



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ROL DO ART. 1.015, DO CPC E SUAS
IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

Luiza Fonseca Dutra

Rio de Janeiro
2019

LUIZA FONSECA DUTRA

A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ROL DO ART. 1.015, DO CPC E SUAS
IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ROL DO ART. 1.015, DO CPC E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

Luiza Fonseca Dutra

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense.
Advogada.

Resumo – O presente trabalho reúne as diversas teses doutrinárias e jurisprudenciais acerca do rol do artigo 1.015, trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, no que concerne às hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento e a relevância prática de se pacificar o tema, com o fim de garantir a segurança jurídica. Criticar-se-á, especificamente, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida em sede de recursos repetitivos (REsp nº 1.696.396/MT e REsp nº 1.704.520/MT), evidenciando o ativismo judicial do Tribunal quando não se limitou a aplicar a lei, mas em modificá-la. Visando a defesa da segurança jurídica e do princípio da separação de poderes, defende-se a necessidade de uma alteração legislativa que dispense a atuação legiferante do STJ, ao tempo que encerre a discussão acerca da taxatividade das hipóteses do agravo de instrumento dispostas no art. 1015, do CPC, diante da clara falha do legislador em deixar de fora outras circunstâncias em que deveria ser cabível aquele recurso.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Agravo de Instrumento. Taxatividade Mitigada do rol do artigo 1.015, do NCPC.

Sumário – Introdução. 1. As posições doutrinárias acerca da novidade legislativa que estabelece um rol taxativo para as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. 2. A atuação legiferante do Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos REsp nº 1.696.396 e REsp nº 1.704.520, diante do novo tratamento dado pelo legislador. 3. Os princípios da segurança jurídica e da duração razoável do processo sob a ótica da separação de poderes. Conclusão.Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a natureza do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil brasileiro e a interpretação que foi dada à norma pelo Superior Tribunal de Justiça.

O atual Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016, trouxe uma série de mudanças no que tange ao processo civil brasileiro. Uma das grandes alterações ocorridas se deu quanto às hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento. Tal recurso, na vigência do antigo CPC, era cabível em face de qualquer decisão interlocutória “quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação” (art. 522, Lei nº 5.869/73).

Atualmente, contudo, o novo código dispõe de forma totalmente diversa, ao elencar um rol, no artigo 1.015, de decisões que poderão ser impugnadas por meio daquele recurso, ou seja, o legislador trouxe, aparentemente, um rol taxativo de cabimento do agravo de instrumento.

Essa novidade fez surgir na doutrina uma discussão acerca dessa taxatividade e suas consequências práticas. Alguns autores sustentam que aquele rol, apesar de taxativo, merece uma interpretação extensiva em certos casos; enquanto outros, afirmam que o rol na verdade é exemplificativo.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar a norma em sede de julgamento de recursos repetitivos (REsp nº 1.696.396 e REsp nº 1.704.520), entendeu que o rol é de taxatividade mitigada, fixando essa tese no tema nº 988 dos Recursos Repetitivos do STJ.

Apesar da decisão do STJ, a questão está longe de ser pacífica, uma vez que o Plenário decidiu por 7 votos a 5, demonstrando que esse entendimento pode vir a ser alterado em um futuro não muito distante.

Diante disso, a metodologia adotada nesta pesquisa será necessariamente qualitativa, tendo em vista que é imprescindível a análise daquele julgado, bem como pesquisa doutrinária intensa acerca do entendimento dos principais autores processualistas civis sobre o tema.

No primeiro capítulo, discute-se, com base no entendimento de diversos autores, se o legislador, ao criar o rol do art. 1.015 do CPC, tinha a intenção de impedir a interposição do agravo de instrumento em outra hipótese que não aquelas expressamente elencadas. Tem-se por escopo a comprovação de que houve um equívoco ao se estabelecer um rol aparentemente taxativo.

Em seguida, no segundo capítulo, passa-se a uma análise do julgamento supramencionado, pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de mitigar a taxatividade daquele rol diante da falha do legislador. Nesse ponto, faz-se uma crítica ao ativismo judicial do Tribunal, porquanto não se limitou a aplicar a lei, mas em modificá-la.

Por fim, no terceiro capítulo, também é objeto de discussão desse artigo a insegurança jurídica trazida por esse julgado diante da possibilidade de ocorrer um efeito preclusivo colateral das decisões que, inicialmente, não seriam passíveis de interposição de agravo de instrumento. Faz-se necessária, portanto, uma ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da razoável duração do processo.

Dessa forma, o que ora se defende é a segurança jurídica: a necessidade de uma alteração legislativa que dispense a atuação legiferante do STJ, ao tempo que encerre a

discussão acerca da taxatividade das hipóteses do agravo de instrumento dispostas no art. 1.015, do CPC, diante da clara falha do legislador em deixar de fora outras circunstâncias em que deveria ser cabível aquele recurso.

1. AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA NOVIDADE LEGISLATIVA QUE ESTABELECE UM ROL TAXATIVO PARA AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

O Código de Processo Civil de 2015¹ foi criticado pela doutrina² quando limitou as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento. Isso porque tal limitação excluiu a possibilidade de interposição desse recurso em alguns casos relevantes, o que certamente traria prejuízo processual e, dependendo, até material à parte. A decisão acerca da competência e a decisão sobre prova (exceto na hipótese de exibição de coisa ou documento) são alguns exemplos de decisões interlocutórias que não são mais recorríveis por agravo de instrumento e que geram grandes consequências no processo.

Importar ressaltar, de início, que as decisões que não forem imediatamente atacáveis por agravo de instrumento só poderão ser impugnadas após proferida sentença, por meio de preliminar de apelação ou em contrarrazões de apelação, nos termos do art. 1.009, §1º, do CPC³.

Para Daniel Assumpção⁴:

Ainda que a doutrina aponte que a novidade tem como fundamento o princípio da oralidade, a partir do aumento das hipóteses de irrecorribilidade de decisão interlocutória em separado, a preservação dos poderes de condução do processo do juiz de primeiro grau e a simplificação procedimental, entendo que a técnica legislativa utilizada não foi a mais adequada. (...) duvido seriamente do acerto dessa limitação e das supostas vantagens geradas ao sistema processual.

O autor defende que não se pode culpar tal recurso pela morosidade que assola os Tribunais brasileiros. Além do mais, tal alteração só será positiva, isto é, só colaborará para a celeridade do processo, se a impugnação da decisão interlocutória em preliminar de apelação ou contrarrazões não for acolhida⁵.

¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://tinyurl.com/hgcqejt>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

² Como exemplo, tem-se Daniel Amorim Assumpção Neves e Fernando Rubin, como se verá a seguir.

³ Ibidem.

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1659.

⁵ Ibid., p. 1660.

Acresça-se que essa alteração pode ser uma vantagem também na hipótese da parte interessada desistir ou perder o interesse em recorrer daquela decisão interlocutória proferida.

Para Humberto Theodoro Júnior, o mandado de segurança pode ser um instrumento cabível nas hipóteses em que não for possível agravar de instrumento, uma vez que o art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança)⁶ permite a sua impetração em face de ato judicial do qual não caiba recurso com efeito suspensivo:

De fato, se o recurso manejável (a apelação) é remoto e problemático, a conclusão é de que o decisório, na verdade, não se apresenta como passível de suspensão imediata pela via recursal. Logo, estando demonstrada a lesão de direito líquido e certo da parte, causada pela decisão interlocutória não agravável, o remédio com que o lesado pode contar será mesmo o mandado de segurança.⁷

Daniel Assumpção traz como crítica uma possível consequência de popularização do mandado de segurança, como forma de substituir o recurso de agravo de instrumento. Com isso, estar-se-ia desvirtuando a função daquela ação⁸.

No mesmo sentido entende Fernando Rubin⁹:

Seguramente, caso não se restabeleça a ordem das coisas, corre-se o sério risco de ser resgatada a utilização em massa de mandados de segurança contra ordens arbitrárias do juízo de primeiro grau, o que seguramente trará mais demora na tramitação da causa, em prejuízo da efetividade.

Resta evidente, portanto, que a solução encontrada pelo legislador do CPC de 2015¹⁰ para a diminuição da carga judiciária não tem grandes expectativas de sucesso pela doutrina, já que na impossibilidade de se agravar da decisão, a parte ajuizará mandado de segurança como forma de recurso por via transversa¹¹, fato esse que não se compatibiliza com o princípio da celeridade processual.

⁶ BRASIL. *Lei nº 12.016*, de 09 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

⁷ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1123.

⁸ NEVES, op. cit., p. 1660-1661.

⁹ RUBIN, Fernando. Cabimento do agravo de instrumento em matéria probatória. In: *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 883.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹ Confira-se trecho deste julgado do Superior Tribunal de Justiça: “A excessiva restrição à utilização do agravo de instrumento e a vedação. À parte, de uma decisão colegiada a respeito de sua irrisignação, trouxe-nos de volta a um regime equivalente àquele que vigorava antes da Reforma promovida pela Lei nº 9.139/95: a baixa efetividade do agravo de instrumento implicará, novamente, o aumento da utilização do mandado de segurança contra ato judicial” (STJ, Corte Especial, RMS nº 25.934/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27/11/08, DJe. 09/02/09).

Dessa forma, nota-se que a posição doutrinária majoritária¹² é no sentido de que o legislador se equivocou quando estabeleceu hipóteses restritas de cabimento do agravo de instrumento, deixando de fora outras hipóteses em que seria de suma importância a interposição imediata do recurso.

Isso fica claro quando percebe-se que parte da doutrina propõe uma interpretação ampliativa¹³ do artigo 1.015, do CPC¹⁴, utilizando-se de raciocínio analógico¹⁵, enquanto que outra parte entende que o rol na verdade é meramente exemplificativo¹⁶.

Como exemplo da interpretação ampliativa, tem-se os enunciados nº 69, 70, 71 e 72 do CJF¹⁷ e enunciado nº 612 do FPPC¹⁸. O enunciado nº 71¹⁹, da I Jornada de Direito Processual Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal dispõe que “É cabível o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que indefere o pedido de atribuição de efeito suspensivo a Embargos à Execução, nos termos do art. 1.015, X, do CPC”, ao tempo que a literalidade da lei permite agravar apenas quando a decisão versar sobre “concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução”²⁰.

Outros incisos do artigo cometem esse equívoco ao prever o cabimento do recurso exclusivamente diante de uma decisão favorável ou desfavorável relacionada a um tema, incidindo em inobservância do princípio da isonomia processual, já que vai permitir a recorribilidade imediata da decisão apenas à uma das partes da demanda.

É o caso do inciso V, que trata da decisão que rejeita o requerimento de gratuidade de justiça ou acolhimento do pedido de revogação, sem incluir a decisão que não acolhe o pedido de revogação²¹. No mesmo sentido, o inciso VIII, que permite a recorribilidade, por agravo de instrumento, da decisão sobre indeferimento do pedido de limitação de

¹² Daniel Amorim Assumpção Neves, Cássio Scarpinella Bueno, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e outros.

¹³ BUENO, Cássio Scarpinella in ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil: lei 13.105/15*. v. 15. Curitiba: Juruá, 2017, p. 158.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 534.

¹⁶ FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias in *Revista de Processo* nº 263, São Paulo: RT, jan. 2017, p. 193/203.

¹⁷ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciados nº 69, 70, 71 e 72*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em: 26 set. 2019.

¹⁸ BRASIL. Fórum Permanente De Processualistas Cíveis. *Enunciado nº 612*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2019.

¹⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <file:///C:/Users/advuser/Downloads/copy_of_Enunciadosaprovadosvfpub.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

²¹ Entende-se que a decisão que defere a gratuidade de justiça não é recorrível de imediato, pois nesse momento caberá à outra parte requerer ao mesmo órgão julgador a revogação do benefício.

litisconsórcio, não abrangendo a decisão de deferimento. Ainda, a decisão que redistribuiu o ônus da prova é agravável, mas o inciso XI não menciona a decisão que não acolher o pedido.

Daniel Assumpção propõe²², então, que sejam recorríveis por agravo ambos os casos, ou seja, independentemente do conteúdo da decisão ser positivo ou negativo em relação ao tema elencado no rol, sendo essa “uma forma aparentemente segura de interpretação analógica”, que garante o cumprimento do princípio da isonomia e da segurança jurídica.

Há, ainda, autores que defendem a interpretação extensiva do rol do art. 1.015²³ para abranger decisões relacionadas à competência do juízo e decisão que anula o negócio jurídico processual²⁴, e ainda há aqueles que entendem ser agravável qualquer decisão que abranja matéria de caráter urgente ou que cause inutilidade do recurso ao final²⁵.

Por fim, cumpre registrar que existe doutrina minoritária no sentido de defender a alteração normativa relacionada ao agravo de instrumento:

Entendemos que a previsão expressa das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento torna a questão mais clara, evitando os entendimentos jurisprudenciais díspares que atualmente circundam a avaliação da presença dos requisitos legais para o cabimento do agravo de instrumento na sistemática do CPC de 1973. Destaque-se que, dado o princípio da unicidade recursal ou unirrecorribilidade, a existência de normas claras quanto ao cabimento dos recursos mostra-se extremamente salutar e põe-se a serviço, mais uma vez, da tão propalada segurança jurídica.²⁶

Rechaça-se aqui tal entendimento, pois, como já exposto, a redação do art. 1.015²⁷ não foi a melhor, deixando de acolher temas importantes, cuja recorribilidade diferida propiciará inutilidade da impugnação, fato que tem gerado grande discussão doutrinária e jurisprudencial, causando enorme insegurança jurídica.

²² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 1663.

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC-2015. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, p. 183-185. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y6pktnq4>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

²⁵ GOMES JR., Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Anotações sobre o sistema recursal no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. *Processo nos Tribunais e Meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 544.

²⁶ HILL, Flávia Pereira. Breves comentários às principais inovações quanto aos meios de impugnação das decisões judiciais no novo CPC. In: *Ibidem*, p. 500.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

2. A ATUAÇÃO LEGIFERANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DOS RESP Nº 1.696.396 E RESP Nº 1.704.520, DIANTE DO NOVO TRATAMENTO DADO PELO LEGISLADOR

Diante das discussões anteriormente relatadas e de dúvidas relevantes acerca do seu cabimento, começou-se a interpor o recurso de agravo de instrumento ainda que fora das hipóteses taxativamente previstas no artigo 1.015, do CPC²⁸. Nesse cenário, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem afetar dois recursos especiais representativos da controvérsia para serem julgados sob o rito dos recursos repetitivos. Foram eles: REsp nº 1.696.396²⁹ e REsp nº 1.704.520³⁰.

A afetação dos recursos teve como propósito a definição da natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15³¹ e a verificação da possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo.

Apesar do apertado resultado, por maioria, a egrégia Corte Especial do STJ decidiu por não acolher as teses doutrinárias mencionadas no capítulo anterior, mas por criar uma nova tese, a qual chamou de “taxatividade mitigada”, para solucionar a questão que ora se põe.

Para tanto, o voto vencedor destacou que a doutrina se divide basicamente em três correntes quanto a taxatividade do rol do agravo de instrumento, quais sejam: a) aqueles que entendem pela taxatividade absoluta; b) os que defendem a taxatividade, porém com possibilidade de interpretação extensiva ou analógica; e, ainda, c) aqueles que defendem ser o rol meramente exemplificativo.

Ressalte-se que o Tribunal já julgou no sentido de aplicar tanto a primeira teoria³², quanto a segunda.³³

²⁸Ibidem.

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.696.396*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y2sl6n5g>>. Acesso em: 1 set. 2019.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.704.520*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y4sygkhf>>. Acesso em: 1 set. 2019.

³¹BRASIL, op. cit., nota 1.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.700.308*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Acesso em: <<https://tinyurl.com/s7ho89h>>. Acesso em: 9 set. 2019.

³³ REsp 1.695.936/MG, 2ª Turma, DJe 19/12/2017; REsp 1.694.667/PR, 2ª Turma, DJe 18/12/2017; e REsp 1.679.909/RS, 4ª Turma, DJe 01/02/2018.

Não obstante, no julgamento dos recursos especiais repetitivos, concluiu-se que todas essas teorias possuem falhas e não contêm a melhor interpretação que se deve dar à norma. Quanto a taxatividade absoluta, entendeu ser inadequada, pois “incapaz de tutelar adequadamente todas as questões em que pronunciamentos judiciais poderão causar sérios prejuízos e que, por isso, deverão ser imediatamente reexaminadas pelo 2º grau de jurisdição”.³⁴ Em relação a segunda teoria, assim dispôs³⁵:

De igual modo, deve ser afastada a possibilidade de interpretação extensiva ou analógica das hipóteses listadas no art. 1.015 do CPC, pois, além de não haver parâmetro minimamente seguro e isonômico quanto aos limites que deverão ser observados na interpretação de cada conceito, texto ou palavra, o uso dessas técnicas hermenêuticas também não será suficiente para abarcar todas as situações em que a questão deverá ser reexaminada de imediato – o exemplo do indeferimento do segredo de justiça é a prova cabal desse fato.

Para refutar a teoria de que o rol é meramente exemplificativo, assim sustentou a Ministra relatora³⁶:

Finalmente, também não deve ser acolhido o entendimento de que o rol do art. 1.015 do CPC é meramente exemplificativo, pois essa interpretação conduziria à repristinação do art. 522, caput, do CPC/73, contrariando frontalmente o desejo manifestado pelo legislador de restringir o cabimento do recurso, o que não se pode admitir.

Com base nisso, chegou-se ao entendimento de que o rol é taxativo, não cabendo, portanto, interpretações extensivas ou analógicas, mas, por outro lado, é possível a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC³⁷, sempre em caráter excepcional e desde que se vislumbrasse a inutilidade futura do julgamento do recurso diferido na apelação (ou contrarrazões). Em outras palavras, o STJ fixou tese com eficácia vinculante pelo cabimento do agravo de instrumento, no caso concreto, independentemente de previsão expressa no rol, quando preenchido o requisito urgência decorrente da inutilidade prática. Daí surge a teoria jurisprudencial da “taxatividade mitigada”.

A primeira crítica que se faz é relacionada ao termo “taxatividade mitigada”, porquanto o escopo da taxatividade é a limitação, a restrição, não havendo que se falar em mitigação, pois isso retiraria seu sentido de ser.

Em um segundo momento, passando-se a analisar o critério utilizado pelo Superior Tribunal para admitir a recorribilidade imediata, não se discorda aqui que seja um critério

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 24.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

razoável. Isso porque, como se viu no capítulo anterior, o rol do art. 1.015³⁸ é inequivocadamente insuficiente, o que nos leva a concluir que existem outras hipóteses em que deveria ser cabível a interposição do agravo de instrumento e o critério da futura inutilidade se mostra, em princípio, eficaz.

No entanto, diferente do que se afirmou no voto da Ministra Relatora, tal critério não é objetivo. A utilidade ou não, a urgência ou não de um provimento judicial é matéria muito subjetiva. Não há um padrão a ser seguido, não há uma lista de temas que podem ser considerados urgentes. No julgamento dos recursos afetados, até foram citados alguns exemplos, como a questão do segredo de justiça, mas não há como exaurir as hipóteses de urgência que possam ensejar a recorribilidade imediata. Como se vê, tal critério pode alcançar diversas matérias, as quais não podem ser previamente definidas – e nem poderiam ser, sob pena de ferir a separação de poderes – pelo Tribunal.

Ademais, as partes sempre alegarão a existência da urgência quando da interposição do agravo na tentativa do reexame imediato. Baseado nesse fundamento, a tendência é o aumento do número de agravos de instrumento, o que vai de encontro com a ideia do legislador, que pretendeu nitidamente restringir a hipótese do recurso para, conseqüentemente, diminuir a morosidade que assola nossos Tribunais.

Outra problemática que surge da mitigação da taxatividade do referido rol é a possibilidade de ocorrer um efeito preclusivo colateral das decisões que, inicialmente, não seriam passíveis de interposição de agravo de instrumento. Isso porque, corre-se o risco de a parte ter seu recurso negado, em sede de apelação, sob o fundamento de ter havido preclusão porquanto deixaram de interpor o agravo de instrumento no momento oportuno, mas que só era cabível em razão do novo entendimento do STJ. Dessa forma, resta clara a confusão e insegurança jurídica que a decisão nos recursos especiais repetitivos trouxe.

A Corte Especial tentou resolver essa questão com o que chamou de duplo juízo de conformidade³⁹:

Dito de outra maneira, o cabimento do agravo de instrumento na hipótese de haver urgência no reexame da questão em decorrência da inutilidade do julgamento diferido do recurso de apelação está sujeito a um duplo juízo de conformidade: um, da parte, que interporá o recurso com a demonstração de seu cabimento excepcional; outro, do Tribunal, que reconhecerá a necessidade de reexame com o juízo positivo de admissibilidade. Somente nessa hipótese a questão, quando decidida, estará acobertada pela preclusão.

³⁸ Ibid.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 24.

Contudo, na prática, a insegurança jurídica causada pela decisão do STJ é manifesta, tendo em vista uma ampliação das hipóteses de cabimento de um recurso, fato que só poderia ter se dado através de norma legal.

Percebe-se, pois, que diante da atuação falha do legislador ao elencar o rol do art. 1.015, do CPC⁴⁰, o STJ foi instado a se manifestar sobre o assunto e acabou exorbitando do seu poder de órgão julgador, passando a efetivamente alterar a legislação.

Com efeito, o que se pretendeu com a novidade acerca do cabimento do agravo de instrumento foi assim exposto pela Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto que se tornou o PLS/166/2010 em sua exposição de motivos⁴¹:

O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa.

O próprio Tribunal superior, pelo voto da Ministra Relatora, Nancy Andrighi, admitiu que tudo indica “uma consciente e política opção do legislador pela taxatividade das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento”⁴².

Não obstante aqui se concorde que a redação do referido rol não foi a melhor, ocasionando o desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC⁴³ e da CRFB/88⁴⁴, além de grave prejuízo às partes ou ao próprio processo, entende-se que a opção legiferante adotada pelo STJ não foi adequada.

O fato de a legislação não ter a melhor redação, gerando inclusive injustiças e morosidade processual – exatamente o oposto do que se pretendia –, lamentavelmente, isso não possibilita ou legitima a atuação legislativa supletivamente pelo Poder Judiciário. Tal conduta não só fere o princípio da separação dos poderes, como também incorre em insegurança jurídica como já exposto.

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 24.

⁴²Ibid.

⁴³BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

3. OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO SOB A ÓTICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A emenda constitucional nº 45/2004 incluiu o inciso LXXVIII ao art. 5º, da CRFB/88⁴⁵, elevando a garantia da “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” ao patamar de direito fundamental. Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, essa norma deixa expresso que “o Estado tem o dever de prestar a justiça em prazo razoável e o cidadão o direito de obter a tutela jurisdicional de modo tempestivo”⁴⁶.

É evidente a importância desse direito/princípio no ordenamento jurídico brasileiro, visto que ele se confunde com a própria efetividade do processo, na medida em que conjuga a prestação jurisdicional ao princípio da celeridade. Afinal, uma tutela tardia pode ser insuficiente ou ineficaz, esvaziando o direito do seu titular.

Nesse sentido, ao poder legislativo cabe a adoção de técnicas processuais que possibilitem a prestação dessa tutela em prazo razoável. Com base nisso, o legislador, ao promover a mudança relacionada ao cabimento do agravo, o fez no sentido de dar celeridade ao processo, objetivando a observância do mencionado princípio.

Com efeito, inúmeras foram as alterações ao longo dos anos no sentido de restringir o cabimento do agravo de instrumento. Desde a entrada em vigor do CPC/73 (Lei nº 5.869), a Lei nº 5.925⁴⁷, de 1º.10.1973, a Lei nº 9.139⁴⁸, de 30.11.1995 e a Lei nº 11.187⁴⁹, de 2005, se suscederam no tratamento das hipóteses de recorribilidade por agravo de instrumento. O legislador do CPC/15 trouxe nova redação, dessa vez através do rol taxativo que se mostrou insuficiente.

Diante dessa insuficiência, o STJ, conforme visto, tentou trazer solução que poria fim à discussão sobre o cabimento do recurso de agravo de instrumento. No entanto, a questão está longe de ser pacífica, uma vez que o Plenário decidiu por 7 votos a 5, demonstrando que esse entendimento pode vir a ser alterado em um futuro próximo.

De fato, ao longo do ano de 2019, o STJ continuou precisando se debruçar sobre a mesma temática, para esclarecer outras dúvidas acerca do cabimento de agravo de

⁴⁵Ibid.

⁴⁶MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 294.

⁴⁷BRASIL. *Lei nº 5.925*, de 1º de outubro de 1973. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2u4sb45>>. Acesso em: 10 set. 2019.

⁴⁸BRASIL. *Lei nº 9.139*, de 30 de novembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9139.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

⁴⁹BRASIL. *Lei nº 11.187*, de 19 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11187.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

instrumento. Foi assim na decisão do REsp 1.729.110-CE⁵⁰, no qual interpretou o inciso XI do rol do art. 1.015, do CPC⁵¹ para definir que “É cabível agravo de instrumento contra decisão interlocutória que defere ou indefere a distribuição dinâmica do ônus da prova ou quaisquer outras atribuições do ônus da prova distinta da regra geral, desde que se operem *ope judicis* e mediante autorização legal.”; bem como no AgInt no AREsp nº 1.411.485-SP⁵² e no REsp nº 1.724.453-SP⁵³, nos quais aplicou interpretação restritiva dos incisos II e VII, respectivamente, do rol do art. 1.015, do CPC⁵⁴. No Resp nº 1.797.991-PR⁵⁵, o Tribunal precisou recorrer a uma larga fundamentação, para suprir a falta, naquele rol, da decisão interlocutória que verse sobre competência.

Como se percebe a taxatividade de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento pelo novo Código de Processo Civil acabou tendo efeito inverso do que se pretendia, trazendo maior demanda para o Judiciário no sentido de que este se pronuncie sobre a possibilidade de utilização ou não do recurso.

A alteração legislativa, por si só, já trouxe instabilidade para o ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a decisão do STJ que definiu ser o rol do art. 1015 de taxatividade mitigada, e as demais decisões que vem proferindo no sentido de interpretar o rol, acabam por agravar a insegurança jurídica ao jurisdicionado.

Revela-se, portanto, atuação legiferante por parte do Superior Tribunal de Justiça ao querer inserir em uma norma legal - que tinha por objetivo ser taxativa - dispositivos que ali não existem. Dessa forma, o Tribunal invade competência típica de outro poder, o que é vedado em nosso ordenamento por ferir a separação de poderes, base de um Estado democrático.

Não se quer que o Judiciário seja apenas “a boca da lei”, até mesmo porque se reconhece sua importância como instituição efetivadora dos direitos. Sabe-se que, ao se analisar um caso concreto, muitas vezes é preciso que o magistrado excepcione a aplicação de

⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.729.110-CE*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y44f4ng3>>. Acesso em: 12 set. 2019.

⁵¹BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgInt no AREsp nº 1.411.485-SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yyquf8ky>>. Acesso em: 14 set. 2019.

⁵³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.724.453*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y4t4y78g>>. Acesso em: 12 set. 2019.

⁵⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.797.991-PR*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yyjdm2zq>>. Acesso em: 10 set. 2019. A tese firmada foi: “Em se tratando de decisão interlocutória com duplo conteúdo é possível estabelecer como critérios para a identificação do cabimento do recurso: (i) o exame do elemento que prepondera na decisão; (ii) o emprego da lógica do antecedente-consequente e da ideia de questões prejudiciais e de questões prejudicadas; (iii) o exame do conteúdo das razões recursais apresentadas pela parte irredutível”.

certa norma diante de uma peculiaridade ou de grave injustiça. No entanto, tais casos são excepcionais. A regra é que se deve respeitar minimamente o comando legal, fruto da atuação de um Poder que tem legitimidade democrática direta para tanto. Miguel Reale alerta que⁵⁶:

Se o preenchimento de lacunas no ordenamento pelo Judiciário muitas vezes é uma resposta contra o imobilismo do Legislativo, todavia, o risco da perspectiva neoconstitucionalista, conduzindo a decisões com base em princípios em desprezo pelo sistema normativo, permite uma politização perigosa da Justiça.

As decisões do STJ acerca do cabimento do agravo de instrumento, em especial as decisões nos recursos repetitivos afetados, mais do que preencher lacunas do ordenamento, criaram efetivamente hipóteses não previstas em lei.

Conforme ensina Guilherme Peña de Moraes⁵⁷, o ativismo judicial pode ter diversos significados, dentre eles, o de “afastamento dos cânones de interpretação” e de “conduta de legislar desde os tribunais”.

Verificado o ativismo judicial ao qual incorreu o Superior Tribunal de Justiça, resta analisar a sua interferência na segurança jurídica do ordenamento jurídico.

Humberto Ávila⁵⁸ faz distinção entre a segurança jurídica da norma e a segurança de aplicação das normas. O autor entende que “uma norma pode ser considerada segura, enquanto acessível e inteligível, porém pode ser aplicada de modo arbitrário, sem critérios objetivos e uniformes e sem uma adequada justificação e fundamentação”.

A norma do art. 1.015, do CPC⁵⁹ é aparentemente segura já que descreve taxativamente as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, através do rol. No entanto, devido a constante necessidade de interpretação na aplicação de seus incisos, a norma vem se tornando cada vez mais insegura juridicamente.

Não obstante o Tribunal Superior ter afirmado que estabeleceu um critério objetivo - urgência decorrente da inutilidade prática -, sabe-se que tal critério se mostra, na prática, subjetivo e ineficaz.

O STJ demonstrou preocupação jurídica, ao determinar que a inadmissão de agravo de instrumento entendido como incabível não impedirá a impugnação da decisão futuramente, na apelação (ou contrarrazões de apelação). Isso, por si só, não garante a segurança jurídica.

⁵⁶ REALE JR., Miguel. Os confrontos do Judiciário face à doutrina e ao legislativo. In: RÊGO, Werson. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incerteza*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, p. 757.

⁵⁷ MORAES, Guilherme Peña de. Protagonismo institucional do poder judiciário no Estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. In: RÊGO, Werson. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incerteza*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, p. 317.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 156.

⁵⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

Por um lado, porque a parte autora pode ficar em dúvida se o agravo de instrumento seria ou não cabível e, com receio de arcar com as custas do preparo e ter seu agravo não conhecido, pode deixar de recorrer de imediato. Como já dito no capítulo anterior, a parte recorrente sempre vai achar que existe urgência no seu pedido, mas nem sempre assim pode entender o Tribunal. Por isso que o critério da urgência é muito relativo. Dessa forma, sem um critério verdadeiramente objetivo – como se pretendeu o rol taxativo – fica evidente a incerteza de como a parte deverá proceder no caso concreto. Sem ter certeza sobre a recorribilidade imediata da decisão, a parte pode ser prejudicada ao deixar de agravar em hipótese que o Superior Tribunal de Justiça venha a entender que era cabível o agravo, o que pode gerar injustiças e ferir o tratamento isonômico que se deve dar aos jurisdicionados. É por isso que ora se defende a alteração legislativa do rol e não jurisprudencial, especialmente porque ainda prevalece o sistema de *civil law* no Brasil.

Por outro, porque o possível recorrido não vai saber se se deve preparar para contrarrazoar um possível recurso quando da decisão interlocutória que a princípio não era agravável. Quando se tem uma decisão interlocutória cuja matéria não está contida no art. 1.015, do CPC⁶⁰, a parte beneficiada – ou não prejudicada – a princípio não se preocuparia com possível recurso imediato. Contudo, diante da decisão do STJ nos REsp nº 1.696.396⁶¹ e REsp nº 1.704.520⁶², a parte poderá recorrer de qualquer decisão, desde que demonstrada a urgência decorrente da inutilidade prática.

CONCLUSÃO

O artigo pretendeu, através de abordagem qualitativa, analisar uma tese fixada em um julgamento do Superior Tribunal de Justiça, bem como suas consequências práticas no que tange aos princípios da segurança jurídica e da separação de poderes.

Defende-se, em prol desses princípios, a necessidade de uma alteração legislativa que dispense a atuação legiferante do STJ, ao tempo que encerre a discussão acerca da taxatividade das hipóteses do agravo de instrumento dispostas no art. 1.015, do CPC.

Com efeito, a alteração legislativa trazida pelo novo Código de Processo Civil veio a reduzir as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, mas não só isso, trouxe hipóteses

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 27.

⁶² BRASIL, op. cit., nota 28.

taxativas de seu cabimento, sendo nítida e consciente a intenção do legislador em reduzir a quantidade desse recurso nos Tribunais brasileiros.

A alteração foi majoritariamente criticada pela doutrina, já que as hipóteses previstas para o cabimento do agravo de instrumento se mostraram insuficientes, deixando de abranger casos em que seria imprescindível a recorribilidade imediata, como a decisão que versa sobre competência. Dessa forma, o rol se mostra falho, pois não é exauriente.

Apesar disso, na prática, começou-se a agravar de decisões que não estão contidas expressamente no rol do art. 1.015, do CPC. A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que decidiu afetar os REsp nº 1.696.396 e REsp nº 1.704.520 para julgar em sede de recurso repetitivo.

O Tribunal fixou a tese de que o referido rol seria de taxatividade mitigada, pois, embora taxativo, a ele poderiam ser incluídas hipóteses não expressamente previstas desde que se verificasse, no caso concreto, a urgência decorrente da inutilidade da recorribilidade diferida.

Não obstante a redação do art. 1.015 seja criticável, pois manifestamente deficiente, nada justifica a atuação legiferante do STJ. Percebe-se que, ao proferir tal decisão, o tribunal acabou por permitir o cabimento de um recurso em hipótese não prevista legalmente. Em outras palavras, tem-se que o poder judiciário legislou sobre matéria processual.

Não se pode permitir que um Tribunal sentencie de forma exatamente contrária do que queria a lei, ou seja, definir taxativamente e especificamente as hipóteses de cabimento de um recurso. Ainda que se possa verificar injustiças no caso concreto, o que está em jogo é o princípio da separação de poderes, pilar de um Estado democrático. Ademais, como se viu, esse tipo de decisão acaba por gerar insegurança jurídica às partes.

Dessa forma, mister a atuação legislativa para sanar os equívocos causados e pacificar de uma vez o tema, definindo de forma precisa e exauriente quais são as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. A consequência da alteração do artigo será também a diminuição de interposição de recursos que visem discutir o cabimento do agravo na hipótese.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/15*, arts. 994 ao 1.072, V. 15. Curitiba: Juruá, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. *Lei nº 5.925*, de 1º de outubro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5925.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Lei nº 9.139*, de 30 de novembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9139.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Lei nº 11.187*, de 19 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11187.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 25.934*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://tinyurl.com/twx85y3>>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AgInt no AREsp nº 1.411.485*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yyquf8ky>>. Acesso em: 14 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.696.396*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85907664&num_registro=201702262874&data=20181219&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 01 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.704.520*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85913737&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 01 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.724.453*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92706962&num_registro=201800356060&data=20190322&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 12 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.729.110*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y44f4ng3>>. Acesso em: 12 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.797.991*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yyjdm2zq>>. Acesso em: 10 set. 2019.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC-2015. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SQQAectdIcJ:https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/download/131/124+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. In: *Revista de Processo nº 263*, São Paulo: RT, jan. 2017.

GOMES JR., Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Anotações sobre o sistema recursal no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Processo nos Tribunais e Meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

HILL, Flávia Pereira. Breves comentários às principais inovações quanto aos meios de impugnação das decisões judiciais no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Org.) *Processo nos Tribunais e Meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Curso de Processo Civil*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MORAES, Guilherme Peña de. Protagonismo institucional do poder judiciário no Estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. In: RÊGO, Werson (Org.). *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incerteza*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

REALE JR., Miguel. Os confrontos do Judiciário face à doutrina e ao legislativo. In: RÊGO, Werson. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incerteza*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

RUBIN, Fernando. Cabimento do agravo de instrumento em matéria probatória. In: *Processo nos Tribunais e Meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2019.