

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

Paulo Henrique Dos Santos Lucon

Professor Associado da Faculdade de Direito do Largo de São-Francisco – USP. Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela mesma Instituição. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Advogado.

SUMÁRIO: 1 Atos do Juiz no Processo; 2 Agravo de Instrumento e Tutela Provisória; 3 Decisões Interlocutórias de Mérito; 4 Gratuidade de Justiça; 5 Litisconsórcio; 6 Redistribuição do Ônus da Prova; 7 Encerramento: Aspectos Procedimentais; Referências.

1 ATOS DO JUIZ NO PROCESSO

É sabido que os pronunciamentos judiciais podem ou não ter conteúdo decisório. De acordo com o art. 203 do Código de Processo Civil de 2015, os pronunciamentos do juiz podem consistir em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. O conteúdo decisório dos atos judiciais faz-se presente apenas nas sentenças e decisões interlocutórias, ao passo que os despachos têm finalidade de meramente dar impulso ao processo. Apenas os pronunciamentos judiciais com conteúdo decisório são passíveis de causar gravame às partes ou aos interessados, sendo, por isso, recorríveis.¹ A classificação dos pronunciamentos judiciais tem especial relevância para a teoria dos recursos, na medida em que determinam o meio de impugnação cabível em cada hipótese.

O Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original, conceituava sentença como *“o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”*. Tal definição, voltada à forma do ato, simplificava a prática recursal, pois não deixava dúvida quanto à classificação do ato decisório e, conseqüentemente, quanto ao recurso cabível. A redação original do art. 162, §1º, do Código de Processo Civil de 1973 distinguia, pois, sentença e decisão interlocutória pelo momento em que cada um desses atos era proferido.

Em 2005, entretanto, extinguiu-se o processo de execução fundado em título judicial e criou-se uma fase de cumprimento de sentença, o que fez com que a execução de título judicial se realizasse no bojo do processo de conhecimento, após a fase decisória ou quando ainda pendente de julgamento algum recurso desprovido de efeito suspensivo. Logo, para se adequar à reforma legislativa, a partir da entrada em vigor da Lei n.11.232/2005, não se conceituou mais sentença como o ato que põe fim ao processo. Dispunha, então, o art. 162, §1º do Código de Processo Civil de 1973, após a reforma da execução de título judicial, que a *“sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”*.

Tentou-se promover distinção entre sentença e decisão interlocutória tão somente pelo conteúdo de cada um desses atos, ou seja, pela sua substância ou essência. No entanto, assim como a forma não define o ato, apenas o conteúdo não é suficiente para distinguir esses pronunciamentos

1 ^[] O gravame ou o prejuízo é que gera o interesse recursal, medido a partir de uma relação de desproporção entre o que esperava obter do órgão jurisdicional e aquilo que foi efetivamente recebido.

judiciais, pois algumas decisões interlocutórias têm por objeto questões de mérito.

Assim, a melhor forma de se interpretar o art. 162, §1º, do Código de Processo Civil de 1973 na sua redação pós reforma de 2005 era: sentença é o ato que extingue o processo sem resolução do mérito (art. 267) ou que resolve o mérito (art. 269) no procedimento principal. Procedimento principal porque existem, de outro lado, procedimentos que têm por fim decidir incidentes, encerram-se com uma decisão interlocutória, agravável, portanto e suscetível de fazer coisa julgada (como ocorre na liquidação ou na impugnação ao cumprimento de sentença quando, evidentemente, a decisão que a encerrar não acarretar a extinção do processo). Ou seja, a sentença resolve o pedido inicial como um todo, sem que restem questões pendentes de decisão ulterior. Após a reforma de 2005, portanto, apelável era a decisão que versasse sobre uma das matérias dos artigos 267 e 269 do Código e que pusesse fim a uma das fases do procedimento em primeiro grau. Por outro lado, se a decisão tivesse semelhante conteúdo, mas não encerrasse a fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição, seria impugnável por agravo.

O Código de Processo Civil de 2015, diante desse contexto de incertezas, visando a minimizar os problemas surgidos com a alteração do §1º do art. 162 em 2005, passou a definir sentença como o pronunciamento por meio do qual o juiz com fundamento nos arts. 485 e 487 põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. Os arts. 485 e 487 mencionados correspondem aos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil de 1973. Observa-se, pois, que o Código de Processo Civil 2015 optou por conceituar sentença tanto pelo seu conteúdo como pelo momento em que é proferida, encerrando a fase cognitiva do procedimento comum ou extinguindo a execução. De acordo com o art. 203, §1º, do Código de Processo Civil, logo, sentença é o pronunciamento judicial que com fundamento nos arts. 485 e 487 põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. Dois, portanto, são os elementos constitutivos da sentença: julgamento com ou sem resolução do mérito (definição pelo conteúdo) e extinção da fase cognitiva ou da execução (critério topológico).

Os pronunciamentos judiciais sobre questões surgidas antes da sentença, que não tenham o condão de definir a causa, mas que se limitam a solucionar matérias de interesse do processo e requerimentos das partes são decisões interlocutórias. Também com vista a corrigir a redação do dispositivo do Código de Processo Civil de 1973, o Código de Processo

Civil de 2015 propõe uma definição residual de decisão interlocutória, conceituando-a como todo pronunciamento de conteúdo decisório que não se enquadre na descrição de sentença. O Código define, pois, decisão interlocutória como todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre na definição de sentença, ou seja, que não contenha esses dois mencionados elementos. Decisões interlocutórias, assim, podem versar sobre o mérito de uma demanda, desde que elas não encerrem a fase de conhecimento ou a execução (fase ou processo). A possibilidade de decisões interlocutórias versarem a respeito do mérito do processo, é confirmada pela previsão do art. 1.015 do Código de Processo Civil, segundo o qual é cabível a interposição de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre decisão dessa natureza. É isso o que ocorre, por exemplo, nos casos de julgamento parcial antecipado do mérito (art. 356). O conteúdo dessa decisão inegavelmente se enquadra nessa hipótese, havendo pronunciamento judicial a respeito da pretensão do autor. Tal decisão, contudo, não é apta a extinguir a fase cognitiva do procedimento comum que terá prosseguimento para julgamento da parcela do mérito não resolvida. Em atenção a isso, o art. 356, §5º, estabelece como cabível o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que julgar parcela do mérito em caráter antecedente.

O Código de Processo Civil de 1973 possuía um sistema rígido de preclusões. Assim, se não impugnada determinada decisão logo depois de proferida, a parte sucumbente não mais poderia fazê-lo. Nos termos da legislação então vigente, as decisões interlocutórias deveriam ser atacadas por agravo na modalidade de instrumento ou retido. Esse sistema, contudo, não mais subsiste no Código de Processo Civil de 2015, vez que o agravo retido, de pouca ou nenhuma serventia, deixa de existir. As decisões interlocutórias somente são atacáveis por agravo de instrumento nas hipóteses taxativas previstas no art. 1.015; nos demais casos, não estarão sujeitas à preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação eventualmente interposta contra a decisão final que encerrar a fase cognitiva ou nas contrarrazões de apelação (art. 1.009, §1º). Desse modo, o momento do julgamento da apelação e das impugnações das decisões interlocutórias de pronto não recorríveis (não submetidas, portanto, ao regime do agravo de instrumento) é um só e se dá quando ocorre o julgamento da apelação. Não mais se exige a insurreição imediata da parte contra a decisão não sujeita ao agravo de instrumento, restando afastado o risco de preclusão nessas hipóteses. A insurreição virá nas razões do recurso de apelação ou nas contrarrazões de tal recurso. Destaque-se que, se alguma das hipóteses do art. 1.015 for tratada na sentença em capítulo autônomo, o recurso cabível será o de apelação e não o agravo de instrumento em prol do princípio da unirrecorribilidade recursal.

Tem-se, portanto, que as decisões interlocutórias, segundo o Código de Processo Civil de 2015, submetem-se a duplo regime quanto à sua recorribilidade: se enquadradas em algumas das hipóteses do art. 1.015, essas decisões serão impugnáveis pela via do agravo de instrumento, caso contrário deverão ser impugnadas em preliminar de apelação ou em contrarrazões de apelação em conjunto com as outras questões decididas na sentença. Nos limites deste ensaio, são analisadas, em particular, algumas hipóteses de cabimento do agravo de instrumento segundo o Código de Processo Civil de 2015 e alguns de seus aspectos procedimentais. Registre-se, desde logo, que cada uma das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento será analisada sob a ótica de que tal recurso tem sua razão de ser pautada pela necessidade de imediata revisão de uma decisão capaz de causar lesão grave e de difícil reparação à parte ou ao regular desenvolvimento do processo. Essa interpretação que se pode denominar de finalística das hipóteses de cabimento do agravo permitirá, por exemplo, conforme se verá nos itens a seguir, interpretações extensivas das hipóteses previstas em lei.

O agravo de instrumento permite a devolução imediata da matéria recorrida ao órgão *ad quem*, já que o instrumento que se forma com as peças extraídas dos autos do processo conjuntamente com as razões recursais é interposto diretamente no tribunal. Essa “subida” imediata, virtual ou física, permite a análise de pronto da matéria pelo órgão hierarquicamente superior, o que confere a essa modalidade recursal um altíssimo grau de efetividade. Certas decisões não podem ficar sem um imediato controle porque a rápida decisão do órgão *ad quem* impede danos maiores de natureza processual ou material, já que influencia o modo de ser do procedimento e evita que o reexame tardio revele-se inútil em decorrência da lesão imposta pela decisão atacada. Daí decorre, portanto, a necessidade da mencionada interpretação finalística das hipóteses de cabimento do agravo previstas no art. 1.015 do Código, de modo a evitar consequências indesejáveis para o sistema jurídico como o aumento do número de mandados de segurança e a criação de um estado de imprevisibilidade que compromete a almejada segurança jurídica.

2 AGRAVO DE INSTRUMENTO E TUTELA PROVISÓRIA

De acordo com o art. 1.015, inc. I, do Código de Processo Civil, é cabível agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre tutela provisória. O Código de Processo Civil de 2015 estabelece que a tutela provisória, marcada pela sumariedade da cognição e pela não definitividade das decisões que a concedem, pode ter como

fundamento a urgência ou a evidencia. Não se pode conceber uma tutela jurisdicional efetiva que não seja capaz de disciplinar os casos em que o direito material exige uma resposta imediata do Poder Judiciário. Por isso, deve ser entendido que, ao se tratar de tutela provisória, o agravo de instrumento é cabível contra decisões que concedem ou não esse tipo de tutela sumária.

As razões que justificam a previsão de tutela diferenciada em função da urgência ou da evidência são as mesmas que exigem a previsão de um recurso para revisão imediata da decisão proferida. O agravo de instrumento contra decisão que versa a respeito de tutela provisória justifica-se, portanto, em razão do princípio da necessidade, pois sem o seu processamento e ulterior provimento a efetividade da prestação jurisdicional estaria irremediavelmente comprometida.² Isso significa que a tutela a ser perseguida pelo agravo de instrumento nesses casos pode ter natureza conservativa ou antecipatória,³ mas a demonstração de que a espera é apta a provocar a lesão grave e de difícil reparação é fundamental.

Dado que a decisão que concede a tutela antecipada não tem o atributo da definitividade pode ela ser confirmada, modificada ou revogada até o julgamento de mérito. Nesse sentido, o art. 296 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que “a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”. Entenda-se: tal modificação apenas poderá ocorrer se alteradas as circunstâncias que anteriormente justificaram a concessão da medida. E nessas hipóteses de modificação da tutela provisória é cabível também o agravo de instrumento.

Na hipótese de antecipação de tutela, portanto, até a sentença de mérito, ao juiz é facultada a possibilidade de realizar cognição exauriente de todos os fatos relativos à causa, podendo julgar novamente se é ou não o caso de aplicar as consequências decorrentes da antecipação de tutela. Portanto, ainda que se convença sobre o acerto da tutela antecipada, apresentando em sentença o juiz os mesmos argumentos já constantes dos autos na decisão interlocutória, a simples ulterior confirmação da

2 Ver: ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: *Reforma do Código de Processo Civil*. (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), São Paulo: Saraiva, 1996. p. 151-152.

3 Ver: PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1996. p. 661, com arrimo em Ferruccio Tommaseo. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: CEDAM, 1983. p. 11 et seq., e, principalmente, Piero Calamandrei, que fez, pela primeira vez, a distinção entre infrutuosità e tardività (Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari in *Opere Giuridiche*, Napoli: Morano, 1983. v. IX, n. 18, p. 195-197).

tutela antecipada e sua consequente absorção pela sentença de mérito têm o condão de possibilitar nova discussão, com a interposição de recurso de apelação. Seja qual for o conteúdo da tutela antecipada, a sistemática adotada não dispensa a ulterior prolação da sentença. A exceção refere-se aos casos em que há estabilização da tutela antecipada.

Todavia, não há dúvida de que, se a sentença simplesmente confirma decisão interlocutória concessiva da tutela antecipada sem acrescentar qualquer novo argumento, o recurso de apelação sobre tais pontos constitui questionamento idêntico àquele oferecido por ocasião do agravo de instrumento e muito provavelmente terá o mesmo destino.

No sistema brasileiro, a tutela sumária está sujeita a um duplo controle, pelo recurso e pela possibilidade de modificação ou revogação. A diferença entre uma e outra forma de controle é que a revogação e a modificação sempre dependem da alteração das circunstâncias.⁴ A provisoriedade, em síntese, é uma característica dessa técnica de concessão da tutela jurisdicional. A tutela concedida pode ser modificada ou mesmo revogada ao longo do desenvolvimento no processo, seja pelo próprio juiz que a tenha deferido, seja pelos órgãos jurisdicionais hierarquicamente superiores mediante a interposição dos recursos cabíveis. Todavia, a modificação ou a revogação pelo mesmo órgão jurisdicional surge a partir de uma evolução da situação substancial no processo e deve ser sempre baseada em circunstâncias novas ou já existentes ao tempo da emanção do provimento, mas não suscitadas pelas partes e consideradas pelo julgador. Se assim não fosse, a atividade do juiz tornar-se-ia arbitrária e sem parâmetros.

Em determinadas casos a tutela provisória pode ser concedida antes mesmo da citação. A concessão da tutela de urgência sem a observância do contraditório deve, contudo, ser sempre medida excepcional, já que a ciência dos atos e termos do processo é fundamental para a legitimação do procedimento. Não se pode conceber um processo unilateral, em que somente uma parte age no sentido de obter vantagem em relação ao adversário, sem que este apresente suas razões ou, pelo menos, sem que se lhe dê efetiva oportunidade de manifestar-se. O diferimento do contraditório é medida excepcional, justificada pelo risco de ineficácia do provimento jurisdicional a ser emitido.

4 Ver: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas. In: *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*, Atlas, 2015. p.325-342.

Nesse sentido, bem procedeu o Código de Processo Civil de 2015 ao estabelecer em seu art. 9º que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. De acordo com o parágrafo único de referido artigo, tal disposição apenas não se aplicará nos casos de concessão de tutela provisória de urgência ou evidência e nas ações monitorias. Nesses casos, tem-se de registrar que eventual apresentação de contrarrazões ao agravo interposto contra a decisão que não concede a tutela provisória em caráter liminar não tem o condão de dar início ao prazo para o oferecimento de contestação. Conforme já assentou o Superior Tribunal de Justiça “a ação só produz efeitos para a parte a partir de quando regularmente citada ou, na falta de citação, comparece espontaneamente em Juízo. Sabe-se que o objetivo da citação é cientificar o réu da demanda e dar-lhe oportunidade de defesa. Neste caso, a despeito de o réu ter tomado ciência da ação revisional com a intimação do agravo de instrumento, não se pronunciou naqueles autos, estando ausente um dos elementos essenciais da citação que é a oportunidade da parte de se manifestar [...] Desse modo, o comparecimento do réu para contraminutar agravo de instrumento não supre a deficiência constante nos autos principais consubstanciada na falta de sua citação na ação revisional de alimentos, sob pena de malferir o direito da parte ao contraditório e à ampla defesa”.⁵

O agravo de instrumento ademais é o recurso cabível por excelência para impedir a estabilização da tutela antecipada. O Código de Processo Civil prevê a eventualidade do julgamento de mérito diante da concessão da tutela antecipada parcial ou total requerida em caráter antecedente. O julgamento de mérito torna-se eventual, sujeito à iniciativa da parte interessada na decisão da causa com cognição exauriente. Uma vez concedida a antecipação, o provimento manteria sua eficácia até ulterior decisão em outro processo, revogando ou modificando a tutela provisória. Mas pode se tornar estável, se não for interposto recurso da decisão que a conceder. De acordo com o art. 304 do Código de Processo Civil, a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. Neste caso, o processo será extinto e qualquer das partes poderá demandar a outra por meio de ação autônoma em até dois anos com o intuito de rever, reformar ou invalidar a decisão que se tornou estável (CPC, art. 304, §§ 2º e 5º). Enquanto isso não ocorrer, embora sobre a decisão que conceder a tutela antecipada não recair a autoridade da coisa julgada, a tutela antecipada conservará seus efeitos.

5 Ver: STJ, *REsp 1310704/MS*, 3ª T., Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 10/11/2015, DJe 16/11/2015.

3 DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE MÉRITO

A manifestação sobre o mérito do processo, por excelência, ocorre na sentença, momento em que após cognição exauriente dos elementos da controvérsia está o juiz em condições de emitir um pronunciamento a respeito da pretensão do autor e assim encerrar o processo. Diz-se “por excelência”, pois em determinadas hipóteses o mérito de parcela do processo está em condições de ser apreciado em momento anterior ao encerramento do processo. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de julgamento antecipado parcial do mérito. A possibilidade de que seja proferido julgamento dessa natureza consiste em uma das principais inovações do novo Código de Processo Civil.

Tal técnica de julgamento privilegia a efetividade do processo, já que permite a satisfação imediata de direito a respeito do qual nada mais há o que se perquirir. Parcela da doutrina sustentava, aliás, a possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito, inclusive, quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973, com fundamento no art. 273, §6º, do referido diploma legislativo. É preciso, no entanto, distinguir tais institutos. A antecipação de tutela se insere no quadro das chamadas tutelas diferenciadas, que visam a combater o chamado dano marginal do processo por meio da autorização para que o juiz profira suas decisões com base em cognição não exauriente dos elementos da controvérsia. O julgamento antecipado, por seu turno, apenas tem lugar se proferido com base em cognição exauriente. Nada o difere do julgamento emanado após a fase instrutória, a não ser o momento em que proferido. O julgamento parcial, ademais, não se confunde com a parcial procedência de um pedido. No primeiro caso uma parcela do processo é decidida desde logo, porque desnecessário o prosseguimento do processo a seu respeito. O segundo caso, por seu turno, diz respeito a fenômeno em que a pretensão do autor encontra apenas parcial acolhida pelo magistrado. Nos casos de julgamento parcial, portanto, uma parcela do mérito é resolvida em caráter antecedente e a outra, como normalmente ocorre, é analisada apenas após o término da fase instrutória.

O julgamento antecipado parcial terá lugar quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela de um deles mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento, vale dizer, quando não houver necessidade de produção de outras provas ou quando se manifestarem os efeitos da revelia. Um fato se torna incontroverso após não ter sua existência ou modo de ser contestado pela parte contrária. Como se sabe, o ônus da impugnação específica impõe ao réu a necessidade de expor na contestação todas as razões pelas quais o pedido do autor não deve ser acolhido, sob pena de serem presumidos verdadeiros os fatos deduzidos na petição inicial. Assim, por exemplo, em resposta a pedido de condenação em danos morais e materiais,

pode o réu concordar com a procedência do segundo pedido e questionar apenas a subsistência do primeiro (reconhecimento parcial do pedido). O julgamento antecipado parcial do mérito também pode ocorrer nos casos em que parcela de um único pedido restar incontroversa. Imagine-se, a título de ilustração, a seguinte hipótese: o autor formula em face do réu pedido de tutela condenatória consistente na imposição de obrigação de pagamento de quantia. O réu, em sua manifestação, reconhece como devida parcela do valor requerido pelo autor. Por consequência, a parcela não impugnada, deve ser desde logo reconhecida pelo juiz como devida, o que possibilitará ao autor a imediata satisfação desse direito (execução definitiva). Nada justificaria, pois, ter de impor ao autor a necessidade de aguardar o fim do processo para obter a satisfação definitiva de um direito que já lhe foi reconhecido como pertencente.

O principal efeito prático da decisão que julga parcela do mérito em caráter antecedente é justamente o acesso fornecido ao titular do direito reconhecido como devido às vias executivas (ou à fase de liquidação no caso de obrigação ilíquida). A decisão que julga parcela do mérito em caráter antecedente, nesses termos, constitui título executivo, conforme estabelece o art. 515, inc. I, do Código de Processo Civil. A execução então requerida independerá do oferecimento de caução e será definitiva nos casos em que houver o trânsito em julgado da decisão. Nesses termos, a decisão que julga em caráter antecedente parcela do mérito é uma decisão interlocutória, pois apesar de seu conteúdo versar a respeito da pretensão do autor, tal decisão não é apta a extinguir a fase cognitiva do procedimento comum que terá prosseguimento para julgamento da parcela do mérito não resolvida.

Em atenção a isso, portanto, o art. 356, §5º do CPC/2015, estabelece como cabível o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que julgar parcela do mérito em caráter antecedente (arts. 1.015, II, 203, § 2º, 354, parágrafo único). Deve-se destacar que, em virtude da natureza do julgamento parcial do mérito, aplica-se ao agravo de instrumento interposto contra essa decisão disciplina que tradicionalmente é atribuída ao recurso de apelação. Assim, por exemplo, nos casos de agravo de instrumento interposto contra decisão que julgar em caráter antecipado parcela do mérito é cabível a técnica da ampliação da colegialidade nos termos do art. 942, §3º, inc. II, do Código, quando houver a reforma da decisão. Cabível também ação rescisória contra decisão transitada em julgado que decidiu parcialmente o mérito do processo. Conforme disposto no art. 966, §3º, do Código “a ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão”.

Outra hipótese de decisão interlocutória de mérito impugnável pela via do agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, inc. II, do Código

de Processo Civil é a que rejeita, por exemplo, alegação de prescrição e decadência. Tais matérias gravitam entre o direito material e o direito processual, uma vez que sua previsão encontra amparo principalmente no Código Civil e no Código de Processo Civil. Prescrição é instituto que tem por finalidade extinguir pretensões jurídicas extemporâneas. Ela impede que a instabilidade se perpetue em detrimento da harmonia social, comprometida se houvesse a possibilidade do exercício de uma pretensão por prazo indeterminado. Constitui ela, portanto, uma pena ao negligente, que deixa de exercer uma pretensão deduzível em juízo num determinado espaço de tempo.

Consoante se depreende do art. 189 do Código Civil, a prescrição fulmina a pretensão de direito material, na medida em que dispõe que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos que aludem os arts. 205 e 206”. A prescrição é, portanto, a perda da exigibilidade do direito material em decorrência da inércia de seu titular por determinado tempo previsto em lei. Ou seja, com a promulgação do novo Código Civil, o legislador instituiu que a atuação do Poder Judiciário não socorrerá a incúria, mas, na verdade, deverá sancioná-la, impedindo o sujeito de obter tutela por meio de um ato jurisdicional.

Assim como ocorre com a prescrição, a decadência nasceu como uma ferramenta para proporcionar segurança jurídica à sociedade, regulamentando o espaço de tempo que um indivíduo tem para exercer o seu direito. É unísono o entendimento doutrinário de que o objetivo da decadência é extinguir os direitos potestativos de qualquer espécie, sejam eles disponíveis ou indisponíveis. Além de um fenômeno de direito material, assim como a prescrição, a decadência manifesta-se principalmente no processo, na medida em que este tem por objetivo realizar a vontade do direito material e realiza-se por meio de um amplo complexo de atos lógicos e cronológicos, que, por sua vez, se subordinam a momentos temporais diversos rigidamente disciplinados em lei.

Tendo em vista seu objetivo e fundamento, a decadência de direito material pode ser arguida a qualquer momento e em qualquer instância pelas partes, independentemente do momento em que se encontra o estado do processo (art. 210 e 211 do Código Civil). Assim, ocorrendo à decadência, o juiz estará tolhido de reconhecer o direito pleiteado pela parte, podendo, contudo, declará-la, *ex officio*, desde que estabelecida por lei, nos termos do art. 210 do Código Civil.

O juiz extinguirá o processo com resolução do mérito se reconhecer a decadência e a prescrição. Trata-se de uma sentença de mérito por equiparação (ou uma falsa sentença de mérito), já que o julgador não aprecia o pedido deduzido

pelo autor. O art. 194 do Código Civil de 2002 previa que “o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”. A Lei n. 11.280/06, contudo, revogou esse artigo a fim de autorizar ao juiz, em qualquer caso, pronunciar de ofício a prescrição. Percebe-se, assim, de antemão, a significativa mudança introduzida por essa lei em nosso ordenamento jurídico, uma vez que, antes dela, a prescrição não podia ser reconhecida de ofício, salvo para proteger interesse de absolutamente incapaz. Agora ela pode ser reconhecida pelo juiz, independentemente de alegação da parte ou da natureza da pretensão perseguida, se de direito patrimonial ou não.

A prescrição tornou-se, então, matéria de ordem pública, na medida em que, na dogmática processual, somente elas transcendem os interesses das partes e, por essa razão, podem ser conhecidas de ofício pelo julgador. Tal mudança de paradigma vem a satisfazer dois dos mais importantes princípios regentes do processo civil moderno, quais sejam, a celeridade e a eficiência. No que atine ao primeiro, vale mencionar a solução de conflitos de modo mais rápido, haja vista o reconhecimento da prescrição ocasionar imediatamente a extinção do processo com resolução de mérito. No que concerne ao segundo, objetiva-se desestimular atos processuais desprovidos de utilidade, uma vez que perderam seu valor aqueles prévios à sentença de extinção com a superveniência desta.

No que concerne à decadência, seu prazo pode decorrer da lei ou de uma relação jurídica, hipótese em que deriva do próprio negócio jurídico. No primeiro caso, o juiz deverá conhecer, de ofício, da decadência, nos termos do art. 210 do Código Civil. Já na segunda hipótese, por outro lado, não cabe ao juiz conhecer da decadência, senão quando arguida pela parte, uma vez que tem esta disponibilidade a respeito do direito que nela se funda, ou seja, não cabe ao juiz sobrepor-se à vontade dos interessados em terreno dominado pela disponibilidade dos direitos.

A possibilidade de revisão da decisão que rejeita a alegação de prescrição e decadência pela via do agravo de instrumento permite que o tribunal se manifeste desde logo sobre essas questões de modo a evitar assim a prática de atos inúteis pela primeira instância.

4 GRATUIDADE DE JUSTIÇA

De acordo com o art. 1.015, inc. V, do Código de Processo Civil, é cabível agravo de instrumento contra decisão interlocutória que versar sobre rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação. Com efeito, o art. 98 do Código de Processo Civil e os que

o seguem disciplinam uma das formas de se assegurar o direito de acesso à justiça, previsto na Constituição Federal, consistente na concessão da gratuidade de justiça àqueles que não dispõem de rendimentos suficientes para arcar com as despesas do processo jurisdicional estatal. Com a concessão do benefício da justiça gratuita, ou seja, com a dispensa da exigência de pagamento de determinados atos processuais, quer se assegurar o acesso à justiça àqueles que não dispõem de recursos financeiros para tanto. Um Estado de Direito não pode ser considerado democrático, se parcela de sua população não consegue acessar o Poder Judiciário para a justa resolução de seus litígios. Não fosse a concessão de tal benefício, poder-se-ia afirmar, logo, que a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional não representaria mais do que uma petição de princípios para uma grande parcela da população.

O pedido de justiça gratuita será indeferido, se ausentes os pressupostos legais para tanto, isto é, se houver nos autos motivos que evidenciem a falta de tais pressupostos. Ademais, caso o juízo verifique tal ausência, deverá intimar o beneficiário a comprovar a sua situação de pobreza (CPC/2015, art. 99, §2º). O Código de Processo Civil, ademais, positiva uma presunção de veracidade do pedido de justiça exclusivamente para as pessoas naturais, o que obriga, por consentâneo lógico, as pessoas jurídicas a comprovarem, previamente, a sua situação de incapacidade de arcar com custas e despesas processuais. O direito aos benefícios da justiça gratuita é personalíssimo, não se estendendo, portanto, a eventual litisconsorte ou ao sucessor do beneficiário (CPC/2015, art. 99, §6º). O fato de a parte ser representada por advogado particular não lhe retira o direito à concessão de benefício se atendidos os requisitos legais para tanto. Nesses casos, eventual recurso interposto exclusivamente sobre o valor dos honorários de sucumbência fixados em favor do advogado do beneficiário da justiça gratuita estará sujeito ao recolhimento do preparo, exceto se também este advogado fizer jus ao benefício da justiça gratuita.

Conforme dispõe o art. 101 do Código, em igual sentido ao previsto no art. 1.015, inc. V, contra a decisão que indeferir a gratuidade ou acolher o pedido de sua revogação caberá agravo de instrumento, exceto se essa questão for resolvida na sentença, hipótese em que será impugnável pela via do recurso de apelação. O recorrente não necessitará recolher as custas do recurso até decisão do relator a respeito. Confirmada a revogação do benefício, terá o recorrente o prazo de cinco dias para recolher as custas devidas sob pena de não conhecimento do recurso. O que se constata, portanto, é que o Código de Processo Civil de 2015 se preocupa em assegurar a parte que pretende se valer dos benefícios da justiça gratuita a possibilidade de obter uma revisão imediata da decisão que não lhe conceder esse benefício. Tal

opção justifica-se, pois, caso contrário, a parte que se pretende fazer valer dos benefícios da justiça gratuita não teria condições de dar prosseguimento ao processo. Em atenção à garantia do tratamento paritário das partes, no entanto, também deveria ser prevista a possibilidade de impugnação da decisão que concede o benefício da justiça gratuita pela via do agravo de instrumento. Se tal decisão for revista apenas em sede de apelação, corre-se o risco de o processo ser extinto sem resolução de mérito, restando inúteis todos os atos praticados em primeira instância.

5 LITISCONSÓRCIO

Fugindo ao esquema básico do processo, no qual cada um dos polos da relação jurídica processual é integrado por apenas um sujeito interessado na relação jurídica (uma parte), há casos em que em um dos polos ou em ambos existe uma pluralidade de partes. Nestes casos haverá o que se chama de litisconsórcio em que mais de uma parte participa do polo ativo ou passivo da demanda. A figura do litisconsórcio (cumulação subjetiva), pois, não se confunde com a do *concurso de ações* (na verdade, concurso de pretensões ou cumulação objetiva). Se é certo que o *concurso de ações* pode ensejar a formação de polos complexos, certo também é que uma pluralidade de sujeitos também pode litigar em torno de um único objeto litigioso. Em outras palavras, mais de um sujeito pode pleitear a satisfação de uma única pretensão, o que leva à necessidade de não se confundir o instituto do litisconsórcio com a figura da *cumulação de ações*.

O respeito às regras que disciplinam o litisconsórcio, relaciona-se com o escopo maior de evitar julgados conflitantes, assegurando a racionalidade da tutela jurisdicional e prestigiando a segurança jurídica. Nesses casos, o legislador impõe a coligação litisconsorcial de seus titulares com vista a preservar a harmonia de decisões judiciais. Se a formação do litisconsórcio, em regra, contribui para a celeridade do processo, na medida em que contribui para a resolução única de uma questão que poderia ensejar a propositura de diversas demandas, em certas ocasiões o grande número de partes envolvidas pode resultar em situação contrária. Quanto maior o número de litigantes maior o número de atividades a serem desenvolvidas o que acabará por postergar a solução do litígio. Por esta razão, com acerto, o art. 113, §1º do Código de Processo Civil autoriza o juiz a limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes “quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento de sentença”.

Eventual insurgência contra a formação do litisconsórcio deverá se dar por meio da interposição do recurso de agravo de instrumento. De acordo com

o art. 1.015, inc. VII do Código de Processo Civil, é cabível referido recurso contra decisões interlocutórias que versarem sobre exclusão de litisconsorte. A tal dispositivo deve ser atribuída, no entanto, uma interpretação ampla para que também se tenha como cabível o recurso de agravo contra as decisões que admitem a intervenção de litisconsorte. Se não for admitido o agravo para essa hipótese, correr-se-á o risco de em sede de apelação constatar-se que a presença de um litisconsorte até aquela fase processual era inútil. Isso significaria admitir que a uma parte foi imposta a participação em um processo que ela não deveria figurar com todos os custos econômicos e pessoais aí presentes.

6 REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O art. 373 do Código de Processo Civil guarda relação de semelhança com o art. 333 do Código de Processo Civil de 1973. Ambos disciplinam, cada qual a seu tempo, a temática dos ônus probatórios. Enquanto categoria jurídica autônoma que define determinada posição jurídica processual, ônus são atribuídos às partes a fim de que elas deles se desincumbam, atendendo, assim a um determinado objetivo perseguido pela lei, sob pena de lhes ser imposta uma situação jurídica desfavorável. No que concerne à verificação dos fatos narrados pelas partes, impõem-se a elas o ônus de provar os fatos que respectivamente dão suporte as suas alegações. Ao autor, portanto, incumbe o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu incumbe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

A origem dessa distribuição dos ônus probatórios tem natureza prática, pois cada parte tende a ter maior facilidade de provar as alegações que fizer, e ética, na medida em que se espera das partes a responsabilidade de alegar apenas fatos que elas tenham reais condições de demonstrar. Caso isso não ocorra, dada a vedação ao *non liquet*, como técnica de julgamento, impõe-se o julgamento desfavorável à parte que não se desincumbiu de seu respectivo ônus. Assim, se houver insucesso na investigação fática (o que não ocorrerá com as questões de direito, dada a aplicação do *iura novit curia*), sendo obrigado a julgar, deve o magistrado se valer do ônus probatório como técnica de julgamento a fim de impor decisão desfavorável à parte que não se desincumbiu de seu respectivo ônus. Daí se afirmar que as regras do ônus da prova são normas de julgamento ou *encerramento do processo*. Tal consequência determina, portanto, o comportamento das partes no processo, daí o porquê de se falar em dimensão subjetiva do ônus probatório, já que as partes passam a orientar suas condutas com o propósito de se desincumbir de seus respectivos ônus.

O art. 373, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 positiva a chamada técnica de dinamização do ônus probatório. De acordo com esse dispositivo, “*nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído*”. Em realidade, são dois os requisitos que devem ser atendidos conjuntamente para que se proceda à dinamização: impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte em cumprir o ônus que a princípio lhe seria imposto aliada à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário pela outra parte. Esse dúplice requisito, como se depreende, é pré-ordenado a garantir o acesso à justa composição do conflito.

Ocorrendo, pois, a dinamização, o ônus de provar determinado fato recai sobre a parte que tem mais facilidade na produção dessa prova, mesmo não estando ela inicialmente incumbida dessa tarefa. A dinamização é, portanto, apenas circunstancial. Não se transferem todos os ônus probatórios, mas apenas aqueles que exigem uma *probatio diabólica* para uma das partes e cuja contraprova é de fácil acesso à parte contrária. Assim, por exemplo, caso a dinamização beneficie o autor, não será a ele atribuído o ônus de provar fato constitutivo de seu direito, incumbindo então ao réu demonstrar a inveracidade das alegações do autor. Incumbirá, pois, ao réu produzir contraprova a fim de demonstrar que o fato aduzido pelo autor não é verdadeiro, não ocorreu ou, então, ocorreu de maneira distinta, sob pena de lhe ser imposto julgamento desfavorável.

A dinamização, em síntese, apenas ocorrerá em hipóteses excepcionais, quando se verificar a existência de uma *probatio diabólica* para uma das partes aliada a uma facilidade na produção da contraprova pela outra parte. Como destaca Danilo Knijnik “o ônus dinâmico não pode ser aplicado para simplesmente compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas única e tão somente, para evitar a formação da *probatio diabólica* diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes, à luz da natureza do fato e da sintaxe da norma”.⁶ A dinamização, a propósito, não pode atribuir a outra parte ônus do qual ela não possa se desincumbir. Nesse sentido, é o que dispõe o §2º, do art. 373: “a decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar

6 Ver: KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 181.

situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.⁷

Com relação à fase processual em que deve se dar a dinamização, deve ela ocorrer em momento anterior ao início da fase instrutória, pois só assim se ofertará à parte que foi atribuído esse novo ônus possibilidade efetiva de dele se desincumbir. Trata-se de regra ligada ao procedimento e não ao julgamento da causa. Caso a dinamização ocorresse em fase ulterior, a parte seria surpreendida muito provavelmente com um julgamento desfavorável sem que a ela tenha sido concedida a oportunidade de se desincumbir de um ônus que ela não sabia lhe incumbir. Justamente para evitar decisões surpresa dessa natureza e repudiadas pelo direito processual constitucional (devido processo legal e contraditório) é que há um recurso de imediato cabível contra decisão que determinar a dinamização do ônus probatório: o agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, §3º, do Código de Processo Civil. Segundo esse dispositivo, é cabível o agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre a “redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º do Código”. Isso significa que o agravo será cabível tanto nas hipóteses em que o magistrado de primeira instância aplica a teoria da dinamização do ônus probatório, tanto nos casos em que ele rejeita pedido nesse sentido. Em ambos os casos incumbe ao tribunal definir previamente essa questão para que a uma das partes não seja atribuído um ônus a respeito do qual ela não pode se desincumbir.

7 ENCERRAMENTO: ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Procurou-se demonstrar até aqui que a par da opção do legislador de estabelecer hipóteses taxativas para o cabimento do agravo de instrumento, deve ser atribuída a tais casos uma interpretação extensiva a fim de atribuir o mesmo tratamento jurídico a situações materialmente semelhantes, impedindo-se, assim, a ocorrência de “lesões graves” ou de “difícil reparação” para as partes e para o regular andamento do processo. Essas expressões juridicamente indeterminadas devem sempre ser analisadas a partir das circunstâncias de fato e de direito que permeiam o caso concreto. Portanto, além de apresentar a decisão agravada e seu inconformismo, bem como formular o pedido de reforma ou anulação da decisão, compete ao agravante contrastar as circunstâncias de fato e de direito que evidenciam a lesão grave ou de difícil reparação. Esta a cláusula geral que deve informar

7 Ver: LUCON, paulo henrique dos santos. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil* (orgs. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer). Forense: Rio de Janeiro, 2015.

a interpretação finalística do art. 1.015 do Código de Processo Civil. Note-se que, dentre os incisos do art. 1.015, não estão relacionadas apenas hipóteses de urgência no julgamento do recurso, mas também decisões cuja eventual reforma realizada tardiamente possa acarretar nulidade de todo o feito. É o que se verifica nas hipóteses de rejeição da alegação de convenção de arbitragem, gratuidade de justiça, exclusão de litisconsorte por ilegitimidade, a limitação de litisconsórcio, admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros.

Com relação aos aspectos procedimentais desse recurso, tem-se que o prazo para sua interposição será de quinze dias úteis. Seguindo a tendência de simplificação do procedimento, os prazos recursais, com exceção dos embargos de declaração, foram unificados, vigorando, para todos, o mesmo interregno. A forma de interposição do agravo de instrumento, como se sabe, constitui uma exceção à regra geral no processo civil brasileiro de que os recursos são endereçados ao órgão *a quo* e não diretamente ao *órgão ad quem*.⁸ Anteriormente à Lei 9.139/95, o agravo de instrumento era interposto perante o juízo de primeiro grau e sua instrução e remessa ao Tribunal competia aos serventuários de justiça. A ruptura desse sistema aconteceu em 1995 quando o agravo de instrumento passou a ser dirigido diretamente ao Tribunal competente, ficando sob a responsabilidade da parte a formação do instrumento. A petição de interposição do recurso deve conter os seguintes requisitos: (i) os nomes das partes; (ii) a exposição do fato e do direito; (iii) as razões do pedido de reforma ou invalidação da decisão combatida e o respectivo; (iv) o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo. Lembre-se que o agravo de instrumento está sujeito à preparo e, eventualmente, ao pagamento de porte de remessa e retorno dos autos, conforme as normas de cada Tribunal.

Como o agravo de instrumento é interposto diretamente no Tribunal e não possui, em regra, efeito suspensivo, por razões de ordem prática, ele deve ser instruído com cópias dos autos, de modo a possibilitar o conhecimento da matéria impugnada pelo órgão *ad quem*. O art. 1.017 do Código de Processo Civil estabelece a obrigatoriedade de apresentação de: (i) cópia da decisão agravada e da certidão de respectiva intimação, ou outro documento que comprove a tempestividade do recurso; (ii) cópia das procurações e substabelecimentos outorgados aos advogados das partes, além de (iii) cópias da petição inicial, da contestação e da petição que ensejou a decisão agravada. Contudo, o §5º desse mesmo artigo dispensa as peças

8 Ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V, 16, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

referidas sendo eletrônicos os autos do processo de origem. Ademais, facultava-se ao agravante instruir o recurso com cópias de outras peças que entender necessárias à formação da convicção judicial.

A inovação mais relevante do novo Código, no entanto, atine à aplicação do princípio da colaboração em sede recursal com o propósito de assim combater a denominada jurisprudência defensiva. À luz da instrumentalidade do processo, o art. 1.017, § 3º, do Código impõe ao juiz, ante a falta de um algum dos requisitos de admissibilidade do agravo, o dever de intimar o recorrente com vista a suprir a falta da peça e, desse modo, prosseguir no julgamento do mérito do recurso. Combate-se, assim, a jurisprudência defensiva que impedia o conhecimento dos recursos. Esse tipo de comportamento por parte dos tribunais constitui uma das principais máculas da administração da justiça em nosso país. Isso porque ela resulta no não conhecimento de um recurso – uma das formas de manifestação do direito de ação – em virtude de uma irregularidade formal sanável. Justamente com o fim de combater essa prática, o art. 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil prevê que antes de ser julgado inadmissível um recurso o relator deve conceder ao recorrente o prazo de cinco dias para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível. Não basta, contudo, que apenas seja oportunizado ao recorrente esse prazo. Em decorrência do princípio da cooperação e seus deveres correlatos, como o dever de esclarecimento por exemplo, deve o juiz indicar precisamente o vício que deve ser corrigido, aplicando-se, portanto, a mesma lógica que informa o juízo a respeito da admissibilidade da petição inicial (art. 321).

O art. 6º do Código de Processo Civil estabelece que *“todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*. No processo cooperativo, modelo de processo civil característico do atual Estado Constitucional, não se pode conceber um procedimento que não seja estruturado senão a partir de um diálogo constante entre o juiz e as partes ao longo de todas as fases procedimentais, inclusive a respeito daquelas questões que o juiz pode conhecer de ofício. Quanto maior for esse diálogo, com maior facilidade as partes aceitarão o comando contido no elemento imperativo da decisão a elas destinado e mais consistente será a justificativa que o elemento lógico conferirá ao elemento imperativo da decisão. Evitar o processo de surpresas ou o processo de armadilhas deve ser uma premissa a ser respeitada por todos os sujeitos do processo, mais particularmente pelo julgador que, afinal, produz as decisões a repercutir na vida dos sujeitos parciais do processo. Pode-se afirmar, portanto, que o art. 6º do Código de Processo Civil consagra um novo modelo de atuação que se espera do juiz; mais participativo e

próximo das partes e que prestigie o diálogo entre todos os sujeitos do processo ao longo de todo o procedimento.

REFERÊNCIAS

- CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. In: *Opere Giuridiche*, Napoli: Morano, v. IX, n. 18, p. 195-197, 1983,
- FERRUCIO TOMMASEO. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: CEDAM, p. 11, 1983.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, p. 181, 2007..
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas. In: *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*, Atlas, p. 325-342, 2015.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil* (orgs. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer). Forense: Rio de Janeiro, 2015.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Napoli: Jovene, p. 661, 1996.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: *Reforma do Código de Processo Civil*. (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), São Paulo: Saraiva, p. 151-152, 1996.