tratado com o medicamento mais adequado, também para impugnar uma decisão deve-se buscar o meio mais adequado. Essa adequação é feita a partir subsunção da decisão recorrida à hipótese legal previamente estabelecida por lei para impugnação.

Ocorre que muitas vezes há dúvidas quanto à medida mais adequada. Seja porque a natureza da decisão é duvidosa ou porque há mais de uma forma de impugnação. Nesses casos, deve incidir o princípio da fungibilidade para que a parte não seja prejudicada pela utilização de um ou outro instrumento em detrimento de seu conteúdo.

Importante ressaltar que a essência do princípio da fungibilidade é a existência de dúvida objetiva e atual, de forma que não existe uma medida certa e outra errada. Como já sinalizado, são duas ou mais formas de atingir um mesmo objetivo. Por essa razão é que o erro da parte, que de forma equivocada utilizou-se de meio não adequado, deve ser repellido da abrangência do princípio da fungibilidade. Da mesma forma, também deve ser considerado como equivocada a utilização de um meio quando já existe entendimento jurisprudencial e pacificado orientando para utilização de outra medida.

Muitas vezes a doutrina costuma indicar como requisitos para a aplicação da fungibilidade a existência de dúvida objetiva e inexistência de erro grosseiro⁹⁷. Entretanto, a existência de dúvida objetiva já pressupõe a inexistência de erro

⁹⁶ Cf. Teresa Arruda Alvim, a fungibilidade não deve alcançar apenas os recursos, mas também outros institutos. Para autora, trata-se de fungibilidade de meios (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade de 'meios': uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001).

⁹⁷ NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 1997-1998.

grosseiro⁹⁸, porque se há dúvida não é possível considerar que há erro⁹⁹. Contrário sensu, quando se identifica que há erro grosseiro obviamente inexiste a dúvida.

O erro grosseiro é aquele incontestável, que não há dúvidas nem divergências doutrinárias ou jurisprudências.

Assim, diante da situação de dúvida objetiva é imperiosa a aplicação da fungibilidade para possibilitar a ampla defesa, exercício do contraditório e até mesmo não violar o direito de ação¹⁰⁰, de forma que o ato praticado é recebido como se outro fosse.

Isso porque, quando aplicável o princípio da fungibilidade, não ocorre a substituição, por exemplo, de um recurso pelo outro, mas o recurso interposto é recebido como se fosse o recurso que se entende cabível. Até porque, como já destacado, há de fato dúvidas quanto ao que seja correto e o que se objetiva é justamente o aproveitamento dos atos.

No Código de 1939 estava expressamente prevista a fungibilidade dos recursos em razão da confusa sistemática recursal. Dessa forma, o jurisdicionado não era prejudicado pela interposição de um recurso quando havia dúvidas quanto ao cabimento. Guardadas as devidas proporções, as hipóteses de cabimento dos recursos no Novo Código também ficaram confusas e por essa razão será necessário se socorrer do princípio da fungibilidade nos casos incertos, mesmo que não conste expressamente do texto legal.

A propósito, na redação do Código de 1939, um dos requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade era a inexistência de má-fé. Atualmente, por

⁹⁸ Cf. Teresa Arruda Alvim (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. “Dúvida” objetiva: único pressuposto para aplicação do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*. n. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1992).

⁹⁹ Nesse sentido: “Se existe dúvida objetiva quanto à interposição de recurso contra determinada decisão, havendo divergência jurisprudencial ou doutrinária, ou, ainda, se a lei causa confusão às partes, a interposição de um recurso em lugar de outro tido como correto pelo tribunal não pode ser considerado erro grosseiro. E mais: se inexiste erro grosseiro é porque existe dúvida objetiva quanto ao recurso cabível na espécie.” (JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 229).

¹⁰⁰ “Estando presentes os requisitos para a incidência do princípio da fungibilidade dos recursos no processo civil e o juiz deixar de aplicá-lo, estará infringindo o princípio constitucional da garantia do direito de ação” (NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 12 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2016, p. 100).

inexistir texto expresso na lei quanto aos requisitos da fungibilidade, sua aplicação deve-se dar da forma “mais simples e operativa possível”¹⁰¹.

Já na vigência do Código de 1973, igualmente sem disposição legal expressa, costumava-se exigir que o ato fosse praticado no menor prazo. Por exemplo, havendo dúvidas entre a interposição de agravo de instrumento ou apelação, a impugnação da decisão deveria se dar no prazo de 10 dias (que correspondia ao prazo para interposição do agravo de instrumento), independentemente da via recursal utilizada.

Com a unificação dos prazos recursais pelo Novo Código de Processo Civil, apenas com exceção dos embargos de declaração, essa exigência perdeu força. Entretanto, quando tratamos de impugnação de decisões interlocutórias devemos sempre nos atentar para a preclusão. Especialmente nas hipóteses em que se cogita a impugnação por mandado de segurança, por exemplo.

Outro aspecto relevante quanto à fungibilidade é a inexistência de substituição de um instituto pelo outro. Há, na verdade, o aproveitamento de um ato. Para exemplificar, vejamos a hipótese do art. 305, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que possibilita que caso o juiz entenda que o pedido de tutela cautelar antecedente formulado pela parte tem caráter de tutela antecipada, poderá aplicar o procedimento da tutela antecipada antecedente. Já o art. 1.032 e seu parágrafo único, possibilitam que caso o relator no Superior Tribunal de Justiça entender que a matéria é constitucional, deverá conceder prazo para que a parte se manifeste sobre a repercussão geral e também sobre a matéria constitucional.

Ora, o caso do art. 305, parágrafo único ilustra de fato o aproveitamento do ato; enquanto que o art. 1.032 possibilita, na verdade, uma substituição. Nessa última hipótese, não se trata essencialmente da fungibilidade, pois ao determinar os ajustes no recurso especial não está se aproveitando do recurso e, portanto, não pode ser associada com aplicação da fungibilidade, que tem por essência o aproveitamento dos atos.

¹⁰¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 114.

A importância da fungibilidade para o presente trabalho está diretamente relacionada ao recurso cabível para impugnar determinada decisão interlocutória, pois a nova sistemática recursal deixa dúvidas quanto à forma de impugnação que poderá ser por agravo de instrumento, preliminar de apelação ou até mesmo mandado de segurança.

Dessa forma, há necessidade de aplicação da fungibilidade para evitar prejuízos aos jurisdicionados.

Nesse sentido, sempre que houver dúvida objetiva e atual quanto ao meio de impugnação cabível, deve-se de admitir a fungibilidade, até mesmo para fins de aproveitamento dos atos no processo e também para privilegiar o julgamento do mérito, ignorando o excesso de formalismo.

Oportunamente, importante esclarecer que a dúvida deve ser atual, ou seja, a controvérsia sobre o ato não pode estar pacificada, como já mencionado anteriormente. No caso do agravo de instrumento, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recursos especiais repetitivos, fixou entendimento no sentido de se mitigar a taxatividade do art. 1.015, do Código de Processo Civil para possibilitar o cabimento em situações que não podem esperar até o final do processo para serem impugnadas (tema 988).

Poderia se pensar que com a decisão do Superior Tribunal de Justiça inexistia mais dúvida objetiva quanto às formas de impugnação das decisões interlocutórias. Entretanto, a matéria está longe de estar pacificada, de forma que mesmo com o entendimento fixado pelo Tribunal, ainda terá muita utilidade a aplicação do princípio da fungibilidade.

CAPÍTULO 4. IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS – CONTEÚDO DA DECISÃO E CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Todo processo tem por escopo solucionar direito material objeto de um litígio. Ou seja, o que se pretende é uma decisão de mérito. Para tanto, é necessário enfrentar questões processuais indispensáveis à regular tramitação de uma ação. Com isso, no curso do processo são proferidas diversas decisões tanto de mérito quanto sobre matérias processuais, que são passíveis de revisão por um tribunal superior.

A propósito, a possibilidade de revisão de uma decisão judicial não se justifica apenas pela garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. Mais que isso, se presta para sanar vícios de forma e conteúdo, como bem lembra Arruda Alvim¹⁰², tudo para que a decisão final de mérito seja “a mais perfeita possível”.

Assim, a necessidade de impugnação das decisões judiciais decorre justamente da necessidade de correção e adequação do ato decisório impugnado, o que é viabilizado pelo duplo grau de jurisdição.

Soma-se a isso, o tradicional inconformismo que é natural do ser-humano, quando se depara com uma decisão que não atende integralmente a seus interesses, o que resulta na necessidade de impugnação pelo jurisdicionado, o que não acontece apenas quanto à decisão final, mas também nas decisões proferidas no curso do processo com as quais o jurisdicionado discorda.

Para tanto, o sistema processual disciplinou sobre a recorribilidade das decisões.

¹⁰² A ideia central que justifica os recursos é a da correção de atos decisórios viciados ou defeituosos, seja em sua forma, seja no conteúdo. São eles *remédios processuais* para eliminar o ato viciado, ou adequá-lo, ou ainda substituí-lo por outro mais ajustado ao direito. (ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 445).

4.1 Impugnação das decisões judiciais – algumas considerações iniciais

Muito embora o foco do trabalho seja o cabimento do agravo de instrumento na nova sistemática do Código de Processo Civil de 2015, é necessário esclarecer que os recursos não são as únicas formas de impugnação das decisões judiciais. São mais uma forma de impugnação, mas não a única.

Para encontrar o meio mais adequado de impugnação não basta apenas analisar os possíveis recursos. Também é necessário verificar se a decisão impugnada melhor se adequa às ações autônomas de impugnação.

É indiscutível que tanto os recursos quanto às ações autônomas de impugnação se prestam para impugnar uma decisão, pois ambos têm por finalidade anular ou reformar uma decisão. Todavia enquanto os recursos são apresentados dentro do próprio processo¹⁰³ em que foi proferida a decisão impugnada; as ações autônomas de impugnação iniciam um novo processo.

A propósito, muito embora seja comum associar as ações autônomas de impugnação com a ocorrência de trânsito em julgado e os recursos com a litispendência; isso não é regra e não é critério de diferenciação, a exemplo da reclamação, que não depende do trânsito em julgado.

Recursos são formas de impugnação das decisões judiciais antes do trânsito em julgado e que ocorre dentro do mesmo processo¹⁰⁴. Nesse sentido, recurso pode ser compreendido como “o remédio tendente a provocar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial”¹⁰⁵. Interessante que seja para reformar, invalidar, esclarecer ou integrar, o que se pretende é um novo pronunciamento, que irá substituir ou complementar a decisão anterior.

¹⁰³ São meios de impugnar decisões no mesmo processo (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 476 a 565. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013).

¹⁰⁴ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2010, p. 231.

¹⁰⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro, 1968, p. 25.

Já a ação autônoma de impugnação dá início a um novo processo, faz nascer uma nova relação processual diversa daquela em que a decisão impugnada foi proferida.

Pois bem, o critério de diferenciação é justamente quanto à continuidade ou descontinuidade processual, ou seja, estar inserido ou não no mesmo processo¹⁰⁶. Nos recursos, a decisão é impugnada dentro do mesmo processo, que se prolonga, impedindo o trânsito em julgado da decisão; nas ações de impugnação, por outro lado, a decisão é impugnada por um processo distinto.

Nesse contexto de meios aptos a impugnar as decisões judiciais também se inserem os sucedâneos recursais, que não se enquadram nem como recurso nem como ação autônoma de impugnação. É o caso da correção parcial¹⁰⁷.

No caso do agravo de instrumento, todas essas mencionadas formas podem ser meios aptos a impugnar as decisões interlocutórias, até pelas inúmeras dúvidas quanto a forma adequada de impugnação.

4.1.1 Impugnação das decisões interlocutórias

O Novo Código de Processo Civil mudou significativamente a forma de impugnação das decisões judiciais, especialmente quanto às decisões interlocutórias. Isso porque passou a prever o cabimento do recurso de agravo a partir do conteúdo das decisões recorridas.

Para tanto, necessário analisar, ainda que brevemente, como tratou o Código de Processo Civil da impugnação das decisões judiciais.

Em regra, as decisões judiciais são impugnadas por recursos, que estão disciplinados a partir do art. 994, do Código de Processo Civil, que elenca todos os recursos cabíveis.

¹⁰⁶ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro, 1968, p. 23-25.

¹⁰⁷ ASSIS, Araken de. Introdução aos sucedâneos recursais. In: WAMNIER, Teresa Arruda Alvim; NERY Jr., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17-19.

Dentre eles, se prestam a impugnar as decisões interlocutórias: apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso especial, recurso extraordinário, agravo em recurso especial ou extraordinário e os embargos de divergência. Essa grande variedade já dá indícios de que a natureza da decisão (despacho, decisão interlocutória, sentença ou acórdão) não é suficiente para identificar o meio de impugnação a ser adotado.

Também, e talvez mais importante, analisar o conteúdo da decisão para se identificar o recurso cabível, o que fica mais evidente nas decisões interlocutórias, que com essa sistemática se perdeu totalmente a correspondência recursal entre a decisão impugnada e o respectivo recurso.

Por exemplo, no caso da apelação, seu cabimento está previsto no art. 1.009 e parágrafos, do Código de Processo Civil, que indica não apenas a natureza da decisão recorrida, mas o momento e seu conteúdo.

Isso porque, o artigo em comento estabelece que a apelação é o recurso cabível para impugnar sentença e o conceito de sentença, por sua vez, considera tanto o momento do processo quanto o conteúdo da decisão, conforme já explicado em oportunidade anterior. Também no § 1º, ao tratar do cabimento da apelação para decisões interlocutórias a verificação é novamente feita pela análise do momento (decisão proferida no curso do processo) e conteúdo (matéria não impugnada por agravo de instrumento).

Ou seja, a identificação do recurso cabível para impugnar uma decisão judicial não se limita apenas a observar a natureza da decisão, deve-se também avaliar seu conteúdo, que é o que se propõe o presente trabalho quanto às decisões interlocutórias e em especial as agraváveis.

4.2 Irrecorribilidade imediata de algumas decisões judiciais – as questões decididas impugnadas em apelação

Já é possível compreender que o conteúdo das questões decididas no curso processo é de fundamental importância para identificação do recurso cabível. Isso

porque, a hipótese de cabimento está diretamente vinculada ao conteúdo decidido e não propriamente à natureza da decisão. Tanto que em alguns casos, a depender do conteúdo impugnado, a decisão deverá ser atacada em apelação, conforme será demonstrado.

Sobre a impugnação em apelação é importante se atentar para a preclusão. Uma das consequências práticas (e graves para o jurisdicionado) é a ocorrência da preclusão. As questões impugnadas por agravo de instrumento, se não impugnadas no momento oportuno (prazo para apresentação do agravo de instrumento), precluem. Já aquelas impugnadas em apelação não precluem, por força do art. 1.009, § 1º, do Código de Processo Civil.

Além disso, também necessário tratar das situações em que a sentença resolve questões impugnadas por agravo de instrumento e apelação. Isso porque, o que se impugna seria a decisão (como um todo) ou é a questão decidida?

Uma primeira ponderação necessária, que será examinada oportunamente, é que em preliminar de apelação são impugnadas questões decididas e não propriamente a decisão interlocutória.

A corroborar, considerando que o Código adotou uma sistemática de cabimento com fundamento em conteúdo do pronunciamento, como está sendo demonstrado ao longo deste trabalho, parece que o mais adequado é entender que o que se impugna é a questão decidida, ou seja, o agravo de instrumento apenas se presta a impugnar determinadas matérias, de forma que mesmo a decisão resolvendo outras questões, não sendo elas passíveis de impugnação por agravo de instrumento, não poderão ser impugnadas no mesmo recurso.

Em outras palavras, o que se impugna é a questão, não a decisão, muito embora há quem entenda em sentido contrário, especialmente em razão da unirrecorribilidade.

Pelo princípio da unirrecorribilidade, uma decisão só pode ser impugnada por um determinado recurso. Acontece que o Novo Código rompeu com a lógica da correspondência recursal, de forma que não é possível estabelecer uma conexão exata entre a decisão e o meio de impugnação adequado.

Isso porque, justamente o cabimento dos recursos – com ênfase para o agravo de instrumento – está diretamente relacionado ao conteúdo da decisão, independente de sua natureza, o que faz com que a unirrecorribilidade seja compreendida a partir da questão decidida.

Por outro lado, caso a mesma decisão interlocutória verse sobre duas matérias passíveis de impugnação por agravo de instrumento. Isso não significa que deverá ser impugnada por dois agravos distintos, pois aí sim se violaria a unirrecorribilidade, da mesma forma que todas as questões de mérito decididas na sentença não são impugnadas por diversas apelações.

Na verdade, a solução está na verificação do cabimento. Sendo a matéria impugnada por agravo de instrumento, o recurso é uno. Por outro lado, não se enquadrando na hipótese de cabimento do agravo de instrumento, mesmo sendo proferida na mesma decisão, deverá ser impugnado em preliminar de apelação, por não ser cabível sua discussão por agravo.

Isso não se aplica, entretanto, para as matérias de ordem pública, pois podem ser conhecidas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que observado o contraditório, claro.

4.2.1 Via adequada de impugnação – preliminar de apelação, contrarrazões e apelação adesiva

Uma das inovações de maior impacto no sistema recursal brasileiro foi quanto à forma de impugnação das decisões interlocutórias, pois o Código, ao regulamentar a matéria, elencou rol das decisões passíveis de impugnação por agravo de instrumento e possibilitou que as demais decisões fossem impugnadas em preliminar de apelação.

Sobre a impugnação das decisões impugnadas em preliminar de apelação, interessante observar, inicialmente, as expressões e conjunto de palavras utilizadas na redação do texto legal. Claro que a interpretação gramatical deve ser realizada

com muita cautela e não deve ser a única, mas nesse caso em específico é interessante esse cuidado com as expressões utilizadas pelo Código.

Isso porque, o legislador não se utilizou da expressão “decisão interlocutória” para tratar da impugnação em preliminar de apelação. O Código fala em “questões resolvidas na fase de conhecimento”.

Como vimos anteriormente, questões devem ser compreendidas como aquelas matérias sobre as quais há controvérsia. Lembrando que a controvérsia não corresponde apenas ao que foi alegado por uma parte e impugnado por outro, mas deve ser entendida de forma mais ampla. Mas retomando o raciocínio já desenvolvido anteriormente, questão pressupõe conflito ou controvérsia.

Pois bem, tudo que é controverso deve ser resolvido, deve ser apreciado pelo magistrado e naturalmente que as decisões interlocutórias resolvem questões, mas não é só isso, as questões também podem ser resolvidas na própria sentença, ou até mesmo nos despachos. O que interessa, portanto, é conteúdo e não a natureza da decisão.

Parece-nos, então, que a expressão “questões resolvidas na fase de conhecimento” não se refere apenas ao que é resolvido por decisão interlocutória. É mais amplo. Na verdade, o cabimento se faz pela verificação do conteúdo: questão resolvida na fase de conhecimento, seja qual for a natureza do pronunciamento onde foi decidida.

E novamente o Código nos remete ao conteúdo da decisão para fins de identificação da hipótese de cabimento, o que fica evidente ao se utilizar da expressão “questão resolvida”. Dessa forma, em preliminar de apelação não necessariamente se impugnará uma decisão interlocutória, muito embora grande parte da doutrina trate apenas como decisões interlocutórias impugnadas em preliminar de apelação.

Por outro lado, é certo que em preliminar de apelação são impugnadas todas as decisões interlocutórias que não podem ser impugnadas por agravo de instrumento, pois o agravo de instrumento é limitado apenas a algumas hipóteses e

a decisão interlocutória sempre resolverá uma questão¹⁰⁸. Assim, o critério para identificar as decisões interlocutórias impugnadas em preliminar de apelação é residual, ou excludente, que deve ser analisado a partir das decisões agraváveis.

Apenas a título de curiosidade, antes mesmo das Ordenações Afonsinas, no direito português, identificou-se que a possibilidade de se apelar de todas as decisões interlocutórias era prejudicial ao processo¹⁰⁹, e talvez incidindo novamente em um erro que já foi cometido historicamente, nosso sistema recursal deixou que algumas decisões interlocutórias fossem impugnadas em preliminar de apelação.

Pois bem, as decisões agraváveis estão discriminadas no art. 1.015, do Código de Processo Civil ou expressamente indicadas como agraváveis (por exemplo, a decisão que resolve parcialmente o mérito). Em uma primeira análise, o critério a se adotar para fins de cabimento é verificar se o conteúdo da decisão impugnada está expressamente previsto como agravável. E é justamente desse critério excludente que nos utilizamos nesse momento para verificar o cabimento da impugnação em preliminar de apelação das questões resolvidas por decisão interlocutória: se a decisão interlocutória não for agravável será impugnada em preliminar de apelação.

Com isso, podemos dizer que são impugnadas em preliminar de apelação as questões resolvidas no processo, independente da natureza da decisão onde foram proferidas.

Sobre o tema, importante também diferenciar a impugnação em apelação da impugnação em preliminar de apelação, se é que há diferença. Impugnar uma decisão em preliminar de apelação seria o mesmo que apelar?

A propósito, como já mencionado anteriormente, matérias preliminares são aquelas que devem ser apreciadas antes do mérito, por razões lógicas. Não necessariamente o mérito dependerá da apreciação de matérias preliminares (não

¹⁰⁸ Podemos dizer que toda decisão interlocutória resolve uma questão, mas nem toda questão é resolvida por decisão interlocutória.

¹⁰⁹ Teresa Arruda Alvim, ao traçar o perfil histórico do agravo comentou a respeito: “Isto porque o fato de todas as interlocutórias serem apeláveis, indiscriminadamente, mais gerava problemas do que trazia soluções.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 30)

podem ser confundidas com questões prejudiciais), mas a apreciação delas pode prejudicar a apreciação do mérito.

É o caso, por exemplo, do indeferimento de provas, que deve ser impugnado em preliminar de apelação, pois não está incluído no rol do art. 1.015, do Código de Processo Civil e caso o tribunal entenda que houve cerceamento de defesa nem apreciará o mérito do recurso, determinará a realização da prova ou anulará a sentença para determinar que as provas requeridas sejam produzidas¹¹⁰.

E esse não é o único exemplo. Também é o caso da decisão que indefere a alegação de competência relativa. Caso o tribunal entenda que de fato foi violada competência, deve anular os atos praticados – quando for o caso de anulação – e remeter ao juiz competente.

Verifica-se, portanto, que não há necessariamente relação de prejudicialidade, há, na verdade, uma relação lógica de dependência, de forma que não faria sentido apreciar o mérito para depois apreciar a impugnação sobre as questões resolvidas na fase de conhecimento. Primeiro decide-se sobre as questões ocorridas no curso do processo para, posteriormente, tratar das matérias objeto do pedido, do mérito.

É evidente que o Código distingue as matérias impugnadas em preliminar de apelação das matérias impugnadas nas razões de apelação, que corresponde àquelas consistentes da sentença. Entretanto, a dúvida persiste.

¹¹⁰ “O momento para interposição do respectivo recurso será diferido e a parte deverá aguardar a elaboração das razões ou contrarrazões para manifestar seu inconformismo e impugnar a decisão. Se, por exemplo, a parte requerer a produção de determinada prova e tal requerimento for indeferido, não poderá valer-se do recurso de agravo de instrumento e deverá aguardar a sentença para insurgir-se contra a decisão. Suscitará o indeferimento da prova em preliminar das razões de sua apelação, em um modelo semelhante ao agravo retido previsto no Código de Processo Civil de 2015.¹¹ Não há, no exemplo, autonomia recursal, todavia, também não se pode falar em subordinação deste recurso ao recurso em face da sentença, uma vez que ele é julgado preliminarmente e pode prejudicar a análise do mérito da apelação. No recurso contra interlocutória não agravável interposto pelo vencido, estamos diante de uma real preliminar, uma vez que sua apreciação é condição para a análise posterior da sentença.¹² Já aqui é necessária a conjugação de dois fatores para formação do interesse recursal: sucumbência na interlocutória e na sentença.” (UZEDA, Carolina. 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. *Revista de Processo*. Vol. 249/2015, p. 233-248, Nov/2015).

Nessa linha de raciocínio, caso se entenda que a apelação e a preliminar de apelação são recursos distintos¹¹¹, consequentemente não estariam sujeito aos mesmos requisitos formais, não estariam sujeitos ao mesmo procedimento e também deveriam ser considerados como independentes, o que influenciaria, por exemplo, em custas de preparo. Nesse sentido, a preliminar se comportaria como o recurso de agravo de instrumento, com suas formalidades e procedimentos; já no mérito se comportaria como apelação, mas não é o que nos parece razoável, até mesmo em razão da unirrecorribilidade.

Caso contrário, em se entendendo como um único recurso, os requisitos formais de admissibilidade são os mesmos, o procedimento é único e está sujeito a um único preparo.

Para solucionar a controvérsia, nos utilizaremos, em primeiro lugar, do conceito de preliminar, que está relacionada a uma análise lógica. Preliminar é o que precisa ser apreciado antes, é o que logicamente deve ser decidido primeiro.

Assim, preliminar está mais relacionado à decisão do que propriamente à argumentação. Melhor explicando, falar em questão preliminar (ou até mesmo questão prejudicial) só faz sentido quando estamos tratando da decisão que irá apreciar essa matéria. Claro que se essa lógica se apresentar também nas argumentações das partes facilitará o raciocínio de quem está julgando, até por uma construção lógica das fundamentações.

Entretanto, apenas quando efetivamente for apreciar as questões submetidas a julgamento é que ficará evidente e terá relevância o tratamento como preliminar. Até porque, caso contrário, teríamos que exigir um rigoroso formalismo do recurso de apelação quanto à impugnação das questões decididas na fase de conhecimento, inclusive nem delas conhecendo quando não impugnadas especificamente em preliminar de apelação e não parece que essa seja proposta do

¹¹¹ Esse é o posicionamento de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha para os casos em que o vencedor tem interesse em impugnar uma decisão interlocutória não agravável. Para os autores, essa apelação seria recurso autônomo, subordinado e condicionado (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Apelação contra decisão interlocutória não agravável: a apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. *Revista de Processo*. Vol. 241/2015, p. 231-242, mar/2015).

Código de Processo Civil. E mais, rigorosamente deveria constar o tópico das preliminares, o que não é nem mesmo exigido para o prequestionamento.

A propósito, isso não significa que a preliminar poderá ser apreciada antes mesmo da análise da admissibilidade da apelação. São questões preliminares, mas são preliminares em relação ao mérito da apelação. Ou seja, a apelação deve ser admitida para serem apreciadas as impugnações formuladas em preliminar.

Com isso, para nós, quando o Código topograficamente indica que as questões decididas no curso do processo devem ser impugnadas em preliminar de apelação, se presta apenas para facilitar no julgamento, pois é no julgamento da apelação que na verdade essas questões devem ser apreciadas como preliminar.

Consequentemente, as matérias preliminares estão sujeitas aos requisitos de admissibilidade da apelação, bem como ao procedimento da apelação, inclusive, por exemplo, para fins de ampliação da colegialidade, não dependeria de preparo autônomo

E não é só isso, os efeitos também são distintos, pois a apelação via de regra tem efeito devolutivo e suspensivo, enquanto que o agravo de instrumento tem apenas efeito devolutivo.

Oportunamente, cumpre esclarecer que a ampliação da colegialidade tem características muito diferentes a depender do recurso. Na apelação não há restrições e sempre que houver divergência a matéria deve ser decidida pelo colegiado ampliado. Já no agravo de instrumento, só haverá ampliação da colegialidade caso a decisão impugnada seja reformada por maioria de votos. Ou seja, no agravo de instrumento a ampliação da colegialidade é mais restrita que na apelação.

Com isso, uma decisão interlocutória que resolve questão não impugnada por agravo de instrumento pode ser impugnada por recurso de apelação e irá se submeter a procedimento e efeitos distintos do efeito do agravo de instrumento. Enquanto que uma decisão da mesma natureza, quando impugnada por agravo de instrumento, se sujeitará a outro procedimento, outros efeitos.

6.2.2.2 Questões decididas impugnadas em contrarrazões de apelação

Pensando também na impugnação das questões decididas do vencedor, na hipótese de apresentação de sentença pelo vencido, o Novo Código autorizou também a impugnação dessas “questões decididas” na contestação. É o que se extrai do art. 1.009, § 2º. Ou seja, as questões decididas no curso do processo podem ser impugnadas em preliminar de contrarrazões.

Da mesma forma que entendemos que a preliminar em apelação refere-se apenas há uma antecedência lógica de julgamento, de forma que as questões decididas impugnadas em preliminar de apelação devem ser consideradas como apeláveis, se submetendo às regras da apelação; a mesma interpretação deve ser adotada para a impugnação em contrarrazões de apelação. Ou seja, não se trata de meio de impugnação autônomo dentro de uma mesma peça processual.

Entretanto, as contrarrazões não se prestam em regra para pleitear reforma de decisões e é justamente o que ocorre com a impugnação das questões decididas em preliminar de contrarrazões. Portanto, a impugnação das questões decididas em preliminar de contrarrazões é, em verdade, recurso. É uma apelação apresentada nas contrarrazões.

Entretanto, como já adiantamos, se submetem ao regramento das contrarrazões, de forma que estará condicionada à apelação principal. Especialmente com relação à desistência da apelação principal, pois, desistindo a parte de seu recurso, não subsistirão as contrarrazões, justamente por ser a contrarrazões condicionada à apelação.

Fredie Diddier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha entendem que se trata justamente de recurso. Seria uma apelação do vencedor contra o vencido, subordinada e condicionada à apelação principal. Subordinada porque depende da apelação principal e condicionada porque sua apreciação depende do provimento do recurso principal¹¹². Os autores classificam essa impugnação em preliminar de

¹¹² Ao tratarem da impugnação em contrarrazões de apelação Fredie Diddier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha explicam que “a parte recorre neste exato momento”. Para os autores, “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

contestação como subordinada e condicionada aplicando analogicamente as regras da apelação adesiva.

Entendemos que seja de fato subordinada, mas não pelos mesmos fundamentos. Conforme explicado acima, as contrarrazões são subordinadas ao recurso principal, de forma que a preliminar de contrarrazões só poderá ser apreciada se a apelação for admitida.

Por outro lado, não se trata de recurso condicionado ao julgamento da apelação, pois o interesse da impugnação das questões decididas não está vinculado ao interesse da apelação principal, o que não ocorre nem mesmo na apelação adesiva¹¹³. Ou seja, o provimento do recurso principal não é condição para apreciação da impugnação das questões decididas do vencedor.

O que queremos dizer, na verdade, que isso não pode ser verificado como regra. Entretanto, claro que, a depender da questão impugnada, será condicionada ao julgamento da apelação principal, até por ser a apelação principal questão prévia. Para exemplificar, suponhamos que uma prova do autor foi indeferida, entretanto a sentença foi de total procedência. Nessa situação só terá sentido apreciar a impugnação em preliminar de contrarrazões quando a apelação for provida, pois, caso contrário, sua apreciação será desnecessária.

Entretanto, essa discussão versa sobre o interesse recursal, que não é objeto principal deste trabalho. O presente trabalho se propõe a analisar a hipótese de cabimento e, para fins de cabimento, não é possível condicionar a preliminar de contrarrazões como regra ao julgamento da apelação principal.

Por se tratar de verdadeiro recurso, será necessário ultrapassar o juízo de admissibilidade. Isso porque, a possibilidade de impugnação pressupõe legitimidade, tempestividade, cabimento, que deve ser verificada mesmo tratando-se de contrarrazões.

do procedimento" (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Apelação contra decisão interlocutória não agravável: a apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. Revista de Processo. Vol. 241/2015, p. 231-242, mar/2015).

¹¹³ Como explicam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery "Conhecido o principal, é irrelevante o seu provimento ou improvimento: o adesivo será apreciado, devendo ser analisado sua admissibilidade e, se positivo o juiz de admissibilidade (se conhecido o adesivo), será julgado pelo mérito." (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 2168).

Essa forma de impugnação das questões decididas não agraváveis de instrumento foi pensada para possibilitar que o vencedor não ficasse refém somente da apelação. Entretanto, inevitavelmente fica condicionada a apelação do vencido. Por essa razão a impugnação das questões decididas não agraváveis de instrumento não pode se limitar apenas à apelação e contrarrazões de apelação.

6.2.2.3 Apelação que impugna apenas questões decididas

No tópico anterior foi abordada a possibilidade de impugnar as questões decididas no curso do processo em contrarrazões, o que naturalmente é a oportunidade do vencedor de impugnar as questões decididas, pois não teria legitimidade para apelação (em regra) e, portanto, não seria admissível.

Ocorre que, possibilitar que o vencedor impugne as questões decididas no curso do processo apenas nas contrarrazões seria vincular a possibilidade de impugnação apenas quando o vencido apresentasse apelação, o que não é razoável, além de criar uma desigualdade entre as partes quanto ao duplo grau de jurisdição.

Nesse sentido, também deve ser admitida a apelação apenas para impugnar as questões decididas, caso assim deseje o vencedor. Claro que o interesse na modificação da decisão deve ser avaliado e levado em consideração para fins de admissibilidade dessa impugnação. Entretanto, não é possível limitar o cabimento dos recursos ao interesse. Até porque existem hipóteses em que o vencedor terá interesse em modificar a decisão interlocutória, independente da procedência ou improcedência da apelação principal.

Nessas situações em que a questão decidida no curso do processo não depende da procedência ou improcedência da apelação principal, não há relação de prejudicialidade, ou seja, a matéria da apelação não é questão prévia em relação a matéria a ser impugnada.

É o caso, por exemplo, da multa por litigância de má-fé, multa por ausência à audiência de conciliação e mediação¹¹⁴, decisão que fixa valor da causa¹¹⁵. Em todas essas situações não há relação lógica da dependência com a matéria da apelação principal, por essa razão, o cabimento não pode ser limitado.

Dessa forma, quando tratamos de cabimento, não é possível limitar ao interesse. Ou seja, o interesse recursal não deve ser avaliado para fins de cabimento, até porque, como nos exemplos acima, é possível que uma questão decidida no curso do processo não esteja vinculada logicamente a matéria principal, de forma que subsistiria interesse em impugná-la independentemente.

A corroborar, nem mesmo o Código de Processo Civil ressalva que a apelação é apenas destinada a impugnar a sentença e somente se impugnado a sentença é que as questões decididas no curso do processo poderiam também ser impugnadas em preliminar de apelação.

Dessa forma, não é possível compreender pelo não cabimento da apelação apenas para impugnar as questões decididas. Seja para impugnar a sentença e as questões decididas, ou para impugnar só as questões decididas, é cabível apelação. E não pode ser outra a interpretação, até para fins de isonomia.

6.2.2.4 Apelação adesiva para impugnar questões decididas

Da mesma forma que entendemos ser admissível a apelação para impugnar somente as questões decididas no curso do processo, também é o caso de admitir o cabimento da apelação adesiva para impugnar essas questões decididas.

Entretanto, só fará sentido a apelação adesiva se de fato a parte que for recorrer adesivamente também pretender impugnar a sentença e não apenas as questões decididas. Isso porque, as questões decididas, se não impugnadas por

¹¹⁴ Cf. Carolina Uzeda (UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 213).

¹¹⁵ Cf. Teresa Arruda Alvim, Maria Lins Conceição, Leonardo Ferras da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al]. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1600).

apelação autônoma, como defendido no tópico anterior, poderão ser impugnadas em contrarrazões de apelação.

Isso não significa que a apelação adesiva para impugnar as questões decididas estaria vedada. Pelo contrário, até pela linha de raciocínio que estamos defendendo quanto ao cabimento dos recursos para impugnar as decisões interlocutórias e questões decididas no curso do processo, relacionando o conteúdo da decisão com o meio de impugnação adequado, não seria possível concluir de forma diferente.

Entretanto, é necessário fazer essa ponderação quanto à utilidade, pois havendo possibilidade de se impugnar em preliminar de contrarrazões de apelação, não seria tão útil a impugnação específica em apelação adesiva. Ou seja, ficaria a critério da parte impugnar em contrarrazões de apelação ou em apelação adesiva. As duas formas parecem ser viáveis para que o vencedor se insurja contra as questões não agraváveis decididas no curso do processo.

4.3 Decisões interlocutórias impugnadas por agravo de instrumento

Já vimos que o cabimento é requisito de admissibilidade indispensável para se veicular determinado recurso. No caso do agravo de instrumento, o cabimento se volta ao conteúdo da decisão recorrida. Ou seja, o cabimento do agravo de instrumento leva em consideração a natureza do pronunciamento judicial (decisão interlocutória) e também seu conteúdo.

Com isso, a via do agravo de instrumento só poderá ser utilizada como meio de impugnação quando tratar-se de decisão interlocutória cujo conteúdo possa ser submetido à reapreciação pelo Tribunal por meio de agravo de instrumento. Isso nos leva a um critério casuístico de cabimento: a lei diz quais conteúdos são agraváveis de instrumento.

A propósito, importante reforçar que o cabimento do agravo de instrumento se faz pela verificação da natureza da decisão e também de seu conteúdo, pois o Código põe fim à discussão quanto o meio de impugnação das matérias objeto de

decisão interlocutória resolvidas na sentença, em especial no caso das tutelas provisórias. Muito se discutia qual o meio de impugnação quando a sentença confirmasse ou concedesse tutela provisória: se todos os pontos seriam impugnados na apelação ou se a tutela provisória deveria ser impugnada por agravo de instrumento. Com a nova sistemática do Código é certo que as matérias diversas das matérias da sentença serão impugnadas também em apelação.

O que deixa evidente que o cabimento do agravo de instrumento se faz pela natureza da decisão – decisão interlocutória – e a verificação de seu conteúdo.

Tamanha a divergência e importância de se definir e pacificar as discussões sobre o cabimento do agravo de instrumento que a questão foi submetida a julgamento, pela técnica dos recursos repetitivos, no Superior Tribunal de Justiça¹¹⁶.

A relatora, Ministra Nancy Andrighi, seguida pela maioria, em seu voto, propôs uma taxatividade mitigada, de forma que sempre que houver urgência, independente da hipótese de cabimento estar ou não incluída no rol do art. 1.015, a decisão seria impugnada por agravo de instrumento.

Para a relatora, essa interpretação decorre do modelo constitucional de processo, em especial pela inafastabilidade da jurisdição, e também das normas fundamentais do Código, o que será melhor analisado no próximo tópico¹¹⁷.

¹¹⁶ Tema 988, do Superior Tribunal de Justiça: “Definir a natureza do rol do art. 1015 do CPC/2015 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo do Novo CPC”. Foram selecionados como causa piloto o REsp 1.696.396/MT e o REsp 1.704.520/MT, com decisão de afetação datada de 28/2/2018, tendo sido proferido voto pela relatora Ministra Nancy Andrighi e atualmente ainda está pendente de julgamento.

¹¹⁷ Em seu voto, a Ministra explicou que: “A tese que se propõe consiste em, a partir de um requisito objetivo – a urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação –, possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do artigo 1.015 do CPC, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito urgência, independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica dos incisos do artigo”, votou a ministra. (...) trata-se de reconhecer que o rol do artigo 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo.” Decisão proferida no julgamento do REsp. 1.696.396, na sessão realizada em 01 de agosto de 2018.

4.3.1 O art. 1.015 e a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça

Os recursos especiais REsp 1.696.396/MT e REsp 1.704.520/MT foram indicados pelo Tribunal de origem como representativos da controvérsia, a fim de verificar a possibilidade de se admitir interpretação extensiva ao art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 para admitir-se o cabimento de agravo de instrumento da decisão que decide sobre competência.

Em 28 de fevereiro de 2018 foram afetados para julgamento pela técnica de repetitivos não apenas para verificar a possibilidade de interpretação extensiva quanto ao cabimento do agravo de instrumento para impugnar decisão que resolve sobre competência, mas para verificar a possibilidade de interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente indicadas nos incisos do art. 1.015, do Código de Processo Civil.

Quando da decisão de afetação, o Ministro Mauro Campbell Marques, acertadamente, alertou quanto à abrangência do julgamento e destacou que, dada a amplitude das discussões, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento quando não previstas deveriam ser analisadas caso a caso¹¹⁸. Todavia, o julgamento prosseguiu para análise ampla sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do art. 1.015, do Código de Processo Civil.

O julgamento teve início em agosto de 2018 com o voto da relatora Ministra Nancy Andrighi, que sugeriu a taxatividade mitigada do art. 1.015, do Código de Processo Civil. Em sua decisão, inicialmente traçou o perfil histórico da

¹¹⁸ Preliminarmente, gostaria de chamar a atenção do meus pares para o fato de que – não obstante a relevância do tema e da divergência doutrinária quanto a tese de ser ou não taxativo os rol de hipóteses elencadas no art. 1015 do CPC/2015 - entendo que no presente feito não poderemos avançar, melhor dizendo, não poderemos enumerar todas as decisões interlocutórias que, apesar de não elencadas no citado dispositivo, seria atacáveis na via do agravo de instrumento. Penso que referida temática, dada a sua amplitude, deverá ser examinada caso a caso. Por hora nos interessa definir apenas um tema, que, por sua vez, foi bem delimitado pelo Presidente da Comissão Gestora de Precedentes: "Possibilidade de se atribuir interpretação extensiva ao art. 1015 do Código de Processo Civil para admitir-se o cabimento de agravo de instrumento que decide sobre competência." Registro que em ambos os feitos selecionados como RRC - Representativos da Controvérsia, a única questão trazida ao debate é o cabimento do agravo de instrumento contra decisão que examina competência." (Trecho do voto do Ministro Mauro Campbell Marques quando da afetação dos recursos).

recorribilidade das decisões interlocutórias por meio de agravo, destacando a importância da recorribilidade imediata das decisões interlocutórias.

Na sequência, tratou da divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a natureza do rol do art. 1.015, do Código de Processo Civil e reconheceu a existência de discussões no âmbito legislativo quanto a recorribilidade das decisões interlocutórias. Inclusive consignou em seu voto que na Câmara dos Deputados foram diversas as tentativas de alargar o rol das decisões impugnadas por agravo de instrumento.

Apontou que as divergências doutrinárias e jurisprudenciais se resumiam a três posições: interpretação restritiva, por se tratar de rol taxativo; rol taxativo, mas com interpretação extensiva ou analógica; e rol exemplificativo.

Quanto à interpretação restritiva, destacou que decorre da consciente opção legislativa pela taxatividade do agravo de instrumento. Quanto à possibilidade de interpretação extensiva ou analógica, indicou a insuficiência do rol para tutelar as diversas questões que surgem no decorrer do processo. Por último, quanto ao entendimento pelo rol exemplificativo, de forma que a recorribilidade das decisões interlocutórias deve ser imediata.

Antes de concluir seu julgamento, indicou algumas conclusões que considerou preliminares: que a controvérsia se limita à impugnação das decisões interlocutórias na fase de conhecimento do procedimento comum; identificou que a doutrina majoritária reconhece a infelicidade do legislador ao adotar rol exaustivo de cabimento para o agravo de instrumento; as hipóteses de cabimento são insuficientes para atender às questões urgentes; para evitar prejuízo às partes decorrente da inutilidade de impugnação futura é necessário uma via processual adequada; o mandado de segurança não é a via processual mais adequada; caso o Tribunal entenda pela interpretação fora das hipóteses expressamente indicadas no rol do art. 1.015, do Código de Processo Civil, será necessário modulação.

Ao tratar da natureza do art. 1.015, do Código de Processo Civil reconhece que intencionalmente o legislador pretendeu restringir a utilização do recurso de

agravo de instrumento¹¹⁹, mas ressalta que os casos não abrangidos pelo rol do agravo de instrumento podem violar o direito de ação e inafastabilidade da jurisdição. Lembra, ainda, que o processo deve caminhar para frente.

Conclui seu julgamento sob a alegação de mitigar a taxatividade do referido artigo, porque a taxatividade é incapaz de tutelar todas as situações em que o reexame futuro é ineficaz. Pelos mesmos fundamentos afastou as interpretações extensiva e analógica, bem como a ideia de rol exemplificativo. Propõe que também sejam admitidos os agravos de instrumento com fundamento na urgência do julgamento que não pode aguardar até o final do processo.

Com relação à preclusão, ressalva que não haverá preclusão temporal para a ausência de impugnação imediata, pois o momento legalmente previsto para a impugnação é com a apelação ou contrarrazões. Da mesma forma não há que se falar em preclusão lógica, salvo por renúncia expressa da parte. Com isso, para a relatora, o cabimento do agravo de instrumento pela hipótese de urgência em razão da inutilidade do julgamento diferido estaria sujeito a duplo juízo: da parte recorrente e do Tribunal.

Por fim, vota pela modulação para que a decisão seja aplicada apenas aos processos futuros, mas na conclusão do julgamento não se refere à preclusão.

Após pedir vista, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura divergiu do posicionamento apresentado pela relatora. De início, afasta a interpretação de que seja um rol exemplificativo justificando seu posicionamento com a exposição de motivos quanto a intenção do legislador que de fato pretendeu restringir o cabimento do agravo de instrumento.

Alerta que a tese proposta cria uma hipótese não prevista em lei. E ainda acrescenta que pode ocasionar mais problemas do que soluções quando diante de casos concretos, tendo em vista que será necessário analisar caso a caso se existe urgência no julgamento decorrente da inutilidade de recurso futuro. Consequentemente, a ideia uniformizar um posicionamento perderá eficácia, pois cada tribunal pode adotar uma interpretação sobre o que demanda ou não julgamento imediato.

¹¹⁹ “(...) conclusão da qual não se pode se afastar.” (Trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi).

Por essas razões, propõe que a tese adotada seja para possibilitar a impugnação por meio de agravo de instrumento apenas das hipóteses expressamente descritas no rol do art. 1.015, do Código de Processo Civil.

Também pediu vista o Ministro João Otávio de Noronha, que acompanhou o voto divergente da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, para que a tese fixada fosse pelo cabimento do agravo de instrumento apenas nas hipóteses legalmente previstas. Destaque a taxatividade não comporta ampliação de conceitos especialmente porque o texto da lei não utiliza expressões abertas, o que é compatível com a celeridade.

Por outro lado, reconhece que a opção legislativa merece críticas, por não possibilitar a recorribilidade imediata de inúmeras decisões.

O julgamento prosseguiu com os votos do Ministro Humberto Martins, que acompanhou o voto divergente para que fosse fixada a tese no sentido de restringir o cabimento do agravo de instrumento para somente as hipóteses expressamente previstas no texto legal.

Já os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão e Felix Fischer acompanharam o voto da relatora, que propôs a taxatividade mitigada, admitindo a interposição de agravo de instrumento quando verificada urgência decorrente da inutilidade do julgamento postergado – em apelação.

O Ministro Og Fernandes, por sua vez, destaca que a tese proposta pela relatora vai além das hipóteses legalmente previstas, ou seja, não há fundamento legal para essa interpretação. Ainda pondera que o julgamento deve ser com base no sistema legal estabelecido pelo legislador e não como acreditam ser a melhor.

Também acrescenta que essa criação equivaleria a deixar de aplicar o art. 1.015, do Código de Processo Civil sem declará-lo inconstitucional, que em nenhum momento foi cogitada.

Com relação à preclusão, alerta que a tese da taxatividade mitigada deixa toda sistemática das decisões interlocutórias ao arbítrio da parte recorrente, que decidirá o que preclui ou não. Da mesma forma, ficará à escolha da parte decidir qual o recurso cabível: agravo de instrumento ou apelação.

Em seu voto, aborda também a recorribilidade das interlocutórias por meio de mandado de segurança e reconhece que não poderá ser utilizado como sucedâneo recursal, para qualquer caso, mas em determinados casos poderia ser admitido. Além de que os próprios tribunais poderiam evitar a impetração abusiva de mandado de segurança.

Ao final, concluiu pela fixação da tese no sentido de somente se admitir agravo de instrumento nas hipóteses expressamente previstas.

Na sequência do julgamento, o Ministro Mauro Campbell Marques acompanhou o voto do Ministro Og Fernandes para negar provimento ao recurso e admitir o agravo de instrumento apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei.

Já os Ministros Benedito Gonçalves e Raul Araújo acompanharam o voto da relatora para admitir a impugnação das decisões interlocutórias por agravo de instrumento quando o recurso futuro for inútil.

Ao final, a Corte Especial, por maioria, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, para adotar a tese apresentada pela relatora Ministra Nancy Andrighi.

Quando transitar em julgado a decisão, que ainda é passível de impugnação por embargos de declaração, se revestirá de efeito vinculante e deverá ser aplicada em todos os casos que tratam da mesma controvérsia.

Todavia, se mantida nos termos do voto da relatora, não pacificará a discussão, porque ao invés das dúvidas quanto à interpretação do rol do art. 1.015, do Código de Processo Civil, surgirão dúvidas sobre o que é ou não urgente.

Muito embora o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, tenha fixado a tese da taxatividade mitigada e pela sistemática dos recursos repetitivos se trate de decisão vinculante, acreditamos que não é a melhor solução, conforme será demonstrado no próximo tópico.

4.3.2 O art. 1.015 e sua interpretação adequada

Historicamente, como já demonstrado no início do trabalho, o agravo de instrumento sempre foi um recurso que constantemente sobre modificações quanto ao cabimento. Ora o cabimento é mais restrito, ora é mais ampliado, tal como Prometeu na mitologia grega, que jamais foi morto, mas durante o dia sua vitalidade revigorava, mas durante a noite debilitava¹²⁰.

Atualmente, com o Novo Código de Processo Civil, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento foram restritas à apenas algumas decisões. Para tanto, o Código elencou, no art. 1.015, as decisões – a partir de seu conteúdo – passíveis de impugnação em agravo de instrumento.

Mas não podemos nos liminar a isso. É preciso identificar se se trata de rol taxativo, exemplificativo, ou, ainda, se é possível interpretar de forma extensiva, analógica, o que normalmente causa muita confusão. Para exemplificar, podemos mencionar a decisão que rejeita alegação de competência, ela estaria ou não abrangida pelo citado artigo 1.015?

Para tanto, é necessário, inicialmente, compreender essas formas de interpretação para só depois interpretar adequadamente o rol do referido art. 1.015. Isso porque, cada forma de interpretação levará a conclusões diversas sobre o mesmo tema, especialmente no caso em análise.

Curioso é que as interpretações extensiva e analógica têm sido mencionadas indistintamente por levar a uma conclusão ampliativa quanto à análise do rol do 1.015, mas, como já frisado, são formas diferentes de interpretação¹²¹ e não podem

¹²⁰ Essa interessante comparação entre o agravo e o mito de Prometeu foi feita por Heitor Sica, justamente em razão dessa constante modificação que sofre o cabimento do agravo ao longo dos anos. (SICA, Heitor. O agravo e o mito de Prometeu: considerações sobre a Lei n. 11.187/2005. In: Teresa Arruda Alvim Wambier; Nelson Nery Jr. (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 9, p. 193-219).

¹²¹ Teresa Arruda Alvim, pontou essa distinção: “A nosso ver, o primeiro grande erro que se comete é confundir interpretação analógica com extensiva. Ambas levam, direta ou indiretamente, à ampliação do sentido da norma. Mas por caminhos diferentes: a interpretação extensiva constitui no alargamento do núcleo conceitual: por exemplo, entender que a palavra mãe abrange mãe natural e mãe adotiva. A interpretação analógica há quando existe lacuna: por exemplo, considerar-se que pedido de reconsideração seria um recurso, já que semelhante às hipóteses previstas no artigo 944 do CPC: aqui, disciplina-se um caso novo em virtude de semelhança com aquele que é regulado expressamente.” (ALVIM, Teresa Arruda. Um agravo e dois sérios problemas para o legislador

ser confundidas. Na interpretação extensiva, se amplia as hipóteses de cabimento para além daquelas expressamente legalmente previstas, pois na interpretação extensiva se amplia o sentido da norma; já a interpretação analógica tem por finalidade suprimir omissões legais, portanto pressupõe omissões legais.

Nesse sentido, a interpretação analógica pode ser descartada, pois não estamos diante de hipótese de omissão legal. Interpretar um rol fixado por lei já pressupõe que não existe omissão. Verificar a abrangência de um rol não é o mesmo que suprimir lacunas por analogia. E mais, como alerta Teresa Arruda Alvim, a analogia pode trazer muita insegurança ao sistema e instabilidade¹²², pois até que se pacifique, sempre haverá dúvidas quanto à abrangência e o que se entende por impugnável por agravo de instrumento.

Como já verificado anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, fixou entendimento admitindo a impugnação das decisões interlocutórias por meio de agravo de instrumento em casos de urgência, quando o recurso futuro for inútil. Para tanto, admitiu uma hipótese não prevista em lei e afastou as formas ampliativas de interpretação.

Já se manifestou de forma parecida William Santos Ferreira, que entende que o cabimento do agravo nas hipóteses de urgência, em que a decisão em apelação seria inútil, decorre do fundamento constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Explica que o rol do art. 1.015, do Código de Processo Civil elenca hipóteses em que o julgamento da apelação poderia gerar uma inutilidade da medida e, sendo essa razão de ser das hipóteses elencadas no referido rol, toda decisão que necessariamente precisar se resolvida no curso do processo é passível de impugnação por agravo de instrumento¹²³.

Também Ronaldo Vasconcelos e Marcelo Oliveira Gulim entendem que o prejuízo em função da postergação da impugnação deve ser considerado para fins

brasileiro. *Consultor jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/teresa-arruda-alvim-agravo-dois-serios-problemas>. Acesso em 17 de junho de 2018)

¹²² Cf. ALVIM, Teresa Arruda. Um agravo e dois sérios problemas para o legislador brasileiro. *Consultor jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/teresa-arruda-alvim-agravo-dois-serios-problemas>. Acesso em 17 de junho de 2018.

¹²³ FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2017, nº 263, p. 193-203.

de cabimento do agravo de instrumento e, justamente interpretando o art. 1.015 como um todo, entendem que o cabimento está relacionado à urgência, o que autorizaria a interpretação ampliativa para admitir cabíveis hipóteses urgentes, cuja revisão não pode aguardar até o final do processo¹²⁴.

De forma semelhante, mas com fundamento diverso Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, admite o cabimento do agravo de instrumento com fundamento no poder geral de cautela para antecipar o pronunciamento pelo Tribunal sobre a matéria que não estaria incluído nas hipóteses de impugnação do art. 1.015¹²⁵.

Ao que parece, trata-se de forma ampliativa de interpretação, mas que não considera as hipóteses legalmente previstas de forma individual. A ampliação decorre da uma interpretação conjunta das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, pois parte da premissa que as decisões ali elencadas possuem todas a mesma razão de ser: utilidade. Consequentemente, por esse raciocínio, sempre que a revisão da decisão não puder ser postergada, o pronunciamento deve ser impugnado por agravo de instrumento.

Melhor explicando, a percepção dos que assim entendem é a partir da análise da razão de ser das hipóteses de cabimento elencadas no referido dispositivo e não considerando individualmente cada uma das hipóteses elencadas, o que parece ser um tanto perigoso, pois dá margens a inúmeras interpretações, pois o que para uns pode ser útil em um momento, para outros não e tratando-se de cabimento de recurso é preciso uma definição mais detalhada.

Até porque, isso implicaria diretamente na preclusão, pois o que se entender impugnável por agravo de instrumento preclui e não pode ser alegado em preliminar de apelação, o que agrava o problema e com uma interpretação muito abrangente poderemos nos deparar com essas situações na prática.

¹²⁴ VASCONCELOS, Ronaldo; GULIM, Marcello de Oliveira. Sistema recursal brasileiro e o vetor da não recorribilidade. In: NERY JR. Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Vol. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹²⁵ PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. O problema do rol taxativo do 1015: há uma solução no CPC?. In: *Processualistas*. Disponível em <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/460956892/o-problema-do-rol-taxativo-do-1015-ha-uma-solucao-no-cpc>>. Acesso em 07 de setembro de 2018.

Interessante que essa forma de interpretar o art. 1.015, do Código de Processo Civil acaba por identificar o cabimento a partir da necessidade e utilidade de uma revisão imediata, o que acrescenta ao juízo de admissibilidade a necessidade de avaliar a existência ou não de urgência¹²⁶.

A doutrina ainda é muito divergente. Há quem entenda, ainda, pela taxatividade restrita, que não comportaria interpretações. Para outros, o rol é taxativo, mas comporta interpretações ampliativas. E há também aqueles que entendem que o rol é meramente exemplificativo, o que esvazia todas as discussões sobre o cabimento.

Para aqueles que entendem pela taxatividade restrita¹²⁷, o principal fundamento é de natureza prática e decorre da necessidade encampada pelo Código quanto à redução dos recursos. Ademais, qualquer interpretação ampliativa comprometeria a segurança de todo o sistema, pois a decisão que para uns é passível de impugnação, para outros pode não ser e, dessa forma, o cabimento do recurso de agravo de instrumento ficaria muito inseguro e instável, o que não deixa de ser uma preocupação coerente (até mesmo pelo perfil do judiciário brasileiro de desrespeito das decisões hierarquicamente superiores)¹²⁸.

Essa ideia de taxatividade é reforçada especialmente pela redação do art. 1.015, inciso XIII, que deixa claro que as hipóteses de cabimento devem estar legal e expressamente previstas no texto da lei. Ou seja, o cabimento do agravo de instrumento pressupõe hipótese específica prevista em lei (não necessariamente apenas no Código de Processo Civil, mas deve haver previsão legal).

¹²⁶ Como alerta Carolina (Uzeda UZEDA, Carolina. Interesse recursal. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 205).

¹²⁷ A exemplo da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que em seu voto no julgamento do Tema 966, entendeu que o rol é taxativo. Para a Ministra: "Somente tem cabimento o agravo de instrumento nas hipóteses previstas expressamente no artigo 1.015 do CPC/15. No mais, seria caso de um projeto de lei." E ainda complementou que: "A tese trará mais problemas que soluções, porque certamente surgirão incontáveis controvérsias sobre a interpretação dada no caso concreto. Como se fará a análise da urgência? Caberá a cada julgador fixar de modo subjetivo o que será urgência no caso concreto?" (REsp 1.696.396 e REsp 1.704.520).

¹²⁸ Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: "(...) a interpretação do art. 1.015 do Novo CPC deve ser restritiva, para entender que não é possível o alargamento das hipóteses para contemplar situações não previstas taxativamente na lista estabelecida para o cabimento do Agravo de Instrumento (...)." (REsp 1700308/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/05/2018).

Totalmente em sentido contrário, há quem entende que se trata de rol meramente exemplificativo, pois várias decisões que não constam do rol também mereceriam ser impugnadas por agravo de instrumento. Para tanto, ainda argumentam no processo legislativo houve uma tentativa de ampliação, justamente para que não fossem prejudicadas decisões que deveriam ser impugnadas por agravo de instrumento, mas não constavam no restrito rol do art. 1.015, do Código de Processo Civil.

Em posição intermediária, com diversas variações, há quem entenda pela taxatividade, admitindo-se interpretações ampliativas (extensivas e analógicas), até para se evitar o uso muito constante do mandado de segurança¹²⁹, sobre o qual trataremos em tópico específico.

Necessário diferenciar essa posição intermediária daquela adotada pela Ministra Nancy Andrighi e William Santos Ferreira, que também admitem o rol taxativo, com interpretação ampliativa. Isso porque a premissa adotada é diferente, o que remete a conclusões diferentes também.

Enquanto que a Ministra Nancy Andrighi e William Santos Ferreira partem da interpretação ampliativa a partir da análise do art. 1.015 como um todo, buscando compreender o que tem em comum em cada hipótese elencadas pelo legislador e essa premissa é utilizada para admitir outros casos que não estão ali taxativamente elencados, a maioria da doutrina, que adota também essa posição intermediária, interpreta ampliativamente de forma individual cada um dos incisos¹³⁰. Por essa razão as conclusões são tão diferentes, ao interpretar, observam objetos diferentes, o que amplia em maior ou menor grau o dispositivo em comento.

Ocorre que, tratando-se de rol taxativo, como de fato é, especialmente em razão do inciso XIII, a interpretação ampliativa não pode ser tão abrangente a ponto

¹²⁹ Como lembra Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 250-251.

¹³⁰ A exemplo da interpretação do art. 1.015, inciso III, do Código de Processo Civil que é alertada por Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha. Ao indicar que a rejeição da alegação de convenção de arbitragem é impugnada por agravo de instrumento, por se tratar de regra de competência, também com fundamento nesse inciso seria possível impugnar decisões que versam sobre competência (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 248-249).

de esvaziar o que prevê a lei processual brasileira. Justamente em razão da taxatividade é que a ampliação não pode ser tão abrangente que comporte todas as hipóteses de decisões interlocutórias. Até porque, a interpretação ampliativa não deve ser ilimitada.

Nesse sentido, também é a posição adotada por Rennan Thamay, que ressalta a impossibilidade de interpretar o instituto ante as reprovações das escolhas legislativas¹³¹.

Ademais, apenas a título de curiosidade, para os que admitem essa interpretação ampliativa mais abrangente, um dos principais argumentos é que seria mais útil a impugnação da decisão por agravo de instrumento do que esperar até o final do processo para impugnar apenas na apelação, além de ser contraproducente. Entretanto, na prática, quantas das vezes não nos deparamos com situações em que a sentença é proferida antes do julgamento do agravo de instrumento e muitas vezes a matéria objeto do agravo de instrumento deve ser reiterada na apelação em razão de se tratar de uma questão prévia, que deve ser apreciada antes do mérito (conforme já abordado anteriormente). Por essa razão, na prática forense, mesmo que admitíssemos a impugnação das decisões interlocutórias por agravo de instrumento não significa que a decisão impugnada será apreciada no momento mais oportuno.

Assim, nos parece razoável entender pela possibilidade de interpretação ampliativa, mas com muitas restrições. Restrições que na verdade apenas decorre da igualdade.

¹³¹ “Há um limite interpretativo para a academia e jurisprudência. Ressalvados os casos de inconstitucionalidade, não parece possível sobrepor o juízo pessoal de desaprovação das opções do CPC/2015 (LGL\2015\1656) sobre o texto legislado. Nessa direção, embora a interpretação extensiva seja possível em situações específicas do artigo 1.015, que podem ser antecipadas pela compreensão sistemática do novo CPC (LGL\2015\1656), não se deve, diversamente do modelo do novo CPC (LGL\2015\1656), criar hipóteses de recorribilidade de decisão interlocutória não previstas expressamente no 5º. Não parece haver espaço, dessa maneira, para se reconhecer o cabimento de agravo de instrumento contra decisões que, por exemplo, discutem a competência do juízo, decidam sobre valor da causa, defiram ou indefiram provas na fase de conhecimento ou afastem a aplicação de negócio jurídico processual.” (THAMAY, Rennan Faria Krüger; SOUSA, Rosalina Freitas Martins. Decisão interlocutória que declina da competência e não conserva os efeitos dos atos processuais praticados: a agravabilidade do capítulo que revoga a tutela provisória anteriormente concedida. In: *Revista de Processo*, v. 43, n. 278. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2018, p. 237-260.)

São formas de interpretação ampliativa, conforme já mencionado no início do tópico, tanto a interpretação extensiva quanto a analógica, pois comportam ampliação do texto literal.

Entretanto, entendemos não se tratar de hipótese de interpretação analógica, pois não há omissão. Especialmente porque não há que se falar em irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Não sendo impugnadas por agravo de instrumento, serão impugnadas em preliminar de apelação, ou contrarrazões de apelação, ou seja, são recorríveis (mesmo que por recursos distintos), o que por si afasta a possibilidade da analogia.

Já na interpretação extensiva busca-se o verdadeiro alcance da norma e, pelas razões explicadas mais acima, deve ser avaliado de acordo com cada hipótese de cabimento legalmente prevista, o que será analisado em breve.

Antes, contudo, necessário aprofundar nossas impressões sobre a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça da qual discordamos, como já ficou evidente.

O primeiro problema que se percebe é logo na afetação dos recursos para julgamento pela técnica dos repetitivos. Ambos os recursos afetados limitavam a controvérsia apenas à recorribilidade imediata da decisão que versa sobre competência. E não poderia ser diferente. Conforme já explicamos, por se tratar rol nitidamente taxativo a interpretação deve ser feita de acordo com cada hipótese de cabimento. Dessa forma, a afetação deveria versar apenas sobre cabimento e não abranger todas as decisões interlocutórias.

Mas o problema não está apenas na afetação, vai além. Como a própria relatoria explicou em seu voto, não se trata de interpretação extensiva nem analógica, porque considerou que essas formas de interpretação seriam insuficientes para abranger todas as situações em que é necessária uma decisão imediata. Para a relatora, a solução seria admitir o agravo de instrumento quando verificada urgência decorrente da inutilidade de futuro julgamento.

Pois bem, a urgência de que trata a relatora é diferente da urgência elencada como hipótese de cabimento de agravo de instrumento. O rol do art. 1.015, do Código de Processo Civil, em seu inciso I autoriza a impugnação da decisão interlocutória que versa sobre tutela provisória, que nada mais é do que a urgência

que decorre do direito material, seja para resguardar os efeitos da decisão final ou para antecipar seus efeitos, o que é nitidamente diferente da urgência de que trata a relatora, que estaria relacionada à urgência processual, decorrente da demora de um rejuízo futuro.

Nesse contexto, tratando-se de urgência processual, o voto vencedor pretende antecipar o rejuízo que só ocorreria na oportunidade da apelação. Guardadas as devidas proporções, se equipara ao julgamento antecipado do mérito. Parece que seria mais coerente possibilitar uma apelação antecedente para apreciar o pedido objeto de impugnação de decisão interlocutória do que criar uma hipótese de cabimento que inexistente para o agravo de instrumento. Até porque, a tutela antecedente está prevista na parte geral do Código de Processo Civil, o que possibilita sua aplicação para todo o processo.

A apelação antecedente decorreria da possibilidade de formulação de pedidos em caráter antecedente, cumulado com a hipótese legal de cabimento de apelação – da recorribilidade das decisões interlocutórias em preliminar de apelação. Ao menos essa sistemática se utiliza de hipótese recursal de cabimento já prevista em lei.

A tese firmada no precedente em comento, repisa-se, cria uma hipótese de cabimento para o agravo de instrumento que não está prevista em lei, o que também é questionável. A função do Superior Tribunal Federal deve se limitar a interpretar a lei federal e não atuar como se Poder Legislativo fosse. Por mais indesejável que seja a restrição das hipóteses de cabimento, não significa que o Judiciário deve exercer atividade complementar ao Legislativo.

Ademais, ao admitir como cabível uma hipótese de agravo de instrumento que não existe em lei, o Superior Tribunal de Justiça está, na verdade, negando vigência a lei federal, ou seja, está afastando sua incidência no caso concreto, especialmente em relação ao cabimento da apelação. Tanto que o voto vencedor deixa clara que o propósito é apenas não deixar de lado decisões que necessitam de impugnação imediata.

Essa hipótese de cabimento de agravo de instrumento criada pelo Superior Tribunal de Justiça seria, na verdade, hipótese de preliminar de apelação e ao admitir o agravo de instrumento está negando vigência ao art. 1.009, § 1º, do Código

de Processo Civil e, com isso, declarando inconstitucional o texto da lei, mesmo que de forma implícita, o que deveria ser apreciado apenas pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente quando a decisão é vinculante, como inclusive ponderou o Ministro Og Fernandes em seu voto.

A propósito, o Código de Processo Civil cria mecanismos para possibilitar que a matéria, quando tratar de questão constitucional, seja encaminhada para julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (art. 1.032, do Código de Processo Civil), o que significa que até mesmo o Código de Processo Civil preza para que questões constitucionais sejam apreciadas pelo Supremo e não pelo Superior Tribunal de Justiça.

Outro problema da tese fixada no julgamento do tema 988 é que seu principal fundamento para justificar a existência do cabimento do agravo de instrumento na hipótese de urgência decorrente da inutilidade de julgamento futuro tem origem no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, que hipoteticamente justificaria esse posicionamento.

Ocorre que, esse raciocínio interpretativo traz como fundamento princípio constitucional como pilar de sustentação, o que demandaria julgamento pelo Supremo Tribunal Federal e não pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ao tentar interpretar o art. 1.015, do Código de Processo Civil a luz da inafastabilidade da jurisdição, o voto vencedor usurpa competência do Supremo Tribunal Federal¹³², a quem constitucionalmente é atribuído o dever de interpretar e aplicar a Constituição Federal¹³³. Ou seja, mesmo que fosse possível admitir essa hipótese de cabimento, deveria ser por atividade do Supremo Tribunal Federal.

¹³² “A situação descrita no CPC 1032 é de verdadeira conversão do REsp em RE, tendo em vista a discussão de questão constitucional – e é uma forma de não deixar que a questão constitucional permaneça em aberto por conta da impossibilidade evidente de o STJ apreciá-la, sob pena de usurpação de competência.” (NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 2162)

¹³³ Apesar da possibilidade do Superior Tribunal de Justiça exercer o controle difuso de constitucionalidade, como entende Georges Abboud: “O STJ, não obstante ser o órgão responsável em assegurar a incolumidade e uniformidade da legislação federal, possui a prerrogativa de realizar o controle difuso de constitucionalidade ao realizar o juízo de revisão dos Recursos.” (ABBOUD, Geordes. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 209)

Além de todos os fundamentos pelas quais a tese não deveria vigorar, há ainda que se considerar sua ineficiência. Ao mesmo tempo em que tenta solucionar e pacificar uma interpretação, também cria uma hipótese de cabimento totalmente subjetiva, deixando que as partes e tribunais se manifestem sobre o que é e o que não é urgente.

Não significa que a dúvida está sanada. No futuro os tribunais e até mesmo o Superior Tribunal de Justiça precisará enfrentar situações de interpretação extensiva, referente a uma hipótese específica de cabimento, que inexistia a suposta urgência no julgamento. Melhor explicando, criar uma hipótese de cabimento para o agravo de instrumento, não acaba com as discussões, pois ainda subsistirão as questões não urgentes em que a parte pretende impugnar de imediato e poderá tentar se utilizar da interpretação extensiva.

Até porque, se for possível pleitear a impugnação da decisão interlocutória por hipótese que não é expressamente prevista em lei, com maior razão tem a impugnação de uma hipótese que decorre de interpretação extensiva e se enquadraria em uma das hipóteses definidas em lei.

Também há que se considerar que o resultado pretendido pelo voto vencedor é justamente possibilitar a impugnação imediata em situações em que a impugnação posterior possa ser ineficiente. Que é justamente o mesmo resultado que seria obtido com a impetração do mandado de segurança. A propósito, a veiculação do mandado de segurança contra ato judicial está legalmente prevista em lei e pode ser utilizada pela parte prejudicada pela decisão.

Muito embora o voto vencedor tenha afastado a impugnação das decisões interlocutórias por meio de mandado de segurança, apenas sob o fundamento de ser insuficiente, ao fixar a tese acabou por criar uma hipótese de cabimento para o agravo de instrumento que não se difere da hipótese de cabimento do mandado de segurança contra ato judicial. O que significa que não haveria prejuízo para o jurisdicionado, pois se trata apenas de uma forma diversa de impugnação.

Veja que da mesma forma que o tribunal recorrido poderia se manifestar sobre o cabimento do mandado de segurança, terá que se manifestar sobre o cabimento do agravo de instrumento e enfrentando uma situação pior: quanto à

preclusão, pois mesmo tendo a relatora se preocupado com a preclusão, a ideia é falha, justamente porque não é possível condicionar à decisão da parte cumulada com a interpretação do tribunal.

Não podemos nos esquecer de que a preclusão e cabimento são matérias de processo e que, portanto, cabem ao legislativo federal disciplinar, por determinação constitucional ao estabelecer a divisão de competência. Dessa forma, além de prejudicial e inseguro para o sistema, também é inconstitucional atribuir à parte e ao tribunal recorrido a função de decidir o que estará precluso ou não e qual o recurso mais adequado para o caso.

E mais, o voto só leva em consideração que ficará a cargo da parte recorrente e do tribunal reconhecerem a necessidade da urgência a justificar o cabimento do agravo de instrumento. Entretanto, nessa hipótese, como ficaria a situação da parte recorrida? Em um caso de sucumbência recíproca, por exemplo, o tratamento seria diferente para a parte que entendeu pela urgência da parte que entendeu que não era caso de urgência?

São várias as perguntas sem respostas que decorrem desse posicionamento.

Além disso, como já mencionado diversas vezes, pelo voto vencedor o cabimento se verificaria a partir da inutilidade futura do julgamento. Entretanto, é muito difícil na prática e diante do caso concreto antever quando o julgamento futuro será inútil ou não. A identificação da inutilidade do julgamento futuro só de fato poderá ser aferida quando do julgamento da apelação.

Vejamos, por exemplo, no caso de indeferimento de uma prova. Pelo rol do art. 1.015, do Código de Processo Civil a decisão que indefere prova não é impugnada por agravo de instrumento. A parte prejudicada, que teve a prova indeferida, poderá, então, impugnar a decisão alegando que a impugnação futura será inútil. O tribunal, por sua vez, reconhece que há urgência decorrente do processo e determina a realização da prova. Ao final, a parte que impugnou o indeferimento de prova é vencedora. Talvez a prova que pretendia produzir realmente era indispensável e após o julgamento final sua impugnação seria desnecessária.

Nesse ponto, outro questionamento se coloca, o reconhecimento da urgência corresponderia ao julgamento do mérito do recurso? Porque caso reconheça a urgência para fins de cabimento, estará o tribunal antecipando o julgamento de mérito do recurso? Por outro lado, caso não reconheça a urgência não significa que a matéria não poderá ser reanalisada futuramente. Essa sistemática se equipara aos recursos de fundamentação vinculada, guardadas as devidas proporções.

Por todas essas razões, entendemos que a tese intitulada taxatividade mitigada não é a mais adequada e traz mais problemas do que soluções e, como explicado, não pacifica a discussão.

Podemos concluir, portanto, que a única forma de interpretação admissível é aquela extensiva, considerando cada hipótese legal já prevista em lei. Lembrando que por se tratar de rol taxativo, a interpretação deve ser restritiva. Caso contrário, a parte prejudicada deverá buscar outros meios de impugnação, como o mandado de segurança.

Para sintetizar essa ideia, entendemos que há uma taxatividade vertical em relação às hipóteses de cabimento descrita no rol do art. 1.015, do Código de Processo Civil; enquanto que em relação há cada uma dessas hipóteses deve ser analisada sua extensão de forma horizontal.

A propósito, como já mencionado anteriormente, o mandado de segurança parece sim ser a via adequada para se discutir a necessidade de um julgamento imediato. Até porque dentre as hipóteses de cabimento previstas afasta a de impugnação de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo (art. 7º, inciso II, da Lei 12.016/2009). Essa sim parece ser a oportunidade adequada para se discutir a urgência no julgamento imediato.

Considerando nosso posicionamento, que admite a interpretação extensiva, passaremos a analisar o rol do art. 1.015, a fim de verificar quais decisões comportam recurso de agravo de instrumento, ou seja, quais os limites da interpretação extensiva.

Claro que a análise não pretende esgotar todas as hipóteses de cabimento, até porque seria impossível mediante as incalculáveis questões que podem ser decididas no curso do processo, mas serve para demonstrar que a interpretação

extensiva que defendemos deve ser feita em relação a cada hipótese de cabimento elencada no referido rol.

Em seu inciso, I, o art. 1.015, do Código de Processo Civil admite a impugnação das decisões que versam sobre tutela provisória por agravo de instrumento. Pois bem, provisória é toda decisão que não é definitiva, ou seja, que comporta revisão, modificação, reforma, invalidação pelo mesmo juízo (desde que, clara, fundamentadamente).

No atual sistema processual brasileiro pode ser de urgência, quando além da probabilidade do direito houver também risco de dano, ou de evidência, quando demonstrado a probabilidade do direito e, cumulativamente, se enquadrar em uma das hipóteses do art. 311, do Código de Processo Civil.

Com relação à tutela de urgência, muita embora o Código não defina conceitualmente, mas apenas procedimentalmente, corresponde tanto à tutela antecipada quanto à tutela cautelar. Em síntese, tutela antecipa equivale à antecipação dos efeitos do pedido final, enquanto que a tutela cautelar se presta para resguardar o resultado útil do processo.

Para fins de impugnação por agravo de instrumento, toda e qualquer decisão de natureza antecipada, cautelar ou de evidência deverá ser impugnada por agravo de instrumento. O que significa que sempre que houver risco de ineficácia do provimento final, a questão decidida pode ser impugnada por agravo de instrumento¹³⁴.

Nesse sentido, uma ponderação é necessária quanto ao segredo de justiça, o que foi questionado inclusive no voto da Ministra Nancy Andrighi no julgamento dos recursos REsp 1.696.396/MT e REsp 1.704.520/MT. É preciso compreender que o segredo de justiça tem por escopo resguardar alguns interesses cuja publicidade

¹³⁴ As decisões antecipadas ou cautelares tem por fundamento a ineficácia do provimento final, como destaca Eduardo Arruda Alvim: “Tanto os provimentos cautelares quanto as decisões antecipatórias de tutela possuem o mesmo berço constitucional, como bem aponta Teori Albino Zavascki. De fato, ao menos quando a antecipação de tutela é concedida com esteio no inc. I do art. 273, ou com base no § 3º do art. 461, há, como já dito, um quê de cautelaridade, que se faz também presente na hipótese do art. 804. Em ambas as hipóteses, colima-se garantir uma prestação jurisdicional eficaz. Tanto num como noutro caso, a tutela será de urgência e terá como fundamento o “risco de ineficácia do provimento final”. (ALVIM, Eduardo Arruda. *Antecipação da tutela*. Série Biblioteca Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2009, p. 159).

pode ser prejudicial. Portanto, deve ser compreendido como de natureza cautelar. Com isso, o deferimento ou indeferimento do pedido de segredo de justiça, considerando-o como pedido cautelar, pode ser impugnado por agravo de instrumento.

Esse exemplo deixa claro que é necessário sempre avaliar com cuidado a natureza do pedido e da questão decidida que será objeto de impugnação, pois o simples fato de não estar nomeada como tutela provisória, não significa que está excluída do rol das decisões impugnadas por agravo de instrumento.

Assim, caso a natureza da decisão se enquadre como antecipada, cautelar ou de evidência comportará impugnação por agravo de instrumento, como é o caso da decisão que trata do segredo de justiça. É o que ocorre, por exemplo, no caso da liminar em mandado de segurança¹³⁵.

O inciso II, do art. 1.015, do Código de Processo Civil, por sua vez, trata do cabimento do agravo de instrumento quando a decisão versar sobre mérito do processo. Já vimos que mérito do processo corresponde aos pedidos formulados pelas partes na fase postulatória (normalmente o autor na petição inicial e o réu na reconvenção). Claro que se a decisão resolver todas as matérias de mérito do processo será por sentença e não decisão interlocutória, até porque não haverá sentido continuar a fase de conhecimento.

Por essa razão, é evidente que esse dispositivo se refere às decisões parciais de mérito, que ocorrem nas seguintes hipóteses: quando não houver necessidade de produção de outras provas; quando o réu for revel, nas hipóteses em que os fatos alegados pelo autor forem presumidamente verdadeiros¹³⁶ e não houver requerimento de prova; ou, ainda, quando existirem pedidos incontroversos.

¹³⁵ “Temos para nós, assim, que a decisão concessiva ou denegatória de liminar em mandado de segurança configura decisão interlocutória (NCPC, art. 203, § 2.º - “Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre na descrição do § 1.º”, que encontra correspondência no art. 162, § 2.º, do CPC/73), suscetível de impugnação por intermédio de agravo de instrumento.” (ALVIM, Eduardo Arruda; TAMAY, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 324).

¹³⁶ Em regra, não havendo impugnação em contestação, os fatos alegados pelo autor são considerados presumidamente verdadeiros, salvo quando havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; o litígio versar sobre direitos indisponíveis; a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; ou as alegações de

Em todas essas hipóteses o juiz poderá proferir decisão sobre parcela do mérito, seguindo o processo com relação ao restante que ainda não pôde ser decidido antecipadamente. Essa decisão é justamente àquela decisão interlocutória com conteúdo de sentença e, conforme art. 1.015, inciso II é impugnada por agravo de instrumento.

Assim, da mesma forma que são impugnadas todas as decisões de natureza provisória (antecipada, cautelar ou de evidência), também são impugnáveis por agravo de instrumento todas àquelas cuja natureza seja de mérito, o que deverá ser analisado em cada caso concreto.

Oportunamente, interessante observar que o art. 1.015, inciso II restringe o cabimento do agravo às decisões de mérito, ou seja, estariam supostamente excluídas aquelas que não resolvem o mérito, cujas hipóteses estão elencadas no art. 485, do Código de Processo Civil. Nesse caso, não é necessário qualquer esforço interpretativo, pois o próprio Código, ao tratar da extinção do processo, expressamente determina que quando a extinção do processo for parcial, a decisão deverá ser impugnada por agravo de instrumento (art. 354, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

Já o inciso II, do art. 1.015, do Código de Processo Civil, trata do cabimento do agravo de instrumento quando a decisão versar sobre rejeição da alegação de convenção de arbitragem e desde logo se verifica dois fatores limitadores: rejeição e convenção de arbitragem.

Em primeiro lugar, por questões de igualdade e isonomia, tanto a decisão que rejeita alegação de convenção de arbitragem, quanto à decisão que acolhe alegação de convenção de arbitragem devem ser passíveis de impugnação por agravo de instrumento. Neste caso, a interpretação tem fundamento constitucional.

Com relação à convenção de arbitragem, a hipótese trata de jurisdição, de forma que em uma primeira análise não seria possível equipará-la à competência, como defende parte da doutrina¹³⁷. Por outro lado, a essência do inciso visa afastar

fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos, conforme art. 345, do Código de Processo Civil.

¹³⁷ Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha explicam que: “A alegação de convenção de arbitragem e a alegação de incompetência são situações que se identificam e se

o processamento e julgamento por juízo incompetente para a causa, como já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, em voto proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão¹³⁸.

Sobre o tema, Daniel Amorim Assunção Neves alerta que os atos praticados por juízo incompetente, mesmo no caso de incompetência absoluta, não serão anulados apenas em razão da incompetência do juízo¹³⁹, de forma que tudo que for possível aproveitar será aproveitado, mesmo que a incompetência seja absoluta (art. 64, § 4º, do Código de Processo Civil).

assemelham. Por se assemelharem muito, devem ter o mesmo tratamento. Em razão do princípio da igualdade (CPC/2015, art. 7.º), ambas não podem, nesse ponto, ser tratadas diferentemente. A alegação de convenção de arbitragem e a alegação de incompetência têm por objetivo, substancialmente, afastar o juízo da causa. Ambas são formas de fazer valer em juízo o direito fundamental ao juiz natural – juiz competente e imparcial, como se sabe.” (DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Agravado de Instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. *Revista de Processo*. Vol. 242/2015, p. 275-284. Abril/2015). Também se manifestam pelo cabimento do agravo de instrumento para impugnar decisão que versa sobre competência Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 807) e Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 146).

¹³⁸ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO IMEDIATA DAS NORMAS PROCESSUAIS. TEMPUS REGIT ACTUM. RECURSO CABÍVEL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 1 DO STJ. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA COM FUNDAMENTO NO CPC/1973. DECISÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM. DIREITO PROCESSUAL ADQUIRIDO. RECURSO CABÍVEL. NORMA PROCESSUAL DE REGÊNCIA. MARCO DE DEFINIÇÃO. PUBLICAÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA OU EXTENSIVA DO INCISO III DO ART. 1.015 DO CPC/2015. 1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso, não podendo ser aplicadas retroativamente (*tempus regit actum*), tendo o princípio sido positivado no art. 14 do novo CPC, devendo-se respeitar, não obstante, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. 2. No que toca ao recurso cabível e à forma de sua interposição, o STJ consolidou o entendimento de que, em regra, a lei regente é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Enunciado Administrativo n. 1 do STJ. 3. No presente caso, os recorrentes opuseram exceção de incompetência com fundamento no Código revogado, tendo o incidente sido resolvido, de forma contrária à pretensão dos autores, já sob a égide do novo Código de Processo Civil, em seguida interposto agravo de instrumento não conhecido pelo Tribunal a quo. 4. A publicação da decisão interlocutória que dirimir a exceptio será o marco de definição da norma processual de regência do recurso a ser interposto, evitando-se, assim, qualquer tipo de tumulto processual. 5. Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma ratio -, qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda. 6. Recurso Especial provido. (REsp 1679909/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 01/02/2018)

¹³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 585.

De fato, nos parece que não é possível extrair da convenção de arbitragem a possibilidade de impugnação das decisões que versam sobre competência e também não acreditamos ser possível a impugnação por agravo de instrumento com fundamento na ineficiência de uma decisão final, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Para nós, caso a parte entenda ser necessária impugnação imediata, deverá fazê-lo por meio de mandado de segurança.

A impossibilidade de impugnação das decisões que versam sobre competência é reforçada justamente pelo sistema de nulidades previsto pelo Código de Processo Civil, como ponderado acima. Se não há nulidade pelo simples fato do juiz ser incompetente, também não há necessidade de impugnação imediata.

A título de comparação, o Código estabeleceu procedimento diferenciado para os casos de impedimento e suspeição. Quando não reconhecido pelo juiz a hipótese de impedimento ou suspeição alegado pela parte, deverá o magistrado ordenar a remessa do incidente ao tribunal (art. 146, § 1º, do Código de Processo Civil).

Essa diferença de tratamento entre a competência e o impedimento e suspeição deixam evidente que no caso do impedimento e suspeição o legislador entendeu por necessária a apreciação pelo tribunal, já no caso da incompetência não, justamente por inexistir nulidade, salvo na hipótese de prejuízo. O que não deixa outra conclusão, senão pela impossibilidade de impugnar por agravo de instrumento decisão que versa sobre competência.

Com relação às intervenções de terceiros, o Código de Processo Civil admitiu a ampla possibilidade de impugnação. Admite expressamente a impugnação da decisão interlocutória que versa sobre incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (inciso IV) e da decisão que versa sobre admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros (inciso IX).

Sobre o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, muito se discute a respeito da natureza jurídica da desconconsideração da personalidade jurídica, especialmente se se trata de responsabilidade civil ou patrimonial. Para o presente trabalho, essa distinção, ao menos nesse momento, não será necessário,

pois seja responsabilidade civil, seja patrimonial, o que ocorre é o ingresso de um terceiro no processo, que passará a integrar no polo ativo ou passivo.

Em razão da redação ampla, todas as decisões proferidas no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica são passíveis de impugnação por agravo de instrumento. Isso porque influenciaram na admissão ou inadmissão de um terceiro no processo.

Dá mesma forma é o inciso IX, do art. 1.015, que trata da admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros, que trata da possibilidade ou impossibilidade da atuação e prática de atos por terceiros, que passarão a integrar a lide como partes, via de regra.

Oportunamente, necessário ressaltar a irrecorribilidade da decisão que solicita ou admite o *amicus curiae* no processo (art. 138, do Código de Processo Civil). Nesta hipótese, a decisão não poderá ser impugnada por agravo de instrumento.

Para todos os outros casos, sempre que for admitida ou inadmitida a participação de um terceiro, a decisão poderá ser impugnada por agravo de instrumento.

Para tanto, necessário apenas compreender que o terceiro aqui considerado é aquele que não é parte. Ou seja, não é autor nem réu do processo. A propósito, a figura do terceiro não aparece apenas nas intervenções de terceiro, aparece também, por exemplo, para requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação, desde que demonstrando interesse jurídico da causa (art. 189, § 2º, do Código de Processo Civil).

Em todas as hipóteses que se permite a atuação do terceiro, a decisão que defere ou indefere o pedido de intervenção de sua intervenção sempre deverá ser impugnada por agravo de instrumento.

Com relação à decisão que versa sobre gratuidade da justiça o inciso V, do art. 1.015, do Código de Processo Civil, trata do cabimento do agravo de instrumento quando a matéria versar sobre rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação. Ou seja, quando o pedido de

gratuidade é rejeitado ou quando é revogado não há dúvidas que a decisão é impugnada por agravo de instrumento, porque há disposição expressa.

O problema surge com relação à concessão do benefício de gratuidade da justiça que, num primeiro momento, deve ser impugnado pela parte contrária em preliminar de contestação (art. 337, inciso XIII, do Código de Processo Civil) ou, a depender do momento em que o processo se encontra, por simples petição, em contrarrazões a recurso (quando requerida apenas na fase recursal, por exemplo), em réplica (quando requerida pelo réu, por exemplo), conforme art. 100, da referida lei processual.

Havendo impugnação, caso seja acolhido e o benefício de gratuidade da justiça revogado, a decisão poderá ser impugnada por agravo de instrumento. Por outro lado, se a impugnação não for acolhida o benefício da gratuidade não será revogado, mantendo-se a concessão da gratuidade da justiça.

Dessa segunda decisão, que confirma a concessão da gratuidade da justiça, pela literalidade do inciso analisado não é impugnada por agravo de instrumento. Entretanto, por um lado, pela igualdade, deve também ser impugnada por agravo de instrumento a decisão que confirma a concessão de gratuidade da justiça. Por outro lado, não há (em tese) prejuízo no caso da concessão da gratuidade, que apenas será postergada na hipótese de futuramente ser reformada sua concessão (art. 100, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

Para nós, parece prevalecer a igualdade, de forma que tanto a confirmação da concessão, quanto a revogação do benefício de gratuidade da justiça devem ser impugnados por agravo de instrumento, pois não podem duas decisões que versam sobre a mesma matéria receber tratamentos tão distintos¹⁴⁰. Até porque esse

¹⁴⁰ Em sentido contrário entende Renato Montans de Sá: “É importante frisar que a concessão do benefício da gratuidade não permite a interposição imediata de agravo. Deverá a parte impugnar a concessão (por simples petição, na contestação, réplica ou contrarrazões de recurso, a depender do momento). Acolhendo, caberá agravo; não acolhendo, a parte não poderá recorrer imediatamente, devendo levar a matéria em preliminar de apelação quando da prolação da sentença (art. 1.009, § 1º, CPC).” (SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1413).

tratamento distinto tem consequências muito diferentes, especialmente com relação a efeitos dos recursos¹⁴¹.

Com relação às provas, o Código, por opção legislativa, adotou a irrecorribilidade. De forma excepcional admitiu a recorribilidade por agravo de instrumento da decisão interlocutória que versa sobre exibição ou posse de documento ou coisa ou que redistribui o ônus da prova.

O inciso VI, do art. 1.015, do Código de Processo Civil, trata do cabimento do agravo de instrumento quando a decisão versar sobre exibição ou posse de documento ou coisa, que nada mais é do que um meio de prova cujo objetivo é a obtenção de um documento ou coisa que esteja em posse da parte contrário ou de terceiro.

Nesta hipótese, a impugnação deve ser da decisão que julga o pedido de exibição do documento ou coisa (decisão de que trata o art. 400, do Código de Processo Civil), pois a exibição de documento ou coisa, conforme procedimento estabelecido pelo Código, depende de contrário, inclusive (como deveria ser) com a intimação da parte contrária para se manifestar, salvo se a determinação for de ofício. Ou seja, é agravável apenas a decisão que determinar a exibição ou a indefere.

Por se tratar de um meio de prova, o questionamento que deveria ser feito é se abrangeria as demais hipóteses de deferimento ou indeferimento de outras provas, tendo em vista que o Código apenas elenca como agravável a decisão que versa sobre exibição de documento ou coisa.

Ao que parece, a interpretação de fato deve ser restritiva nesse caso, não abrangendo as demais hipóteses de indeferimento ou deferimento de provas, pois a redação é específica em tratar dessas hipóteses probatórias, de forma que não pode ser interpretada como apenas exemplificativa.

Todavia, o raciocínio não é o mesmo quando o requerimento da prova é em caráter antecipado. Em razão da natureza antecipada e também considerando o

¹⁴¹ Como lembra Heitor Vitor Mendonça Sica (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Art. 1.015. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1339).

direito autônomo à prova¹⁴², a decisão poderá ser impugnada por agravo de instrumento com fundamento no inciso I.

O inciso VIII, por sua vez, trata do cabimento do agravo de instrumento quando a decisão versar sobre redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º, o qual autoriza a distribuição dinâmica do ônus da prova quando for impossível a produção de uma prova, quando houver excessiva dificuldade de cumprir o encargo, ou quando maior a facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Nessas hipóteses, pode o juiz distribuir o ônus da prova de forma diversa da regra legal, em que o autor deve provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto que o réu deve provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Sempre que a distribuição se der de forma diversa da prevista em lei, a decisão será impugnada por agravo de instrumento. Por outro lado, importante frisar que a distribuição do ônus da prova quando seguir a regra legal não será impugnável por agravo de instrumento, até porque não se trata de decisão do juiz, não há discricionariedade do magistrado.

Entretanto, necessário diferenciar a distribuição do ônus da prova quando aplicado a regra legal, da decisão que indefere a redistribuição do ônus da prova e aplica a regra legal. A decisão que indefere a redistribuição do ônus da prova também pode ser atacada por agravo de instrumento. Primeiro porque o Código não limita o cabimento do agravo apenas à decisão que defere a redistribuição do ônus da prova e, segundo, porque mesmo que limitasse, novamente por uma questão de igualdade, deveria também referida decisão ser passível de impugnação por agravo de instrumento.

Dessa forma, sempre que versar sobre redistribuição do ônus da prova, seja para deferir, seja para indeferir, ou ainda mesmo quando determinada de ofício,

¹⁴² “(...) a perspectiva mais abrangente do direito de ação, tal como vista anteriormente, afeiçoa-se ao reconhecimento de um direito de produzir prova autonomamente, sem natureza propriamente cautelar, porque providência de tal ordem, na medida em que exerce a função preventiva descrita, pode e deve ser entendida como abrangida pela amplitude dos meios predispostos pelo Estado para uma efetiva resolução de controvérsias. A produção da prova na forma alvitada é, inegavelmente, um instrumento, ainda que indireto, apto a contribuir para a tutela dos interesses reconhecidos no plano material, se vista a garantia da ação em uma perspectiva ampla suficiente a abarcar todos os meios colocados pelo Estado para superação dos conflitos.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 255).

caberá agravo de instrumento. Apenas não é impugnável a decisão que aplica a destruição legal do ônus da prova estabelecida no art. 373, do Código de Processo Civil, até porque não há prejuízo às partes, pois antes de iniciado o processo já sabem os fatos que deverão ser provados.

Quanto às decisões que tratam de litisconsórcio, o Código admite a impugnação por agravo de instrumento apenas das que versam sobre exclusão de litisconsorte ou que rejeitam o pedido de limitação de litisconsorte.

Pois bem, a decisão que versa sobre exclusão de litisconsorte influenciará diretamente nos limites subjetivos da demanda (as partes) e, conseqüentemente na relação processual. E tanto a decisão que admite quanto a decisão que exclui um litisconsorte irá modificar esses limites subjetivos.

Com isso, é evidente a essência da decisão, seja para admitir, seja para excluir litisconsorte versa sobre a relação jurídica processual, de forma que a interpretação do dispositivo deve se estender para toda e qualquer decisão que diretamente influenciar nas partes do processo. Até porque é possível, por exemplo, a ampliação subjetiva da demanda na reconvenção, que admite tanto a ampliação do polo ativo, quanto do polo passivo, o que pode ou não ser admitido pelo juiz.

Também é possível que na própria ação tenha requerimento de integração da lide, dada à verificação de litisconsórcio necessário, o que não precisaria ocorrer por uma das formas de intervenção de terceiros (considerando que normalmente a formação do litisconsórcio ulterior se dá pela intervenção de terceiros).

Ou seja, não apenas a exclusão de litisconsórcio altera a relação jurídica processual, de forma que não pode ser única e exclusivamente a decisão impugnada por agravo de instrumento, que deve também se prestar para impugnar toda e qualquer decisão que ocasionar a modificação das partes do processo, a bem da igualdade.

Já o inciso VIII, do art. 1.015, trata do cabimento do agravo de instrumento quando a decisão versar sobre rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio, que ocorre nas hipóteses de litisconsórcio multitudinário.

Neste caso, o Código restringe-se a admitir o agravo de instrumento contra decisão que rejeita o pedido de limitação, não abrangendo pela literalidade a decisão que admite a limitação do litisconsórcio.

Por se tratar exatamente da mesma decisão, apenas com “sinal” trocado, novamente pelo princípio da igualdade, deve ser admitido agravo de instrumento não só da decisão que rejeita a limitação do litisconsórcio, mas também a decisão que admite a limitação do litisconsórcio, a fim de manter uma igualdade de tratamento.

Reconhecemos que caso se entenda pela impossibilidade de impugnação da decisão que acolhe a limitação do litisconsórcio não há prejuízo às partes, como ressalta Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁴³. Todavia, é necessário padronizar a forma de interpretação dos incisos do art. 1.015, do Código de Processo Civil, de modo que não é plausível a utilização de critérios diferentes.

Assim, considerando o critério da igualdade adotado para outros casos, aqui também entendemos que pela igualdade tanto a decisão que rejeita quanto a que admite a limitação do litisconsórcio pode ser impugnada por agravo de instrumento.

Também são passíveis de impugnação por agravo de instrumento as decisões interlocutórias que versam sobre admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros, elencadas no inciso VIII. Nesta hipótese o Código se utilizou de uma redação exemplificativa para se referir à decisão que versa sobre o efeito suspensivo dos embargos à execução.

Com isso, é evidente que qualquer decisão que tratar sobre o efeito suspensivo dos embargos à execução deverá ser impugnada por agravo de instrumento. Até porque não seria diferente, considerando que toda decisão interlocutória proferida na execução é impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único do Código de Processo Civil).

¹⁴³ “Observamos que somente é agravável a decisão que *rejeita* o requerimento de limitação do litisconsórcio ativo. A decisão que acolhe esse requerimento não é agravável, exatamente porque, a princípio, não causa qualquer prejuízo ao demandante.” (DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 263).

Também não seria o caso de levantar a dúvida quando ao efeito suspensivo concedido em cumprimento de sentença, pois também as decisões proferidas em cumprimento de sentença são impugnadas por agravo de instrumento.

4.3.3 Decisões proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário

O parágrafo único do art. 1.015 trata genericamente das decisões proferidas em liquidação de sentença, cumprimento de sentença ou processo de execução e não faz qualquer limitação aparente. Pelo contrário, estabelece genericamente que as decisões serão impugnadas por agravo de instrumento.

Diversamente do critério legislativo adotado no caput do art. 1.015, do Código de Processo Civil, seu parágrafo único estabelece a atipicidade do cabimento de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação, cumprimento de sentença, execução e inventário.

Nessas hipóteses, não há necessidade de se verificar o conteúdo da decisão para avaliar sua recorribilidade, pois todas as decisões interlocutórias são impugnadas por agravo de instrumento.

Nestas hipóteses, por mais que o procedimento se encerre por sentença, não há perspectivas para se impugnar os atos já praticados. Até porque nesses casos, a sentença apenas será para marcar o fim da atividade jurisdicional. São desprovidas de conteúdo decisório, de forma que não haveria o que apelar.

Nesse sentido, ao que parece, a decisão da liquidação complementa a sentença, diferentemente das decisões proferidas no curso da fase de liquidação, que são verdadeiras decisões interlocutórias. Todavia, não encerrar o procedimento comum¹⁴⁴, até porque sentença ilíquida é igualmente sentença, não alterando sua

¹⁴⁴ Daniel Amorim Assunção Neves entende que o processo só se encerra efetivamente com a liquidação da sentença, logo a decisão que encerra a liquidação é impugnada por apelação (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 305-306).

natureza apenas pela iliquidez. Para nós, o que ocorre é que ele precisará ser complementada.

Assim, mesmo complementando a sentença, a decisão que põe fim à liquidação é impugnável por agravo de instrumento. Inclusive, o parágrafo único aqui em comento se utiliza de técnica de redação abrangente, o que permite interpretá-lo de forma abrangente.

O mesmo ocorre no inventário, em que a sentença só é proferida após exaurida a atividade jurisdicional, com a partilha dos bens do inventário. O que não inviabiliza a apelação, por não haver o que se discutir. Dessa forma, é imprescindível que as decisões proferidas no inventário sejam agraváveis.

4.3.4 As decisões em processos de falência e recuperação judicial

O inciso XIII, do art. 1.015, do Código de Processo Civil, admite que outros casos, desde que previstos em lei, também possam ser impugnados por agravo de instrumento.

É o caso, por exemplo, da decisão que decreta falência, que nos termos do art. 100, da Lei 11.101/05 é agravável, todavia, trata-se de decisão com cuja natureza é de sentença, pois encerra a fase de conhecimento do processo de falência e também por determinação do art. 99, da citada lei. A decisão é, portanto, sentença, mas agravável. Também em outras oportunidades a Lei 11.101/05 definiu como recurso cabível o agravo, como no caso da decisão que aprecia a impugnação de habilitação de credor.

Entretanto, a dúvida persiste em relação às decisões interlocutórias proferidas no processo de falência, e também da recuperação judicial.

Para tanto, é preciso inicialmente ponderar que o Código de Processo Civil é posterior à Lei 11.101/05, que regulamenta a falência e recuperação judicial do empresário e da sociedade empresária, de forma que não é possível exigir a taxatividade das decisões interlocutórias agraváveis de instrumento, quando a lei foi editada em momento que a ampla recorribilidade era permitida.

Ademais, o mesmo raciocínio que justifica a interpretação ampliativa do parágrafo único do art. 1.015, aqui também pode ser utilizado, pois a sentença na falência e na recuperação judicial ocorrerá quando exaurida a atividade jurisdicional, ou seja, apenas para reconhecer que todos os atos já foram praticados, o que esgota a viabilidade e interesse de se veicular uma apelação. Dessa forma, também se deve admitir que todas as decisões proferidas no curso do processo de falência e recuperação judicial sejam impugnadas por agravo de instrumento.

Nesse sentido é o Enunciado 69 da I Jornada de Direito Processual Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal¹⁴⁵.

A corroborar, também é evidente que a falência e recuperação judicial, guardadas as devidas proporções, mesclam procedimentos executivos com procedimentos de inventário, o que também justificaria a impugnação das decisões interlocutórias por agravo de instrumento.

¹⁴⁵ “hipótese do art. 1.015, parágrafo único, do CPC abrange os processos concursais, de falência e recuperação”.

CONCLUSÃO

O Novo Código de Processo alterou consideravelmente a forma de impugnação das decisões interlocutórias, especialmente porque elencou as decisões passíveis de impugnação por do agravo de instrumento.

Com o desenvolvimento do trabalho, a principal conclusão a que chegamos é que a forma de impugnação das decisões interlocutórias se verifica a partir do conteúdo da decisão recorrida e não apenas pela natureza da decisão. O que significa que se tratando de decisão interlocutória a forma adequada de impugnação se verificará a partir do conteúdo da decisão recorrida, ou seja, conteúdo e cabimento estão intimamente interligados.

Consequentemente, concluímos também que não é mais possível estabelecer uma correspondência entre a natureza da decisão interlocutória recorrida e o recurso adequado para sua impugnação, porque a depender de seu conteúdo poderá ser impugnada por agravo de instrumento, apelação ou outro meio de impugnação, como o mandado de segurança.

Da mesma forma, apesar da unirrecorribilidade das decisões orientar para que uma decisão seja impugnada por um recurso, com o cabimento do agravo de instrumento vinculado ao conteúdo da decisão, caso a decisão seja complexa e aborde mais uma questão, apenas estará sujeita à impugnação por agravo de instrumento aquelas que se enquadrarem no rol do art. 1.015, do Código de Processo Civil.

A partir da interpretação do art. 1.015, do Código de Processo Civil acreditamos que o rol das hipóteses de cabimento previstas no Código de Processo Civil é taxativo, especialmente porque o legislador se utilizou de expressão restritiva.

Muito embora se trate de rol taxativo, é possível e recomendável a interpretação extensiva a partir da análise de cada hipótese de cabimento legalmente prevista, sempre a bem da igualdade, mas com o cuidado de não

ultrapassar os limites legais. A taxatividade é vertical, mas horizontalmente admite interpretação extensiva.

Inevitavelmente, em decorrência da opção legislação que acabou por deixar o cabimento do agravo de instrumento restrito, muitas das questões decididas no curso do processo não poderão ser impugnadas por agravo de instrumento e deverão ser impugnadas em apelação ou contrarrazões de apelação. Ressalvando a possibilidade do vencedor também impugnar decisões interlocutórias que lhe foram prejudiciais.

Na tentativa de atender a necessidade do jurisdicionado quanto à possibilidade de impugnação imediata de decisões interlocutórias, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento repetitivo e por maioria de votos, fixou tese que admite o cabimento do agravo de instrumento quando houver necessidade de urgência no julgamento, decorrente da inutilidade do recurso futuro. Para tanto, o voto vencedor utiliza como fundamento o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Essa não nos parece ser a solução para pacificar a controvérsia sobre a matéria. Primeiro porque criou uma hipótese que não está legalmente prevista; segundo porque não cabe ao Poder Judiciário ampliar hipóteses de cabimento, apenas interpretá-las; terceiro porque o principal fundamento é Constitucional e, se fosse o caso, dependeria de manifestação do Supremo Tribunal Federal; quarto porque não enfrenta efetivamente as formas de interpretação, as quais fatalmente ainda precisarão ser enfrentadas, dentre outros fundamentos que foram apontados no trabalho.

Por essas razões, acreditamos que mesmo que o Superior Tribunal de Justiça tenha tratado do tema ainda assim é pertinente a análise da impugnação das decisões interlocutórias, de forma que a interpretação horizontal de cada hipótese de cabimento do agravo de instrumento deve ser avaliada em relação a cada uma das hipóteses de cabimento elencadas no rol do art. 1.015, do Código de Processo Civil, que são voltadas a descrever o conteúdo das questões agraváveis.

Com isso, pretendemos com o presente trabalho, ainda que minimamente, contribuir para a compreensão desta tão confusa sistemática e tentamos apresentar soluções que, para nós, melhor resguardam a segurança jurídica e igualdade.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Geordes. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa Alves. O cabimento do recurso de terceiro economicamente prejudicado. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 399-404.

ALVES, Rodrigo Lucas da Silva Pereira da Gama. *O conteúdo do pronunciamento judicial como elemento de harmonia do sistema recursal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

ALVIM, José Manoel de Arruda. *Sentença no Processo Civil*: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. In *Revista de processo*. Vol. 2, ano 1976.

ALVIM, José Manoel de Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 17 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Antecipação da tutela*. Série Biblioteca Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2009.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ALVIM, Eduardo Arruda; TAMAY, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALVIM, Teresa Arruda. Um agravo e dois sérios problemas para o legislador brasileiro. *Consultor jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/teresa-arruda-alvim-agravo-dois-serios-problemas>. Acesso em 17 de junho de 2018.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ASSIS, Araken de. *Manual de recursos*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ASSIS, Araken de. Introdução aos sucedâneos recursais. In: WAMNIER, Teresa Arruda Alvim; NERY Jr., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17-19.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo - Influência do Direito Material sobre o Processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL, *Constituição Política do Império do Brasil*, 25 de março de 1824.

BRASIL, Decreto-Lei 1.608. *Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1939.

BRASIL, Lei 5.869. *Código de Processo Civil*. Brasília, 17 de janeiro de 1973.

BRASIL, *Constituição Federal*. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL, *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 25 de março de 1824.

BRASIL, Lei 13.105. *Código de Processo Civil*. Brasília, 2015.

BULOW, Oskar Von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Pressupuestos Procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1868.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIDIER Jr., Fredie. *Recurso de terceiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Agravo de Instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. *Revista de Processo*. Vol. 242/2015, p. 275-284. Abril/2015.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Apelação contra decisão interlocutória não agravável: a apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. *Revista de Processo*. Vol. 241/2015, p. 231-242, mar/2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *O Conceito de mérito em Processo Civil*. In: *Revista de Processo*. vol. 34, 1984, p. 20-46.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2017.

FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2017, nº 263, p. 193-203.

JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução Candido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MENDES, Armindo Ribeiro. *Recursos em processo civil*. Recursos em processo civil. Lisboa: Lex, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro, 1968.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Segunda Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 565*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 565*. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013.

NERY Jr., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 12 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2016.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

NERY Jr., Nelson; ABBOU, Georges. Recursos para os tribunais superiores e a Lei 13.256/2016. *Revista de Processo*. vol. 257/2016, p. 217-235. Jul/2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES, Dierle. Colegialidade corretiva e CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie (coor.). *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais* (Coleção Novo CPC). 2. ed. rev., atual. e ampl., 2016, p. 33-54.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. O problema do rol taxativo do 1015: há uma solução no CPC?. In: *Processualistas*. Disponível em <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/460956892/o-problema-do-rol-taxativo-do-1015-ha-uma-solucao-no-cpc>>. Acesso em 07 de setembro de 2018.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. 3. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. Despachos, pronunciamentos recorríveis. In: *Revista de Processo*, vol. 58, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 45-61.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SAMPAIO JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, III. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

SICA, Heitor. O agravo e o mito de Prometeu: considerações sobre a Lei n. 11.187/2005. In: Teresa Arruda Alvim Wambier; Nelson Nery Jr. (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 9, p. 193-219.

SICA, Heitor. Art. 1.015. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gome.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; SOUSA, Rosalina Freitas Martins. Decisão interlocutória que declina da competência e não conserva os efeitos dos atos processuais praticados: a agravabilidade do capítulo que revoga a tutela provisória anteriormente concedida. In: *Revista de Processo*, v. 43, n. 278. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2018, p. 237-260.

UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: JusPodivm, 2018.

UZEDA, Carolina. 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. *Revista de Processo*. Vol. 249/2015, p. 233-248, Nov/2015.

VASCONCELOS, Ronaldo; GULIM, Marcello de Oliveira. Sistema recursal brasileiro e o vetor da não recorribilidade. In: NERY JR. Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Vol. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. Vol. 2. 16. ed. ref. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. “Dúvida” objetiva: único pressuposto para aplicação do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*. n. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1992.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade de ‘meios’: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*: de

acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. [et al]. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.