

## Questão Discursiva 03588

(prova oral)

Qual recurso cabível quando não cabe agravo de instrumento?

Pode aplicar a fungibilidade entre agravo de instrumento e apelação?

### Resposta #005265

Por: **Aline Fleury Barreto** 19 de Abril de 2019 às 18:31

O CPC de 2015 extinguiu o recurso do agravo retido, usualmente interposto oralmente, durante a audiência, para evitar grave dano à parte, em caráter de urgência. A contrário sensu, todavia, o recurso produzia interrupções do processo e efeito protelatório, restando ao agravo de instrumento caráter residual.

O novo diploma processual traz rol exaustivo das decisões sobre as quais caberia agravo de instrumento, ressaltando, ainda, disposições específicas em legislação extravagante.

Como efeito, não adequando-se a decisão ao rol do art. 1.015 do CPC e, diante a inexistência de outra previsão específica, abrem-se duas opções: a. Mandado de segurança; b. Defesa diferida por via da preliminar de contestação.

O Mandado de segurança não se presta a substituir recurso (Súmula 267 do STF), portanto, pode ser invocado contra decisão ou ato judicial [não transitado em julgado] sobre a qual não exista previsão de recurso. Além disso, o art. 1.009, § 1º, CPC, estabelece a defesa em preliminar de contestação para questões que não comportem o agravo de instrumento, afastando, para tanto, qualquer efeito preclusivo. Esta última providência é melhor recomendada na sistemática jurídico-processual, dentro da qual o Mandado de Segurança busca resguardar casos excepcionais de iminente perecimento ou afronta a direito líquido e certo.

No que concerne a aplicabilidade do princípio da fungibilidade, o STJ reconhece a possibilidade, se houver dúvida objetiva sobre o instrumento manejável e ausência de erro grosseiro. Desde o novo CPC a discussão sobre a má-fé com a interposição de recurso com o prazo mais alargado se esvazia, diante do alinhamento dos prazos recursais para 15 dias. Sabe-se que de sentenças ou decisões definitivas com eficácia de sentença, por exemplo, o recurso cabível é a apelação e não o agravo, neste caso poderia-se configurar erro grosseiro a afastar a fungibilidade por flagrante desrespeito a dispositivo legal (art. 1009, caput, CPC).

### Resposta #004337

Por: **Jack Bauer** 30 de Junho de 2018 às 01:42

Ao contrário do CPC/73, em que todas as decisões interlocutórias eram objeto de agravo, no CPC/15 há um rol legal de decisões agraváveis (art. 1.015).

Além disso, o CPC/15 acabou com a figura do agravo retido, que no CPC/73 devia ser reiterado em preliminar de apelação.

Para não haver dúvida, o CPC/15 deliberou que, quando não couber agravo de uma decisão interlocutória, não há preclusão e cabe o recurso de apelação, nos termos do art. 1.009, §1º.

A jurisprudência tende a se manter no sentido de ser possível aplicar a fungibilidade, desde que não exista erro grosseiro e o recorrente esteja de boa-fé. Por fim, não se aplica mais o requisito dentro do menor prazo recursal, pois o CPC/15 equiparou os prazos em 15 dias.

### Resposta #005251

Por: **Dudusch** 17 de Abril de 2019 às 02:49

Em princípio, a decisão que não comporta agravo de instrumento é irrecorrível (irrecorribilidade das interlocutórias não previstas no rol do art. 1.015 do Novo CPC).

Todavia, a decisão poderá ser combatida em preliminar de apelação, desde que a parte contra ela se insurja em momento oportuno e ainda persista o interesse jurídico quando da interposição do recurso de apelação.

Além disso, cumpre consignar o temperamento que o Superior Tribunal de Justiça deu ao art. 1.015 do NCPC, ao dispor que a regra é de taxatividade mitigada. Isto implica que se a parte demonstrar que a decisão pode lhe acarretar grave prejuízo ou provocar a ineficácia do provimento jurisdicional final, ou

seja, se presentes os requisitos da cautelaridade (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), poderá dela recorrer, ainda que não conste do rol legal.