

BIANCA MOREIRA DE OLIVEIRA

AGRAVO DE INSTRUMENTO:

**O cabimento em face das decisões interlocutórias
proferidas na audiência de instrução e julgamento**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-CARATINGA

2012

BIANCA MOREIRA DE OLIVEIRA

AGRAVO DE INSTRUMENTO:

O cabimento em face das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial de obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Processual Civil. Orientador: Prof. Alexandre Ferreira.

FIC – CARATINGA

2012

RESUMO

A presente monografia tem por finalidade a discussão sobre o cabimento do agravo de instrumento em face das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento. De acordo com o art. 523, §3º do Código de Processo Civil (CPC), em se tratando de audiência de instrução e julgamento, as decisões interlocutórias ali proferidas somente poderão ser atacadas pelo recurso de agravo retido, que deverá ser interposto oral e imediatamente, devendo as razões recursais constar do próprio termo de audiência. Diante de tal previsão surge o questionamento se é possível a interposição do agravo de instrumento em face das decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento, aplicando-se a regra disposta no art. 522, *caput*, do CPC. Se a decisão interlocutória proferida na audiência de instrução e julgamento causar lesão grave e de difícil reparação à parte, esta terá urgência na apreciação do recurso para a reforma ou invalidação da decisão interlocutória proferida. Desse modo, deve-se permitir ao prejudicado a possibilidade de escolha entre a interposição do agravo retido ou o agravo de instrumento, haja vista que se o juiz de primeira instância não reformar a decisão agravada esta só será apreciada conjuntamente com posterior apelação. Logo, diante da necessidade de urgência de apreciação, o agravo retido poderá se mostrar ineficaz. Assim, não incidirá o disposto no art. 523, §3 do CPC, cabendo a parte prejudicada interpor o recurso de agravo de instrumento, fazendo uso da regra disposta no art. 522, *caput*, do CPC, uma vez que o recurso de agravo retido poderá não se mostrar hábil diante de situações de urgência. A obrigatoriedade da interposição do agravo retido diante das situações acima descritas obstaculiza os princípios do contraditório e da ampla defesa devidamente consagrados na CR/88.

Palavras-chave: decisão interlocutória; audiência de instrução e julgamento; recurso.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
 CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL	
1.1 Distinção entre garantias e princípios constitucionais	13
1.2 Princípio do devido processo legal	16
1.3 Princípio da inafastabilidade da jurisdição	18
1.4 Princípio do contraditório	20
1.5 Princípio da ampla defesa	22
 CAPÍTULO II - TEORIA GERAL DOS RECURSOS	
2.1 Processo e procedimento: o impacto dos atos processuais	25
2.2 Princípios recursais	30
2.3 Condições do recurso.....	36
2.3.1 Cabimento, legitimidade e interesse recursal	37
2.4 Recursos e a faculdade de agir: a discricionariedade da parte	39
 CAPÍTULO III –O AGRAVO	
3.1 Conceito e cabimento	41
3.2 A possibilidade de inadequação do agravo retido em face de situações de urgência	47
3.2 O cabimento do agravo de instrumento em face das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento	48
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 56
 REFERÊNCIAS	 58

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais Paulo e Marilha, que nunca mediram esforços para que chegasse até aqui e ao Will pelo privilégio de ser sua irmã. Sou feliz por ter vocês ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que é o único merecedor de toda honra e glória! “Para que todos vejam e saibam, considerem e juntamente entendam que a mão do Senhor fez isso, e o Santo de Israel o criou”. (Isaías 41.20).

EPÍGRAFE

“Não tenho metas ou objetivos a alcançar.
Tenho princípios. E na companhia deles, nem
me pergunto aonde vou chegar”.

Carlos Ayres Britto.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, sob o tema “Do cabimento do agravo de instrumento em face das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento”, tem por objetivo perquirir acerca da possibilidade de se interpor o agravo de instrumento em face das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento, como exceção à regra contida no art. 523, §3º do CPC. Assim sendo, levanta-se como problema de pesquisa a possibilidade de que, não obstante a redação do art. 523, §3º do CPC, que dispõe que “das decisões interlocutórias proferidas em 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”, quando estas decisões forem suscetíveis de causar lesão grave e de difícil reparação, poderá ser admitido a interposição de agravo de instrumento em face de decisão interlocutória proferida em audiência de instrução e julgamento aplicando-se a regra disposta no art. 522, *caput*, do CPC.

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico-dogmática do objeto em análise, estudando as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema. Trata-se também de uma pesquisa de natureza transdisciplinar, envolvendo o Direito Civil, o Direito Processual Civil e o Direito Constitucional.

A presente pesquisa tem como marco teórico a corrente jurídica que sustenta o cabimento do agravo de instrumento em face das decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento, a qual tem por adepto Fredie Didier Júnior, em sua obra “Curso de Direito Processual Civil – Meios de Impugnação às decisões Judiciais e Processos nos Tribunais”, o qual prescreve:

[...] Não se considera relevante a menção, feita no §3º do art. 523, à obrigatoriedade de agravo retido contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento. Isso porque, havendo urgência, caberá agravo de instrumento, pouco importa o momento em que a decisão foi tomada. Não há interesse recursal na interposição de agravo retido em

situações de urgência. O critério não é cronológico, é circunstancial: está relacionado com a aptidão da decisão interlocutória para gerar danos.¹

A partir de então, encontra-se substrato à confirmação da hipótese que, se a decisão interlocutória proferida em audiência de instrução e julgamento causar à parte lesão grave e de difícil reparação a situação sairá da área de incidência do art. 523, § 3º do CPC. Logo, a parte prejudicada deverá fazer uso da regra disposta no art. 522, *caput* do CPC, podendo interpor o recurso de agravo de instrumento, haja vista que o recurso de agravo retido poderá não ser hábil diante de situações de urgência, bem como sua obrigatoriedade obstaculiza os princípios do contraditório e da ampla defesa estampados no art. 5º, inciso LV da Constituição da República de 1988 (CR/88).

Neste sentido, a monografia será dividida em três capítulos. O primeiro capítulo será dedicado à análise dos princípios constitucionais do processo civil, fazendo a distinção entre as garantias e os princípios constitucionais.

O segundo capítulo, abordará a teoria geral dos recursos, perquirindo acerca do processo e seu procedimento analisando os impactos dos atos processuais, bem como sobre os princípios recursais e as condições do recurso e, em especial, sobre a legitimidade e o interesse recursal. Ainda, o referido capítulo analisará a discricionariedade da parte nos recursos.

Por derradeiro, o terceiro capítulo será dedicado ao exame da possibilidade de inadequação do agravo retido em face de situações de urgência, bem como sobre o cabimento do agravo de instrumento em face das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento.

¹DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p.147.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Para que se compreenda o problema de pesquisa ora desenvolvido, qual seja se é possível a interposição de agravo de instrumento em face das decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento aplicando-se a regra disposta no art. 522, *caput*, do CPC, necessário se fazer algumas conceituações.

Inicialmente, no que diz respeito aos recursos, Scarpinella, citando Nery Júnior esclarece que:

Recurso é o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada.²

Logo, tem-se que o recurso é um remédio processual que possibilita às partes, dentro do mesmo processo, o esclarecimento, a integração, a invalidação ou a reforma de uma decisão judicial, e para que haja esta reapreciação, seja pelo juízo que proferiu a decisão seja pela instância superior, é necessário que estejam presentes certos pressupostos de admissibilidade, dentre eles o interesse recursal e a recorribilidade da decisão.

Pertinente consignar, que o recurso é um remédio voluntário, ou seja, é uma faculdade da parte que pretende, dentro do mesmo processo, alterar situações jurídicas invalidando, revisando ou integrando uma decisão judicial.

Como leciona Didier Júnior

O recurso é 'simples aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo'. O direito de recorrer é conteúdo do

² NERY JUNIOR *apud* BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 5**: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 10.

direito de ação (e também do direito de exceção), e o seu exercício revela-se como desenvolvimento do direito de acesso aos tribunais.³

É necessário que haja utilidade, bem como necessidade para a interposição de recurso. Portanto se faz necessário que o recurso interposto seja apto a atingir os fins procurados pelas partes recorrentes, qual seja o reexame da decisão atacada buscando sua integração, reforma, invalidação ou seu esclarecimento.

Assim sendo, o recurso deverá possibilitar à parte a defesa de seus interesses, bem como preservá-los, proporcionando ao juiz uma possibilidade de rever a decisão por ele proferida e atacada pelo recorrente.

No que tange à recorribilidade da decisão, dos atos do juiz de primeiro grau, desafiam recursos as sentenças e as decisões interlocutórias, em face do disposto no artigo 504 do CPC, sendo que contra aquelas caberá apelação, e contra estas caberá o agravo, sendo que o recurso de agravo poderá ser na forma retida ou por instrumento. Saliente-se, que ainda poderão ser interpostos embargos de declaração em face das sentenças e das decisões interlocutórias, desde que presentes alguma das hipóteses descritas no art. 535 do CPC.

Conforme conceituado pelo CPC, em seu artigo 162, §2º, “decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.⁴ Assim, decisão interlocutória é toda decisão proferida pelo juiz sem encerrar o procedimento em primeira instância.

Nery Júnior, sobre o conteúdo da decisão interlocutória, nos ensina que:

O conteúdo do ato é relevante, mas não suficiente para qualificá-lo, importando também a *finalidade* do mesmo ato: se tem o conteúdo do CPC 267 ou 269 e, também, extingue o processo, é *sentença*; se contém matéria do CPC 267 ou 269, mas não extingue o processo e sim resolve questão incidente, é *decisão interlocutória*.⁵

³ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p.20.

⁴ BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. “Institui o Código de Processo Civil”. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 257.

⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **CPC Comentado e Legislação Extravagante**. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 874.

Por fim, necessário se faz tecer algumas considerações sobre a audiência de instrução e julgamento.

Dentre as diversas etapas do processo, a audiência de instrução e julgamento é o momento processual onde será feita a colheita das provas orais, sem prejuízo do julgador proferir decisões interlocutórias sobre questões incidentes. Portanto, momento de suma importância, visto que nela, de acordo com as provas produzidas, o juiz formará o seu convencimento.

Nos ensinamentos de Theodoro Júnior:

Audiência é o ato processual solene realizado na sede do juízo que se presta para o juiz colher a prova oral e ouvir pessoalmente as partes e seus procuradores. (...) Mas a principal audiência regulada pelo Código de Processo Civil é a de instrução e julgamento (art. 450-457), que é momento integrante do procedimento ordinário e também se aplica a todos os demais procedimentos, desde que haja prova oral ou esclarecimentos de peritos a ser colhidos da decisão do feito.⁶

Sobre a audiência de instrução e julgamento, ensina Câmara:

A AIJ é, em verdade, uma sequência ordenada de atos processuais, que se sucedem na forma prevista na lei (o que permite falar na existência de um procedimento da audiência de instrução e julgamento). Estes atos processuais, que serão praticados quase que simultaneamente, formam, em seu conjunto, a audiência de instrução e julgamento. É por esta razão que, mais do que um ato complexo, a AIJ se afigura um complexo de atos processuais.⁷

Destarte, a AIJ se afigura momento processual de extrema relevância, sendo que, no decorrer da mesma poderão ser proferidas decisões interlocutórias suscetíveis, ou não, de causar à parte lesão grave e difícil reparação, e tais decisões nem sempre estarão relacionadas com a produção das provas.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento**. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 499.

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil: Volume I**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 355.

CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL

1.1. Distinção entre garantias e princípios constitucionais

O Direito processual, bem como todos os ramos do direito, está intrinsecamente ligado à Constituição da República de 1988, haja vista que esta fixa as bases, os contornos e os princípios sobre os quais será erguido todo o arcabouço normativo do sistema brasileiro.

Assim, uma vez que a CR/88 é a ordem jurídica fundamental da coletividade, vê-se que nela se encontram instituídas determinadas garantias aos cidadãos, bem como emanam dela determinados princípios norteadores dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Necessário, portanto que se faça a diferenciação entre as garantias e princípios constitucionais.

O Título II da CR/88 dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, sendo pertinente colacionar os ensinamentos de Rui Barbosa, citado por Lenza, que, ao lecionar sobre o tema, distinguiu

as disposições meramente *declaratórias*, que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*, estas as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.⁸

Portanto, tem-se que as garantias constitucionais são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos demais direitos declarados constitucionalmente. As garantias agem reforçando o direito instituído, dando-lhe um alcance maior.

Bonavides considera que

⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p.741.

A garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.⁹

Logo, os direitos inerentes à pessoa humana obtêm uma proteção efetiva mediante os procedimentos e determinações entabulados pelas garantias constitucionais.

Lado outro, os princípios constitucionais funcionam como harmonizadores e unificadores do sistema jurídico, são diretrizes para os órgãos formadores do direito.

Nery Júnior, citando Virgílio Afonso, leciona que os

princípios são definidos como 'mandamentos nucleares' ou 'disposições fundamentais' de um sistema, ou, ainda, como 'núcleos de condensações'. A nomenclatura pode variar um pouco de autor para autor – e são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil -, mas a ideia costuma ser a mesma: *princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema*, enquanto as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental.¹⁰

Ainda, na concepção de Bandeira de Mello, citado por Carvalho, princípio jurídico é

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹¹

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.537.

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

¹¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 558-559

Logo, os princípios constitucionais funcionam como orientadores para a interpretação dos institutos que integram a Carta Magna de 88, bem como todos os demais ramos do direito.

Bueno afirma que

Os princípios são importantes auxiliares no ato do conhecimento, na compreensão global do sistema. São a base do ordenamento jurídico. São as ideias fundamentais e informadoras de qualquer organização jurídica. São os elementos que dão racionalidade e lógica, um sentido de coesão e unidade ao ordenamento jurídico. Dão ao todo um aspecto de coerência, logicidade e ordenação. São instrumentos de construção de um sistema, seu elo de ligação, de coordenação, sua ordem e sua unidade.¹²

Pertinente salientar, que nem todos os princípios são direito positivo dentro do âmbito em que foi criado, sendo certo ainda, que os princípios mais fortes são aqueles não escritos.

Conforme afirma Josef Esser, citado por Nery Júnior “os princípios são diretrizes (*guides*) para os órgãos formadores do direito, como o são todas as máximas e regras das soluções transmitidas, concreções da experiência judicial”.¹³

Destarte, tem-se que os princípios se qualificam como premissas básicas, sendo que em torno deles gravita todo o sistema jurídico, servindo de direcionamento na edificação de normas, bem como de orientação da dinâmica processual. Por outro lado, as garantias se mostram como instrumentos constitucionais que visam assegurar o efetivo exercício dos direitos consagrados.

Feita tal distinção, passaremos a análise dos principais princípios constitucionais do processo civil.

¹² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 34.

1.2. Princípio do devido processo legal

O princípio constitucional fundamental do processo civil é o do devido processo legal, consagrado no art. 5º, inciso LIV da CR/88 que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”¹⁴, sendo que este pode ser considerado gênero do qual todos os demais princípios processuais são espécies.

Igualmente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu artigo XI, nº1 dispõe que

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.¹⁵

Tal princípio visa assegurar a toda e qualquer pessoa o pleno acesso à justiça, devendo tal garantia ser entendida como uma garantia de acesso à ordem jurídica justa, conforme leciona Câmara

A garantia do acesso à justiça (ou como prefiro, do acesso à ordem jurídica justa) deve ser uma garantia substancial, assegurando-se assim a todos aqueles que se encontrem como titulares de uma posição jurídica de vantagem que possam obter uma verdadeira e efetiva tutela jurídica a ser prestada pelo Judiciário. A garantia de acesso à ordem jurídica justa, assim, deve ser entendida como a garantia de que todos os titulares de posições jurídicas de vantagem possam ver prestada a tutela jurisdicional, devendo esta ser prestada de modo eficaz, a fim de se garantir que a já referida tutela seja capaz de efetivamente proteger as posições de vantagem mencionadas.¹⁶

¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 24.

¹⁵ BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 1739.

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil: Volume I**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 36.

Certo é que a Constituição da República de 88 consagrou o devido processo legal como garantia constitucional, como forma de enfatizar a importância de tal princípio, sendo certo que o direito à tutela jurisdicional adequada pressupõe a existência e o desenvolvimento de um processo devido.

Nery Júnior afirma que

A cláusula *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.¹⁷

Destarte, o devido processo legal se manifesta como dupla proteção ao indivíduo, uma vez que lhe assegura no âmbito material o direito de liberdade, e no âmbito formal a total paridade de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa.

Pertinente consignar os ensinamentos de Bueno que afirma que

O processo deve ser devido porque, em um Estado Democrático de Direito, não basta que o Estado atue de qualquer forma, mas deve atuar de uma específica forma, de acordo com regras preestabelecidas e que assegurem, amplamente, que os interessados na solução da questão levada ao Judiciário exerçam todas as possibilidades de ataque e de defesa que lhe pareçam necessárias, isto é, de *participação*. O princípio do devido processo legal, neste contexto deve ser entendido como o princípio regente da atuação do Estado-juiz, desde o momento em que ele é provocado até o instante em que o Estado-juiz, reconhecendo o direito lesionado ou ameaçado, crie condições concretas de sua reparação ou imunização correspondente.¹⁸

Portanto, o devido processo legal é o direito do indivíduo a um processo justo, é o meio concreto de praticar o processo judicial delineado na CR/88 visando assegurar o pleno acesso à Justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade.

¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 87.

¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 141.

1.3. Princípio da inafastabilidade da jurisdição

Dispõe o art. 5º, inciso XXXV da CR/88 que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹⁹. O referido dispositivo consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também conhecido como princípio do direito de ação, sendo este assegurado como garantia fundamental.

Referida cláusula constitucional pontifica que todos, indistintamente, têm direito à busca da tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva, sendo certo que tal princípio não garante apenas o acesso aos diversos órgãos integrantes do Poder Judiciário, mas também o direito a uma tutela jurisdicional adequada.

Nery Júnior leciona que

Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao *processo justo*, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente.²⁰

Necessário consignar, que ao indivíduo não é garantido apenas a possibilidade de provocação do poder judiciário buscando a proclamação de seu direito subjetivo material, mas também deve lhe ser garantido um resultado útil dele imanente.

Outrossim, o processo não pode ser entendido como um fim em si mesmo, mas sim como um instrumento destinado a salvaguarda dos direitos individuais e coletivos, sob a cura do Poder Judiciário, redundando na realização prática de justiça.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, também garantido constitucionalmente, visa assegurar que o Estado-juiz não recuse a prestação da tutela jurisdicional. Todavia, o mesmo não está obrigado a proferir decisão favorável

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 24

²⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 175.

ao autor, sendo que a tutela jurisdicional será prestada no momento em que o Estado-juiz aplicar o direito ao caso concreto que foi trazido pelo particular.

Nery Júnior afirma que o direito de ação é

Um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um *direito subjetivo à sentença tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação. A realização de um direito subjetivo é alcançada quando se consegue o objeto desse mesmo direito. Como o objeto do direito subjetivo de ação é a obtenção da tutela jurisdicional do Estado, deve entender-se por realizado o direito subjetivo de ação assim que pronunciada a sentença, favorável ou não ao autor.²¹

O princípio ora analisado garante a todos o acesso ao Judiciário, e por outro lado impõe ao Estado o dever de tutelar os direitos que estejam realmente sendo lesados ou ameaçados.

Todavia, o fato de a CR/88 garantir a todos os indivíduos a possibilidade de obter a tutela jurisdicional efetiva não as desobriga do dever de preencher as condições da ação, bem como os pressupostos processuais.

Neste sentido, Carvalho, citando Moraes, leciona que

O fato de a Constituição Federal reconhecer a todas as pessoas o direito de obter a tutela judicial efetiva por parte dos juízes ou Tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos não as desobriga ao cumprimento às condições da ação e dos pressupostos processuais legalmente estabelecidos. Dessa forma, essas previsões não encontram qualquer incompatibilidade com a norma constitucional, uma vez que se trata de requisitos objetivos e genéricos, que não limitam o acesso à Justiça, mais sim regulamentam-no.²²

Desse modo, se mostra necessário que o indivíduo preencha as condições da ação, quais sejam a legitimidade das partes, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido, bem como os pressupostos processuais.

²¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 175.

²² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.740

Portanto, o princípio da inafastabilidade da jurisdição tem como corolário o direito a uma tutela jurisdicional adequada, sendo que o Judiciário deverá tutelar de forma efetiva os direitos lesados ou ameaçados que a ele são levados, funcionando o processo como um instrumento para uma prestação jurisdicional realmente útil.

1.4. Princípio do contraditório

Um dos mais relevantes corolários do princípio do devido processo legal é o princípio do contraditório, consagrado na CR/88 em seu art. 5º, inciso LV segundo o qual “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”²³. Tal princípio se apresenta como decorrência do princípio da igualdade e é a garantia da participação e influência efetiva das partes sobre a formação da convicção do magistrado ao longo de todo o processo.

Conforme leciona Theodoro Júnior, colacionando o entendimento do Supremo Tribunal Federal,

O contraditório se desdobra nos seguintes direitos assegurados às partes: (i) *direito de informação*, que obriga o julgador a informar a parte contrária todo o ato praticado no processo, com explicitação dos seus elementos; (ii) *direito de manifestação*, que assegura ao litigante a possibilidade de manifestar-se sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; (iii) *direito de ver seus argumentos considerados*, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas.²⁴

Portanto, o direito ao contraditório garante aos indivíduos a possibilidade de tomarem conhecimento de todos os atos processuais, bem como poderem se manifestar acerca dos mesmos visando garantir a isonomia das partes no exercício

²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 24

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.36.

das faculdades processuais. Tal princípio, que também é garantia constitucional, é absoluto e a sua inobservância pode gerar a nulidade do processo.

Nery Júnior ensina que

O princípio do contraditório, além de se constituir fundamentalmente em manifestação do princípio do *estado de direito*, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório.²⁵

Saliente-se que é dever do Estado-juiz assegurar aos indivíduos o contraditório. Entretanto, aos indivíduos é dada a possibilidade de exercerem ou não o direito ao contraditório, conforme afirma Theodoro Júnior “ninguém é obrigado a defender-se. O direito de participar do contraditório é, nessa ordem, disponível”.²⁶

Câmara afirma que

O processo justo (ou, em outras palavras, o devido processo legal) exige não apenas o contraditório, mas também isonomia, o que nos leva a concluir que a garantia constitucional do *due process of law* só estará verdadeiramente assegurada onde os dois conceitos – de contraditório e isonomia – conviverem harmonicamente, tendo as partes do processo não só oportunidade de participação, mas identidade de oportunidades. Em outras palavras, há que se assegurar não só o contraditório, mas um contraditório que, além de efetivo (ou seja, capaz de permitir resultados adequados na formação do provimento jurisdicional), seja também equilibrado, o que se assegura com a igualdade substancial de tratamento deferida às partes.²⁷

Conclui-se, portanto, que o princípio do contraditório é essencial ao direito processual, haja vista que o mesmo é de extrema relevância para a efetivação prática da garantia constitucional do devido processo legal. Ademais, tendo em vista seu caráter absoluto, nenhum processo ou procedimento poderá ser disciplinado

²⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 175.

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.38.

²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil: Volume I**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 52.

sem assegurar às partes a regra da isonomia no exercício das faculdades processuais, sob pena de caracterizar cerceamento de defesa, causa de anulação do processo ou de procedimento.

Assim, conforme leciona Nery Júnior “por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis”.²⁸

1.5. Princípio da ampla defesa

Também se encontra consagrado no art. 5º, inciso LV da CR/88, juntamente com o princípio do contraditório, o princípio da ampla defesa, que visa garantir aos indivíduos condições concretas de deduzirem alegações que efetivamente tenham aptidão para fazer valer sua pretensão ou defesa nos processos ou procedimentos em que forem partes, bem como o direito de provar referidas alegações, de todas as formas legalmente aceitas.

Conforme preleciona Nery Júnior

Ampla defesa significa permitir às partes a dedução adequada de alegações que sustentem sua pretensão (autor) ou defesa (réu) no processo judicial (civil, penal, eleitoral, trabalhista) e no processo administrativo, com a consequente possibilidade de fazer a prova dessas mesmas alegações e interpor os recursos cabíveis contra as decisões judiciais e administrativas.²⁹

Deve ser assegurada às partes não só a possibilidade de tomarem conhecimento de todos os atos do processo, mas também poderem se defender contra as alegações adversas, utilizando para isso de todos os meios legais admitidos.

²⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 210.

²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 248-249.

Pertinente consignar, que também deve ser colocada a disposição das partes os recursos técnicos para o exercício da ampla defesa, e não só a possibilidade de utilizar todos os recursos processualmente permitidos.

Dispõe o art. 5º, inciso LXXIV da CR/88 que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”³⁰. Assim, o Estado também tem o dever de prestar a assistência jurídica integral para que a parte que não possua recursos suficientes também possa exercer de forma integral a ampla defesa.

Bueno afirma que

Outro desdobramento interessante de ser colocado em destaque acerca do “princípio da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerente” diz respeito à necessária disponibilização, para o réu, não só das condições de oferecer resposta oportuna mas, muito além disto, das condições necessárias de comprovar o acerto de sua defesa, influenciando, desta forma, na convicção do magistrado. O tema, que guarda inegável entrelaçamento com o “princípio do contraditório” na forma exposta pelo número anterior, quer evidenciar, apenas e tão somente, que, em um modelo de Estado como o brasileiro, não é suficiente a previsão *formal* de uma garantia processual. É mister a criação de condições mínimas e suficientes para seu escorreito exercício. Assim, não basta se defender mas também se faz necessário criar condições de se exercer adequadamente esta defesa.³¹

Ademais, conforme ensina Nery Júnior

o direito à ampla defesa e ao contraditório (CF 5º LV) e a garantia da proteção jurídica efetiva (CF 5º XXXV) consistem na proteção da dignidade humana por meio dos processos judicial e administrativo. O *due process of law* (CF 5º.LIV) constitui uma das mais importantes garantias da dignidade humana.³²

Portanto, vê-se que muito além de ser garantido às partes a possibilidade de se defenderem por todos os meios legalmente possíveis, necessário que lhes seja

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 24

³¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150.

³² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 248-249

colocado a disposição todos os meios técnicos para que o direito da ampla defesa possa ser exercido de maneira integral e satisfatória, visando sempre a garantia do devido processo legal, como consequência da garantia da dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO II – TEORIA GERAL DOS RECURSOS

2.1. Processos e procedimentos: o impacto dos atos processuais

Em face da garantia constitucional do amplo acesso à jurisdição, disposto no art. 5º, inciso XXXV da CR/88, estabeleceu-se a jurisdição, que é conceituada por Câmara “como função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja realizando-a praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática”.³³

A prestação jurisdicional é realizada através de uma série de atos que formam o procedimento judicial, cujo conteúdo sistemático é o processo. No momento em que o indivíduo busca a tutela do Estado em face de uma lesão ou ameaça a um dos seus direitos, o Estado-juiz prestará a proteção almejada através de um processo judicial que adotará um procedimento específico para melhor adequar o processo às necessidades de cada caso concreto. Theodoro Júnior leciona que

*Processo, como já se afirmou, é o método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto.*³⁴

Assim, o processo se mostra como método de manifestação da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, sendo que, de acordo com seus objetivos eles se apresentará de três formas, quais sejam, processo de conhecimento, processo de execução e o processo cautelar.

Conforme ensina Theodoro Júnior

³³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**: Volume I. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 69.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.59.

Todo processo tende a um *provimento* (ou providência) do órgão judicial, com que se realiza a satisfação do direito à prestação jurisdicional. No processo de conhecimento esse provimento é a sentença; no processo de execução, é a medida prática (concreta, material) com que se realiza a prestação correspondente ao direito do credor; no processo cautelar é qualquer medida prática com que se afasta a situação de perigo em que o processo principal se vê envolvido.³⁵

Lado outro, tendo em vista a busca pela melhor solução do caso concreto, o juiz adotará o procedimento mais adequado, sendo que o CPC estabelece o procedimento comum, que se subdivide em rito ordinário ou rito sumário, e os procedimentos especiais, que são os ritos próprios para o processamento de determinadas causas estipuladas pelo legislador no livro IV do CPC e em leis extravagantes, sendo que, há duas modalidades de procedimentos especiais: os de jurisdição contenciosa e os de jurisdição voluntária.

Destarte, qualquer que seja o procedimento adotado, no decorrer do processo será praticado inúmeros atos, sejam eles das partes, sejam do juiz ou de seus auxiliares. Theodoro Júnior, citando Chiovenda, ensina que

São atos jurídicos processuais os que têm importância jurídica em respeito à relação processual, isto é, os atos que têm por consequência imediata a *constituição*, a *conservação*, o *desenvolvimento*, a *modificação* ou a *definição* de uma relação processual.³⁶

Os atos das partes, disciplinado nos artigos 158 a 161 do CPC, se voltam, basicamente, a verificar de que maneira as partes podem e conseguem se manifestar no processo. Ainda, os atos dos auxiliares são disciplinados nos artigos 166 a 171 do CPC.

Outrossim, em face da necessidade do Estado-juiz conduzir o processo visando a melhor solução para o caso concreto, no decorrer do processo este praticará determinados atos, que, conforme definição do art. 162, *caput*, do CPC “consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos”.³⁷

³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.63.

³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.229.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. “Institui o Código de Processo Civil”. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 257.

De acordo com a definição dada pelo CPC, em seu art. 162, §1º, “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”³⁸. Portanto, de acordo com a doutrina, podem-se classificar as sentenças em terminativas e definitivas.

As sentenças terminativas são aquelas que põem fim ao processo, contudo, não adentram no mérito da questão, sendo que tais sentenças são as disciplinadas no art. 267 do CPC. Lado outro, as sentenças disciplinadas no art. 269 do CPC são aquelas consideradas pela doutrina como definitivas, uma vez que julgam a lide apreciando o mérito.

Theodoro Júnior sobre o tema afirma que

As terminativas “põem fim ao processo, sem lhe resolverem, entretanto, o mérito” (casos de extinção do processo previstos no art. 267). Após elas, subsiste ainda o direito de ação, isto é, o direito de instaurar outro processo sobre a mesma lide, já que esta não chegou a ser apreciada. *Definitivas* são as sentenças “que decidem o mérito da causa, no todo ou em parte”, e, por isso, extinguem o próprio direito de ação”. Após esta modalidade de julgado, não é mais possível às partes a propositura de outra causa sobre a lide, que nele encontrou sua definitiva solução.³⁹

Portanto, a fundamentação da sentença proferida pelo juiz terá grande efeito para as partes litigantes, haja vista que se a mesma for terminativa ou definitiva a incidência da coisa julgada ocorrerá de maneira distinta.

Uma vez transitada em julgado a sentença, forma-se a coisa julgada, sendo pertinente distinguir a coisa julgada formal da coisa julgada material, haja vista que aquela é comum a todas as sentenças e esta apenas se forma nas sentenças de mérito.

Acerca da coisa julgada formal, Fidélis dos Santos afirma que

A coisa julgada formal decorre simplesmente da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença, ou contra o acórdão que confirmou a sentença, ou extinguiu o processo, não importa tenha havido ou

³⁸ BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. “Institui o Código de Processo Civil”. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 257.

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.245.

não julgamento da lide, do mérito. Ela é comum a toda e qualquer decisão e se refere, exclusivamente, ao processo em que foi aquela proferida.⁴⁰

Assim, a coisa julgada formal pode ser entendida como a imutabilidade da sentença, impedindo que se reabra a discussão acerca do objeto do processo no mesmo feito. Portanto, a extinção do processo com fulcro no art. 267 do CPC não obsta que o autor intente de novo a ação, salvo no caso de acolhimento de perempção, litispendência ou de coisa julgada, de acordo com o art. 268 do CPC.

Lado outro, coisa julgada material consiste tanto na imutabilidade da sentença quanto na impossibilidade de discussão de seu conteúdo. Este é o conceito trazido pelo CPC em seu art. 467 que dispõe que “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”⁴¹.

Portanto, uma vez operada a coisa julgada material, a matéria objeto da lide não poderá ser novamente discutida em nenhum outro processo.

Sobre a coisa julgada material e formal, Didier Júnior leciona que

*A coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa mais ser impugnada por recurso – seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo decurso do prazo do recurso cabível. Trata-se de fenômeno endoprocessual, decorrente da irrecorribilidade da decisão judicial. Revela-se, em verdade, como uma espécie de preclusão (...), constituindo-se na perda do poder de impugnar a decisão judicial no processo em que foi proferida. Seria a *preclusão máxima* dentro de um processo jurisdicional. Também chamada de 'trânsito em julgado'. (...) A *coisa julgada material* é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com eficácia endo-extraprocessual.*⁴²

Destarte, vê-se que a sentença proferida nos autos poderá produzir diferentes efeitos na vida das partes litigantes, a depender se a mesma será fundamentada no

⁴⁰ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil, volume I: processo de conhecimento**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 723.

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. “Institui o Código de Processo Civil”. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 273.

⁴² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 553.

art. 267 ou 269 do CPC, sendo ainda pertinente salientar que a segurança jurídica que advém da coisa julgada é devidamente protegida pela CR/88 em seu art. 5º, inciso XXXVI que dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”⁴³.

Diferentemente das sentenças, as decisões interlocutórias, conforme conceituação trazida pelo art. 162, §2º do CPC é “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.⁴⁴ As decisões interlocutórias são as deliberações do juiz no curso do processo que visam solucionar as questões incidentes sem levar ao encerramento do feito.

A decisão interlocutória possui um conteúdo específico, haja vista que ela se presta a resolver os percalços que aparecerem no decorrer do processo, sem que a decisão resolva o mérito da lide pondo fim ao processo ou apenas sirva para dar o andamento no processo.

Muito embora a decisão interlocutória não tenha o condão de colocar fim ao processo, esta poderá produzir inúmeros efeitos nos litigantes haja vista que poderá declarar a preclusão de determinados atos, indeferir uma antecipação de tutela ou pedido liminar, dentre outras questões que poderá causar às partes lesões graves ou de difícil reparação a depender do conteúdo da decisão proferida.

Por derradeiro, temos os despachos, conceituados pelo CPC em seu art. 162, §3º como “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”⁴⁵.

Rios Gonçalves afirma que

A forma mais eficiente para distinguir as decisões interlocutórias dos despachos é a verificação de seu potencial para trazer prejuízo às partes. Se o ato processual puder fazê-lo, será considerado decisão interlocutória, independentemente de seu teor. Os despachos de mero expediente são aqueles que não têm nenhum conteúdo decisório, sendo incapazes de provocar qualquer prejuízo às partes. A sua finalidade principal é impulsionar o processo e impedir eventuais vícios ou irregularidades.⁴⁶

⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 24.

⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. “Institui o Código de Processo Civil”. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 257.

⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. “Institui o Código de Processo Civil”. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 257.

⁴⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 231.

Certo é que conforme dispõe o art. 262 do CPC “o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”⁴⁷. Assim sendo, uma vez provocada a atividade jurisdicional, ao juiz incumbe desenvolvê-lo independentemente de provocação dos litigantes, através do impulso oficial.

Conforme leciona Theodoro Júnior “despacho são as ordens judiciais dispendo sobre o andamento do processo, também denominadas ‘despachos ordinatórios ou de expediente’. Com eles não se decide incidente algum: tão somente se impulsiona o processo”.⁴⁸

Destarte, tem-se que os despachos não possuem qualquer caráter decisório, possuindo apenas a função de dar impulso ao processo conduzindo-o em sua trajetória normal rumo à sentença, haja vista que se assim não for, configurará, na realidade, decisão interlocutória e não mero despacho.

2.2. Princípios recursais

Em decorrência do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição estampado no art. 5º, inciso XXXV da CR/88, é assegurado às partes a possibilidade de interpor recursos em face das decisões judiciais que lhe gerarem inconformismo.

Pertinente consignar que, de acordo com o instituído pelo CPC, as partes podem interpor recurso em face das decisões interlocutórias e das sentenças proferidas pelo juiz, haja vista que conforme disposto no art. 504 do CPC “dos despachos não cabe recurso”⁴⁹.

Conforme conceitua Nery Júnior

Recurso é o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. “Institui o Código de Processo Civil”. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 262.

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 244.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. “Institui o Código de Processo Civil”. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 276.

jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada.⁵⁰

Não obstante os princípios constitucionais do processo civil, os recursos obedecem a princípios próprios, quais sejam o princípio do duplo grau de jurisdição, taxatividade, singularidade, fungibilidade e proibição da *reformatio in pejus*, os quais passaremos a analisar.

Deriva do princípio constitucional do devido processo legal, o princípio do duplo grau de jurisdição, que consiste na possibilidade de se impugnar a decisão judicial e submetê-la a reapreciação pelo mesmo ou outro órgão de jurisdição.

Theodoro Júnior leciona que “o instituto do recurso vem sempre correlacionado com o princípio do duplo grau de jurisdição, que consiste na possibilidade de submeter-se a lide a exames sucessivos, por juízes diferentes, 'como garantia da boa solução’”⁵¹.

Tendo em vista que o inconformismo com as decisões proferidas é comum ao ser humano, necessário se faz que seja garantido aos mesmos a possibilidade de submeter a decisão proferida a um duplo exame.

Pelo princípio do duplo grau de jurisdição as decisões judiciais recorridas poderão ser revistas pelo próprio órgão que proferiu a decisão ou por órgão diverso deste. Tal princípio visa garantir uma melhor prestação jurisdicional, uma vez que a possibilidade de revisão das decisões assegura uma melhor análise da lide, bem como assegura a possibilidade de que eventual equívoco, ilegalidade ou injustiça da decisão proferida seja revista.

Saliente-se que o duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional e sim princípio constitucional. Neste sentido são os ensinamentos de Didier Júnior que afirma que

Daí se infere que a Constituição Federal prestigia o duplo grau de jurisdição como princípio, e não como garantia. Considerando que o princípio não precisa estar expressamente previsto para que esteja embutido no sistema normativo, pode-se concluir que a Constituição Federal, ao disciplinar o Poder Judiciário como uma organização hierarquizada, prevendo a

⁵⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 809.

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 582.

existência de vários tribunais, tem nela inserido o princípio do duplo grau de jurisdição.⁵²

O princípio da taxatividade dispõe que não há recursos que não tenham sido criados por lei. Logo, as partes não poderão de comum acordo criar mecanismos para impugnar as decisões judiciais além daquelas que já se encontram estabelecidas pelo legislador.

Nery Júnior afirma que

O princípio da taxatividade decorre do CPC 496, que se utiliza da expressão “são cabíveis os *seguintes* recursos”, de forma a indicar que a regra geral do sistema recursal brasileiro é a da taxatividade dos recursos. Isto quer significar que os recursos são enumerados pelo CPC e outras leis processuais em *numerus clausus*, vale dizer, em rol exaustivo. Somente são recursos os meios impugnativos assim denominados e regulados na lei processual.⁵³

Portanto, em decorrência do referido princípio, somente serão admitidos como recursos aqueles enumerados no art. 496 do CPC, quais sejam, a apelação, o agravo, os embargos infringentes, os embargos de declaração, o recurso ordinário, o recurso especial, o recurso extraordinário e os embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

Pertinente salientar que, além destes, admitem-se outros, estabelecidos em leis extravagantes, como por exemplo, os embargos infringentes contra sentença, estabelecido na Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal) e o recurso inominado contra sentença estabelecido na Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

Conforme conceitua Didier Júnior, o princípio da taxatividade

Consiste na exigência de que a enumeração dos recursos seja taxativamente prevista em lei. O rol legal dos recursos é *numerus clausus*.

⁵² DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 25.

⁵³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 809.

Só há os recursos legalmente previstos. Lei, aqui, é termo que deve ser compreendido em sentido amplo, como fonte formal do Direito.⁵⁴

De acordo com o princípio da singularidade, para cada decisão judicial recorrível existe um recurso cabível, sendo vedado à parte a interposição simultânea de mais de um recurso.

Conforme leciona Rios Gonçalves

Para cada tipo de ato judicial cabe uma, e só uma, espécie de recurso, que o legislador previu como apropriado para impugná-lo. Contra as decisões interlocutórias só cabe agravo; contra as sentenças, apelação; contra os acórdãos não unânimes, embargos infringentes. Há uma correlação entre os atos judiciais e cada um dos recursos.⁵⁵

Pertinente salientar que não se trata de regra absoluta, haja vista que além dos recursos de apelação e agravo ainda poderá ser interposto os embargos de declaração, sempre que na decisão contiver omissão, obscuridade ou contradição. Mas, em todos os casos os recursos serão sucessivos e não interpostos e analisados conjuntamente. Portanto, vê-se que muito embora haja exceções ao princípio em análise, a regra é a da unirãorecorribilidade.

Sobre o princípio da singularidade, Bueno leciona que

O princípio da unirãorecorribilidade, também denominado “singularidade” ou “unicidade” significa que cada decisão jurisdicional desafia o seu contraste por um e só por um recurso. Cada recurso, por assim dizer, é que tem aptidão de viabilizar o controle de determinadas decisões jurisdicionais com exclusão dos demais. É correto o entendimento, por isso mesmo, segundo o qual é vedada a interposição *concomitante* de recursos: cada decisão comporta “um só” recurso de cada vez. Na verdade, uma mesma decisão pode comportar mais de um recurso, mas não *concomitantemente*. É

⁵⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 47.

⁵⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento e procedimentos especiais (2ª parte)**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

proibida a concomitância recursal para o atingimento de uma mesma finalidade.⁵⁶

Por conseguinte, temos o princípio da fungibilidade que permite que um recurso seja conhecido no lugar de outro quando houver dúvida objetiva. Tal princípio deriva diretamente de outro princípio processual, qual seja o princípio da instrumentalidade das formas.

Assumpção Neves afirma que

Como o próprio nome já sugere, *fungibilidade* significa troca, substituição, e no âmbito recursal significa receber um recurso pelo outro, mais precisamente receber o recurso que não se entende como cabível para o caso concreto por aquele que teria cabimento. Trata-se notoriamente de flexibilização do pressuposto de admissibilidade recursal do cabimento, considerando-se que, em regra, recurso que não é cabível não é recebido/conhecido. A fungibilidade se funda no *princípio da instrumentalidade das formas*, amparando-se na ideia de que o desvio da forma legal sem a geração do prejuízo não deve gerar a nulidade do ato processual.⁵⁷

O princípio da fungibilidade somente será aplicável quando não houver erro grosseiro na interposição, nem má-fé, haja vista que se assim não fosse haveria possibilidade de as partes valerem-se do mencionado princípio visando obter, por exemplo, um prazo recursal maior.

Consigne-se ainda que o princípio da fungibilidade somente será aplicado quando houver fundada controvérsia sobre qual o recurso apropriado ao caso concreto.

Conforme leciona Nery Júnior, citado por Rios Gonçalves

A regra da fungibilidade é ditada no interesse da parte, que não será prejudicada pela interposição errônea de um recurso por outro, quando houver fundada dúvida sobre o cabimento do meio de impugnação. Se o recorrente, convicto de que o recurso correto seria o da apelação, o interpõe

⁵⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22.

⁵⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Método, 2011, p. 601.

no 15º dia, por que retirar-lhe o direito de assim proceder, subtraindo-se-lhe um terço do prazo, a pretexto de que o recurso correto seria o do agravo? Em havendo os pressupostos para a aferição da dúvida objetiva, ou da inexistência do erro grosseiro, o prazo se nos afigura absolutamente irrelevante. O recorrente deve, isto sim, observar o prazo do recurso efetivamente interposto, havido por ele como o correto para a espécie.⁵⁸

Por derradeiro, tem-se o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, que significa a proibição da reforma para pior. O sistema processual civil brasileiro nega a possibilidade da *reformatio in pejus*, haja vista que a parte não poderá ter sua situação agravada por um recurso que ela mesma interpôs.

Certo é, que quando a parte interpõe recurso em face de uma decisão proferida pelo juiz, ela pretende a sua anulação, sua reforma, sua integração ou o seu esclarecimento. Assim, se a parte irá recorrer apenas daquilo em que tenha sucumbido, o conhecimento do recurso pelo órgão *ad quem* ficará restrito ao objeto do recurso.

Sobre o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, leciona Rios Gonçalves que tal princípio

É corolário do efeito devolutivo. Os recursos devolvem ao conhecimento do órgão *ad quem* o conhecimento apenas daquilo que tenha sido impugnado. A parte recorre daquilo em que tenha sucumbido. O conhecimento do órgão *ad quem* fica restrito ao objeto do recurso, razão pela qual não poderá ser agravada a situação de quem o interpôs. Isso só pode ocorrer no julgamento de recurso do adversário, jamais naquele por ela própria interposto.⁵⁹

Pertinente consignar, que há somente uma possibilidade de que a situação do recorrente seja piorada que decorre do efeito translativo do recurso. Tal efeito consiste na possibilidade de o tribunal conhecer de matérias de ordem pública, mesmo que estas não sejam objeto do recurso.

⁵⁸ NERY JÚNIOR *apud* GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87.

⁵⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento e procedimentos especiais (2ª parte)**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88.

Assim, é possível que haja a piora da situação do recorrente em decorrência do efeito translativo, embora não haja a ocorrência da *reformatio in pejus*, uma vez que esta se vincula ao efeito devolutivo do recurso.

2.3. Condições do recurso

No âmbito recursal também é necessário que, antes que o julgador adentre no mérito recursal, seja feita uma análise das condições do recurso, analisando, portanto, seus pressupostos de admissibilidade.

Bueno ensina que

O objeto do juízo de *admissibilidade* reside no exame das condições e dos pressupostos necessários para que se possa legitimamente apreciar o *mérito* do recurso, possibilitando, assim, que ele seja acolhido (*provido*) ou rejeitado (*improvido*). Não é porque se entende *cabível* um recurso que ele será *provido*. O juízo de admissibilidade não interfere no juízo de mérito, embora a superação daquele seja indispensável para o enfrentamento deste. O paralelismo com as condições da ação, os pressupostos processuais e o julgamento do “mérito” da demanda, isto é, conceder ou não tutela jurisdicional, destarte, é irrecusável.⁶⁰

A doutrina divide os pressupostos de admissibilidade em pressupostos intrínsecos e pressupostos extrínsecos. Os pressupostos intrínsecos são o cabimento, a legitimidade e o interesse recursal, sendo que os pressupostos extrínsecos são a tempestividade, o preparo, a regularidade formal e a inexistência de fatos impeditivos ou modificativos do poder de recorrer. Rios Gonçalves citando Nery Júnior leciona que

Há vários critérios para divisão destes pressupostos. Preferimos adotar aquele proposto por Barbosa Moreira, segundo o qual há dois grupos de pressupostos: os requisitos intrínsecos e os extrínsecos. Os pressupostos

⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 5**: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 34.

intrínsecos são aqueles que dizem respeito à decisão recorrida em si mesma considerada. Para serem aferidos, leva-se em consideração o conteúdo e a forma da decisão impugnada. De tal modo que, para proferir-se o juízo de admissibilidade, toma-se o ato judicial impugnado no momento e da maneira como foi prolatado. São eles o cabimento, a legitimação para recorrer e o interesse em recorrer. Os pressupostos extrínsecos respeitam aos fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar, sendo normalmente posteriores a ela. Neste sentido, para serem aferidos não são relevantes os dados que compõe o conteúdo da decisão recorrida, mas sim fatos a esta supervenientes. Deles fazem parte a tempestividade, a regularidade formal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e o preparo.⁶¹

No presente estudo, nos limitaremos na análise dos pressupostos intrínsecos de admissibilidade dos recursos, ou seja, o cabimento, a legitimidade e o interesse recursal, haja vista o objeto da presente monografia.

2.3.1. Cabimento, legitimidade e interesse recursal

Inicialmente, para que o recurso seja admitido, necessário que o ato impugnado seja suscetível, em tese, de ataque. Portanto, o primeiro requisito a ser analisado no juízo de admissibilidade é o cabimento do recurso interposto pela parte, e para tanto é necessário que haja a previsão legal do recurso, bem como o que o mesmo seja adequado a combater a decisão impugnada.

Conforme já analisado, tendo em vista o princípio da taxatividade e o da singularidade dos recursos, não existem recursos que não tenham sido criados por lei, bem como não existe a possibilidade da interposição simultânea de mais de um recurso, sendo que para cada tipo de ato judicial cabe uma espécie de recurso que o legislador previu como apropriado para impugná-lo.

De acordo com o disposto no CPC, em seu art. 496, são cabíveis os recursos de apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e os embargos de divergências

⁶¹ NERY JÚNIOR *apud* GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 60.

em recurso especial e em recurso extraordinário. Ademais, o CPC ainda disciplina quais os recursos cabíveis para cada decisão proferida pelo juiz.

Necessário ressaltar, que não se trata de rol taxativo, uma vez que o legislador poderá instituir outros recursos mediante leis esparsas.

Não obstante o cabimento do recurso interposto, necessário que haja legitimidade para recorrer. Conforme dispõe o art. 499 do CPC “o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público”⁶².

Para que exista a legitimidade da parte é necessário que sofra prejuízo com o ato judicial, seja ela sentença ou decisão interlocutória, e que o recurso esteja apto a removê-lo. Portanto, não basta que o recorrente tenha sido parte no processo, mas é necessário que ele tenha sucumbido na lide.

No que tange a legitimidade do terceiro prejudicado, de acordo com o art. 499, §1º do CPC, necessário que este demonstre o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial. Saliente-se, que o recurso interposto pelo terceiro prejudicado deverá obedecer a todas as formalidades estipuladas para à parte.

Lado outro, o Ministério Público poderá recorrer tanto na qualidade de parte, quanto na qualidade de fiscal da lei, sendo que quando recorrer na qualidade de *custos legis* este poderá interpor recurso mesmo quando as partes não tenham recorrido, conforme dispõe o art. 499, §2º do CPC.

Por derradeiro, temos o interesse recursal. Certo é que só existirá a interposição de um recurso quando houver necessidade e dele se puder extrair algum proveito para quem o interpõe.

Sobre o interesse recursal afirma Didier Júnior que

Para que o recurso seja admissível, é preciso que haja *utilidade* – o recorrente deve esperar, em tese, do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a decisão impugnada – e *necessidade* – que lhe seja preciso usar as vias recursais para alcançar este objetivo.⁶³

⁶² BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. “Institui o Código de Processo Civil”. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 276.

⁶³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil** – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 51.

Destarte, tem-se que a parte, o terceiro prejudicado ou o Ministério Público somente irão interpor recurso em face de decisões que lhe tenham gerado algum tipo de inconformismo, seja ele total ou parcial, bem como é necessário que estes interponham o recurso visando uma decisão sempre mais favorável, uma vez que a própria noção de recurso nos remete a possibilidade de uma decisão ser anulada, reformada, integrada ou esclarecida.

Sobre o interesse recursal ensina Scarpinella Bueno que

O “interesse em recorrer”, a exemplo do “interesse de agir”, repousa na reunião do binômio “utilidade”/ “necessidade”. A *utilidade* é apurada pelo gravame – também designado pela doutrina como “prejuízo” ou “sucumbência” – experimentado pela parte ou pelo terceiro com o proferimento da decisão. A *necessidade*, por sua vez, justifica-se porque só com a interposição do recurso a remoção do gravame será alcançada.⁶⁴

Pertinente consignar, que o simples inconformismo com a fundamentação da decisão não é, por si só, motivo a ensejar a interposição de recurso, se ao final a parte teve seu pedido acolhido. É necessário o inconformismo com a conclusão a que chegou o órgão jurisdicional, uma vez que não há qualquer utilidade em se discutir os fundamentos arguidos pelo juiz sem alterar a conclusão da decisão.

Deste modo, vê-se que é necessário que a parte efetivamente tenha necessidade de interpor um recurso visando melhorar a decisão contra ela proferida.

2.4. Recursos e a faculdade de agir: a discricionariedade da parte

Como já explanado o recurso é um meio processual colocado a disposição das partes visando sempre a melhor prestação jurisdicional em decorrência da garantia constitucional do devido processo legal.

⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 44.

Portanto, desde que as partes, o terceiro prejudicado ou o Ministério Público possua real interesse recursal e interponha o recurso cabível em face da decisão impugnada, o recebimento do recurso pelo Estado-juiz é medida que se impõe.

Conforme leciona Didier Júnior citando Barbosa Moreira, 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”.⁶⁵

O recurso é uma opção colocada à disposição das partes, desde que estas se mostrem inconformadas com alguma decisão proferida pelo juiz. Logo, não é uma imposição, pois o direito de recorrer é conteúdo do próprio direito de ação. Assim, as partes possuem discricionariedade para recorrer.

Câmara afirma que

É preciso que se tenha em mente, pois, que o recurso é, antes de mais nada, um remédio *voluntário*. Significa isto dizer que a interposição do recurso é um ato de vontade. O recurso é uma manifestação de insatisfação. Recorre contra uma decisão judicial aquele que vê seus interesses contrariados pelo provimento.⁶⁶

Sendo assim, é necessário que a parte queira recorrer da decisão juiz, não se podendo falar em um recurso obrigatório, posto que se trata de um direito da parte que se sentir prejudicada interpor o recurso cabível, sendo que esta é quem irá decidir se utilizar o sistema recursal lhe será ou não razoável.

⁶⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 19.

⁶⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil: Volume II**. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 55.

CAPÍTULO III – O AGRAVO

3.1. Conceito e cabimento

Conforme dispõe o sistema processual brasileiro, as decisões interlocutórias proferidas pelo juiz no decorrer da lide, são impugnáveis pelo recurso de agravo, sendo que este poderá ser na forma retida ou por instrumento.

Dispõe o CPC, em seu artigo 522, *caput*,

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de dez dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.⁶⁷

Pela sistemática trazida pelo CPC, tem-se que, como regra, as decisões interlocutórias proferidas em primeira instância comportam reexame por agravo retido, sendo que o agravo de instrumento será interposto apenas em situações excepcionais, conforme elencado no art. 522, *caput*, já citado.

O agravo retido será interposto, no prazo de dez dias, perante o próprio órgão prolator da decisão interlocutória recorrida, com autuação nos próprios autos principais, onde ficará retido. Interposto o agravo retido a parte contrária deverá ser intimada para apresentar contrarrazões, também no prazo de dez dias. Ainda, saliente-se, que conforme dispõe o art. 522, parágrafo único, “o agravo retido independe de preparo”⁶⁸

Sobre o agravo retido Scarpinella Bueno ensina que

67 BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. “Institui o Código de Processo Civil”. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 277.

68 BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. “Institui o Código de Processo Civil”. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 277.

O “agravo retido” é o recurso interposto das decisões interlocutórias de primeira instância que permite seu reexame pelo magistrado que a proferiu e, em sendo mantida, o seu reexame pelo Tribunal competente quando do julgamento da apelação. Trata-se de recurso que, fundamentalmente, afasta a ocorrência de preclusão para o agravante.⁶⁹

O referido recurso ficará retido nos autos sendo que incumbe ao agravante requerer que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião da apelação, de acordo com o *caput* do art. 523 do CPC que dispõe que “na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação”.⁷⁰ Todavia, após a apresentação das contrarrazões pelo agravado, o juiz *a quo* poderá reformar a decisão recorrida.

Saliente-se, que dispõe o art. 523, §3º do CPC que em face das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento deverá ser interposto o agravo retido na forma oral. Assim sendo, o agravante deverá deduzir imediatamente as razões do agravo, bem como o agravado deverá também apresentar suas contrarrazões oralmente. Tem-se que o legislador, ao fazer referência a obrigatoriedade do agravo retido oralmente na audiência de instrução e julgamento, visou por em relevo o princípio da oralidade.

Certo é que o agravo retido somente será conhecido se o agravante requerer expressamente nas razões ou na resposta da apelação que o Tribunal o aprecie preliminarmente, uma vez que o mesmo será apreciado apenas quando do julgamento da mesma.

Portanto, o agravo retido tem o objetivo precípua de impedir a ocorrência da preclusão em torno da matéria impugnada, e, em caso de não retratação da decisão pelo juiz *a quo*, o referido agravo poderá ser apreciado pelo Tribunal *ad quem*, caso venha a ser interposta apelação.

Lado outro, o agravo de instrumento se mostra como exceção, uma vez que será cabível apenas em face das decisões suscetíveis de causa a 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.

⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 5:** recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 139.

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973.** “Institui o Código de Processo Civil”. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 277.

O agravo de instrumento deverá ser interposto no prazo de dez dias diretamente no tribunal competente, devidamente acompanhado das razões do recurso, das peças obrigatórias e outras que o agravante queira juntar. Ainda, o agravo de instrumento depende de preparo, ao contrário do agravo retido.

Sobre a regularidade formal do agravo de instrumento, leciona Nery Júnior que

O agravo de instrumento deve ser interposto por petição, acompanhada das razões do inconformismo e pedido de nova decisão, bem como acompanhado das peças obrigatórias e das facultativas, estas a cargo do agravante (CPC 525). A lei não exige sejam autenticados os documentos (Bermudes, *Reforma*, 89). A única oportunidade para a juntada de peças é o momento da interposição do agravo. Não pode o agravante interpor o recurso num dia e juntar as peças em outro, pois já terá havido preclusão consumativa. O *agravo retido* também será interposto por petição ou oralmente em audiência, mas sempre deverá estar acompanhado das razões do inconformismo e do pedido de nova decisão, sendo desnecessária a juntada de peças, porque não haverá formação de instrumento. Faltando um dos requisitos de ordem formal, o agravo não poderá ser conhecido, por falta do pressuposto recursal da regularidade formal.⁷¹

Discorrendo sobre o agravo de instrumento Scarpinella leciona que:

O *caput* do art. 522 dispõe que será admitida a interposição do agravo “de instrumento”, isto é, será viável ao recorrente buscar o reexame *imediato* da decisão recorrida, quando a interlocutória for “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”.⁷²

Assim, o agravo de instrumento não é regra uma vez que o mesmo somente será interposto quando a parte agravante tiver necessidade de uma apreciação imediata pelo Tribunal *ad quem*.

⁷¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 885.

⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. São Paulo: Saraiva, 2008, 153.

No caso da inadmissão da apelação, o agravo de instrumento se mostra o meio processual cabível para impugná-la, uma vez que o agravo retido se mostraria inútil. Isso porque, conforme leciona Teodoro Júnior

Sem a forma de instrumento, o agravo se tornaria inútil, se seu fim é enfrentar a decisão que não admitiu a apelação. Como esta trancou o processo e não chegará ao exame do Tribunal, o agravo que fosse processado sob a forma retida também jamais chegaria à instância superior. Tornar-se-ia uma completa inutilidade, já que não se prestaria para servir ao interesse recursal da parte a ser tutelado pelo remédio impugnativo franqueado pela lei. Realmente, só a forma de instrumento terá utilidade processual, na espécie.⁷³

Outrossim, o agravo retido também não surtiria o efeito esperado pela parte no caso da decisão impugnada versar sobre os efeitos em que a apelação é recebida, uma vez que o efeito recursal está ligado ao anseio de obstar ou possibilitar a execução provisória da sentença objeto da apelação. Assim, como o agravo retido somente será apreciado juntamente com a apelação, o propósito do agravo perderia o sentido.

Nery Júnior leciona que

O juiz deve, obrigatoriamente, dizer em que efeitos está recebendo o recurso, mesmo que haja previsão expressa na lei a respeito da hipótese concreta. Como se trata de questão urgente, porque pode permitir ou impedir a execução provisória da sentença (CPC 475-O), o recurso que tem como objetivo o reexame da decisão do juiz sobre os efeitos em que foi recebida a apelação tem de ser julgado imediatamente. Por essa razão o agravo tem de ser interposto por instrumento e não pela forma retida.⁷⁴

De outra quadra, no caso da decisão ser suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação a parte por óbvio terá urgência na apreciação da decisão impugnada, logo, o agravo de instrumento é o meio hábil a atingir tal objetivo.

⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 623.

⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 875.

A definição de lesão grave e difícil reparação é extremamente difícil conforme assevera Didier Júnior,

A “lesão grave ou de difícil reparação” constitui um conceito vago ou indeterminado, devendo ser definido pelas peculiaridades do caso concreto. A referência a *lesão grave ou de difícil reparação* conduz à ideia de urgência, de sorte que as decisões que concedam ou neguem pedido de liminar ou tutela antecipada encartam-se perfeitamente na hipótese legal.⁷⁵

Tendo em vista que o conceito de lesão grave e de difícil reparação é extremamente vago, caberá ao relator verificar se houve ou não sua ocorrência e, por conseguinte analisar o cabimento ou não do agravo de instrumento.

Uma vez interposto o agravo de instrumento, deverá o agravante no prazo de três dias juntar aos autos principais cópia da petição do referido agravo e comprovante de sua interposição com a relação de todos os documentos que o instruíram, conforme disposto no art. 526 do CPC.

Recebido o agravo de instrumento pelo Tribunal, o relator poderá tomar diversas providências. Inicialmente, o relator poderá negar seguimento ao agravo de instrumento, aplicando-se o disposto no art. 557, *caput* do CPC, que afirma que

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.⁷⁶

Ademais, se o relator entender que a decisão impugnada não é suscetível de causar ao agravante lesão grave ou de difícil reparação, este determinará a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, remetendo os autos ao juiz *a quo*.

Didier Júnior leciona que

⁷⁵ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p.147.

⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. “Institui o Código de Processo Civil”. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 280.

Se se interpuser agravo de instrumento em situação que não é de urgência, o relator converterá o agravo de instrumento em agravo retido, mandando que sigam os autos do agravo de instrumento ao juízo *a quo*, para que sejam apensados aos autos principais. Em vez de determinar o não-conhecimento do recurso, o legislador cria regra de aproveitamento do ato processual indevidamente praticado, em nítida aplicação do princípio da instrumentalidade das formas.⁷⁷

Ainda, caberá ao relator atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em sede de antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, nos termos do art. 527, inciso III do CPC. Lado outro, o relator poderá requisitar informações ao juiz *a quo*, sendo que este deverá prestá-las no prazo de dez dias.

Ademais, visando a garantia do contraditório, o agravado será intimado para responder no prazo de dez dias, conforme dispõe o art. 527, inciso V do CPC, sendo que este poderá juntar a documentação que entende conveniente e que, ao seu ver será útil à solução do recurso.

Por fim, o relator determinará a abertura de vista ao Ministério Público quando este intervir no feito, e após tais providências, pedirá dia para o julgamento.

Saliente-se que o agravo de instrumento também permite ao juiz *a quo* a possibilidade de retratação da decisão impugnada, sendo que neste caso o juiz comunicará ao revisor a reforma total da decisão objeto do recurso, e este será considerado prejudicado, conforme dispõe o art. 529 do CPC. No caso de reforma parcial da decisão impugnada, o agravo será processado, contudo, o conhecimento do tribunal ficará limitado à parte que não foi objeto de reconsideração.

Portanto, tem-se que o cabimento do agravo retido ou o agravo de instrumento são trazidas de forma específica no CPC, que coloca o agravo retido como regra e o agravo de instrumento apenas em situações excepcionais em que a parte recorrente tiver interesse na urgente apreciação do recurso interposto.

⁷⁷ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p.146.

3.2. A possibilidade de inadequação do agravo retido em face de situações de urgência

Conforme já analisado, o agravo retido tem a função precípua de evitar a ocorrência da preclusão da matéria impugnada, haja vista que este não tem o intuito de provocar a imediata apreciação da matéria recorrida, seja pelo juiz *a quo* seja pelo juiz *ad quem*.

Assim, levando-se em consideração que, se não houver a retratação da decisão pelo juiz *a quo*, o agravo ficará retido nos autos e sua apreciação somente ocorrerá quando do julgamento de posterior apelação, o mesmo se mostra totalmente ineficaz diante de situações de urgência.

Isso porque, este somente será apreciado quando for proferida uma sentença e contra esta for interposta apelação e ainda for feito o pedido de apreciação preliminar do agravo retido interposto nos autos.

Tendo em vista a inadequação do agravo retido em face de situações de urgência, foi que o legislador instituiu que diante de situações passíveis de causar a parte lesão grave e de difícil reparação deverá ser interposto o agravo na forma de instrumento, haja vista que o mesmo permite uma apreciação imediata da decisão impugnada pelo tribunal *ad quem*.

O legislador viu que a espera pela apreciação do agravo retido somente quando do julgamento de posterior apelação não surtiria qualquer efeito prático na vida daquele que pudesse sofrer qualquer tipo de lesão em virtude da decisão proferida pelo juiz *a quo*.

Sobre a possibilidade da decisão ser suscetível de causar lesão grave ou de difícil reparação, Theodoro Júnior leciona que

Pode-se afirmar que ocorre o perigo de dano grave e de difícil reparação quando a parte prejudicada pela decisão interlocutória não pode aguardar a oportunidade da futura apelação para encontrar a tutela buscada sem sofrer perda ou redução significativa em sua situação jurídica. Para tanto, é preciso que da decisão interlocutória decorram efeitos imediatos a atuar sobre o bem da vida ou o interesse jurídico de que a parte se afirma titular.⁷⁸

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 624.

Tendo em vista a função do agravo retido no sistema processual brasileiro, o mesmo se mostra totalmente inócuo diante de situações que demande solução imediata, uma vez que se a parte puder sofrer lesão grave ou de difícil reparação em face da decisão interlocutória proferida, esta terá necessidade de uma pronta prestação jurisdicional no sentido de reforma, anulação, integração ou esclarecimento da decisão impugnada.

Fidélis dos Santos afirma que

Atos de urgência são os que, de modo geral, implicam a necessidade de realização imediata, sob pena de perderem a própria finalidade, como poderia ocorrer no caso de tutela antecipada e na antecipação de prova. Em tais casos, a pressuposição é de que a concessão que deveria ocorrer não aconteceu, e a demora na apreciação do recurso, se provido, frustraria a própria decisão recursal. Decisões que podem causar lesão grave de difícil e incerta reparação são as de natureza positiva ou negativa que concedem medidas cuja realização é gravosa ao agravante, em razão da irreversibilidade, retardamento excessivo do processo e mesmo possibilidade de prejuízos materiais, ainda que, em tese, possam vir a ser reparáveis, ou quando sua recusa possa ter o mesmo efeito em sentido adverso.⁷⁹

Desta forma, vê-se que a interposição do agravo retido em face de situações de urgência não se mostra útil. Isso porque, quando se houver a necessidade de um reexame imediato da decisão impugnada em face de sua urgência, o seu reexame futuro se mostrará incapaz de produzir os efeitos pretendidos.

3.3. O cabimento do agravo de instrumento em face das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento

Ponderando a exigência da utilização do agravo retido em face das decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento instituída no art.

⁷⁹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil, volume I: processo de conhecimento**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 766.

523, §3º do CPC, percebe-se que o legislador visou tornar mais célebre o processo. Assim dispõe o mencionado artigo

Art. 523. Na modalidade de agravo retido, o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

(...)

§3º. 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 às razões do agravante.⁸⁰

Contudo, é pertinente consignar que, não obstante a preocupação do legislador com a celeridade processual há que se pensar que em determinadas situações a interposição do agravo retido visando celeridade processual prejudicará demasiadamente a parte.

Isso porque, conforme ponderado anteriormente, para que seja admitido o recurso, é necessário, dentre outros requisitos, que haja o interesse recursal, e o agravo retido se mostrará inócuo diante das situações de urgência. Sendo certo, que o interesse recursal está intimamente ligado aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa estampados no art. 5º, inciso LV da CR/88.

Tendo em vista que tais princípios decorrem do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a obrigatoriedade da interposição do agravo retido em face das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento se revela um óbice ao exercício do direito de ação.

Aliás, é garantido constitucionalmente o direito das partes de provocarem o Poder Judiciário sempre que sofrerem lesão ou ameaça a direito. Logo, em decorrência disto é garantida às mesmas a possibilidade de tomarem conhecimento de todos os atos processuais e poderem se defender de todas as formas legalmente possíveis, dentre elas, a defesa de seus interesses por meio da interposição de recursos.

O sistema recursal colocado à disposição das partes deverá garantir às mesmas uma real possibilidade de defender seus interesses, bem como preservá-

⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. "Institui o Código de Processo Civil". ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 277.

los, proporcionando ao juiz uma possibilidade de rever a decisão proferida e impugnada pelo recorrente.

Dentre as diversas etapas do processo, a audiência de instrução e julgamento é um momento processual de suma importância, uma vez que nela é que será feita a colheita das provas orais e, juntamente com todo o arcabouço probatório já existente no processo, o juiz formará o seu convencimento, sem prejuízo da prolação de decisões interlocutórias para exame de questões pendentes.

Nos ensinamentos de Theodoro Júnior:

Audiência é o ato processual solene realizado na sede do juízo que se presta para o juiz colher a prova oral e ouvir pessoalmente as partes e seus procuradores. (...) Mas a principal audiência regulada pelo Código de Processo Civil é a de instrução e julgamento (art. 450-457), que é momento integrante do procedimento ordinário e também se aplica a todos os demais procedimentos, desde que haja prova oral ou esclarecimentos de peritos a ser colhidos da decisão do feito.⁸¹

Considerando que a audiência de instrução e julgamento é um complexo de atos, no decorrer da mesma poderá ser proferidas decisões interlocutórias, que poderão ser suscetíveis de causar à parte lesão grave e difícil reparação.

Conforme ponderado anteriormente, definir o que seja lesão grave ou de difícil reparação se mostra demasiadamente difícil, sendo que somente será definido levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto. Todavia, a existência de lesão grave e de difícil reparação conduzirá sempre a uma ideia de necessidade imediata de apreciação, sempre conduzirá a uma ideia de urgência.

Destarte, se na audiência de instrução e julgamento for proferida decisão interlocutória suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação, a parte terá uma necessidade de reexame imediato de tal decisão. Logo, o agravo retido poderá não se mostrar eficaz, e sua obrigatoriedade obstaculizará o direito de ação garantido constitucionalmente.

Portanto, necessário se faz a interposição do agravo de instrumento aplicando-se o disposto no art. 522, *caput* do CPC, qual seja, que em face das

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento.** 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 499.

decisões interlocutórias suscetíveis de causar lesão grave e de difícil reparação será cabível a interposição do agravo de instrumento.

Destarte, o fato de a decisão ter sido proferida na audiência de instrução e julgamento ou fora dela, não se mostra relevante, uma vez que deve ser garantida às partes a possibilidade de buscar do judiciário uma tutela jurisdicional adequada a sua pretensão.

Logo, se a parte pretende a reforma ou anulação imediata da decisão interlocutória proferida na audiência de instrução e julgamento, sob o fundamento de que a espera na apreciação do agravo retido irá lhe trazer graves ou irreparáveis danos, deve-lhe ser garantido a possibilidade de interpor o agravo de instrumento como exceção ao contido no art. 523, §3º do CPC.

Neste sentido são os ensinamentos de Didier Júnior marco teórico da presente pesquisa, que leciona que

É por isso que não se considera relevante a menção, feita no §3º do art. 523, à obrigatoriedade de agravo retido contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento. Isso porque, havendo urgência, caberá agravo de instrumento, pouco importa o momento em que a decisão foi tomada. Não há interesse recursal na interposição de agravo retido em situações de urgência. O critério não é cronológico, é circunstancial: está relacionado com a aptidão da decisão interlocutória para gerar danos.⁸²

A existência de urgência na apreciação do agravo é que deve ser levada em conta, haja vista que não obstante a possibilidade do juiz *a quo* realizar o juízo de retratação, se este assim não o fizer, a parte não terá interesse recursal no reexame futuro da decisão impugnada pelo agravo retido.

Sobre o agravo de instrumento, Cheim Jorge citado por Didier Júnior leciona que

A partir de agora, para que o agravante tenha interesse na interposição do agravo de instrumento, deverá demonstrar também que não poderá sofrer os efeitos da decisão agravada até o seu pronunciamento final pelo Judiciário. Isto é, deverá demonstrar que precisa de uma pronta prestação

⁸² DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p.147.

da tutela jurisdicional, de modo que, caso a decisão agravada não seja revertida no agravo de instrumento, não haverá mais interesse, de sua parte, na revisão posterior. Essa falta de interesse na revisão posterior é oriunda, como regra, da própria consumação dos efeitos prejudiciais da decisão que impede que o recorrente aguarde o resultado final da causa.⁸³

Portanto, tendo em consideração que a função precípua do agravo retido é impedir a ocorrência da preclusão e a do agravo de instrumento é a possibilidade de um reexame imediato das decisões interlocutórias, a obrigatoriedade daquele diante das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento não pode ser vista como sendo obrigatória, devendo ser relativizada para se adequar a gravidade da decisão interlocutória proferida.

Saliente-se, que o Poder Judiciário deve sempre buscar prestar uma tutela jurisdicional justa às partes, e isso inclui garantir as mesmas a possibilidade de poderem utilizar os recursos do sistema processual brasileiro de forma que estes efetivamente possam ser aptos a produzir os efeitos almejados.

Outrossim, a obrigatoriedade na utilização do agravo retido em face das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento que causem as partes lesão grave e de difícil reparação, não se mostra como a forma mais justa e adequada de prestação jurisdicional.

Logo, existindo urgência no reexame da decisão, deve ser garantida às partes a possibilidade de interpor o agravo de instrumento aplicando-se o disposto no art. 522, *caput*, do CPC.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Scarpinella que dispõe que

Da mesma forma, havendo necessidade de reexame *imediato* da decisão, mesmo que proferida em audiência de instrução e julgamento, a *letra* do art. 523, §3º, deve ceder espaço à interposição do agravo de instrumento, que, em nome do princípio consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, deve ser conhecido. Interpretação em sentido contrário só faz crescer a necessidade do uso de sucedâneos recursais, em especial do “mandado de segurança contra ato judicial” (...) Assim, toda vez que a decisão interlocutória, mesmo quando proferida em audiência de instrução e julgamento, tiver o condão de “causar a parte lesão grave e de difícil reparação”, a hipótese é de agravo *de instrumento*. É como se a regra do

⁸³ JORGE *aput* DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p.147.

art. 522, *caput*, prevalecesse sobre a do §3º do art. 523, o que se justifica por força do “modelo constitucional de processo civil”. É esta uma das tantas consequências irrecusáveis de se reconhecer, expressamente, a incidência dos princípios constitucionais do processo civil a moldar a solução mais justa para cada caso concreto.⁸⁴

Outro não é o entendimento de Câmara que afirma

Merece registro, também, o fato de que fica afastada a incidência desse dispositivo quando se tratar de decisão cuja imediata eficácia seja capaz de gerar dano grave, de difícil ou impossível reparação (como, e.g., a decisão que, em audiência, indefere uma antecipação de tutela), caso em que não se poderá admitir agravo retido, mas apenas o agravo de instrumento, por força do que dispõe o *caput* do art. 522.⁸⁵

Ademais, sobre a decisão interlocutória proferida na audiência de instrução e julgamento envolver lesão grave e de difícil reparação para a parte, afirma Theodoro Júnior que

A situação sairá da área de incidência do §3º do art. 523 e passará para a tutela especial da ressalva contida no art. 522. Vale dizer: configurada a “decisão suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação”, é direito seu a impugnação fora do regime comum do agravo retido e com a celeridade própria do agravo de instrumento. Para se precaver do risco de se supor atingido por preclusão, pode a parte requerer que conste do termo de audiência seu propósito de atacar o decisório por agravo de instrumento nos termos e no prazo do art. 522. Advirta-se, porém, que a medida é de simples cautela, porque, de fato, a natureza da decisão, por si só, a afasta da regra do §3º do art. 523 (agravo retido oral), tornando-a agravável por instrumento (art. 522).⁸⁶

Existem também entendimentos jurisprudenciais neste mesmo sentido

⁸⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo: Saraiva, 2008, 148.

⁸⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.106.

⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 622.

AÇÃO DE COBRANÇA - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - RISCO DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DEPOIMENTO PESSOAL - INTIMAÇÃO PESSOAL - CONDIÇÃO – ROL DE TESTEMUNHAS - COTA NOS AUTOS - POSSIBILIDADE. 1. O recurso cabível contra as decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento é o agravo retido, cabendo, excepcionalmente, o agravo de instrumento, quando a decisão representar risco de lesão grave e de difícil reparação à parte. 2. O depoimento pessoal da parte deve ser necessariamente precedido de sua intimação pessoal, com expressa advertência da pena de confissão. 3. O rol de testemunhas pode ser excepcionalmente apresentado por cota nos autos, cumprindo à parte observar o prazo do art. 407 do CPC.⁸⁷

Contudo, adotando posicionamento contrário, temos Nery Júnior que afirma que

Quando a lei veda a interposição do recurso por determinada forma, temos caso de descabimento do recurso. A lei veda interposição de agravo de instrumento das decisões proferidas em audiência (CPC 523, §3º). Cabe exclusivamente agravo retido dessas decisões. De outra parte, a lei não admite agravo retido da decisão posterior à sentença que inadmite apelação (CPC 522 *caput*). O regime jurídico atual do recurso de agravo vem descrito no CPC 522 *caput*: a regra é a interposição do agravo na forma *retida*; a exceção é o agravo interposto por instrumento.⁸⁸

E o entendimento de Nery Júnior também encontra respaldo nos tribunais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO PROFERIDA EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PREVISÃO EXPRESSA NO DIPLOMA PROCESSUAL DO USO DO AGRAVO RETIDO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA TAXATIVIDADE, FUNGIBILIDADE E UNIRRECORRIBILIDADE RECURSAL. OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SEU MANEJO. INADMISSIBILIDADE. PRESSUPOSTO OBJETO DE ADMISSIBILIDADE. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 496, 522, 523, § 3º E 557 TODOS DO CPC. Não é cabível a interposição de agravo na forma de instrumento contra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento, ainda que seja suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação, porquanto, no novo ordenamento processual do agravo, contra aludida interlocutória é cabível apenas o seu manejo sob a modalidade

⁸⁷BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento n° N° 1.0024.10.155045-7/001**. Relator: Exmo. Sr. DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES. Julgado em: 10/07/2012. Publicado em: 16/07/2012. Acesso em 08 de outubro de 2012.

⁸⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **CPC Comentado e Legislação Extravagante**. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 880.

retida, oral e imediatamente, sob risco de se vulnerar todos os princípios que dão sustentáculo à sistemática recursal. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO POR MANIFESTAMENTE INADIMISSÍVEL.⁸⁹

Não obstante as posições contrárias dos doutos juristas, entendemos que a obrigatoriedade da interposição do agravo retido diante das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento, obstaculiza os princípios do contraditório e da ampla defesa, devidamente consagrados na CR/88. Assim, a possibilidade de interposição do agravo de instrumento é medida que se impõe visando resguardar o próprio direito de ação.

Destarte, deve ser facultado às partes a possibilidade de interpirem o agravo de instrumento em face das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento sempre que tais decisões forem suscetíveis de causar lesão grave e de difícil reparação.

Sendo que necessário se faz levar em consideração a necessidade de urgência na apreciação da decisão impugnada e não somente o momento em que ela foi proferida, não se mostrando razoável a primazia do princípio da oralidade em detrimento dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da inafastabilidade da jurisdição.

⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70038982716**. Relator: Luís Augusto Coelho Braga. Julgado em: 28 de setembro de 2010. Publicado em: 07 de outubro de 2010. Acesso em: 18 de abril de 2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os recursos são institutos imprescindíveis para a segurança jurídica e o aprimoramento da prestação jurisdicional.

Por outro lado, dificilmente o legislador conseguirá regular todas as situações processuais suscetíveis de ocorrer, sendo que eventuais lacunas podem, e devem ser solucionadas através da interpretação do direito e da finalidade dos institutos processuais.

É o caso da interposição do agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias prolatadas na audiência de instrução e julgamento que possam causar lesão grave e de difícil reparação a parte.

Certo é que o legislador instituiu a obrigatoriedade do agravo retido em face das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento primando pela celeridade processual, bem como pelo princípio da oralidade.

Todavia, a obrigatoriedade elencada no art. 523, §3º do CPC não se revela a mais adequada, uma vez que a celeridade processual não poderá se sobrepor ao direito constitucional do amplo acesso a jurisdição.

A celeridade processual deve proporcionar uma melhor prestação jurisdicional. Contudo, a mesma deverá estar em sintonia com os demais princípios do processo civil.

Destarte, tendo em vista que o agravo retido não possui a função precípua de provocar a imediata revisão da decisão recorrida, deve ser facultada às partes a possibilidade de interpor o agravo de instrumento mesmo diante das situações descritas no art. 523, §3º do CPC, quando as decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento forem suscetíveis de causar lesão grave e de difícil reparação.

Isso porque, se não houver o juízo de retratação pelo juiz *a quo* o agravo retido somente será apreciado quando do julgamento de posterior apelação. Logo, se a parte possuir urgência na apreciação da decisão impugnada, o agravo retido não se mostrará apropriado.

Deste modo, se a decisão interlocutória proferida em audiência de instrução e julgamento causar à parte lesão grave e de difícil reparação a situação sairá da área de incidência do art. 523, § 3º do CPC.

Portanto, a parte prejudicada deverá fazer uso da regra disposta no art. 522, *caput* do CPC, podendo interpor o recurso de agravo de instrumento, uma vez que o recurso de agravo retido não se mostra hábil diante de situações de urgência e que causem lesão grave e de difícil reparação.

Posto isto, visto que é preciso considerar a necessidade de urgência na apreciação da decisão impugnada e não somente o momento em que ela foi proferida, bem como levando em consideração que a parte possui discricionariedade para recorrer, deverá ser facultado à parte a possibilidade de interpor o agravo de instrumento em face das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento sempre que tais decisões forem suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. “Institui o Código de Processo Civil”. ANGLHER, Anne Joyce [org.]. *VadeMecum*. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº N° 1.0024.10.155045-7/001**. Relator: Exmo. Sr. DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES. Julgado em: 10/07/2012. Publicado em: 16/07/2012. Acesso em 08 de outubro de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70038982716**. Relator: Luís Augusto Coelho Braga. Julgado em: 28 de setembro de 2010. Publicado em: 07 de outubro de 2010. Acesso em: 18 de abril de 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Volume I. 19. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil: Volume II**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada.** 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento e procedimentos especiais (2ª parte).** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 14 ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal.** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **CPC Comentado e Legislação Extravagante.** 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 3 ed. São Paulo: Método, 2011.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil, volume I: Processo de conhecimento.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.