

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA - UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

ÁLVARO TELLES JÚNIOR

O AGRAVO DE INSTRUMENTO E O ACESSO À JUSTIÇA

MARÍLIA
2012

ÁLVARO TELLES JÚNIOR

O AGRAVO DE INSTRUMENTO E O ACESSO À JUSTIÇA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria Geral do Direito e do Estado).
Linha de Pesquisa: Construção do saber jurídico.

Orientador:

Prof. Dr. LUÍS HENRIQUE BARBANTE FRANZÉ

MARÍLIA
2012

TELLES JÚNIOR, Álvaro

O agravo de instrumento e o acesso à justiça / Álvaro Telles Júnior;
orientador: Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé. Marília, SP: [s.n.], 2012.
120f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Mestrado em Direito,
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro
Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012.

1. Agravo de instrumento. 2. Acesso à justiça.

CDD: 341.4658

ÁLVARO TELLES JÚNIOR

O AGRAVO DE INSTRUMENTO E O ACESSO À JUSTIÇA

Banca Examinadora da Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

ORIENTADOR: _____
Prof.Dr. Luís Henrique Barbante Franzé

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Marília, _____ de _____ de 2012.

Este trabalho está dedicado aos colegas de curso e colegas de profissão que exercem o árduo labor da advocacia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro a **Deus**
por ter me dado força, vida e saúde
para concluir este curso de Mestrado em Direito.

À minha esposa e meu filho
pela paciência e compreensão que tiveram durante o curso.

Ao meu orientador prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé,
pela orientação e auxílio na realização deste trabalho e também pelas aulas ministradas
durante o curso as quais foram de grande proveito para meu crescimento profissional.

Agradeço a esta Instituição
pela oportunidade de emprego e
por fazer parte do seu quadro de funcionários.

Agradeço ao prof. Luiz Vieira Carlos (*in memoriam*)
pelo grande incentivo não só para realizar este curso,
mas também na vida profissional e acadêmica.

TELLES JÚNIOR, Álvaro. **O agravo de instrumento e o acesso à justiça**. 2012. 120f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

RESUMO

Desde que o homem passou a viver em sociedade, surgiu a figura do Estado, ente dotado de poder que tem por finalidade reger a vida de seus administrados para que esta convivência possa ser a mais harmônica possível. Em sua gênese, o poder estatal era concentrado no soberano que exercia esse poder de forma livre sem ter que prestar contas aos cidadãos, pois, neste momento histórico, acreditava-se que o governante equiparava-se a uma divindade. Avançando mais no tempo, surge o Estado moderno com sua característica de poder dividido em três partes, sendo o executivo o legislativo e o judiciário. A partir deste momento histórico, a parte que pretender buscar a realização de seu direito, que antes fora violado por outrem, deve socorrer-se no judiciário por meio do processo, que passando a ser entendido como um instrumento da jurisdição, posto que exerce a função primordial de entregar a tutela jurisdicional. Contudo, a tutela estatal deve ser prestada da forma mais justa possível, a fim de que o Estado venha a cumprir com o princípio constitucional do acesso à justiça, e efetivamente produza a pacificação social. Para tanto, estabeleceu-se o processo, revestido de princípios e regras, como meio adequado, para que o jurisdicionado possa socorrer-se do Poder Estatal buscando a solução para a demanda. Dentro do direito processual, encontra-se o sistema recursal, importante instituto de acesso à justiça, pois viabiliza ao jurisdicionado a reforma de decisões erroneamente proferidas. O recurso de agravo de instrumento é parte integrante do instituto dos recursos, importante ferramenta para combater decisões interlocutórias equivocadamente proferidas e que podem causar danos graves e de difícil reparação à parte, e que afrontam o acesso à justiça. Por isso, verifica-se a importância deste meio de impugnação, pois, diante de decisões que urgentemente devem ser reformadas, o agravo de instrumento pode ser interposto diretamente no tribunal, onde a parte pode, ainda, fazer uso dos seus efeitos antecipativos ou suspensivos e, por conta disso, imediatamente e ainda que provisoriamente, o jurisdicionado possa obter a decisão que lhe havia sido negada ou ainda suspendê-la. Além disso, muitas decisões interlocutórias proferidas de forma equivocada podem influir direta ou indiretamente na sentença, o que vem a prejudicar o resultado final do processo. Assim, verifica-se que o agravo de instrumento se torna importante ferramenta para que a tutela jurisdicional a ser entregue seja a mais justa possível

Palavras chave: Agravo de Instrumento. Acesso à Justiça.

TELLES JÚNIOR, Álvaro. **O agravo de instrumento e o acesso à justiça**. 2012. 120f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

ABSTRACT

Since man began to live in society emerged the figure of the state, being endowed with power that is intended to govern the lives of his administration that this coexistence may be the most harmonious possible. In its genesis state power was concentrated in the sovereign exercised this power freely without having to be accountable to citizens, because at this historical moment it was believed that the president equated to a deity. Moving forward in time comes the modern state with its characteristic power divided into three parts and the executive the legislature and the judiciary. From this historical moment the party intending to seek fulfillment of their right was violated before by others, must resort to the judiciary that through the process, which started to be understood as an instrument of the jurisdiction has the primary function of delivering judicial protection. However, the state protection must be provided as fairly as possible so that the state will comply with the constitutional principle of access to justice and effectively produce the social peace. To this end, we established the process, coated with principles and rules, as an appropriate means for the jurisdicionado can avail itself of the State Power seeking the solution to the demand. Within the procedural law we find the appellate system, a major institute of access to justice because they enable the jurisdicionado reform decisions wrongly made. The appeal of interlocutory appeal is an integral part of Resources Institute, an important tool to combat wrongly issued and interlocutory decisions that may cause severe and difficult to repair the part and that violate the access to justice. So we checked the importance of this mode of appeal, therefore, faced with decisions that must be urgently reformed the interlocutory appeal may be brought directly to court where the party may also exercise its preemptive effects, or suspension, and because of this delay and even provisionally jurisdicionado can get the decision he had been denied or suspend it. In addition, many interlocutory decisions made in error may influence directly or indirectly in the sentence that comes to prejudice the final outcome of the process. Thus we find that the interlocutory appeal becomes an important tool for the judicial review to be delivered will be as fair as possible

Keywords: Interlocutory . Access to justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – A TUTELA JURISDICIONAL.....	14
1.1 Finalidade e Âmbito de Aplicação	14
1.1.1 Fase Sincretista	16
1.1.2 Fase Autonomista	17
1.1.3 Fase Instrumentalista	18
1.2 Escopos da Jurisdição	19
1.2.1 Escopo Político	20
1.2.2 Escopo Jurídico	21
1.2.3 Escopo Social	22
1.3 Princípios Informativos e Fundamentais do Processo.....	26
1.3.1 Princípios Informativos	27
1.3.1.1 Princípio Lógico	27
1.3.1.2 Princípio Econômico	27
1.3.1.3 Princípio Político	28
1.3.1.4 Princípio Jurídico.....	29
1.3.1.5 O Princípio Instrumental	30
1.3.2 Princípios Fundamentais do Processo	31
1.4 Direito Constitucional Processual	32
1.4.1 O Acesso à Justiça	35
1.4.1.2 O Acesso à Justiça no Plano Recursal.....	39
CAPÍTULO 2 - TEORIA GERAL DOS RECURSOS	42
2.1 Conceito de Recurso	42
2.2 Pronunciamentos Judiciais Passíveis de Recurso	44
2.2.1 Da Sentença	45
2.2.2 Da Decisão Interlocutória.....	48
2.2.2.1 Histórico	48
2.2.2.2 Da Decisão Interlocutória no Direito Estrangeiro.....	49
2.2.2.3 A Decisão Interlocutória no Sistema Processual Brasileiro	50
2.2.2.3.1 Da Questão Incidente	52
2.2.3 Dos Despachos	53
2.4 Classificação dos Recursos.....	55
2.4.1 Dos Recursos Ordinários e Extraordinários	55
2.4.2 Recursos de Fundamentação Livre e Fundamentação Vinculada	56
2.4.2.1 Classificação do Agravo de Instrumento.....	57
2.5 Fundamento dos Recursos	57
2.6 Princípios Recursais	61
2.6.1 O Duplo Grau de Jurisdição	61
2.6.2 Irrecorribilidade em Separado das Interlocutórias.....	65
2.6.3 A Fungibilidade Recursal Frente ao Agravo de Instrumento.....	66
2.6.4 A Unirrecorribilidade Recursal frente ao Agravo de Instrumento	68
CAPÍTULO 3 – DO AGRAVO DE INSTRUMENTO FRENTE O ACESSO À JUSTIÇA ..	71
3.1 Histórico sobre o Recurso de Agravo de Instrumento no Processo Civil	71

3.1.1 O Agravo de Instrumento no Direito Português.....	72
3.1.2 O Agravo de Instrumento no Direito Processual Brasileiro.....	76
3.1.3 O Agravo no Código de Processo Civil de 1939.....	77
3.1.4 O Agravo de Instrumento no Código de 1973.....	78
3.2 As Alterações no Agravo de Instrumento Introduzidas pela Lei 9.139/95	80
3.3 As Alterações no Agravo de Instrumento Introduzidas pelas Leis 10.352/01 e 11.187/05 e a Opção de Escolha entre os Agravos de Instrumento ou Retido.....	82
3.3.1 O Agravo Retido como Regra	85
3.4 Demais Decisões Recorríveis por meio do Agravo de Instrumento.....	87
3.5 O Agravo de Instrumento e os Poderes do Relator	89
3.5.1 Conversão do Agravo de Instrumento em Retido e Recorribilidade da Decisão	90
3.5.2 Do Efeito Antecipativo do Agravo de Instrumento.....	92
3.5.3 Do Efeito Suspensivo do Agravo de Instrumento	94
3.6 O Agravo de Instrumento no Juizado Especial Cível.....	97
3.7 O Agravo de Instrumento no Processo do Trabalho.....	99
3.8 O Agravo de Instrumento Contra Decisão Proferida em Audiência de Instrução e Julgamento.....	101
3.9 O Agravo de Instrumento no Projeto do Novo Código de Processo Civil.....	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS	110
REFERÊNCIAS	114

INTRODUÇÃO

Para que a convivência social seja pacífica, o Estado assumiu a posição de manter a ordem por meio de um conjunto de regras e princípios, com a finalidade de reger a vida de seus administrados para que esta convivência possa ser a mais harmônica possível e o objetivo da paz social seja atingido.

Em sua gênese, o poder estatal de julgar, administrar e legislar era concentrado em um único ente, um soberano, que o exercia de forma livre sem ter que prestar contas aos cidadãos, pois, neste momento histórico, acreditava-se que o governante equiparava-se a uma divindade.

Avançando mais no tempo, surge o Estado moderno e com ele a necessidade de cindir a atividade estatal, delegando a outros órgãos os poderes antes reunidos em um único administrador, surgindo, assim, a tripartição dos poderes em executivo, legislativo e judiciário, independentes, guardada entre si certa harmonia.

Desde então, ao judiciário foi entregue a função primordial de solucionar os conflitos gerados no meio da sociedade, restando proibida a autotutela. Assim, o Estado assumiu o compromisso de resolver as lides que surgem na sociedade e estabeleceu regras para que o jurisdicionado possa levar sua pretensão até o judiciário, e este possa prestar a tutela jurisdicional.

Este conjunto de regras foi materializado com o intuito de disciplinar a maneira de solicitar a tutela jurisdicional ao Estado, e em matéria civil, atualmente tem o Código de Processo Civil de 1973, introduzido em nosso ordenamento jurídico, por meio da Lei 5.869/73.

Assim, o cidadão que pretender buscar a realização de seu direito, que antes fora violado por outrem, não pode agir com as próprias mãos. Deve socorrer-se da tutela jurisdicional, que é quem pode em caráter substitutivo entregar a prestação pretendida, contudo, observadas as regras processuais.

No entanto, como exposto acima, há um meio adequado para que o jurisdicionado possa socorrer-se do Poder Estatal, que irá dizer a quem cabe o direito que até então se alega violado. Este meio é o processo que está à disposição da parte e, como norma de ordem pública, deve ser observado na empreitada judicial, a fim de que se obtenha a solução mais justa possível para a lide.

E o processo, como instrumento da jurisdição, é colocado à disposição das partes para que, utilizando de todas as ferramentas nele contidas, possam fazer gerar decisões mais justas, mesmo porque o acesso à justiça se trata de direito fundamental, conforme, o artigo 5,º inciso XXXV da Constituição Federal, que menciona que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Veja-se que é a partir do texto constitucional que o jurisdicionado obteve a chancela de que o Judiciário está aberto as suas pretensões, sendo que o termo acesso à justiça reflete a real possibilidade da pessoa se socorrer do poder do Estado, para fins de que seja prestada a tutela jurisdicional e resolva determinada demanda.

Apesar disso, além de o Estado disponibilizar aos cidadãos meios de chegar às portas do judiciário, tem que dar liberdade a ele de participar efetivamente do processo, podendo influir na decisão a ser proferida. E, por conta disso, o Processo Civil nos últimos anos vem passando por significativas alterações para tornar-se um instrumento eficaz na entrega da tutela jurisdicional.

No entanto, o que pretende indicar, é que o cidadão, apesar de hoje ter acesso ao Poder Judiciário, muitas vezes depara-se com decisões que, por serem proferidas erroneamente, devem ser reapreciadas por outro órgão na intenção de reformá-las, para se obter um resultado mais justo para a lide.

Desse modo, é importante que esteja à disposição das partes um meio capaz de levar ao conhecimento de um órgão superior determinada decisão, que se não for imediatamente reformada, poderá gerar um resultado injusto, o que de certa forma deixará em segundo plano o princípio do acesso à justiça.

Daí a existência do sistema recursal disponível aos litigantes, para que possam conduzir seu inconformismo até o tribunal e levar a efeito à reapreciação da matéria discutida na finalidade de que, ao ser revista pelo órgão recorrente, eventualmente ocorra a reforma da decisão proferida em primeiro grau de jurisdição.

Contudo, na finalidade de delimitar o tema, no presente trabalho procurou-se estudar no sistema recursal o agravo de instrumento e como este recurso pode promover o acesso à justiça, pois, devido às reformas introduzidas na sua disciplina, tornou-se um meio eficaz para reforma das decisões interlocutórias quando erroneamente proferidas.

Assim, no primeiro capítulo desenvolver-se-á um estudo sobre a tutela jurisdicional, identificando as etapas pelas quais o processo veio se desenvolvendo, sendo as fases sincretista, autonomista e instrumentalista, considerando que mediante a estes estudos é que hoje o processo deixou de ser considerado como um fim em si mesmo.

Ainda, no primeiro capítulo, serão estudados os escopos do processo, isto é, os objetivos pelos quais o processo como instrumento da jurisdição se propõe a atingir, sendo eles o escopo político, jurídico e social, demonstrando que a entrega da tutela jurisdicional de forma justa gera outros importantes resultados na sociedade.

Como o processo é um instrumento para que a tutela jurisdicional seja prestada da forma mais justa possível, não pode deixar de estar amparado por princípios, cujo estudo, ainda que de forma sucinta, torna-se importante, pois, funcionam como alicerce para a criação e interpretação das regras processuais, sendo os princípios informativos e fundamentais do processo.

Por fim, relacionado à tutela jurisdicional, será realizada uma abordagem sobre o direito constitucional processual, onde se localiza o princípio constitucional do acesso à justiça, indicando sua importante influência para o direito processual civil e, especificamente, para o sistema recursal.

No segundo capítulo, será estudado um pouco da teoria geral dos recursos, a fim de indicar quais os pronunciamentos judiciais são recorríveis, e estabelecer a importância dos recursos para combater decisões que por serem injustas podem afetar a prestação jurisdicional de forma justa, indicando, ainda, a importância do agravo de instrumento neste ambiente recursal, além dos princípios recursais relacionados a este recurso.

No terceiro capítulo, far-se-á uma abordagem específica acerca do recurso de agravo de instrumento, desde sua origem e evolução histórica, indicando as fases pelas quais passou e as modificações que foram introduzidas em sua disciplina, bem como este meio de impugnação, que nos últimos anos, vem ganhando espaço dentro do sistema recursal, tornando-se importante meio de se promover o acesso à justiça.

Destarte, aliado à proposta de estudo, serão abordadas, com base no acesso à justiça, as modificações introduzidas pelas Leis 9.139/95, 10.352/01 e 11.187/05, procurando demonstrar quais alterações foram introduzidas na disciplina do recurso de agravo de instrumento por meio destas leis, e como hoje este meio de impugnação tornou-se importante para que a tutela jurisdicional seja entregue da forma mais justa possível.

Outrossim, no terceiro capítulo, será abordado como o agravo de instrumento é disciplinado em leis como a do Juizado Especial Cível, Lei 9.099/95, que em tese não admite recurso contra decisões interlocutórias, bem como estudar a posição deste recurso na justiça especializada, que é a justiça do trabalho, que vigora de forma contundente o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias.

Como não poderia deixar de estudar, ainda no terceiro capítulo, abordar-se-á, mesmo que de forma breve e com foco no acesso à justiça, como o agravo de instrumento está sendo estruturado no projeto do Novo Código de Processo Civil, indicando se o legislador pretende alterar ou não sua disciplina no âmbito do sistema recursal.

CAPÍTULO 1 – A TUTELA JURISDICIONAL

1.1 Finalidade e Âmbito de Aplicação

O convívio em sociedade necessita de normas que regulamentem as relações entre as pessoas, a fim de alcançar um ambiente favorável ao bom desenvolvimento humano, e desta forma, torna-se imprescindível a existência de um conjunto de regras disciplinadoras do comportamento social.

Essas regras podem ser identificadas como normas jurídicas, cuja finalidade é proporcionar harmonia nas relações sociais, indicando aos jurisdicionados, que seus comportamentos devem estar pautados nos ditames por elas estabelecidos.

Conforme as palavras de Mattos (2009, p.62):

Desde os primórdios, as organizações humanas tiveram como característica comum, independente de cultura, a existência de regras sociais de convivência. Não é demais lembrar, porém, que a institucionalização do exercício do poder, necessária para uma maior organização das sociedades, deu origem ao Estado, que também passou a exercer o controle das normas sociais e do órgão estatal sobre os indivíduos, destes entre si e sobre o primeiro, isto é, o próprio Estado. Do mesmo modo que o Estado, o direito processual e a jurisdição surgem em resposta à necessidade de se definirem formas de resolução dos conflitos e que seriam as autoridades responsáveis para oferecer soluções aos conflitos apresentados.

Contudo, não basta um corpo normativo regulador das condutas humanas, pois de nada adiantaria a existência destas normas sem que houvesse um órgão dotado de poder, cuja finalidade é impor ao jurisdicionado a vontade expressa no comando legal nos casos em que se verifique determinado conflito.

O Estado, então, avocou para si a função de solucionar os conflitos surgidos na sociedade, caso ocorra o desrespeito à ordem jurídica estabelecida, instituindo-se, pois, um órgão, dotado de Poder, no qual o jurisdicionado possa socorrer-se ao ver seu direito violado, sendo que em palavras precisas, Silva (2008, p.04) aduz que:

Estando, pois o sujeito diante de uma situação onde seu direito está sendo ameaçado ou foi violado (conflito e interesses – pretensão e resistência) e não sendo possível a solução do conflito através da autocomposição ou da arbitragem não resta alternativa senão buscar a proteção de seu direito junto ao Poder Judiciário, que tem a função precípua de exercer a jurisdição, que se realiza por meio de um processo judicial.

Diante do exposto, o jurisdicionado, ao pretender buscar a realização de seu direito que fora violado por outrem, não poderá agir com as próprias mãos, deverá socorrer-se da tutela estatal para solucionar os conflitos.

Assim, encontra-se o Judiciário, ente imparcial, cuja finalidade é entregar a tutela jurisdicional, com o objetivo de restabelecer a harmonia e a paz na sociedade. Para Franzé (2011, p. 28), a tutela jurisdicional “é uma espécie do gênero tutela jurídica, isto, é, consiste no instrumento de concretização do direito material. É o resultado efetivo da atividade jurisdicional e, por esta razão, é chamada de tutela em sentido amplo”.

No entanto, para que possa perseguir seu direito, o jurisdicionado deve utilizar-se de um meio adequado, constituído de regras, para que o Estado venha intervir como substituto e dizer a quem cabe o direito que, até então, se alega violado, entregando assim a tutela pretendida.

Ademais, ocorre que o Estado institui um método lógico de composição dos conflitos sem, contudo, impedir que as partes efetivamente participem da relação processual estabelecida. Este método é o processo que está à disposição da parte e, como norma de ordem pública, deve ser observado na empreitada judicial, pois é o meio pelo qual será prestada a tutela jurisdicional.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2000, p. 24):

Pelo que já ficou dito, compreende-se que o Estado moderno exerce o seu poder para a solução de conflitos interindividuais. O poder estatal, hoje, abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas (inclusive o próprio Estado) decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo as decisões. No estudo da jurisdição, será explicado que esta é uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se este como a capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões. O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce.

No entanto, em razão da atividade jurisdicional incumbir exclusivamente ao Estado, cuja finalidade primordial é a entrega da tutela jurisdicional para a pacificação social, não há como ela ser prestada de forma efetiva sem que o processo esteja munido de meios eficazes destinados a servir o jurisdicionado, para que este tenha acesso à ordem jurídica justa.

Assim, para que o Estado possa atingir seu objetivo, que é a entrega da tutela jurisdicional de forma efetiva, o processo não pode ser visto como um fim em si mesmo, mas, deve ser considerado como um instrumento da jurisdição que propicia ao jurisdicionado o acesso à justiça.

Todavia, para que o processo atingisse este ponto de evolução, no sentido de ser reconhecido como um instrumento da atividade jurisdicional, passou por três fases que são assim indicadas: fase sincretista, fase autonomista e fase instrumentalista, as quais serão discutidas nos níveis subseqüentes.

1.1.1 Fase Sincretista

A fase sincretista ficou assim conhecida por se entender que a ação correspondia ao direito subjetivo que fora lesado. Os civilistas, como eram chamados os que defendiam esta idéia, acreditavam que a ação seria um direito subjetivo da parte, tratando o processo como mero conjunto de formalidades.

Segundo Dinamarco (2009, p.18),

Tinha-se até então a remansosa tranqüilidade de uma visão plana do ordenamento jurídico, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento); incluíam a ação no sistema de exercício dos direitos (*jus quod sibi debeatur, judicio perseguendi*) e o processo era tido como conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do juiz. Era o campo mais aberto, como se sabe, à prevalência do princípio dispositivo e ao da plena disponibilidade das situações jurídico-processuais – que são diretos descendentes jurídicos do liberalismo político então vigorante.

Como observado, os defensores desta teoria confundiam o direito material com o direito processual, posicionando-os em um mesmo plano, relegando assim às partes dispor acerca da relação processual.

O Estado raramente se fazia presente na relação processual, no sentido de preocupar-se com um resultado justo, sendo que caberia aos litigantes utilizarem de suas próprias condições para provar a violação ao direito substancial, sucumbindo sempre a parte munida de parcas condições econômicas por ser desprovida de meios de provar suas alegações, no entanto, devido a esta distância do Estado nas relações processuais, a teoria sincretista foi levada ao enfraquecimento e, por sua vez, deu início a fase autonomista do processo.

1.1.2 Fase Autonomista

A tese sincretista, segundo a qual o direito processual agregava-se ao direito substancial, não prosperou no momento em que surgiu no século XIX a proposta de autonomia da relação jurídica processual, pois para a teoria autonomista, a relação processual se distingue da relação de direito material - o que faz do processo uma ciência autônoma com objeto e métodos próprios.

Portanto, o direito processual desvincula-se do direito material e ganha contornos específicos, passando a ser estudado como uma ferramenta, a qual as partes se valem para buscar no Poder Judiciário a solução para o direito material, objeto do litígio. Assim, ao contrário do pensamento sincretista, a fase autonomista vem provocar uma inovação no campo processual.

Conforme as palavras de Dinamarco (2009 p. 19),

A primeira dessas repercussões foi a tomada de consciência para a autonomia da relação jurídica processual, que se distingue da de direito substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos, seu objeto. Com a descoberta da autonomia da ação e do processo, institutos que tradicionalmente ocupavam com exclusividade a primeira linha das investigações dos processualistas pôde ser proposta desde logo a renovação dos estudos de direito processual, surgindo ele como ciência em si mesma, dotada de objeto próprio e então esboçada a definição de seu próprio método.

Com a evolução do pensamento trazido pela fase autonomista e traçando a linha que veio separar então a relação de direito material com a relação de direito processual, o Estado juiz passa a influir e a participar efetivamente do processo, e a idéia de que cabe somente aos jurisdicionados que estão litigando a responsabilidade pelo resultado do processo, já não parece ser a correta orientação.

Apesar das partes estarem envolvidas em uma disputa acerca de quem pertence o direito, cabe ao Estado a garantia de que o resultado da demanda seja o mais justo possível, pois, com regras e princípios próprios, o processo tende a se desenvolver com o fim de se obter um resultado que venha trazer a pacificação social.

Assim, a ação passa a ser entendida como instituto de direito processual, cujo destinatário é o juiz com objeto próprio, que é a prestação da tutela jurisdicional, sendo que neste momento fica estabelecida a autonomia da relação processual, bem como o caráter abstrato do direito de ação.

Estabelecidas as características da relação processual como distinta da relação de direito material, a partir de então se estuda qual a real função do processo, isto é, o processo como meio de se buscar uma resposta estatal já não pode ser visto como um fim em si mesmo, mas, como ferramenta da jurisdição colocada à disposição das partes para solução do conflito.

A partir de então, surge a fase do instrumentalismo, ou seja, o processo, apesar de ser autônomo, deve apresentar resultados satisfatórios para que a tutela jurisdicional a ser prestada seja a mais justa possível.

1.1.3 Fase Instrumentalista

Delimitado que a relação de direito processual diferencia-se da relação de direito material, o estudo do direito processual é voltado a precisar qual a sua real finalidade devido à nova ordem estabelecida por meio do estado Social, no qual o Estado passa a interferir nas relações sociais, indicando que não se pode ter um processo apegado às técnicas exageradas.

A partir de então, o processo, passando a ser entendido como ramo autônomo, deve ser visto não como um fim em si mesmo, mas como instrumento da jurisdição dotado de meios eficazes voltados a cumprirem o que ficou estabelecido na norma de direito substancial, buscando a pacificação social.

De acordo com Bedaque (2009, p.13):

Ora, se assim é, as normas devem ser atuadas corretamente. Essa é a finalidade básica da jurisdição, como função estatal. Aí está a instrumentalidade que se pretende existente. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social. Nessa medida, não se pode aceitar que o juiz, por respeito a dogmas superados, aplique normas de direito substancial a fatos não suficientemente demonstrados.

Logo, o processo analisado como instrumento deve ser utilizado para fins de se buscar o resultado almejado pela parte que se dirige ao Estado em busca de uma solução, e este resultado deve corresponder o mais próximo da pretensão quando não ao próprio pedido deduzido perante o Estado juiz.

Dessa forma, o processo tende cada vez mais ser estudado como instrumento eficaz da jurisdição não apegado à exacerbadas técnicas, antes sim, fundado no propósito de fazer cumprir a norma de direito substancial.

Para Dinamarco (2009, p.22):

Com tudo isso, chegou o terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico.

Assim, o direito processual, hodiernamente, diante de uma posição instrumentalista, busca conceber um processo com meios adequados para a efetividade da tutela jurisdicional, e nesta perspectiva, encontram-se os recursos como ferramentas eficazes, a fim de um processo com resultado mais justo possível, pois diante de um equivocado pronunciamento judicial, o jurisdicionado pode buscar seu reexame.

No mais, devido a esta visão instrumentalista em cumprimento aos princípios que informam o processo e, principalmente, ao princípio constitucional do acesso à justiça, o agravo de instrumento sofreu significativas alterações pelo legislador, o que acabou nutrindo este recurso de efetividade, uma vez que é o recurso adequado para combater as decisões interlocutórias nos casos em que são proferidas por erro do juiz, tal como serão conferidas no decorrer do trabalho.

Contudo, antes de analisar os princípios informativos do processo e do acesso à justiça, será feita uma abordagem sobre os escopos do processo, considerando-os importantes, uma vez que a tutela jurisdicional, ao aplicar os preceitos da norma jurídica por meio do processo, alcança outros objetivos, isto é, os escopos da jurisdição, os quais serão analisados nos tópicos seguintes.

1.2 Escopos da Jurisdição

Dentro da visão instrumentalista do processo, a Jurisdição deve contar com meios eficazes, a fim de prestar a tutela jurisdicional com seu maior objetivo, que é a pacificação social. Aliás, não se poderia conceber a atividade jurisdicional sem o correspondente resultado, que vem a ser a imposição ao jurisdicionado para cumprir a regra estabelecida no ordenamento.

Dessa maneira, verifica-se que o processo deve alcançar seus objetivos ou, seus propósitos, sendo estes caracterizados como os escopos da jurisdição, pois, não há como

negar que o processo é o meio utilizado pelo Estado para a entrega da tutela jurisdicional, fazendo valer a norma jurídica antes violada.

Em suma, fazer com que a norma seja efetivamente observada e, além de tudo, obedecida pelas partes do processo, vem a ser o escopo deste instrumento, sendo que dentro desta atuação estatal, outros importantes objetivos são alcançados pela atividade processual, os quais, ainda que de forma sucinta, convém trabalhar.

1.2.1 Escopo Político

O processo como instrumento da jurisdição para a entrega da tutela jurisdicional, além de desempenhar seu papel de pacificação social, implementa outra importantíssima função no meio social que é fazer com que o ordenamento jurídico se sobreponha aos conflitos, mantendo assim, o Poder estatal irradiando força para impor aos jurisdicionados a obrigação no cumprimento das regras jurídicas e, desta forma, estabilizar as relações sociais para conceber segurança à sociedade.

Essa característica de manter a estabilidade social, impondo o Estado seu Poder, vem ao escopo político da jurisdição, significando, então, que o Estado, enquanto detentor do poder de dizer o direito, deve impor suas decisões, para que sejam efetivamente cumpridas pelos jurisdicionados.

Dinamarco (2009, p. 200) expõe que:

Decidindo e impondo decisões (não necessariamente em sede jurisdicional), o Estado afirma o seu próprio poder e a autoridade de que instrumentalmente investidos os seus agentes, na busca de fins predeterminados. Além de decidir, ele impõe imperativamente o que decidiu e a imunização das decisões, no sentido de que, soberanamente, não admite revisões do decidido. Havendo decidido, produz efeitos imediatos sobre a situação das pessoas e em certa medida espera que cada um pautar seu comportamento segundo os ditames da decisão imperativa.

Outrossim, no que diz respeito ao escopo político, verifica-se outro aspecto, idealizado, que é a manutenção das liberdades dos indivíduos, para que estes não sofram qualquer restrição ou imposição indevida por parte do Estado e, por conseqüência, possa atuar, a fim de influenciar a atividade estatal.

Isto porque no desenvolvimento do processo, as partes podem influenciar na decisão judicial a ser proferida, revelando o aspecto democrático, no qual se reveste o processo por meio do escopo político.

Verifica-se, pois, que por meio do escopo político o indivíduo veio a conquistar a liberdade de participação na tomada de decisões a serem proferidas pelo Estado, enquanto detentor do poder de dizer o direito ao caso concreto levado a sua apreciação.

Isto significa, inclusive, que além de estar assegurado às partes que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, é a de que as partes têm garantido o direito de influenciar na decisão Judicial.

1.2.2 Escopo Jurídico

O direito, enquanto conjunto de regras que rege a vida em sociedade, deve ser observado e obedecido pelos jurisdicionados, com o propósito de estabilizar o convívio social, assim, faz-se necessário um ordenamento jurídico capaz de impor as normas de comportamento.

Para Bobbio (1993, p. 23-24),

A nossa vida se desenvolve em um conjunto de normas. Acreditamos ser livres, mas na realidade, estamos envolvidos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção nossas ações. [...] E por isso, um dos primeiros resultados do estudo do direito é de nos tornar conscientes da importância do normativo na nossa existência individual e social.

Entretanto, é certo que a complexidade das relações sociais acaba gerando conflitos que, por sua vez, devem ser levados a apreciação do Poder Judiciário, tendo em vista ser o detentor da legitimidade de dizer e aplicar o direito ao caso concreto, e possa assim fazê-lo, a fim de que o *status quo* ante seja recuperado e a paz social possa pairar sobre as partes que outrora conflitavam.

Assim, verifica-se que o Estado, com o fito de impor aos jurisdicionados a regra de conduta “otimizando” sua observância, o faz mediante o processo, a fim de restabelecer a paz social, ou seja, o processo é o vetor, o instrumento utilizado pela jurisdição para dizer o direito e entregar de forma efetiva a tutela jurisdicional.

Desse modo, observa-se que no curso normal da vida, o correto seria que o indivíduo observasse a regra de conduta e a ela declinasse obediência, no entanto, por deixar de dar observância à norma, o Estado, ao ser provocado, deve agir e o faz por meio do processo.

Portanto, o que caracteriza o escopo jurídico da jurisdição é fazer com que por meio do processo se dê efetividade à norma de direito substancial, fazendo com que ela atinja seu objetivo, qual seja, o de fazer com que o indivíduo se submeta ao mandamento normativo.

Dinamarco (2009, p.246), com propriedade, estabelece que:

Excluída a integração do sistema processual no labor de criação das situações jurídicas de direito material e tendo-se por demonstrado a tese dualista do ordenamento jurídico, chega-se com naturalidade ao reconhecimento de que o escopo jurídico da jurisdição não é a composição das lides, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e dá solução a cada uma delas em concreto; a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover a sua atuação. O escopo de atuação da vontade da lei é tão intimamente ligado à tese dualista, que por expressivos defensores desta fórmula assim construída tem sido apontada também como uma das características fundamentais da própria jurisdição.

Verifica-se, pois, que as regras de conduta erigidas pelo Estado para conduzir os indivíduos enquanto participantes de uma sociedade, quando não observadas, fazem com que a atividade estatal por meio do processo conceba efetividade às regras, impondo ao cidadão seu cumprimento na busca da pacificação social, caracterizando, assim, o escopo jurídico da jurisdição, isto é, dar efetividade às normas que já eram prescritas, mas não foram obedecidas pelos jurisdicionados.

1.2.3 Escopo Social

Conforme disposto acima, o Estado, no exercício do poder que lhe compete, busca incessantemente manter a vida em sociedade mais pacífica possível, para tanto, estabelece regras que devem respeitadas pelos indivíduos, a fim de alcançar o bem comum.

Bedaque (2009, p.31) dispõe que:

Por outro lado, não se pode esquecer que, na medida em que o Estado-legislador estabelece regras de conduta, sua observância é essencial à paz e a convivência social. Ao manter a integridade do ordenamento jurídico, finalidade imediata de sua atuação, a jurisdição estará, indiretamente, proporcionando esse resultado. Em outras palavras: o objetivo do Estado é o bem comum. Para alcançá-lo ele desenvolve várias atividades, todas voltadas para esse fim. Cada uma delas tem, todavia, um objetivo mais próximo. Com a atividade jurisdicional, o Estado busca, imediatamente, manter a ordem jurídica intacta.

A paz social, então, acaba sendo um dos escopos, objetivos a serem alcançados pela atividade jurisdicional, contudo, nem sempre os indivíduos se comportam conforme o mandamento legal, considerando os diferentes interesses acerca do bem da vida sobre o qual surge a controvérsia.

Desse modo, verificado no meio social a infringência a determinada regra de conduta, e por assim dizer, observado que os jurisdicionados não tiveram um comportamento conforme o estabelecido na regra, o Estado, como detentor do poder, é provocado para que por meio do processo preste a tutela jurisdicional e elimine o conflito.

Não obstante, embora o Estado mantenha o monopólio no que diz respeito à resolução da lide, não se pode conceber a eliminação de conflitos de interesses como sendo o único objetivo da atividade jurisdicional, posto que o Estado ao entregar a tutela, aplicando a norma ao caso concreto, deve gerar um ambiente no qual a parte que figurou no processo possa aceitá-la e conformar-se, caso a respectiva decisão fora contrária ao interesse que buscava.

Importante ressaltar que para tanto, é necessário que as partes integrantes da relação jurídica processual possam ter a oportunidade de efetivamente participarem do processo utilizando todos os meios colocados à disposição para que a atividade jurisdicional profira a decisão mais justa possível.

E, ao se falar em oportunidade de utilizar todos os meios, podem-se incluir os meios de impugnação das decisões judiciais, que são os recursos, pois, a conformidade com a decisão judicial só ocorrerá caso possam ser exauridas todas as possibilidades de julgamento acerca da questão levada em juízo.

Para Dinamarco (2009, p.190),

O que importa, afinal, é tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes as partes aceitam a decisão. Elas sabem que, exauridos os escalões de julgamento, esperança alguma de solução melhor seria humanamente realizável; além disso, ainda que inconscientemente, sabem também que necessitam da proteção do Estado e não convém à tranquilidade de ninguém a destruição dos mecanismos estatais de proteção mediante a sistemática desobediência.

Assim, verifica-se que o jurisdicionado, obtendo a decisão proferida pelo Estado, acaba se curvando diante dela, mas somente após ter exaurido todos os meios e recursos colocados a sua disposição para ter a certeza de que aquela decisão realmente foi a que refletiu a justa composição da lide.

Não há como deixar de considerar então, a existência de um sentimento de insatisfação inerente ao ser humano e que só se busca eliminá-lo por meio de uma decisão que, embora não seja a que se esperava, ao menos contribua para que o indivíduo se conforme com a decisão estatal.

Bedaque (2010, p. 34-35) faz referência acerca do resultado que o processo deve propiciar às partes, pois, segundo ele,

[...] nosso ideal é tornar possível, pelo processo, a obtenção de resultado idêntico, formal e substancialmente, àquele resultante da atuação espontânea das regras substanciais. Para solucionar as controvérsias decorrentes da não-observância das normas de direito material, desenvolveu-se um método de trabalho, segundo técnicas que a experiência revelou adequadas. Esse mecanismo é dirigido por um agente estatal – o juiz – investido do poder de impor coercitivamente a observância daquelas normas não cumpridas espontaneamente. Dele também participam, em absoluta igualdade de condições, os integrantes da relação substancial litigiosa e cuja esfera jurídica será atingida pela solução apresentada pelo julgador. São as partes. Procura-se assegurar o desenvolvimento ordenado desse instrumento de que se vale a jurisdição para exercer sua atividade e cumprir seu dever, dotando-o de meios aptos à defesa dos interesses das partes, às quais deve ser assegurada a possibilidade de participar e de influir no resultado. Confere-se ao juiz o poder de conduzir os trabalhos, segundo regras previamente estabelecidas. A esse fenômeno denomina-se 'processo jurisdicional', instrumento concebido pelo Estado, que dele se vale para, juntamente com as partes, obter o resultado prático desejado pelo legislador material.

Outro ponto importante que surge na medida em que o Estado exerce a atividade jurisdicional e que está ligado ao escopo social da jurisdição, diz respeito à conscientização gerada no meio social de que os indivíduos devem cumprir seus direitos e obrigações, a fim de manter a harmonia no convívio social.

Logo, nos casos em que a atividade jurisdicional vem impor ao indivíduo o cumprimento de determinada regra que por ele não foi observada, demonstra à sociedade que está zelando pelos direitos e, dessa forma, demonstra que o cidadão deve confiar no Poder Judiciário e consequentemente nas suas decisões.

Este vem a ser o critério de educação intrínseco ao escopo social da atividade jurisdicional, ou seja, passar ao jurisdicionado a confiança necessária, para que nos casos em que seu direito for violado, possa socorrer-se da jurisdição, certo de que lhe será ofertada a solução mais justa possível.

Nesse sentido, Dinamarco (2009, p. 191-192) diz que:

Outra missão que o exercício continuado e eficiente da jurisdição deve levar o Estado a cumprir perante a sociedade é a de conscientizar os membros desta para direitos e obrigações. Na medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos seus membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios. Em uma sociedade assim mais educada e confiante, ao cínico `vá buscar seus direitos que entre nós o devedor inadimplente e mal-intencionado lança sobre o seu credor, corresponde o ameaçador I sue you, com que o titular de direito dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências injustas.

Ao Poder Judiciário cabe, então, o papel de estabelecer um liame de confiança para com o indivíduo, isto porque, numa sociedade onde permeia o sentimento de impunidade, cria-se no jurisdicionado um sentimento de que de nada adiantará levar a causa a ser apreciada pelo Judiciário.

Tal obstáculo só é superado nos casos em que o Estado, além de facilitar o acesso ao Judiciário, permite que o cidadão possa efetivamente participar do processo, atuando de forma a utilizar todos os meios e ferramentas processuais para influenciar a decisão a ser proferida, para que a tutela jurisdicional a ser entregue, venha a ser a mais justa possível.

Em suma, verifica-se que um dos objetivos do escopo social, segundo Dinamarco, é a educação “através do adequado exercício da jurisdição”, muito embora o objetivo principal do processo seja a pacificação social.

Além desta característica que se faz presente no exercício da jurisdição, qual seja, a educação por meio do exercício da atividade jurisdicional, outro objetivo verificado no ambiente do escopo social a ser alcançado com o processo é a eliminação do exagerado formalismo que pode influenciar na atividade jurisdicional a ponto de impedir que não atinja sua finalidade de entregar de forma justa a tutela jurisdicional.

Isso porque, o processo como instrumento deve ser utilizado para que a atividade jurisdicional possa se desenvolver de forma a resolver a lide em tempo razoável e com justiça, no entanto, as garantias que contornam o processo devem ser observadas para que não se verifique abusos e o processo possa alcançar seu escopo social.

Bedaque (2009, p. 25) explica que:

Propõe-se ampliar essa visão dos óbices processuais, para incluir a questão da técnica processual, cuja complexidade, incorreta compreensão e má aplicação têm contribuído decisivamente para o insucesso do instrumento. Por isso, a maior colaboração do processualista para eliminar ou pelo menos abrandar o problema é buscar formulas destinadas a simplificar o processo, eliminando os óbices que a técnica possa apresentar ao normal desenvolvimento da relação processual.

Deve, todavia, fazê-lo com extremo cuidado, para não comprometer alguns valores essenciais à segurança proporcionada pelo processo. A forma na medida certa é fator de garantia. A ausência dela enseja abusos, normalmente por parte dos mais fortes. O formalismo exagerado, todavia, é sinônimo de burocracia, escudo utilizado pelos covardes e preguiçosos para esconder-se.

Por outro lado, se o excesso de formalismo torna-se, sem dúvida, obstáculo ao bom desenvolvimento do processo, contudo, como bem colocado por este processualista, não se pode deixar de observar as regras e princípios processuais que irão garantir um resultado mais justo à demanda, fazendo com que o processo saia do plano do direito e passe ao plano da sociedade (DINAMARCO, 2009).

Desta forma, em virtude do processo ser um instrumento da jurisdição para a pacificação social e justa, ele alcança sua finalidade nos casos em que as partes possam ter uma participação efetiva, oportunizando a elas atuar de forma a influenciar a atividade jurisdicional.

Finalizando este tópico, conclui-se que os recursos são importantes instrumentos que corroboram para que os escopos possam ser atingidos, e dentre os quais está o agravo de instrumento, uma vez que diante de uma decisão interlocutória erroneamente proferida, na qual se verifique urgência, o jurisdicionado pautado pelo escopo político busca sua reforma influenciando na decisão por meio deste recurso.

O escopo jurídico também é alcançado mediante o agravo de instrumento, uma vez que caso se verifique uma decisão interlocutória que vai de encontro ao que está estabelecido na norma jurídica, o jurisdicionado pode reformá-la por meio deste recurso, fazendo prevalecer o mandamento normativo.

Por fim, verificou-se que o escopo social também é atingido, pois, o jurisdicionado poderá conformar-se com a decisão interlocutória nos casos em que lhe foi dada a oportunidade de recorrer ao tribunal, tendo em vista estar disponível um adequado meio de impugnação.

1.3 Princípios Informativos e Fundamentais do Processo

O direito processual, conforme debatido acima, assume postura autônoma frente ao direito material, servindo como instrumento da jurisdição para alcançar seu maior objetivo, qual seja, a pacificação social e, como ciência autônoma, não poderia deixar de estar amparado por princípios que são de suma importância e que servem de diretriz para melhoria

da atividade processual ou para a elaboração e interpretação das regras processuais, sendo eles denominados de princípios informativos e fundamentais do processo.

1.3.1 Princípios Informativos

1.3.1.1 Princípio Lógico

O processo constitui-se de um conjunto de atos coordenados, de forma a estabelecer um caminho a ser seguido pelas partes, a fim de que o Estado juiz venha a proferir uma decisão que estabeleça a quem cabe o bem da vida em disputa, sendo que estes atos devem estar relacionados entre si, para que não ocorra qualquer forma de tumulto processual e prejudicial ao bom desenvolvimento da atividade jurisdicional.

Assim, o princípio lógico estabelece coerência no andamento do processo, determinando quais atos devem preceder ou suceder os outros. Nos dizeres de Portanova (1999, p. 21), “o princípio lógico preocupa-se mais com uma adequada liturgia do processo. Em verdade, é uma preocupação metodológica, portando interessa à forma de dirigir a investigação da verdade no processo.”

1.3.1.2 Princípio Econômico

O processo, para atingir sua finalidade de pacificar com justiça, deve servir ao jurisdicionado, a fim de que seja empreendido o mínimo de sacrifício no que diz respeito ao tempo e dinheiro, buscando, por sua vez, o máximo de efetividade. Nery Júnior (1990, p. 120), sobre o princípio econômico informa que “se deve obter o máximo do processo com o mínimo dispêndio de tempo e atividade, observadas, sempre, as garantias da partes e as regras procedimentais e legais que regem o processo civil”.

A atividade jurisdicional desenvolvida por meio do processo, por ser a forma pela qual o Estado poderá restabelecer a paz social, deve, respeitando o direito das partes de obter uma solução justa para o caso em concreto, implementar mecanismos pelos quais a solução da causa não leve tanto tempo, pois poderia gerar às partes um sentimento de ineficácia da tutela jurisdicional, como exemplo, o artigo 273 do Código de Processo Civil, que trata sobre o instituto da Antecipação de Tutela, que para Portanova (1999, p.29),

As alterações do Código de Processo Civil no fim de 1994 buscaram dar mais economia ao processo. De tantas mudanças, cabe ressaltar a nova redação do art. 273 do CPC. Agora, juiz pode, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e preencha os demais requisitos alinhados em seus incisos e parágrafos. O dispositivo deve ser elogiado, tanto pelo fato de ligar o princípio da economia com a instrumentalidade do processo, como pelo fato de prever formulações econômicas de forma geral e não em leis especialíssimas e direcionadas a determinados interesses específicos

Observa-se, então, que por meio do princípio econômico o processo deve atingir seu objetivo de pacificar com justiça, em um tempo razoável, a fim de que o jurisdicionado ao buscar a tutela jurisdicional possa obtê-la em momento oportuno, não prejudicando o bem da vida perseguido no decorrer do processo.

1.3.1.3 Princípio Político

O que o jurisdicionado espera do Poder judiciário são que as decisões proferidas durante o processo e, ao final, a sentença, sejam decisões mais justas possíveis. Para tanto, o processo cinge-se de um conteúdo político pautado numa espécie de democracia processual, que significa dar oportunidade ao cidadão de participar do processo, buscando proteger seus direitos e garantias.

O princípio político traz a idéia de participação livre no processo. Com isso, não se pode negar, também, que esteja intimamente ligado ao princípio do livre acesso ao Judiciário, uma vez que por entre o princípio político, o cidadão passou a ter uma posição participativa junto ao Poder judiciário, o que demonstra que este princípio, como já descrito acima, traz em si o espírito da democracia.

Portanova (1999, p. 31), com grande propriedade, diz que:

Em suma, é a abertura que o processo dá para que o cidadão tenha meios processuais de atuar no centro do decisório do Estado, pondo em questão e vendo discutida e decidida sua pretensão.

Com efeito, em contraponto ao Estado centralizador das concepções individualistas, vive-se o enfoque de uma democracia participativa.

O que se quer na verdade, é impedir que o excesso de formalismo prejudique o desenvolvimento da atividade jurisdicional, criando, assim, um obstáculo à primordial finalidade de pacificar com justiça.

1.3.1.4 Princípio Jurídico

Como princípio jurídico, entende-se a possibilidade das partes serem tratadas no processo em situação de igualdade, sendo que esta igualdade não significa uma mera igualdade formal estabelecida na lei, mas o que se deve pôr em prática no processo civil é a busca da igualdade substancial.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2000, p. 54),

A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial

No processo civil, especificamente, tem-se que o princípio da isonomia deve ser observado, a fim de que a tutela jurisdicional a ser entregue por meio de uma decisão seja a mais justa possível, e isto só poderá ser alcançado no tratamento igualitário das partes litigantes, onde ambas possam participar efetivamente com liberdade para influenciar a decisão a ser proferida incidentalmente ou, no final, por meio da sentença judicial.

Nesse sentido, Portanova (1999, p.41):

Havendo desigualdade material e concreta entre as partes em litígio e o desconhecimento que um deles (ou seu advogado) pode ter de seus direitos, será necessário promover a igualização. Só assim se garante, nos exatos termos constitucionais, a perfeita integração do princípio do contraditório, do direito de ação e de ampla defesa

Anselmo e Siqueira (2010, p. 84), ao mencionarem o princípio da isonomia, fazem as seguintes considerações:

A isonomia deve ser observada desde a edição da lei, em detrimento de apenas nivelar os cidadãos no momento posterior, diante da norma posta. É dizer, esse preceito magno é voltado tanto para o aplicador da lei como para o próprio legislador. Entretanto, é preciso atingir maior precisão nessa análise, pois a igualdade não é absoluta, já que as pessoas não são todas absolutamente iguais entre si. É aqui que se fala em igualdade formal (perante a lei) e igualdade material (no plano fático, de forma efetiva)

Dessa forma, o processo como instrumento da jurisdição para a solução dos conflitos sociais deve estabelecer a igualdade entre as partes, mas como já delineado acima, não se

deve buscar a igualdade formal, mas a igualdade material, isto é, aquela que colocará as partes no mesmo patamar de tratamento, perante o Poder Judiciário.

1.3.1.5 O Princípio Instrumental

Como já oportunamente discutido acima, o processo, atualmente, tende a propiciar às partes um resultado mais justo da atividade jurisdicional, uma vez que busca atingir seus escopos jurídicos, políticos e sociais; e a visão, na qual o processo procurava atender a interesses individuais, não há mais como permanecer - caso em que passa a ser um instrumento da jurisdição, a fim de que se viabilize a pacificação social.

Na visão de Portanova (1999, p. 51):

Enfim, através do princípio informativo da instrumentalidade, o processo civil brasileiro assume definitivamente sua face publicística, que o aproxima mais do sistema processual anglo saxão do que de suas fontes européias. No Brasil, temos instrumental constitucional suficiente para abrir as portas do processo para proteger o cidadão das omissões e ações ilegítimas dos maus governantes. Podemos fazer afirmar-se o Estado juiz em sua independência, fazendo do juiz um agente interessado na plena, breve e efetiva solução do litígio.

Dessa maneira, a instrumentalidade do processo, como princípio a ser observado, é caminho para o acesso à justiça, tendo em vista que o processo passa a desenvolver-se com uma visão não mais individualista, mas uma visão social, procurando, respeitadas todas as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, obter sempre o resultado mais justo possível.

Concluindo, em razão destes princípios estarem classificados como informativos do processo, eles, por sua vez, relacionam-se com o recurso de agravo de instrumento, pois, o Código de Processo Civil, ao disciplinar este recurso indicando as hipóteses em que ele pode ser interposto, bem como a forma de sua interposição, sofre influência do princípio lógico. Verifica-se a influência do princípio econômico nos casos do efeito antecipativo e suspensivo que, como será visto adiante, dizem respeito ao recurso de agravo de instrumento.

Em virtude de o jurisdicionado, por meio do recurso de agravo de instrumento, poder atuar influenciando na decisão interlocutória proferida por erro, faz surgir o princípio político. Por sua vez, verifica-se a influência do princípio jurídico, quando diante de uma decisão interlocutória que venha a prejudicar a posição de uma das partes, esta pode se socorrer do agravo de instrumento para devolver o equilíbrio processual.

E, por fim, em razão de o princípio instrumental informar que o processo deve proporcionar ao jurisdicionado um resultado mais justo possível, ocorrendo uma decisão interlocutória que proferida por erro e que possa prejudicar o bom resultado da demanda, o agravo de instrumento aparece como adequado meio de impugnação, a fim de promover a reforma e, assim, proporcionar um resultado justo ao processo.

1.3.2 Princípios Fundamentais do Processo

Tratou-se acima dos princípios informativos, indicando sua importância para o desenvolvimento do processo, o seu reconhecimento, atualmente, como uma ciência autônoma e compreendido como um instrumento do Estado para a entrega da tutela jurisdicional. Assim, os princípios informativos funcionam como normas, que ao serem aplicadas, podem resultar em melhorias na atividade processual (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2000).

Por sua vez, os princípios fundamentais apresentam-se como institutos que devem ser observados nos sistemas processuais, e, como não poderia ser diferente, também influenciam o processo civil brasileiro, porém, não só o processo, como também, auxiliam no momento de se realizar uma interpretação das regras, além de servirem como orientação à atividade legislativa, dentre os quais é possível citar os princípios do dispositivo, da demanda, da oralidade, da imediatidade, da identidade física do juiz, da concentração, do livre convencimento e do contraditório (SILVA, 2002).

No que diz respeito ao sistema recursal encontram-se os princípios fundamentais dos recursos cíveis, sendo o princípio do duplo grau de jurisdição, da taxatividade, da singularidade, da fungibilidade, da dialeticidade, da voluntariedade, da irrecorribilidade das interlocutórias, da complementaridade, da proibição da *reformatio in pejus* e da consumação (NERY JÚNIOR, 1990).

Discorrendo acerca dos princípios fundamentais do processo, Cintra, Grinover e Dinamarco (2000, p. 50) fazem as seguintes considerações:

Considerando os escopos sociais e políticos do processo e do direito em geral, além do seu compromisso com a moral e a ética, atribui-se extraordinária relevância a certos princípios que não se prendem à técnica ou à dogmática jurídicas - trazendo em si seriíssimas conotações éticas, sociais e políticas, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador.

Para Silva (2002, p. 46),

A doutrina processual costuma indicar princípios formadores do direito processual que, com maior ou menor intensidade, ocorrem em todos os sistemas legislativos e servem para auxiliar na classificação e avaliação de cada um deles, indicando-nos os respectivos pressupostos doutrinários em que eles se alicerçam e suas tendências mais marcantes.

Traçando um paralelo entre os princípios informativos e os princípios fundamentais do processo, Nery Junior (1990, p. 120-121) faz as seguintes considerações:

Os informativos são considerados quase que como axiomas, pois prescindem de maiores indagações e não necessitam ser demonstrados. Não se baseiam em outros critérios que não os estritamente técnicos e lógicos, não possuindo praticamente nenhum conteúdo ideológico. Já os princípios fundamentais são aqueles sobre os quais o sistema jurídico pode fazer opção, considerando aspectos políticos e ideológicos. Por essa razão, admitem que em contrário se oponham outros, de conteúdo diverso, dependendo do alvedrio do sistema que os está adotando.

Contudo, apesar da notória importância que estes princípios exercem no processo, não é a intenção discorrer acerca de todos eles, mas, daqueles que servem como alicerce para o sistema recursal, relacionando-os com o recurso de agravo de instrumento, onde serão estudados no segundo capítulo deste trabalho, no âmbito da teoria geral dos recursos.

Assim, de todo o exposto acima, concluí-se que o processo como instrumento da jurisdição, envolto aos princípios, serve para que a tutela jurisdicional a ser entregue seja a mais justa possível, onde os recursos, entre eles o agravo de instrumento, surgem como importante ferramenta dentro da atividade processual, a fim de que o acesso à justiça seja viabilizado nas decisões proferidas.

1.4 Direito Constitucional Processual

O processo é o instrumento pelo qual o Estado se utiliza, como detentor do poder, para resolver os conflitos de interesses surgidos no meio social e restabelecer a ordem, em razão da inobservância do ordenamento jurídico pelos indivíduos e, como instrumento da jurisdição, deve estar cercado de meios eficazes para a obtenção de um resultado justo.

Por sua vez, o direito processual está vinculado diretamente ao direito constitucional, tendo em vista as normas constitucionais que influenciam este ramo do direito. Daí falar em

direito constitucional processual, que segundo os precisos comentários de Nery Júnior (2010 p. 40),

[...] já foram feitas observações agudas sobre o tema da subordinação do direito processual civil à Constituição, provocadas pela aproximação do processo civil com o processo penal e pelo crescente autoritarismo empreendido pelo poder público no mundo inteiro, principalmente na primeira metade do século XX, ao querer impor soluções administrativas ditatoriais por meio do processo civil.

A essa onda de autoritarismo houve reação natural da doutrina, que não chegou, contudo, a representar um marco definitivo no predomínio da tese da vinculação do direito processual à Constituição.

Por isso é que era muito comum, pelo menos até há bem pouco tempo, interpretar-se e aplicar-se determinado ramo do direito tendo-se em conta apenas a lei ordinária principal que o regulamentava. Assim o civilista via no Código Civil a única norma que deveria ser consultada na solução de problemas naquela área, o mesmo ocorrendo com o processualista (civil, penal e trabalhista), com o penalista com o comercialista.

Outrossim, o referido autor faz as seguintes considerações acerca desta relação do direito processual com o direito constitucional:

Naturalmente, o direito processual se compõe de um sistema uniforme, que lhe dá homogeneidade, de sorte a facilitar sua compreensão e aplicação para a solução das ameaças e lesões a direito. Mesmo que se reconheça essa unidade processual, é comum dizer-se didaticamente que existe um direito constitucional processual, para significar o conjunto das normas de direito processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um direito processual constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional. Não se trata, portanto, de ramos novos do direito processual.

Exemplos de normas de direito constitucional processual podemos encontrar na CF art. 5. XXXV. 8 III etc. De outra parte, são institutos de direito processual constitucional o mandado de segurança, o habeas data, a ação direta de inconstitucionalidade etc. (NERY JUNIOR, 2010, p. 41)

Verifica-se, então, que as normas e princípios constitucionais, hoje, devem necessariamente ser observados, pois, sua eficácia abrange todos os ramos do direito, não sendo diferente com o direito processual, que também sofre influência destes preceitos. Segundo Franzé (2011, p. 372),

a função jurisdicional não pode estar afeta a preceitos de ordem privada (circunscrita apenas ao autor, juiz e réu), mas, sim, em relação ao direito público, tendo suas linhas fundamentais delineadas no direito constitucional, pois, determina a estrutura dos órgãos jurisdicionais, garantindo a

distribuição da justiça, bem como do direito objetivo, ao estabelecer alguns princípios processuais

Contudo, o jurisdicionado, como parte da relação jurídica processual, deve efetivamente participar do processo para que a tutela jurisdicional a ser entregue possa ser a mais justa possível, uma vez que, como delineado acima, a finalidade principal do Estado é a pacificação social.

Dessa forma, o processo, atendendo o princípio político estudado no tópico anterior, deve favorecer uma efetiva participação da parte (autor ou réu), a fim de influenciar a decisão judicial a ser tomada, tanto definitivamente como durante o curso do processo em primeira instância.

No que diz respeito aos recursos, encontra-se suporte no texto constitucional, onde no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, depara-se com o preceito de que “aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

Para tanto, atualmente, o direito processual passou a ser estudado sob uma perspectiva constitucional, visto que é a Constituição que fornece os princípios pelos quais o processo deve submeter-se, conforme o ensinamento de Didier (2008, p.27):

Vive-se atualmente, uma fase de renovação do estudo do Direito Constitucional. Há diversas manifestações disso: a) parte-se da premissa de que a Constituição tem força normativa e, por conseqüência, também têm força normativa os princípios e os enunciados relacionados aos direitos fundamentais; b) pela expansão da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade difuso e concentrado como é o caso do Brasil); c) desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional (com a valorização dos princípios e o desenvolvimento dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade). A essa fase deu-se o nome de Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo.

Partindo desta visão denominada de Neoconstitucionalismo, o processo passa a sofrer forte influência dos princípios constitucionais, entre eles, o princípio do acesso à justiça. Nesse sentido, Didier (2008, p. 27) afirma que,

[...] o estudo do Direito Processual sofreu a influência desta renovação do pensamento jurídico. O processo volta a ser estudado a partir de uma perspectiva constitucional (o que não é novidade), mas agora seguindo esse novo repertório, que exige dos sujeitos processuais uma preparação técnica que lhes permita operar com cláusulas gerais, princípio da proporcionalidade, controle difuso de constitucionalidade de uma lei etc. Já se fala neste contexto, de um Neoprocessualismo: o estudo e aplicação do

Direito Processual de acordo com essa nova proposta do pensamento jurídico. Já há significativa bibliografia nacional sobre o tema.

Dentro desta visão constitucional do processo, verifica-se o princípio do acesso à justiça, descrito no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que impõe ao Estado o dever de entregar a tutela jurisdicional de forma plena, não só nos processos que tramitam em primeiro grau, mas também no âmbito recursal.

1.4.1 O Acesso à Justiça

Importante salientar que o acesso à justiça está positivado no texto constitucional, pois, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e, assim, temos a garantia ao cidadão de invocar a prestação da tutela jurisdicional, bem como a ordem jurídica efetiva e justa.

Brandão e Martins (2006 p. 09) apud Mattos (2009, p.69) destacam que:

O princípio constitucional do acesso à justiça está positivado na ordem constitucional brasileira em alguns dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. O mais importante deles está previsto no artigo 5, XXXV, da Constituição da República, que estabelece: a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão o ameaça a direito. Embora apareça aqui somente parcela do acesso à justiça, por se tratar de disposição que aparentemente cuida do acesso ao Poder Judiciário, não se pode descuidar que este compõe parte significativa daquela.

Em suma, verifica-se que o princípio do acesso à justiça não significa apenas acesso ao Poder Judiciário, mas, direito do jurisdicionado em participar do processo, a fim de que lhe sejam assegurados todos os direitos e garantias processuais para que a tutela jurisdicional venha a ser a mais justa possível.

O processo, por sua vez, ao ganhar o atributo de instrumentalidade no sentido de oferecer a tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e justa por meio de um processo dotado de mecanismos eficazes, acaba cumprindo com sua finalidade de pacificação social.

Cianci (2009, p. 03) diz que:

O processo, na sua moderna versão instrumental, deve, portanto, caminhar ao lado dos direitos substantivos consagrados, armados a favor das diversas categorias, servindo-se de técnicas adequadas e condizentes com a prestação da tutela jurisdicional, resultando daí que a relativização do acesso à justiça

torna ao mesmo tempo o princípio absoluto, na conta de que sua otimização proporciona a verdadeira justiça a que todos têm direito.

Cappelletti e Garth (1988, p.08) estabelecem o que significa o efetivo acesso à justiça, conforme verifica-se nos seguintes termos:

A expressão acesso à justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Observa-se, então, que o termo acesso à justiça reflete a real possibilidade da pessoa socorrer-se do poder do Estado para a resolução de determinada demanda, porém, como visto acima, não basta que haja facilidade de se propor uma ação, tal como a criação da assistência judiciária gratuita ou o implemento das defensorias públicas.

Além de o Estado disponibilizar aos cidadãos meios de chegar às portas do judiciário e dar liberdade a ele de participar efetivamente do processo podendo influir na decisão a ser proferida, é necessária a efetiva participação das partes no processo, viabilizando ao juiz o conhecimento de todos os argumentos por elas trazidos.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2000, p.33) lecionam que:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em acesso à ordem jurídica justa.

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais.

O acesso à justiça, então, ultrapassa o mero entendimento, qual seja, a possibilidade do indivíduo levar sua pretensão ao judiciário para que este órgão, dotado de Poder, estabeleça a quem cabe o bem da vida em disputa, pois, para que este princípio seja cumprido,

a tutela jurisdicional a ser entregue deve estar precedida de um processo onde as partes puderam utilizar de meios eficazes para a obtenção de um resultado justo.

Em razão de sua importância, o tema ganhou evidência na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – que ao tratar das garantias judiciais para se implementar um processo justo, estabeleceu, em seu artigo 8º, o seguinte:

1. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livre e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio ou não nomear defensor dentro do prazo estabelecido em lei;
 - f) direito de a defesa inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre o fato;
 - g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado;
 - h) direito de recorrer da sentença para o juiz ou tribunal superior.
- 3) A confissão do acusado somente é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
- 4) O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
- 5) O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Observa-se, então, que todas estas garantias judiciais firmadas na respectiva convenção estabelecem que a tutela jurisdicional a ser desenvolvida por meio do processo deve ser prestada para obter justiça nas decisões a serem proferidas, com o objetivo de se cumprir com o postulado do acesso à justiça.

No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, menciona, em seu artigo 10º, a garantia de tratamento igualitário perante o Poder Judiciário, senão veja-se:

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Apesar de ambos os estatutos tratarem preponderantemente de matéria ligada ao processo penal, essas garantias judiciais certamente acabam abrangendo também o processo civil, tendo em vista a riqueza de princípios que servem não somente ao processo penal, mas também, ao processo civil.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, como já aludido, estabelece o princípio do acesso à justiça como ligado ao direito fundamental do jurisdicionado em obter uma decisão judicial que seja a mais justa possível e em tempo razoável.

Esta vem sendo a incessante batalha que se verifica quando do desenvolvimento da atividade jurisdicional, qual seja, aliar a prestação jurisdicional no sentido de se obter uma decisão justa, respeitando, portanto, todos os princípios norteadores do processo, num tempo razoável, de modo a não despertar nas partes o descrédito pelo Poder judiciário.

Um dos fatores que vem de encontro prejudicando a duração razoável do processo é a morosidade que, de certa forma, é um fator complicador para as partes litigantes em processo judicial, pois, vem influenciar na tempestividade, que é um dos fundamentos para se viabilizar o acesso à justiça.

Batista (2010, p. 65) menciona que:

A morosidade processual brasileira é oportunamente, diante daqueles que não obtêm uma prestação jurisdicional célere, um problema que os afeta, culminado em niilismo. São os cidadãos e as partes – as que já protocolizaram pedido – que conhecem as várias lesões que não são apenas materiais; portanto, refletem subjetiva e objetivamente na sociedade. Essas lesões são tão profundas que, ao receberem a prestação jurisdicional pleiteada, o direito reconhecido ou pedido deixa de ter relevância para as partes. Isso acontece muito na realidade prática processual, com mais ênfase na cível. É esse o paradigma que cerca os que não conseguem acessar a justiça.

Este é um ponto muito delicado e se for não trabalhado de forma a eliminar os entraves processuais que levam o processo a caminhar de forma lenta, pode gerar no

jurisdicionado o descrédito da tutela jurisdicional, mitigando o acesso à justiça. Contudo, de nada adianta ter celeridade no andamento do processo e correr o risco de obter uma decisão injusta, gerando efeitos danosos na sociedade e que levará à depreciação do judiciário.

No entanto, verifica-se que no momento em que o processo passou a ser tratado como um instrumento da jurisdição, foram criados, pelo legislador, meios adequados para que a tutela jurisdicional seja prestada da forma mais justa possível, inclusive na fase recursal, atendendo o princípio do acesso à justiça.

1.4.1.2 O Acesso à Justiça no Plano Recursal

Como o processo é o meio pelo qual a tutela jurisdicional é entregue, torna-se um ambiente em que as partes trazem suas alegações, a fim de que sejam analisadas e, ao final, seja decidido a quem cabe o bem da vida. Todavia, até chegar a uma decisão final acerca do litígio, o processo atravessa todo um curso onde o juiz acaba proferindo decisões que podem causar prejuízo às partes.

Dessa forma, importante a existência de um sistema recursal, conforme preceito do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, para que o acesso à justiça seja realizado, uma vez que diante de uma decisão injusta, a parte, valendo-se do recurso apropriado, busca no tribunal respectivo à reforma da decisão, pois segundo Nery Junior (1990, p. 39) “existe uma correlação entre pronunciamento judicial e recurso de modo que a cada ato judicial corresponde um determinado recurso”.

Neste sentido Franzé (2011, p.30) faz as seguintes considerações:

Com o transcorrer da relação processual, o juiz pratica uma série de pronunciamentos até que a tutela jurisdicional seja entregue definitivamente. Porém, todo o pronunciamento com conteúdo decisório suficiente para causar prejuízo – em regra - , deve possuir um recurso correspondente (princípio da correspondência).

Em razão disso, verifica-se que o processo, atualmente, vem sendo remodelado, com o fito de ser um instrumento da jurisdição hábil a produzir decisões justas, mas não somente as decisões finais, mas também as decisões interlocutórias, pois, em muitos casos, o indeferimento de um pedido durante o curso do processo, como por exemplo, o indeferimento de uma liminar, pode ocasionar danos irreparáveis à parte e a tutela jurisdicional pode não vir a cumprir com seu papel de pacificação social.

No que diz respeito à pacificação com justiça, Matos (2009, p. 62), com propriedade, descreve o seguinte:

A jurisdição é função do poder judiciário, órgão estatal, e visa especificamente assegurar a aplicação hegemônica do direito na sociedade, promover a pacificação social e a educação, garantir o livre exercício dos direitos e afirmar o poder do Estado e dos institutos democráticos que o caracterizam. É merecedora de determinadas ressalvas, portanto, a idéia de jurisdição responsável pela aplicação neutra do direito, dentro das funções rigorosamente conferidas ao poder judiciário pela separação dos poderes. O ato jurisdicional há que exercer, com o intervencionismo que lhe é peculiar, uma função social que leve em conta os anseios da sociedade.

Dinamarco (2009, p.347), por sua vez, também esclarece que:

Foi dito que, em paralelismo com o bem-comum como síntese dos fins do Estado contemporâneo, figura o valor justiça como objetivo-síntese da jurisdição no plano social. A eliminação de litígios sem o critério de justiça equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrárias ou, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade. Foi dito, ainda que as disposições contidas no ordenamento jurídico substancial constituem para o juiz, em princípio, o indicador do critério de justiça pelo qual determinada sociedade optou, em dado quadrante de sua história; mas, se só a lei estiver o juiz atento, sem canais abertos às pressões axiológicas da sociedade e suas mutações, ele correrá o risco de afastar-se dos critérios de justiça efetivamente vigentes. Por isso é que se mostra muito pobre a indicação isolada do escopo jurídico como característica da jurisdição e do sistema processual.

Assim, entendendo o processo como o conjunto de atos coordenados, cuja finalidade é a decisão final sobre o litígio, é certo que se houver uma decisão interlocutória¹, que venha a quebrar a harmonia existente entre os atos que estão sendo praticados, o processo pode vir a perder seu objetivo primordial, que é a pacificação com justiça, ressaltando a importância do recurso de agravo de instrumento - que como se pretende estudar - torna-se um meio pelo qual a tutela jurisdicional a ser entregue seja a mais justa possível.

¹ Fontainha (2009, p. 06-07) descreve que “de forma tímida, mas que muito vem contribuindo para que uma fagulha de vida ainda reste à cidadania, a magistratura vem superando a concepção rousseauiana e positivista clássica da função jurisdicional e daí surgindo um novo perfil de magistrado: o juiz sem vendas nos olhos, sensível à realidade social lhe travestida de autos. Uma magistratura, ativa, participativa, integrante e contribuinte na dinâmica social. Uma magistratura realmente defensora dos direitos que, além de constitucionalmente péticos, são inerentes à própria condição humana. Evidentemente, esta concepção tem se estendido a todas as esferas da operação do direito – não olvidemos os advogados militantes, ou mesmo os procuradores aguerridos – embora venha a se manifestar no plano judiciário, de onde emanam as decisões. Pode-se dizer que muitos juízes estão tomando consciência de seu poder e em contrapartida, de sua responsabilidade correspondente àquele”.

Concluindo, verifica-se que a tutela jurisdicional a ser entregue deve ser a mais justa possível, para tanto, o processo, atualmente, em meio aos princípios e para atingir seus escopos, assume um caráter instrumental com mecanismos hábeis a fazer com que o jurisdicionado tenha acesso à ordem jurídica justa, incluindo aqui o plano recursal, pois, os recursos, dentre os quais está o agravo de instrumento, desempenham importante função para que o acesso à justiça seja alcançado.

CAPÍTULO 2 - TEORIA GERAL DOS RECURSOS

2.1 Conceito de Recurso

No Capítulo anterior, verificou-se que o Estado ao prestar a tutela jurisdicional deve pautar-se em vários princípios, a fim de que as decisões proferidas possam ser as mais justas possíveis, razão pela qual, se justifica a existência do sistema recursal, e dentro deste, o recurso de agravo de instrumento como importante ferramenta de acesso à justiça, pois, possibilita ao jurisdicionado a busca da reforma das decisões proferidas por erro judicial.

No entanto, antes de tratar do recurso de agravo de instrumento, não há como deixar de mencionar acerca da Teoria Geral dos Recursos Cíveis e, inicialmente, convém esclarecer um conceito, a finalidade dos recursos, bem como sua importância, que inclusive ganha contornos constitucionais.

O conceito mais completo de recurso foi elaborado por Moreira (1978, p. 265-266), segundo o qual recurso é “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna.”

Assim, analisando o conceito, observa-se que o recurso é um remédio, pois tem a finalidade de corrigir o pronunciamento judicial. Sendo voluntário, pois, cabe a parte decidir se irá utilizar-se desta ferramenta processual para corrigir a decisão proferida, é idôneo, pois para cada decisão deve haver um recurso adequado para alteração e revisão da decisão. (GRECO FILHO, 2009)

Dentro do mesmo processo, tendo em vista que com a interposição do recurso, não se está iniciando nova ação, mas apenas impulsionando o processo para uma nova fase e, no que diz respeito ao termo ‘reforma’, verifica-se que a parte busca nova decisão que venha modificar a anteriormente proferida, ou caso contenha algum vício, que seja invalidada, a fim de renová-la, podendo ainda, esclarecê-la ou integrá-la, como no caso dos embargos de declaração.

Diante do conceito preciso e elaborado pelo ilustre processualista, observa-se que os recursos, dentro de uma visão instrumentalista do processo, são importantes ferramentas colocadas à disposição das partes com múltiplas finalidades, a fim de se obter decisões mais justas possíveis.

Assim, nos sistemas processuais, os recursos desempenham importante papel na busca de fazer prevalecer a justiça nas decisões, sanando eventuais erros ou vícios que possam surgir nas decisões proferidas, o que para Jorge (2009, p.23) torna importante o sistema recursal, pois segundo este autor:

Em última análise, a necessidade de impugnação das decisões judiciais decorre, basicamente de duas razões. A primeira delas advém da possibilidade de erro em sua prolação. Objetiva-se afastar os vícios que as sentenças possam ter, dado, serem proferidas por pessoas, que apesar da exigida capacidade, não estão imunes a erros. Os juízes, como seres humanos comuns, são passíveis de errar em suas decisões. O risco de erro na atividade judiciária revela-se, pois, como fundamento para a existência dos meios de impugnação.

Dessa forma, justifica-se a existência do sistema recursal, uma vez que por erro, que pode ser cometido pelo magistrado, determinada decisão não pode permanecer surtindo seus efeitos, e o recurso cumpre com a finalidade que é levar o inconformismo do recorrente a outro órgão para que, ao ser analisado, sane eventual equívoco praticado pelo juiz que proferiu a decisão.

Convém salientar que em nosso ordenamento existem outras formas de impugnações das decisões judiciais, denominadas de ações impugnativas autônomas, que estão situadas paralelamente aos recursos, entre as quais menciona-se o mandado de segurança, a correição parcial, a ação rescisória, bem como o próprio pedido de reconsideração pertencem a estes outros meios de impugnação.

Moreira (2006, p.114) expõe o seguinte:

A título excepcional, em hipóteses taxativamente previstas, admite o ordenamento que se impugnem decisões por outros meios. Aqui, porém, o oferecimento da impugnação não fará prosseguir o mesmo processo em que se proferira a decisão impugnada: dará lugar à instauração de outro processo, capaz, embora, conforme o seu resultado, de influir no do primeiro. Os meios de impugnação dividem-se, pois, em duas classes: a dos recursos – assim chamados os que se podem exercitar dentro do processo em surgida a decisão impugnada – e o das ações impugnativas autônomas, cujo exercício, em regra, pressupõe a irrecorribilidade da decisão. No direito brasileiro, protótipo da segunda classe é a ação rescisória, eventualmente cabível para impugnar sentenças (de mérito) já transitadas em julgado (art. 485, caput).

Franzé (2011, p.56) esclarece que,

[...] o pleito de reconsideração deve ser alvo da mais absoluta cautela por parte do operador do direito. De fato, mencionado instituto existiu

expressamente no direito pátrio, durante a vigência das Ordenações Filipinas (livro III, título 65, par. 2), sendo mantido posteriormente por alguns códigos estaduais, tendo cabimento em relação às decisões interlocutórias. Entretanto, na atualidade, o pedido de reconsideração não foi abarcado pelo diploma processual civil pátrio. Reside nisso, justamente a razão da cautela que deve ser adotada, pois o prazo para a interposição de recurso, inicia-se a partir da intimação da decisão guerreada, e não, como poderia transparecer, a partir do eventual indeferimento do pedido de reconsideração.

Contudo, cuidar-se-á do modo de impugnação das decisões judiciais por meio dos recursos, especificamente do agravo de instrumento, razão pela qual, importante verificar quais os motivos que levam a existência do sistema recursal, justificando subsistir estes meios de impugnação das decisões judiciais.

2.2 Pronunciamentos Judiciais Passíveis de Recurso

Como já delineado em tópico anterior, o jurisdicionado na busca de uma solução à lide, que surgiu em decorrência dos problemas cotidianos, provoca o judiciário órgão investido de poder para resolver os conflitos e, por sua vez, o processo, que é o meio adequado no qual o judiciário segue para a entrega a tutela jurisdicional, é composto de várias fases até que se alcance a decisão na qual o juiz irá dizer quem tem razão.

No entanto, por ser um conjunto de atos coordenados para chegar a essa decisão que, em tese, estabelecerá qual das partes tem razão, além de impulsionar o processo, o juiz, durante o trâmite processual, de ofício, ou mediante provocação de alguma das partes, deve decidir acerca de determinada questão.

O Código de Processo Civil, então, cuida, no artigo 162, em estabelecer os atos do juiz consistindo estes em sentenças, decisões interlocutórias e despachos, sendo que o artigo 163 disciplina como acórdão o julgamento proferido pelos tribunais.

Logo, a decisão em que o juiz, após todo o deslinde da causa, proclama a quem cabe o objeto litigioso ou ainda, estabelece quem tem razão, é denominada de sentença, outrossim, a decisão que é proferida durante o andamento do processo sem, contudo, extingui-lo, é denominada de decisão interlocutória, e os demais atos praticados pelo juiz que não tenham conteúdo decisório são denominados de despachos.

Jorge (2009, p.45) aduz que:

O juiz, no desempenho de suas funções, pratica atos de diversas naturezas e formas, com repercussões importantes para o desenvolvimento da relação

jurídico-processual. Ao juiz compete dirigir o processo (art.125), impulsionando-o na sua tramitação (art. 262) inclusive mediante a prática de atos de ofício (arts. 267, § 3 e 130), fundamentalmente decidindo questões que lhe compete conhecer e que as partes lhe submetem, sendo-lhe defeso eximir-se de sentenciar ou decidir (art. 126).

Importante se faz estabelecer essa distinção entre as espécies de pronunciamentos, haja vista que a cada pronunciamento há um recurso adequado para levar ao órgão *ad quem* o inconformismo da parte que pretende a reforma da decisão, e sendo a decisão uma sentença, tem-se o recurso de apelação, porém se a decisão for interlocutória, o recurso cabível é o agravo de instrumento ou retido.

2.2.1 Da Sentença

Antes da alteração legislativa, que por meio da Lei 11.232/05, que modificou o teor do §1º, do artigo 162 do Código de Processo Civil, o conceito de sentença estabelecido pelo Código de Processo Civil indicava que se tratava do ato do juiz que colocava termo ao processo decidindo ou não o mérito da causa.

Após a alteração legislativa o Código de Processo Civil passou a fornecer novo conceito, indicando que a sentença é o ato do juiz que implica algumas das situações estabelecidas em seus artigos 267 e 269, ou seja, a sentença é a decisão judicial que tem a finalidade preponderante de, após ampla discussão, resolver a relação jurídica levada ao Judiciário ou extinguir o processo sem examinar o mérito da demanda.

Didier (2008, p.521-522) esclarece que “a redação do Código induz o entendimento de que toda decisão judicial, que tenha por conteúdo uma das hipóteses previstas nesses artigos, será uma sentença. Não é bem assim, porém”.

Para esse processualista, o conceito de sentença ganha importância, pois, é com base nele que a parte pode saber qual o recurso cabível, uma vez que se for sentença, o recurso é apelação, no entanto, caso se verifique tratar de decisão interlocutória, o agravo é que deverá ser interposto (DIDIER, 2008).

Wambier e Medina (2011, p. 38/39), fazem o seguinte comentário acerca do teor do §1º, do artigo 162 do Código de Processo Civil:

Optou o CPC por critério que nos parece adequado, ao enfatizar que o que deve distinguir tais pronunciamentos é seu conteúdo, e não o momento em que o mesmo é proferido ao longo do procedimento. Assim, sentença é o pronunciamento proferido nas hipóteses dos arts. 267 e 268 do CPC, diz o

§1º do art. 162 do CPC, sendo decisão interlocutória o pronunciamento que resolve questão incidente (cf. §2º do mesmo artigo)

Como se verá, com mais vagar, adiante, não se preocupou o legislador em vincular, de modo absoluto, a natureza da decisão ao recurso cabível. Pode-se sem dúvida, afirmar que, em regra, a sentença é apelável (CPC 513). Há no entanto, hipóteses em que o juiz profere sentenças (no sentido do §1º do art. 162 do CPC) que, não obstante, são agraváveis, e não apeláveis.

Assim, apesar de a redação do §1º, do artigo 162 do Código de Processo Civil, indicar que será sentença o pronunciamento judicial que tem por conteúdo uma das hipóteses dos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil, nem sempre o efeito será o de pôr fim a fase de conhecimento, como exemplo fornecido por Didier (2008, p. 522) “a decisão que indefere parcialmente a petição inicial (inciso I do art. 267); b) decisão que reconhece a decadência de um dos pedidos cumulados (art. 269, IV): c) decisão que exclui um dos litisconsortes por ilegitimidade (art. 267, IV) etc.”, indicando o processualista que estas são decisões recorríveis por meio de agravo.

Por sua vez, Franzé (2011, 35) indica alguns pronunciamentos judiciais que, apesar de estarem incluídos nos termos do §1º, do artigo 162 do Código de Processo Civil, não serão sentença:

Por exemplo, não serão sentença os pronunciamentos de improcedência liminar da reconvenção diante da ocorrência da prescrição (CPC, art. 269, inc. IV); decretação da ilegitimidade de um dos litisconsortes (CPC, art. 267, VI) e outros, porque, embora impliquem nos arts. 267 ou 269, ambos do CPC, não tem o pressuposto, que é a finalidade programada de colocar termo ao processo

Como exemplo jurisprudencial, é possível citar os julgados da Segunda e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça respectivamente, que entenderam ser cabível o recurso de agravo de instrumento contra decisão que excluiu litisconsorte do pólo ativo e passivo da ação².

² Ementa RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA CONTRA A UNIÃO. CONCURSO PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DO TESOUREIRO NACIONAL. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. JUIZ FEDERAL DISTRIBUIDOR DO RIO DE JANEIRO. EXCLUSÃO DOS LITISCONSORTES DOMICILIADOS EM OUTRAS SEÇÕES JUDICIÁRIAS. CONTEÚDO DECISÓRIO. CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. QUESTÃO DE FUNDO. COMPETÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- Possui conteúdo decisório o despacho do juiz federal distribuidor que exclui da lide os litisconsortes não domiciliados na seção judiciária em que proposta a ação ordinária contra a União, prosseguindo a demanda com relação aos demais. Cabível, no caso, a interposição de agravo de instrumento.

- Estando o acórdão recorrido, em relação ao tema da competência, assentado apenas na interpretação do art. 109, § 2º, da Constituição Federal e na aplicação de precedentes do Supremo Tribunal Federal, não cabe recurso especial para reapreciar a questão e reformar o aresto.

Desse modo, do ponto de vista prático, os artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil indicam o conteúdo dos pronunciamentos judiciais para verificar quando há ou não o julgamento do mérito, no intuito de se estabelecer qual a decisão pode ficar acobertada pelo instituto da coisa julgada (DIDIER, 2008).

Apesar disso, realmente verifica-se que algumas situações nas quais a decisão proferida, apesar de levar o nome de sentença, deverá ser impugnada por meio do agravo, razão pela qual, a par do critério prático estabelecido pelo § 1º, do Artigo 162 do Código de Processo Civil, é de se verificar qual é a leitura que se deve fazer do respectivo dispositivo legal.

Para Wambier e Medina (2011, p. 39) “é o conteúdo o critério adequado para que se distinga sentença dos demais pronunciamento judiciais”. No mesmo sentido Jorge (2009 p. 48) esclarece que:

Pensamos assim, que o conceito mais apropriado seria considerar a sentença como o pronunciamento do juiz que tem por conteúdo preponderantemente resolução da relação jurídica submetida ao Poder Judiciário (relação jurídica e procedimento). É exatamente este conteúdo preponderantemente que faz com que a sentença produza externamente um efeito peculiar de levar ao trânsito em julgado.

Para Franzé (2011, p.34-35), a sentença deve ser analisada da seguinte forma:

Por esta razão, entendemos que a sentença é o pronunciamento que tem a finalidade prevista (programada) de colocar fim ao processo. E isto porque tanto a interposição de recurso quanto a retratação dos arts. 285 – A e 296, ambos do CPC, não modificam a intenção (finalidade) intrínseca da sentença de colocar fim ao processo.

[...]

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para reconhecer o cabimento do agravo de instrumento contra a decisão do Juiz Federal Distribuidor da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. (Processo REsp 1211322 / RJ RECURSO ESPECIAL 2010/0165804-8 Relator(a) Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 09/08/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 06/09/2011)

Ementa AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. EXCLUSÃO DE RÉUS DO POLO PASSIVO DA LIDE SEM EXTINÇÃO DO PROCESSO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO CABÍVEL.

1. O julgado que exclui litisconsorte do polo passivo da lide sem extinguir o processo é decisão interlocutória, recorrível por meio de agravo de instrumento, e não de apelação, cuja interposição, nesse caso, é considerada erro grosseiro.

2. Agravo regimental desprovido.(Processo AgRg no Ag 1329466 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0120050-8 Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 10/05/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 19/05/2011). [GRIFO NOSSO].

Mas só isso não é o suficiente, pois a atual redação do § 1º do art. 162 do CPC (trazida pela Lei 11.232/05) impõe que o pronunciamento não somente verse mas também implique as matérias relacionadas nos arts. 267 e 269, do CPC, ou seja: deverá acolher a matéria versada nesses dispositivos com o propósito de colocar fim ao processo. Isso significa, por exemplo, que, se for rejeitada uma das condições da ação, o pronunciamento será decisão interlocutória (e não sentença), pois não terá o propósito de colocar termo ao processo

Em suma, verifica-se que no caso do § 1º, do artigo 162 do Código de Processo Civil, não é só o conteúdo do pronunciamento judicial que se deve analisar, mas também a finalidade da respectiva decisão, ou seja, se ela tem o desígnio de finalizar o processo. Sendo a resposta positiva, o recurso adequado é a apelação, caso contrário, a decisão deve ser impugnada mediante recurso de agravo.

2.2.2 Da Decisão Interlocutória

Conforme apresentado um conceito de sentença, também não se pode deixar de estabelecer um conceito de decisão interlocutória. No entanto, em virtude deste pronunciamento judicial estar relacionado diretamente com o recurso de agravo de instrumento, que é o objeto em estudo, entende-se por bem, neste tópico, aprofundar um pouco mediante análise histórica, bem como sobre o mecanismo de impugnação da interlocutória em outros países.

2.2.2.1 Histórico

O pronunciamento judicial denominado de decisão interlocutória remonta ao direito romano, pois, nesta época, a interlocução era todo o pronunciamento vertido no processo, salvo o que se referia ao mérito. Noronha (1978, p 23-24) faz as seguintes considerações sobre a interlocutória no direito romano:

O objeto do processo civil romano completava-se com o julgamento da lide, o que, que era alcançado no momento em que a *res in iudicium deducta* se transformava em *res iudicata*, através da sentença final, isto é, o bem da vida, disputado entre os litigantes, passava a ser reconhecido ou denegado à parte postulante.

Mas antes do julgamento final, ato mais relevante, e para o qual se dirigia todos os pronunciamentos intercorrentes, tinha o juiz necessidade de apreciar muitas questões pertinentes ao impulso e ordenamento da relação processual, acolhimento e produção de provas, realização de diligências necessárias à

instrução da causa etc. A esses provimentos judiciais davam os romanos o nome de *interlocutiones*, que se distinguiam fundamentalmente da *sententia*, ato pelo qual o magistrado decidia a questão de fundo, dando razão a uma ou outra parte.

A posterior, no Direito Germânico surge a sentença interlocutória, que era o pronunciamento voltado a dirimir as questões surgidas durante o curso do processo. Verifica-se, então, que havia nesta fase a sentença contra o pronunciamento que decidiria a lide e a sentença interlocutória.

Referida sistemática não poderia subsistir, tendo em vista a contradição que se estabelecia entre a finalidade da sentença e da decisão interlocutória, sendo que segundo Franzé (2011, p.40), “a sentença busca um resultado final, e, de outro lado, a interlocutória dirime controvérsias, com o escopo de possibilitar que a sentença seja proferida”.

Atualmente, no Código de Processo Civil, verifica-se que o legislador, ao disciplinar nos parágrafos 1º e 2º, do artigo 162, a finalidade da sentença, que é o ato do juiz voltado a algumas das situações previstas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil, e que a decisão interlocutória é o ato que resolve questão incidente, acabou colocando fim a esta controvérsia, que até então vinha sendo apresentada.

2.2.2.2 Da Decisão Interlocutória no Direito Estrangeiro

Neste item, abordar-se-á a respeito do mecanismo de impugnação das decisões interlocutórias em alguns países sem a intenção de esgotar o tema, pois, a finalidade é apenas demonstrar que devido a relevância, no direito estrangeiro também encontram-se recursos que desafiam estas decisões.

Na França, verifica-se que, de um modo geral, o recurso cabível para as decisões interlocutórias é a apelação, que inclusive neste sistema, não é só para impugnar as interlocutórias, mas também é utilizada para as demais decisões, contudo, as decisões interlocutórias passíveis de impugnação são especificadas (SIDOU, 1997).

O Código italiano disciplina que contra a decisão interlocutória cabe o recurso de apelação, e, assim como no sistema Francês, estabelece a apelação como recurso genérico, e diferido, se manifestado antes da audiência que vier a ser realizada e, após a decisão proferida, pois, segundo Franzé (2011, p.89), “quando se tratar de apelação que impugna decisão interlocutória, o seu processamento pode ser diferido (tal como o agravo retido brasileiro) ou imediato (como o agravo de instrumento brasileiro), cabendo à parte optar”.

No sistema espanhol também há a possibilidade de se recorrer das decisões interlocutórias, sendo que a este recurso dá-se o nome de *resposición*. É admitido em primeira instância para impugnar as decisões nas quais não caiba apelação, inclusive, contra despachos que são chamados de providências de mera tramitação (SIDOU, 1997).

No México, a apelação é o recurso usado para impugnar as decisões interlocutórias com força de definitivas, neste sistema, são aquelas que não paralisam, nem colocam fim ao juízo, caso em que são dotadas apenas de efeito devolutivo. Para as interlocutórias proferidas em processo de execução, o recurso adequado denomina-se *queja*, que inclusive, é aplicável para as demais decisões que não possuem força de definitivas (SIDOU, 1997).

Semelhante ao sistema espanhol, na Argentina, o recurso de reposição é utilizado para impugnar decisões interlocutórias nas quais o próprio juiz pode revogá-las. Nas demais decisões interlocutórias que causem gravame irreparável, o recurso que se utiliza é a apelação (SIDOU, 1997). Para Franzé (2011, p. 88), “guardando semelhança com o sistema recursal espanhol, a Argentina possui um sistema recursal que gera certa confusão, pois muitas vezes não possui um recurso específico para cada pronunciamento”.

Em Portugal, as decisões interlocutórias eram impugnadas mediante o recurso de agravo que poderia ser interposto tanto na primeira, quanto na segunda instância. No entanto, mediante alteração neste sistema recursal (Lei 6/2007), o agravo foi extinto restando apenas a apelação como recurso para impugnar em primeiro grau tanto as decisões que colocam termo ao processo, como para as interlocutórias (FRANZÉ, 2011).

2.2.2.3 A Decisão Interlocutória no Sistema Processual Brasileiro

No sistema processual brasileiro este pronunciamento judicial (decisão interlocutória) deve ser primeiro analisado a partir da definição que é fornecida pelo Código de Processo Civil que, segundo consta, é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

Aqui, cabe fazer uma observação de que as decisões interlocutórias resolvem questões tanto quando são suscitadas pelas partes, ou quando são proferidas de ofício pelo juiz que preside o processo.

Para Franzé (2011, p.42), o dispositivo legal guarda certa imprecisão, alegando que:

se verifica a má redação do mencionado dispositivo legal, pois não oferece elementos suficientes para viabilizar, em todos os casos, a perfeita distinção entre decisão interlocutória e despacho.

Contudo, consoante expusemos no tópico relativo aos despachos, em nosso entendimento, não sendo colocado termo ao processo, e presente a consequência de resolver a questão incidente, ou, de outra forma, havendo conteúdo decisório suficiente para causar gravame, o pronunciamento não será despacho, mas, sim, decisão interlocutória

Moreira (1999 p. 143) ensina que “o critério da distinção é o da natureza do pronunciamento, não da denominação legal: ainda quando o Código chame de “despacho” a algum ato decisório”.

Por sua vez, fornecendo elementos para distinguir as decisões interlocutórias dos demais pronunciamentos judiciais, Wambier (2000, p. 79) faz relação entre a decisão interlocutória e a sentença nos seguintes termos:

O mesmo não se pode dizer, entretanto, no que tange às próprias decisões interlocutórias. Não é o conteúdo específico que elas apresentam o que as distingue dos demais pronunciamentos judiciais, mas a natureza deste conteúdo, que tem de ser decisória. Assim, não importa sobre o que verse qualquer decisão, desde que não seja ela encartável nos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil, será uma decisão interlocutória que não terá, portanto, como efeito, o de pôr fim ao procedimento de primeiro grau ou ao processo.

Verifica-se, em julgado proferido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, que esta Corte entendeu tratar-se de questão incidente a resolvida em ação de desapropriação, em que o juiz, ao verificar o erro no pagamento da indenização, determinou a devolução do valor em excesso levantado pelos particulares³.

³ Ementa PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. DECISÓRIO QUE, NO BOJO DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO, ATESTA ERRO DE CÁLCULO NO QUANTUM INDENIZATÓRIO E DETERMINA A DEVOLUÇÃO DO EXCESSO LEVANTADO. NATUREZA JURÍDICA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE.

1. Hipótese em que, nos autos da demanda expropriatória, devidamente provocado o juízo singular, proferiu-se despacho no qual o magistrado atestou erro no cálculo do quantum indenizatório e, por consequência, determinou a extinção dos precatórios e a devolução do valor levantado em excesso.

2. Fulcrando-se neste decisório, foi promovida Ação de Execução pela Fazenda Estatal, na qual o juiz, obedecendo ao comando do art. 475-J do Código de Processo Civil, determinou aos ora recorridos que, no prazo de 15 dias, depositassem a importância que levantaram em excesso, sob pena de prosseguimento com o acréscimo de multa de 10% e penhora na forma da lei.

3. Agravaram os executados, concluindo a Corte de origem pela necessidade de reforma do decisório. Alicerçou-se o Tribunal a quo no entendimento de ser inaplicável o mandamento do citado dispositivo do CPC, uma vez que falta título executivo a embasar a demanda constritiva.

4. A aplicação do comando constante no art. 475-J do CPC demanda a existência de título executivo judicial decorrente de sentença transitada em julgado, ou de quantia fixada em liquidação.

5. O Código Processual Civil, em seu art. 162, § 1º, define sentença como o ato do juiz que extingue o processo sem julgamento de mérito (art. 267 do CPC), ou que resolve o mérito da lide (art. 269, e incisos,

Em resumo, no que diz respeito à decisão interlocutória, conclui-se que se trata de um pronunciamento judicial que decide determinado ponto duvidoso e que não tem o potencial de pôr fim ao processo, pois sua tramitação continua com o intuito de buscar o provimento no qual irá se resolver a demanda, devendo, contudo, ser fundamentada (FRANZÉ, 2011).

2.2.2.3.1 Da Questão Incidente

Durante o curso do processo em primeiro grau de jurisdição, podem surgir algumas situações que o Código denomina-as de “questões incidentes”, que demandam o pronunciamento judicial a respeito, e que, de certa forma, podem influenciar no resultado da demanda, tendo em vista que o resultado de toda esta atividade é a entrega da tutela jurisdicional pelo Estado.

Referidas decisões são recorríveis, conforme estabelecido acima, mediante o recurso de agravo retido ou de instrumento, sendo este último o objeto deste estudo, contudo, importante esclarecer primeiro, o que seria a questão incidente que, ao ser dirimida, pode tornar-se objeto do recurso de agravo de instrumento.

Fazendo uma abordagem ao que seja questão incidente, Jorge (2009, p. 51) faz a seguinte observação, senão veja-se:

Para se ter uma melhor compreensão a respeito do que vem a ser ‘questão’, imprescindível lembrar desde logo a estrutura do processo, que desencadeado pela vontade do autor chega ao término de uma de suas fases (a de conhecimento, por exemplo) através de uma sentença. Sendo o processo acentuadamente marcado pela concatenação de atos processuais visando ao fim último da prestação da tutela jurisdicional, é natural o surgimento de uma gama enorme de questões, de variadas naturezas e formas, no desenvolvimento dessa relação processual até que venha ao final a ser proferida a sentença

do CPC). Já decisão interlocutória, de acordo com o art. 162, § 2º, da mesma norma, é ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente, hipótese vislumbrada no presente caso: o magistrado, verificando o erro no quantum indenizatório fixado em ação de desapropriação, determinou a extinção dos precatórios, bem como a devolução dos valores levantados em excesso pelos particulares.

6. Necessário, portanto, o ajuizamento de ação própria para que, nos termos do mandamento legal, haja sentença condenatória transitada em julgado fixando a quantia a ser devolvida pelos particulares à Fazenda Estadual.

7. Recurso Especial não provido. (Processo REsp 1129364 / SP RECURSO ESPECIAL 009/0051505-4 Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 10/04/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 23/05/2012). [GRIFO NOSSO]

Fernandes (1991, p. 51), também, vem a esclarecer com muita propriedade o significado das questões incidentais:

Há um caminho a ser percorrido até que o processo chegue ao seu final. Estão previstos atos e fases necessários para que ele se desenvolva no itinerário já previsto e planejado. Há questões que devem ser resolvidas naturalmente através dos atos inseridos na cadeia procedimental. Podem entretanto surgir questões que exigirão a prática de outros atos processuais fora da sequência procedimental. São questões que se caracterizam justamente pelo fato de necessitarem destes novos atos processuais para serem resolvidas, ocasionando desvios no procedimento principal, ou levando à instauração de procedimentos laterais ou até mesmo à formação de novos processos paralelos. Podem abrir um parêntese no procedimento, como diz Betti. Essas questões são as questões incidentais.

Em síntese, conclui-se que a questão incidente é aquela que surge durante o trâmite normal do processo que, ao chegar em determinada fase, demanda uma decisão judicial passível de ocasionar prejuízo à parte, sendo as decisões proferidas nessas circunstâncias denominadas de interlocutórias.

2.2.3 Dos Despachos

Em relação aos pronunciamentos judiciais, o Código de Processo Civil disciplina os despachos no § 3º, do artigo 162, como sendo “todos os demais atos do juiz praticados no processo de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma”, sendo que a principal característica que diferencia os despachos das decisões interlocutórias e sentenças, é que esses não se revestem de conteúdo decisório, pois são destinados apenas ao desenvolver natural do processo, onde a prática de atos processuais pelo juiz liga-se, exclusivamente, ao impulso oficial (JORGE, 2009).

Assim, como exemplo de despachos, pode-se fazer referências àqueles que designam audiência, intima a parte a se manifestar sobre a juntada de documentos, e que por lhes faltar conteúdo decisório, ao contrário das decisões interlocutórias, são irrecorríveis, uma vez que apenas se destinam ao regular andamento do processo, cujo conceito de despacho Franzé (2011, p.37) apresenta da seguinte forma:

Diante disso, concluímos que o despacho é o pronunciamento irrecorrível, praticado diretamente pelo magistrado, conceituado, principalmente, pela sua consequência de dar continuidade sequencial ao processo, todavia sem conteúdo decisório suficiente para causar gravame.

Por não ter conteúdo decisório, os despachos diferenciam-se das decisões interlocutórias - o que ficou estabelecido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça-, em acórdão proferido, onde, com muita clareza, os Ministros precisaram esta diferença⁴.

Dessa forma, entende-se que para se estabelecer a diferença⁵ entre despacho e decisão interlocutória, é necessário verificar se o pronunciamento tem potencial de causar

⁴ Ementa PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE MULTA DIÁRIA FIXADA EM AÇÃO JUDICIAL PROCESSADA SOB O RITO DA LEI N. 9.099/95. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, PELA PARTE EXECUTADA, CONTRA O ATO PELO QUAL O JUIZ, TITULAR TANTO DO JUIZADO QUANTO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE ORIGEM, RECEBE A PETIÇÃO INICIAL DA EXECUÇÃO PARA SEU PROCESSAMENTO NA JUSTIÇA COMUM, EM RAZÃO DE O VALOR DA CAUSA EXCEDER O LIMITE PREVISTO NA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. IRRECORRIBILIDADE.

1. Em relação à alegada contrariedade aos arts. 113, § 2º, 126, 475-O, 475-P e 575, do CPC, e 52 da Lei n. 9.099/95, o recurso especial é inadmissível ante a falta de prequestionamento, incidindo na espécie, por analogia, as Súmulas 282 e 356 do STF.

2. Nos termos do art. 162, §§ 2º e 3º, do CPC, "decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente", e "são despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma". A diferenciação entre decisão interlocutória e despacho está na existência, ou não, de conteúdo decisório e de gravame. Enquanto os despachos são pronunciamentos meramente ordinatórios, que visam impulsionar o andamento do processo, sem solucionar controvérsia, a decisão interlocutória, por sua vez, ao contrário dos despachos, possui caráter decisório e causa prejuízo às partes (REsp 195.848/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 18.2.2002, p. 448).

3. Nos autos da execução provisória de multa diária fixada em ação judicial processada sob o rito da Lei n. 9.099/95, não possui caráter decisório e nem causa gravame à parte executada, sendo, portanto, irrecorrível, o ato pelo qual o juiz - titular tanto do Juizado Especial quanto da Vara Única da comarca de origem - simplesmente recebe a petição inicial da execução provisória para seu processamento na Justiça Comum, em razão de o valor da causa exceder o limite previsto na Lei dos Juizados Especiais, e determina a citação da executada.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1305642 / MT RECURSO ESPECIAL 2011/0080813-1 Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 15/03/2012 Data da Publicação/FonteDJe 22/03/2012). [GRIFO NOSSO].

⁵ Há acórdão da segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo conteúdo decisório de despacho de mero expediente conforme ementa do julgado que abaixo segue:

Ementa PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO INTERNO. INTERPOSIÇÃO EM FACE DE ATO DO JUÍZO QUE POSSUI CONTEÚDO DECISÓRIO. CABIMENTO. 1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado contra ato de Comandante Geral do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal que não permitiu a participação do impetrante no curso de formação de cabos do CBMDF. Tendo sido denegada, primeiramente, pelo juízo de primeiro grau, a segurança foi concedida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Com fundamento nessa última decisão, o Desembargador relator, após julgamento de embargos de declaração, proferiu despacho determinando o cumprimento do acórdão que reformara a sentença. Inconformado, o Distrito Federal interpôs agravo regimental insurgindo-se contra o despacho proferido. No entanto, o regimental não foi admitido pelo acórdão ora recorrido, ao argumento de que o ato judicial que determina à secretaria o envio de ofício à autoridade coatora para cumprimento do comando concedido no mandado de segurança é irrecorrível. 2. A celeuma processual, portanto, reside na discussão acerca do conteúdo do despacho proferido e na possibilidade de se interpor agravo regimental contra esse despacho. 3. Em regra, é indiscutível não caber recurso contra despacho de mero expediente. **4. O despacho aqui analisado determina à autoridade coatora o cumprimento, de imediato, da ordem concedida em mandado de segurança, no sentido de promover o recorrido a Cabo da Polícia Militar. Em múdos, tal despacho determina, antes de haver trânsito em julgado, que seja dado cumprimento à decisão concedida em mandado de segurança. Dessa forma, o despacho possui claro conteúdo decisório, pois nele existe um cunho indiciário de execução**

gravame à parte, sendo assim, trata-se de decisão interlocutória que para reformá-la é necessário interpor o recurso de agravo, caso contrário, estaria diante de um mero despacho.

2.4 Classificação dos Recursos

Um dos fundamentos para a existência dos recursos, além da necessidade de se uniformizar o entendimento acerca do direito, reside no fato de que as decisões proferidas podem conter erro, gerando o inconformismo da parte - o que leva a interpor o recurso adequado à espécie -, a fim de buscar a reforma da respectiva decisão, razão pela qual restou estabelecido uma classificação para os recursos em recursos extraordinários e ordinários.

2.4.1 Dos Recursos Ordinários e Extraordinários

Os recursos extraordinários são aqueles que não servem a corrigir a justiça ou injustiça de uma decisão, mas sim de guardar o direito objetivo, o que em nosso sistema é possível observar que estas características pertencem ao recurso extraordinário, cuja finalidade é de manter íntegros as normas constitucionais e o recurso especial que se destinam a corrigir decisões que afrontem a lei federal.

Os recursos ordinários são assim denominados, uma vez que se destinam a possibilitar à parte a contingência de levar seu inconformismo diante da decisão proferida a outro juízo, buscando, assim, outro pronunciamento judicial sobre a questão, visando reparar eventual injustiça na decisão.

Observa-se, então, que os recursos que se classificam como ordinários se destinam à correção das injustiças que podem ocorrer nas decisões judiciais proferidas, ao passo que os recursos classificados como extraordinários destinam-se apenas a possibilitar que o órgão *ad quem* analise se o direito foi ou não corretamente aplicado.

Para Jorge (2009, p. 39):

provisória, especialmente porque enseja prejuízo aos interesses do ora recorrente, tratando-se, portanto, de decisão interlocutória, e não despacho de mero expediente, razão pela qual o disposto no art. 504 do CPC não impede o exame do agravo apresentado em face de tal decisão. Precedente. 5. Reconhecida a ofensa ao art. 504 do CPC, impõe-se a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que aprecie o agravo de instrumento lá interposto como entender de direito. 6. Recurso especial provido. Processo REsp 1244553 / DF RECURSO ESPECIAL 2011/0063479-4 Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 07/02/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 14/02/2012

Os recursos ordinários, por sua vez, não são considerados excepcionais e visam imediatamente à tutela do direito subjetivo das partes. A correção da decisão, no que tange, especificamente à incidência correta da lei em questão, somente é alcançada mediamente. Basta, para o cabimento desses recursos, que seja alegada a injustiça da decisão. De um modo geral, é também permitida uma ampla revisão da matéria fático e probatória, sem que haja exigência da necessidade de se demonstrar a aplicação específica de um determinado texto legal. São exemplos dessa categoria, os recursos de apelação, agravo, embargos de declaração, embargos infringentes e o ordinário

Portanto, vê-se que os recursos inseridos na classe dos ordinários, e entre eles está o agravo de instrumento, objeto desse estudo, por se destinarem a combater eventuais injustiças nas decisões, revelam-se importantes, pois se voltam a corrigir eventual injustiça na decisão interlocutória proferida.

2.4.2 Recursos de Fundamentação Livre e Fundamentação Vinculada

No que diz respeito ainda à classificação dos recursos, verifica-se que estes assumem uma feição, sendo tratados como de fundamentação livre e de fundamentação vinculada, de acordo com os ensinamentos de Medina e Wambier (2011, p. 46):

Classificam-se os recursos em de fundamentação livre e de fundamentação vinculada. No caso dos recursos de fundamentação livre, é possível que o recorrente alegue a presença de qualquer tipo de vício, na decisão recorrida. Diversamente, nos recursos de fundamentação vinculada, o recorrente pode alegar apenas algumas matérias ou vícios expressamente designados pela norma jurídica.

Os recursos de fundamentação vinculada necessitam que estejam presentes vícios específicos, como por exemplo, para a interposição do recurso extraordinário é necessário que tenha ocorrido a ofensa à Constituição Federal, e para o especial, necessário se faz a prova de negativa de vigência à lei federal ou divergência jurisprudencial.

Para os recursos de fundamentação livre, já não se verifica a necessidade de se apontar defeitos específicos, sendo que para seu cabimento, o jurisdicionado apenas indica que houve uma decisão, sendo esta uma sentença ou uma decisão interlocutória, contrária à sua expectativa, a fim de que seja encaminhado ao órgão *ad quem* para julgamento.

2.4.2.1 Classificação do Agravo de Instrumento

Neste tópico, no que diz respeito à classificação dos recursos, o agravo de instrumento que será estudado está entre os recursos ordinários, uma vez que é suficiente a existência de uma decisão interlocutória, que cause ou venha a causar gravame à parte, para que se possa utilizá-lo.

Também, é possível verificar que trata-se de recurso de fundamentação livre, pois, a parte pode apontar qualquer tipo de vício ou defeito na decisão interlocutória que se pretende reformar, isto é, não há necessidade de provar outros requisitos, basta o mero inconformismo com aquele pronunciamento de natureza decisória proferida pelo juiz de primeiro grau.

Jorge (2009, p. 41), ao fazer referência aos recursos de fundamentação livre, escreve que:

[...] os recursos de fundamentação livre não se prendem diretamente a determinado defeito ou vício na decisão. Qualquer que seja o defeito ou vício, cabível será sempre aquele determinado recurso. Dessa maneira, para que tenha cabimento o recurso de apelação, imprescindível apenas a existência da sentença, independentemente do vício que possa ser alegado pelo recorrente, capaz de reformá-la. Também é o que ocorre, por exemplo, com o recurso de agravo. Para seu cabimento, exige-se apenas a presença de uma decisão interlocutória.

Dessa forma, nota-se na teoria geral dos recursos a necessidade de se ter no sistema processual estes meios de impugnação, que são os recursos, pois, servem ao jurisdicionado como ferramenta para sanar vícios e erros cometidos nos pronunciamentos judiciais, promovendo o acesso à justiça e tornando o processo um instrumento de pacificação social.

2.5 Fundamento dos Recursos

Verificou-se, no capítulo anterior, que o processo como instrumento é o meio para que a justiça social seja realizada, incluindo o plano recursal que, por sua vez, encontra amparo no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, informando a necessidade de que em qualquer ordenamento jurídico que se diz democrático, deve existir um sistema recursal, a fim de que as decisões judiciais possam ser pautadas pela verdadeira⁶ justiça.

⁶ Para Marinoni (2000, p.107) “não existe verdade, pois a verdade está no campo do impossível. A verdade varia de acordo com a subjetividade de cada um. A certeza seria a manifestação subjetiva de alguém a respeito de um dado, de onde pode surgir a verdade para ela, mas não para os outros ou para todos. Esta certeza – mesmo

Nery Junior (1990, p. 13) justifica a importância dos recursos da seguinte forma:

Os mais modernos ordenamentos processuais fornecem meios pelos quais as decisões judiciais podem ser impugnadas, com maior ou menor intensidade, com a finalidade de propiciar aos jurisdicionados uma justiça mais justa, meios esses que se revelam como corretivos de decisões errôneas ou injustas.

Logo, torna-se necessário estabelecer os fundamentos que informam a importância dos recursos como ferramentas a serem utilizadas pelos jurisdicionados, buscando o possível da justiça nas decisões.

O primeiro fundamento apontado na seara jurídica é o inconformismo das partes em litígio, frente a uma decisão contrária ao seu interesse, isto é, a parte levou uma carga de expectativa ao judiciário na esperança de se obter determinada decisão, e esta expectativa não foi correspondida (BERMUDES, 2006).

Após, há o interesse estatal de que as decisões proferidas por seus órgãos, e aqui especificamente concentram-se nas decisões proferidas pelo judiciário, sejam manifestadas corretamente. Um terceiro fundamento também é apresentado como sendo a necessidade de se uniformizar o direito, para que não haja sobre o mesmo assunto decisões conflitantes (BERMUDES, 2006).

Percebe-se, então, que a possibilidade de se recorrer de decisões é algo que não pode deixar de existir, ou porque a busca por uma segunda decisão sobre determinada matéria é algo inerente ao ser humano, ou porque interessa ao próprio Estado, tendo em vista procurar sempre a pacificação social.

Medina e Wambier (2011, p. 33), discorrendo acerca do interesse do Estado na manutenção dos recursos, ensinam que:

A partir de certo momento evolutivo, o Estado passou a apoiar esse sentimento, ínsito ao litigante sucumbente, porque o exame da decisão por outro órgão jurisdicional forneceria maior grau de acerto à decisão, aumentando, conseqüentemente, a confiança do povo na jurisdição estatal. Por isso, considerando que a atividade jurisdicional deve aspirar a um resultado idealmente perfeito, os recursos seriam meios de controle, já que o Estado não pode garantir que os juízes sejam infalíveis.

Assim, apreende-se que em um sistema processual, apesar de toda a garantia do devido processo legal e dos princípios que adornam a atividade jurisdicional, os quais

porque a subjetividade do próprio ser cognoscente pode mudar – não existe, ou existirá, como absoluta, nem àquele que em um dia a afirmou. Toda certeza, pois, não passa de mera verossimilhança.

discorreu-se no capítulo anterior, sempre pode ocorrer erro no tocante aos pronunciamentos judiciais, pois, os juízes não estão isentos de incorrer em equívocos no momento de proferir suas decisões.

Também, outro ponto que se deve levar em consideração para a existência dos recursos é o sentimento humano de nunca se conformar com uma única decisão sobre a questão posta a julgamento, o que para Silva e Gomes (2002, p.309), verifica-se a necessidade da existência dos recursos devido a uma exigência psicológica:

Tem-se dito que o instituto dos recursos, em direito processual, responde a uma exigência psicológica do ser humano, refletida em sua natural e compreensível inconformidade com as decisões judiciais que lhe sejam desfavoráveis. Não resta dúvida de que este sentimento é decisivo para explicar a criação e a permanência, historicamente universal, do instituto dos recursos. Mas não se deve perder de vista que o sentimento, em que se busca fundamentar os recursos, resume-se à compreensível segurança de que as partes podem gozar quando sabem que o Juiz da causa terá sempre sua decisão sujeita ao julgamento de outro magistrado, do mesmo nível ou de nível superior, o que o tornará mais responsável e o obrigará a melhor fundamentar seu julgamento.

Lima (1960 p.127-128) apud Jorge (2009 p.23-24) faz menção a esta importante característica do ser humano, no sentido de não se conformar com apenas uma única decisão sobre a matéria, razão pela qual traz a seguinte observação:

A outra razão que também justifica a necessidade de meios para se impugnam as decisões decorre da própria personalidade humana, de não se conformar com o julgamento desfavorável. Visa-se atender à satisfação inata no gênero humano. Nos mais comecinhos exemplos cotidianos encontram-se vestígios ou manifestações desse impulso, ainda que seja a tentativa de reforma pelo próprio julgador, ante novos argumentos que são invocados, imediatamente, pelo atingido ou prejudicado com a decisão. A circunstância – assaz importante – de que o recurso tem sido acolhido em todas as épocas e por todos os povos, ainda que em forma rudimentares ou primitivas, que revelam, porém, a essência do instituto – é fator preponderante para que seja considerado como inerente à própria personalidade humana, enquanto seja assegurado o direito público subjetivo da ação.

É possível com isso, observar que os recursos são institutos de importantíssima presença nos sistemas processuais, primeiro, porque como delineado acima, o entendimento do juiz lançado na decisão pode estar equivocado; segundo, em virtude do inconformismo do ser humano diante de um resultado que lhe foi desfavorável e que o leva a buscar outro posicionamento no tocante ao objeto litigioso.

E, como exposto, a parte que obteve decisão desfavorável, em grande parte dos casos, para não falar em totalidade, utilizará deste meio para perseguir a reforma da respectiva decisão, e dessa forma, o acesso ao segundo grau de jurisdição, que se dá com a utilização dos recursos, não significa simplesmente uma possibilidade de alçar o tribunal, mas também a possibilidade de buscar a reforma de determinada decisão, a fim de que a tutela jurisdicional seja entregue da forma mais justa possível.

Um terceiro fundamento justificador da necessidade dos recursos, diz respeito à manutenção e uniformização do entendimento do direito federal, isto porque, em certas ações, pode ocorrer que seu objeto é unicamente a interpretação de determinadas Leis federais ou a aplicação de normas constitucionais, sendo que o juízo de valor em relação a estas normas é realizado tanto pelo juiz de primeiro grau, quanto pelos tribunais.

Por conta disso, comumente, há decisões que, ao interpretarem determinada norma, acabam proferindo decisões divergentes, o que torna necessário no sistema recursal meios pelos quais se pode levar eventual divergência acerca da aplicação destas normas à tribunais que tornarão uniforme o entendimento em razão das diversas interpretações.

Precisas são as considerações feitas por Medina e Wambier (2011, p.33) a este respeito, vertendo os seguintes posicionamentos:

Em sistemas jurídicos como o brasileiro, em que as normas constitucionais e federais são aplicadas por tribunais estaduais e regionais federais, justifica-se, também, a criação de recursos com a finalidade de proporcionar a unidade de inteligência acerca do Direito. É o que sucede com os recursos extraordinário e especial. Decerto, a aplicação do direito pelo órgão judicante seria precária se não se permitisse preservar a unidade de sua compreensão, evitando interpretações divergentes do direito positivo. Intenta-se, por isso, na medida do possível, a recondução à unidade de inteligência da norma, em função do entendimento unificador e estabilizador que lhe devem dar os tribunais.

Dessa forma, observa-se que este terceiro fundamento para a existência dos recursos indica que apesar de haver um ordenamento jurídico repleto de normas que ditam como deve proceder a sociedade, o entendimento acerca do direito pode variar, fazendo com que surjam várias interpretações, gerando insegurança jurídica.

No mais, é por meio dos recursos que se pode provocar o tribunal competente, para fins de uniformizar o direito para que a sociedade possa ter segurança no judiciário e para que seja afastado o sentimento de dúvida quanto à credibilidade das decisões, promovendo a pacificação social e a justiça nas decisões.

Estes fundamentos são os que justificam a existência dos recursos - o que revela a importante presença destes meios de impugnação das decisões judiciais - particularmente, aquelas proferidas em primeiro grau de jurisdição que, se porventura, apresentarem erro, poderão ser reapreciadas pelo tribunal por meio do recurso adequado, fazendo com que o judiciário cumpra seu papel de pacificação social com justiça.

2.6 Princípios Recursais

Como mencionado no capítulo primeiro deste trabalho, entre os princípios fundamentais do processo encontram-se aqueles que se referem ao sistema recursal. Contudo, serão analisados somente os princípios que entende-se estar mais diretamente relacionados ao agravo de instrumento.

2.6.1 O Duplo Grau de Jurisdição

Em virtude de se tratar no presente capítulo sobre a teoria geral dos recursos, torna-se importante discorrer sobre o duplo grau de jurisdição que, a princípio, está voltado a possibilitar à parte, por meio do recurso adequado, buscar a revisão dos pronunciamentos com conteúdo decisório e capaz de trazer prejuízo à parte, onde se verificou, no tópico anterior, que estas decisões estão restritas, em tese, às sentenças e as decisões interlocutórias.

Discorrendo acerca do duplo grau de jurisdição, Cintra, Grinover e Dinamarco (2000, p.74) esclarecem que:

O princípio do duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso [...]. Os tribunais de segundo grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em órgãos colegiados, oferecem maior segurança.

Por sua vez, Marinoni traz alguns argumentos que seriam contrários ao duplo grau de jurisdição, estabelecendo que o duplo grau anula a principal vantagem do processo, que é a oralidade, uma vez que esta proporciona um contato direto do juiz com as partes e provas, e que o julgamento pelo tribunal, com base em escritos e depoimentos de testemunhas, não o deixa em melhores condições para decidir (MARINONI, 2000, p. 143-145).

Também, argumenta que o duplo grau não é vantajoso para as causas mais simples, tendo em vista que o tribunal não chegaria a uma conclusão diversa da que foi estabelecida pela sentença de primeiro grau, e que o recurso seria, então, um expediente protelatório usado pelo réu (MARINONI, 2000, p. 146).

Outro argumento que se faz é que o duplo grau não estaria garantido implicitamente na Constituição Federal, uma vez que, apesar de estar prevista a possibilidade de se interpor recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça nas causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais Estaduais, alega o autor que isto não dá o direito a se recorrer de toda e qualquer decisão proferida por juiz de primeiro grau (MARINONI, 2000, p. 147).

Não obstante ao entendimento contrário de Marinoni à existência do duplo grau, há razões que justificam sua importância para o ordenamento jurídico, e mais ainda para o jurisdicionado, uma vez que, o duplo grau indica a existência de um sistema de recursos que possibilita que o caso será levado ao tribunal, onde o juiz, por não ter tido contato com a parte e provas, poderá fazer uma análise mais imparcial do caso, levando em consideração os fundamentos do juízo *a quo*, ainda que para rejeitá-lo (FRANZÉ, 2011, p. 109-110).

Importante salientar que além de o tribunal analisar o caso com maior imparcialidade, é certo afirmar que a existência do duplo grau acaba gerando maior confiabilidade e aceitação das decisões judiciais pela sociedade, pois os juízes nos tribunais teriam maior experiência para reexaminar a causa e também por fazer com que os erros ou abusos cometidos pelo juiz de primeira instância sejam sanados (FRANZÉ, 2011, p. 110).

No que diz respeito à Constituição Federal trazer ou não em seu bojo a disciplina do duplo grau, verifica-se que, embora não esteja expressamente consagrado, é de se reconhecer que o respectivo princípio foi implicitamente disciplinado no inciso LV, do artigo 5º da Constituição Federal ao tratar que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Relevante mencionar que em julgado da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, restou vertido o entendimento de que o princípio do duplo grau de jurisdição está implícito na Constituição⁷.

⁷ Ementa PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SUPOSTA AUSÊNCIA DE PEDIDO PRINCIPAL. ART. 284 DO CPC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS NA ORIGEM. VIOLAÇÃO DO ART. 535, INC. II, DO CPC RECONHECIDA, IN CASU.

I - A sentença extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, ante a inépcia da inicial, porque faltante o pedido. Em sede de apelação o Tribunal a quo manteve a sentença afirmando que o pedido realmente não foi

Nery Júnior (1990 p.123-124), ao comentar acerca do duplo grau, faz as seguintes considerações:

Já que o duplo grau é erigido à categoria de garantia fundamental de boa justiça, deve ter lugar de destaque em toda ordem jurídica. Seguindo essa tendência, os ordenamentos modernos dos povos ocidentais têm previsto referido princípio em sua Constituições.

E, no Brasil, é a própria constituição federal que dá a tônica, os contornos e os limites do duplo grau de jurisdição. Assim, para que se efetive o binômio segurança-justiça, os litígios não poderiam perpetuar-se no tempo, a pretexto de conferirem maior segurança àqueles que estão em juízo buscando a atividade jurisdicional substituidora de suas vontades. O objetivo do duplo grau de jurisdição é, portanto, fazer adequação entre a realidade no contexto social de cada país e o direito à segurança e à justiça das decisões judiciais de todo que todos têm de acordo com a constituição federal.

Dessa forma, certifica-se que o duplo grau tem importante finalidade, qual seja, a de promover a justiça nas decisões, em virtude de fazer com que seja realizado novo exame da causa por um tribunal que, apesar de estar distante das partes, pode analisar a demanda com maior imparcialidade, coibindo os erros e abusos praticados pelo juiz de primeira instância.

Necessário, também, mencionar a questão que vem sendo desenvolvida no sentido de o duplo grau tratar-se de princípio ou garantia, isto porque, se for garantia, deve ser obrigatoriamente observado, contudo, caso se entenda que o duplo grau é um princípio, sua aplicabilidade pode sofrer certa mitigação em circunstâncias que confronta com outros princípios.

Para Nery Júnior (1990, p. 124) “a nossa constituição não garante o duplo grau de jurisdição ilimitadamente, como fez a do Império, de 1824, regra que não foi seguida pelas demais constituições brasileiras”.

A discussão acerca de o duplo grau ser considerado princípio ou garantia encontra divergência até no Supremo Tribunal Federal, conforme verifica-se em dois acórdãos

externado. Opostos embargos de declaração pela ora agravada, relevou-se que se, de fato, a merecer emenda a inicial, deveria então lhe ser aberto o prazo previsto no art. 284 do Código de Processo Civil para tanto. Nada obstante, rejeitou a Corte ordinária os declaratórios, deixando de se pronunciar sobre o direito reivindicado e imprescindível à correta solução da controvérsia, motivo por que violado o art. 535 da Lei Instrumental Civil, na hipótese.

II - Ademais, se a questão se encontra preclusa ou não, ao Tribunal de Justiça cabe tal julgamento, devendo-se restringir este eg. Sodalício aos limites do recurso especial interposto. Noutras palavras, visa a agravante ao exame do próprio mérito dos embargos de declaração opostos na origem, o que ainda inviável, naturalmente, frente ao princípio constitucional implícito do duplo grau de jurisdição.

III - Agravo regimental desprovido. (Processo AgRg no AgRg no REsp 650217 / RJ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2004/0051214-0 Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 05/04/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 16/05/2005 p. 249). [GRIFO NOSSO].

provenientes desta Corte, onde no primeiro, o duplo grau foi considerado como “garantia constitucional do processo” e, no segundo, entende-se que a turma o mencionou como princípio ao alegar que “a própria constituição federal estabelece restrições ao duplo grau de jurisdição”.⁸

Apesar dos entendimentos divergentes mencionados, entende-se que o duplo grau é um princípio que, apesar de estar de forma implícita na constituição, deve ser assim considerado, uma vez que ao colidir com outros princípios, pode se aplicar à regra de proporcionalidade, tendo em vista a efetividade do processo.

⁸ HC 105005 / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. AYRES BRITTO

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. SOBERANIA DOS VEREDITOS. DESCLASSIFICAÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU. ORDEM DENEGADA. 1. A pretensão revisional das decisões do Tribunal do Júri não conflita com a regra da soberania dos veredictos populares (alínea “c” do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição Federal). **Regra compatível com a garantia constitucional do processo que atende pelo nome de duplo grau de jurisdição. Garantia que tem a sua primeira manifestação no inciso LV do art. 5º da CF, a saber: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.** **Precedente: HC 94.567, da minha relatoria.** 2. No caso, o acolhimento da pretensão defensiva demandaria a renovação de atos próprios da instrução processual penal para desqualificar as conclusões adotadas pelas instâncias precedentes. Caso em que o Tribunal mineiro, soberano na análise da prova então colhida, foi convincente ao afirmar que a decisão popular “não tem o menor suporte na prova reunida”. Circunstância que autoriza a submissão do paciente a um novo julgamento perante o Tribunal do Júri. 3. Ordem denegada. (Julgamento: 26/10/2010 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJe-033 DIVULG 17-02-2011 PUBLIC 18-02-2011 EMENT VOL-02466-01 PP-00124) [GRIFO NOSSO].

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Agravo que pretende exame do recurso extraordinário no qual se busca viabilizar a interposição de recurso inominado, com efeito de apelação, de decisão condenatória proferida por Tribunal Regional Federal, em sede de competência criminal originária. 2. A Emenda Constitucional 45/04 atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, hierarquia constitucional. 3. **Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta.** 4. **A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição.** Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição. 5. Alegação de violação ao princípio da igualdade que se repele porque o agravante, na condição de magistrado, possui foro por prerrogativa de função e, por conseguinte, não pode ser equiparado aos demais cidadãos. O agravante foi julgado por 14 Desembargadores Federais que integram a Corte Especial do Tribunal Regional Federal e fez uso de rito processual que oferece possibilidade de defesa preliminar ao recebimento da denúncia, o que não ocorre, de regra, no rito comum ordinário a que são submetidas as demais pessoas. 6. Agravo regimental improvido. (AI 601832 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 17/03/2009 Orgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-06 PP-01129 RSJADV jun., 2009, p. 34-38 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 518-524). [GRIFO NOSSO].

2.6.2 Irrecorribilidade em Separado das Interlocutórias

Verificou-se, então, a importância da existência do duplo grau, que indica a necessidade de um sistema recursal, cuja finalidade é fazer com que as decisões judiciais possam ser impugnadas, a fim de que sejam revistas por órgão diverso que, por sua vez, analisando a questão, pode, sob uma visão diferente, reformar a decisão proferida por erro do juiz.

Nessa seara recursal, encontra-se o recurso de agravo de instrumento, objeto desse estudo, onde a finalidade é impugnar decisão interlocutória, cujo conteúdo é capaz de trazer prejuízo à parte e, por conta disso, socorre-se deste meio de impugnação para reformar a decisão proferida por erro do juiz.

Contudo, em razão de tratar-se da teoria geral dos recursos, há um princípio que, de certa forma, vem de encontro ao recurso de agravo de instrumento, que é o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, segundo o qual as decisões interlocutórias só poderiam ser impugnadas na ocasião da apelação da sentença.

Para Nery Junior (1990, p.197),

Segundo esse princípio, as decisões interlocutórias não são impugnáveis de maneira tal a paralisar todo o curso do procedimento. Sua impugnação se dá de maneira racional, observando os princípios da concentração dos atos processuais e da economia processual.

No entanto, o respectivo princípio não tem plena aplicabilidade no que diz respeito ao nosso sistema recursal estabelecido no Código de Processo Civil, uma vez que, segundo Franzé (2011, p. 104), este princípio “colide com o recurso de agravo, que é cabível exatamente para impugnar a decisão interlocutória”.

Porém, analisando a questão, Nery Júnior (1990, p. 197) diz que “na verdade o que se pretende estabelecer com a adoção do princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias, é que em virtude do termo “em separado” seja conferido efeito suspensivo ao recurso previsto para atacá-las”.

Logo, não se permitiria a interposição de recurso contra decisão interlocutória, pois, haveria necessidade de se recorrer em separado e, por conta disso, se suspenderia o andamento do processo - o que afrontaria a efetividade do processo.

Ocorre que a interpretação que hoje se faz do princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias não é no sentido de coibir o uso do agravo de instrumento, mas

sim, de se verificar a atribuição ou não de efeito suspensivo a este recurso, e “em casos excepcionais, é de conferir-se efeito suspensivo ao agravo, conforme autoriza o art. 558 do CPC, o que configura temperança ao princípio ora analisado” (NERY JUNIOR, 1990, p. 198).

2.6.3 A Fungibilidade Recursal Frente ao Agravo de Instrumento

A fungibilidade recursal, para Nery Junior (1990, p.171), “significa troca substituição”. Assim, aproveitando os termos utilizados por este processualista, não se verifica muita dificuldade em entender que no plano recursal a fungibilidade ocorre nos casos em que o juiz recebe um recurso incorreto no lugar daquele que seria adequado para impugnar o respectivo pronunciamento judicial.

No entanto, observa-se que ao contrário do Código de 1939, que previa expressamente o princípio da fungibilidade, o Código de Processo Civil de 1973 procura estabelecer um recurso adequado para cada decisão, o que de certa forma poderia levar a entender pela ausência do princípio da fungibilidade recursal.

Contudo, apesar de não estar expressamente previsto, o respectivo princípio ainda é aplicado nos casos em que existe dúvida objetiva no tocante a interposição do recurso adequado, como bem destaca Nery Júnior (1990, p. 171), da seguinte forma:

Mas os princípios são, normalmente, regras de ordem geral, que muitas vezes decorrem do próprio sistema jurídico e não necessitam estar previstos expressamente em normas legais, para que se lhes empreste validade e eficácia. Logo, mesmo à falta de regra expressa, pode-se entender, em tese, que a fungibilidade dos recursos não repugna ao sistema do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, que, como se verá, contém hipóteses capazes de gerar dúvida objetiva a respeito da adequação do recurso ao ato judicial recorrível

Assim, verifica-se que, apesar da fungibilidade recursal não constar expressamente no Código de 1973, ainda é aplicada para os casos em que surge dúvida objetiva acerca de qual o recurso adequado, que segundo Wambier e Medina (2011, p. 67), “pode se originar da imprecisão dos termos da lei, da divergência doutrinária quanto à natureza do pronunciamento e da circunstância de o juiz proferir um pronunciamento por outro”.

Como exemplo, é possível conferir julgado da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça que aplicou o princípio da fungibilidade recursal para receber como agravo regimental embargos de declaração opostos em julgamento de agravo de instrumento⁹.

Assim, vê-se que o princípio da fungibilidade recursal apesar de não estar expressamente previsto no Código de Processo Civil atual, ainda permeia o nosso sistema recursal. No que diz respeito ao agravo de instrumento, não poderia ser diferente, pois, vez ou outra, diante de um pronunciamento, surge dúvida acerca do recurso cabível de apelação ou agravo de instrumento.

Dessa maneira, é possível conferir em um caso julgado pela 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que houve a aplicação da fungibilidade recursal¹⁰.

O julgado apresentado faz referência à apelação interposta contra decisão que julgou improcedentes “embargos à execução” opostos ao cumprimento de sentença judicial. No caso, apesar de o meio jurídico adequado não ser os embargos, mas sim a impugnação ao cumprimento de sentença cuja decisão deve ser impugnada por agravo de instrumento, a respectiva Câmara, pelo princípio da instrumentalidade e fungibilidade, conheceu do recurso interposto, o que convém transcrever parte do Acórdão:

⁹ Ementa EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. CONFIABILIDADE E FÉ PÚBLICA DAS CERTIDÕES EMITIDAS PELOS SERVENTUÁRIOS PÚBLICOS. MULTA DO 475-J DO CPC. INCIDÊNCIA A PARTIR DA INTIMAÇÃO DO DEVEDOR POR NOTA DE EXPEDIENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Tendo em vista o nítido caráter infringente dos embargos de declaração e em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, recebo-os como agravo regimental.

2. Compete ao STJ o exercício do segundo juízo de admissibilidade dos recursos especiais que lhe são dirigidos, de forma que, ultrapassada essa fase com exame do mérito recursal, afigura-se descabida qualquer impugnação nesse aspecto.

3. As certidões e documentos emitidos pelos serventuários da justiça gozam da presunção de fé pública, assim, é perfeitamente possível ao julgador o exercício do juízo de retratação para correção de erro material, a partir das informações nelas contidas.

4. Nos termos da jurisprudência mais recente firmada no STJ, o prazo de quinze dias para incidência da multa do artigo 475-J do CPC inicia-se da intimação, por nota de expediente publicada no nome do advogado do devedor, para o cumprimento de sentença.

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento com aplicação de multa. (Processo EDcl no AgRg no Ag 1255781 / SP EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2009/0206083-2)

Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 15/05/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 18/05/2012).

¹⁰ **Ementa:** APELAÇÃO. Embargos à execução. Título Judicial. Aplicação, in casu, dos princípios da fungibilidade e instrumentalidade das formas Recebimento dos embargos como impugnação e conhecimento da apelação não obstante o recurso cabível fosse o Agravo de Instrumento Excesso de execução Inocorrência Embargos Rejeitados Decisão mantida Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do TJSP Recurso improvido. (**Apelação** nº 0118786-28.2008.8.26.0000 **Relator(a):** Egidio Giacoia **Comarca:** Jundiaí **Órgão julgador:** 3ª Câmara de Direito Privado **Data do julgamento:** 29/05/2012 **Data de registro:** 31/05/2012 **Outros números:** 5551614100)

Antes de mais nada, não obstante a autora tenha intitulado a presente demanda de embargos à execução, trata-se, na realidade, de impugnação ao cumprimento de sentença, disciplinada pelo artigo 475-I e seguintes do Código de Processo Civil.

Isto porque o título em execução refere-se a uma sentença homologatória de acordo judicial (artigo 475-N, inciso III).

Todavia, em atenção ao princípio da fungibilidade, possível o processamento dos presentes embargos como impugnação. E ainda em atenção ao princípio da fungibilidade e da instrumentalidade de formas, possível o conhecimento do presente recurso de apelação, não obstante o recurso cabível ser o agravo de instrumento, nos termos do artigo 475 - M, § 3º do Código de Processo Civil. [GRIFO NOSSO].

Assim, diante de determinados pronunciamentos judiciais ainda podem surgir dúvidas acerca de qual recurso deva ser interposto, contudo, existem situações em que a parte deve agir com prudência, pois, a fungibilidade remanesce somente diante da dúvida objetiva.

Nesse sentido, verifica-se o julgamento proferido pela 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, a qual não conheceu de recurso de apelação interposto contra decisão que indeferiu liminarmente a reconvenção, tendo em vista ser esta decisão impugnada por meio de agravo de instrumento¹¹.

Dessa forma, verifica-se que, ressalvados os casos de erro grosseiro e má fé, a fungibilidade pode ser aplicada nos casos em que existindo dúvida objetiva, venha o recorrente interpor apelação, quando o correto seria o agravo de instrumento ou interpor o agravo nos casos em que caberia apelação, isto para que seja atendido o princípio do acesso à justiça.

2.6.4 A Unirrecorribilidade Recursal frente ao Agravo de Instrumento

A unirrecorribilidade ou singularidade indica que para cada pronunciamento judicial existe um meio de impugnação adequado, o que já deduz que o nosso sistema recursal impede que a parte venha a interpor de forma simultânea ou cumulativa mais de um recurso contra a mesma decisão (WAMBIER; MEDINA, 2011).

¹¹ **Ementa:** Reintegração de posse. Reconvenção. Indeferimento. Art. 267, inciso VI, do CPC. Apelação. Inadequação da via recursal eleita. **O recurso cabível contra a decisão que indefere liminarmente pedido reconvenicional é o agravo de instrumento. Decisão de natureza interlocutória.** Precedentes desta Eg. Corte. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade. Recurso não conhecido. (Apelação 0000650-98.2011.8.26.0604 Relator(a): Mauro Conti Machado Comarca: Sumaré Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 02/04/2012 Data de registro: 08/05/2012 Outros números: 6509820118260604. [GRIFO NOSSO].

Para Nery Júnior (1990, p. 158), “a subsistência desse princípio no direito vigente decorre da interpretação sistemática que se faz do art. 496, que enumera os recursos admissíveis pelo código, e da correlação que deve existir entre o art. 162 e os arts. 504, 513 e 522”.

Exceção a este princípio, vê-se no artigo 498 do Código de Processo Civil que disciplina a interposição simultânea do recurso extraordinário e especial, nos casos em que o acórdão contrariar norma constitucional e lei federal (FRANZÉ, 2011).

No que diz respeito ao agravo de instrumento, conforme exposto por Nery Júnior, basta o recorrente realizar uma interpretação sistemática e não haverá dificuldade, pois, o agravo é o meio adequado para impugnar as decisões interlocutórias, segundo se depreende da leitura dos artigos 162 § 2º e 522 do Código de Processo Civil.

Contudo, importante verificar, com base no princípio da unirrecorribilidade, o que vem ocorrendo na prática em situações nas quais o juiz, ao proferir sentença cujo recurso cabível é a apelação, concede ou revoga antecipação de tutela que a princípio é impugnável mediante agravo de instrumento.

Ao julgar um recurso de agravo de instrumento, a 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu, nos casos em que a antecipação de tutela é concedida no bojo da sentença, que o recurso cabível pelo princípio da unirrecorribilidade é a apelação.¹²

No entanto, a 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo conheceu o agravo de instrumento em caso no qual o juiz, ao proferir sentença, revogou a tutela antecipada, pois, segundo entendimento vertido no acórdão, a revogação da tutela antecipada poderia causar danos irreparáveis e de difícil reparação à agravante, uma vez que seu nome voltaria a ser incluído no cadastro de inadimplentes¹³.

¹² **Ementa:** Agravo de instrumento. Sentença que julgou procedente a ação original e, na mesma oportunidade, concedeu tutela antecipada Inadequação da via eleita. Recurso definido pela natureza da decisão impugnada Princípio da unirrecorribilidade. Cabível apelação. Recurso não conhecido. (Agravo de Instrumento 0102149-60.2012.8.26.0000 Relator(a): Leme de Campos Comarca: Auriflama Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 04/06/2012 Data de registro: 05/06/2012 Outros números: 1021496020128260000). [GRIFO NOSSO].

¹³ **Ementa:** TUTELA ANTECIPADA REVOGADA EM SEDE DE SENTENÇA. CABÍVEL CONHECIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO DA PARTE EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DA VEROSSIMILHANÇA E EXISTÊNCIA DE FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. **Para se evitar maiores danos à parte, já que o efeito suspensivo da apelação não atinge a tutela antecipada revogada, perfeitamente possível o conhecimento de agravo de instrumento contra sentença que a revogou, até em respeito ao princípio da fungibilidade com fito de evitar maiores prejuízos.** Conhecimento que não exclui a necessidade de se analisar a questão da verossimilhança do alegado, bem como a existência de fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação. Agravante que não preencheu a contento tais requisitos. Recurso não provido. (Relator(a): Melo Colombi

Assim, é certo que pelo princípio da unirrecorribilidade, para cada decisão proferida há um recurso adequado, contudo, verifica-se que em determinadas situações, apesar de o recurso cabível ser outro (apelação), vê-se a possibilidade de interpor o agravo de instrumento no caso de urgência, em razão do princípio do acesso à justiça.

CAPÍTULO 3 – O AGRAVO DE INSTRUMENTO FRENTE O ACESSO À JUSTIÇA

3.1 Histórico sobre o Recurso de Agravo de Instrumento no Processo Civil

Antes de tratar acerca do recurso de agravo de instrumento procurando demonstrar como este meio de impugnação é importante para que a tutela jurisdicional a ser prestada seja a mais justa possível, convém estabelecer onde surgiu este recurso e sua importância para o processo civil atual. Assim, como ponto de partida, busca-se no direito romano o germe do processo civil, analisando também o direito português.

Para Tutti (1996, p. 39):

Costuma-se, como é curial, delimitar três grandes períodos do processo civil romano: o das *legis actiones*, o *per formulas* e o da *extraordinária cognitio*. O primeiro, em vigor desde os tempos da fundação de Roma (754 a.C.) até os fins da república; o segundo, constituindo como o anterior, o *ordo iudiciorum privatorum*, teria sido introduzido pela *Lex Aebutia* (149-126 a.C.) e oficializado definitivamente pela *Lex Julia privatorum* do ano 17 a.C., aplicado, já de modo esporádico, até a época do imperador Diocleciano (285-305 d.C); e o derradeiro, da *cognitio extra ordinem* instituído com o advento do principado (27 a.C) e vigente, com profundas modificações, até os últimos dias do império romano do Ocidente.

No direito romano, indicam os autores que a decisão final denominava-se *sententia* e as proferidas no curso do processo *interlocutiones*. A *sententia* era recorrível por meio do recurso de Apelação, ao passo que as decisões chamadas de *interlocutiones* consideravam-se irrecorríveis (NORONHA, 1978).

Em princípio, o processo era eminentemente oral, contudo, devido à expansão do império, tornou-se necessário que os magistrados estivessem situados por todo o território italiano e, dessa forma, a fim de que houvesse uma unidade ou identidade nas decisões, foram elaboradas fórmulas destinadas a resolver os conflitos entre os que não eram cidadãos romanos. A este sistema deu-se o nome de sistema formulário, que em razão de ser mais prática sua aplicação, após algum tempo, passou a ser aplicado inclusive aos casos envolvendo os cidadãos romanos (NORONHA, 1978).

Ocorre que, devido à grande abrangência do império romano, começaram a surgir questões que não estavam diretamente ligadas ao direito civil, mas que tinham que ser

resolvidas, e por conta disso, surge o período da *extraordinária cognitio*, que eram destinadas a solucionar questões de ordem administrativa.

Ao mencionar respectivo período, Wambier (2000, p.24-25) esclarece que:

O império Romano agigantou-se e, com isso, inaugurou-se o período da *extraordinária cognitio*. Em princípio, foi criado para resolver questões administrativas, que passaram a surgir com alguma frequência em virtude do porte que haviam assumido os domínios do império. Estas questões para que ficasse assegurado o domínio político, precisavam submeter-se a um controle mais rígido e mais rápido.

Porém, em virtude de ser um meio mais rígido e mais rápido de solução dos conflitos, a *extraordinária cognitio* passou a ser também aplicada no direito civil, todavia, em razão deste sistema ser mais rápido, não se permitiam recursos contra as decisões no curso do processo denominadas de *interlocutiones*.

Convém dizer, também, que no direito romano algumas decisões finais, nos casos em que eram proferidas por pessoas cuja hierarquia sobrepunha àqueles que exerciam a atividade judiciária de primeiro grau, não cabiam recurso e, para sanar esta impossibilidade de se recorrer das referidas decisões, foram criadas as *supplicationes*, meio pelo qual a parte buscava a reapreciação da causa (NORONHA, 1978).

3.1.1 O Agravo de Instrumento no Direito Português

No direito português, por volta do século XIII, vigoravam duas espécies de sentença, sendo a sentença definitiva e a interlocutória, entretanto o recurso cabível de ambas as decisões era o de apelação, sendo que a sentença interlocutória era apelável nos casos em que se decretasse o fim do processo ou causasse à parte dano irreparável.

Semelhante ao que ocorreu no direito romano contra as sentenças proferidas por juiz de hierarquia superior, estabeleceu-se o recurso de *sopricação*¹⁴, que destinava-se a provocar a autoridade superior a reexaminar a sentença proferida sem, contudo, caracterizar desrespeito ao que fora decidido.

Posteriormente, o recurso de *suplicação* denominou-se agravo ordinário, sem guardar qualquer semelhança com o recurso de agravo hoje disciplinado, mas assemelhava-se à

¹⁴ Wambier (2000) explica que justamente para atenuar a rigidez desta providência de ordem formal, foram-se criando expedientes que, sem afrontar a autoridade que proferia a decisão, pondo em dúvida a justiça do julgado, a parte apenas suplicava, implorava à mesma autoridade prolatora da sentença, que reexaminasse a causa, abrandando os efeitos do decidido.

apelação, todavia, apesar de guardar alguma semelhança com a apelação, o agravo ordinário em alguns pontos se diferenciava, conforme os ensinamentos de Garcez (1914, p. 01) apud Wambier (2000, p. 31):

1 – O agravo ordinário era de direito restrito e a apelação não o era; 2 – A apelação devolvia ao juízo superior o conhecimento inteiro da causa e aproveitava mesmo a quem não apelasse, enquanto no agravo ordinário o juiz só podia dar provimento ao objeto do agravo; 3 – O agravo ordinário apenas se distinguia da apelação em que: 1, o agravo era de direito restrito, não assim a apelação; 2 a apelação devolvia ao juízo superior o conhecimento inteiro da causa e aproveitava mesmo à parte que não tivesse appellado; no agravo ordinário o juiz só podia prover ao agravante e no objecto do agravo; 3 o apelante podia aproveitar do benefício da restituição na hypothese da Ord. 3, 68 parágrafo 6, no agravo ordinário, só em favor dos menores se dava a restituição”.

Este recurso permaneceu no sistema recursal português até 1832, ocasião em que, por meio do decreto de número 24, foi retirado em razão do uso imoderado da apelação contra as sentenças interlocutórias. A proibição do uso deste recurso, ocorreu mediante édito de Dom Afonso IV.

Noronha (1978, p.15), fazendo menção a esta fase, ensina que:

A proliferação do recurso de apelação e sua extensão a todas as decisões proferidas no processo vieram causar graves prejuízos à marcha do juízo, devido às chicanas e expedientes protelatórios opostos ao procedimento, principalmente após a lei de D. Diniz, editada em 19 de março de 1317, que visava impedir que a classe nobre infundisse temor às partes no seu legítimo exercício do direito de recurso.

Permaneceu então o recurso de apelação que, inclusive, era utilizado contra as sentenças interlocutórias, contudo, novamente houve certa modificação no sistema de recursos, proibindo-se o uso da apelação contra as sentenças denominadas de interlocutórias, salvas algumas exceções.

As sentenças interlocutórias desde então só poderiam ser revistas se a parte demonstrasse que a decisão geraria risco de dano irreparável, o que levou a deixar sem recurso várias decisões, e por conta disso, devido à proibição de se apelar das sentenças interlocutórias, surge no direito lusitano as querimas ou querimônias.

Para Carneiro (1996, p.12),

Assistia, no entanto, ao juiz, a seu critério, a faculdade de revogar a decisão interlocutória; mas, se não a quisesse revogar, o remédio que então surgiu

aos litigantes inconformados foi ir queixar-se a El Rey, usando das velhas práticas das querimas ou querimonias, e para tanto remetendo ao rei suas súplicas acompanhadas de instrumento escrito, o estormento ou a Carta testemunhável.

As querimas ou querimônias¹⁵ eram queixas e reclamações por meio das quais se recorriam ao Príncipe que, após analisá-las, lhes dava provimento cujo documento denominava-se carta de justiça. Foram criadas diante da necessidade de se insurgir contra decisões muitas vezes injustas, as quais as partes estavam impedidas de recorrer por conta do decreto que havia sido promulgado (NORONHA, 1978).

Também, pode-se dizer que em razão do recurso das decisões interlocutórias estar adstrito aos casos em que poderia gerar dano de difícil reparação, fazia com que muitas decisões injustas tornavam-se imutáveis, produzindo, já naquela época, grande insatisfação social.

Por esta razão, houve o surgimento das querimas ou querimônias, meio pelo qual se buscava a modificação de decisões que, muitas vezes, a parte não teria condições de demonstrar de imediato ter dano irreparável, mas este poderia ocorrer futuramente por conta da impossibilidade de se recorrer de imediato contra a sentença interlocutória (NORONHA, 1978).

Acontece que as queixas eram levadas ao Rei por simples petição, desacompanhadas de qualquer documento, e após analisá-las, determinava que a decisão fosse modificada se o fato tivesse ocorrido como descrito na petição, no entanto, esta sistemática fez com que surgissem inúmeras fraudes, pois, muitas queixas passaram a ter conteúdos inverídicos, situação esta que não poderia permanecer.

Dessa forma, para evitar os abusos que vinham sendo cometidos, foi estabelecido que as queixas deveriam ter a intervenção de um oficial público, cuja a função era a de copiar as peças processuais, numerá-las, autenticá-las, e após, encaminhá-las ao magistrado superior (WAMBIER, 2000).

¹⁵ Para Wambier (2000), tratavam-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 estas 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 Juizes 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.

A finalidade da intervenção de um oficial era para que não fossem alteradas, o que havia efetivamente ocorrido no processo e nos casos em que o escrivão formava as peças e nelas apunhava seu sinal, recebendo o nome de cartas testemunháveis. Sendo formadas por tabelião, denominavam-se estormentos públicos.

Observa-se, então, nas querimas, o surgimento do recurso de agravo de instrumento, pois, a forma com a qual passaram a ser disciplinadas para serem levadas ao conhecimento do magistrado superior, sendo acompanhadas de cópias tiradas pelo oficial público, não deixa dúvidas de que é o marco inicial do recurso de agravo de instrumento.

Para Noronha (1978, p.18),

Nas *querimas* parece residir o embrião dos agravos, segundo a mais autorizada doutrina. No entanto, os *Estormentos d'agravo* e as cartas *Testemunhavees*, que as informavam e instruía para o julgamento superior, ainda não configuravam o recurso de agravo, que só adquiriu caracteres definidos com as Ordenações Manoelinas, segundo Moacir Lobo da Costa

Avançando um pouco mais, porém ainda no direito lusitano, havia nas Ordenações Manuelinas três tipos de sentenças, quais sejam, a sentença interlocutória, as interlocutórias mistas e as definitivas, sendo que contra as sentenças interlocutórias, cabia o agravo na forma de instrumento ou de petição. Cabia este ou aquele conforme critério territorial que era o da distância entre juízos *a quo* e *ad quem* (WAMBIER, 2000).

Ainda, segundo a autora, sendo de menos de cinco léguas, o agravo seria de petição; se maior a distância, seria de instrumento. Nas Ordenações Manuelinas surge, também, o agravo nos autos cuja finalidade era a de impugnar a decisão do juiz nos casos em que não era recebido o recurso de apelação.

Já o agravo de petição era utilizado nos casos em que a distância entre juízos eram curtas, não havendo a necessidade de formação de instrumento - procedimento usado nas cartas testemunháveis ou nos estormentos públicos.

Nas Ordenações Filipinas, por meio do decreto 24, de 1832, restringiu-se o uso de recursos contra sentenças interlocutórias ao agravo no auto do processo, deixando de lado os agravos de instrumento de petição e o ordinário.

Contudo, o agravo de petição foi novamente introduzido nas Ordenações, que por meio da Carta de Lei de 1874, poderia ser interposto contra despachos interlocutórios com força definitiva e, em 1876, passou a vigor o primeiro Código de Processo Civil português, o qual reunia os recursos descritos, abaixo, segundo Wambier (2000, p.39):

Os embargos, a apelação, os agravos de petição, no auto do processo e a carta testemunhável eram os recursos interponíveis na primeira instância, sendo os três últimos destinados à vulneração de decisões que não versassem sobre o mérito da causa. Foi abolido o agravo de instrumento, mas parece que só nominalmente, pois havia casos em que o agravo de petição não subia com os autos, nem suspendia o processo, ou seja, na verdade, não era agravo de petição

Logo, observa-se que o recurso de agravo de instrumento, desde sua origem, que segundo nos relata a doutrina, surgiu a partir das querimas e sempre esteve presente na sistemática recursal, isto, desde os romanos até o direito lusitano, indicando a importância deste recurso para o ordenamento jurídico, como meio de corrigir erros nas decisões proferidas.

No entanto, conforme mencionado no item 2.2.2.2, o sistema recursal português sofreu alteração por meio da Lei 6/2007, pela qual introduziu nova disciplina, estabelecendo que tanto das decisões interlocutórias como para as decisões que colocam fim ao processo, o recurso utilizado agora é o de apelação. E, muito embora a figura do agravo tenha sido retirada, o sistema português não deixou de conceder um meio de impugnação da interlocutória.

3.1.2 O Agravo de Instrumento no Direito Processual Brasileiro

No Brasil, em 1823, o primeiro sistema de direito positivo introduzido, a fim de regular as relações sociais, foram as Ordenações Filipinas e, a partir de 1832, passou a vigor o Código de Processo Criminal do Império, trazendo em seu bojo uma parte que, segundo constava, disciplinava provisoriamente a administração da justiça civil.

Neste diploma legal foram tratados os agravos de petição e de instrumento que passaram a ser nominados de agravo no auto do processo, porém, um pouco mais tarde, em 1841, foram os agravos de petição e de instrumento restabelecidos. Martins (2000, p. 01) ensina que:

Com a crítica dos litigantes à falta de recursos contra as decisões interlocutórias contendo dano irreparável, e o longo espaço de tempo para obter-se julgamento dos gravames recorridos no auto do processo, restabeleceu-se, com a Lei de 03.12.1841, os recursos suprimidos. O regulamento n 737, de 1850, aboliu o agravo no auto do processo, e o Decreto n 763 de 19.11.1890, estendeu ao Juízo Cível os agravos de instrumento e de petição.

Por meio de determinação do governo imperial, as leis processuais foram reunidas, mantendo-se os agravos de instrumento, de petição e no auto do processo, passando desde então a regular o processo civil.

Até a proclamação da república, houve um aumento considerável nas hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, mesmo após a promulgação da primeira constituição republicana de 1891, sendo que, posteriormente, com a criação em cada Estado de seu código de processo, foi mantida a figura do recurso de agravo de instrumento. Contudo, em razão da necessidade de se estabelecer um sistema processual único para todo o país, em 1939, entrou em vigor o Código de Processo Civil.

3.1.3 O Agravo no Código de Processo Civil de 1939

Esse diploma processual disciplinava as modalidades de recursos de agravo no artigo 841, sendo eles o agravo de instrumento, de petição, ou no auto do processo. O agravo de petição era interposto nos casos em que a sentença proferida não tivesse analisado o mérito da lide, ou seja, era cabível somente para insurgir-se contra sentenças terminativas.

Nesse sistema, poucas decisões interlocutórias eram possíveis combater, sendo que nesses casos, utilizava-se ou do agravo de instrumento ou do agravo no auto do processo. No tocante a este recurso, Wambier (2000, p.50) descreve que:

O agravo de petição, no sistema do Código de Processo Civil revogado, era o recurso cabível de decisão “anormal”, ou seja, que pressupunha o término do procedimento sem decisão de mérito. Obter uma decisão de mérito é a ratio essendi do processo, e o tem sido em todas as legislações.

Assim, para as sentenças terminativas, utilizava-se o recurso de agravo de petição; já a apelação utilizava-se contra as sentenças que analisassem o mérito. Neste ponto, em relação ao recurso de apelação, não se vislumbra qualquer diferença entre o Código de 1939 e o de 1973, mas como já delineado, muitas decisões interlocutórias eram irrecorríveis.

[...] grosso modo, no regime anterior, cabia apelação de todas as sentenças que definissem o mérito da causa, ou seja, das sentenças definitivas. Cabia o recurso de agravo de petição das sentenças que não resolvessem a lide e, finalmente, irrecorríveis eram muitas interlocutórias, e se ressalvavam alguns casos em que delas cabia ou agravo de instrumento, ou agravo no auto do processo (WAMBIER, 2000. p. 50).

Apesar do Código de 1939 disciplinar três espécies de agravo, importante resgatar como era a sistemática do agravo de instrumento e em quais hipóteses se permitia sua interposição, para só depois, tratar do agravo no Código atual.

Verifica-se que no sistema do Código de Processo Civil, de 1939, o agravo de instrumento era interposto contra as decisões interlocutórias, contudo, as hipóteses em que se poderia utilizá-lo estavam previamente estabelecidas no artigo 842, indicando 17 (dezesete) circunstâncias possíveis do uso do presente recurso.

O prazo para sua interposição era de cinco dias, sendo que as peças eram transferidas dos autos, indicando às partes as essenciais e as peças facultativas para formação do instrumento, sendo que caberia ao respectivo cartório providenciar as cópias das peças.

Após, providenciava-se a intimação do agravado que, ao apresentar a contra minuta viesse a anexar algum documento, cujo teor o agravante não tivesse conhecimento, era permitido sua manifestação. Apresentadas a minuta e contraminuta, os autos eram conclusos ao juiz que teria a oportunidade para se retratar da decisão, e, somente após todo este procedimento, os autos eram encaminhados ao Tribunal.

Wambier (2000, p. 64) descreve que:

Mantida a decisão, deveriam subir os autos à superior instância, na forma do § 6º do art. 845. Se, todavia, fosse a decisão reformada, e invertidas as posições, para aquele que era agravado (recorrido) caberia o direito de solicitar a subida do instrumento (§ 7º do art. 845), desde que, em virtude de reforma da decisão, sofresse prejuízo e desde que coubesse também o recurso de agravo de instrumento da nova decisão proferida

Conforme análise acima se verificou que se houvesse retratação da decisão proferida resultando em prejuízo à parte agravada, esta poderia ainda requerer que o recurso fosse encaminhado ao tribunal para análise, sendo esta a sistemática do recurso de agravo de instrumento disciplinada no Código de Processo Civil de 1939, posteriormente alterada com a entrada em vigor do CPC de 1973.

3.1.4 O Agravo de Instrumento no Código de 1973

Ao contrário do Código anterior, que estabelecia as hipóteses nas quais era permitido o uso do agravo de instrumento, restringindo sua interposição a situações previamente determinadas, implementou o legislador, no Código de 1973, a ampla recorribilidade das interlocutórias, tendo em vista a necessidade deste recurso poder abranger a gama de

situações que passaram a clamar por uma decisão no curso do processo, as quais o Código revogado já não se prestava amparar.

Dessa forma, o Código de Processo Civil atual, que entrou em vigor em primeiro de janeiro de 1974, trouxe importantíssimo avanço no que diz respeito à disciplina do recurso de agravo de instrumento. Verifica-se a justificativa na mudança do regime do agravo de instrumento na própria exposição de motivos do Código de 1973, que em seu item 31, o legislador com muita precisão diz o seguinte:

31 – Convém, ainda, tecer alguns comentários sobre a nomenclatura do Código vigente.

Os recursos de agravo de instrumento e no auto do processo (arts. 842 e 851) se fundam num critério meramente casuístico, que não exaure a totalidade dos casos que se apresentam na vida cotidiana dos tribunais. Daí a razão por que o dinamismo da vida judiciária teve de suprir as lacunas da ordem jurídica positiva, concedendo dois sucedâneos de recurso, a saber, a correção parcial e o mandado de segurança.

A experiência demonstrou que esses dois remédios foram úteis corrigindo injustiças ou ilegalidades flagrantes, mas representavam uma grave deformação no sistema, pelo uso de expedientes estranhos ao quadro de recursos.

O legislador, no Código de 1973, conforme apontado acabou por introduzir nova disciplina no regime do agravo de instrumento, tendo em vista que a evolução das questões que eram trazidas ao judiciário, já não se enquadrava naquelas dezessete hipóteses elencadas pelo Código de 1939.

Começaram a surgir questões que clamavam por um meio recursal voltado a reparar determinada decisão revestida de ilegalidade ou injustiça, e que não encontrava amparo no rol do artigo 842 do estatuto processual então vigente.

Mesmo porque em razão da impossibilidade trazida pelo CPC de 1939 de se recorrer de determinada decisão proferida no curso do processo, o jurisdicionado passou a fazer uso do mandado de segurança, e apesar deste meio alternativo de se buscar no Tribunal a reforma da respectiva decisão, não se coadunava com a correta solução, haja vista ser estranha ao sistema recursal.

Destarte, o legislador, atento ao progresso social e em como isto poderia influenciar no processo, implementou, inicialmente, no Código de Processo Civil de 1973, o regime de se recorrer de toda a decisão interlocutória.

Para Wambier (2000, p.94),

O agravo no sistema vigente cabe de toda e qualquer decisão interlocutória proferida em processo de conhecimento, processo de execução, processo cautelar, rito ordinário ou sumário e em procedimentos especiais, previstos ou pelo próprio CPC ou legislação extravagante (salvo se houver disposição legal expressa em sentido contrário), bem como contra despachos proferidos erradamente, capazes, por isso de gerar prejuízos, sejam estes despachos proferidos pelo serventuário da justiça e confirmados pelo juiz, ou proferidos originariamente pelo Magistrado. Fernando Luso Soares, em expressão interessante, diz que o agravo está como que 'oculto' a cada momento do Código.

Observa-se, então, que num primeiro momento, o legislador estabeleceu o recurso de agravo de instrumento como forma de se recorrer de toda e qualquer decisão interlocutória, posto que não havia possibilidade de se prever qual decisão poderia gerar à parte situação que clamasse por uma reforma.

3.2 As Alterações no Agravo de Instrumento Introduzidas pela Lei 9.139/95

Na redação original do Código de 1973, o legislador havia estabelecido a ampla recorribilidade das decisões interlocutórias, no entanto, o processamento do agravo era por demais moroso.

O procedimento verificado à época determinava que caso a parte tivesse interesse em recorrer da respectiva decisão interlocutória deveria em cinco dias interpor o agravo de instrumento sendo que a petição era protocolada em primeira instância a fim de que fosse deferida a formação do instrumento, e se assim o fosse, o agravado era intimado a indicar as peças também no prazo de cinco dias que iriam formar o instrumento (FRANZÉ, 2011).

O escrivão era quem procedia a extração e conferência das cópias indicadas pelas partes, sendo que para tanto lhe era conferido um prazo de quinze dias e após a conclusão da formação do instrumento o agravado era intimado a apresentar sua resposta ao agravo e caso apresentasse documento novo deveria o juiz conceder novo prazo ao agravante a fim de se manifestar nos autos do agravo (WAMBIER, 1996).

Concluída esta fase, os autos eram submetidos ao juiz para que eventualmente pudesse retratar-se da decisão proferida, e, caso não houvesse retratação, após dez dias, o escrivão encaminhava os autos ao tribunal, no entanto, este procedimento anterior, que era conferido ao agravo de instrumento, conforme dito anteriormente, não se compatibilizava com a finalidade do recurso que era a reforma o quanto antes possível de determinada decisão.

Ciente disso, o legislador por meio da Lei 9.139/95, acertadamente modificou a sistemática do agravo de instrumento, introduzindo nova disciplina acerca de seu procedimento, e a partir de então, este recurso passou a ser interposto diretamente no tribunal, formado a partir das peças obrigatórias e de outras em que a própria parte entende ser imprescindível ao julgamento do recurso denominadas de peças facultativas.

Essa modificação trouxe importante celeridade ao recurso ora em estudo, tendo em vista que em certos casos algumas decisões em que poderiam causar lesão grave e de difícil reparação à parte, passaram a ser conhecidas e julgadas pelo órgão *ad quem* antes que seus efeitos pudessem ser verificados no processo.

Franzé (2009, p.191), em comentário acerca da nova redação introduzida pela Lei 9.139/95, aduz que:

Com a nova redação trazida pela Lei 9.139/95, proferida a decisão hostilizada, o agravo de instrumento será interposto diretamente no tribunal (CPC, art. 524), no prazo de dez dias (CPC, art.522, juntamente com as peças necessárias (CPC, art. 525) e preparo (art. 511). Isso significa que o atual rito do agravo de instrumento implicou na irrefutável diminuição no lapso temporal, se considerarmos o procedimento global do agravo (formação, processamento e julgamento).

Desta forma, não restam dúvidas que em razão da modificação introduzida no Código de Processo Civil acerca do procedimento do agravo de instrumento, houve maior celeridade no processamento deste recurso.

Observa-se, também, que a referida alteração no procedimento do recurso de agravo de instrumento introduzida Lei 9.139/95 foi levada a efeito devido a nova fase pela qual o processo civil estava e está inserido que é a fase instrumentalista, pois, quanto mais célere for o processamento e o julgamento do recurso estará a jurisdição por meio do processo cumprindo seu papel de pacificar com justiça.

Importante indicar que outro fator que veio a dar celeridade ao processo foi a de que a partir de então o agravo de instrumento passou a ser interposto diretamente no tribunal sendo que esta mudança em sua sistemática fez com que se desafogasse o trabalho dos cartórios em primeira instância.

A este respeito Dinamarco (1997, p. 180) faz a seguinte consideração:

O tempo dirá a última palavra sobre as excelências ou mazelas da inovação, mas, de minha parte, vejo com bastante otimismo o novo sistema, porque como estava não poderia continuar e quem não ousa inovar não se aperfeiçoa. Como está dito na justificativa do projeto, e aliás é notório,

mesmo sem ter efeito suspensivo a interposição de agravos e mais agravos perante o juízo *a quo* sempre foi fator de retardamento dos processos. Além disso, a nova lei não traz somente essa inovação e o saldo de todas as disposições nela contidas é significativamente positivo.

Ou seja, não restam dúvidas que na ocasião a alteração legislativa no regime do agravo de instrumento contribuiu para um descongestionamento no andamento dos processos, tornado este recurso mais eficaz no sentido de se obter o mais rápido possível a reforma de determinada decisão.

3.3 As Alterações no Agravo de Instrumento Introduzidas pelas Leis 10.352/01 e 11.187/05 e a Opção de Escolha entre os Agravos de Instrumento ou Retido

Verificamos que a alteração introduzida no Código de Processo Civil por meio da Lei 9.139/95, veio a implementar maior celeridade no que diz respeito ao processamento do recurso de agravo de instrumento, contudo antes de sua vigência ao fazer a leitura do então artigo 522 notava-se que este dispositivo legal disciplinava as espécies de agravo, mas sem mencionar a quem caberia a escolha, pois assim era sua redação:

Art.522. Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, das decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento.

§ 1º Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação; reputar-se-á renunciado o agravo se a parte não pedir expressamente, nas razões ou nas contra-razões da apelação, sua apreciação pelo tribunal

No entanto, após a Lei 9.139/95 o entendimento foi o de que a liberdade de escolha era do agravante onde podemos conferir esta afirmação com o entendimento de Wambier (1996, p. 258) que expressou o seguinte:

Acreditamos, entretanto, que embora possa ser, sob certo aspecto, desaconselhável a interposição de agravo de instrumento das decisões proferidas nos processos de liquidação de sentença por arbitramento, já que a liquidação por cálculo deixou de existir (Lei 8.898, de 29 de junho de 1994), a parte tem o direito de optar entre os dois regimes. A parte só fica, por assim dizer, “privada” da possibilidade de optar, quando a escolha de um dos regimes não pode ocorrer por falta de interesse, salvo a exceção legal.

Observa-se então que o agravante poderia optar pela forma de agravo, no entanto esta liberdade de escolha foi reduzida de forma significativa, uma vez que o legislador procurou modificar a disciplina no regime do agravo de instrumento, modificações estas introduzidas pelas Leis 10.352/01 e 11.187/05.

A lei 10.352/01 ao ser introduzida, estabeleceu nova redação ao inciso II do artigo 527 do CPC, que na ocasião passou a ter a seguinte redação:

Art. 527 – Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído incontinenti, o relator:

[...]

II – poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente.

Com a nova redação do artigo 527 do Código de Processo Civil, já se observava que não havia mais a opção pela escolha sobre a utilização do agravo, pois, o legislador ao conceder tal poder ao relator no sentido de converter o agravo de instrumento em agravo retido, sinalizou que o agravo de instrumento somente poderia ser usado mediante situações que clamassem por tutela de urgência, e que o agravo retido deveria ser usado como regra.

Confirmando a nova sistemática do regime de agravo determinando afinal a restrição quanto ao uso do agravo de instrumento, o legislador por meio da Lei 11.187/05 trouxe nova alteração na redação do artigo 527 cujo teor passou a ser o seguinte:

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.

Outra alteração que foi levada a efeito pela Lei 11.185/05, foi a do caput do art. 522 do Código de Processo Civil cujo teor passou a ser o seguinte:

Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na 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 de apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

Assim, também pela nova redação do artigo 522, observa-se que a parte já não pode mais optar por utilizar o agravo na forma de instrumento para combater uma decisão interlocutória, antes sim, deve observar se esta decisão clama por urgência, pois, caso contrário lhe restará a forma retida.

Importante que a justificativa para a alteração foi que, segundo o legislador havia um excessivo número de agravos na forma de instrumento que acabavam sendo interpostos levando os tribunais a deixar de julgar os demais recursos de agravos que clamavam por urgência, causando entraves na prestação da tutela jurisdicional.

Em razão disso foi realizada a alteração no regime do agravo, pois, agora caso a parte diante de uma decisão interlocutória pretenda manusear o recuso de agravo na forma de instrumento, deve demonstrar a respectiva decisão pode lhe trazer lesão grave ou de difícil reparação ou então que o recurso é interposto contra decisão que não recebe apelação e relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.

Moreira (2006, p. 146) faz as seguintes observações acerca do novo regime do agravo:

Pode o agravo observar dois regimes diversos, entre os quais, em regra, antes da Lei n 11.187, tocava ao agravante optar. Um era, até o advento da Lei n 9.139, o tradicionalmente aplicável a esta figura recursal – que lhe deve, aliás a multissecular denominação de ‘agravo de instrumento’, mantida pela Lei n 9.139 nos arts. 524 a 527 (este, como se verá, alterado em parte pela Lei n 11.187) – e tinha como principais características: interposição perante o órgão *a quo*, subida ao órgão *ad quem* mediante formação de autos apartados (instrumento do agravo), com as peças necessárias, facultada antes ao próprio órgão *a quo* a reconsideração de seu pronunciamento (juízo de retratação). Tal regime foi muito modificado, a começar pela interposição, que passou a fazer-se diretamente no tribunal competente para o julgamento [...]. Consoante a nova redação dada ao art. 522 pela Lei n 11.187, o cabimento desta modalidade de agravo ficou restrito aos casos de ‘decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação’, aos de ‘inadmissão de apelação’ e aos ‘relativos aos efeitos em que a apelação é recebida’.

Desta forma, no tocante as possibilidades de interposição do agravo na forma de instrumento, verifica-se que a atual redação dos artigos 527 inciso II e *caput* do artigo 522 ambos do Código de Processo Civil, passou a indicar à parte que o agravo de instrumento só será conhecido caso o relator verifique situação que cause lesão grave ou de difícil reparação ou em relação ao recebimento ou não da apelação e seus efeitos.

Acerca deste poder do relator Franzé (2011, p. 204) faz as seguinte observação:

De fato, essa ampliação dos poderes do relator, que passa a ter o poder/dever de converter o agravo de instrumento em retido, quando inexistir a necessidade de tutela de urgência foi bem vinda ao ordenamento, pois, se aplicada adequadamente, ajudará a reduzir a elevada quantidade de recursos desnecessários que atravancam os tribunais, outorgando maior efetividade a entrega da tutela jurisdicional.

Assim, apesar de o agravo na forma de instrumento a partir da reforma, deixar de ser uma opção da parte que pretende utilizar esta modalidade do recurso, verificamos que o controle realizado no tribunal pelo relator acaba refletindo em celeridade, pois, a corte agora se atém apenas aos agravos de instrumento em que clamam por tutela de urgência.

3.3.1 O Agravo Retido como Regra

Como analisado acima, o atual Código de Processo Civil, antes da alteração introduzida pelas Leis 10.352/01 e 11.187/2005, disciplinava os agravos de forma a deixar como opção qual dos regimes a parte poderia utilizar-se para reformar a decisão interlocutória proferida.

Verifica-se o regime de opção deixado pelo legislador, tendo em vista que muitas decisões interlocutórias, apesar de naquele momento em que foram proferidas não refletirem risco de lesão grave ou de difícil reparação, poderiam influenciar diretamente no julgamento da lide.

Assim, a parte ao analisar que a decisão proferida naquele momento processual deveria ser modificada imediatamente e não poderia aguardar todo o deslinde da demanda para só então em eventual recurso de apelação requerer que o tribunal analisasse o inconformismo retido nos autos, utilizava do agravo na forma de instrumento.

Contudo, podemos fazer a seguinte indagação; a modificação introduzida no artigo 522 do Código de Processo Civil por meio da Lei 11.187/2005 implementando em sua redação que 'das decisões interlocutórias caberá agravo no prazo de (10) dez dias, na forma retida' deixando o de instrumento para as decisões que possam causar lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos efeitos em que a apelação é recebida, estaria indicando que agora o agravo retido seria regra?.

Neves (2005, p. 01) faz as seguintes considerações acerca da mudança introduzida no artigo 522 do Código de Processo Civil:

Modificação de destaque é a que eleva o agravo retido à condição de recurso-regra, cabível contra as decisões interlocutórias (artigo 522, primeira parte), sendo certo que o manejo do agravo sob a forma de instrumento com a edição do novo diploma legal, ficou agora restrito a três únicas hipóteses, a saber: (a) quando se tratar de decisão suscetível de causar a parte lesão grave e de difícil reparação; (b) nos casos de inadmissão da apelação; e (c) nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida (artigo 522, segunda parte).

Também entendemos, e não se pode negar que a partir de uma leitura objetiva do caput do artigo 522 do Código de Processo Civil, tudo leva a crer que a intenção do legislador foi estabelecer o agravo retido¹⁶ como regra no tocante as decisões interlocutórias proferidas em primeiro grau, criando, por sua vez requisitos específicos a serem demonstrados pelo agravante quando este pretende recorrer por instrumento.

A este respeito Moreira (2006, p.146), faz as seguintes colocações, acerca da nova disciplina do agravo:

A aplicação de tal regime, que constituía exceção, passou a ser a regra por força da nova redação dada pela Lei 11.187 ao art. 522, *caput*. Para tanto provavelmente contribuiu, além dos motivos acima indicados, a generalizada insatisfação dos tribunais de segundo grau com o aumento da carga de trabalho atribuído ao processamento do agravo de instrumento.

Na seara jurisprudencial o entendimento também vem sendo que o agravo retido passou a ser regra onde podemos verificar em dois julgados respectivamente da quinta e quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁷.

¹⁶ Calmon (2007, p. 15) faz as seguintes considerações acerca do agravo retido. O agravo retido é uma contradição em termos, pois agravo é um recurso e, como tal, visa à reforma ou anulação da decisão recorrida, mas o agravo retido jamais obtém qualquer reforma ou anulação. Os recursos podem ser providos ou não, mas somente deixarão de ser apreciados quando não estão presentes as condições de sua constituição e desenvolvimento regular. O agravo retido, mesmos presentes tais condições, jamais será apreciado. Não porque lhe falte qualquer condição de procedibilidade, mas porque a lei assim estabelece. O agravo retido, então, não é um recurso, é um mero protesto.

¹⁷ Ementa DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO JUDICIAL. CABIMENTO. DECISÃO DO RELATOR QUE CONVERTE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO. SENTENÇA PROFERIDA EM EXECUÇÃO. ALCANCE. REITERAÇÃO DO AGRAVO RETIDO. DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. A impetração do mandado de segurança justifica-se nos casos em que, não obstante a interposição do competente agravo regimental, o relator do feito nega-lhe seguimento monocraticamente, remanescendo a parte recorrente impossibilitada de impugnar a decisão que determina a conversão de agravo de instrumento em retido.

2. De acordo com as novidades introduzidas pela Lei 11.187/05, o agravo interposto contra decisão de natureza interlocutória deve, em regra, ser processado na modalidade retida. O agravo de instrumento passou a ser exceção, na medida em que será cabível contra a decisão que causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão de apelação ou em relação aos efeitos em que é recebida.

Assim, é de se concluir que a intenção do legislador foi elevar à qualidade de regra o agravo na forma retida e deixar o agravo de instrumento como recurso no qual a parte, inconformada com determinada decisão interlocutória, só possa utilizá-lo em casos excepcionais como em casos de urgência, razão pela qual acreditamos que esta alteração tenha sido realizada com a finalidade de se promover o acesso à justiça em virtude de tornar o andamento do processo mais célere, pois, muitas decisões interlocutórias que não clamam por reforma de urgência podem ser impugnadas na forma retida do agravo que inclusive não demanda custo algum ao jurisdicionado.

3.4 Demais Decisões Recorríveis por meio do Agravo de Instrumento

Apesar de entendermos que o legislador elevou a recurso regra o agravo retido, é de se verificar que além das possibilidades disciplinadas na primeira parte do *caput* do artigo 522 do Código de Processo Civil, outras hipóteses há nas quais o recurso de agravo de instrumento pode ser interposto, o que nos leva a indagar se o legislador intencionalmente procurou estabelecer um rol taxativo ou exemplificativo das possibilidades de interposição do agravo na forma de instrumento.

Verificamos, portanto, outras situações disciplinadas do Código de Processo Civil permissivas do uso do agravo de instrumento como, por exemplo, nos casos do artigo 475 H que trata do julgamento da liquidação de sentença cuja decisão pode ser impugnada por meio do agravo de instrumento.

3. Além das hipóteses previstas na lei, o agravo de instrumento deve ser regularmente processado, em regra, quando interposto contra decisão de natureza interlocutória proferida em execução.

4. Os incidentes surgidos no curso da execução, principalmente na movida em desfavor da Fazenda Pública, devem ser resolvidos antes da formação do precatório e, por conseguinte, da prolação da sentença.

Não se apresenta coerente com o nosso sistema processual postergar soluções que, direta ou indiretamente, se relacionem com a dimensão do quantum debeat para o momento em que for proferida a decisão final.

5. Recurso ordinário provido. (Processo RM S27194 RS RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2008/0142297-4 Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 18/02/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 15/03/2010). [GRIFO NOSSO].

Ementa AGRAVO RETIDO. REGRA GERAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. URGÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO. AFERIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO PRETORIANO. INVIABILIDADE.

1 - A regra geral para o agravo é o retido. A exceção é o agravo de instrumento, apenas se detectada, no caso concreto, urgência ou perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, conceitos que dependem de revolvimento fático-probatório, não condizente com a via do especial, ut súpula 7/STJ.

2 - Inviabilidade de dissídio pretoriano neste particular, pois não há colidência de teses, mas circunstâncias de cada caso, levando a conclusões diversas, ou seja, agravo de instrumento ou agravo retido.

3 - Recurso especial não conhecido. (Processo REsp 867011 / PR RECURSO ESPECIAL 2006/0150603-6 Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 27/05/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 09/06/2008). [GRIFO NOSSO].

Também ficou determinado pelo legislador outra situação na qual a parte pode impugnar a decisão judicial qual seja a que julga a impugnação à execução de título judicial nos termos do artigo 475 M § 3 do Código de Processo Civil.

Wambier e Medina (2011, p. 165) tecem as seguintes considerações acerca do manuseio do recurso de agravo de instrumento, além das hipóteses contidas no *caput* do artigo 522, do Código de Processo Civil:

Há situações em que, ainda que não se trate de 'decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação' (CPC, art. 522), deverá ser observado o regime do agravo de instrumento. É que, em algumas hipóteses, caso se impusesse o regime de retenção, se subtrairia da parte a possibilidade de se reiterar o agravo retido (CPC, art. 523), seja porque no procedimento não há sentença, seja porque, ainda que possível a prolação de sentença (CPC, art. 795), isto ocorrerá quando o procedimento já tiver se exaurido, não havendo para o agravante, pragmaticamente, qualquer interesse em apelar.

Encontramos também em julgado do Superior Tribunal de Justiça o entendimento segundo o qual o agravo de instrumento é o recurso cabível contra a decisão que verse sobre a liquidação de sentença, isto porque segundo o teor do julgado a decisão que julga a liquidação não coloca fim o processo, mas, apenas permite seu avanço para a fase de cumprimento de sentença¹⁸.

Analisada a hipótese verificamos que o legislador ao estabelecer que o agravo de instrumento é o recurso cabível contra a decisão de liquidação de sentença e contra a decisão que resolver sobre a impugnação ao cumprimento de sentença, indica que o artigo 522 do CPC vem a ter conteúdo exemplificativo, uma vez que como foi indicado, há outras possibilidade do manuseio do agravo em outras situações, que caso não fosse possível certamente impediria o acesso à justiça do jurisdicionado.

¹⁸ Ementa PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA. LIQUIDAÇÃO. EXTINÇÃO POR AUSÊNCIA DE VALOR A LIQUIDAR. RECURSO CABÍVEL.

1. O provimento judicial que resolve a liquidação de sentença via de regra não determina fim ao processo, permitindo apenas que se avance para a fase de cumprimento da sentença, sendo impugnável por agravo de instrumento, nos termos do art. 475-H do CPC.

2. Excepcionalmente, porém, a decisão prolatada em sede de liquidação pode efetivamente encerrar o processo, hipótese em que terá natureza de sentença, contra ela cabendo o recurso de apelação.

3. Recurso especial não provido.(Processo REsp 1291318 / RS RECURSO ESPECIAL 2011/0116180-0 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 07/02/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 24/02/2012). [GRIFO NOSSO].

3.5 O Agravo de Instrumento e os Poderes do Relator

Conforme discorremos no tópico anterior, o legislador não criou um rol taxativo para os casos em que seria possível a interposição do recurso de agravo de instrumento, sendo que, agora este recurso ficou reservado para os casos em que se verifique urgência na concessão da tutela pleiteada.

No entanto, não há como deixar de reconhecer que esta situação levaria em alguns casos a interposição de recursos de agravo de instrumento manifestamente infundado ou inadmissível, o que levou o legislador alterar o artigo 527, inciso II do Código de Processo Civil, conferindo ao relator poderes a fim de converter o agravo de instrumento em retido.

É certo que antes mesmo da alteração no regime do agravo em 2005, o Código de Processo Civil em seu artigo 557, já concedia poderes ao relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior, sendo que entre estes recursos podemos incluir o agravo de instrumento.

Na ocasião, em artigo intitulado *As decisões Monocráticas do art. 557 do CPC*, Maria Berenice Dias (2001, p 02) ao relacionar as decisões ao agravo de instrumento fez as seguintes considerações:

Com certeza, a mais profunda reforma foi a que atingiu o agravo de instrumento. O deslocamento do juízo de interposição do primeiro para o segundo grau, a possibilidade de concessão de efeito suspensivo à decisão atacada, a faculdade de o agravante buscar liminarmente antecipação de tutela, pelo chamado efeito ativo, emprestaram tal agilidade e rapidez a esse remédio recursal, que verdadeira avalanche de recursos assaltou os tribunais e sufocou os julgadores.

Transferiu-se para a instância superior o encargo de, no momento da interposição do agravo, examinar os requisitos de sua admissibilidade e apreciar o pedido liminar – que em regra é formulado, mesmo quando nada justifica a antecipação pretendida. Esse fato leva o relator não raro, já na primeira vista d'olhos, a verificar que muitos dos recursos não merecem sequer ser processados. Certamente, foi tal realidade que levou à reeleitura do art. 557 do CPC para entender sua real dimensão e utilidade.

Apesar disto, verifica-se que as hipóteses nas quais o relator negava seguimento ao recurso se davam em casos que o recurso tinha caráter apenas procrastinatório sem qualquer fundamento para que pudesse ser conhecido e eventualmente provido.

Agora, o juiz relator em virtude da permissão que lhe confere o inciso II do artigo 527 do Código de Processo Civil implementada pela Lei 11. 185/05, o juiz relator pode negar

seguimento ao recurso de agravo de instrumento caso verifique que a decisão recorrida não tem potencial de causar lesão grave ou lesão de difícil reparação, convertendo-o em agravo retido.

O respectivo artigo possui o seguinte teor:

Art.527 Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator:

I – negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557;

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 inadmissibilidade da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;

III – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art.558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

[...]. (BRASIL, 2011)

Assim, com a finalidade de se impedir o uso imoderado do agravo de instrumento procurou conceder ao relator a possibilidade de negar seguimento ao recurso que seja manifestamente inadmissível, improcedente ou prejudicado além de ter a possibilidade de convertê-lo em agravo retido, tudo isso para se evitar o julgamento de recursos meramente procrastinatórios.

3.5.1 Conversão do Agravo de Instrumento em Retido e Recorribilidade da Decisão

Como pudemos verificar o legislador ao levar a efeito a alteração do artigo 527, inciso II do Código de Processo Civil, concedeu poderes ao relator para converter o agravo de instrumento em agravo retido, mandando remeter os autos ao juiz da causa, postergando o julgamento da respectiva decisão para o eventual recurso de apelação.

A questão que se coloca no presente caso se refere se caberia ao agravante algum recurso ou algum outro meio de impugnação desta decisão, uma vez que o parágrafo único do artigo 527 determina que “a decisão liminar proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar”.

Analisando a disciplina legal é de se entender que o legislador procurou afastar a possibilidade de se recorrer desta decisão com a finalidade de evitar recursos que

eventualmente desnecessários para o colegiado, deixando ao recorrente apenas a possibilidade do pedido de reconsideração.

Contudo a vedação a esta irrecorribilidade pode ofender o princípio do acesso à justiça, entendimento este bem delineado por Franzé (2011, p. 275) que faz as seguintes considerações:

Entretanto, é inegável a recorribilidade dessa decisão, na grande maioria das situações. Para chegarmos a essa conclusão, basta imaginar que o relator converta, equivocadamente, o agravo de instrumento em retido. Nesse caso, o agravo interno que impugnar esse pronunciamento apenas será apreciado no julgamento da futura e eventual apelação. Da mesma forma, se o relator conceder uma liminar erroneamente, quando o recurso do agravado for julgado, já terá perecido o seu direito perseguido (bem da vida).

A partir desses exemplos, fica fácil verificar que, se o mencionado parágrafo único do art. 527 do CPC criar embaraços ao acesso à justiça, violará o inc. XXXV do art. 5º da CF.

Desta forma, a medida que a decisão proferida pelo relator pode ofender o acesso à justiça, tendo em vista que o pedido de reconsideração não tem potencial de levar a decisão ao órgão colegiado para reexame, cabe indagar se seria possível o uso de outro meio de impugnação.

Wambier e Medina (2012, p. 180) fazem menção ao mandado de segurança como meio jurídico adequado a impugnar esta decisão dizendo que “parece, assim, que a intenção do legislador foi a de tornar irrecorrível tal decisão, o que, inexoravelmente, ensejaria o cabimento de mandado de segurança contra tal pronunciamento judicial (Lei 12.016/2009. art. 5º, II).

Neste sentido encontramos julgado da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça entendendo o cabimento do mandado de segurança contra a decisão do juiz relator que converte o agravo de instrumento em agravo retido¹⁹.

¹⁹ Ementa PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU A CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO. CABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA FIRME DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE ADENTRAR O MÉRITO DO MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO LIMINARMENTE PELO TRIBUNAL A QUO. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão que manteve indeferimento liminar de mandado de segurança impetrado contra decisão monocrática que determinou a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, nos moldes do art. 527, II, do CPC, na redação da Lei 11.187/2005, sob o fundamento de que a ação mandamental não é cabível.

2. Consoante firme jurisprudência do STJ, é cabível mandado de segurança contra decisão que determina a conversão de agravo de instrumento em agravo retido, nos moldes do artigo 527, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

3. A jurisprudência do STJ também se mostra firme quanto ao entendimento de que, nos termos da regra do art. 527, parágrafo único, do Código de Processo Civil, é irrecorrível a decisão que converte o agravo

Contudo apesar do entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos casos em que há urgência e o relator por equívoco venha a converter o agravo de instrumento em agravo retido, verificamos a possibilidade de o agravante fazer uso do agravo disciplinado no § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Acerca desta possibilidade Franzé (2011, p. 277) faz as seguintes considerações:

Nossa convicção sobre o tema é no sentido de que – se houver necessidade de tutela de urgência, a decisão do relator é recorrível, devendo ser interposto agravo interno para o deferimento dos efeitos suspensivo e antecipativo, bem como em relação à conversão do agravo de instrumento em retido.

Assim, tendo em mira o acesso à justiça por meio do agravo de instrumento, é de se concluir que caso este recurso tenha por objeto tutela de urgência e o relator o converter em agravo retido, pode o recorrente fazer uso do agravo disciplinado no § 1º do artigo 557, pois, muito mais eficaz para levar ao órgão colegiado o reexame da decisão do relator.

3.5.2 Do Efeito Antecipativo do Agravo de Instrumento

Como procuramos no presente trabalho demonstrar a importância do recurso de agravo de instrumento para se promover o acesso à justiça, não poderíamos deixar de fazer menção a outra importante função que este recurso possibilita ao recorrente nos casos em que a decisão proferida pelo juiz *a quo* pode causar danos de difícil reparação. Este efeito é o efeito antecipativo, pois, segundo Franzé (2011, p. 174) “o efeito antecipativo encontra-se, primordialmente, no amplo acesso à justiça previsto no inc. XXXV do art. 5º da CF”.

Verificamos que o inciso III, do artigo 527 do Código de Processo Civil, disciplina a hipótese em que o relator ao receber o recurso de agravo de instrumento, pode atribuir a ele

de instrumento em agravo retido, facultando à parte apenas formular pedido de reconsideração ao próprio Relator.

4. O pedido de reconsideração, outrossim, consoante esclarece a jurisprudência do STJ, não é requisito indispensável à impetração de mandado de segurança contra decisão unipessoal de Relator que converte agravo de instrumento em retido. Isto porque o pedido de reconsideração não tem, na hipótese do art. 527, parágrafo único, do CPC, natureza recursal.

5. No caso, a despeito de ser cabível a impetração do mandado de segurança, não é possível adentrar o seu mérito, porquanto o writ fora indeferido liminarmente, não tendo, por isso, sido processado.

6. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a fim de que processe o mandado de segurança e profira julgamento como entender de direito. (Processo RMS 33853 / RS RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2011/0048249-9 Relator(a)Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 08/11/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 17/11/2011. [GRIFO NOSSO].

efeito suspensivo ou deferir em antecipação de tutela total ou parcialmente a pretensão recursal comunicando ao juiz sua decisão.

Notamos que no que diz respeito a antecipação de tutela o agravante elabora este requerimento no bojo do recurso de agravo de instrumento, fazendo prova de que a decisão recorrida que indeferiu por exemplo um pedido de liminar, caso não seja imediatamente reformada poderá causar danos de difícil reparação.

A questão que se coloca é saber se o agravante para lograr êxito no requerimento de antecipação da tutela por meio do agravo, deverá demonstrar os requisitos disciplinados no artigo 273 do Código de Processo Civil, ou seja, prova inequívoca que convença da verossimilhança, além do dano de difícil reparação.

Bertolo (2005, p.84) na obra Tutela Antecipada, faz as seguintes considerações acerca dos requisitos a serem demonstrados pelo agravante a fim de que obtenha o efeito antecipativo do agravo:

Esclareça-se desde logo que o objeto do agravo de instrumento é a obtenção da liminar antecipatória que fora indeferida pelo juízo *a quo*. Logo, necessário que estejam presentes os requisitos legais exigidos pelo art. 273 do CPC, como a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, e que haja fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação.

Também encontramos dois julgados respectivamente da 18ª e 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde se verifica que o entendimento vertido no Acórdão, indica a necessidade de estarem presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil para a concessão da tutela antecipada recursal por meio do recurso de agravo de instrumento²⁰.

²⁰**Ementa:** *POSSESSÓRIA Tutela antecipada - Requisitos **Ausência de prova inequívoca e verossimilhança das alegações** Mero fumus boni iuris não é pressuposto para a concessão da antecipação Art. 273, do CPC Decisão mantida Pedido não acolhido. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA Requisitos Não é dado ao Juízo exigir mais requisitos do que aqueles constantes da Lei - Exegese dos artigos 2º e 4º, da Lei 1.060/50 - Recurso provido para deferir a gratuidade. (Agravo de Instrumento 0075412-20.2012.8.26.0000 Relator(a): Rubens Cury Comarca: São Caetano do Sul Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 30/05/2012 Data de registro: 02/06/2012 Outros números: 754122020128260000

Ementa: CONTRATO BANCÁRIO. Financiamento para aquisição de veículo. Ação revisional de contrato. Pedido de antecipação de tutela para inibir a negativação do nome do autor nos cadastros de inadimplentes, consignação em pagamento das parcelas e manutenção na posse do bem. Inviabilidade. **Ausência dos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil.** Recurso não provido.(Agravo de Instrumento 0099786-03.2012.8.26.0000 Relator(a): Gilberto dos Santos Comarca: São Paulo Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 31/05/2012 Data de registro: 02/06/2012 Outros números: 997860320128260000

Desta forma, entendemos que os requisitos a serem demonstrados pelo recorrente na interposição do recurso de agravo de instrumento onde busca o efeito antecipativo devem ser os mesmos do artigo 273 do Código de Processo Civil.

3.5.3 Do Efeito Suspensivo do Agravo de Instrumento

Conforme verificamos acima, a partir da alteração legislativa introduzida no artigo 527 do Código de Processo Civil pelas Leis 10.352/01 e 11.185/05, o relator passou a ter poderes para negar seguimento ao agravo de instrumento, convertê-lo em agravo retido e também para atribuir ao agravo efeito suspensivo ou deferir em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal. Analisaremos primeiro a concessão do efeito suspensivo.

Como regra, o agravo de instrumento não é dotado de efeito suspensivo, contudo, como este recurso é interposto diretamente no tribunal, cabe a parte agravante em situações em que a decisão do juiz *a quo* possa lhe causar dano grave e de difícil reparação requerer ao juiz relator que ao receber o agravo atribua a ele efeito suspensivo com fundamento no artigo 558 do Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte:

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento da turma ou câmara.

Pela redação do artigo verificamos que o legislador apenas exemplificou algumas situações possíveis em que ocorrendo, pode o agravante requerer ao juiz relator a concessão do mencionado efeito suspensivo, pois, caso fosse um rol taxativo certamente o agravo de instrumento não alcançaria sua finalidade de promover o acesso à justiça.

Wambier e Medina (2011, p.179) fazendo menção às hipóteses mencionadas no artigo 558 do Código de Processo Civil esclarecem que:

O dispositivo é meramente exemplificativo. Citam-se hipóteses nas quais o prejuízo é praticamente certo, em sendo eficaz a decisão, se, ao depois, se verificar que o agravante não tem razão: levantamento de dinheiro sem caução, prisão civil etc. Nesses casos, sendo dado provimento ao agravo depois de a decisão impugnada ter produzido efeitos, o provimento do recurso de nada adiantará.

Assim, a leitura que se deve fazer do mencionado artigo é a de que não se pode deixar de lado outras decisões que por não estarem descritas nas hipóteses ali mencionadas podem trazer prejuízo a parte, e como exemplo, podemos citar a decisão sobre os efeitos em que a apelação é recebida.

Suponhamos que em determinada ação ao ser proferida a sentença o juiz defira a antecipação de tutela. Pela redação do artigo 520 do Código de Processo Civil, neste caso a apelação será recebida somente no efeito devolutivo, razão pela qual a parte que até este momento obteve êxito na demanda poderá iniciar a execução provisória da sentença.

Por derradeiro ao interpor o recurso de apelação deverá a parte requerer ao juiz *a quo* que a receba no duplo efeito (devolutivo e suspensivo). Caso, porém, o juiz indefira, surge então a possibilidade de mediante o agravo de instrumento requerer ao tribunal que atribua o efeito suspensivo desejado, onde encontramos na jurisprudência este entendimento, consoante se pode verificar do julgado da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça²¹.

Desta forma, como bem delineado neste julgado verificamos que outras situações há em que a parte poderá buscar no tribunal mediante a interposição do agravo de instrumento o efeito suspensivo para que não lhe seja causada lesão grave e de difícil reparação por conta de eventual execução provisória da sentença, onde verificamos mais uma importante função do agravo de instrumento na realização do acesso à justiça.

Importante mencionar quais os requisitos a serem demonstrados pelo agravante para que seja deferida pelo relator o efeito suspensivo, cujo pedido é realizado no bojo da petição do recurso, ou seja, se haveria necessidade de o recorrente demonstrar prova inequívoca para

²¹ Ementa PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA NA SENTENÇA. APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. EXCEPCIONALIDADE DO ART. 558 DO CPC. AFASTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que "a apelação interposta contra sentença que defere a antecipação de tutela deve ser recebida apenas no efeito devolutivo." (REsp 1001046/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 06/10/2008).

2. Excepcionalmente, "é possível a concessão de efeito suspensivo à apelação contra sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela, desde que a decisão recorrida seja capaz de gerar lesão grave de difícil reparação, ex vi do artigo 558, parágrafo único, do Código de Processo Civil. (REsp nº 791.515/GO, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 16/8/2007; REsp nº 928.080/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 22/8/2008).

3. A instância de origem, soberana na análise das circunstâncias fáticas da causa, houve por bem aferir a desnecessidade de concessão de efeito suspensivo no caso concreto, uma vez ausente qualquer prejuízo. Para revisão de tais circunstâncias seria necessário o reexame do contexto fático-probatório dos autos, vedado a teor da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido.(Processo AgRg no Ag 1339205 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0143135-8 Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 18/11/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 24/11/2010). [GRIFO NOSSO].

convencer o relator da verossimilhança, semelhante como ocorre no pedido de efeito antecipativo.

Para Wambier (2000, p. 636) ao fazer referência aos pressupostos para que o relator atribua efeito suspensivo diz o seguinte:

Hoje, a lei dá, expressa e explicitamente, dois parâmetros que devem nortear o relator para conceder (ou não) efeito suspensivo ao agravo. O art. 558 estabelece como pressupostos para a concessão da medida: 1) o perigo de que resulte, para a parte recorrente, lesão grave e de difícil reparação caso a decisão impugnada seja desde logo eficaz e 2) e haver fundamentação relevante.

Esses dois pressupostos, pode-se dizer, correspondem, embora com eles não se confundam, o primeiro ao *periculum in mora* e o segundo, ao *fumus boni iuris*.

Isto porque, o juiz ao analisar o pedido de efeito suspensivo, parte do pressuposto que já existe uma decisão, e por conta disto, basta realizar uma análise se a respectiva decisão gerou efeitos que fazem surgir o perigo na demora e a fumaça do bom direito. Estando presentes estes dois requisitos é de rigor a concessão do efeito suspensivo.

Diferente do efeito antecipativo, que conforme estudamos acima devem estar presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, pois, segundo Franzé (2011, p. 176),

o exame do efeito antecipativo obriga o magistrado a ter uma dupla atividade mental (já que ainda não existe o pronunciamento), pois deverá primeiramente, idealizar o resultado do julgamento do respectivo recurso e, após, verificar se os pressupostos do art. 273 do CPC estão presentes

Esta é uma característica importante que distingue o efeito suspensivo dependente do antecipativo, pois naquele já existe o pronunciamento que será suspenso e, neste, o pronunciamento deve ser imaginado, ou seja, ainda não existe.

Desta forma, concluímos que existe certa diferença no tocante aos pressupostos para concessão dos efeitos antecipativo e suspensivo no recurso de agravo de instrumentos. Para o primeiro, necessário que o agravante apresente prova inequívoca a fim de convencer o juiz relator da verossimilhança. No que diz respeito ao efeito suspensivo, deve demonstrar o *periculum in mora* (perigo na demora) e o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) que estando presentes autorizam a concessão do efeito suspensivo.

3.6 O Agravo de Instrumento no Juizado Especial Cível

Como verificamos acima, no plano do sistema recursal, o agravo de instrumento vem desempenhando importante papel no cumprimento do princípio do acesso à justiça uma vez que diante de uma decisão interlocutória proferida por erro do juiz a parte imediatamente, por meio do agravo, transporta seu inconformismo até o tribunal, onde, diante dos poderes concedidos ao relator, desde logo pode até conseguir a concessão da medida indeferida em primeiro grau ou a suspensão da decisão.

Apesar disso, convém fazermos menção ao que ocorre na Lei 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais Cíveis, onde se verifica que devido à característica de simplicidade e a finalidade de preservar a efetividade do processo encontramos nesta lei apenas duas formas de recurso, sendo o recurso inominado disciplinado nos artigos 41 a 43 cuja finalidade é impugnar a sentença e os embargos de declaração disciplinados nos artigos 48 a 50.

Assim, a princípio diante de uma interpretação literal, de início conclui-se que não seria cabível a interposição do recurso de agravo de instrumento, nos casos em que determinada decisão interlocutória fosse proferida em ação que segue o rito desta lei, contudo análise que deve ser feita diz respeito se esta irrecorribilidade das decisões interlocutórias em determinadas situações não ofenderia o princípio do acesso à justiça inserido no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Frigini (2000, p. 463) em sua obra *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis* traz interessante observação no sentido de que a impossibilidade de se interpor o recurso de agravo de instrumento ofende o princípio do acesso à justiça, senão vejamos:

Porém, melhor interpretando o sistema, não há como negar possibilidade de a parte interessada interpor agravo de instrumento em alguns casos. Há que se considerar que o procedimento especial dos Juizados nem sempre consegue transcorrer com a celeridade que se espera, seja em face de algum atropelo processual, seja em razão do grande fluxo de demandas ao Juizado, fato que tem ocasionado considerável congestionamento no andamento dos processos.

Ora, se assim é, verificando-se que o processo passou a ser um encaminhamento moroso, com a superveniência de decisão interlocutória (quando for o caso de adotá-la) não é possível obstar o processamento desse recurso, sob pena de ofender-se não só o duplo grau de jurisdição mas igualmente outro princípio constitucional, qual seja o do art.5, inciso XXXV da CF, no sentido que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. A impossibilidade do agravo, então, só teria sentido para aquelas interlocutórias proferidas no curso da audiência, como corolário do princípio da concentração dos atos processuais.

Assim, nota-se que apesar da lei 9.099/95 não disciplinar o recurso de agravo de instrumento, diante do estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que trata do princípio do acesso à justiça entendemos pela possibilidade de se interpor este recurso nos casos em que a decisão tem potencial de causar a parte danos irreparáveis, ou seja, há a necessidade de conceder a tutela de urgência.

O Superior Tribunal de Justiça em decisão proferida em conflito negativo de competência ao determinar que o recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória em ação com trâmite pelo Juizado Especial Federal fosse julgado pela respectiva Turma Recursal, nada disse sobre a impossibilidade de se recorrer de decisões interlocutórias que tramitam no Juizado²².

Também o Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Capital, conheceu de agravo de instrumento interposto contra decisão que denegou seguimento a recurso inominado²³.

Entendemos então que, o agravo de instrumento deve ser interposto para impugnar decisão interlocutória que clamam por urgência, sendo interposto diretamente no Colégio Recursal. Aliás com muita propriedade acerca desta matéria Franzé (2011, p. 328) faz as seguintes considerações:

Em outras palavras, a decisão interlocutória proferida no Juizado Especial (tanto estadual quanto federal), que necessitar de urgência em seu reexame, é passível de ser impugnada por agravo de instrumento, que deve ser interposto diretamente no Colégio Recursal competente (CF, art. 98, inc. I), observado o procedimento estabelecido pelos arts. 524 a 529 do CPC.

²² Ementa CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL E TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. **AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA POR MAGISTRADA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL.**

1. Compete às respectivas Turmas Recursais o processamento e julgamento de recurso interposto contra decisão de magistrada do juizado especial federal, independentemente de o rito da ação em que proferido o decisum ser o ordinário.

2. Conflito conhecido para declarar a competência da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado do Rio Grande do Sul, ora suscitante. (ProcessoCC 49586 / RS CONFLITO DE COMPETENCIA 2005/0073706-5 Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131) Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 13/08/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 26/08/2008) (grifo nosso).

²³ Ementa: Agravo de instrumento – recurso interposto contra decisão que negou seguimento a recurso inominado - Aplicação do artigo 518, § 1º, do CPC - Admissibilidade - Adaptação do dispositivo processual ao sistema do Juizado Especial Cível para abranger os enunciados do Colégio Recursal – Recurso improvido.(Agravo de Instrumento nº 1788-35.2011.8.26.9000 Relator(a): Rogério Marrone de Castro Sampaio Comarca: São Paulo Órgão julgador: 1ª Turma Cível Data do julgamento: 05/10/2011 Data de registro: 19/10/2011)

Vemos então que apesar de a Lei 9.099/95 não disciplinar o uso do agravo de instrumento, ao se fazer uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, se pode concluir que em determinadas situações, este recurso pode vir a ser utilizado sob pena de se ferir o princípio do acesso à justiça.²⁴

3.7 O Agravo de Instrumento no Processo do Trabalho

O agravo de instrumento no processo do trabalho segue disciplina diferente daquela inserida no processo civil, uma vez que na justiça especializada o agravo de instrumento é cabível somente contra decisões que negam seguimento a outros recursos, conforme o disposto no artigo 897 alínea “b” da CLT.

Isto porque no processo do trabalho verificamos que sobressai o princípio da oralidade, pois, nesta justiça especializada a maioria dos casos gira em torno de recebimentos de verbas rescisórias cuja natureza alimentar clama por um processo com tramitação mais simples, onde todos os atos são praticados em audiência una, o que para Cintra, Grinover e Dinamarco (2000, p. 325) “o processo do trabalho operou importantes modificações em direção a um processo simples, acessível, rápido e econômico, permeado de verdadeira oralidade”.

Podemos verificar esta posição pela leitura do artigo 849 da CLT que determina que “a audiência de julgamento será contínua” e também pelo artigo 852 – C da CLT dispondo que “as causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo serão instruídas e julgadas em audiência única” (LEITE, 2008).

Por conta disto é que no processo do trabalho as decisões interlocutórias em regra só poderão ser combatidas no momento em que for interposto o recurso da decisão definitiva, como disposto no § 1º do artigo 893 da CLT onde está disciplinado que “os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva”.

²⁴ Ainda segundo o autor pela letra da lei e numa interpretação superficial o Colégio Recursal, único órgão superior apto a julgar as causas dos Juizados Especiais, só receberia recurso dirigido contra a sentença (art. 41). Logo, outros recursos não teriam destinatário, valendo ressaltar que o mandado de segurança não é recurso propriamente, mas verdadeira ação mandamental, pois visa `proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5, inciso LXIX da CF). Porém, como se viu, diante de uma interpretação sistemática e constitucional de todo o sistema, não é possível impedir o processamento do agravo de instrumento tanto no processo de conhecimento como, principalmente no de execução.

Redação semelhante também é a que se verifica no artigo 852 – G da CLT onde dispõe que “serão decididos, de plano, todos os incidentes e exceções que possam interferir no prosseguimento da audiência e do processo. As demais questões serão decididas na sentença”.

Apesar de esta ser a regra, a jurisprudência trabalhista veio a construir entendimento comportando exceções, entendimento este que culminou na súmula 214 do TST que disciplina algumas situações nas quais há a possibilidade de se interpor recurso contra as respectivas decisões interlocutórias, pelo diz a respectiva súmula:

Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT

Porém, salvo as decisões descritas na súmula 214, no processo do trabalho em virtude do rito ser regido pela oralidade, verificamos que as decisões interlocutórias a princípio são irrecorríveis, onde inclusive foi reconhecido em julgados²⁵ da 5ª e 2ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, onde constatamos estar firme este entendimento.

Contudo, devido a possibilidade de se aplicar no processo do trabalho, quando este é omissivo, os institutos do direito processual civil, verificamos a possibilidade de se formular com fundamento no artigo 273 do Código de Processo Civil pedido liminar de antecipação de tutela, pois, segundo Leite (2008 p. 1121) é “perfeitamente cabível a tutela antecipada nos

²⁵ Somente se admite exceção de pré-executividade, no processo do trabalho, para atender as situações especialíssimas, eis que não depende de garantia do juízo. **A decisão que a rejeita ou não a conhece, por se referir a incidente no curso do processo, tem natureza interlocutória, não sendo recorrível de imediato, nos termos do artigo 893, § 1º, da CLT.** Entretanto, as questões suscitadas na medida poderão ser discutidas em sede de embargos à execução. todavia, em se acolhendo a exceção de pré-executividade, com a extinção do processo de execução trabalhista, o agravo de petição será o recurso cabível. 3ª turma - 5ª câmara processo trt/15ª região nº 0035700-75-2004-5-15-0124 Relator Luiz José Dezena da Silva. DJ 15/06/2012. [GRIFO NOSSO].

SUM-214 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE (nova redação) - Res. 127/2005, Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT. 1ª TURMA – 2ª CÂMARA PROCESSO Nº 0112500-90.2008.5.15.0032 DJ 16.03.2005. [GRIFO NOSSO].

domínios do processo do trabalho, ante a omissão do texto obreiro e a compatibilidade dos institutos inerentes a esse ramo do direito com o disposto nos arts. 273 e 461, § 4º do CPC”.

Por conseguinte a decisão proferida pelo juiz do trabalho será uma decisão interlocutória na qual a princípio como vimos seria irrecurável de imediato. No entanto, a jurisprudência trabalhista²⁶ com muita propriedade vem admitindo o uso do mandado de segurança como meio anômalo de impugnação.

Para corroborar este argumento, encontramos amparo no inciso II da súmula 414 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual traz em seu bojo o entendimento de que “no caso da tutela antecipada (ou liminar) ser concedida antes da sentença, cabe a impetração do mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio”.

Desta forma, temos que a decisão interlocutória na justiça do trabalho de regra é irrecurável de imediato, salvo as exceções encontradas na súmula 214 e 414 II do TST, situações em que respectivamente se admite a interposição de recurso ou a impetração do mandado de segurança conforme discorreremos acima.

3.8 O Agravo de Instrumento Contra Decisão Proferida em Audiência de Instrução e Julgamento

Conforme analisamos acima pela nova redação do artigo 522 do Código de Processo Civil a parte que pretende manusear o agravo de instrumento deve atentar para a urgência, pois, caso a decisão não seja capaz de causar a parte lesão grave e de difícil reparação restará o agravo na forma retida.

²⁶ **MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.** Cabe mandado de segurança contra decisão que concedeu a tutela antecipada antes da prolação da sentença, pois inexistente recurso próprio para tanto. Orientação Jurisprudencial 50 da SDI-II do C.TST. (PROCESSO TRT/15ª REGIÃO N° 02035-2008-000-15-00-7 IMPETRANTE : MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ IMPETRADO: MM. JUIZ DA 3ª VARA DO TRABALHO DE JUNDIAÍ)

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE DE DANO IRREPARÁVEL. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 267, STF. É cediço que não se dará mandado de segurança contra *despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais* (art. 5º, incisos II, Lei 1.533/51). Nesse sentido, já firmou, há muito, o Colendo Supremo Tribunal Federal entendimento segundo o qual *não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição* (Súmula 267). No mesmo trilhar, aliás, a Orientação Jurisprudencial SDI-II, TST, nº 92. Entretanto, o entendimento consagrado na súmula de jurisprudência dominante da Suprema Corte não pode ser tomado com rigidez, merecendo abrandamento se o recurso de que dispõe a parte não for apto para impedir ou fazer cessar lesão irreparável a direito líquido e certo do impetrante. Assim, verificando-se que o recurso processual não é capaz de salvaguardar o direito invocado, cabível o *writ*. Inteligência da Súmula 267, STF. (PROC. TRT/15ª REGIÃO N° 01226-2008-000-15-00-1 MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRANTE: JOSÉ VANDERLEI GONÇALVES IMPETRADO: JUIZ DA 2ª VARA DO TRABALHO DE LENÇÓIS PAULISTA)

Por sua vez, encontramos no § 3º do artigo 523 do Código de Processo Civil que após a alteração pela lei 11.187/05 passou a ter a seguinte redação:

Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art.457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

Contudo, apesar de o legislador disciplinar o uso do agravo retido em decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento, é importante verificar, caso seja proferida decisão capaz de causar lesão grave e de difícil reparação, cujo reexame não pode ficar para ser realizado em eventual recurso de apelação sob pena de ofensa ao princípio do acesso à justiça.

Neste sentido temos o entendimento de Assis (2006, p. 173) apud Franzé (2011, p. 331) entendendo ser cabível o agravo de instrumento em casos que se busca tutela de urgência, vejamos:

Parece excessivo presumir do texto em vigor do art. 523, § 3º, a exclusão do agravo de instrumento nesta contingência. O cabimento do agravo de instrumento contra decisões suscetíveis de provocar lesão grave e de difícil reparação à parte abrange quaisquer atos dessa natureza, incluindo os emitidos na audiência de instrução e julgamento.

Também encontramos julgado da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul bem como da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendendo ser cabível o agravo de instrumento na audiência de instrução e julgamento, nos casos que a decisão pode causar dano grave e de difícil reparação²⁷.

²⁷ **Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO PROFERIDA EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. Segundo a regra geral, contra decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento cabe agravo retido, **sendo exceção o manejo da forma instrumental, admitida nos casos em que há risco de lesão grave e de difícil reparação.** Hipótese dos autos que não se enquadra na exceção mencionada. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70048085336, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 04/04/2012)Data de Julgamento: 04/04/2012 Publicação: Diário da Justiça do dia 16/04/2012). [GRIFO NOSSO].

Ementa PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCABIMENTO.

1 - A regra geral para o agravo é o retido. A exceção é o agravo de instrumento, apenas se detectada, no caso concreto, urgência ou perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação.

2 - O fato de haver previsão específica para a audiência de instrução e julgamento (art. 523, §3º do CPC) não faz concluir ser cabível o agravo de instrumento na audiência de conciliação, pois todas as decisões ali proferidas estarão amparadas pela regra geral, conforme os ditames do art. 522 do CPC, ou seja, o agravo retido (Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na 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

Como podemos observar nos casos em que, a decisão venha a causar risco de lesão grave, o remédio adequado é o agravo de instrumento, uma vez que o agravo retido ficará nos autos e somente em eventual recurso de apelação é que ele será conhecido e julgado pelo tribunal, causando ofensa ao princípio do acesso à justiça.

Vejam os que a reforma de uma decisão que durante a audiência de instrução e julgamento indefere, por exemplo, a oitiva de uma testemunha ou a realização de uma perícia, deve ser reformada naquele momento, a fim de que se produza a prova pretendida para que a parte possa influenciar no convencimento do juiz que irá proferir a sentença.

De outro lado, suponhamos que a parte então manifeste seu inconformismo por meio do agravo retido que posteriormente o tribunal venha a dar provimento determinando a produção da prova. É certo que isto vindo a ocorrer, o processo tempos depois retornará para a fase de instrução a fim de produzir a prova pretendida o que se mostra totalmente em confronto com o princípio do acesso à justiça.

Sobre este aspecto, Lucon (2006, p. 08) afirma que

Com o propósito de diminuir a utilização do agravo de instrumento, o legislador corre o risco de o processo ter uma duração excessiva, já que, em muitos casos, o futuro provimento do agravo retido pode acarretar o retorno do processo à fase anterior, principalmente à fase probatória. Por isso, o regime da retenção pode favorecer os réus que agem com o propósito prevalentemente procrastinatório, já que eventual nulidade ocorrida no início do processo mas só reconhecida com o provimento do agravo retido por ocasião do julgamento da apelação pode provocar a anulação de muitos atos havidos ao longo do *arco procedimental*.

Assim, podemos observar que por meio do agravo de instrumento o relator utilizando dos poderes a ele conferidos e desde que a decisão possa causar lesão grave e de difícil

apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.). [GRIFO NOSSO].

3 - Recurso especial não conhecido.(Processo REsp 1009098 / MG RECURSO ESPECIAL 2007/0275530-3 Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 04/06/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 22/06/2009. [GRIFO NOSSO].

reparação, pode antecipar a tutela determinando a produção naquele momento, da prova²⁸ pretendida.²⁹

Em artigo intitulado do recurso de Agravo ante a Lei n. 11.187/2005, Carneiro (2005, p. 13), mencionando a importância de reforma de determinadas decisões interlocutórias, acrescenta:

Impende verificar, isto sim, se o gravame (aleadamente) sofrido pela parte, por sua natureza e efeitos, comporta um regime de espera pela futura apelação, e se, caso provido pelo tribunal, o decurso do tempo não fará desaparecer a possibilidade de uma ainda eficaz reparação do gravame. Assim, se o juiz nega a realização de uma perícia, caberá agravo retido se o dano à parte que a requerera é suscetível de ser sanado posteriormente, como quando os fatos ou documentos a serem periciados resistem à passagem do tempo (v.g um exame grafológico ou contábil); mas o agravo deverá ser por instrumento se os vestígios apresentam-se transeuntes (v.g perícia relativa aos danos que o gado causou em uma lavoura).

Franzé (2011, p. 331) ao fazer referência a possibilidade o uso do agravo de instrumento contra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento esclarece o seguinte:

Em nosso entendimento, o acesso à justiça é um princípio constitucional (CF, art. 5º, inc. XXXV) e, por conseguinte, a lei infraconstitucional não poderá criar embaraços para esse princípio, sob pena de ser inconstitucional. Logo, sendo proferida decisão interlocutória em audiência, bem como exigindo urgência em seu reexame, o recurso cabível será o agravo de instrumento, por força do próprio art. 522 do CPC, ou seja, nessa situação deve ser afastada a regra do §3º do art. 523 do CPC.

²⁸ Para Cardoso (2001) o princípio da necessidade da prova, princípio da oportunidade da prova e princípio do contraditório são decorrência do princípio da liberdade da prova juntamente com o princípio da igualdade, revelando-nos base liberal que influencia o processo probatório. A persuasão racional pode ser pensada em associação com o princípio da necessidade de prova e com o direito-dever de fundamentação da sentença, que constitui uma das garantias do Estado Democrático de Direito. A necessidade da prova é a base lógica da persuasão racional, pois exige que a parte produza a prova dos fatos duvidosos ou controvertidos (arts. 302, 332 e 334 do CPC).

²⁹ Câmara, (2006 p.403), faz as seguintes considerações a respeito da denominação de prova,[...] todo elemento que contribui par a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato. Quer isto significar que tudo aquilo que for levado aos autos com o fim de convencer o juiz de que determinado fato ocorreu será chamado de prova. Exemplificando, se se pretende convencer o juiz da ocorrência de um acidente de veículos e, com este fim, se leva aos autos o depoimento de uma testemunha, tal depoimento se constituirá em uma prova. Da mesma forma, se se deseja convencer o juiz que um Fulano é proprietário de determinado imóvel, e se leva a juízo certidão do registro de imóveis, onde conste a constrição do referido bem em seu nome, tal documento será uma prova. Os referidos elementos deverão contribuir para a formação da convicção do juiz sobre a veracidade das alegações feitas pelas partes quanto à matéria fática.

Desta forma, nos casos em que se verificar que a decisão proferida na audiência de instrução venha a causar lesão grave e de difícil reparação, a parte deve fazer uso do agravo de instrumento requerendo ao juiz que reduza a termo a decisão recorrida e que da mesma devido a urgência será interposto no prazo de dez dias o agravo de instrumento. Fazendo isto é certo que o princípio do acesso à justiça estará sendo cumprido.

3.9 O Agravo de Instrumento no Projeto do Novo Código de Processo Civil

Conforme se verifica, tratamos no item anterior acerca do histórico do recurso de agravo de instrumento, mencionado sua origem e sua posição na legislação processual brasileira desde o Código de Processo Civil de 1939 até o atual de 1973, bem como as modificações introduzidas na disciplina deste recurso.

Ocorre que no mês de setembro de 2009, o Presidente do Senado nomeou uma comissão de juristas para que elaborassem um anteprojeto do novo Código Processual Civil. A princípio o anteprojeto tornou-se no PLS 166/2010 (Projeto de Lei do Senado) e atualmente encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados onde recebeu o número PL 8.046/2010.

Segundo os membros da comissão que é presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux e na posição de relatora, a professora Teresa Arruda Alvim Wambier, o projeto, segundo o Ministro Luiz Fux, tem como finalidade fazer do novo Código de Processo Civil uma ferramenta para agilizar a tramitação das ações cíveis.

O objetivo é a simplificação burocrática, a limitação dos recursos³⁰ e o instrumento criado para resolver ações repetitivas, bem como podemos observar um dos pilares do projeto é a limitação de recursos e principalmente os recursos contra as decisões interlocutórias uma vez que a figura do agravo retido desaparece e como veremos se restringe o uso do agravo de instrumento a determinadas decisões.

³⁰ Wambier (2010), para justificar a forma com que o projeto do Novo Código de Processo Civil trabalha os recursos, diz que “os sistemas recursais são um meio pelo qual se entende ser possível obter uma forma mais qualificada de prestação jurisdicional. Essa é a única justificativa possível para a existência dos recursos. De fato, não se podem conceber os sistemas recursais como uma forma de se obterem, pura e simplesmente, várias ‘opiniões’ sobre o caso, todas de igual valor.

Mas o tiro não pode sair pela culatra: sob o pretexto de se aprimorar a prestação jurisdicional, não se pode criar um sistema recursal que não rende, que sobretudo seja um fator de emperramento do processo.

É necessário que não se perca de vista que o processo é um método. Um método é um caminho facilitado para se chegar a algum lugar. Um método complexo é uma *contraditio in terminis*, ou seja, é uma expressão que contém, em si mesma, uma contradição.

Quer-se um processo que renda: um processo de resultados. Que renda em si mesmo e que renda para a sociedade. Que renda no sentido de proporcionar o máximo de aproveitamento da atividade do poder Judiciário, vista como um todo.

Para as demais decisões interlocutórias que não comportarem o recurso de agravo de instrumento, disciplina o parágrafo único do artigo 963 do projeto que “não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar da apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

Theodoro Júnior (2011, p. A10) faz as seguintes considerações acerca do projeto no que diz respeito à parte dos recursos:

Enfim, numa visão panorâmica do sistema recursal, pode se afirmar que o Projeto cuidou de aperfeiçoá-lo em três perspectivas principais:

- reduziu o elenco dos recursos admissíveis (eliminaram-se o agravo retido e os embargos infringentes);
- reduziu os casos de cabimento do agravo de instrumento;
- reestruturou os procedimentos dos atuais recursos com o propósito de agilizar sua tramitação e de superar as praxes jurisprudenciais incompatíveis com o seu papel dentro do moderno processo justo.

No projeto, os recursos estão disciplinados entre os artigos 948 a 998, sendo que o agravo de instrumento especificamente vem disciplinado nos artigos 969 a 974 ao passo que verificamos da leitura do artigo 969 do projeto, que o legislador parece estabelecer as hipóteses de decisões interlocutórias em que este recurso poderá ser interposto quais sejam:

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

- I – tutelas de urgência ou de evidência;
- II – o mérito da causa;
- III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV – o incidente de resolução de desconconsideração 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.

Não há como negar que a intenção da comissão, é criar um processo que venha responder aos anseios sociais no sentido de que o judiciário venha cumprir sua função de promover o acesso à justiça, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Theodoro Júnior (2011, p. A10), em artigo publicado no jornal Carta Forense, menciona que

[...] o projeto, que teve como primordial intento a explicitação dos princípios constitucionais formadores da ideologia do 'processo justo' cuidou, de certa forma, de traduzi-los em regras expressas na disciplina dos recursos. Dentro dessa perspectiva, várias inovações foram estatuídas tanto para suprimir práticas jurisprudenciais incompatíveis com a função institucional dos recursos na realização de decisões justas, como de combate a uso abusivo da via recursal pelos litigantes de má-fé.

Tucci (2011, p. 200) faz as seguintes considerações acerca do projeto do novo Código de Processo Civil:

De aduzir-se, por um lado, que, após a consagração, no plano constitucional, do direito fundamental à duração razoável do processo, a regra da economia processual, de natureza precipuamente técnica, transformou-se em postulado político.

E isso certamente porque o supratranscrito inc, LXXVIII não assegura apenas e tão somente a prerrogativa de um processo sem dilações indevidas, mas, na verdade, ainda contempla a inserção de mecanismos que garantam a celeridade de sua tramitação

Assim verificamos que a intenção da comissão que idealizou o projeto foi a de conceber um processo mais célere, e por conta disso elencou as situações nas quais o agravo de instrumento possa ser utilizado, deixando transparecer que o propósito é restringir o uso deste recurso pela parte, semelhante como ocorria no Código de Processo Civil de 1939.

Apesar disso João Batista LOPES e Maria Elizabeth de Castro LOPES (2010, p. 165), ao fazerem sugestões ao projeto 166/2010, apontam a seguinte orientação acerca do recurso de agravo:

Se mantidas as restrições ao agravo, deve ser acrescido um inciso ao art. 969 do Projeto com a seguinte redação:

V – manifestamente ilegais ou desprovidas de fundamentação.

Com esse acréscimo, a parte prejudicada poderá levar seu inconformismo imediatamente ao Tribunal, não sendo razoável que tenha que esperar a apelação para apontar a nulidade da decisão interlocutória.

Com isso podemos perceber que existe na seara jurídica certa preocupação quanto a forma que o agravo de instrumento vem sendo disciplinado no projeto, uma vez que o artigo 969 pode deixar de disciplinar outras decisões que venham a causar dano irreparável ou de difícil reparação, como as ilegais ou desprovidas de fundamentação.

Assim, o legislador em busca da celeridade, deve ser prudente para que o processo não resulte na entrega da tutela jurisdicional de forma injusta. Fazendo um paralelo entre o princípio da celeridade e o Projeto do Novo Código de Processo Civil, novamente João Batista LOPES e Maria Elizabeth de Castro LOPES (2010, p. 173-174) acrescentam:

Com efeito, a celeridade não pode atropelar ou comprometer o processo justo de que nos fala Comoglio, ou seja, o reconhecimento e garantia dos direitos, a fundamental exigência de efetividade técnica e qualitativa, o contraditório, o juiz natural etc. Sobre preocupar-se com a celeridade, deverá o magistrado indagar, em cada caso, qual deva ser a duração razoável do processo. Em outras palavras, o processo deve durar o tempo necessário e suficiente para cumprir seus escopos, nem mais, nem menos

O projeto também disciplina no artigo 972 que o agravante poderá requerer a juntada nos autos do processo de cópia da petição do agravo com a finalidade exclusiva de provocar a retratação do juiz que proferiu a decisão. No entanto, caso o agravante não proceda a juntada da cópia das razões do agravo, o agravado terá que se dirigir até ao tribunal, dificuldade ainda maior para o advogado que reside no interior (FRANZÉ, 2011).

De outro lado o § 3º do artigo 970 do projeto, disciplina que a falta de peça obrigatória não implicará em inadmissibilidade do recurso se o agravante ao ser intimado supri-la no prazo de cinco dias, o que apontamos como novidade no rito do agravo de instrumento, pois, no atual Código de Processo Civil não encontramos este dispositivo.

Outra alteração que se verifica no projeto é a que diz respeito ao prazo para a interposição do recurso de agravo de instrumento onde se pode notar pela leitura do § 1º do artigo 948 que o legislador pretende alterar para 15 (quinze) dias o prazo que no atual Código de Processo Civil é de 10 (dez) dias.

Assim, no tocante ao tratamento que é dispensado ao agravo de instrumento no projeto do novo Código de Processo Civil, salvo, a disciplina do artigo 969, 972 e do § 3º do artigo 970 o procedimento deste recurso irá permanecer sem alterações, pois, continuará sendo interposto diretamente no tribunal acompanhado das peças obrigatórias e facultativas.

Também verificamos no projeto pela leitura do artigo 973, inciso I, que o legislador pretende manter os efeitos antecipativo e suspensivo no agravo de instrumento, pois, segundo a redação do respectivo artigo o relator, ao receber o agravo de instrumento “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”.

Ainda em relação ao agravo de instrumento, o projeto disciplina a possibilidade de sustentação oral pelo recorrente nos casos em que este recurso for interposto de decisões interlocutórias referentes a tutelas de urgência ou de evidência, conforme preceito do artigo 892, inciso V, significando de certa forma um avanço, tendo em vista que o atual CPC no artigo 554 veda a possibilidade de sustentação oral durante a sessão de julgamento do agravo de instrumento qualquer que seja o objeto do recurso.

Deste modo, apesar de ser prematura qualquer conclusão, pois somente com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil passando a reger a atividade jurisdicional, em razão de não se verificar mudanças significativas na disciplina do agravo de instrumento acreditamos que este recurso pelo menos nos casos disciplinados pelo projeto do Novo Código de Processo Civil, dentre os quais destacamos ser possível sua interposição de decisões que versem sobre tutelas de urgência ou de evidência, continuará a servir a parte como eficaz meio de acesso à justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo é o meio pelo qual o Estado se utiliza para que a tutela jurisdicional seja prestada da forma mais justa possível, por conta disso, verifica-se que este instrumento da jurisdição é dotado de mecanismos dentre os quais se encontram os recursos, que são importantes meios de impugnação das decisões judiciais erroneamente proferidas.

Dentre os recursos, procurou-se, no presente trabalho, fazer uma abordagem acerca do recurso de agravo de instrumento e a importância que ocupa no atual cenário da jurisdição brasileira como meio de acesso à justiça, pois, funciona como importante ferramenta à qual o jurisdicionado pode lançar mão a fim de buscar a reforma de determinada decisão erroneamente proferida.

Isso porque se verifica que o Estado, pelo artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, assumiu a obrigação constitucional de prestar a tutela jurisdicional da forma mais justa possível e por conta disso concluímos que não só a sentença, mas também as decisões interlocutórias devem ser proferidas de modo que não venham a influenciar de forma negativa o futuro resultado do processo.

Os princípios que foram estudados indicam que o processo hoje passou a ser visto como instrumento da jurisdição, e, portanto, deve funcionar como meio eficaz na entrega da tutela jurisdicional, contudo, a finalidade principal do processo não é só resolver a demanda, antes sim, resolvê-la da forma mais justa.

É certo que as partes no momento em que se encontram em determinado litígio procuram cada qual defender seus interesses, e nesta atividade inerente ao processo em que buscam influenciar o convencimento do juiz a fim de que a sentença venha atender seu propósito, inegável é o surgimento das decisões interlocutórias.

E, justamente neste momento que se verifica a necessidade de uma ferramenta eficaz a fim de combater os erros cometidos ao se decidir determinada questão no curso do processo, pois, caso contrário, perdurando seus efeitos, a tutela jurisdicional a ser prestada pode não ser a mais justa.

Assim, estudamos a teoria geral dos recursos procurando demonstrar que estes meios de impugnação assumem papel imprescindível dentro do processo, uma vez que permitem que o jurisdicionado inconformado com a decisão proferida por erro, vai em busca de sua reforma, indicando a importância do sistema recursal que corrobora e muito para o bom resultado da demanda.

Apontamos que a importância de se ter um meio eficaz de reforma de decisões interlocutórias não se restringe aos dias atuais, pois, vimos que no direito lusitano surgiram as querimas, que eram as queixas e reclamações, gênese do recurso de agravo de instrumento, cuja finalidade era para se recorrer ao Príncipe que após analisá-las lhes dava provimento cujo documento denominava-se carta de justiça.

Desta forma desde tempos remotos já houve necessidade de se estabelecer uma forma de se recorrer de decisões proferidas de forma equivocada no curso do processo para assegurar a justa composição da lide e, partindo deste marco histórico, notamos a presença do recurso de agravo de instrumento em nosso ordenamento o qual primeiro se despontou nas Ordenações Filipinas.

Posteriormente, com o advento do Código de Processo Civil de 1939, o agravo de instrumento passou a ser disciplinado no artigo 842 aonde o legislador na época veio a predeterminar as hipóteses nas quais caberia sua interposição, disciplina que não foi mantida pelo atual CPC, uma vez que este estatuto previa a ampla recorribilidade das decisões interlocutórias, sendo que o recorrente poderia optar pela forma retida ou por instrumento.

Contudo, estudamos que devido ao volume de recursos de agravo de instrumento que eram interpostos, cuidou o legislador em restringir sua interposição a situações nas quais deve estar presente a urgência na reforma da decisão, ou nos casos de inadmissão da apelação ou em decisões que dizem respeito aos efeitos em que a apelação é recebida.

Isto, como vimos, ocorreu com a alteração introduzida na disciplina do agravo primeiro pela Lei 10.352/01 e depois por meio da Lei 11.187/05, que colocou o agravo de instrumento como exceção e elevou a regra o agravo na forma retida, sendo esta nova disciplina voltada a fazer com que o processo dentro de uma visão instrumentalista possa fazer com que a lide venha a ser solucionada o mais rápido possível.

E, apesar da nova disciplina no regime do agravo de instrumento, verificamos que o legislador preocupou-se em mantê-lo para impugnar outras decisões que por não causarem lesão grave ou de difícil reparação há a necessidade de se prontamente buscar a reforma como estudamos no caso do julgamento da liquidação de sentença.

Também verificamos que o agravo de instrumento é importante para o acesso à justiça, uma vez que além do efeito de levar ao tribunal o inconformismo do recorrente para com determinada decisão interlocutória, por meio deste recurso o jurisdicionado pode conseguir que o juiz relator ao recebê-lo lhe conceda em caráter liminar o pedido que fora indeferido ou que ao contrário atribuindo efeito suspensivo impeça os efeitos de determinada decisão.

Estudamos também que mesmo o legislador ao determinar que as decisões proferidas nas audiências de instrução e julgamento sejam impugnáveis por meio do agravo retido, há excepcionalmente situações em que caso a decisão possa causar lesão grave ou de difícil reparação o recurso adequado a ser interposto será o agravo de instrumento.

Procuramos demonstrar ainda que na Lei 9.099/95 em que pese não disciplinar o recurso de agravo de instrumento, há situações que por causarem lesão grave ou de difícil reparação a jurisprudência vem entendendo o cabimento deste recurso, demonstrando mais uma vez sua importância para o acesso à justiça.

Ou seja, torna-se necessário a permanência deste recurso em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que possui a característica de promover a reforma imediata de decisões interlocutórias que proferidas por erro podem gerar efeitos que certamente impedirá que ao jurisdicionado seja entregue a tutela jurisdicional de forma justa.

Também verificamos que o legislador sob o pálio da celeridade processual requereu a uma comissão de juristas a elaboração de um Novo Código de Processo Civil o que foi vertido em anteprojeto tornado-se o PLS 166/2010 (Projeto de Lei do Senado) e atualmente encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados onde recebeu o número PL 8.046/2010.

Por conta do critério celeridade, nota-se que um dos pilares do projeto é a limitação de recursos e principalmente os recursos contra as decisões interlocutórias uma vez que a figura do agravo retido desaparece e como tivemos a oportunidade de demonstrar, a pretensão do legislador é manter o agravo de instrumento como recurso a ser interposto diante das situações elencadas no artigo 969 do projeto.

O propósito não é outro senão o de se reduzir ao máximo o uso do recurso de agravo de instrumento para reforma de decisões interlocutórias, uma vez que tais decisões, segundo o projeto do Novo Código de Processo Civil poderão ser revistas em eventual recurso de apelação.

Contudo, convém salientar que apesar da disciplina que se pretende dispensar ao agravo de instrumento no Novo Código de Processo Civil não verificamos significativas mudanças, pois, apesar de se pretender elencar as hipóteses nas quais o agravo de instrumento será interposto, como antes ocorria no CPC de 1939, notamos que continua sendo indicado como recurso interposto contra decisões interlocutórias que clamam por urgência.

Desta forma, vimos que o Estado ao avocar para si a responsabilidade de prestar a tutela jurisdicional criou um meio adequado a ser observado pelo jurisdicionado. Este meio é o processo que como estudamos deixou de ser entendido como um fim em si mesmo e passou a ser entendido como um instrumento para a entrega da tutela jurisdicional.

Como instrumento destinado a favorecer o acesso à justiça é dotado de um sistema recursal que assume importantíssimo papel para que a atividade jurisdicional venha a cumprir seu papel de pacificação social com justiça, pois, permite ao jurisdicionado buscar a reforma de decisões erroneamente proferidas.

Dentre os recursos trabalhamos o agravo de instrumento, pois, acreditamos que dentre os pronunciamentos judiciais a decisão interlocutória proferida por erro pode causar danos irreparáveis à parte uma vez que em muitos casos se não for imediatamente reformada pode influenciar de forma negativa na entrega da tutela jurisdicional.

Além disso, entendemos que o agravo de instrumento serve o jurisdicionado nos casos em que há urgência na concessão de pedidos elaborados em caráter liminar que foram indeferidos, pois, neste recurso a parte fazendo uso do efeito antecipativo pode requerer ao juiz relator que conceda a medida antes negada em primeiro grau, ou então, ao contrário, que suspenda a decisão, sob pena de causar ao agravante dano irreparável e de difícil reparação.

Por conta disso acreditamos que por meio do estudo realizado conseguimos alcançar nosso objetivo, pois, demonstramos que o agravo de instrumento é um recurso importantíssimo para o jurisdicionado no sentido de poder ser utilizado para reforma de decisões interlocutórias capazes de gerar reflexos negativos na entrega da tutela jurisdicional que por sua vez deve ser a mais justa possível.

Deste modo, como dissemos no início deste trabalho, se a finalidade do processo é a pacificação social, é necessário que as partes que estejam litigando, tenham meios de ao se depararem com uma decisão equivocada proferida no curso do processo possa ter à disposição o meio jurídico adequado para reformá-la a fim de se promover o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, José Roberto; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A acessibilidade como fator de inclusão social das pessoas portadoras com deficiência. ANSELMO, José Roberto; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (org). **Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social**. Birigui: Boreal editora, 2010.

BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à justiça: instrumentos viabilizadores**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BEMFICA, Francisco Vani. **O juiz. O promotor. O advogado. Seus poderes e deveres**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BERTOLO, José Gilmar. **Tutela Antecipada: origem, princípios e diferenciações no direito positivo brasileiro**. São Paulo: Editora Mizuno, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaor Caffé Alves. Bauru: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2011.

_____. Projeto de Lei 8.046/2010. Dispõe sobre projeto do código de processo civil. **CÂMARA**. Disponível em:
<<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0>>

CC8QFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.camara.gov.br%2FproposicoesWeb%2Fprop_most rarintegra%3Fcodteor%3D921859%26filename%3DAvulso%2BPL%2B8046%2F2010&ei=I fxwTq4KZCJtweasoTRDw&usg=AFQjCNExebdppHxmj0j2KD8th_aq9rDjrg&sig2=rz0KX Yy8pzotofrrH5Tgyw>. Acesso em: 09 nov. 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALMON, Petrônio. **Reflexões em torno do agravo de instrumento**. Disponível em: <http://direitoprocessual.org.br/fileManager/Petronio_Calmon___Reflexes_em_torno_do_agrvo_de_instrumento.doc>. Acesso em: 20 jul. 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. vol I. 15 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. PortoAlegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Luciane. **Prova testemunhal**. São Paulo: Editora LTr, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **O novo recurso de agravo e outros estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CIANCI, Mirna. **O acesso à justiça e as reformas do CPC**. São Paulo. Saraiva, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. O novo agravo sem instrumento para os Tribunais Superiores: antecedentes e perspectivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Repro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 190, p.270-275, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **As decisões monocráticas do art. 557 do CPC**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>>. Acesso em: 13 mai. 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. vol.1. 9. ed. Editora Jus Podivum: Bahia, 2008.

_____. Primeiras impressões sobre o parágrafo único do art. 526 CPC. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Incidente processual, questão incidental procedimento incidental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à justiça: da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. **Agravo frente aos pronunciamentos de primeiro grau no processo civil**. 7.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Tutela antecipada recursal**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

FRIGINI, Ronaldo. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis**. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GALDINO, Flavio. A evolução das idéias de acesso à justiça. **Revista autônoma de processo**. Curitiba, n. 3, p. 61/93, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 2.

HUMBOLDT, Wilhelm Von. Princípios das Leis Processuais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo (REPRO)**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 189, p.123-127, 2010.

JORGE, Flávio Cheim. **teoria geral dos recursos cíveis**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Editora LTR

LIMA, Patrícia Carla de Deus. Sobre o julgamento monocrático os embargos de declaração, nos tribunais de acordo com a regra do art. 557 do CPC. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. vol 8.

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Novo código de processo civil e efetividade da jurisdição. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo (REPRO)**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 188, p.163-174, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **O novo regime do agravo**. Disponível em: <http://direitoprocessual.org.br/fileManager/Paulo_Lucon__O_novo_regime_do_agravo.doc>. Publicado em: 15 jul. 2010. Acesso em: 02 ago. 2011.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: RT, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Peçanha. Em torno do agravo. In: I FÓRUM BRASIL DE DIREITO CENTRO DE CONVENÇÕES DA BAHIA, 2000, Bahia. **Anais...** Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BDA9DC537-A450-4634-835C-B7389C546403%7D_027.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2011.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação**. Curitiba: Juruá, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **A motivação das decisões como garantia inerente ao estado de direito**. Temas de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense 1978. vol. V.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. Agravo retido como recurso regra. In: V ENCONTRO REGIONAL ESMAPE (Escola Superior da Magistratura de Pernambuco), 2005, Pernambuco. **Anais...** Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/cej/PaginaPrincipal/artigos/arquivos/AGRAVO%20RETIDO%20COMO%20RECURSO%20REGRA%20-%20DES%20FRED.DOC>>. Acesso em: 29 set. 2011.

NORONHA, Carlos Silveira. **Do agravo de instrumento**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PAULA, Alexandre de. **Código de processo civil anotado**. 5. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 1999.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumento de efetividade no processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

REDONDO, Bruno Garcia. Tutela jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo (REPRO)**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 187, p.319-341, 2010.

SANTOS, Igor Raatz. Processo igualdade e colaboração. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo (REPRO)**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.192, p. 47-80, 2011.

SILVA, Nelson Finotti. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Tese apresentada para o XXXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Inovações do projeto de código de processo civil no âmbito dos recursos. **Jornal Carta Forense**. São Paulo, set. 2011. Caderno A, p. 10.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Tempo e processo**. Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do código de processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo (REPRO)**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.192, p. 194-209, 2011.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 1996.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos como uma forma de fazer render o processo no projeto 166/2010. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo (REPRO)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 189, p.275/283, 2010.

_____. **Os agravos no CPC brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.