



## Marcelo Mazzola: A verdadeira hipótese de agravo escondida no CPC

Gostemos ou não, o legislador catalogou no artigo 1.015 do novo Código de Processo Civil as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Em outras palavras, foram positivadas, em rol taxativo, as situações de recorribilidade imediata das decisões interlocutórias.

Quanto às demais interlocutórias não agraváveis de plano, estas não sofrem os efeitos da preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões, observando-se sempre o contraditório (artigo 1.009, §§ 1º e 2º). Registre-se, ainda, que da sentença cabe apelação, mesmo quando as hipóteses do artigo 1.015 integrarem capítulo do *decisum* (por exemplo, no caso de concessão de tutela provisória deferida no bojo da sentença), nos termos do artigo 1.009, § 3º.

Em nossa opinião, muitas situações que deveriam constar do artigo 1.015 ficaram de fora, tais como competência, suspensão do processo por prejudicialidade externa, invalidação de negócios jurídicos processuais, honorários periciais na fase de conhecimento, entre outras. Trata-se de opção legislativa que, de *lege data*, deve ser respeitada. Afinal, como adverte Fernando Gajardoni, não é possível sobrepor o juízo pessoal de desaprovação das opções do novo CPC à vontade legítima do legislador, fazendo que o novo CPC seja o que queremos, e não o que ele realmente é.<sup>[1]</sup>

É bem verdade que parte da doutrina já vem sustentando a possibilidade de interpretação extensiva de algumas hipóteses do artigo 1.015 para abarcar temas correlatos.<sup>[2]</sup> Defende-se uma interpretação horizontal dos itens do rol, calcada no entendimento do Superior Tribunal de que a taxatividade não impede a interpretação extensiva.<sup>[3]</sup>

Como se sabe, a interpretação extensiva leva em consideração a *mens legis*, ampliando o sentido da norma para além do contido em sua letra, demonstrando que a extensão do sentido está contida no espírito da lide. A norma diz menos do que deveria dizer. Assim, na interpretação extensiva, estende-se uma norma a casos não previstos por ela.<sup>[4]</sup>

A questão é sensível, pois, ao mesmo que a interpretação extensiva poderia mitigar a utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal e garantir a duração razoável do processo (evitando-se a futura anulação de decisões judiciais), por outro, poderia trazer alguns efeitos colaterais, principalmente a insegurança jurídica (um tribunal poderia reconhecer a preclusão da matéria não atacada imediatamente por agravo de instrumento, caso entendesse que o *decisum*, à luz de uma interpretação extensiva, justificava a interposição do referido recurso).

Em razão das dimensões reduzidas deste artigo, não iremos verticalizar a discussão. A ideia aqui é apenas sustentar o cabimento do agravo de instrumento em hipótese não regulada expressamente pelo novo CPC, que não demanda maior esforço interpretativo e hermenêutico.



Inicialmente, cumpre registrar que, além das doze hipóteses previstas no artigo 1.015<sup>[5]</sup> e daquelas descritas em seu parágrafo único, o novo CPC traz mais duas situações de cabimento do recurso ao longo do texto legal (artigos 354, parágrafo único, e 1.037, § 13º), apeladas por alguns doutrinadores de hipóteses escondidas.<sup>[6]</sup>

Na verdade, não são tecnicamente escondidas, mas apenas não estão descritas expressamente no rol do artigo 1.015. Melhor dizendo, estão sim, porque o inciso XIII do referido dispositivo menciona “outros casos expressamente referidos em lei”, incluindo-se aí não apenas os casos previstos em leis especiais (por exemplo, artigo 198 da Lei 8.069/90; artigos 17, 59, § 2º, e 100 da Lei 11.1001/05; artigo 7º, § 1º, da Lei 12.016/09; artigo 12 da Lei 7.347/85; artigo 17, § 10, da Lei 8.429/92, entre outros), como na própria Lei de Ritos (artigos 354, § único, e 1.037, § 13).

A hipótese de recorribilidade imediata que defendemos tem direta relação com o artigo 1.037, § 13 (que será detalhada abaixo) e se refere à *decisão sobre pedido de distinguishing em caso de afetação no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*.

No caso dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, uma vez selecionado o recurso representativo da controvérsia, o relator proferirá decisão de afetação, que nada mais é do que a delimitação da matéria para fins de definição do alcance e do âmbito de atribuição do julgamento por amostragem. Nessa mesma decisão, o relator determinará a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

Após a decisão de afetação, a suspensão dos processos com idênticas questões de direito não é automática. Em cada processo, os magistrados devem realizar o enquadramento à suspensão da matéria afetada, intimando as partes a respeito (artigo 1.037, §8º). Se o enquadramento da hipótese objeto da decisão de afetação encaixar-se na questão de direito discutida na ação, a demanda será suspensa. Todavia, qualquer das partes pode entender que o enquadramento foi equivocado e requerer a distinção, o chamado *distinguishing*, técnica de confrontação de um precedente à luz do caso concreto.

Se o processo estiver em primeiro grau, cabe ao juiz da causa analisar o requerimento; no segundo grau compete ao relator do recurso sobrestado; e nas cortes superiores, ao relator dos recursos especial e extraordinário sobrestados. A parte contrária deve ser intimada para manifestar-se a respeito no prazo de cinco dias. Reconhecida a distinção, o juiz ou o relator dará prosseguimento ao processo. Da decisão que resolver o requerimento, acolhendo ou rejeitando o pedido de *distinguishing*, o novo CPC prevê expressamente que caberá agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau, e agravo interno, se a decisão for do relator (artigo 1.037, §13).

Nessa mesma linha, sustentamos o cabimento do agravo de instrumento na sistemática do IRDR, incidente que forma com os recursos especiais e extraordinários repetitivos um **microssistema de julgamento de casos repetitivos** (artigo 928 do novo CPC)<sup>[7]</sup>, em que as normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.<sup>[8]</sup>

No IRDR, após a admissão do incidente pelo órgão competente do tribunal, o relator designado determinará a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, que envolvam a mesma questão de direito, comunicando-se os órgãos jurisdicionais



competentes (artigo 982, I e §1º). Convém destacar, porém, que, no capítulo do IRDR, não existe a mesma previsão inserida na parte dos recursos especiais e extraordinários repetitivos que estabelece a intimação das partes sobre a decisão de suspensão do processo (artigo 1.037, §8º).

Todavia, entendemos que, no caso do IRDR, após a decisão de afetação proferida pelo relator do tribunal e a devida comunicação aos órgãos jurisdicionais competentes, os juízes de primeiro grau, caso os processos estejam tramitando por lá, deverão intimar as partes para tomarem ciência da situação, viabilizando um eventual pedido de *distinguishing*. Em respeito ao contraditório e por simetria ao disposto no artigo 1.037, §11, a parte contrária deverá ser intimada sobre o referido requerimento. Se o juiz concordar com os fundamentos apresentados, determinará o prosseguimento do feito. Caso contrário, confirmará a suspensão.

Em qualquer das hipóteses, entendemos que a parte prejudicada pode sim interpor agravo de instrumento, para que o tribunal examine a questão e decida se houve (ou não) o devido enquadramento do caso afetado à hipótese do processo questionado. Não se trata apenas de interpretar extensivamente a regra do artigo 1.037, §8º, a fim de garantir a coesão sistêmica e a harmonia desse microsistema (reconhecido pelo próprio novo CPC), mas também para prestigiar os princípios da duração razoável do processo e da cooperação. Ora, não é crível que um processo seja sobrestado, paralisando o andamento do feito e causando uma angustiante espera para as partes, se não existe o devido enquadramento.

Em resumo, defendemos, inclusive de *lege data*, a possibilidade de interposição de agravo de instrumento quando se tratar de decisão sobre pedido de *distinguishing* em caso de afetação no IRDR. Essa sim é uma verdade hipótese escondida de recorribilidade imediata.

---

1 GAJARDONI, Fernando. O novo CPC não é o que queremos que ele seja. Disponível em: <http://jota.info/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos-que-ele-seja>. Acesso em 16.11.16.

2 DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 242, p. 275-284, 2015. No mesmo sentido BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo, Saraiva, 2015. p. 653. Vide também MAZZOLA, Marcelo. Agravo de Instrumento e suas restritas hipóteses de cabimento: necessidade de flexibilização. *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. (Coords.) Carlos Roberto De Castro Jatahy, Diogo Assumpção Rezende De Almeida, Luiz Roberto Ayoub, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016, p. 417.

3 Em matéria tributária, por exemplo, mais especificamente no que tange à lista de serviços tributáveis pelo ISS, a Corte Especial, embora reconheça sua taxatividade, admite a chamada interpretação extensiva *intra muros*, isto é, no interior de cada um dos seus itens (REsp 1.111.234/PR). No campo penal, o STJ também entende que a taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva. Assim, no caso do recurso em sentido estrito, as hipóteses são taxativas, mas admite-se a flexibilização “desde que a situação a que se busca enquadrar tenha similitude com as hipóteses do art. 581 do CPP” (REsp 197.661/PR).



4 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 294.

5 Alguns artigos do NCPC fazem referência a algumas hipóteses do art. 1015, como, por exemplo, os arts. 101 (rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação), 356, § 5º (decisão parcial de mérito) e 1.027, § 1º.

6 LEMOS, Vinicius Silva. A hipótese escondida do agravo de instrumento no novo CPC. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 149, p. 126-137, ago./2015

7 Vide também Enunciado 345 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.

8 A propósito, o art. 979, § 3º, do NCPC.

**Date Created**

21/11/2016