

Fábio Leme: Novo conflito sobre cabimento do agravo de instrumento

Como sabido, o artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 restringiu bastante as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, tendo, ademais, extornado o antigo agravo retido.

Tais espécies recusais — agravos retido e de instrumento —, durante a vigência do código anterior (CPC/1973), eram cabíveis ou aplicáveis contra toda e qualquer decisão interlocutória, sem limitação. A discussão, no ornamento anterior, sem maior aprofundamento, ficava por conta de qual das duas hipóteses seria cabível, já que a regra passou a ser o agravo retido, sendo que, naturalmente, dez entre dez litigantes preferiam a modalidade de instrumento.

No modelo atual, portanto, o legislador criou um rol taxativo das hipóteses de agravo de instrumento, estando elas elencadas entre os incisos I ao XIII do referido artigo 1015, em outras hipóteses previstas em lei e, ainda, *no parágrafo único do mesmo dispositivo legal* (artigo 1.015, CPC/2015).

Lembro-me que em 2016, durante pré-evento do Congresso da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, no painel da comissão de repressão às infrações, externei ao então desembargador Ênio Zuliani, da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, minha grande preocupação em relação às decisões interlocutórias no tocante à produção da prova pericial em ações envolvendo propriedade intelectual, mais especificamente aquelas envolvendo matérias técnicas, como patentes e desenhos industriais.

Como coloquei na oportunidade, entendia, como ainda entendo, não fazer sentido algum as decisões de indeferimento ou mesmo de deferimento de prova pericial em ações dessa natureza (PI) não serem imediatamente recorríveis, tendo a parte interessada de aguardar eventual recurso de apelação para suscitar a questão incidente de outrora como preliminar do respectivo recurso de apelação ou sua resposta (contrarrazões), conforme determina o artigo 1.009, parágrafo 1º, do CPC/2015.

A impossibilidade de se recorrer, via agravo de instrumento, contra decisão que indefere, por exemplo, a produção de prova pericial em ações cujos os fatos comumente dependam de conhecimento técnico específico, permitindo-se a possibilidade de reforma dessa decisão apenas em sede de eventual recurso de apelação por uma das partes, se revela altamente contraproducente e, ao meu ver, contrária aos próprios anseios e diretrizes perseguidos pelo legislador no atual código de processo, como é o caso do princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

O princípio da efetividade, a propósito, apesar da guarida constitucional (artigo 5º, inciso XXXV da CF), teve sua garantia reforçada no CPC/2015, logo em seu artigo 3º, em capítulo que trata das normas fundamentais do processo civil, o que deixa inequívoca a importância dada pelo legislador ao preceito no que tange o processo.

O desembargador Ênio, já naquela oportunidade, comungava da mesma preocupação e cuidou de garantir aos presentes que, em situações como a do exemplo narrado, caso sobreviessem agravos de instrumento, ele, na condição de relator, conheceria do recurso, o que, inclusive, arrancou aplausos da

plateia.

Na prática ou praxe forense, com efeito, o Tribunal de Justiça de São Paulo conheceu alguns agravos de instrumento fora das hipóteses do artigo 1.015 do CPC/2015.

A título de exemplo, cita-se o julgamento bastante recente do Agravo de Instrumento 2172160-70.2018.8.26.0000. De forma breve, tal recurso visava reformar exatamente decisão interlocutória relacionada à prova pericial, mais especificamente definir qual a modalidade de prova pericial que havia sido determinada pelo juízo de primeiro grau. Tal recurso, então, teve seu cabimento reconhecido pela 30ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP, valendo-se da seguinte motivação: “apesar de não estar expressamente elencado pelo art. 1015 do CPC/2015, pela possibilidade de interpretação extensiva ou analógica do inc. III, em consonância com o entendimento pacificado pelo C.STJ”^[1].

Nessa senda, destaca-se que a flexibilização ou mitigação do rol do artigo 1.015 do CPC/2015 vem sendo tratada pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recursos repetitivos (recursos especiais 1.696.396 e 1.704.520), que ainda pende de decisão final.

No entanto, a relatora do caso, ministra Nancy Andrichi, já proferiu voto favorável à mitigação.

A ministra Nancy, inclusive, fundamentou seu voto trazendo outro exemplo ou caso prático de completa inefetividade ou irrazoabilidade de se negar a via do agravo de instrumento. Trata-se da decisão em primeiro grau de jurisdição que nega a concessão do segredo de Justiça.

Tal qual no exemplo citado acima, é evidente que a impossibilidade de cabimento de agravo nessa situação específica não faz sentido algum. Será, inclusive, absolutamente inócua, como bem justificou a ministra Nancy, a reapreciação da questão em preliminar de futuro e eventual recurso de apelação ou em suas contrarrazões, já que, até lá, o processo terá tramitado sem o segredo pleiteado, tornando público os dados ou informações que se pretendia manter sigilosos.

Para a ministra, seria inconcebível que apenas algumas poucas hipóteses taxativamente arroladas pelo legislador sejam objeto de imediato reexame ou enfrentamento, como ela coloca.

Propõe a ministra, assim, a possibilidade do recurso de agravo de instrumento sempre que verificada a inutilidade de rediscussão da questão incidente no julgamento do recurso de apelação.

Para a julgadora da 3ª Turma do STJ, o artigo 1.015 do CPC/2015 deve ser interpretado de acordo com a vontade do legislador, que, segundo ela, é de cabimento do recurso de agravo sempre que a questão incidente não possa aguardar reapreciação em sede de apelação ou resposta a esse recurso.

Em nosso entendimento e com todo respeito às opiniões absolutamente respeitáveis divergentes, inclusive dentro da própria 3ª Turma do STJ, a posição da ministra Nancy parece fazer todo sentido.

O problema, no entanto, é que este cenário de insegurança jurídica criado acaba por levar a situações absolutamente inimagináveis e até grosseiras, com a devida *venia*, e é para isso que o presente trabalho busca chamar a atenção.

Recentemente, apresentamos, no escritório, agravo de instrumento (nº 2123460-63.2018.8.26.0000)

tirado contra decisão interlocutória de ação executiva, fundada em título executivo extrajudicial.

Baseava-se, portanto, o recurso notadamente no parágrafo único do artigo 1.015 do CPC/2015, que dispõe: “Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário” (grifamos).

Para a nossa total surpresa, no entanto, o relator não conheceu monocraticamente do recurso, sob o fundamento de que a hipótese não se enquadrava entre os incisos I ao XIII do artigo 1.015 do CPC/2015.

Sem perder tempo, interpusemos, naturalmente, agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015) contra essa decisão unitária, de modo a levar a questão ao colegiado. O agravo interno, portanto, essencialmente rogava por uma simples leitura do parágrafo único do artigo 1.015 do CPC/2015.

Como essa hipótese de cabimento expressa de agravo de instrumento, no entanto, não admite sustentação oral, apenas tomamos o cuidado de despachar com os julgadores, inclusive com o próprio relator. Imaginávamos que, naturalmente, o desembargador havia se enganado, *data venia*, quanto às “novas” hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, ainda que o CPC/1973 igualmente admitisse o cabimento de agravo de instrumento tirado contra decisão interlocutória em processo de execução. Infelizmente, para nova surpresa de nossa parte, não era o caso!

O relator, por incrível que possa parecer, manteve seu posicionamento de que a hipótese não se encaixava no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC/2015, isto é, entre seus incisos I e XIII, sem se atentar ou mesmo fundamentar, como exige o artigo 489 do mesmo diploma processual, as razões para não aplicação do parágrafo único do referido artigo 1.015.

É bem verdade que o eminente relator, em seu voto, após manter fundamentação de sua decisão monocrática anterior, ou seja, de que a hipótese não estaria inserida no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC/2015, acabou por concordar com a decisão do juiz de primeira instância, a qual havia determinado, equivocadamente, a conversão da ação executiva em ação de conhecimento.

Sem entrar no mérito dessa decisão do juiz de primeiro grau, o que seria, por si só, objeto de outro trabalho, mas notem que o acerto ou não dessa decisão — *eventual error in judicando do juiz de primeira instância* — era o objeto do próprio agravo de instrumento, podendo levar ao seu não provimento, mas nunca ao seu não conhecimento. Da mesma forma, o erro ou acerto da decisão do juiz *a quo* não era o mérito do agravo interno.

Minimamente, portanto, o voto do relator no recurso de agravo interno passou anos-luz da melhor técnica processual. Apesar disso, tal entendimento foi, infelizmente, recepcionado apenas pelo terceiro juiz.

Quase que como um sopro de esperança a nós e aos operadores do Direito de modo geral, serve de consolo apenas o voto divergente declarado pelo revisor do recurso, que, em outras palavras, apenas cuidou de lembrar aos seus pares da existência do parágrafo único do artigo 1.015 do CPC/2015, como exaustivamente defendido por nós.



É fundamental que o STJ, portanto, em resposta à provocação feita no título do presente trabalho, defina, de uma vez, quais decisões interlocutórias são agraváveis, de modo a afastar o cenário de insegurança jurídica que vem tomando conta dos tribunais ordinários.

Uma coisa, porém, é certa, e aqui cabe o alerta ou contestação aos íclitos julgadores da 22ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP: *o que se encontra inserido no rol do artigo 1.015 do CPC/2015, que naturalmente compreende seu parágrafo único, seguirá agravável!*

[1] Agravo de instrumento nº 2172160-70.2018.8.26.0000. Relatora: Desembargadora Maria Lúcia Pizzotti da 30 Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. DJe: 16 de novembro de 2018.