

O agravo de instrumento contra decisões que versam sobre o mérito da causa

Arnoldo Camanho de Assis

Sumário

1. O agravo de instrumento no sistema recursal em vigor. 1.2. Conversão obrigatória do agravo de instrumento em agravo retido. 2. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias no novo sistema. 3. A regra e as exceções. 4. As decisões que versam sobre o mérito da causa. 5. Conclusões.

1. O agravo de instrumento no sistema recursal em vigor

Na sistemática recursal em vigor, especialmente a partir do advento das Leis nºs 11.187/05, 11.232/05 e 12.322/10, as decisões interlocutórias passaram a ser objetáveis, como regra geral, pela via do agravo retido. Somente em cinco hipóteses excepcionais o ordenamento jurídico-processual admite a interposição de agravo sob a forma de instrumento. São elas:

I) quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação (art. 522, *caput*, do CPC);

II) quando for inadmitida a apelação (art. 522, *caput*, do CPC);

III) contra a decisão relativa aos efeitos em que a apelação é recebida (art. 522, *caput*, do CPC);

IV) contra a decisão proferida na liquidação (art. 475-H, do CPC); e

V) contra a decisão que resolver a impugnação ao cumprimento da sentença,

Arnoldo Camanho de Assis é Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília, onde cursou o Mestrado em Direito e Estado. Pós-Graduado pela Academia de Direito Internacional de Haia, na Holanda, e pela Universidade de Coimbra, em Portugal. Professor de Direito Processual Civil na Escola da Magistratura do Distrito Federal e no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Processual Civil nos cursos ministrados pela Universidade Candido Mendes / ATAME em Brasília, Goiânia e Cuiabá. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

salvo quando importar em extinção da execução, caso em que o recurso cabível é o de apelação (art. 475-L, § 3º, do CPC).

Havia ainda mais uma possibilidade, que era a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que não admitisse o recurso extraordinário ou o recurso especial (art. 544, *caput*, do CPC). Essa hipótese, entretanto, restou suprimida a partir do advento da Lei nº 12.322/10, que passou a dispor ser cabível agravo nos próprios autos – retido, portanto – contra esse tipo de decisão.

Isso significa, em outras palavras, que as decisões interlocutórias são passíveis de recurso, mas a regra é o recurso de agravo retido nos autos. O agravo de instrumento será, sempre, exceção a essa regra.

O que ocorre, nos dias atuais, entretanto, é que, apesar das restrições impostas pelo sistema, os agravos de instrumento continuam a proliferar. Isso porque, quando não é possível tipificar alguma das situações objetivamente previstas em lei para a hipótese de cabimento do agravo sob a forma de instrumento, os recorrentes procuram conceituar a decisão que pretendem submeter à superior instância como passível de lhes causar lesão grave e de difícil reparação.

1.2. Conversão obrigatória do agravo de instrumento em agravo retido

Exige-se, do relator do agravo, assim, que tenha prudente cautela ao analisar a petição do agravo, na medida em que, constatando que o recurso não se amolda a qualquer das situações previstas na lei processual para o cabimento do agravo sob a forma de instrumento, haverá de converter, obrigatoriamente, o agravo de instrumento em agravo retido. Aliás, sobre a obrigatoriedade – e não mais opção – de o relator converter o agravo de instrumento em agravo retido, destacamos, em outra ocasião, *litteris* (ASSIS, 2006):

“A Lei nº 11.187/05 reiterou a existência de duas espécies de agravo – o agravo de instrumento e o agravo

retido – e fixou que a regra é o agravo em sua forma retida, permitindo excepcionalmente a interposição de agravo de instrumento ‘quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida’. Além disso, alterou substancialmente os limites da discricionariedade deferida ao Relator, passando a lhe impor que, ao verificar que o agravo de instrumento não se enquadra nas exceções à regra geral, o converta em agravo retido.

Assim, já não há mais a opção, que antes se dava ao agravante, de escolher entre os dois tipos de agravo: o agravo de instrumento e o agravo retido. Isso não ocorre mais. Agora o recurso deve ser interposto em sua forma retida como regra, permitindo-se excepcionalmente sua interposição por instrumento nas hipóteses ressalvadas pela nova redação do art. 522, do CPC.

Cabe ao Relator do agravo de instrumento, pois, e monocraticamente, aferir se o caso levado à sua apreciação se amolda ou não às exceções do *caput* do art. 522, do CPC, avaliando *in concreto* se a decisão resistida é passível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, ou, além disso, verificando se se trata de caso em que a inteligência singular negou seguimento à apelação ou aos efeitos em que o apelo foi recebido.

Fora os casos de apreciação meramente objetiva referentes à inadmissão do recurso de apelação e aos efeitos em que recebido o apelo – em que, de modo singelo, basta ao Relator ler a decisão agravada para concluir se está diante de alguma das previsões legais de cabimento de agravo de instrumento –, o outro caso refere-se ao

periculum in mora, a partir da fórmula 'decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação'.

Sobre esse ponto, diga-se que o egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal já decidiu que, em sede de agravo de instrumento, o perigo a justificar a imediata atuação jurisdicional por força de concessão de efeito suspensivo ou de antecipação da pretensão recursal (o antigo 'efeito suspensivo ativo') deve ser 'explicitamente narrado pelo autor, não sendo dado ao juiz extrair a potencialidade do dano das entrelinhas da petição inicial, nem apoiar-se em fatos ali não tratados' (TJDF, AGR no AGI nº 2002.00.2.004774-1, DJ de 13/11/02, pág. 112). Assim, se as afirmações do agravante são feitas isoladamente e sem apoio em evidências fáticas que apontem efetivamente na direção de que tais assertivas possam vir a concretizar-se, é porque se situam no plano etéreo das meras conjecturas. E, em sendo assim, com rigor técnico e cartesiano, desservem à configuração da potencialidade do risco temido que mereça ser obstado por provimento jurisdicional positivo imediato. Em tais hipóteses, não há como proclamar que o caso narrado no recurso seja passível de classificar-se entre aqueles que possam 'causar à parte lesão grave e de difícil reparação', de que cuida o art. 522, do CPC.

Muito bem. Se o Relator do recurso de agravo reconhece que a decisão vergastada é suscetível de causar à parte recorrente lesão grave e de difícil reparação, haverá de deferir o efeito suspensivo pretendido ou, então, deverá antecipar a pretensão recursal¹. E, aí, o recurso será admi-

tido a processamento como agravo de instrumento. Reitere-se que a concessão antecipada da tutela recursal por decisão monocrática do Relator é medida extrema e excepcional, somente sendo possível falar em antecipação do resultado do julgamento do recurso quando houver causa suficiente e eficiente a demonstrar, de modo claro e inequívoco, a imperiosa necessidade da antecipação. Do contrário, há de se preservar o rigor procedimental e a sucessão das fases do processamento do recurso, tudo em homenagem ao princípio do 'due process of law' (Constituição da República, art. 5º, inciso LIV), até para que se alcance o ideal de legitimação pelo procedimento que, por força de querer constitucional, inspira o Processo Civil pátrio.

Por outro lado, e à luz da nova sistemática, se o Relator proclama que a decisão resistida não se caracteriza como potencialmente causadora de lesão grave e de difícil reparação, tal proclamação traz, como consequência lógica e inarredável, a impossibilidade de autorizar o processamento do agravo de instrumento. É que, como se disse, a regra, agora, é que o recurso de agravo será interposto em sua forma retida, 'salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida'.

Assim, e uma vez tendo ficado claro que a decisão agravada não é daquelas capazes de causar à parte 'lesão grave e de difícil reparação', então não só descabe admitir o agravo por instrumento como, além disso, o Relator deverá convertê-lo em agravo retido. A esse respeito, ressalte-se que, ao contrário do que

¹ Sem esquecer, claro, a necessidade de conjugar o *periculum in mora* com a presença dos requisitos da relevância da fundamentação ou da verossimilhança, conforme o caso, para a concessão do efeito suspensivo ou para a antecipação da pretensão recursal.

antes ocorria, não mais se permite ao Relator que, a seu talante, escolha por converter, ou não, o agravo de instrumento em agravo retido, como se dava na vigência do texto legal revogado². A Lei nº 11.187/05, ao reformar o art. 527, inciso II, do CPC, passou a impor ao Julgador que, obrigatoriamente, converta o agravo de instrumento em agravo retido, menos nas hipóteses anteriormente citadas³. O tom imperativo utilizado no texto ('... converterá...'), em claro descompasso com a opção que antes se abria ao Relator ('... poderá converter...'), não lhe deixa qualquer margem de discricionariedade. Isto é, não sendo caso suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, o Relator não tem outra alternativa a não ser converter, *ex vi legis*, o agravo de instrumento em agravo retido⁴.

² Eis o texto do dispositivo revogado, *litteris*: "Art. 527, inc. I, CPC: Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (...) II - poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido (...)" (grifou-se).

³ O novo texto tem a seguinte redação, *verbis*: "Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (...) II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa; (...)" (grifou-se).

⁴ Sem prejuízo de toda a argumentação ora expendida, não se deve desconsiderar a possibilidade de o Relator, ao proclamar que o caso não é daqueles capazes de causar lesão grave e de difícil reparação, tomar providência mais "drástica", qual seja a de negar seguimento ao recurso de agravo (art. 557, do CPC) — em vez de convertê-lo em agravo retido —, quando o recorrente não tiver interesse em recorrer, como se dá, por exemplo, na decisão que analisa as condições de ação e as proclama presentes. Como se sabe, tal matéria é de ordem pública (arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, ambos do CPC), daí por que pode ser reapreciada *ex officio* na sentença e, bem assim, no segundo grau de jurisdição. No exemplo citado, o agravo não é nem útil, nem necessário, por isso que nada justifica fique retido nos autos, uma vez que tal providência não terá qualquer alcance prático.

Em outras palavras, o reconhecimento de que a decisão resistida não é daquelas capazes de causar à parte recorrente lesão grave e de difícil reparação é incompatível com a determinação pelo processamento do agravo de instrumento. Assim, visualiza-se claro *error in procedendo* na decisão monocrática do Relator que, a um só tempo, indefere o efeito suspensivo ou a antecipação da tutela recursal por ausência de *periculum in mora* e, apesar disso, manda intimar o agravado para responder ao agravo de instrumento.

Não há dúvida em afirmar que a nova sistemática do agravo pretendeu dar inegável prestígio às decisões interlocutórias, em primeiro e em segundo grau de jurisdição. No juízo singular, porque restringiu as hipóteses de subida do agravo sob a forma de instrumento; na instância revisora, porque afirmou que a decisão monocrática do Relator não é passível de agravo interno, devendo ser revista, se o caso, ao ensejo do julgamento do agravo, salvo se o Relator a reconsiderar (art. 527, parágrafo único, do CPC). A mudança é positiva e tende a permitir a fluência do curso processual sem as interrupções que a interposição de recursos contra as decisões interlocutórias costuma causar. Resta torcer para que o sistema absorva rapidamente o novo paradigma e que não se ressuscite a velha prática de se impetrar mandado de segurança para obter aquilo que no agravo não era possível alcançar".

2. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias no novo sistema

Uma vez exposta a situação atual, deve-se louvar uma das grandes inovações trazidas no Projeto do Código de Processo Civil (CPC), já de acordo com a redação

final aprovada no Senado Federal (PLS nº 166/2010), que é a irrecurribilidade das decisões interlocutórias.

O art. 963, parágrafo único, do Projeto estabelece que “as questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”. Por meio de tal fórmula, vislumbra-se a pretensão de tornar o processo mais ágil e menos truncado, evitando-se, só com isso, as paralisações que podem ocorrer – e que ocorrem hoje – a partir da interposição de agravos de instrumento contra as decisões interlocutórias.

Eis, então, a regra estabelecida: as questões resolvidas por meio de decisões intermediárias não ficam forradas pela preclusão, daí por que não há necessidade, nem utilidade, na interposição de agravo de instrumento contra elas. Essas questões podem voltar a ser apreciadas pelo tribunal desde que haja provocação da parte interessada, bastando, para tanto, requerer o reexame em preliminar no recurso de apelação que venha a ser interposto contra a decisão final, ou nas contrarrazões a esse recurso.

3. A regra e as exceções

Entretanto, e mesmo tornando regra a irrecurribilidade das interlocutórias, o Projeto estabelece algumas hipóteses em que é cabível agravo de instrumento. Na Exposição de Motivos do Anteprojeto apresentado ao Senado Federal, a Comissão de Reforma pronunciou-se do seguinte modo, *litteris*:

“Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, alterado-se o regime das preclusões [26]. 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.”

A nota 26, referida no trecho transcrito, esclarece, *verbis*:

“[26] Essa alteração contempla uma das duas soluções que a doutrina processualista colocava em relação ao problema da recorribilidade das decisões interlocutórias. Nesse sentido: ‘Duas teses podem ser adotadas com vistas ao controle das decisões proferidas pelo juiz no decorrer do processo em primeira instância: ou, a) não se proporciona recurso algum e os litigantes poderão impugná-las somente com o recurso cabível contra o julgamento final, normalmente a apelação, caso estes em que não incidirá preclusão sobre tais questões, ou, b) é proporcionado recurso contra as decisões interlocutórias (tanto faz que o recurso suba incontinentemente ao órgão superior ou permaneça retido nos autos do processo) e ficarão preclusas as questões nelas solucionadas caso o interessado não recorra’ (ARAGÃO, E. M. Reforma processual: 10 anos, p. 210-211)”.

Fixadas essas premissas, cabe ressaltar que o legislador da reforma processual dispôs:

“Art. 969. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I – tutelas de urgência ou da evidência;
- II – o mérito da causa;
- III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV – o incidente de resolução de desconsideração da personalidade jurídica;
- V – a gratuidade de justiça;
- VI – a exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII – exclusão de litisconsorte por ilegitimidade;
- VIII – a limitação de litisconsórcio;
- IX – a admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X – outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário”.

Como bem se vê, a fórmula continua a ser basicamente a mesma, ou seja, há hipóteses pré-definidas (“fechadas”) para o cabimento de agravo de instrumento, de natureza visivelmente objetiva – por exemplo, contra a decisão que dispôs sobre a limitação de litisconsórcio –, e uma hipótese que se pode chamar de “aberta” – a que permite a interposição de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre o mérito da causa (Projeto, art. 969, inciso II).

4. As decisões que versam sobre o mérito da causa

Mas, o que deve ser entendido como “decisões interlocutórias que versarem sobre o mérito da causa”?

J. E. Carreira Alvim (2003, p. 121) aponta que “a antecipação da tutela é concedida (positiva) ou negada (negativa) através de decisão interlocutória”, daí por que, na dicção de Leandro Antonio Pamplona (2006),

seria “autêntica decisão interlocutória de mérito (ou substancial), diversa, no conteúdo, da que resolve simples questão processual”. Com efeito, esse tipo de decisão não versaria sobre matéria eminentemente processual, mas sobre o próprio conteúdo da pretensão deduzida na petição inicial, a ser entregue na sentença.

Conquanto seja correto afirmar, com os autores citados, que a decisão interlocutória que disponha sobre o pedido de antecipação de tutela culmina por enfrentar o mérito da causa, esse exemplo, contudo, não se prestaria para apontar o que, exatamente, seria uma “decisão interlocutória de mérito”, no contexto do agravo de instrumento no Projeto do Novo CPC, porque há previsão para o cabimento dessa espécie de recurso quando se tratar de decisão que verse sobre tutela de urgência ou tutela da evidência (art. 969, inciso I). Ora, se o legislador da reforma previu hipótese específica para a tutela da evidência, não se pode usar o exemplo da antecipação da tutela para tentar definir o que seja “decisão interlocutória de mérito”.

Barros Neto (2010) aponta que a decisão que resolve a liquidação de sentença tem conteúdo de mérito, lembrando, até mesmo, a possibilidade de ser objeto de rescisão. Na mesma linha, pode-se dizer que a decisão que resolve o incidente de impugnação à sentença também classifica-se como “decisão interlocutória de mérito”.

Mesmo assim, essas situações não se prestariam a exemplificar o que venha a ser “decisões interlocutórias que versarem sobre o mérito da causa”, no contexto das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, sobretudo porque o art. 969, parágrafo único, do Projeto já prevê a possibilidade de interposição desse tipo de recurso contra as decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença e no cumprimento de sentença. Se é, portanto, previsão específica, não se há de enquadrar os exemplos ora examinados no caso geral do inciso II do citado artigo.

Por idênticas razões, as decisões de mérito proferidas no curso do procedimento do inventário – por exemplo, o sobrestamento da entrega do quinhão que couber a herdeiro que tenha sua qualidade contestada (art. 613, § 3, do Projeto) – também não podem ser classificadas como “decisões que versarem sobre o mérito da causa”, já que essas hipóteses também foram destacadas no parágrafo único do art. 969 do Projeto.

Por outro lado, as decisões que dispõem sobre os meios de prova a serem produzidos na fase de instrução preparam o feito para a resolução de mérito, mas não versam, em princípio, sobre o mérito da causa.

A conclusão a que se chega, ao menos por ora, é no sentido de que é difícil enquadrar uma decisão no inciso II do art. 969 do Projeto do Novo CPC. O dia a dia da atividade judiciária, com sua dinâmica própria, haverá de lançar luzes sobre o tema, de modo a permitir exata tipificação sobre o que venham a ser “decisões que versarem sobre o mérito da causa”.

5. Conclusões

Por enquanto, espera-se que esse inciso não sirva como fundamento para permitir a indevida interposição de agravos de instrumento quando a parte recorrente não puder enquadrar a sua situação em alguma das outras hipóteses restritas de cabimento desse tipo de recurso.

Com efeito, é preciso ter em mente a exata noção de que regra é regra e exceção é exceção, de modo que, como visto, quando se trata de agravo de instrumento, a regra é a não recorribilidade das decisões

interlocutórias; o agravo de instrumento é a exceção (art. 696, do Projeto).

Por isso, se o Poder Judiciário passar a elasticar a regra, passando a permitir que qualquer situação – ainda que não se amolde às inteiras aos casos específicos – merece tratamento excepcional, admitindo que o agravo seja processado sob a forma de instrumento mesmo quando não esteja materializada qualquer das hipóteses previstas para esse fim, isso significa que terá passado a tratar a exceção como regra, importando, tal comportamento, no aumento irrefreável de agravos de instrumento em tramitação na segunda instância, que, a rigor, jamais poderiam ter sido admitidos a processamento. E, com toda a certeza, não terá sido essa a intenção reguladora do legislador histórico, ao elaborar o Projeto do Novo CPC.

Referências

ALVIM, J.E. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 121.

ASSIS, Arnaldo Camanho de. *Conversão Obrigatória do Agravo de Instrumento em Agravo Retido*, Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Belém, v. 18 n. 7 jul. 2006.

BARROS NETO, Geraldo Fonseca de; VANNUCCI, Rodolpho. Aspectos controvertidos da nova disciplina da liquidação da sentença. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2441, 8 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14461>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

PAMPLONA, Leandro Antonio. Dos momentos para concessão da antecipação de tutela. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 9, n. 34, out. 2006. (publicado em 02/11/2006). Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1360>. Acesso em: 13 maio 2011.