

OBSERVAÇÕES SOBRE O ROL TAXATIVO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC/2015, NA PERSPECTIVA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Clayton Maranhão*

Sumário. 1. Introdução. 2. Síntese das principais modificações do agravo de instrumento no sistema processual do CPC/2015. 3. Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento no CPC/2015. 4. Decisões irrecorríveis e necessidade de resgate da *ratio decidendi* da Súmula 267 do STF, a partir do precedente contido no RE 76.909.

1. INTRODUÇÃO.



a tradição histórica do processo canônico e do processo lusitano, tem-se registros de indas e vindas quanto à opção das fontes acerca recorribilidade das interlocutórias, ora proibindo, ora permitindo mediante apelação ou agravo, sendo certo que uma vez definido o cabimento de recurso, o qual era julgado pelo Rei, tal foi o progressivo aumento de sua quantidade que a certo ponto delegou a sua função recursal na Corte, como se vê da seguinte passagem do clássico texto de Moacyr Lobo da Costa:

“A competência para conhecer dos Estormentos e Cartas Testemunháveis e desembargar os agravos neles referidos, que inicialmente pertencia a el Rei como atributo majestático, foi delegada a dois Desembargadores do Paço. Não po-

• Desembargador do TJPR. Professor Adjunto de Processo Civil da UFPR. Mestre e Doutor em Processo Civil pela UFPR. Pesquisador visitante na Universidade Estatal de Milão.

... dando mais o soberano decidir pessoalmente todas as querimas ou querimônias, em razão de sua quantidade, o julgamento permaneceu como atribuição da Corte, mas foi delegado a dois Desembargadores que na Corte andarem, como membros da Casa de Justiça.”¹

É certo que no regime de recorribilidade das sentenças no direito canônico, inicialmente cabível somente da *injustiça* da decisão, houve posterior ampliação para abarcar qualquer *vício anterior* à sentença, como explica Moacyr Lobo da Costa:

“A apelação é conceituada como um remédio instituído para obviar à causa viciada. O elemento da injustiça da sentença, que servia de fundamento para a apelação no direito romano imperial e no primitivo direito canônico, é abrangido no conceito diverso e mais amplo de vício, referido, entretanto, não à sentença mas à causa em geral. Por essa forma GRACIANO ampliou a função da apelação, para ensejar o reexame de toda a causa pelo juiz superior, que não mais deveria se ater à simples reparação da injustiça das sentenças. No Livro Segundo do ‘Decreto’, destinado ao exame dos casos jurídicos denominados ‘causae’, em número de 36, em cada um dos quais GRACIANO estuda um certo número de questões relativas ao assunto da ‘causa’, encontra-se uma norma, a propósito de questão relativa à causa da apelação, na qual se estabelece ser lícito apelar antes da sentença definitiva: Causa II. Quaestio VI. – C – XXI, ‘Ante datam sententiam licet alicui appellare’. ‘Si quis iudicem adversum sibi senserit, vocem appellationibus exhibeat’ (Corpus Juris Canonici, emendatum, editio Magna Augustae Taurinorum, 1745, Tomus Primus, p. 410). Do que se deduz que, naquela época, o direito canônico admitia o recurso da apelação contra as decisões judiciais proferidas no curso do juízo, antes da sentença definitiva, em contraposição ao direito romano justinianeu que o proibia terminantemente.”²

Esse regime perdurou até o Concílio de Trento, quando então, por força da Bula Papal de 26 de janeiro de 1564, “a

¹ Moacyr Lobo da Costa. *O agravo no direito lusitano*. Rio: Editor Borsoi, 1974, p. 32.

² Moacyr Lobo da Costa. *O agravo no direito lusitano*. Rio: Editor Borsoi, 1974, p. 10-11.

*decisão interlocutória, proferida no curso do juízo, não podia mais ser impugnada por apelação, salvo no caso de ter força de sentença definitiva, pois somente contra esta ficou permitido apelar.”*³

No direito lusitano, entre os séculos XI e XII, invocava-se, além dos costumes locais, o Código Visigótico (*Fuero Juzgo; Liber Judicum*) como fonte de direito. Embora não se esclarecesse por qual meio processual, admitia-se emenda por intermédio dos Bispos, com vistas à “*reparar as injustiças e corrigir os agravos (tuertos) feitos pelos juízes às partes que perante eles demandam*”.⁴

Foi a partir do Reinado de D. Afonso III (século XIII) que se desenvolve um conjunto de leis regentes do processo civil português, e notadamente a que estabelece o direito de apelar de todas as sentenças interlocutórias e definitivas, harmonizando-se “*com os postulados do direito canônico firmados no ‘Decreto’ de GRACIANO e nas ‘Decretales’ de GREGÓRIO IX, que, nessa época, eram observados em Portugal e influíram decisivamente na formação das leis gerais.*”⁵

Com o fenômeno da recepção do direito romano justinianeu a partir de fins do século XIII e que se consolida em meados do século XIV, em Portugal, há severa modificação da apelabilidade das sentenças por conta da litigância de má-fé, sendo interessante a seguinte passagem:

“Com a finalidade precípua de por paradeiro à malícia das partes em prolongar as demandas, apelando de todas as sentenças, posto que não sejam definitivas, D. AFONSO IV promulgou lei, modificando a lei anterior de seu pai [D. Diniz], no sentido de permitir apelação das sentenças interlocutórias somente nos casos em que valessem como sentenças termina-

³ Moacyr Lobo da Costa. *O agravo no direito lusitano*. Rio: Editor Borsoi, 1974, p. 14.

⁴ Moacyr Lobo da Costa. *O agravo no direito lusitano*. Rio: Editor Borsoi, 1974, p. 16.

⁵ Moacyr Lobo da Costa. *O agravo no direito lusitano*. Rio: Editor Borsoi, 1974, p. 21.

*tivas do feito, quando, depois delas serem proferidas, o juiz não poderia mais proferir a sentença definitiva; ou, então, quando ocasionassem dano que não pudesse ser reparado pela sentença definitiva [...] Com esta lei introduzia-se no direito lusitano a distinção, que os escritos dos praxistas iriam consagrar, entre sentença interlocutória simples e com força de definitiva, cuja origem LOBÃO situou na doutrina dos expo-
sitores do direito medieval, romano-canônico. A apelação contra as sentenças interlocutórias ficou, então, expressamente proibida, salvo naqueles casos em que por serem terminativas do feito tinham força de definitivas, ou quando acarretassem dano irreparável (Ordenações Afonsinas, Liv. III, Tít. 72, nº 5). E o agravo feito às partes pela sentença interlocutória simples devia ser reparado por ocasião do julgamento da apelação, que fosse interposta contra a sentença definitiva, se o juiz, antes, não a tivesse revogado a pedodo da parte agravada, de acordo com a sistemática, que, então, se estabeleceu nas Ordenações Afonsinas. 7. De par com a proibição de apelar contra a sentença interlocutória simples, foi erigida a regra de que todo o juiz pode revogar sua sentença interlocutória antes de proferir a sentença definitiva. [...] E quando o juiz não a quisesse revogar? A hipótese foi prevista [...] ‘se for tal, que segundo Direito Civil nom possa ser apelado, poderá a parte, contra que foi dada, requerer ao Juiz que a revogue; e se ha rovouguar non quiser, deve loguo filhar dello Estormento, ou Carta testemuhavel, segundo a qualidade do Juiz’ [...] Esse texto é de importância capital para o estudo da origem do recurso específico do agravo no direito lusitano.”⁶*

De outra parte, “até o reinado de D. DINIZ era normal serem os atos do processo judicial praticados oralmente. Foi esse monarca que, sob a influência do sistema processual do direito canônico, estabeleceu a obrigatoriedade das demandas, sentenças e apelações serem escritas.”⁷

Assim, vai se delineando o recurso de agravo no direito

⁶ Moacyr Lobo da Costa. *O agravo no direito lusitano*. Rio: Editor Borsoi, 1974, p. 25-27.

⁷ Moacyr Lobo da Costa. *O agravo no direito lusitano*. Rio: Editor Borsoi, 1974, p. 28.

lusitano:

“O Estormento d’agravo era então o instrumento escrito da antiga querima verbal, um meio para se pedir a correção do agravame produzido por sentença interlocutória simples contra a qual não era permitido apelar. É, assim, incontestavelmente o embrião do recurso de agravo, mas no regime das Ordenações Afonsinas ainda não tem as características de um recurso próprio. É o instrumento do agravo (gravame), mas, ainda não é o agravo de instrumento. [...] O vocábulo agravo, porém, tem sempre o significado de lesão, de gravame produzido por decisão judicial. [...] Por um fenômeno natural de linguagem, denominado metonímia, verificou-se no correr dos anos uma alteração da palavra, trocando-se a causa pelo efeito, com a transposição do nome do mal para o remédio que se destinava a curá-lo [...] A primitiva querima verbal, que passa a ser formalizada no Estormento d’agravo, transforma-se, depois, no regime das Ordenações Manoelinas, no recurso de Agravo.”⁸

De tais considerações tiradas de um bloco histórico de longa duração bem diverso e que por isso não deve ser necessariamente comparado ou simplesmente conectado aos tempos hodiernos do direito brasileiro, infere-se, todavia, que o comportamento dos integrantes da relação processual, a litigância excessiva e a busca por celeridade, certamente noutro contexto e com fatores próprios da época, não obstante permitem alguma reflexão do porvir.

2. SÍNTESE DAS PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO SISTEMA PROCESSUAL DO CPC/2015.

Em decorrência do CPC/2015, o regime do agravo de instrumento recebeu as seguintes modificações: (i) não é toda e qualquer decisão interlocutória que é agravável, ou seja, o cabimento do agravo de instrumento que no Código Buzaid sem-

⁸ Moacyr Lobo da Costa. *O agravo no direito lusitano*. Rio: Editor Borsoi, 1974, p. 33-37

pre ampla, passa a ser restrita ao rol taxativo previsto no art. 1.015 do novo Código; (ii) das decisões anteriores à sentença temos aquelas que (ii.a) não são imediatamente recorríveis pela via do agravo, mas que são apeláveis, com diferimento do momento preclusivo para a fase de julgamento⁹ e (ii.b) as imediatamente recorríveis, previstas no rol do art. 1.015; (iii) das decisões posteriores à sentença, na fase de cumprimento, assim como as proferidas no processo de execução e de inventário, são todas agraváveis; (iv) por decorrência desse novo regime, o legislador eliminou o agravo retido do sistema, bem assim a sua conversão pelo relator, não cogitando de protesto antipreclusivo; ainda, reduziu consideravelmente as hipóteses de preclusão das faculdades processuais das partes, antes de proferida a sentença, remetendo, por outro lado, as discussões então existentes sobre o alcance da preclusão de questões para o juiz para a fase de julgamento da causa.

Mesmo a parte vencedora poderá recorrer a respeito de questões prévias, preferencialmente nas contrarrazões, com vistas a evitar sucumbimento decorrente do eventual provimento do apelo interposto pela parte vencida (art. 1.009).

Nota-se que o legislador fez clara opção por maior celeridade processual na fase de conhecimento, postergando o eventual reexame de questões processuais para análise conjunta quando do julgamento da apelação, desde que a parte interessada expressamente devolva essas matérias ao conhecimento do tribunal.

Deveras, ainda que o CPC/2015 praticamente tenha abandonado o sistema da oralidade concebido por Chiovenda, curiosamente optou pela irrecorribilidade das decisões interlocutórias, mesmo que num formato abrandado. Conquanto não tenha abolido a possibilidade de que se recorra em algumas

⁹ Cf. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, *Apelação contra decisão interlocutória não agravável: a apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor*, Revista de Processo n. 241, p. 231-242, Mar 2015.

situações, como elencado no art. 1.015, é bem verdade que haverá redução considerável de agravos de instrumento a respeito de questões envolvendo, por exemplo, a fase probatória, com exceção daquelas relativas à distribuição dinâmica da carga probatória (art. 1.015, XI).

É certo que o novo Código suprimiu o procedimento sumário (embora mantido o sumaríssimo dos Juizados Especiais), reduzindo a oralidade processual e a concentração dos atos em audiência, como também suprimiu a regra da identidade física do juiz (art. 132 do CPC/1973, sem correspondência no CPC/2015). Remanesce a regra da imediação do juiz com a prova, embora mitigada (art. 459, §1º, CPC/2015) acrescida da já referida irrecurribilidade “abrandada” das interlocutórias (art. 1.015, CPC/2015).

Entende-se que, se por um lado a supressão do procedimento sumário vem ao encontro da ineficiência prática do modelo ritual, diante de sua progressiva ordinarização, por conta da notória lotação da pauta de audiências, de outro lado, tem-se como prejudicial ao devido processo legal a supressão da identidade física do juiz da instrução e o do julgamento, implicando, ademais, em retrabalho e portanto em ineficiência da justiça civil. De resto, estamos diante de duas transições: do CPC/1973 para o CPC/2015, e do processo físico para o processo eletrônico, cujo modelo virtual, digital, em rede, e as novas tecnologias implicarão na reconfiguração científica da imediação do juiz com as partes e a produção da prova e para muito além do sistema da oralidade processual.

Tal defeito concebido no CPC/2015 é de ser compensado, ainda que só parcialmente, com a redução das hipóteses de imediata recorribilidade de interlocutória causadora de eventual agravo à parte, eis que muitas delas implicavam na simples conversão em agravo retido, figura também extinta.

Vejam, a seguir, as hipóteses de cabimento taxativo do agravo de instrumento, ocasião propícia para análise do ca-

bimento e da conveniência de eventual interpretação extensiva em algumas situações, bem assim de sua pontual (des)conformidade com a Constituição Federal, frente ao princípio da isonomia e da paridade de armas.

3. HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC/2015.

A teor do art. 1.015, é cabível o agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I – tutela provisória; II – mérito do processo; III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV – incidente de desconconsideração da personalidade jurídica; V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI – exibição ou posse de documento ou coisa; VII – exclusão de litisconsorte; VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X – concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI – redistribuição do onus da prova nos termos do art. 373, §1º; XII – fase de liquidação ou cumprimento de sentença, processo de execução e processo de inventário; XIII – outros casos expressamente referidos em lei.

Tem-se esse rol como taxativo. Contudo, adiante-se que não são descartáveis situações concretas em que demonstrar-se-á o cabimento de *interpretação conforme a Constituição*, frente ao postulado da isonomia e da paridade de armas entre os litigantes, bem assim a necessidade de interpretação extensiva do texto para hipóteses análogas conducentes ao entendimento pelo qual o legislador *dixit minus quam voluit*.¹⁰

¹⁰ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. II. São Paulo: RT, 2015, p. 535. Favorável à taxatividade do rol, mas com possibilidade de interpretação extensiva, a doutrina de Antonio Notariano Junior e Gilberto Gomes Bruschi, *Agravo contra as decisões de primeiro grau*, 2ª. edição, São Paulo: Méto-

Mais ainda. Situações há, nesse rol, em que se admite o recurso de agravo apenas quando a decisão é de indeferimento, surgindo dúvida a respeito não só de ofensa à *isonomia* como também no que concerne ao cabimento do agravo nas hipóteses de deferimento *parcial*. Note-se que a vedação de cabimento do agravo de instrumento frente à indeferimento *total* tem previsão em hipótese expressamente prevista no CPC/2015 (art. 382, §4º), referente à produção antecipada de prova. Alguém poderia objetar, interpretando aquela hipótese específica como indicadora de que as demais previsões de indeferimento, sem ressalvas, contidas no rol do art. 1.015, envolveriam também o indeferimento *parcial*. Contudo, rejeita-se essa tese haja vista que nos filiamos à corrente doutrinária no sentido de que aquele rol é taxativo, embora admita interpretação extensiva, como adiante será demonstrado.

Tem-se que as opções feitas por razões de política legislativa objetivam acelerar o processo e o julgamento da causa, tendo em vista que a recorribilidade irrestrita das interlocutórias contribuem para a demora e o tempo marginal do processo, como se constata do aceno histórico do instituto. É nesse sentido que buscaremos ler os dispositivos relativos ao rol taxativo, restringindo mas não descartando uma interpretação extensiva.

Vejamos pormenorizadamente cada uma das hipóteses elencadas.

3.1 TUTELAS PROVISÓRIAS

O CPC/2015 reconfigurou toda a sistemática do CPC/1973 relativa às medidas cautelares típicas e atípicas e às hipóteses de antecipação de tutela (art. 798; art. 273; art. 461, §3º e art. 461-A).

do, 2015, p. 122/123; Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, *Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento*, Revista de Processo, vol. 242, p. 275-284, abr. 2015.

No CPC/2015, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência; a tutela de urgência subdivide-se em tutela urgente cautelar e tutela urgente antecipada (art. 294 e parágrafo único).

No que se refere à *estrutura*, a tutela provisória é fundada em cognição sumária urgente (cautelar e antecipada) ou sumária não urgente (de evidência); quanto à *função*, a tutela provisória é de segurança (cautelar urgente) ou satisfativa (antecipatória urgente ou de evidência).

A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental.

Dentre outras hipóteses extraíveis do procedimento das tutelas provisórias no CPC/2015, é cabível agravo de instrumento das seguintes decisões em primeiro grau de jurisdição: (i) que concedem, negam, modificam ou revogam a tutela provisória; (ii) que exigem caução nas decisões concessivas de tutela provisória urgente; (iii) das medidas de efetivação da tutela; (iv) que *concedem ou negam* liminar fundada em tutela de evidência nos casos dos incisos II ou III do art. 311 do CPC/2015.

Situação interessante consiste em saber qual a natureza jurídica do ato judicial que posticipa a análise liminar do pleito de tutela provisória urgente: trata-se de decisão interlocutória ou despacho de mero expediente? A depender da resposta, caberá, ou não, agravo de instrumento com base no inciso I do art. 1.015 do CPC/2015.

Cabem algumas digressões.

É certo que a mera posticipação da análise da liminar em si nada decide, apenas posterga a decisão e, portanto, via de regra é despacho de mero expediente, de modo que após a oitiva do réu, o juiz decidirá e, então, tem-se como satisfeitos os requisitos do art. 1.015, I, do CPC/2015. Contudo, nem sempre a solução será assim tão fácil.

Sabe-se que o contraditório *prévio* se insere no núcleo

da cláusula constitucional do devido processo legal. Contudo, situações há em que o bem jurídico tutelado pelo autor prepondera sobre o bem jurídico tutelado pelo réu, quando então admite-se que o contraditório seja *posticipado* e o juiz decida liminarmente, *inaudita altera parte*, o pleito de tutela provisória urgente formulado pelo autor da demanda.

Note-se que essa análise liminar, sem contraditório prévio do réu, não implica necessariamente que seja deferida. É claro que, admitindo-se como possível o contraditório posticipado, em caso de indeferimento da liminar não há qualquer dificuldade ou prejuízo ao réu que não foi previamente ouvido. A questão se coloca quando, em tese, o autor tem direito ao deferimento da liminar, contudo o juiz se reserva à análise do pleito após a prévia ouvida do réu. Pode o autor recorrer?

Depende.

Antes de tudo, considere-se que o réu pode ser um privado ou ente da fazenda pública.

Sendo réu um ente da fazenda pública, tem-se previsão na legislação extravagante pela qual “*no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas*” (art. 2º da Lei nº 8.437/1992 e art. 22, §2º, da Lei nº 12.016/2009).

Portanto, em se tratando de mandado de segurança coletivo ou ação civil pública em face da fazenda pública, havendo pleito liminar, a lei determina que seja assegurado contraditório prévio. Isso não significa que, no caso concreto, ou juiz não deva excepcionalmente afastar a aplicação da norma tendo em vista justificadas razões de perecimento de direito fundamental (ex., ordem de internação de criança em unidade de terapia intensiva do SUS ou ordem de autorização para participação de candidato em concurso público cuja inscrição foi arbitrariamente indeferida). Portanto, a depender do caso, podemos

afirmar que *não* havendo perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao autor, o juiz despacha ao aplicar a regra de prévia intimação da fazenda pública; contudo, havendo perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ao aplicar a regra do contraditório prévio, o despacho do juiz causa gravame, portanto tem natureza jurídica de decisão interlocutória, sendo, assim, agravável.

O mesmo raciocínio é de ser adotado numa causa entre privados. Imagine-se uma demanda de rescisão contratual veiculando pretensão liminar de reintegração de posse. Nesse caso, tem-se como regra o descabimento da liminar, tendo em vista a natureza desconstitutiva da pretensão cujos efeitos fáticos se pretende antecipar. Nesse caso, a postergação da análise da liminar é um *despacho de mero expediente*. Todavia, nada impede que as circunstâncias do caso conduzam a um elevado grau de convicção da verossimilhança das alegações do autor, somado a uma situação de excepcional urgência, situação em que a postergação da análise da liminar causa gravame ao direito subjetivo do autor e, por isso, o despacho tem natureza de decisão, tornando-se *cabível o agravo de instrumento*.

Como se vê, tudo está a depender das peculiaridades do caso concreto, seja liminar em face da fazenda pública ou mesmo numa demanda entre privados.¹¹ Quando a tutela provisória é pleiteada em face da fazenda pública pela via do mandado de segurança coletivo ou ação civil pública, a legislação aplicável pode carecer de interpretação conforme à Constituição segundo as peculiaridades do caso concreto.

¹¹ Teresa Arruda Alvim Wambier insere o problema no âmbito do ato omissivo recorrível, consignando que o excesso de prazo pode ser resolvido pela via correicional (art. 198, CPC/1973; art. 235, CPC/2015), assim como entendendo que a omissão por si só não é suscetível de tornar recorrível o ato judicial que posterga a análise de liminar, invocando julgado do TRF-2, pelo qual de regra se trata de despacho de mero expediente, salvo evidencia de ineficácia ou inocuidade da medida, se deferida após a oitiva da parte, cf. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. 4^a. São Paulo: RT, 2005, p. 146-147.

3.2 MÉRITO DO PROCESSO.

O CPC/2015 avançou ao explicitar a possibilidade de sentenças parciais de mérito no direito processual civil brasileiro.

Deveras, ao tempo do CPC/1973, já era indicada a possibilidade de utilização dessa técnica processual de matriz carneluttiana, sobretudo a partir da alteração do art. 273 (e, depois, a inserção do parágrafo 6º), com a inserção da técnica da antecipação da tutela fundada em abuso do direito de defesa (recitius: antecipação de tutela fundada em cognição exauriente).

Discutia-se a topologia no Código em que tal técnica processual deveria ser disposta, criticando-se o lugar escolhido pelo legislador das minirreformas, pois melhor estaria tratado o tema no capítulo destinado ao julgamento antecipado da lide.

Foi essa a opção do legislador no CPC/2015, e que nos parece mais adequada para uma melhor compreensão do instituto.

Estabelece o art. 356 do CPC/2015 que o juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento tendo em vista a desnecessidade de produção de outras provas, inclusive diante da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. As técnicas processuais monitoria e da reserva de exceção substancial indireta também podem ser extraídas desse dispositivo, assim como das pretensões não seriamente contestáveis.

Todas essas decisões são agraváveis pela simples razão de prosseguir o processo em relação ao outro pedido ou parcela do pedido ainda não maduro para julgamento.

Seja como for, o §5º do art. 356 do CPC/2015 explicita o cabimento do agravo de instrumento, o qual deve ser interpretado sistematicamente com o inciso II do art. 1.015.

3.3 – REJEIÇÃO DA ALEGAÇÃO DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.

Entende-se que a arbitragem é considerada um *equivalente* jurisdicional (e não propriamente um meio *alternativo* de resolução de conflitos), regida pela Lei 9.307/96 e resultante de convenção de arbitragem entre as partes contratantes.

Essa convenção pode dar-se por meio de compromisso arbitral ou cláusula compromissória. Trata-se de acordo de vontades que há de ser respeitado, de vez que tem por objeto direitos disponíveis.

Por vezes, sucedendo o conflito de interesses, uma das partes vale-se de medidas anti-arbitrais (*anti suit*), demandando a outra diante dos órgãos da jurisdição estatal.

Como exceção processual, o demandado suscita a existência de convenção arbitral, que em última análise nada mais é do que uma espécie de exceção de incompetência – tanto que se admite haja conflito entre juiz de direito e árbitro.

Ocorre que se o juiz de direito rejeita a exceção, caberá agravo de instrumento precisamente diante da peculiaridade da arbitragem, cuja instituição perante o tribunal arbitral pode ver-se frustrada diante da demora na solução da questão na Justiça Comum, caso o tema viesse a ser diferido para a ocasião da sentença de mérito ou mesmo do recurso de apelação, circunstância essa caracterizadora de *periculum in mora*.

E é justamente por essa peculiaridade que se divisa uma *distinção* relevante para não admitir o cabimento de agravo de instrumento em situação não explicitada no texto ora examinado, a título de interpretação extensiva. Refiro-me a tese defendida por autorizada doutrina no sentido de que o legislador disse menos do quanto pretendia e que, assim, dada a similaridade das hipóteses, seria de admitir-se o manejo do recurso de agravo de instrumento *também* para a hipótese de *rejeição* de exceção de incompetência absoluta entre juízos pertencentes à

jurisdição estatal.¹²

É que no caso da exceção de incompetência no âmbito da Justiça estatal, não há – como nunca houve, no regime do CPC/1973 – qualquer impedimento para o deferimento de medidas urgentes em caso de acolhimento ou rejeição somente na sentença, afastando-se por completo a necessidade de imediata revisão da decisão de rejeição da *exceptio*, situação bem diversa daquela em que, enquanto não acolhida a exceção de convenção arbitral válida, impede-se ilegitimamente que a arbitragem seja instituída.

Adicione-se o argumento pelo qual o agravo de instrumento somente é cabível da decisão que *rejeita* (*inciso III do art. 1.015*), não da que *acolhe* a exceção de arbitragem. Se assim é, qual seria a razão para estender-se o cabimento do agravo de instrumento para a hipótese de *rejeição* da exceção de incompetência absoluta, de vez que seria um esforço interpretativo ampliar, ainda mais, a hipótese, com vistas a também permitir-se recurso de agravo de instrumento em face da decisão que *acolhe* a exceção de incompetência. Isso porque a interpretação extensiva, se acolhida para a única hipótese “similar” que é a de *rejeição*, culminaria na criação de uma regra *desigual* para as partes do processo e por isso inconstitucional.

3.4 – INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Desde que a *disregard doctrine* foi apresentada ao direito brasileiro em fins da década de sessenta pelo catedrático da UFPR, Professor Rubens Requião,¹³ o debate doutrinário tor-

¹² Cf. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, *Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento*, Revista de Processo, vol. 242, p. 275-284, abr. 2015.

¹³ Cf. Rubens Requião, *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, v. 401, dez. 1969.

nou-se crescente, contudo centrado no âmbito do direito material. Foram pontuais as discussões no plano do direito processual.¹⁴ Na jurisprudência, a divergência estava polarizada entre a aplicação das teorias maior e menor da desconsideração da personalidade jurídica.

O CPC/2015 inovou ao procedimentalizar a decisão de desconsideração, densificando o princípio do contraditório substancial, garantindo direitos e preservando a completa separação entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas que a compõem, sem olvidar, por evidente, a necessidade de superar aquele princípio da separação, diante da faticidade muita vez permeada de fraudes na constituição de sociedades, com vistas à responsabilização patrimonial dos sócios.

Embora já a partir do Código Civil de 2002, houvesse entendimento no sentido de que era vedado ao juiz desconsiderar *ex officio*, tal vedação se consagrou no art. 133 do CPC/2015, quando alude a requerimento da parte ou do Ministério Público. Citado o sócio, assegura-se-lhe defesa no prazo de 15 dias e a produção de provas nesse incidente.

Cabe agravo de instrumento da decisão interlocutória que *deferir* ou *indeferir* a desconsideração direta ou inversa da personalidade jurídica em qualquer fase do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença ou na execução fundada em título executivo extrajudicial, eis que proferida em incidente processual (art. 134). Em grau de recurso, o incidente pode ser instaurado pelo Relator, cabendo agravo interno (art. 136, parágrafo único).

3.5 – REJEIÇÃO DO PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA OU ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE SUA REVOGAÇÃO.

¹⁴ Cf. Gilberto Gomes Bruschi, *Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2004.

O CPC/2015 admite a interposição de agravo de instrumento somente das decisões que *rejeitam* ou *revogam* o benefício de gratuidade da justiça. As decisões que *deferem* ou *mantêm* o deferimento do benefício são apeláveis (art. 1.009, §1º).

O regime jurídico da gratuidade da justiça, antes versado exclusivamente na Lei 1.060/50, foi alçado a direito fundamental do cidadão (art. 5º, LXXIV), tendo sido encampado pelo CPC/2015 (artigos 98 a 102). Aspectos procedimentais da Lei 1.060/50 foram modificados pelo CPC/2015, mediante expressa derrogação do texto legal (art. 1.072, III).

Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa física (art. 99, §3º), ao passo que a pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, deverá desde logo demonstrar documentalmente tal condição junto ao requerimento do benefício (Súmula 481 do STJ). O STJ continua firme na aplicação da *ratio decidendi* dos precedentes que serviram de base para esse enunciado sumular, condicionando à efetiva demonstração da insuficiência para que se defira o benefício em favor da pessoa jurídica (v.g., STJ, 2a, Turma, Min. Hermann Benjamin, EDcl no REsp 1487376/PE, DJe 04/08/15). Portanto, o tratamento diferenciado entre pessoa física e pessoa jurídica que já despontava dos precedentes do STJ, vem reforçado a partir da entrada em vigor do CPC/2015, quando menciona que a presunção relativa de veracidade da alegação é aplicável somente à pessoa natural.

Quando o advogado apela exclusivamente dos honorários de sucumbência e pleiteia a gratuidade do processamento do recurso, também deverá comprovar no ato da interposição que não dispõe de recursos suficientes para o preparo recursal (art. 99, §5º). Em caso de indeferimento pelo Relator, é cabível agravo interno (art. 1.021).

O benefício somente pode ser processado e julgado mediante requerimento da parte, formulado a qualquer tempo e

fase do processo (art. 99, §1º), inclusive em grau de recurso (art. 99, §7º; art. 1.021). Deferido o pedido, a parte contrária poderá oferecer impugnação, quando então haverá contraditório no prazo de 15 dias, nos mesmos autos e sem suspensão do processo.

Salvo quando a rejeição ou a revogação do benefício venham a ocorrer na sentença (quando então cabe apelação), no mais tais decisões são agraváveis por instrumento (art. 101, *caput*).

O CPC/2015 trouxe novidades em tema de gratuidade da justiça, podendo o juiz deferir *em parte* o benefício, restringindo-o a um ou alguns dos atos processuais, reduzindo o percentual das despesas processuais correspondentes ou concedendo parcelamento das despesas que devam ser adiantadas no curso do processo (art. 98, §§5º e 6º). Note-se que vem sendo utilizada a tabela progressiva do imposto de renda pessoa física como parâmetro de comparação entre os rendimentos líquidos da parte requerente do benefício e a tabela de custas e dos demais atos processuais perante o juízo.

À medida que o deferimento parcial do benefício implica num *indeferimento parcial*, nessa parte revela-se cabível o recurso de agravo de instrumento. Da mesma forma, se a parte postulou isenção total e o juiz apenas reduziu o percentual ou apenas concedeu o parcelamento das despesas processuais. Portanto, sempre que a decisão conceder menos do que foi postulado, haverá um *indeferimento* ainda que *parcial* do pedido de gratuidade, admitindo-se, nessa extensão, o recurso de agravo de instrumento que vier a ser interposto.

Note-se que a vedação de cabimento do agravo de instrumento frente à *indeferimento total* tem previsão em outra hipótese expressamente prevista no CPC/2015 (art. 382, §4º), referente à produção antecipada de prova. Alguém poderia objetar, interpretando aquela hipótese específica como indicadora de que as demais previsões de *indeferimento*, sem ressal-

vas, contidas no rol do art. 1.015, envolveriam também o indeferimento parcial. Contudo, rejeita-se essa tese haja vista que nos filiamos à corrente doutrinária no sentido de que aquele rol é taxativo, embora admita interpretação extensiva.

3.6 – EXIBIÇÃO OU POSSE DE DOCUMENTO OU COISA.

A exibição de documento ou coisa tem previsão nos artigos 396 a 404, 420 e 421 do CPC/2015, sendo cabível em face da parte contrária ou de terceiro.

Ao decidir o pedido, tanto em face da parte (art. 400), quanto de terceiro (art. 402), pode o juiz ordenar o depósito, a busca e apreensão ou impor multa, dentre outras medidas coercitivas (técnicas que assistem os provimentos mandamentais) ou sub-rogatórias (técnicas que auxiliam na efetivação dos provimentos executivos).

Quando promovidas em face de parte, o juiz pode presumir verdadeiras as alegações do requerente. Frente a terceiro, somente medidas de apoio coercitivas ou sub-rogatórias podem ser utilizadas.

As decisões relativas a todas essas questões são agraváveis de instrumento. Trata-se, com frequência, de uma das hipóteses de demandas repetitivas, seriadas, envolvendo direitos pluri-individuais ou individuais homogêneos atinentes a arquivos de consumo ou exibição de contratos envolvendo direitos acionários.

Segundo a doutrina, *“pode-se definir a tutela pluri-individual como a atividade estatal voltada à justa composição das lides concernentes a direitos individuais homogêneos que se multiplicam em diversas demandas judiciais nas quais haja controvérsia, preponderantemente, sobre as mesmas questões de direito, de modo a racionalizar e atribuir eficiência ao funcionamento do Poder Judiciário, por um lado, e, por outro,*

assegurar a igualdade e a razoável duração do processo.”¹⁵

Seja como for, da decisão que presume verdadeira as alegações do autor ou então determina a busca e apreensão de documento ou mesmo impõe multa diária para tanto, sempre caberá agravo de instrumento.

3.7 – EXCLUSÃO DE LITISCONSORTE.

A extromissão do litisconsorte ativo ou passivo é uma decisão parcial de extinção do processo sem resolução do mérito, razão pela qual é agravável (art. 354, parágrafo único; art. 485, VI). Contudo, dependendo do momento processual ou do fundamento jurídico, poderá ser uma decisão parcial de improcedência do pedido em relação a um dos litisconsortes passivos (art. 356, §5º), hipótese que se reconduz ao inciso II do art. 1.015, ora examinado.

O CPC/15 eliminou a categoria condição da ação, bem assim a impossibilidade jurídica do pedido. Passou a mencionar o ilegitimidade para a causa e a falta de interesse processual como categorias que convergem para a extinção do processo sem resolução do mérito. Portanto, a ausência de legitimidade ou de interesse agora é assunto pertinente aos pressupostos “processuais”. Cabe uma diferenciação: em se tratando de legitimação extraordinária (v.g. substituição processual), eventual vício é concernente à vício de pressuposto processual; mas, caso de trate de legitimação ordinária, é questão de mérito. O interesse processual é um pressuposto processual e a possibilidade jurídica do pedido vem tratada no capítulo da improce-

¹⁵ Bruno Dantas, *Teoria dos Recursos Repetitivos: Tutela Pluri-individual nos Recursos Dirigidos ao STF e ao STJ* (arts. 543-B e 543-C do CPC), São Paulo: RT, 2015, p. 83. Sobre a problemática da coletivização das demandas individuais repetitivas, vede Sérgio Cruz Arenhart, *A Tutela Coletiva de Interesses Individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*, São Paulo: RT, 2013; Gustavo Osna, *Direitos Individuais Homogêneos . Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*, São Paulo: RT, 2014.

dência liminar do pedido (art. 332).¹⁶

Não obstante eliminada a categoria das condições da ação, subsistem a legitimidade e o interesse processual (art. 17). Dado que o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, dos pressupostos processuais positivos e negativos, assim como de eventual ausência de legitimidade ou de interesse processual (art. 485, §3º), a depender da fase processual, é certo que provas podem ser produzidas que tornem duvidosa a presença da legitimidade ou do interesse. Todavia, a teoria da asserção tem ainda utilidade, não obstante a mencionada eliminação da categoria <condição da ação>. É aplicável para fundamentar a natureza jurídica da sentença extintiva do processo. Por exemplo, no que se refere à manifesta ilegitimidade ordinária para a causa, aferida no despacho inicial (art. 330, II) ou após a instrução, tem-se que numa e noutra situação é caso de sentença de improcedência.¹⁷ Em conclusão, em se tratando de decisão parcial de extromissão, por ilegitimidade ordinária, questão de mérito, é reconduzida ao inciso II do art. 1.015; se for por ilegitimidade extraordinária, aplicável o inciso VII ora examinado. Tanto num caso como no outro, cabível o agravo de instrumento.

3.8 – REJEIÇÃO DO PEDIDO DE LIMITAÇÃO DO LITIS-

¹⁶ Fredie Didier Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1, p. 305. Sobre a possibilidade jurídica do pedido como questão de mérito, cf. Calmon de Passos, *Em torno das condições da ação*, Revista de Direito Processual Civil, 1964, v. 4, p. 61/62; sobre a crítica ao conceito condição da ação, cf., por todos, Ovídio Baptista da Silva e Fábio Gomes, *Teoria Geral do Processo Civil*, p. 121-132; Fábio Gomes, *Carências de Ação*. RT, 1999.

¹⁷ Pela ampla aplicação da teoria da asserção, MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, *Curso*, vol. 1, p. 212. Pela aplicação restrita da teoria, DIDIER, *Curso*, vol. 1, p. 367-368. Para TERESA WAMBIER, MARIA LUCIA CONCEIÇÃO, LEONARDO RIBEIRO E ROGÉRIO LICASTRO, subsistem as condições da ação, exceto a possibilidade jurídica do pedido, ressaltando-se, por isso, a aplicação da teoria da asserção; referem, também, que a doutrina de há muito aponta a dificuldade na distinção entre as condições da ação e o mérito, 'in' Primeiros Comentários ao NCPC, p. 80-81, p. 775.

CONSÓRCIO.

O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença (art. 113, §1º).

O inciso em questão versa sobre a limitação do litisconsórcio facultativo na fase de conhecimento, pois com relação aos demais casos, guardam previsão no inciso XII do art. 1.015.

Caso o juiz rejeite o requerimento da parte (art. 113, §2º), caberá agravo de instrumento. Sendo deferido o pedido de limitação, a decisão é apelável (art. 1.009, §1º).

3.9 – ADMISSÃO OU INADMISSÃO DE INTERVENÇÃO DE TERCEIROS.

A decisão que admite ou inadmite a assistência simples ou litisconsorcial (art. 119/120), a denúncia da lide (art. 125, §§1º e 2º), o chamamento ao processo (art. 130) ou a participação de *amicus curiae* (art. 138, §2º) é agravável de instrumento.

3.10 – CONCESSÃO, MODIFICAÇÃO OU REVOGAÇÃO DO EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO.

Como regra, os embargos à execução são desprovidos de efeito suspensivo (art. 919). Contudo, o juiz poderá, a requerimento do embargante, *atribuir* efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a *concessão* da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes (art. 919, §1º). Cessando

as circunstâncias que a motivaram, a decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser *modificada* ou *revogada* a qualquer tempo, em decisão fundamentada (art. 919, §2º). Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a *parte* do objeto da execução, esta prosseguirá quanto à parte restante (art. 919, §3º). A *concessão* de efeito suspensivo aos embargos oferecidos *por um dos executados não suspenderá* a execução *contra os que não embargaram* quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante (art. 919, §4º). A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de substituição, de reforço ou de redução da penhora e de avaliação dos bens (art. 919, §5º). Nesses casos de concessão, modificação ou revogação, total ou parcial, subjetiva ou objetivamente, do efeito suspensivo aos embargos, caberá agravo de instrumento.

3.11 – REDISTRIBUIÇÃO DO ONUS DA PROVA NOS TERMOS DO ART. 373, §1º.

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (art. 373, §1º).

Trata-se da chamada carga dinâmica da prova, não havendo presunção legal e sendo muito difícil ou impossível a prova de determinado fato jurídico pela parte ou sendo mais fácil à parte contrária a sua produção, a regra processual conduz a que o juiz redistribua fundamentadamente o ônus probatório entre as partes, em decisão agravável de instrumento.

3.12 – FASE DE LIQUIDAÇÃO OU CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, PROCESSO DE EXECUÇÃO E PROCESSO DE INVENTÁRIO.

Diferentemente da fase de conhecimento, de que tratam os incisos anteriores, nas demais fases de liquidação e cumprimento de sentença, assim como no processo de execução fundado em título executivo extrajudicial e no processo de inventário de bens, todas as decisões são agraváveis.

3.13 – VETADO.

O inciso vetado dizia respeito ao também vetado incidente de conversão de demanda individual em coletiva (art. 333), a exemplo do instituto da *certificação* do direito norteamericano.

3.14 – OUTROS CASOS EXPRESSAMENTE REFERIDOS EM LEI.

Pode-se mencionar os seguintes dispositivos do CPC/15: art. 382, p. 4º; art. 1037, §13, I; e art. 354, parágrafo único.

Na legislação extravagante, a doutrina menciona, exemplificativamente, a decisão que fixa aluguel provisório em ação renovatória de locação e em ação revisional, a decisão de conversão da ação de busca e apreensão em ação executiva, dentre outros casos.¹⁸

Enunciado 560 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - FPPC: “(art. 1.015, inc. I; arts. 22-24 da Lei Maria da Penha) As decisões de que tratam os arts. 22, 23 e 24 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), quando enquadradas nas

¹⁸ Antonio Notariano Junior e Gilberto Gomes Bruschi, *Agravo contra as decisões de primeiro grau*, 2ª. edição, São Paulo: Método, 2015, p. 127.

hipóteses do inciso I, do art. 1.015, podem desafiar agravo de instrumento.”

4. DECISÕES IRRECORRÍVEIS E NECESSIDADE DE RESGATE DA *RATIO DECIDENDI* DA SÚMULA 267 DO STF, A PARTIR DO PRECEDENTE CONTIDO NO RE 76.909.

Como se viu no item 3 deste trabalho, muitas são as hipóteses nas quais uma decisão interlocutória não é agravável, mas nem por isso se tratam de decisões irrecorríveis, pois, a teor do art. 1009, §1º, do CPC/2015, são apeláveis.

Deveras, dispõe o texto legal citado que *“as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.”*

Contudo, haverá situações excepcionalíssimas nas quais a parte não poderá esperar a sentença para dela apelar, suscitando em preliminar o reexame das decisões interlocutórias não agraváveis em virtude do rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015.

Quid juris?

Em nosso entender, permitir simplesmente o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial, com fundamento no art. 5º, inciso II, da Lei 12.016/2009 (da decisão judicial contra a qual não caiba imediato recurso com efeito suspensivo), implicaria numa sub-utilização de uma garantia constitucional, rebaixando o mandado de segurança a mero sucedâneo recursal, o que não se admite no Estado Constitucional.

Consigne-se, ademais, que as Súmulas do Supremo Tribunal Federal agora são recepcionadas como precedentes de observância obrigatória pelos demais Tribunais e juízes (art.

927, inciso IV, CPC/2015).

Nesse sentido o teor da Súmula 267 do STF, com a seguinte redação: “*Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.*”

Portanto, deve-se, em princípio, preservar a lógica do sistema introduzido pelo CPC/2015, diferindo-se o reexame das decisões anteriores à sentença, mas não agraváveis, como material preliminar de apelação.

Contudo, hipóteses haverá em que o jurisdicionado poderá sofrer dano irreparável ou de difícil reparação diante de uma decisão flagrantemente ilegal caso não disponha de tutela jurisdicional tempestiva, diante do diferimento do duplo grau de jurisdição (art. 1.009, §1º).

Assim, em hipóteses absolutamente excepcionais, é de ser resgatada a *ratio decidendi* contida no precedente do Recurso Extraordinário 76.909 (art. 926, §2º), por meio do qual a Suprema Corte abrandou o rigor da Súmula 267 e alargou a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial nos casos em que, a despeito da irrecorribilidade do ato judicial, posto manifestamente ilegal, a parte venha a sofrer dano irreparável ou de difícil reparação.¹⁹



¹⁹ Vede, por todos, Calmon de Passos, *O mandado de segurança contra atos jurisdicionais: tentativa de sistematização nos cinquenta anos de sua existência*, ‘in’ Ensaios e Artigos, Vol. 1, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 287-312.