



Teresa Arruda Alvim: Um agravo, dois sérios problemas

Já houve quem, com razão, tivesse comparado a trajetória do recurso de agravo à de Prometeu[1], na mitologia grega. De fato, Prometeu, um titã, muito amigo de Zeus, o deus dos deuses, justamente por causa dessa proximidade, aproveitou-se arditamente de uma distração do “chefe” e roubou, do Monte Olimpo, residência dos deuses, a chama (fogo da sabedoria) que os tornava deuses. Zeus descobriu e condenou Prometeu a ficar preso a uma montanha, acorrentado, por correntes feitas pelo ferreiro Hefesto, por 30 mil anos. Durante a noite, uma águia lhe comeria o fígado, que, ao longo do dia, se reconstituiria. O ciclo destrutivo se reiniciava quando anoitecia, e se repetia indefinidamente.

A analogia tem cabimento já que o legislador, desde que o agravo passou a integrar nossa legislação[2], começando lá no Direito português, nas Ordenações Afonsinas, *jamaís o suprimiu*: ao contrário, ora o fortalece, ora o enfraquece; ora lhe dá espaço e força, ora o faz quase desaparecer. Como Zeus, que não matou Prometeu, mas lhe dá e lhe rouba a vitalidade, a seu bel prazer.

Nesta quadra histórica, pode-se dizer que a intenção do legislador foi a de tirar a força do agravo de instrumento, tendo, desta vez, suprimido o agravo que tramitava sob o regime da retenção. Não quis, entretanto, deixar caso algum de urgência quase que “presumida” fora das hipóteses de cabimento deste recurso. Também procurou abranger casos em que seria irracional deixar a hipótese para ser resolvida pelo tribunal depois que fosse proferida a sentença.

A quantidade de incisos do artigo 1.015, somada às demais hipóteses em que, de forma esparsa, se prevê o cabimento do agravo, revela preocupação de não deixar nenhum caso relevante fora do espectro da recorribilidade imediata. A preocupação, entretanto, parece não ter produzido resultados tidos por satisfatórios pela comunidade jurídica.

Isso porque uma das primeiras discussões sérias e com relevantes consequências no plano prático foi justamente a que girava e gira em torno de se saber se a decisão que rejeita alegação de competência está (ou não) abrangida pelo artigo 1.015.

Por trás desta discussão está a adoção de diferentes teses: o artigo 1.015 seria exemplificativo; seria taxativo, mas admitiria interpretação extensiva; seria taxativo, podendo ser apenas restritivamente interpretativo.

Dependendo da solução que se adote, um número maior ou menor de decisões interlocutórias outras seriam impugnáveis apenas na apelação ou nas contrarrazões de apelação.

A nosso ver, o primeiro grande erro que se comete é confundir interpretação *analógica* com *extensiva*. Ambas levam, direta ou indiretamente, à ampliação do sentido da norma. Mas por caminhos diferentes: a interpretação extensiva constitui no alargamento do núcleo conceitual: por exemplo, entender que a palavra mãe abrange mãe natural e mãe adotiva[3]. A interpretação analógica há quando existe *lacuna*: por exemplo, considerar-se que pedido de reconsideração seria um recurso, já que semelhante às hipóteses previstas no artigo 944 do CPC: aqui, disciplina-se um *caso novo* em virtude de semelhança com aquele que é regulado expressamente.



É a analogia que não se permite quando a norma é taxativa. Não a interpretação extensiva: esta, se permite.

Assim, é evidente que, quando o legislador faz alusão a decisão que versa sobre tutela provisória, abrange as que concedem, não concedem, revogam, modificam e também as que dizem respeito às multas, à sua periodicidade e ao seu *quantum*. Isso tudo *está incluído* no dispositivo.

Decisões interlocutórias de mérito, são, por exemplo, aquelas em que se decide um dos pedidos *antes* dos demais, e o processo prossegue até que haja condições de se decidir o outro; é decisão que afasta a ocorrência de prescrição ou de decadência.

Onde o legislador diz, no artigo 1.015, X: decisão que concede, revoga, modifica, deve-se também incluir a que não concede.

E assim por diante.

De fato, se o rol é taxativo, mas se admitisse interpretação analógica e extensiva, *é inegável que a tal taxatividade fica bastante comprometida*.

A interpretação extensiva não frustra eventual intenção da norma no sentido de criar limites claros para sua incidência, diferentemente do que ocorre com a analógica: o risco de ofensa à isonomia é fatal.

Demais disso, o legislador respondeu, neste particular, à eterna queixa da magistratura e dos jurisdicionados: há recursos demais. A ideia foi a de restringir com *segurança* as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. A interpretação extensiva não retira a segurança que um dispositivo taxativo tem o potencial de gerar.

Antes de se passar ao segundo ponto problemático, é relevante observar que, paradoxalmente, ao lado desta gigantesca polêmica sobre a taxatividade do artigo 1.015, a questão da competência, por exemplo, embora, a meu ver não possa ser fundamento do recurso, pode ser conhecida de ofício: até no julgamento do próprio agravo pelo tribunal.

Outro ponto: este é o código da *segurança jurídica*. Trata-se de um valor a que a nova lei dá relevância quase absoluta.

Com o objetivo de criar segurança jurídica, criou-se um minissistema de precedentes, dentro do código, se alargou o âmbito de incidência da coisa julgada para atingir também as prejudiciais, se determinou a reunião de causas quando puder haver decisões conflitantes etc.

Admitir que teria o legislador criado um dispositivo, cuja interpretação pudesse dar margem a diversas soluções práticas diferentes, positivamente, vai de encontro, choca-se frontalmente com a ideia de segurança, umbilicalmente ligada à isonomia e à previsibilidade adotadas pelo CPC de 2015.

É por isso que não se admite analogia em Direito Tributário e em Direito Penal: segurança, isonomia, previsibilidade, que ficariam comprometidas, são princípios ínsitos àqueles ramos do Direito.



Um país do tamanho do nosso, com diferenças culturais tão fundas, deve garantir a isonomia com técnicas mais precisas e certeiras. Principalmente quando se trata de temas processuais como este sobre o qual estamos tratando.

Inadmissível, portanto, ver-se o artigo 1.015 como apenas exemplificativo. Sendo a apelação incapaz de tutelar adequadamente o direito do prejudicado, a conclusão que se segue não é a inexorabilidade do uso do agravo de instrumento. É, isto sim, o uso (excepcional) do mandado de segurança.

Mal algum há no emprego excepcional do mandado de segurança num ambiente que não é o dele: o dos atos do juiz. Desde que, é claro, essa excepcionalidade seja respeitada e adequadamente justificada.

Havendo risco de dano irreparável ou de difícil reparabilidade, sendo o sistema recursal inepto para afastá-lo, aí sim cabe falar-se no interesse de agir para o uso do mandado de segurança contra ato do juiz.

Há dois recursos afetados pela ministra Nancy Andriahi visando esse ponto. A solução do STJ deve vir em agosto^[4].

Qualquer que seja a posição tomada pelo STJ nessa ocasião, é relevante que haja modulação. De fato, a insegurança causada pela doutrina/jurisprudência que adota a tese da possibilidade de interpretação analógica (diferente da extensiva) gerou e vem gerando situações perigosas. Imaginemos o exemplo da competência: não se agravou, deixando-se para impugnar a decisão apenas na apelação. Quando do julgamento da apelação, o tribunal se manifesta no sentido de que o agravo deveria ter sido interposto, por ser a interpretação analógica imprescindível.

Admitir o agravo em situações como a de que acima se tratou significa não admitir sua impugnação na apelação em contrarrazões.

Portanto, em situações ocorridas antes da decisão dos repetitivos, deve-se considerar certa a opção do tribunal *a quo*, *que não teria prejudicado o recorrente, qualquer que tenha sido ela*.

Por fim, é oportuno que se aborde aqui um outro problema criado pelo sistema recursal do CPC/2015.

A possibilidade de se impugnarem interlocutórias não agraváveis (sejam quais forem elas) por meio de apelação ou contrarrazões parte da suposição de que o prejudicado terá perdido a ação: na apelação, impugnara as tais interlocutórias e a sentença. Havendo sucumbência recíproca talvez também nas contrarrazões.

O problema ocorre em situação que, embora não comum, pode ocorrer: o vitorioso no mérito (que não pode, portanto, apelar, já que lhe falta interesse) é prejudicado por interlocutória, que versa, por exemplo, sobre o valor da causa. O que lhe cabe fazer?

A nosso ver, apelar dessa decisão é o melhor caminho. O artigo 1.009 comporta esta interpretação: os meios adequados são apelação ou as contrarrazões. Em preliminar, é claro, apenas se houver outros pontos a serem impugnados. Não os havendo, as preliminares serão o cerne do recurso.



A apelação pode, portanto, veicular inconformismo em relação a interlocutória não agravável.

Supondo que o sucumbente apele, neste caso, para impugnar o mérito. Pode, a nosso ver, o vencedor (no mérito) impugnar as interlocutórias que o terão prejudicado no curso do feito nas contrarrazões, que serão, todavia, recurso. Isso significa que a desistência do apelante não prejudica as contrarrazões que devem ser apreciadas, pois foram apontadas pelo legislador também como *modo apto a impugnar* interlocutórias não recorríveis imediatamente por agravo de instrumento^[5].

Não se trata de nada parecido com recurso adesivo, que depende do principal. As contrarrazões, neste caso, são *verdadeiro recurso*.

Aliás, assim não poderia deixar de ser: é conclusão inexorável, à luz do princípio constitucional da isonomia, matriz do princípio processual, que diz respeito à paridade de tratamento.

[1] Heitor Sica. O agravo e o mito de Prometeu: considerações sobre a Lei n. 11.187/2005. In: Teresa Arruda Alvim Wambier; Nelson Nery Jr. (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 9, p. 193-219.

[2] O agravo nasceu das querimas ou querimônias, que foram criadas pela “praxe forense” da época, quando D. Afonso IV criou a regra da inapelabilidade das decisões interlocutórias.

“Com D. Afonso IV, estabeleceu-se que as interlocutórias não seriam mais apeláveis, salvo algumas exceções expressas. Isto porque o fato de todas as interlocutórias serem apeláveis, indiscriminadamente, mais gerava problemas do que trazia soluções.

Ficaram, então, diversas decisões sem recurso.

Surgiram, assim, já nesta época, ou seja, antes das Ordenações Afonsinas, as ‘querimas’ ou ‘querimônias’. Tratava-se de queixas, de reclamações, acompanhadas de informações colhidas e apresentadas pela parte, que se julgava prejudicada, dirigidas ao magistrado hierarquicamente superior ou ao Soberano. Significaram, então, uma reação a um silêncio quase que artificialmente imposto à parte. Eram um apelo ao Príncipe, que se consubstanciava em queixas, que eram entregues ao Monarca, quando este percorria o reino. Estas ‘querimas’ eram apreciadas por ‘cartas diretas’ e se davam ‘cartas de justiça’ aos que se haviam queixado, produzindo-se a alteração da decisão, pelo próprio juiz que as tinha proferido, quando a ele se apresentava tal carta. O problema que surgia é que destas cartas constava amiúde uma cláusula ‘assy como querellau’, que queria dizer o seguinte: a decisão tinha de ser modificada, se as coisas se tivessem passado tal como tivessem sido descritas nas informações. Ora, o que ocorria quando as cartas eram exibidas aos Juízes da Terra, é que a verdade destas informações era posta em dúvida pelo magistrado. As partes procediam, então, a todo um trabalho com o escopo de demonstrar a verdade.

Em 1446, Afonso V instituiu as Ordenações Afonsinas.

Nestas Ordenações, ao lado da regra que determinou a proibição de apelar das interlocutórias não terminativas, estabeleceu-se a regra de que todo juiz poderia revogar sua sentença interlocutória, antes de proferir a definitiva.

O agravo, usado o termo no sentido de gravame, feito às partes pela sentença interlocutória simples, deveria ser reparado por ocasião do julgamento da apelação, ou, como se observou acima, pela decisão ex officio. Assim se atenuava a rigidez do sistema, buscando-se a Justiça. A revogabilidade estava na



esfera de poder do Juiz. Se este não quisesse revogar a interlocutória simples, ainda restavam os caminhos da apelação, se a hipótese se encartasse nas exceções expressas, ou dos estormentos ou cartas testemunháveis. Daí a expressão agravo de instrumento.

Nas ‘querimas’ se encontram, a nosso ver, características bastantes semelhantes às do sistema do agravo de instrumento, do direito vigente” (Teresa Arruda Alvim Wambier. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 39-41).

[3] “A interpretação extensiva, por outro lado, é um modo de interpretação do texto ‘*que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra*’, observando-se, contudo, a razão subjacente à regulação” (Tercio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 297).

[4] O tema recebeu a numeração de repetitivo 988 no Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte enunciado: “Definir a natureza do rol do art. 1015 do CPC/2015 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo do Novo CPC”. Os recursos subjacentes ao tema são o REsp 1.696.396/MT e o REsp 1.704.520/MT, com decisão de afetação proferida em 28/2/2018.

[5] “Apesar das inúmeras distinções que podem ser apontadas, o novo Código de Processo Civil dá um passo em direção ao ‘benefício comum’ da appellatio romana, ao ampliar os limites objetivos do recurso de apelação por meio das contrarrazões do apelado. Não se trata de transformar as contrarrazões de apelação em recurso – até porque seria absurdo condicionar a apresentação de contrarrazões ao cumprimento de determinados requisitos de admissibilidade recursal, como, v.g., o pagamento de preparo. Antes, verifica-se que as contrarrazões, quando veiculam matéria não sujeita a preclusão, permitem a atuação pelo órgão ad quem ao julgar o próprio recurso de apelação interposto pela parte contrária. O objeto da apelação é simplesmente ampliado pelas contrarrazões. Em outras palavras: a apelação interposta por uma das partes é meio hábil a devolver as matérias contidas no próprio recurso e nas contrarrazões, quando disser respeito a questão solucionada em decisão interlocutória, sobre a qual não haja preclusão” (Rodrigo Barioni. *Preclusão diferida, o fim do agravo retido e a ampliação do objeto da apelação no novo código de processo civil*. Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil | vol. 7/2018).

Date Created

14/06/2018