

Supressão de instância e a teoria da causa madura no agravo de instrumento

Rafael Gaburro Dadalto¹

Resumo: Não se olvida estar consolidado entendimento no sentido da aplicação da teoria da causa madura ao agravo de instrumento, ainda que localizado em capítulo referente à apelação (parágrafos 3º e 4º do artigo 1.013 do novo Código de Processo Civil). Ocorre que, mesmo sob a égide do novo *codex*, ao argumento de supressão de instância, as cortes estaduais de justiça têm, por via indireta, em nítida jurisprudência defensiva, afastado a aplicação da indigitada teoria – que é considerada regra de julgamento –, na medida em que deixam de apreciar o mérito recursal, de modo a se afastarem da diretiva traçada pela nova codificação, que inclusive alargou o âmbito de abrangência da mencionada teoria. Diante desse contexto, o estudo propõe-se a tentar auxiliar na quebra de falso paradigma formado por meio de subterfúgio de julgamento corporificado na denominada “supressão de instância”. Para alcançar tal intento, emprega-se a técnica de pesquisa bibliográfica e documental e o método comparativo a fim de estabelecer as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, posicionando-se sobre o tema em seguida.

Palavras-chave: Agravo de instrumento; Duplo grau de jurisdição; Supressão de Instância; Teoria da causa madura; Jurisprudência defensiva.

Introdução

Mesmo diante do alargamento do campo de incidência da teoria da causa madura pelo novo Código de Processo Civil (parágrafos 3º e 4º do artigo 1.013), cuja aplicação se destina inclusive às decisões *citra petita*, as cortes estaduais de justiça têm, por via indireta, em nítida jurisprudência defensiva, afastado a aplicação da indigitada teoria – que é considerada regra de julgamento –, na medida em que deixam de apreciar o mérito recursal, ao argumento de “supressão de instância”.

Nesse passo, sob o fundamento de impossibilidade de vulneração do princípio do duplo grau de jurisdição, deixam de conhecer de agravo de instrumento em toda e qualquer hipótese na qual o órgão julgador de piso não tenha se manifestado sobre determinada questão ou fundamento, ainda que consolidado entendimento no sentido da aplicação da teoria da causa madura ao agravo de instrumento.

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo.

Nesse contexto, inevitável investigar se tal postura se justifica diante da premissa adotada pela nova codificação ou se se trata de falso paradigma formado por meio de subterfúgio de julgamento corporificado na denominada “supressão de instância”, a demandar mudança de comportamento.

Referido escopo se justifica pelo fato de contribuir na análise do espinhoso tema no campo teórico, na tentativa de equacionar sua aplicação e permitir a adequada utilização no campo prático, sem surpresas desagradáveis no processo, o qual busca alcançar o princípio da primazia do julgamento do mérito. Em outros termos, justifica-se pela necessidade de tentar equalizar custos e tempo do processo, mediante saída que propicie uma maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

Para alcançar tal intento, será empregada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental e o método comparativo a fim de estabelecer as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, posicionando-se sobre o tema em seguida.

Efeito devolutivo dos recursos

De modo geral, tem-se por referido efeito a devolução da matéria para reapreciação do Poder Judiciário, seja ao mesmo órgão julgador ou outro de superior instância, a fim de que seja reexaminada a questão submetida a juízo (MAZZEI, 2001, p. 123).

Possui como escopo pretensão de correção do prejuízo advindo do julgamento pretérito, propiciando o prolongamento da discussão travada nos autos do processo, vindo a retardar os efeitos da preclusão ou da coisa julgada.

O efeito devolutivo é visto sob dois aspectos, quais sejam, em sua extensão ou horizontalidade e em sua profundidade ou verticalidade. Segundo Barbosa Moreira, “delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar *o que* se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar *com que material* há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar.” (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 429).

No plano horizontal, referido efeito é regido pelo princípio dispositivo, consoante baliza delineada no artigo 1.013 do Código de Processo Civil, segundo o qual, “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada,” cabendo ressaltar que o dever de impulso oficial disposto no artigo 2º do Digesto Processual Civil² não se estende à fase recursal, cuja instauração depende de provocação do interessado” (CABRAL; CRAMER, 2015, p. 38), a quem caberá delimitar a extensão do que pretende ver reexaminado, ficando o órgão julgador adstrito ao princípio da congruência ou demanda (artigos 141 e 492 do CPC³⁴).

² Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

³ Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

⁴ Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Aqui, “importante lembrar que, apesar de o artigo 1.013 do CPC/15 estar inserido no capítulo da apelação, suas disposições devem ser aplicadas a todos os recursos” (CHEIM JORGE, 2015, p. 367).

Nesse contexto, observa-se que o órgão *ad quem* se encontra limitado aos capítulos impugnados (recurso parciais ou totais), cuja transgressão importa violação da regra corporificada na máxima do *tantum devolutum quantum appellatum*, podendo vir a infringir ainda a proibição da *reformatio in pejus*.

Por seu turno, no plano vertical ou em sua profundidade, a devolução é extremamente ampla, conforme se depreende da exegese dos parágrafos 1^o e 2^o do artigo 1.013 do diploma processual, pelo que pode ser objeto de análise pela corte recursal questões discutidas no processo que não tenham sido enfrentadas na decisão recorrida, bem como os demais fundamentos eventualmente existentes no pedido ou na defesa, quando acolhido só um deles pelo órgão julgador.

Muito embora seja ampla a devolutividade nesse aspecto, sempre estará delimitada pela matéria impugnada, ou seja, pela regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, como ressalva a parte final do dispositivo legal citado.⁷

Logo, “se o autor cumulava dois ou mais [pedidos] e, desatendido em algum (ou alguns) deles, deixa de tornar a formulá-lo(s) no recurso, o órgão *ad quem* já não poderá apreciá-lo(s)” (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 446). Já no que tange aos fundamentos do pedido ou de defesa, não se impõe o ônus da reiteração, sendo analisados por força da devolução da “matéria impugnada”.

Nesse aspecto, importante ressaltar que parte da doutrina e da própria jurisprudência, apoiadas nos ensinamentos de Nelson Nery Júnior, denomina de efeito translativo o fato de algumas questões serem devolvidas ao órgão *ad quem* não por conta do princípio citado, mas em razão do princípio inquisitório, tais como as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (artigo 485, §3º, CPC) – enquanto não ocorrido o trânsito em julgado da demanda (NERY JÚNIOR, 2004, p. 482).

Ocorre que, como advoga Barbosa Moreira (2004, p. 397), as questões de ordem pública são devolvidas tão somente por força do efeito devolutivo em seu plano vertical, na medida em que pressupõe levar ao conhecimento do órgão recursal todas as questões e fundamentos, mesmo que não impugnados pelo recorrente, de modo a não haver falar em um denominado “efeito translativo” dos recursos. Em verdade, o princípio inquisitório está contido na profundidade do efeito devolutivo.⁸

⁵ § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

⁶ § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

⁷ Nesse sentido, confira a lição de Dinamarco (2002, p. 42-43): “Essa é uma projeção da regra geral de que toda questão só se considera devolvida em relação à matéria impugnada porque, fora desta (ou seja, fora dos limites horizontais da devolução), questão alguma é devolvida. Questões referentes a capítulo de sentença não impugnado pela parte, ou que não possa ser impugnado por ela, não se consideram devolvidas.”

⁸ Na mesma linha, Cheim Jorge (2015, p. 342): “Assim, é inerente ao efeito devolutivo o conhecimento de

Dito isso, isto é, traçadas as premissas básicas acerca do efeito devolutivo dos recursos, evolui-se no enfrentamento da problemática proposta.

Teoria da causa madura

Referida teoria foi inserida no ordenamento por meio da Lei nº 10.352/2001, que acrescentou o parágrafo 3º ao art. 515 do revogado código (CPC/73), nos seguintes termos: “nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”

Já no novo Código de Processo Civil, a indigitada teoria fora potencializada, na medida em que se ampliou de forma mais contundentes as hipóteses de sua incidência, conforme se depreende do próprio regramento evidenciado nos parágrafos 3º e 4º do artigo 1.013, senão vejamos:

Art. 1.013 [...]

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

Como se vê, por esta teoria, sempre que possível, ou seja, que a causa esteja apta a ser julgada, de forma que não haja a necessidade de produzir novas provas, deve o tribunal afastar as vicissitudes do processo e desde logo julgar o próprio mérito da demanda.

Ao dispor que a corte recursal “deve”, incorporou o entendimento adotado até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a aplicação da teoria da causa madura independe de pedido, consistindo em regra de julgamento, cujo destinatário, o julgador, não possui margem de discricionariedade quanto à sua aplicabilidade.⁹

questões que sequer foram mencionadas no recurso e que tampouco tiveram uma apreciação exaustiva do magistrado a quo. A interposição do recurso faz com que sejam levadas ao conhecimento do órgão julgador todas questões de ordem pública, ou mesmo aquelas a respeito das quais o juiz pode se pronunciar de ofício, tais como honorários advocatícios, juros legais, etc. é incorreto, portanto, vincular e associar o denominado efeito devolutivo unicamente ao princípio dispositivo. Também aqui tem incidência o princípio inquisitório, só que sua manifestação ocorre de forma particular, unicamente em relação às questões que podem ser conhecidas de ofício, tais como, por exemplo, as nulidades processuais, às quais compete ao Judiciário conhecer de ofício e em qualquer grau de jurisdição.”

⁹ Nessa linha: REsp 1166052/AM, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 18/03/2014.

Por fim, como antes mencionado, muito embora a regra esteja localizada no capítulo relativo à apelação, estende-se a todos os recursos, tal como o agravo de instrumento, ora tratado neste trabalho.¹⁰

Duplo grau de jurisdição e supressão de instância

De plano, “ter direito ao duplo grau de jurisdição significa ter direito a um duplo juízo a respeito de determinada questão submetida ao Poder Judiciário” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 508).

Sem embargo da controvérsia acerca da constitucionalidade do citado princípio, o fato é que nenhum direito é absoluto, nada impedindo que seja arredado em detrimento de outros valores, inclusive de estatura constitucional, tais como da efetividade processual e da razoável duração do processo.

Tanto não é absoluto que a própria Constituição excepciona o duplo grau de jurisdição, conforme já enunciou o Supremo Tribunal Federal, o qual ainda propagou

recentemente que “não há no ordenamento jurídico brasileiro a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.”¹¹

¹⁰ Nesse sentido: REsp 1215368/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/06/2016, DJe 19/09/2016.

¹¹ EMENTA Agravo regimental. Tributário. Pena de perdimento. Duplo grau de jurisdição. Inexistência de assento constitucional. Inafastabilidade da jurisdição. Devido processo legal. Ofensa reflexa. 1. Segundo a jurisprudência da Corte, não há no ordenamento jurídico brasileiro a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. A afronta aos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, em termos processuais, configura, via de regra, apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. A título de honorários recursais, a verba honorária já fixada deve ser acrescida do valor equivalente a 10% (dez por cento) de seu total, nos termos do art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do citado artigo e a eventual concessão de justiça gratuita.

(RE 976178 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 14-02-2017 PUBLIC 15-02-2017)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Agravo que pretende exame do recurso extraordinário no qual se busca viabilizar a interposição de recurso inominado, com efeito de apelação, de decisão condenatória proferida por Tribunal Regional Federal, em sede de competência criminal originária. 2. A Emenda Constitucional 45/04 atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, hierarquia constitucional. 3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta. 4. A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição. Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição. 5. Alegação de violação ao princípio da igualdade que se repele porque o agravante, na condição de magistrado, possui foro por prerrogativa de função e, por conseguinte, não pode ser equiparado aos demais cidadãos. O agravante

Nesse contexto, o legislador infraconstitucional não se encontra obrigado a observar essa regra em todos os casos, tanto é assim que existem inúmeras exceções na lei processual, como, por exemplo, na hipótese do art. 34 da Lei 6.830/1980 e dos embargos de declaração, que é julgado pelo mesmo juiz prolator da decisão atacada (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 508-509).

A lei infraconstitucional também relativiza o aludido princípio, como ocorre no procedimento do Juizado Especial Cível, no qual prevalecem os princípios de acesso à justiça, oralidade e celeridade processual (VARGAS JÚNIOR, 2016), assim como no suprimento de vícios que maculam o processo pelo próprio tribunal (artigo 938, §§ 1º a 3º¹²) e na posterior juntada de documentos – desde que observado o contraditório e a boa-fé – (artigo 435, parágrafo único¹³), em que prevalece a efetividade, celeridade e primazia do julgamento do mérito.

De outro giro, por supressão de instância, entende-se que é a situação na qual a corte de recurso analisa determinada matéria em primeiro lugar, isto é, sem que tenha sido enfrentada no juízo *a quo*.

De regra, o *órgão ad quem* não pode conhecer de matéria não analisadas na instância de origem, pois, ainda que afastado o duplo grau de jurisdição, incide na hipótese as regras de competência decorrentes do princípio do juiz natural.

Contudo, o próprio sistema processual excepciona algumas hipóteses, tal como se dá no caso da profundidade do efeito devolutivo (artigo 1.013, §§ 1º e 2º) e da aplicação da teoria da causa madura inserta na regra inculpada no artigo 1.013, § 3º (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 509-510).

Portanto, o ordenamento jurídico em vigor não só autoriza, como determina que o julgador de segundo grau analise a matéria ainda que não apreciada em primeiro grau de

foi julgado por 14 Desembargadores Federais que integram a Corte Especial do Tribunal Regional Federal e fez uso de rito processual que oferece possibilidade de defesa preliminar ao recebimento da denúncia, o que não ocorre, de regra, no rito comum ordinário a que são submetidas as demais pessoas. 6. Agravo regimental improvido.

(AI 601832 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-06 PP-01129 RSJADV jun., 2009, p. 34-38 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 518-524)

¹² Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

§ 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.

§ 2º Cumprida a diligência de que trata o § 1º, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso.

§ 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução.

¹³ Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. Parágrafo único. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º.

jurisdição, desde que em condições de imediato julgamento, sem que possa se cogitar de supressão de instância.

Supressão de instância e a teoria da causa madura no agravo de instrumento

Como dito, a profundidade do efeito devolutivo e a teoria da causa madura excepcionam o duplo grau de jurisdição e, conseqüentemente, afasta a alegação de supressão de instância, com base em hipótese legalmente prevista. “É dizer, o novo código tornou de menor valia o princípio do duplo grau de jurisdição, de sorte que, agora, é irrelevante, a rigor, a circunstância de determinada matéria não ter sido enfrentada por instância inferior.” (NOGUEIRA, 2016).

Com efeito, tratando-se de matéria de ordem pública, ainda sob a égide do código anterior, não havia maiores controvérsias.¹⁴ Mesmo que não tivesse havido análise pelo juízo *a quo*, apreciava-se em segundo grau de jurisdição, até mesmo de ofício, por força do artigo 267, § 3º, do CPC/73 (485, § 3º, do CPC/15), e em homenagem ao efeito translativo dos recursos (profundidade do efeito devolutivo), bem como aos princípios da economia processual e da inquisitorialidade recursal. Assim, admitia-se tranquilamente a extinção da demanda originária diante do acolhimento da questão de ordem pública em sede de agravo de instrumento.¹⁵

¹⁴ AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS ORDINÁRIOS. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXAME. POSSIBILIDADE. TÍTULO EXECUTIVO. ANÁLISE DOS REQUISITOS CONSTITUTIVOS. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]. 2. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte Superior, “as instâncias ordinárias podem extinguir o processo sem resolução de mérito, conhecendo de ofício de matéria de ordem pública, capaz de gerar a rescindibilidade do julgado caso não detectada a tempo, em respeito ao efeito translativo dos recursos ordinários e ao princípio da economia processual” (REsp 1.293.721/PR, Segunda Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 10/4/2013). [...]. (AgRg nos EDcl no AREsp 396.902/ES, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 16/09/2014)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO INDEFERIDO. DECISÃO IMPUGNADA MEDIANTE AGRAVO DE INSTRUMENTO, NO QUAL SE FORMULA PEDIDO DE REFORMA PARA O FIM DE CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO À EXCEÇÃO E DE PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL, DO EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS, COM A EXTINÇÃO DIRETA DA AÇÃO DE EXECUÇÃO NO JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, INDEPENDENTEMENTE DE PEDIDO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. JULGAMENTO POR MAIORIA. DESNECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES.

[...]. - É possível a aplicação, pelo Tribunal, do efeito translativo dos recursos em sede de agravo de instrumento, extinguindo diretamente a ação independentemente de pedido, se verificar a ocorrência de uma das causas referidas no art. 267, §3º, do CPC. Precedente. [...]. (REsp 736.966/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/04/2009, DJe 06/05/2009).

¹⁵ Marcio André Monteiro Gaia (2006, p. 119-120) tece interessantes argumentos a esse respeito: “crê-se que o tribunal não só pode, como deve extinguir o processo sem julgamento do mérito, ao apreciar agravo de instrumento, quando, *icto oculi*, reconhecer qualquer afronta a essas matérias de ordem pública. Dessa forma, estar-se-ia coadunando à incidência do efeito translativo ao recurso de agravo, subsumido ao princípio inquisitivo, sem se caracterizar o que se convencionou chamar de “supressão de instância”, em face da violação do duplo grau de jurisdição. É que, justamente de por se tratarem de matérias conhecíveis de ofício, aliado ao fato de não se admitir o princípio do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional expressa, portanto, sem intangibilidade absoluta, abre-se espaço para a prevalência de outros princípios

Agora, com a nova sistemática instaurada a partir da vigência do novo código, as demais matérias que não sejam de ordem pública, analisadas ou não pela instância de origem, devem ser apreciadas pela corte recursal, se atendidos os requisitos do artigo 1.013, §§ 3º e 4º, do CPC que, como visto, aplica-se ao agravo.

Ademais, devemos ver com cautela a denominada “supressão de instância”, sob pena de malferir o princípio da ampla defesa, sobretudo em casos em que dificilmente se poderia prover agravo interposto de decisão liminar pelo demandado, já que os argumentos expendidos nas razões recursais, na maioria das vezes, ainda não foram debatidos na instância de origem. E aguardar o juízo de piso se manifestar, muitas vezes bem depois da apresentação da contestação, pode suprimir o direito da parte cujo contraditório ainda não fora franqueado.

Cite-se, como exemplo, ação de alimentos em que fora arbitrado alimentos provisórios. Não seria crível exigir que o réu tivesse que aguardar manifestação do juízo sobre pedido de reconsideração ou eventual decisão na audiência em que é apresentada a contestação¹⁶, para só então poder agravar desta decisão e ao tribunal ser permitido apreciar a matéria levado ao seu conhecimento.

Nesse sentido, forçoso citar lição de Didier Júnior e Carneiro da Cunha (2016, p. 241-242), para quem, com fundamento na teoria da causa madura (artigo 1.013, §§ 3º), o tribunal pode inclusive avançar na análise de pedidos não examinados na instância de origem, com muito mais razão nas alegações ainda não levadas ao conhecimento do magistrado de piso:

Assim como a apelação, o agravo de instrumento é um recurso de argumentação livre, podendo o agravante apresentar qualquer fundamento que demonstre um *error in procedendo* ou um *error in iudicando* cometido pelo juiz na decisão agravada.

Embora o art. 1.013 esteja no capítulo destinado à apelação, ele contém regras gerais sobre o efeito devolutivo que se aplicam a todos os recursos que não tenham limitação de devolutividade nem restrição cognitiva. Por não haver qualquer limitação no efeito devolutivo do agravo de instrumento que implique restrição cognitiva ao tribunal, tal dispositivo é-lhe plenamente aplicável.

Destaque-se particularmente a aplicação ao agravo de instrumento do § 3º do art. 1.013 do CPC. Assim, se, por exemplo, a decisão agravada não está devidamente fundamentada, o tribunal pode suprir o vício: concordando com a conclusão a que chegou o juiz, pode manter a decisão, apresentando a fundamentação que lhe faltava. Se o juiz não aprecia um dos fundamentos ou um dos pedidos, o tribunal pode, estando todos os elementos para decisão já presentes nos autos ou no instrumento do agravo, decidir desde logo, suprimindo a omissão do juízo de primeira instância.

infraconstitucionais, dentre os quais o inquisitivo e o de economia processual, possibilitando assim o atendimento à tutela jurisdicional tempestiva. Não é de se imaginar, repita-se, deixar o processo ser conduzido até a sentença, quando o tribunal, já acionado em sede de agravo de instrumento, poderia, por força do efeito translativo, dar solução efetiva ao processo, ao vislumbrar algum vício de ordem pública. Seria, isto sim, não conferir a devida importância à economia processual”.

¹⁶ Sem embargo da controvérsia se se aplica o rito da Lei de Alimentos ou novo CPC nesse quesito, que não repercute no exemplo citado em termos práticos, dada a sistemática do art. 335 do CPC/15.

Com efeito, verifica-se que o legislador ponderou os direitos em jogo e resolveu por bem afastar a incidência do duplo grau de jurisdição em prol dos princípios da efetividade, celeridade, economia processual, razoável duração do processo e primazia do julgamento do mérito. Assim, tenta-se alcançar os fins do processo – processo justo –, por meio de uma tutela adequada, tempestiva e efetiva.¹⁷

Não é demais frisar que o julgamento do mérito realizado pelo tribunal nessas condições, só adianta o que seria feito pelo juízo *a quo* e após desaguaria no próprio tribunal, observando, logicamente, o necessário debate entre os sujeitos processuais envolvidos na formação do provimento judicial (artigos 6º, 9º e 10 do CPC), ante o modelo dialógico de processo adotado pela nova sistemática processual – para se alcançar um processo justo, demanda necessariamente contraditório pleno e efetiva participação de todos os sujeitos processuais.

Ciente da sistemática ora exposta, quiser a parte limitar o âmbito da devolutividade a apenas parte da pretensão deduzida em primeiro grau, deverá fazê-lo expressamente (BEDAQUE, 2003, p. 454), nada obstando que o tribunal afaste o pedido, caso entenda estar a causa madura para julgamento, prescindindo de outras provas para fundamentar seu entendimento (artigo 370, p. único¹⁸). Até porque a regra que impõe o julgamento nestas condições é de natureza cogente.

Oportuno ressaltar que sendo “claras as regras do jogo” (DINAMARCO, 2003, p. 161-162), isto é, sabendo de antemão o recorrente que órgão *ad quem* pode vir a ingressar no mérito da demanda, cabe a ele se precaver e tecer a fundamentação para tanto, razão pela qual não há falar em violação ao maior dever de debate perquirido pelo novo CPC (artigos 9º e 10) – o novo código prestigiou a efetividade neste quesito –, tampouco em *reformatio in pejus*, sobretudo por se tratar de norma de ordem pública cuja aplicação não está adstrita ao mencionado princípio.¹⁹

¹⁷ Ao comentar o dispositivo ora em debate e a necessária equalização de direitos, leciona Talamini (2016): “Essa regra é constitucional. A Constituição não exige o duplo grau de jurisdição em todo e qualquer caso. Como aspecto do processo razoável, exigido pela cláusula do devido processo legal, o duplo grau não é uma imposição absoluta. Há situações em que o mais razoável é mesmo se adotar um modelo de grau único. São casos em que o duplo grau seria algo excessivamente demorado ou ineficiente – o que não seria compensado pelas vantagens que ele propicia”.

¹⁸ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

¹⁹ Em sentido contrário, veja-se Teodoro Júnior (2016, p. 970): A nosso ver, uma coisa é a competência atribuída ao Tribunal, outra é o objeto do recurso sobre o qual tem de julgar. Toda atividade jurisdicional está sempre subordinada a pressupostos e condições traçadas pela lei. Assim, ampliar o julgamento do recurso para questões não suscitadas e, por isso mesmo, não debatidas entre as partes na via recursal, resultaria em violação não apenas dos limites legais da jurisdição, mas sobretudo da garantia do contraditório. E o princípio do contraditório é consagrado pela ordem constitucional como direito fundamental, impondo-se à observância não só das partes como também do juiz. Mesmo nos casos em que o juiz pode apreciar, de ofício, certas questões, não lhe é dado fazê-lo sem antes submetê-las ao debate das partes (NCPC, art. 10). Dessa forma, o julgamento do mérito, a nosso ver, somente seria admitido quando pleiteado pelo recorrente, fosse em razão do princípio dispositivo, fosse da garantia do contraditório. Nosso posicionamento reforça-se diante do prestígio que o NCPC dedica aos princípios constitucionais do processo, enunciados com ênfase no rol de suas normas fundamentais, onde merecem destaque o princípio dispositivo (art. 2º) e a garantia do contraditório efetivo (arts. 9º e 10), os quais vedam o julgamento sobre questões não propostas

Nesse contexto, não é mais possível que os tribunais, em jurisprudência eminentemente defensiva, já sob a vigência do novo CPC, continuem a não conhecer de agravo de instrumento, ao argumento de “supressão de instância”²⁰. Necessário visualizar que houve mudança de cultura, cujo processo é reflexo, devendo modificar a mentalidade, sob pena de negar vigência ao novo diploma processual, tornando-o letra morta, com toda a sua carga principiológica e valorativa.

Talvez, como subterfúgio da natureza humana, o julgador de segunda instância prefira que o juízo *a quo* primeiro se manifeste para, só após, com mais segurança e maior conforto,

pela parte e as decisões sobre questões não previamente submetidas à audiência de ambas as partes, bem como as decisões com base em fundamento a respeito do qual não se lhes tenha dado oportunidade de se manifestar, ainda quando se trate de matéria sobre a qual se deva decidir de ofício.

²⁰ RECURSO - Agravo de instrumento – Ausência de deliberação pelo MM. Juiz da causa quanto às questões abordadas nas preliminares – Impossibilidade de análise por este Tribunal via agravo de instrumento, sob pena de supressão de instância e de violação do princípio do duplo grau de jurisdição – Recurso não conhecido nesse aspecto. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Impugnação – Excesso de execução - Insustentabilidade – Ausência de comprovação de que os valores apresentados pelo credor, conforme apontado por contador judicial, se encontram equivocados – Rejeição da impugnação, o que, contudo, que não implica condenação do vencido ao pagamento de novos honorários advocatícios – Inteligência da Súmula 519 do STJ e REsp nº 1.134.186-RS representativo de controvérsia - Decisão reformada em parte - Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2112712-06.2017.8.26.0000; Relator (a): Paulo Pastore Filho; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 31/10/2017; Data de Registro: 31/10/2017)

Agravo de Instrumento. Prescrição intercorrente. Questão não analisada em Primeira Instância. Hipótese em que a apreciação dessa matéria implicará em supressão de Instância. Recurso não conhecido, neste ponto. Bloqueio de recursos públicos destinados ao fomento de atividades desportivas. Valores que têm destinação específica e não integram o patrimônio da recorrente. Impenhorabilidade reconhecida, conforme a disciplina do artigo 833, inciso IX, do Código de Processo Civil. Recurso provido, na parte conhecida.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2107336-39.2017.8.26.0000; Relator (a): Jairo Oliveira Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 27ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/10/2017; Data de Registro: 30/10/2017)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DEMOLITÓRIA - DECISÃO QUE VERSA SOBRE TUTELA PROVISÓRIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CABIMENTO - INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA - POSSIBILIDADE - MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUIZ - COGNICÃO NA SEGUNDA INSTÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - TUTELA DE URGÊNCIA - CUMPRIMENTO PELO RÉU - DESNECESSIDADE DE MEDIDAS ACESSÓRIAS E DE EFETIVIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA.

É cabível a interposição de agravo de instrumento em face de decisão que verse acerca de tutela provisória, inexistindo qualquer obstáculo ao emprego de interpretação extensiva a despeito da natureza taxativa do rol de decisões suscetíveis de impugnação via agravo.

A cognição na instância recursal de matéria ainda não apreciada pelo juízo *a quo* é inviabilizada por caracterizar supressão de instância, em notória ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Devidamente cumprida a tutela de urgência pelo réu, torna-se inviável a cominação de qualquer providência diversa ou meio de coerção para a efetividade da tutela provisória. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0141.15.001195-7/003, Relator(a): Des.(a) Pedro Bernardes, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/10/2017, publicação da súmula em 20/10/2017)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRELIMINAR DE PRECLUSÃO TEMPORAL - REJEIÇÃO - NULIDADE DA EXECUÇÃO - AUSÊNCIA DO TÍTULO EXECUTIVO E DE DEMONSTRATIVO DO DÉBITO ATUALIZADO - MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO A QUO - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELA INSTÂNCIA RECURSAL - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - VIOLAÇÃO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. Ainda que a natureza da matéria arguida seja de ordem pública, não é possível sua análise em sede recursal, por meio do agravo de instrumento, sem que tenham sido apreciadas pelo Juízo de primeiro grau, sob pena supressão de instância e violação do princípio do duplo grau de jurisdição. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0443.05.024374-2/001, Relator(a): Des.(a) José de Carvalho Barbosa, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/10/2017, publicação da súmula em 18/10/2017)

profira sua decisão. Todavia, a regra cogente inserta no parágrafo 3º do art. 1.013 não dá margem a preferências pessoais e a comodismos, caso incidente suas hipóteses. Apenas em não sendo possível – o que em alguns casos ocorrerá, dado o estado embrionário da demanda e a cognição sumária empreendida -, não se aplicará a aludida teoria, mas que mesmo assim não será em razão de supressão de instância, e sim por não vislumbrar o direito alegado no estágio processual que a demanda ainda se encontra.

Conclusão

Deve se ter em mente que o novo Código de Processo de Civil alargou as hipóteses de julgamento com base na “teoria da causa madura” (artigo 1.013, §§ 3º e 4º), que é de natureza cogente e que também se aplica ao agravo de instrumento, de modo a fulminar a jurisprudência defensiva ancorada na alegação de supressão de instância.

Nesse sentido, com a nova sistemática instaurada a partir da vigência do novo código, independentemente de análise na instância de origem, as matérias expendidas devem ser apreciadas pela corte recursal, se atendidos os requisitos do artigo 1.013, §§ 3º e 4º, do CPC.

Logo, por todo o exposto, diante da premissa adotada pela nova codificação, não se justifica a postura defensiva que os tribunais continuam a adotar, revelando-se falso paradigma formado por meio de subterfúgio de julgamento corporificado na denominada “supressão de instância”, a demandar mudança de comportamento.

Referências

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003, v.7.
- BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 nov. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 05 nov. 2017.
- CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CHEIM JORGE, Flávio. Teoria Geral dos Recursos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, v. 5.
- _____. A reforma da reforma. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GAIA, Marcio André Monteiro. Reflexões sobre a incidência do chamado “efeito translativo” em sede de agravo de instrumento. Revista Dialética de Direito Processual, vol. 41, São Paulo: Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda., ago. 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. São Paulo: RT, 2015, v. 2.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. O efeito devolutivo e seus desdobramentos. ____ (coord.). Dos recursos - temas obrigatórios e atuais. Vitória: ICE, 2001. v. 1.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. Entenda mais sobre os efeitos devolutivo e suspensivo do recurso no CPC 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6038itos+devolutivo+e+suspensivo+do+recurso+no+CPC+2015>>. Acesso em: 04 nov. 2017.
- TALAMINI, Eduardo. Efeito devolutivo da apelação e supressão de grau de jurisdição. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235970,71043-Efeito+devo+lutivo+da+apelacao+e+supressao+de+grau+de+jurisidicao>>. Acesso em: 04 nov. 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. III.
- VARGAS JUNIOR, Aldo Neri de. Agravo de instrumento contra as decisões de primeiro grau e a interpretação sobre seu cabimento. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 154, nov 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18238&revista_caderno=21>. Acesso em 04 nov. 2017.