



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito– FD

**AGRAVO DE INSTRUMENTO: “TAXATIVIDADE MITIGADA” E SUAS
IMPLICAÇÕES NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Brasília-DF, 2019

CARLOS HENRIQUE ATAIDE BORGES

**AGRAVO DE INSTRUMENTO: “TAXATIVIDADE MITIGADA” E SUAS
IMPLICAÇÕES NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito, elaborada sob orientação do Professor Mestre Marcus Flávio Horta Caldeira.

Brasília-DF, 2019

CARLOS HENRIQUE ATAIDE BORGES

**AGRAVO DE INSTRUMENTO: “TAXATIVIDADE MITIGADA” E SUAS
IMPLICAÇÕES NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, como
requisito parcial para a obtenção do título de
bacharel em Direito, elaborada sob
orientação do Professor Mestre Marcus
Flávio Horta Caldeira.

Aprovada em ____/____/____

Banca Examinadora

Banca Examinadora

Prof. Mestre: Marcus Flávio Horta Caldeira – Orientador

Prof. Doutora Daniela Marques de Moraes – Membro da Banca

Prof. Doutor Ítalo Favioranti Sabo Mendes – Membro da Banca

Prof. Doutor Bruno Corrêa Burini – Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo, agradeço a Deus pelo que tem me proporcionado, afinal a conclusão dessa etapa só foi possível por causa da sua permissão. Agradeço aos meus pais, Oidê e Maria Sônia, que foram imprescindíveis nessa conquista. Eles são a minha base e apoiadores incondicionais que nunca mediram esforços para me proporcionar as melhores oportunidades dessa vida. Agradeço as minhas irmãs que, apesar de já não tão próximas, sempre me apoiaram e torceram por essa conquista.

Agradeço também a minha namorada, Lia Moura, que passou a participar ativamente da minha vida no terceiro semestre do curso e tornou toda graduação mais leve e alegre. Ela foi companhia para todos os momentos, principalmente, os mais difíceis. Sua compreensão e apoio durante toda caminhada foram fundamentais.

Não posso deixar de agradecer alguns amigos, digo alguns, pois, seria uma tarefa difícil nominar todos aqueles que de algum modo contribuíram de forma positiva durante todo o curso. Então, em nome de todos, deixo meu agradecimento especial ao João Victor Ferreira, ao Bruno Moura, ao Otávio Henrique, à Beatriz Rodrigues, à Beatriz Abreu, à Isabela Maia e à Isabela Tannús que juntos, tornaram os dias vivenciados na UNB, dias melhores.

Quero registrar um agradecimento especial a um amigo que apesar de não ser meu irmão de sangue, considero como o fosse, pois, comigo compartilhou os mais diversos momentos e nesse trabalho, em especial, foi crucial, por isso, meu muito obrigado Lúcio Phillipe.

Por fim, devido à limitação de espaço, finalizo agradecendo aos professores Daniela Marques, Ítalo Favioranti, Bruno Burini e Marcus Caldeira, pois contribuíram de forma ímpar na minha formação e me concederam a honra de avaliar esse trabalho. Ao professor Marcus Caldeira, em especial, registro meu muito obrigado pela a exímia orientação, por toda atenção, dedicação e disponibilidade que foram imprescindíveis.

RESUMO

Desde a vigência do novo Código de Processo Civil, que modificou o sistema de recorribilidade das decisões interlocutórias, surgiram teorias na tentativa de explicar a natureza do rol previsto no artigo 1.015 do Código, que dispõe sobre decisões impugnáveis de imediato na fase de conhecimento do processo. Além da divergência doutrinária, decisões diversas acerca da mesma matéria surgiram e acarretaram um cenário de grave insegurança jurídica. Na tentativa de contornar a situação, o Superior Tribunal de Justiça afetou um Recurso Especial na forma do art.1.036 do CPC para decidir acerca da natureza do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil. Com essa conjuntura, o presente trabalho tem como objetivo analisar o recurso de agravo de instrumento desde o seu surgimento até o advento da teoria da “taxatividade mitigada”, na tentativa de entender se problemas envolvendo o regime de preclusão e a insegurança jurídica foram superados ou continuam desestabilizando o sistema recursal das decisões interlocutórias, eis que a decisão tomada no Recurso Especial repetitivo vincula decisões dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais no que diz respeito a matéria. Para a análise serão utilizadas pesquisa bibliográfica e consulta de jurisprudência. Inicialmente, será feito um breve resumo histórico do agravo de instrumento e de suas variações com os Códigos de 1939, 1973 e 2015. Na sequência serão estudadas as teorias que tentam explicar a natureza do rol do artigo 1.015 do Código de 2015 e por fim, será analisada a decisão que resultou no surgimento da teoria da “taxatividade mitigada”.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso, Agravo de instrumento, Decisões interlocutórias, “Taxatividade migada”, Rol, Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

Since the new Code of Civil Procedure came into force, modifying the system of appeals against interlocutory rulings, theories have emerged in an attempt to explain the nature of the list referred to in article 1,015 of the Code, which provides for decisions that can be immediately challenged in the Discovery Stage of a case. In addition to the doctrinal divergence, conflicting decisions on the same matter arose and led to a scenario of serious legal uncertainty. In an attempt to circumvent the situation, the Superior Court of Justice selected a Special Appeal, as defined in art. 1,036 of the same Code, to decide on the nature of the aforementioned list. With this conjuncture, the paper aims to analyze this *species* of appeal called "interlocutory appeal" (*agravo de instrumento*), since its inception until the advent of the "mitigated taxativity" ("*taxatividade mitigada*") theory, in an attempt to understand whether problems involving the system of preclusion and legal uncertainty have been overcome or continue to destabilize the appeal system of interlocutory decisions, as the decision taken within the Special Appeal is binding on the Courts of Justice and Federal Regional Courts in that regard. Bibliographic research and case law consultation will be used for the analysis. Initially, a brief historical summary of the interlocutory appeal (*agravo de instrumento*) and its variations in the 1939, 1973 and 2015 Codes will be given. Next, this work will analyze the theories that attempt to explain the nature of the list provided for in article 1,015 of the 2015 Code and finally, the decision that resulted in the emergence of the "mitigated taxativity" ("*taxatividade mitigada*") theory will be examined.

KEY WORDS: appeal, interlocutory appeal (*agravo de instrumento*), interlocutory decisions, "mitigated taxativity" ("*taxatividade mitigada*"), list, Superior court of justice (Superior Tribunal de Justiça)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPC – Código de Processo Civil

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual

ABDPRO - Associação Brasileira de Direito Processual

ANNEP - Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	BREVE HISTÓRICO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO E SUA EVOLUÇÃO	11
2.1	Origem	11
2.2	Regulamentação legislativa no Brasil.	13
2.3	O Agravo de Instrumento no CPC de 1939.	14
2.4	O Agravo de Instrumento no CPC de 1973.	16
2.5	O Agravo de Instrumento no Novo Código de Processo Civil – 2015.....	19
3	TEORIAS ACERCA DO ROL DO AGRAVO DE INSTRUMENTO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	26
3.1	Rol Absolutamente Taxativo	27
3.2	Rol Exemplificativo	31
3.3	Rol Taxativo, mas admite Interpretação Extensiva ou Analogia	33
4	RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N° 1.696.396/MT - STJ.....	40
4.1	Síntese do Caso”.....	41
4.2	Tese da “Taxatividade Mitigada”	42
4.3	Considerações e Críticas Acerca da Tese da “Taxatividade Mitigada”.....	45
4.4	Decisões Pós Tese da “Taxatividade Mitigada”	51
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1 INTRODUÇÃO

O Processo Civil é um instrumento para o exercício da atividade jurisdicional e o seu debate é sempre hodierno, principalmente, pelo fato do atual Código ser tão novo e ter inovado em muitos assuntos, comparado com a norma anterior (CPC de 1973). O novo Código que nasceu com uma proposta de entregar uma resposta célere ao jurisdicionado trouxe mudanças relevantes no sistema recursal, sobretudo, no que diz respeito ao recurso de agravo de instrumento, que até então era um recurso de previsão genérica que servia à parte para contestar seu inconformismo com eventual decisão interlocutória proferida no processo e que pudesse resultar em lesão grave e de difícil reparação. Nesse sistema existia, ainda, o agravo na forma retida que permitia a parte recorrer de uma decisão interlocutória para que a matéria pudesse ser analisada em preliminar de apelação.

Como é perceptível, o Código de 1973 permitia uma grande abertura de recursos em face das decisões interlocutórias e tal prática consequentemente aumentava de forma expressiva o número de recursos nos tribunais, resultando também numa maior demora à resposta dada pelos tribunais aos litígios dos jurisdicionados. Dado esse cenário, o novo Código de Processo Civil inovou ao eliminar do ordenamento jurídico brasileiro o agravo retido e ao restringir as possibilidades de interposição do agravo de instrumento através de um rol previsto nos incisos do artigo 1.015 do novo sistema processual.

Com a definição de um rol para o agravo de instrumento, um novo problema surgiria: como interpretar a natureza desse rol? A partir desse dilema, compreensões diversas se formaram na doutrina e na jurisprudência, gerando um verdadeiro impasse e um problema para os operadores do direito.

Dentre as correntes de interpretação sobre o rol do Art.1.015 do CPC/2015, três se destacaram: a primeira delas defende que o rol é absolutamente taxativo, então deve ser interpretado restritivamente, já que essa seria a consciente vontade do legislador e eventual ampliação do rol poderia comprometer todo sistema preclusivo eleito pelo novo Código. Esse entendimento já teve, inclusive, amparo em decisões do STJ, como o Resp. 1.700.038/PB (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar, 2017, p.1070).

A segunda corrente, tida como intermediária, admite a taxatividade do rol, mas defende que os incisos do art.1.015 devem ser lidos não de forma literal, porém de modo a acomodar situações parecidas ou próximas a dos incisos, já que o legislador não conseguiria prever todas questões diversas que surgem na realidade processual, logo, tal extensão poderia evitar um problema como o uso exacerbado do mandado de segurança contra ato jurídico. No mesmo sentido da primeira corrente, essa também encontra amparo em diversos julgados do STJ, como os Resp. 1.695.936/MG; 1.694.667/PR; 1.679.909/RS; entre outros (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. 2018, p. 248/251).

Por fim, há uma terceira corrente que defende ser exemplificativo o rol do agravo de instrumento, contudo, essa corrente teve pouca adesão por parte dos doutrinadores e não encontrou amparo na jurisprudência do STJ.

Diante dessas diversas possibilidades de interpretação para o rol do agravo de instrumento, eram recorrentes os recursos que chegavam até a Corte da Cidadania para discutir o cabimento ou não de tal recurso contra determinada decisão interlocutória. O que se esperava era o posicionamento do Pleno da Corte por uma das correntes defendidas pela doutrina, até mesmo porque duas delas já haviam sido adotadas por Turmas do Tribunal, entretanto, a Corte, por maioria, acolheu uma nova tese: a da “Taxatividade Mitigada”, a qual define o critério “objetivo”¹ da urgência para, em carácter excepcional, permitir a interposição do agravo de instrumento, mesmo em casos não previstos no rol do art. 1.015.

Essa decisão tomada em sede de Recurso Especial repetitivo vai servir de paradigma às instâncias ordinárias da Justiça, inclusive aos Juizados Especiais, para a solução de casos fundados na mesma controvérsia. Então, inegável é a sua importância, contudo, é imperioso averiguar a partir de uma análise crítica se a tese sustentada pelo STJ responde algumas indagações, como por exemplo: a tese afronta a vontade do legislador? A tese sana as fragilidades encontradas nas correntes já existentes? Como ficará o sistema de preclusão com a utilização da tese da “taxatividade mitigada”? A segurança jurídica fica garantida?

Para responder a tais indagações será utilizado o método de pesquisa de revisão bibliográfica, realizando uma análise crítica quanto ao que já foi escrito por diversos autores sobre o assunto e como vinha se posicionando o STJ sobre a matéria.

¹ O critério é objetivo segundo a Ministra Relatora - Nancy Adrighi - no seu voto – Resp. nº 1.696.396/MT

Nessa linha, o primeiro capítulo fará um breve histórico do agravo de instrumento para entender a sua função desde sua criação e como tal recurso foi se desenvolvendo ao longo do tempo com as inovações no mundo jurídico e com as alterações legislativas que ocorreram com os Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e do Código vigente (CPC de 2015).

No segundo capítulo serão analisadas as correntes que surgiram a partir das transformações promovidas no agravo de instrumento com o CPC de 2015 e algumas decisões do STJ e do TJDFT que se filiaram a essas correntes para entender os fundamentos que sustentaram esses entendimentos nas Cortes. Além disso, será analisado a convivência dessas teorias com o princípio da segurança jurídica.

Por fim, o terceiro capítulo examinará a decisão do Resp. 1.696.396/MT diferenciando-a das correntes já existentes e destacando as implicações dessa tese fixada no sistema de preclusão e na garantia da segurança jurídica. Nesse capítulo, ainda, será destacada a abertura possibilitada por essa decisão para formação de novos precedentes envolvendo a matéria do agravo de instrumento.

2 BREVE HISTÓRICO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO E SUA EVOLUÇÃO

2.1 Origem

A origem do recurso de agravo remete ao direito português e se deu com a restrição imposta por Afonso IV à prerrogativa de se apelar contra decisões interlocutórias, o que gerou grande insatisfação entre os litigantes que se viam prejudicados e não possuíam nenhuma forma para corrigir o gravame que podiam sofrer (MOREIRA, 2010, p.485).

Insatisfeitos com a impossibilidade de se recorrer das decisões, as partes passaram a se servir das querimas ou querimonias para levar suas queixas e reclamações ao magistrado de grau superior ao do soberano, que conhecia a queixa e a apreciava segundo o que nela constava e como resposta apresentava as “cartas de justiça” (BUZAID, 1956, p.34-35).

O problema desse sistema consistia no fato de que as cartas se baseavam nas simples informações presentes nas querimas, já que os autos do processo não eram consultados, com isso, os magistrados precisavam realizar diversas demandas para justificar as cartas de justiça. Ante as falhas desse sistema, D. Duarte vedou que as cartas fossem concedidas de forma direta, senão por instrumento de agravo ou carta testemunhável (BUZAID, 1956, p.35-36).

O soberano ordenou então que as cartas de justiça não poderiam ser concedidas com base em simples informações, mas precisavam estar acompanhadas do que ele chamava de Carta Testemunhável ou Estormentos Públicos, previstas nas ordenações Afonsinas - livro III, Título CXV, §1º (BUZAID, 1956, p.35-36).

Pontes de MIRANDA afirma que surge aí o embrião do agravo de instrumento, (1975, p. 271). Teresa Arruda Alvim WAMBIER, por sua vez, afirma que nas querimas encontram-se características bastantes semelhantes às do sistema de agravo de instrumento vigente² (1996, p.31).

² Cabe destacar que o sistema de agravo de instrumento vigente à época e de que trata a autora era o Código de Processo Civil de 1973.

Apesar de BUZAID afirmar que o agravo de instrumento começou a se delinear nas ordenações Afonsinas (1956, p. 36), Moacyr Lobo da COSTA defende que só nas Ordenações Manuelinas o agravo ganhou características definidas (1974, p.31).

No sistema Manuelino, as sentenças se classificavam em definitivas, interlocutórias mistas e interlocutórias simples (Ordenações manuelinas, Liv.III). Contra as interlocutórias simples cabiam o agravo na modalidade de petição e de instrumento. A diferença entre essas modalidades residia no fato de que a primeira era possível quando o juízo que julgaria o recurso estava no mesmo lugar do juízo que proferiu a decisão recorrida, e a segunda, por sua vez, era utilizado nos demais casos (BUZAID, 1956, p. 39).

Nas ordenações Manuelinas foram consagradas, ainda, outras espécies de agravo, mas é na lei de 5 de julho de 1526, também conhecida como Carta Régia que ficou definido que contra sentença caberia apelação e agravo ordinário e das decisões interlocutórias, agravo de petição, de instrumento e no auto do processo. Essa nova ordem manteve o critério territorial para distinguir o agravo de petição do agravo de instrumento, mas particularizou os casos de suas ocorrências com o objetivo de possibilitar justiça às partes com maior brevidade e menor despesa (BUZAID, 1956, p.47-48.).

Por fim, ainda nas Ordenações, as Filipinas que permaneceram vigentes por mais de dois séculos e utilizaram bastante do que já constava nas disposições anteriores, além de se beneficiar dos progressos advindos da difusão da imprensa, manteve-se o agravo de instrumento que chegou a desaparecer, mas foi restabelecido rapidamente com a reforma do judiciário (BUZAID 1956, p.47-48.).

Destaca-se que apesar de um texto mais aperfeiçoado no que diz respeito ao agravo de instrumento, algumas dificuldades de entendimento como as hipóteses de cabimento e a confusão terminológica ainda se mantiveram nessas ordenações (TUCCI, AZEVEDO, 2009, p. 257-258).

Durante a vigência das Ordenações Filipinas, diversos foram os decretos que alteraram os recursos cabíveis e só em 1876 que o primeiro Código de Processo Civil português foi publicado, ordenando e sistematizando os recursos. Apesar da vigência do Código, modificações continuaram a acontecer e o agravo de instrumento continuou a passar por modificações (WAMBIER, 1996, p 35-37).

2.2 Regulamentação legislativa no Brasil

A evolução histórica do agravo de instrumento foi de numerosos vaivéns, já que o instituto do agravo ora era abolido, ora restaurado, sofrendo diversas variações quanto ao seu cabimento (MOREIRA, 2010, p.485). Verdade é que todas as espécies de agravo sofreram alterações ao longo do tempo até chegarem no nosso direito processual³ que também sofreu acentuada influência histórica, prendendo o passado ao presente (TUCCI, AZEVEDO, 2009, p.258).

O Brasil colonial se utilizava da legislação portuguesa e gradativamente foram se criando as Cortes locais, mas foi com a Proclamação da Independência que surgiu a necessidade de um ordenamento jurídico próprio para reger o Estado (CÔRTEZ, 2018, p.243).

Uma assembleia formada em 1823 deliberou por revalidar as normas constantes das Ordenações Filipinas e leis extravagantes, que vigoravam em Portugal e passaram a se incorporar no ordenamento brasileiro por meio da lei de 20 de outubro de 1823 (CÔRTEZ, 2018, p.244).

O agravo de instrumento que era previsto nas Ordenações Filipinas e incorporado pela legislação brasileira foi eliminado pelo artigo 14 do Código de Processo Criminal do Império e passou, juntamente com o agravo de petição, a constituir um único agravo: o de petição. Posteriormente, esse artigo foi revogado e voltou a vigorar a legislação portuguesa no que diz respeito a matéria de agravo (CÔRTEZ, 2018, p.244).

Decretos regulamentares foram disciplinando a matéria e extinguindo agravos, como ocorreu com o agravo no auto do processo que foi extinto com o regulamento 737. Este mesmo regulamento ampliou os casos de agravo de instrumento e de petição. Vale destacar que após esse regulamento, as legislações continuaram a ampliar os casos de agravo a partir de uma enumeração casuística, foram cerca de dezenove decretos que regulamentaram e aumentaram as hipóteses de cabimento (CÔRTEZ, 2018, p.244-245).

Buzaid afirma que na extensa evolução por que passou o instituto de agravo, subsistiu o princípio da enumeração casuística, já que o critério territorial usado à

³ O direito processual mencionado é o Código de Processo Civil de 73, que se aplicava na época, contudo, ainda é pertinente defender que o recurso de agravo e o sistema processual atual sofreu influência histórica.

semelhança do que ocorria em Portugal fora caindo em desuso, subsistindo pura enumeração casuística (BUZAID 1956, p. 69).

2.3 O Agravo de Instrumento no CPC de 1939

O Código de Processo Civil de 1939 nasceu como uma imposição da lei Constitucional de 1934, que continuou a existir na Constituição de 37. Era exigido uma única legislação para tratar do tema, retirando dos Estados a competência regional. Entre as propostas do Código, encontravam-se: (I) a retirada do excesso de formalismo, rituais e técnicas que tornavam o processo uma arma para o litigante; (II) a busca por tornar o processo eminentemente popular, assegurando valores primordiais da ordem jurídica; (III) a simplificação e racionalização no que toca aos institutos das ações, recursos e nulidades (ANTEPROJETO, 1939).

No que diz respeito ao sistema recursal, o legislador enfrentaria a tarefa difícil de decidir o sistema de impugnabilidade das decisões que vão sendo proferidas ao longo do processo e para tal situação haveria duas possibilidades opostas. A primeira é negar a possibilidade de impugnar qualquer decisão interlocutória, deixando todo questionamento se acumular em uma única impugnação contra a decisão final; a outra seria tornar recorríveis desde logo as decisões interlocutórias, sendo que cada uma apresentaria sua vantagem e desvantagem (MOREIRA, 2010, p. 486-487).

A via média consistiria em discriminar, dentre as inúmeras decisões interlocutórias, aquelas que exigissem pronto recurso e foi exatamente esse caminho que resolveu seguir o Código de 1939 que distribuiu entre o agravo de instrumento e o agravo no auto do processo a função de servir à impugnação das interlocutórias (MOREIRA, 2010, p. 486-487).

Nesse sistema processual, o agravo de instrumento era o recurso cabível em situações expressamente indicadas, então, percebe-se que não era qualquer decisão interlocutória que ensejaria agravo de instrumento, mas apenas aquelas expressamente previstas no artigo 842 do CPC – 1939 ou em dispositivo de lei extravagante (DIDIER Jr., 2016, p. 201).

No Código de 1939, o agravo de instrumento gerava um instrumento, que consistia no recurso e traslado de todas as peças do processo importante para a solução

do recurso, como a decisão recorrida e o comprovante de intimação, caso houvesse. Importante ressaltar que, em regra, esse recurso não suspendia o curso normal do processo onde tinha sido proferida a decisão da qual se estivesse recorrendo e permitia, ainda, a retratação pelo juiz de primeira instância (WAMBIER, 1996, p.59-61).

O agravo no auto do processo, por sua vez, objetivava evitar a preclusão de certas decisões, como no caso das que rejeitavam as “exceções” de litispendência ou de coisa julgada, já que no caso de acolhimento, o recurso cabível era o agravo de petição, pois a decisão implicava na extinção do processo sem resolução de mérito (DIDIER Jr., 2016, p. 201). Percebe-se, então, que o Código de 39 previa três agravos, sendo o de petição um recurso para decisões “anormais”, ou seja, que pressupunha o término do procedimento sem decisão de mérito. Dessa forma, proferida uma sentença final terminativa se poderia recorrer à segunda instância através do agravo de petição, ficando facultado ao juiz que proferira a decisão, o juízo de retratação (WAMBIER, 1996, p 46).

O sistema recursal no CPC de 39 enfatizava a forma e o conteúdo dos atos processuais para criar os recursos, o que acarretava dúvidas sobre qual o meio apropriado de ataque a determinados provimentos. Alguns defeitos fundamentais tornavam esse sistema processual complicado, como a excessiva quantidade de meios de impugnação das decisões, o fato de se empregar uma única expressão para institutos diferentes, como ocorria com o agravo de petição, que servia para atacar decisões que punham fim ao processo sem julgamento de mérito, mas também podia ser manejado contra decisões que decidiam efetivamente o mérito. Esse ponto dificultava a distinção entre apelação e agravo de petição. Destaca-se que apesar do excessivo número de possíveis impugnações, muitas eram as decisões que ficavam irrecorríveis (THIBAU, 2000, p.369-370).

As decisões não impugnáveis eram exploradas pelos litigantes de modo desenfreado, que se utilizavam de mecanismos como mandados de segurança e correição parcial, o que prejudicava o curso do processo e ensejava em maior tempo para resolução dos conflitos (THIBAU, 2000, p.369-370).

Nelson NERY JUNIOR e Rosa NERY apontam que a existência de decisões interlocutórias não impugnáveis, seja por agravo de instrumento, seja por agravo no auto do processo, acarretava a utilização de sucedâneos recursais como a correição parcial, a

reclamação e mandado de segurança, gerando uma “verdadeira balburdia no sistema processual” (2016 p. 2.232). O excesso de legislação extravagante e a morosidade na prestação jurisdicional contribuiriam, então, para a derrocada do CPC de 39.

2.4 O Agravo de Instrumento no CPC de 1973

O principal destaque para o Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 1973 foi a recorribilidade autônoma e imediata das decisões interlocutórias, eliminando a adoção de um rol taxativo que era utilizado no Código anterior e se mostrava incapaz de contemplar e exaurir todas as possibilidades para o cabimento do recurso (FARIA; MARX NETO; FÉRES, 2018, p. 778-781).

Contudo, antes de falar propriamente do Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 1973 é necessário ponderar alguns aspectos que foram alterados no novo ordenamento processual e que proporcionaram um novo contorno ao recurso de agravo. Um primeiro aspecto a ser destacado é que o Código de 73 em sua versão original classificou os pronunciamentos judiciais de primeiro grau de jurisdição com caráter decisório em Sentença e Decisão Interlocutória (NORONHA, 1978, p.121), o que aboliu termos confusos da legislação anterior, como sentença interlocutória mista, sentença interlocutória simples, decisão terminativa, etc. O segundo é que o legislador foi preciso e conceituou a sentença a partir de sua finalidade (extinção do processo), indo ainda mais longe ao diferenciar as espécies de sentenças a partir do julgamento ou não do mérito, oportunizando o intérprete a diferenciação entre sentença definitiva e sentença terminativa. Para além dessas importantes pontuações, dispôs a apelação como o recurso cabível para ambas as espécies de sentença (SANTOS, 2014, p 64-65).

Esses aspectos se mostraram importantes, porque com essa formulação imposta pelo Código de 73, não mais se confundia a decisão interlocutória com a sentença, pois diferentemente da sentença, a decisão interlocutória não configurava decisão final e era proferida durante o curso do processo (SANTOS, 2014, p 64-65).

Para Pontes de MIRANDA, a decisão que não colocasse fim ao processo com ou sem julgamento de mérito, interlocutória era (1975, p.186). Cabendo então agravo de instrumento, que era o recurso designado na sistemática originária do CPC de 73 como recurso cabível contra qualquer decisão Interlocutória (DIDIER JR; CUNHA, 2016, p.203).

Certo é afirmar que no CPC de 73 o recurso contra decisão interlocutória era o agravo que se revestia da sua modalidade de instrumento ou da modalidade retida, que surgiu durante tramitação legislativa, como assinala Atos Gusmão Carneiro:

A proposta inicial de Buzaid tendia à manutenção apenas do agravo de instrumento. No entanto, durante a tramitação legislativa, oportuna emenda restaurou o antigo agravo no auto do processo para aqueles casos em que, não tendo o litigante interesse maior na imediata reforma da decisão interlocutória que lhe fora desfavorável, entende todavia prudente interpor, a fim de evitar a preclusão, um recurso com eficácia diferida, ou seja, para ser conhecido e julgado apenas se alguma das partes vier a manifestar apelação e se o agravante requerer expressamente, nas respectivas razões (se for ele o apelante) ou nas contra-razões (se for apelado), a apreciação do agravo pelo tribuna. (1998, p.11)

A distinção entre agravo de instrumento e agravo retido se mostrava importante, porque em muitos casos não havia interesse na revisão imediata da decisão, então era mais aconselhável poupar tempo, trabalho e despesas ao não formar o instrumento (MOREIRA, 2010, p.496).

Percebe-se então que o agravante tinha a faculdade de escolha entre qual agravo interpor, entretanto, não diferente dos sistemas processuais anteriores, diversas foram as alterações que foram ocorrendo e modificando os moldes do Agravo. A primeira delas, foi a Lei 9.139/95 que fixou a obrigatoriedade de retenção do agravo às decisões posteriores à sentença, sendo exceção, a decisão de inadmissibilidade da apelação, já que essa era atacada por agravo de instrumento (DIDIER JR; CUNHA., 2016, p.204).

Essa lei alterou, ainda, o prazo para a interposição tanto do recurso retido, como o de instrumento para 10 dias, já que no Código originário eram 5 dias; estabeleceu que o agravo de instrumento passaria a ser interposto no Tribunal, permitindo o relator conceder efeito suspensivo quando configuradas as hipóteses descritas no Art. 558 do CPC/73 e passou a exigir do agravante a juntada de peças obrigatórias previstas no código e a devida comunicação ao juiz de primeiro grau, para que esse pudesse exercer retratação (DIDIER JR; CUNHA., 2016, p.204).

Posteriormente, nova alteração foi introduzida a partir da Lei 10.352/01, que dispôs como obrigatório o uso do agravo retido contra decisões tomadas em audiência de instrução e julgamento; e contra decisões posteriores a sentença, com algumas ressalvas. Contudo, as mudanças mais importantes no regime do agravo se deram com a lei

11.187/05, que tornou o agravo retido a regra no sistema recursal (DIDIER JR; CUNHA., 2016, p.204).

Os casos de agravo de instrumento na nova sistemática passavam a ter previsão expressa e segundo Fredie DIDIER JR. somente seria cabível o recurso nas seguintes situações:

(a) quando se tratasse de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação; (b) nos casos de inadmissão da apelação; e, (c) nos relativos aos efeitos em que a apelação fosse recebida. Na liquidação de sentença e na execução, o agravo haveria sempre de ser de instrumento (2016, p.205).

O problema gerado por essa alteração legislativa é que o legislador preceituou um conceito aberto “quando a decisão causar suscetível lesão grave e de difícil reparação”, o que parece demonstrar certa ingenuidade do legislador, pois a consequência no caso do emprego errôneo do agravo de instrumento consistia na sua conversão em agravo retido. Logo, nada custava ao agravante alegar dano irreparável e interpor o agravo de instrumento na tentativa de iludir um relator mais desavisado (ASSIS, 2017, p.455).

A alteração legislativa tornou a regra exceção e foi de encontro a economia do tempo, já que passou a ser utilizado de forma exacerbada, não contribuindo para a celeridade dos processos (ASSIS, 2017, p.455).

Imperioso é destacar que as exceções para o cabimento de agravo de instrumento de longe não conseguiriam esgotar os casos que o recurso deveria ser utilizado, pois do ponto de vista técnico processual, não se poderia esperar a apreciação numa preliminar de eventual e futura apelação (ALMEIDA, 2014, p 103-105). Dado essa situação, a prática forense levou a doutrina e a jurisprudência a ampliarem as hipóteses extralegais de recebimento do recurso de agravo sob a modalidade de instrumento, tendo em vista a incompatibilidade lógica de conversão do recurso retido em algumas situações (ALMEIDA, 2014, p 103-105).

Um exemplo para a situação de impossibilidade de conversão é o recurso interposto em face das decisões proferidas em tutelas de urgência, em outras palavras, nas providências acautelatórias liminares e nas medidas antecipatórias dos efeitos da tutela, dado que o STJ asseverou em algumas decisões que devido à urgência dessas medidas, o

viés do agravo deve ser o de instrumento, não sendo permitida sua conversão (RMS 38.647/CE Rel. Min. Mauro Campbell, j. 21.08.2012 e RMS 31.445/AL, Rel^a Min^a Nancy Andrighi, j. 06.12.2011).

Tendo em vista essas questões, com Araken de ASSIS é possível afirmar que as reformas parciais do Código de 1973 timbraram pelo fracasso (2017, p .456) afinal as duas maiores aspirações da época da feitura do Código - economia processual e efetividade na prestação jurisdicional - restaram inatingidas (THEODORO Jr., 2010, p. 95-97).

2.5 O Agravo de Instrumento no Novo Código de Processo Civil – 2015

Durante a vigência do Código de 73 dois fenômenos alteraram profundamente a relação entre jurisdição e jurisdicionado: a primeira é no cenário econômico, que se massificou após a segunda guerra mundial e gerou um aumento nas relações jurídicas e de forma consequente nas relações litigiosas. A segunda foi a abertura do acesso ao Judiciário, vigorosamente incrementada com a Constituição de 1988, gerou um aumento exponencial da quantidade de demandas tramitando no Judiciário, o que obrigou uma maior ênfase na preocupação com a celeridade e efetividade do processo (SANCHES JUNIOR; CARVALHO, 2017, p.23).

A preocupação com uma justiça mais célere e efetiva resultou em algumas alterações legislativas que tentavam dar efetividade e celeridade na prestação jurisdicional, entre elas podemos citar a lei n° 9.099/95 que criou os Juizados Especiais para julgamento de causas de menor complexidade; a Emenda Constitucional n°45/2004, conhecida como a “reforma do judiciário”; e a lei n° 11.419/06 que regulamentou informatização do processo judicial (SAID FILHO, 2016, p. 91). Evidente é que tais medidas demonstram importantes marcos no desenvolvimento do processo, mas como consta da exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil, apesar da vigência satisfatória do Código de 73 por duas décadas, as alterações que foram sendo feitas com as reformas, apesar de bem recebidas pela comunidade jurídica, geraram um enfraquecimento na coesão entre as normas processuais e aos poucos comprometeu sua forma sistemática, afetando a celeridade do processo e gerando questões evitáveis (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS, 2010.p.21).

O ministro Luiz FUX, que na época era Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ e foi presidente da Comissão de Jurista responsável pela elaboração do anteprojeto do novo Código destacou que o excesso de solenidades e liturgias, a prodigalidade dos recursos, a litigiosidade desenfreada e o número excessivo de ações representavam causas genéricas que inviabilizavam a prestação da justiça num prazo razoável⁴. Destacou na apresentação do Anteprojeto: “ O Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetivas, as misérias e as aberrações que passam pela Ponte da Justiça” (ANTEPROJETO DO CPC/2015, 2010, p. 3).

Feita essa pequena digressão sobre a necessidade e o surgimento do Novo Código de Processo Civil, partimos para o estudo do instituto do agravo de instrumento no NCPC e suas distinções com os ordenamentos anteriores. Cabe ressaltar que diversas mudanças em institutos diferentes ocorreram com o Novo Código de Processo Civil, mas não serão discutidas, por economia de tempo ou por não influenciar o instituto aqui estudado.

A primeira mudança substancial no agravo de instrumento no CPC de 2015 é a exclusão do agravo retido, que deixa de existir, passando o legislador a estabelecer um rol de decisões sujeitas ao agravo de instrumento – art.1.015 CPC/15, dessa forma, somente são agraváveis decisões cujas hipóteses estejam previstas em lei. Sendo as não agraváveis atacadas na fase de apelação. Destaca-se que esse sistema só se aplica à fase de conhecimento, não se aplicando em algumas situações, como bem sintetiza Fredie DIDIER JR. nessa passagem:

Esse regime, porém, restringe-se à fase de conhecimento, não se aplicando às fases de liquidação e de cumprimento da sentença, nem ao processo de execução de título extrajudicial. Nestes casos, toda e qualquer decisão interlocutória é passível de agravo de instrumento (art. 1.015, par. ún., CPC). Como o processo de falência é um processo de execução universal, também caberá, sempre, agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias, nesses casos. Também cabe agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória proferida em processo de inventário (art. 1.015, par. ún, CPC) (DIDIER JR; CUNHA., 2016, p.204).

⁴ Entendimento exarado na ata circunstanciada da 2º da comissão temporária, destinada a estudar o substitutivo da câmara ao projeto de lei nº166 de 2010.

Com o novo sistema de cabimento do agravo de instrumento no processo de conhecimento no Código de 2015, inaugura-se a figura de duas decisões interlocutórias, quais sejam: as decisões interlocutórias agraváveis que são as mencionadas no art.1.015/CPC15 e na legislação extravagante, bem como as proferidas na fase de liquidação, cumprimento e execução de sentença; e as decisões interlocutórias não agraváveis que são as proferidas na fase de conhecimento, mas não relacionadas no art.1.015, nem na legislação extravagante (DIDIER JR; CUNHA., 2016, p.205).

Para as decisões interlocutórias não agraváveis, o legislador, então, estabeleceu que essas deveriam ser impugnadas em preliminar de apelação ou preliminar das suas contrarrazões, o que para MARINONI, representa uma escolha do legislador em prestigiar em um só tempo a estruturação do procedimento comum a partir da oralidade que segundo ele, exige na maior medida possível, a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias e por prestigiar a preservação dos poderes do juiz de primeiro grau na condução do processo no desenvolvimento do procedimento comum (2016, p. 162).

Para MONTENEGRO FILHO, a sistemática utilizada pelo legislador se aparenta com a lógica utilizada nos Juizados Especiais Cíveis e foi adotada “com clara intenção de reduzir a quantidade de recursos e de tomar o processo racional”, já que o recorrente poderia fazer juízo de ponderação e fazer valer a possibilidade de aguardar a prolação da sentença para analisar se há necessidade de reclamar da decisão interlocutória (2015, p. 111).

Feita a diferenciação entre as decisões interlocutórias agraváveis e não agraváveis, interessante é uma breve consideração sobre as previsões do artigo 1.015 que dispõe acerca das decisões interlocutórias agraváveis.

Inciso I – Tutelas provisórias. É a decisão interlocutória que versa sobre tutela provisória, mecanismo que foi criado para combater os efeitos nocivos da morosidade do procedimento, é um meio encontrado pelo judiciário para tutelar de maneira imediata um direito que foi tolhido, então visto que em sua grande maioria, essas decisões são constrictivas de direito, imprescindível é o cabimento de agravo de instrumento (SANCHES JUNIOR; CARVALHO, 2017, p. 25).

Inciso II – Mérito do Processo. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, “interlocutórias que versam sobre o mérito da causa são, de rigor, “sentenças” parciais, que não são sentenças, à luz do NCPC (2017, p. 1564) O artigo 356 do CPC/2015 traz algumas situações, sendo as decisões, sendo todas elas agraváveis.

Inciso III - Rejeição da Alegação de Convenção de Arbitragem. Rejeitada a alegação de arbitragem, cabe agravo de instrumento diante da peculiaridade da arbitragem, pois nos casos de rejeição segue perante a jurisdição, podendo causar danos, caso haja desrespeito à cláusula arbitral (SANCHES JUNIOR; CARVALHO, 2017, p.27).

Inciso IV - Incidente de desconsideração da Personalidade Jurídica. Trata-se de um importante instituto que foi positivado no NCPC, apesar de já contar com previsão há décadas no direito material. Refere-se à possibilidade do magistrado de atingir o patrimônio do sócio por dívida da sociedade e por se de medida gravemente constritiva e lesiva, cabe agravo de instrumento (SANCHES JUNIOR; CARVALHO, 2017, p.28).

Inciso V - Rejeição do Pedido de Gratuidade da Justiça ou Acolhimento do Pedido de sua Revogação. O legislador oportunizou o postulante a interposição de agravo de instrumento somente para os casos de rejeição ou revogação do benefício, sendo a apelação a medida cabível para as decisões que deferem ou mantém a concessão do benefício (MARANHÃO, 2016, p.349).

Inciso VI – Exibição ou posse de documento ou coisa. A decisão que determina a entrega ou exibição de certo documento ou coisa, quer seja em relação à parte ou seja em relação a terceiro cabe recurso de agravo (WAMBIER, 2017, p.1565).

Inciso VII - Exclusão de litisconsorte – Para Teresa WAMBIER, a decisão que exclui o litisconsorte que sempre foi considerada sentença, por colocar fim à relação processual que existe entre o litisconsorte excluído e os demais sujeitos do processo. No Novo CPC não é considerada sentença, tendo em vista a continuidade do procedimento, sendo agravável então por agravo de instrumento (2017, p.1565).

Inciso VIII - Rejeição do Pedido de Limitação do Litisconsórcio. O litisconsórcio é o instituto que permite a otimização da prestação jurisdicional, além de evitar decisões desarmônicas ou contraditórias, todavia o excesso de partes pode tornar o

processo excessivamente moroso, podendo a defesa pedir limitação e agravar em caso de rejeição (WAMBIER, 2017, p.1565).

Inciso IX - Admissão ou Inadmissão de Intervenção de terceiros; A intervenção de terceiro foi bastante alterada no Novo Código, tendo institutos excluídos como o caso da oposição, e a inserção de outros, como o “amicus curiae” e por se tratar de decisão simples é também agravável (SANCHES JUNIOR; CARVALHO, 2017, p.27).

Inciso X - Concessão, Modificação ou Revogação do Efeito Suspensivo aos Embargos à Execução; Este inciso dispensa comentário, porque como afirma Teresa Arruda Alvim WAMBIER “Este inciso de rigor seria até desnecessário, pois se trata de medida virtualmente abrangida pelo inc. I. (2017, p.1565).

Inciso XI – Redistribuição do Ônus da Prova nos Termos do art. 373, § 1º. O artigo 373 do NCPC preceitua que o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, entretanto em casos previstos em lei ou diante de peculiaridades, o juiz pode redistribuir o ônus da prova a partir de decisão fundamentada, porém precisará permitir a parte a se desincumbir do ônus que lhe foi imputada, fazendo uso do agravo de Instrumento (DIDIER JR. 2016, p.224).

Inciso XII - Vetado, esse inciso dispunha a respeito do também vetado incidente de conversão de demanda individual em coletiva (art.333).

Inciso XIII – Outros Casos Expressamente Referidos em lei. Esse dispositivo preceitua que só por lei federal, pode-se criar hipóteses de agravo de instrumento para além das previstas no art. 1.015/CPC. Dessa forma, as partes não podem por negócio jurídico criar novas hipóteses (DIDIER JR. 2016, p.224 - 225).

Como se percebe, o legislador do Novo Código de Processo Civil, optou por elencar as hipóteses que ensejam a interposição do agravo de instrumento, entretanto não repetiu o equívoco do CPC/1939 em que havia um limbo de interlocutórias irrecuráveis, pois no atual Código, caso a decisão não se enquadre entre as hipóteses previstas no art.1.015/NCPC, será ela submetida a sistemática geral, qual seja, poderá ser tratada na preliminar de apelação ou na preliminar de contrarrazões (FARIA; MARX NETO; FÉRES, 2018, p.782-783).

Nessa linha, Humberto THEODORO JÚNIOR afirma: “todas as interlocutórias são passíveis de impugnação recursal. O que há são decisões interlocutórias imediatamente atacáveis por agravo de instrumento (NCPC, art. 1.015) e outras que se sujeitam, mais remotamente, ao recurso de apelação” (2017, p.1.022).

Da análise dos dispositivos do art.1.015 e seu parágrafo 1º e do art.1.009 do Novo Código, nota-se que o legislador se inclinou para dispor o recurso autônomo do agravo de instrumento como exceção, inclusive estabeleceu que os casos fora das possibilidades do agravo não sofrem preclusão imediata, impulsionado que o processo siga seu curso de forma retilínea, podendo discutir as questões incidentais num único recurso, qual seja, a apelação (FARIA; MARX NETO; FÉRES, 2018, p.782-783).

Contudo, apesar do Código prever a possibilidade de se impugnar toda e qualquer decisão interlocutória, como foi exposto, um problema assombra a atual sistemática do agravo de instrumento e tem feito a doutrina e a jurisprudência se debruçarem sobre o assunto. Uma vez não sendo o agravo de instrumento o recurso cabível contra decisões interlocutórias fora das previsões estabelecidas, qual seria o recurso contra decisões interlocutórias que embora não estejam no rol do artigo 1.015/CPC, ensejem dano imediato gravíssimo à parte de modo que não possa esperar o julgamento de preliminar de apelação?

Óbvio é assegurar que o legislador não conseguiria prever todas as situações de dano imediato causado por interlocutórias, então só o dia a dia forense poderia revelar as lacunas que seriam deixadas pelo Código. Então, devido à escolha do legislador do Novo Código de Processo Civil, um problema que assombrou o Código de 1939, voltaria a assombrar o atual Código, qual seja, o Mandado de segurança. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim WAMBIER leciona acerca do dilema que poderia causar a opção do legislador:

Esta opção do legislador de 2015 vai, certamente, abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz. A utilização desta ação para impugnar atos do juiz, à luz do CPC de 73, tornou-se muito rara. Mas, à luz do novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento, que não podem aguardar até a solução da apelação. Um bom exemplo é o da decisão que suspende o andamento do feito em 1.º grau por prejudicialidade externa. Evidentemente, há grandes chances de que a parte prejudicada não possa esperar (2017, p.1563).

Humberto THEODORO JÚNIOR no mesmo sentido leciona:

Fora das hipóteses expressamente enumeradas pela lei, as decisões interlocutórias não são impugnáveis, senão depois da sentença, através de preliminar ou contrarrazões da apelação. Não há, pois, nesses casos, recurso capaz de atacar, de imediato, a ilegalidade ou o abuso de poder praticado em decisão interlocutória. Uma vez que a Lei n. 12.016/2009 permite a impetração de mandado de segurança contra ato judicial em face do qual não caiba recurso com efeito suspensivo (art. 5º, II), parece irrecusável o enquadramento das decisões não agraváveis nesse permissivo da lei especial (2016. p.1051).

MARINONI, por sua vez, destaca que o legislador, bem ou mal, fez uma nítida escolha política ao desenhar o recurso de agravo de instrumento, então apenas em situação de clara violação do núcleo duro do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva poderia se cogitar a impetração de mandado de segurança, caso contrário, haveria uma afronta à autonomia do legislador (2016, p. 164).

Com a problemática exposta, a doutrina e a jurisprudência passou a tentar entender a natureza do agravo de instrumento na tentativa de frear o uso anômalo do mandado de segurança, pois este prejudica de forma pontual o curso do processo, indo de encontro a proposta do Novo código de Processo Civil, que era de entregar um sistema mais coeso, ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo.

A busca pela interpretação do artigo 1.015 gerou na doutrina correntes distintas e nessas correntes, decisões foram se filiando de modo a gerar entendimentos opostos sobre um mesmo tema, o que significa um problema para a segurança jurídica, por isso essa situação será estudada no capítulo seguinte. Cabe ressaltar que dada a relevância e impacto do instituto no Processo Civil, o tema foi debatido em sede de Recurso Especial repetitivo no Superior Tribunal de Justiça, que exarou seu entendimento, o qual será também estudado.

Inegável é que o instituto do agravo de instrumento sempre foi objeto de inúmeros vaivéns, sendo abolido e restaurado diversas vezes, sofrendo também variações quanto ao seu cabimento como afirma Barbosa MOREIRA (2010, p.485) e ao que parece esse “Vaivém” parece está longe de ter fim.

3 TEORIAS ACERCA DO ROL DO AGRAVO DE INSTRUMENTO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

É inegável que a recorribilidade através do agravo de instrumento sofreu substanciais modificações com o novo Código de Processo Civil de 2015, entre elas, o surgimento de um rol de decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento de um processo que podem ser impugnadas por meio do agravo.

Ocorre que entre as hipóteses de decisões elencadas no rol do art. 1.015 deixaram de ser incluídas algumas em que a ausência de um julgamento imediato da matéria poderá levar a significativos prejuízos às partes. Podemos citar, pelo menos, 3 situações que chamam a atenção dos estudiosos do Processo Civil, são elas: as decisões sobre a competência do juízo para apreciar a causa, as decisões sobre negócios jurídicos processuais e as decisões sobre direito probatório (ROCHA, MIRANDA NETTO, 2018, p. 105-106).

Pondera-se que a adoção de uma visão rígida acerca do recurso de agravo pode ter como consequência direta obrigar as partes a buscarem a tutela dos seus direitos por meios diversos de impugnação e como exemplo mais comum temos a utilização do mandado de segurança (ROCHA, MIRANDA NETTO, 2018, p. 105-106). Outro caminho que se cogita seria o ajuizamento direto no Tribunal do pedido de tutela de urgência antecedente recursal (PESGRAVE, 2017).

Percebe-se então que o advento do rol previsto no artigo 1.015 que trouxe as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento do NCPC geraria diversos entendimentos sobre sua natureza e aplicação, o que acabou por desencadear pelo menos três correntes doutrinárias, sendo duas delas observadas também pelo STJ para explicar a natureza do rol do art.1.015 e sua aplicação. As três teses criadas foram: (i) o rol é absolutamente taxativo e deve ser interpretado restritivamente; (ii) o rol é taxativo, mas comporta interpretações extensivas ou analogia; (iii) o rol é exemplificativo (PUGLIESE, 2019, p.6).

O estudo dessas correntes é primordial para melhor entender o porquê de o tema ter sido objeto de afetação ao repetitivo e para melhor compreensão da tese da “taxatividade mitigada” que recentemente foi firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

3.1 Rol Absolutamente Taxativo

Essa tese defende que o rol do art. 1.015 do CPC é absolutamente taxativo e que sua interpretação deve ser restrita. É uma proposta fundada na ideia que a opção legislativa foi pela taxatividade e que as partes que confiaram na disposição construída pelo legislador não poderiam ser surpreendidas com uma interpretação em contrário (PUGLIESE, 2019, p.6).

Para Rodrigo Frantz BECKER, da leitura do dispositivo legal previsto no Novo Código de Processo Civil, percebe-se que foi disposto um rol com hipóteses taxativas, sem nenhuma expressão aberta, como ocorria no CPC de 73, que declarava o cabimento do agravo de instrumento contra decisões que causassem dano grave ou de difícil reparação (2016, p.4). Para ele, apesar do artigo prever hipóteses amplas, elas são objetivas, o que ocasionou uma mudança de paradigma quanto à utilização do agravo de instrumento (2016, p.4).

Ainda nesse entendimento, defende que apesar do Código de Processo Civil prever a possibilidade da lei permitir novas hipóteses para o agravo de instrumento, isso não retira a taxatividade do rol do art.1.015/CPC, pois tal situação não confere poder discricionário ao magistrado para verificar, diante de conceitos vagos, se é ou não caso de decisão agravável (BECKER, 2016, p.4).

Com variações argumentativas, essa tese é defendida por outros autores, como Heitor Vitor Mendonça SICA, que afirma ser o Código de Processo Civil de 2015 um retorno parcial a sistemática do CPC de 1939, já que contempla um rol taxativo de matérias passíveis de ataque exclusivamente por agravo de instrumento (2015, p. 28).

Elpidio DONIZETI também se alinha ao entendimento da taxatividade restrita do rol do art.1.015 do CPC. Para ele, o mandado de segurança seria sucedâneo recursal para as hipóteses não previstas na lei e que pudessem gerar prejuízo imediato à parte (2016, p.1482 - 1483). Em suas palavras destaca:

[...] Agora, de duas uma: ou a decisão interlocutória é recorrível ou não é. Somente será recorrível se a hipótese estiver expressamente prevista no rol do art. 1.015 ou em outros casos expressamente previstos no código ou em legislação especial (princípio da taxatividade) (2016, p.1482),

Quanto à possibilidade do mandado de segurança como sucedâneo recursal, vale destacar que o STJ aplica entendimento sumular do STF, na linha de que não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição (Súmula 267-STF). Entretanto, em algumas ocasiões o Tribunal previu a possibilidade de impetração do mandado em situações teratológicas, abusivas, que possam gerar dano irreparável e o recurso previsto não tenha ou não possa obter efeito suspensivo, como se vislumbra nesse precedente que é um dentre outros já proferidos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO JUDICIAL. TERATOLOGIA OU PREJUÍZO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. AUSÊNCIA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CABÍVEL. REDISCUSSÃO NO MANDAMUS. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” (Súmula 267/STF). 2. Segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, em situações teratológicas, abusivas, que possam gerar dano irreparável, o recurso previsto não tenha ou não possa obter efeito suspensivo, admite-se que a parte se utilize do mandado de segurança contra ato judicial. 3. Hipótese em que contra o acórdão impugnado, proferido pela Segunda Seção nos autos da Rcl 2.826/ BA, Rel. p/ acórdão Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, era cabível recurso passível de atribuição de efeito suspensivo, tanto que a parte impetrante interpôs embargos de declaração. Posteriormente, impetrou o presente mandamus, em que repisou as alegações ali deduzidas. 4. Agravo regimental não provido (AgRg no MS 18.995/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2013, DJe 23/09/2013).

Feito o destaque do entendimento do STJ acerca do mandado de segurança, observa-se que a tese do rol taxativo restritivo é também apoiada por Fernando GAJARDONI, Luiz DELLORE, André Vasconcelos ROQUE e Zulmar OLIVEIRA JR. que defendem a não ampliação do rol do art. 1.015 do CPC, como registrado a seguir:

Decisões interlocutórias agraváveis (rol fechado). O Código claramente pretendeu estabelecer rol fechado para as hipóteses passíveis de justificar a interposição do agravo de instrumento. O ideal subjacente à lista dos casos de agravo de instrumento foi a diminuição na utilização

de tal via recursal, como pretendido desafogo ao Poder Judiciário. Voltou-se ao regime do CPC de 1939 (art. 842), historicamente reconhecido como desastroso (por isso alterado no CPC de 1973), na medida em que o legislador não consegue represar a realidade em seus esquemas formais. Como o rol apresentado pelo art. 1.015 é manifestamente insuficiente, não prevendo, para ficarmos apenas em um exemplo, agravo de instrumento contra decisão versando sobre competência, não tardaram entendimentos a propugnar uma interpretação ampliativa do rol estipulado.

(...)

Nada obstante, considerado o direito posto, não se pode ampliar o rol do art. 1.015, sob pena inclusive de comprometer todo o sistema preclusivo eleito pelo Código. (2017. p. 1070).

A doutrina que defende essa tese, apesar de usar argumentos, por vezes, distintos, filia-se à ideia de que cabe ao legislador estipular as hipóteses do cabimento do agravo de instrumento e não ao judiciário ir contra a vontade estipulada. Em que pese as críticas a essa corrente doutrinária que defende ser o rol do 1.015 taxativo, ela já encontrou amparo em decisões do Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente no Recurso Especial nº 1.700.308/PB, 2ª Turma, DJe 23/05/2018, que dispõem de tal ementa:

PROCESSUAL CIVIL. QUESTÃO AFETADA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS TENDO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA O RESP Nº 1.704.250/MT. AFETAÇÃO, CONTUDO, DESPROVIDA DE EFEITO SUSPENSIVO, MODULANDO O DISPOSTO NO INCISO II DO ART. 1.037/CPC. POSSIBILIDADE, ENTÃO, DE ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL PRESENTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCABIMENTO. ART. 1.015 do CPC/2015. ROL TAXATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. NÃO HÁ SIMILARIDADE ENTRE OS INSTITUTOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO E REJEIÇÃO DE JUÍZO ARBITRAL PARA A EXTENSÃO PRETENDIDA. OPÇÃO POLÍTICO-LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL. 1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal de origem que negou seguimento ao Agravo Interno, em segundo grau, que rejeitou Agravo de Instrumento, com base no entendimento de que as matérias concernentes à competência do Juízo e ao indeferimento de produção de prova não estão contidas no rol do art. 1.015 do CPC/2015, sendo, por esse motivo, descabido o manejo do Agravo. [...] 3. Acerca do caso, considera-se que a interpretação do art. 1.015 do Novo CPC deve ser restritiva, para entender que não é possível o alargamento das hipóteses para contemplar situações não previstas taxativamente na lista estabelecida para o cabimento do Agravo de Instrumento. Observa-se que as decisões relativas à competência, temática discutida nos presentes autos, bem como discussões entorno da produção probatória, estão fora do rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015. [...] Recurso Especial nº 1.700.308/PB, 2ª Turma, DJe 23/05/2018.

Nesse julgamento o relator, Ministro Herman Benjamin considera que a interpretação do art. 1.015 do Novo CPC deve ser restrita por entender que não é possível o alargamento das hipóteses para contemplar situações não previstas taxativamente na lista estabelecida para o Agravo de Instrumento (REsp 1.700.308/PB, 2ª Turma, DJe 23/05/2018). Para ele, esse entendimento se coaduna com o espírito no novo Códex que visa prestigiar a celeridade e a razoabilidade da marcha processual, restringindo, então, hipóteses de interposição de recursos infundáveis que geram morosidade na prestação jurisdicional (REsp 1.700.308/PB, 2ª Turma, DJe 23/05/2018).

O entendimento do rol taxativo também já foi defendido em julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o que reforça a ideia de que tal tese encontra acolhimento não só na doutrina ou julgado isolado do Tribunal Superior, mas também encontra amparo em decisões de Tribunais de Justiça.

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DECLINATÓRIA DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO. ART. 1.015. CPC/2015. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. ROL TAXATIVO. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. É possível conferir interpretação extensiva a uma norma, ampliando o seu conteúdo para além de sua literalidade, desde que essa atividade não colida com a natureza do próprio ato normativo. 2. Uma das inovações do CPC/2015 foi alterar a recorribilidade ampla e imediata das decisões interlocutórias, restritas atualmente ao rol elencado no art. 1.015 do referido diploma. Essa modificação não foi sem motivo: o legislador pretendeu eliminar os recursos desnecessários para garantir agilidade e eficiência à dinâmica processual. 3. Conferir interpretação extensiva às hipóteses taxativas previstas no art. 1.015 afronta a finalidade da norma. 4. Ausente previsão legal, não é possível interpor agravo de instrumento contra decisão declinatória de competência, que poderá ser objeto de procedimento específico entre os juízos suscitante e suscitado. 5. Agravo interno conhecido e desprovido. (Acórdão 1116814, 07068650220188070000, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 15/8/2018, publicado no DJE: 20/8/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Apesar das decisões e visões dos juristas favoráveis a essa tese, ela encontra algumas críticas, sendo a principal delas a impossibilidade do legislador prevê todas as situações que a recorribilidade da decisão precisa ser imediata e não pode esperar eventual preliminar de apelação, o que pode gerar o retorno da prática do uso descontrolado do mandado de segurança, como acontecia no Código de Processo Civil de 1939.

A restrição das decisões agraváveis num rol taxativo restritivo é criticada também por Luis Alberto REICHELDT que faz pelo menos duas severas críticas ao codificador processual de 2015, como se observa a seguir:

Imaginar que o agravo de instrumento somente é cabível nas hipóteses previstas em lei, de modo a fazer com que fosse incabível qualquer insurgência pela parte prejudicada por uma decisão judicial pela simples ausência de previsão legal, é uma violação direta a um direito humano e fundamental [...] Um novo Código de Processo Civil somente se mostra justificado se ele traz progresso e não retrocesso do ponto de vista da inafastabilidade do controle jurisdicional (2015 p. 27)

Confirma-se que a crítica à teoria taxativa restritiva se concentra na impossibilidade ou dificuldade de questionar situações que não podem ser proteladas, podendo ocasionar uma restrição à tutela que busca a parte.

3.2 Rol Exemplificativo

A tese que defende ser o rol do art.1.015 do CPC exemplificativo, apesar de encontrar amparo na doutrina, é menos expressiva. Essa corrente afirma que a recorribilidade de decisões interlocutórias deve ser imediata, ainda que a matéria não conste do rol previsto no art. 1.015.

Defensor dessa corrente, William Santos FERREIRA, argumenta que o Código de Processo Civil de 2015 optou pela recorribilidade integral das interlocutórias e que há variação apenas quanto ao recurso, qual seja, agravo de instrumento ou residualmente apelação (2017, p.199). Nessa lógica ele defende que se não há identificação literal das hipóteses previstas para agravo de instrumento, caberia apelação, entretanto, se o julgamento futuro será inútil por impossibilidade do resultado prático, não é possível defender o cabimento de apelação porque a lei não pode prever recurso inútil, com isso seria caso de cabimento do agravo de instrumento (2017, p.199).

O entendimento desse autor é de que se o legislador desejasse estabelecer o não cabimento de agravo de instrumento de interlocutórias não expressas além dos incisos I a XI do art. 1.015, não deveria ter estabelecido a recorribilidade geral das interlocutórias, pois assim tendo feito, não pode prever um recurso como o de apelação cujo o regime jurídico levará à falta de interesse recursal (FERREIRA, 2017, p.200).

Dialogando com essa corrente doutrinária, José Rogério TUCCI pondera que o legislador procurou catalogar situações nas quais, do ponto de vista substancial e prático, a postergação de determinadas questões delinea-se prejudicial à marcha normal do procedimento. Ele defende, entretanto, que há matérias fora do rol do art. 1.015 que não podem ser postergadas, especialmente, aquelas de ordem pública, cuja análise e julgamento não podem esperar a apelação (TUCCI, 2017, p. 1-3).

Para TUCCI, a manutenção do entendimento de que não cabe agravo de instrumento fora das hipóteses do art. 1.015 do CPC, pode vulnerar o princípio do devido processo legal, já que seria fatal ao processo postergar o exame de nulidades absolutas ou mesmo de outras questões insuperáveis. Entende ele que o legislador estruturou as hipóteses do rol do art.1.015 numa extensão menor do que realmente desejava daí o porquê da necessidade do cabimento de interposição de agravo de instrumento quando a matéria exige imediato exame, ainda que não contemplado pelo dispositivo legal. (TUCCI, 2017, p. 1-3).

TUCCI, ainda, destaca que o juiz é o primeiro protagonista responsável por zelar pelo andamento célere do processo, então a ele cabe proibir qualquer tentativa de dilação indevida, como também de diligência e atos processuais desnecessários. Ele pondera que o princípio da razoável duração do processo não pode servir de pretexto para o sacrifício do devido processo legal (TUCCI, 2017, p. 1-3).

Apesar dos argumentos favoráveis, a teoria do rol exemplificativo não é isenta de críticas, entre elas está a de que atribuir natureza exemplificativa às decisões agraváveis seria esquecer o espírito da reforma empreendida pelo Código de Processo Civil de 2015, que teve como objetivo a limitação das hipóteses de recorribilidade das interlocutórias através do agravo de instrumento (FARIA; MARX NETO; FÉRES, 2018, p.785-786).

A recorribilidade imediata e autônoma no novo modelo seria excepcional e a regra geral seria a da recorribilidade diferida e de concentração da impugnação em um momento único: o da apelação ou contrarrazões. Reconhecer o rol das impugnações via agravo de instrumento como exemplificativo seria um retorno ao Código de 1973, restauraria a vigência do artigo 522 do antigo código, rompendo-se com a teleologia da nova codificação (FARIA; MARX NETO; FÉRES, 2018, p.785-786).

Carlos MAXIMILIANO defende que: “não pode o intérprete alimentar a pretensão de melhorar a lei com desobedecer às suas prescrições explícitas. Deve ter o intuito de cumprir a regra positiva, e, tanto quanto a letra o permita, fazê-la consentânea com as exigências da atualidade” (2017, p. 344-345).

Nesse sentido, ao judiciário não é dado construir novos textos valendo-se do subterfúgio de interpretá-lo, pois ao agir assim estará substituindo-se ao poder legislativo e ignorando a estrutura democrática. Logo, por mais desastrosa que possa ser a opção do legislador, as hipóteses da recorribilidade por agravo de instrumento é *numerus clausus* (FARIA; MARX NETO; FÉRES, 2018, p.785-786).

3.3 Rol Taxativo, mas admite Interpretação Extensiva ou Analogia

Essa teoria sustenta que a despeito de ser o rol do art. 1.015 do CPC taxativo, ele aceita que suas hipóteses sejam objeto de interpretação extensiva ou analógica. Essa tese é defendida por parte considerável da doutrina, como Fredie DIDIER Jr., Leonardo da CUNHA e Luiz Guilherme MARINONI, conforme será demonstrado a seguir. Tal tese encontra amparo, ainda, em algumas decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para Fredie DIDIER JR., as hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo, contudo, a taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva, sendo possível a interpretação extensiva de cada um dos seus tipos (2016, p.209). Ele afirma que no sistema brasileiro existem vários exemplos de enumeração taxativa que comportam a interpretação extensiva, como no processo penal que se admite a interpretação extensiva para as hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito (STJ, 6ª Turma, Resp 1.078.175/RO, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16/4/2013, DJe 26/4/2013).

DIDIER JR. e CUNHA discorrem, ainda, que a adoção da interpretação extensiva é uma necessidade para se evitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança que será muito ruim em termos de política judiciária, já que congestionaria muito os tribunais, por ser o rito no mandado de segurança mais elástico que o procedimento do agravo de instrumento (2016, p. 211-212).

O entendimento de que o rol taxativo do art.1.015 do CPC não impede o máximo rendimento dos incisos, mas garante os objetivos pretendidos com a nova formulação

recursal do atual Código, também é defendida por Cassio Scarpinella BUENO, como se vê nessa passagem:

Entendo que o rol – longe dos rótulos a ele atribuíveis e em geral atribuídos –, não é impeditivo para que se dê máximo rendimento às hipóteses nele previstas, como forma adequada de atingir o duplo objetivo que já anunciava: verificar de que maneira as escolhas feitas atendem, ou não, as necessidades do dia a dia do foro e evitar a generalização do mandado de segurança contra ato judicial, medida que, na década de 1980 até meados da década de 1990, consagrou-se como *sucedâneo recursal* para fazer as vezes do que, naquela época, o regime do agravo de instrumento não permitia (2018, p.1141).

Para o autor é necessário dar o máximo de rendimento ao verbo “versar” constante do caput do art. 1.015, o que permite então dar sentido mais amplo a maioria dos incisos previstos no dispositivo legal (2018, p.1141). Para ele, por exemplo, é correto entender que na hipótese do inciso II do art. 1.015 está compreendida a hipótese de o magistrado indeferir a homologação de um acordo que lhe é apresentada pelas partes, determinando o prosseguimento do processo, assim como o indeferimento do efeito suspensivo aos embargos à execução está compreendido entre as alternativas possíveis de uma decisão sobre sua concessão (2018, p. 1142).

A tese do rol taxativo que admite interpretação extensiva é também acolhida por Luiz Guilherme MARINONI, que destaca:

[...] O fato de o legislador construir um rol taxativo não elimina a necessidade de interpretação para sua compreensão: em outras palavras, a taxatividade não elimina a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação (2015, p.946).

Além do entendimento acolhido por parte da doutrina, o Superior Tribunal de Justiça possui algumas decisões que acolhem o entendimento de que o fato do rol das decisões agraváveis por instrumento ser taxativo não impede a interpretação extensiva para sua aplicação, como é o caso do Recurso Especial nº 1.679.909/RS, 4ª Turma, DJe 01/02/2018, a seguir comentado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO IMEDIATA DAS NORMAS PROCESSUAIS. TEMPUS REGIT ACTUM. RECURSO CABÍVEL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 1 DO STJ. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA COM FUNDAMENTO NO CPC/1973. DECISÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM. DIREITO PROCESSUAL ADQUIRIDO. RECURSO CABÍVEL.

NORMA PROCESSUAL DE REGÊNCIA. MARCO DE DEFINIÇÃO. PUBLICAÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA OU EXTENSIVA DO INCISO III DO ART. 1.015 DO CPC/2015. 1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso, não podendo ser aplicadas retroativamente (*tempus regit actum*), tendo o princípio sido positivado no art. 14 do novo CPC, devendo-se respeitar, não obstante, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. 2. No que toca ao recurso cabível e à forma de sua interposição, o STJ consolidou o entendimento de que, em regra, a lei regente é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Enunciado Administrativo n. 1 do STJ. 3. No presente caso, os recorrentes opuseram exceção de incompetência com fundamento no Código revogado, tendo o incidente sido resolvido, de forma contrária à pretensão dos autores, já sob a égide do novo Código de Processo Civil, em seguida interposto agravo de instrumento não conhecido pelo Tribunal a quo. 4. A publicação da decisão interlocutória que dirimir a *exceptio* será o marco de definição da norma processual de regência do recurso a ser interposto, evitando-se, assim, qualquer tipo de tumulto processual. 5. **Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma ratio - , qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda.** 6. Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 1679909 RS 2017/0109222-3, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 14/11/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2018)

Os Recursos Especiais nsº1.714.376/RS, 2ª Turma, DJE 19/02/2018 (2017/03203231), nº1.694.667/PR, 2ª Turma, DJe 18/12/2017 e nº 1.695.936/MG, 2ª Turma, DJe 19/12/2017 possuem o mesmo argumento, na linha de que é cabível a interpretação extensiva aos incisos do art. 1.015, do Código de Processual.

Assim como a tese do rol apenas taxativo, a teoria da interpretação extensiva também encontra amparo no entendimento de Tribunal de Justiça, o que ratifica o quanto o tema, ainda, não é pacífico na realidade jurídica brasileira. Segue o entendimento da 1ª Turma cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 1.015, III, DO CPC/2015. AÇÃO DE COBRANÇA. ENCARGOS CONDOMINIAIS. COMPETÊNCIA RELATIVA. FORO DE ELEIÇÃO. DECLINAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Em

que pese a decisão de declinação de competência não esteja inserida no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC/2015, que trata das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, é possível a interpretação extensiva da hipótese prevista no inciso III, uma vez que ambas possuem a mesma *ratio*, qual seja, afastar o juízo incompetente, de modo que não haja ofensa à celeridade que se pretende para as demandas judiciais. (Precedente do c. STJ). 2. Não se tratando de contrato de adesão e estando as partes em situação de paridade, é válida a cláusula de eleição de foro, em nome do princípio da autonomia da vontade, a qual obsta ao magistrado declinar, de ofício, da competência territorial eleita pelas partes. 3. Agravo de instrumento conhecido e provido. (Acórdão 1123623, 07047630720188070000, Relator: SIMONE LUCINDO, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 12/9/2018, publicado no DJE: 4/10/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Apesar da teoria da interpretação extensiva encontrar maior amparo na doutrina e nas decisões dos Tribunais, ela não é isenta de críticas e para seu melhor entendimento, é pertinente a distinção entre interpretação extensiva e analógica.

Entende-se que a analogia tem lugar quando se percebe espaços vazios no direito positivo (lacuna). Já a interpretação extensiva, pode ser adotada diante de espaços cheios no ordenamento, pois se destina a esclarecer o sentido e alcance do texto e expressões contidas na norma; o seu objetivo é conhecer o alcance da lei, que não estaria claro na norma (FARIA; MARX NETO; FÉRES, 2018, p. 787).

Diferentemente da extensão analógica, na interpretação extensiva a ampliação ocorre com base no próprio texto legislativo e nas palavras empregadas que são redefinidas com o fim de se alcançar seu verdadeiro sentido semântico (FARIA; MARX NETO; FÉRES, 2018, p. 787). Para Carlos MAXIMILIANO, a interpretação extensiva não busca acrescentar alguma coisa, mas sim atribuir à letra o significado que lhe compete (2017 p 250).

Dentro dessa lógica, o intérprete da lei não pode se valer da interpretação extensiva para criar, gerar algo novo, diferente do texto da norma, pois se assim procedesse estaria se valendo da técnica da analogia, cujo pressuposto é a existência de uma lacuna, de um vazio legislativo, que não é compatível com o rol do art. 1.015 do CPC, pois o legislador incluiu no rol das decisões agraváveis, regras legais, tratando-se de um rol taxativo (FARIA; MARX NETO; FÉRES, 2018, p.788).

A distinção entre interpretação analógica e extensiva parece não figurar nos contextos das decisões que defende a utilização da tese discutida, como se percebe no trecho dessa decisão abaixo:

Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma *ratio* –, qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda (REsp 1679909/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 01/02/2018)

Com a indistinção do método de interpretação, argumenta-se que a ampliação do rol do art. 1.015 via analogia gerará a desfiguração da taxatividade do rol, sendo necessário então que, em caso de interpretação, ela fique adstrita a sua acepção restrita extensiva (FARIA; MARX NETO; FÉRES, 2018, p. 791).

Outra crítica relevante a essa teoria é a de que sua utilização para evitar um inimigo antigo, o mandado de segurança é no mínimo utilitarista. Seria defender que os fins justificam os meios, o que poderia acarretar um problema maior, qual seja, a insegurança jurídica (FARIA; MARX NETO; FÉRES, 2018, p. 792). A aplicação da teoria poderia acarretar o retorno do regime anterior do agravo de instrumento (FARIA; MARX NETO; FÉRES, 2018, p. 792).

Por fim, contrários a teoria defendem que com a aplicação da tese, corre-se o risco do rol das decisões agraváveis se esticar tanto a ponto de conferir um rol exemplificativo ao art.1.015, contrariando totalmente a vontade do legislador, de modo que não haveria interpretação, mas sim substituição do responsável pela criação das leis (FARIA; MARX NETO; FÉRES, 2018, p. 792).

Do estudo das teorias é possível perceber que não há consenso na doutrina, muito menos na jurisprudência acerca daquela que deve preponderar no sistema processual civil brasileiro o que pode comprometer alguns princípios do processo civil, em especial, o princípio da segurança jurídica que é expressamente previsto na Constituição.

Esse princípio é fundamental para assegurar a certeza, a aplicabilidade e a confiabilidade do direito e das garantias processuais, assim como a estabilidade e efetividade das situações jurídicas processuais (TAKOI, 2016, p.250). Como definição

desse princípio para aplicação no Processo Civil é imprescindível a elucidação do professor MARINONI:

[...] a segurança jurídica pode ser vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica – inclusive das decisões judiciais – e como previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta. É preciso que a ordem jurídica, e assim a lei e as decisões judiciais, tenham estabilidade. Mas a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu comportamento e ações. Trata-se, assim, não só de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e têm o dever de apreciá-lo, mas também imprescindível para que o sujeito possa definir o modo de ser da sua vida e das suas atividades (2018, p. 215).

A partir dessa definição é possível afirmar que a garantia desse princípio é primordial para o sistema de recorribilidade no processo civil, principalmente, no que diz respeito ao agravo de instrumento, pois o entendimento da natureza do rol das decisões agraváveis se faz necessário para que haja estabilidade das decisões e previsibilidade das consequências jurídicas das condutas realizadas pelas partes como a de interpor ou não o agravo de instrumento.

Para Sérgio TAKOI, a segurança jurídica no processo pode ser dividida em duas dimensões: a proteção da confiança e a observância da boa-fé. Ele ainda divide essas dimensões em seis sub-dimensões, das quais destaco a terceira: a confiança nas orientações jurisprudenciais (2016 p.251), que não é atendida pelo sistema de recorribilidade do agravo de instrumento, pois como foi demonstrado nesse trabalho, decisões com entendimentos diversos eram proferidas pelos tribunais, o que nos permite afirmar que sequer havia uma jurisprudência consolidada no que diz respeito a matéria e que tal situação pode acarretar um verdadeiro imbróglio no sistema recursal do processo civil.

É significativo destacar que o novo Código de Processo Civil apresenta um aprofundamento na fragmentação do processo decisório e que houve uma ampliação no conceito de decisão interlocutória (art.203, 2º), além de inúmeras questões que passaram a ter resolução de forma circunstancial (ROCHA, MIRANDA NETTO, 2018, p.103). Tudo isso colaborou para a maior relevância do recurso de agravo.

O protagonismo do agravo de instrumento fez surgir a necessidade de se buscar a pacificação do entendimento a respeito da natureza do agravo de instrumento, principalmente, porque a complexidade de muitas demandas e a evolução da sistemática

processual exigiu respostas para decisões que geram gravame imediato e não constam do rol do art. 1.015 do CPC.

Como as respostas para situações não agraváveis eram diversas no âmbito de Tribunais de Justiça, como também do próprio Superior Tribunal de Justiça, vislumbrou-se a necessidade de afetação do tema em sede de Recurso Especial repetitivo, para gerar uma compreensão que pudesse homogeneizar o entendimento e privilegiar a segurança jurídica.

4 RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N° 1.696.396/MT – STJ

O agravo de instrumento, como demonstrado nos dois capítulos anteriores, sempre foi objeto de muita discussão doutrinária e jurisprudencial. Com o novo Código de Processo Civil, as divergências se mantiveram, contudo, o que se busca atualmente é entender a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC de 2015, que prevê hipóteses de decisões interlocutórias impugnáveis por agravo na fase de conhecimento.

Nesse sentido, três teorias surgiram: i) rol absolutamente taxativo, de interpretação restritiva; ii) rol taxativo, mas que admite interpretação extensiva ou analógica; iii) rol meramente exemplificativo; as quais foram objeto de estudo no capítulo anterior.

Essas teorias buscavam encontrar a melhor interpretação para a natureza do artigo supracitado. Entretanto, a diversidade de teorias gerou decisões conflitantes, que foram sendo proferidas pelos tribunais, o que criou a necessidade de se pacificar o entendimento sobre o tema.

Diante desse cenário, o STJ afetou⁵ o Recurso Especial n° 1.696.396/MT, que versava sobre a admissão do agravo de instrumento em hipóteses não previstas no CPC, com o seguinte objetivo:

[...]definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a 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 legal (Resp. 1.696.396/MT).

Do julgamento do Recurso Especial repetitivo se criou uma nova tese para a natureza do rol do art.1.015/CPC, qual seja, a da “taxatividade mitigada”⁶, que utiliza parâmetros diferentes das teorias até então já utilizadas e traz repercussões ao sistema processual civil brasileiro, como será demonstrado.

⁵ A afetação do recurso ocorreu na forma do art. 1.036/CPC e seguintes.

⁶ Expressão cunhada pela Ministra Relatora no seu voto - Recurso Especial n° 1.696.396/MT

4.1 Síntese do Caso⁷

O Recurso Especial nº 1.696.396/MT juntamente com o Recurso Especial nº 1.704.520/MT foram selecionados como representativos da controvérsia, sendo ambos processados em conformidade com o rito próprio e específico, estabelecido pelos arts. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil.

A ação originária que gerou o Recurso Especial nº 1.696.396/MT referia-se a uma ação de reintegração de posse promovida por Alberto Zuzzi em face de Ivone da Silva que era a recorrente. No transcorrer do processo de conhecimento foram exaradas as seguintes decisões interlocutórias: (i) decisão que declinou da competência, em virtude da existência, na localidade, de vara especializada em direito agrário com competência para processar e julgar litígios envolvendo a posse de imóveis urbanos e rurais na comarca de Cuiabá/MT; (ii) decisão que rejeitou na vigência do Código de 73, a impugnação ao valor da causa, ofertada pela recorrente.

Nessa toada, foi interposto pela recorrente o agravo de instrumento o qual teve seu seguimento negado de forma monocrática. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJMT) por unanimidade negou o agravo interno também interposto. Ambos foram denegados sob o argumento de que as matérias impugnadas não encontravam amparo no rol taxativo das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento.

Mais tarde, a recorrente apresentou Recurso Especial alegando contrariedade aos arts. 1.015, II do CPC/15, 258, do CPC/73 e 14, da lei nº 11.340/2006. Em suma, os fundamentos utilizados foram no sentido de que as matérias das decisões interlocutórias – competência e valor da causa – são agraváveis por analogia ao art. 1.015, II do CPC, admitindo-se interpretação extensiva do artigo e que tais matérias não podem esperar preliminar de apelação, pois a demora poderia resultar em vícios propícios a anulação da ação desde a propositura.

O Superior Tribunal de Justiça por entender presente os requisitos formais para interposição do Recurso Especial deu seguimento ao recurso e por unanimidade

⁷ As informações desse tópico foram extraídas do relatório do Recurso Especial nº 1.696.396/MT e representam a síntese do caso paradigma que resultou na tese da “taxatividade mitigada”.

determinou a afetação do processo ao rito dos recursos repetitivos, sem suspensão do processamento dos recursos de agravo de instrumento que versavam sobre a matéria.

Nesse Recurso Especial., a União e a Defensoria Pública da União se manifestaram pela possibilidade de interpretação extensiva das hipóteses contidas no rol taxativo do art. 1.015, do CPC. Igualmente se posicionou o Ministério Público Federal ao se manifestar nos autos.

Devido à relevância do tema, alguns pedidos de ingresso na ação como *amicus curiae* aconteceram, tendo sido deferidos os pedidos do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO, e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP, os quais apresentaram argumentos favoráveis e contrários às interpretações dadas pelas teorias até então vigentes.

4.2 Tese da “Taxatividade Mitigada”

A tese da “taxatividade mitigada” desenvolvida no Recurso Especial em exame pela Ministra Relatora - Nancy Andrighi - no voto que se consagrou vencedor, inicia-se com a análise das correntes já existentes na doutrina e aplicada por vezes pelos tribunais, mas que segundo ela não são suficientes ou compatíveis com a interpretação que deve ser aplicada ao rol do art. 1.015/CPC.

De forma sucinta, o julgado defende que a tese do rol pretensamente exaustivo é insuficiente, porque como demonstra a majoritária doutrina e a jurisprudência há questões urgentes fora do art.1.015 do CPC que tornam inviável essa interpretação e incompatível com as normas fundamentais do processo civil (EMENTA, acórdão do Resp. nº 1.696.396/MT, 2018, p. 1).

A tese taxativa que admite interpretação extensiva ou analógica, por sua vez, também foi afastada por não permitir que se extraia do rol todas as hipóteses de urgência e pela possibilidade de desnaturação da essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos (EMENTA, acórdão do Resp. nº 1.696.396/MT, 2018, p. 2). Por fim, a utilização da tese exemplificativa não foi aceita, pois resultaria na reconstituição do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC de 73, mas foi substituído pelo legislador com o novo Código. Dessa forma o Judiciário estaria substituindo a vontade do legislador (EMENTA, acórdão do Resp. nº 1.696.396/MT, 2018, p. 1).

A Ministra Nancy pondera que a regra do art. 1.015 do CPC não pode ser interpretada de forma isolada e distante do sistema jurídico (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p 37). Destaca, ainda, que por ser matéria do ramo do direito público, o direito processual precisa ser lido e interpretado à luz do texto constitucional e que todas pessoas que se relacionem com o processo civil deverão interpreta-lo usando como base e ápice interpretativo suas normas fundamentais (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p 38).

Alega a Relatora que a exposição de motivos do anteprojeto do CPC de 2015 e os inúmeros posicionamentos manifestados pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal durante a tramitação do projeto de lei, demonstram que a intenção do legislador era a de restringir a utilização de recurso de agravo de instrumento e para isso adotou a técnica de enumerar questões que exigiam o imediato reexame pelo Tribunal (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p 38).

Apesar dessa reflexão, o voto pontua que a história do direito demonstra que um rol taxativo dificilmente conseguirá anunciar todas as hipóteses ligadas à sua razão de existir já que a realidade geralmente supera a ficção e a letra da lei acaba por se tornar morta por não alcançar o fim, o propósito da aplicação da lei, inicialmente, idealizada pelo legislador (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p 38).

Como argumento que corrobora com o entendimento mencionado, a Ministra cita o exemplo do CPC/39 que foi duramente criticado na doutrina por não conseguir prever situações de recorribilidade imediata que causavam danos imediatos as partes, as quais acabavam por demandar a anomalia do mando de segurança contra ato judicial (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p.39).

Não obstante, resta claro no voto da Ministra que a escolha política-legislativa foi a de limitar o cabimento do agravo de instrumento a situações que são desde logo recorríveis por não poder aguardar rediscussão em eventual recurso de apelação (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p. 40). Contudo, ela destaca o papel da Corte na interpretação do art.1.015, como resta evidente nesse trecho: “É tarefa desta Corte, pois, conferir à regra do art. 1.015 do CPC a interpretação que melhor se coaduna com a sua razão de existir e com as normas fundamentais insculpidas pelo próprio CPC” (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p. 40).

Ainda nesse sentido de a Corte interpretar o rol do art. 1.015 do CPC, o voto menciona que diversos são os exemplos de situações urgentes que não podem esperar o julgamento em preliminar de apelação, pois tornaria a tutela jurisdicional tardia e conseqüentemente inútil, entretanto, não constam do rol de decisões agraváveis de imediato, como por exemplo a decisão que indefere o pedido de segredo de justiça.

Outra decisão alegada no voto como nociva no sistema processual se não passível de recurso imediato é a relacionada à competência e nesse ponto a fundamentação destaca que até então, parcela significativa da doutrina defendia a aplicação da teoria taxativa com interpretação extensiva ou analógica, do art. 1.015, III, do CPC - “rejeição da alegação de convenção de arbitragem” - por serem as situações muito semelhantes, contudo, apesar de respeitar o posicionamento, a Relatora do Recurso Especial defende que o entendimento não deve prosperar, pois são situações ontologicamente diferentes, tendo em vista que no caso da arbitragem há uma abdicação da jurisdição estatal, enquanto a matéria de competência trata da organização interna da própria jurisdição estatal (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p. 46).

Para resolver o problema dessas decisões não previstas no rol do art. 1.015/CPC, mas que podem gerar gravame se não impugnada de imediato, a Ministra defende que deve ocorrer uma interpretação com base nas normas fundamentais do próprio CPC/15, especialmente, a urgência de reexame de questões sob pena de inutilidade dos atos processuais (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p. 47).

Nessa lógica, a proposta da Ministra Nancy Andrighi⁸ para interpretação do rol de decisões agraváveis afasta as três teorias construída pela doutrina e defende a tese da “taxatividade mitigada” que propõe o cabimento do agravo de instrumento para hipóteses fora do rol do art. 1.015 a partir do requisito “objetivo” da urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento diferido da apelação (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p. 48).

⁸ Acompanharam o voto da relatora os ministros: Napoleão Maia Nunes, Jorge Mussi, Luiz Felipe Salomão, Felix Fischer, Benedito Gonçalves e Raul Araujo.

4.3 Considerações e Críticas Acerca da Tese da “Taxatividade Mitigada”

O julgamento que resultou no surgimento da tese da “taxatividade mitigada” não foi unânime e para melhor entender as críticas acerca desse entendimento, primeiramente é necessário se atentar às considerações feitas pelos votos divergentes a essa teoria, como foram os da Ministra Thereza de Assis Moura, dos Ministros João Otávio de Noronha e Og Fernandes. A divergência foi acompanhada ainda pelos ministros Humberto Martins e Mauro Campbell Marques.

O primeiro voto divergente, o da Ministra Thereza, mostra preocupação com a análise da urgência de cada caso, para ela, abrir-se-ia um subjetivismo muito grande, pois cada julgador poderia entender de uma forma distinta o que é perigoso e frustra o propósito da uniformização que se busca pela sistemática do recurso representativo da controvérsia (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p. 70).

Argumenta a Ministra no seu voto discordante que apesar da percepção de que novas hipóteses não previstas no rol do art.1.015 poderia favorecer a prestação jurisdicional, não pode o Poder Judiciário assumir a tarefa de criar novas hipóteses ao rol de decisões interlocutórias, pois a escolha legislativa foi pelo *numerus clausus* (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p. 70).

O Ministro João Otávio Noronha, que também diverge da Ministra Relatora, compartilha da visão que não cabe ao Poder Judiciário criar novas hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Destaca que a opção legislativa se compatibiliza com a celeridade processual e impede a proliferação de recursos, conferindo, então, fluidez na prestação jurisdicional (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p. 82).

O entendimento do Ministro é o de que mesmo não discordando das críticas à opção restritiva do legislador, não pode o intérprete dar extensão à norma que não foi conferida pelo legislador, sendo necessário, então, a lei para criação de novas hipóteses (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p. 82).

Outro aspecto crítico acerca da tese da “taxatividade mitigada” é o de que a utilização dessa teoria prejudicaria o sistema de preclusão. Mas, antes de discorrer, propriamente, sobre a crítica, é necessário entender o que é preclusão e as suas dimensões para assim analisar o impacto da decisão no regime preclusivo.

Para entender a preclusão, nada melhor que analisar a etimologia, a origem da palavra que no caso está no latim, vindo de *praeclusio*, cuja tradução é fechar diante ou na cara, tapar, obstruir, tolher (RUBIN, 2017, p.98). No que diz respeito ao processo, a preclusão foi o método em que o legislador definiu a maneira de controlar o tempo na relação processual (AMENDOEIRA JR., 2012, p. 186).

Para DIDIER JR, a preclusão é a perda de uma situação jurídico-ativa processual, seja ela perda de poder processual pelas partes ou pelo juiz (2015, p.31). Humberto THEODORO JUNIOR, por sua vez, entende a preclusão como a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual por já se ter alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício (2015, p. 197).

No mesmo sentido, José Frederico MARQUES conceitua a preclusão como um fato impeditivo que garante o avanço gradativo da relação processual e obsta o recuo para fases que já ocorreram (1962, p. 374).

Fernando RUBIN já defendeu o instituto da preclusão como um princípio processual, conforme se verifica nessa passagem:

O instituto da preclusão também pode ser concebido como um verdadeiro princípio, ao passo que considerado não em si mesmo, mas no seu complexo, organizado em sistema dentro da estrutura processual, decorrente de uma evolução (processual) histórica, com vista ao direito e precípuo funcionamento desta estrutura, garantindo às partes uma solução razoavelmente rápida e coerente da causa posta (2014, p. 39).

Por esse entendimento, depreende-se que o instituto da preclusão é importante para a garantia da razoável duração do processo, seja na sua forma técnica ou principiológica. Ainda no que diz respeito à preclusão, essa pode ser classificada em três espécies, como discorre Giuseppe CHIOVENDA nessa passagem:

Entendo por preclusão a perda, ou a extinção, em consumação de uma faculdade processual que se sofre pelo fato: a) de não haver observado a ordem assinalada por lei para seu exercício, como os termos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções; b) ou de haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a apresentação de uma exceção incompatível com outra ou prática de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de haver já exercitado validamente uma vez a faculdade (1969, p.156).

Do exposto percebemos três formas de preclusão, a temporal, a lógica e a consumativa. Para a primeira delas, Scarpinella BUENO afirma que se trata da

impossibilidade da prática de algum ato processual em virtude do transcurso do lapso de tempo que a lei reserva para sua prática (2014, p.417). A segunda, conforme DIDIER JR. consistiria na perda da faculdade/poder processual pela prática anterior incompatível com o exercício da faculdade/poder processual (2015, p. 422). Por fim, a preclusão consumativa ocorre pelo fato do ato ter sido praticado dentro do prazo legal, não podendo ser repetido ainda que exista prazo restante (WAMBIER, 2002, p. 235).

A partir desses apontamentos é possível discorrer sobre a forma como a preclusão funciona no contexto da “taxatividade mitigada” e para isso é necessário lembrar que o novo CPC modificou substancialmente o regime de preclusão do processo. No que diz respeito ao agravo de instrumento, apenas precluem as decisões com conteúdo descrito nas hipóteses previstas no art. 1.015/CPC e que não tenham sido impugnadas por agravo de instrumento, ficando as demais questões imunes até o momento da prolação da sentença, ocasião em que no caso de não impugnação a matéria se torna indiscutível.⁹

Para a Ministra Nancy, a tese proposta não altera nenhuma espécie de preclusão, pois a temporal fica protegida, tendo em vista que o momento da impugnação – apelação ou contrarrazões – fica respeitada, já que a tese não propõe uma dilatação do prazo, mas uma antecipação em situação excepcional (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p. 52). A preclusão lógica, por sua vez, também não ocorre, pois, a decisão interlocutória fora da lista do art. 1.015 fica momentaneamente imune, porque só com uma conduta ativa e que preencha o requisito pode desestabilizar a questão (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p. 52).

Por fim, a Relatora defende que não há que se falar em preclusão consumativa porque o estado de inércia só será efetivamente rompido se a parte prejudicada além de interpor o recurso de agravo de instrumento, tiver o juízo positivo de admissibilidade pelo Tribunal (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p. 52). A Ministra sintetiza a questão da preclusão no que diz respeito a tese da taxatividade mitigada nessa passagem:

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 nesta hipótese a questão, quando decidida,

⁹ Entendimento extraído do art. 1.009 do CPC/15.

estará coberta pela preclusão (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p. 52).

Apesar de toda argumentação sustentada pela Ministra, a escolha dela recebe críticas, principalmente, no voto divergente do Ministro Og Fernandes. Para ele, caso fosse adotada a tese vencedora, todo regime de preclusão das interlocutórias ficará ao inteiro alvedrio da parte, isso porque no seu entender a tese abre brecha para cada Tribunal decidir conforme sua convicção, não cumprido o repetitivo a sua função paradigmática (VOTO, Resp. 1.696.396/MT, 2018, p.92).

Ainda nessa linha de preclusão, entende-se que a tese fixada é muito ampla a ponto de frustrar a pretensão de pacificar a uniformização da aplicação do direito pela sistemática do recurso representativo da controvérsia (LEAL, 2019, p.36), reforçando a ideia de insegurança jurídica que o método de afetação busca neutralizar.

Para Livia Leitão LEAL, a tese proporciona insegurança jurídica para a parte beneficiada pela decisão interlocutória, tendo em vista que, se a decisão não estiver elencada no art.1.015 do atual Código, tal parte ficará dependente do procedimento da parte contrária que poderá agravar de imediato se utilizando do critério da urgência ou esperar o momento oportuno para apelar (2019, p.35). “A parte se tornaria em um apostador num jogo em que as cartas são dadas pelo judiciário” (BECKER, 2019, p.244).

Lenio Luiz STRECK e Diego Crevelin de SOUSA, na linha defendida pela Ministra Relatora, afirmam que o rol taxativo do agravo de instrumento é uma péssima escolha legislativa e que há situações de risco de prejuízos como o inconveniente de uma demanda tramitar perante juízo incompetente ou ter o pedido de segredo de justiça analisado desde o início (2018, p.3). Todavia, entendem que não poder recorrer imediatamente sempre gera risco de retrabalho, mas esse foi um cálculo previsto pelo legislador e que tal escolha não padece de inconstitucionalidade em abstrato, inclusive as interlocutórias não são recorríveis em separado no processo do trabalho e nos juizados cíveis especiais e nem por isso a comunidade jurídica deixou de sobreviver (2018, p.3).

Para eles, situações extremas deveriam ser resolvidas com mandado de segurança, se previstos os pressupostos, pois indagam que se mau é a utilização desse remédio, ruim também não seria a ampliação discricionária das hipóteses de agravo de instrumento (2018, p.3).

Para o jurista Lenio STRECK, o STJ não pode exceder a vontade do legislador, pois a competência de legislar continua sendo do Congresso e a subversão ao direito positivo dificultaria o exercício da profissão de advogado, já que não é possível prever o que pode vir da caneta do magistrado (2018, p.4). Por fim, registra sua crítica no sentido de que a mitigação de uma taxatividade implica na não taxatividade, pois nas suas palavras uma pedra não pode ser dura e mole ao mesmo tempo (2018, p.4).

Superada essas críticas, pode se afirmar que algumas matérias parecem se sedimentar com a aplicação da tese da “taxatividade mitigada”, como é o caso da matéria envolvendo competência, que já foi apreciada pelas segunda e quarta Turmas do STJ após o julgamento do Recurso Especial repetitivo, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. URGÊNCIA DECORRENTE DA INUTILIDADE DO JULGAMENTO DA QUESTÃO NO RECURSO DE APELAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM DESFAVOR DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA RELACIONADA A COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE. 1. Nos termos da tese consolidada nos Recursos Especiais 1.704.520/MT e 1.696.396/MT, julgados sob o rito dos recursos repetitivos, o rol do art. 1.015 do CPC/2015 "é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação". 2. O Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que a decisão interlocutória sobre competência pode desafiar a interposição de Agravo de Instrumento.3. Recurso Especial provido. (REsp 1814355/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 05/09/2019)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE EXAMINA COMPETÊNCIA. CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 1.015 DO CPC/2015 CONFIGURADA. TAXATIVIDADE MITIGADA. TEMA REPETITIVO N. 998. AGRAVO PROVIDO. 1. Tema Repetitivo n. 998: "O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação" (REsp 1.696.396/MT, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Corte Especial, DJe de 19/12/2018). 2. A jurisprudência desta Corte firmou-se pelo cabimento do agravo de instrumento contra decisão interlocutória que define competência. 3. Agravo interno provido para reconsiderar a decisão agravada e, em novo exame, dar provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para prosseguir no julgamento do agravo de instrumento, como entender de direito. (AgInt no REsp 1798628/PR, Rel. Ministro RAUL

ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 04/09/2019)

Apesar da aparente pacificação do cabimento do agravo de instrumento no que diz respeito à matéria de competência, não se pode afirmar que a teoria resolveu divergências em relação a outras matérias, como é o caso dos honorários periciais. Sobre o ponto, ainda há decisões com entendimentos divergentes, a exemplo da divergência entre o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás: Confere-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA (LIGHT) EM FACE DA FAZENDA RÉ, ORA AGRAVANTE. DECISÃO DO JUÍZO DE ORIGEM QUE ACOLHEU EM PARTE A IMPUGNAÇÃO, HOMOLOGANDO OS HONORÁRIOS PERICIAIS EM SEIS MIL REAIS. RECURSO DA PARTE RÉ, VISANDO À SUBSTITUIÇÃO DO EXPERT (DA CAPITAL) POR OUTRO QUE SEJA DO LOCAL ONDE SERÁ REALIZADA A PERÍCIA, BEM COMO A REDUÇÃO DO REFERIDO VALOR PARA R\$2.500,00. E, CASO NÃO ACEITE O PERITO, PEDE A SUBSTITUIÇÃO POR OUTRO QUE ACEITE O ENCARGO NESSAS CONDIÇÕES. AGRAVO QUE NÃO MERECE PROSPERAR, EIS QUE O DECISUM NÃO É PASSÍVEL DE RECURSO POR SE ENCONTRAR FORA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. DECISÃO QUE NÃO TRAZ A URGÊNCIA NECESSÁRIA PARA MITIGAR A TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES ELENCADAS NO REFERIDO ARTIGO 1015 DO CPC/15, NÃO SE ENQUADRANDO, PORTANTO, NA EXCEÇÃO ADMITIDA PELO STJ EM RECENTE JULGADO. DECISÃO QUE ESTÁ A SALVO DE PRECLUSÃO PODENDO SER POSTERIORMENTE IMPUGNADA EM PRELIMINAR DE APELAÇÃO OU CONTRARRAZÃO. RECURSO QUE NÃO SE CONHECE, NA FORMA DO ART. 932, INC. III, DO CPC/15. (TJ-RJ - AI: 006594-64.2019.8.19.0000, Relator: CINTIA SANTARÉM CARDINALI, Data de Julgamento: 12/02/2019, VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: DJ de 14/02/2019)

Confere-se, ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE VÍCIO REDIBITÓRIO C/C PERDAS E DANOS. RECURSO SECUNDUM EVENTUM LITIS. HOMOLOGAÇÃO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. EXORBITÂNCIA NO VALOR. ADEQUAÇÃO 1. A prova pericial destina-se à elucidação do objeto da contenda devendo o arbitramento de honorários periciais atentar-se à complexidade dos serviços a serem realizados, labor e tempo necessário à elaboração do laudo, valor da causa e disponibilidade financeira das partes, bem como sopesar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 2. Verificada discrepância entre o quantum estabelecido pelo juiz e a realidade factual, impõe-se sua minoração, o que não significa desvalorização do trabalho do expert, mas dos honorários à realidade econômica atual em todas as áreas profissionais. 4. Agravo de Instrumento conhecido e provido. (TJ-GO - AI: 05805828620188090000, Relator: DORACI LAMAR ROSA DA

SILVA ANDRADE, Data de Julgamento: 03/09/2019, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 03/09/2019)

Tal matéria, assim como outros temas, muito provavelmente, terão que ser decididos pelo Superior Tribunal de Justiça, pois apesar de ser defendida pela Ministra como um critério objetivo, a urgência¹⁰ já tem sido entendida segundo o subjetivismo de cada julgador, o que propicia decisões divergentes sobre o mesmo tema entre Tribunais ou até mesmo entre órgãos de um mesmo Tribunal.

4.4 Decisões Pós Tese da “Taxatividade Mitigada”

A decisão que resultou na teoria da “taxatividade mitigada” não foi a última que tratou da matéria de agravo de instrumento, mais especificamente sobre a possibilidade de cabimento do agravo de instrumento em situações não previstas no art. 1.015 do Código de Processo Civil. Desde o julgamento do Recurso Especial repetitivo em dezembro de 2018, as Turmas do STJ examinaram novas hipóteses de cabimento, como será observado a seguir.

No Recurso Especial nº 1.738.756/MG, a Terceira Turma do STJ entendeu pela possibilidade da interposição do agravo de instrumento contra decisão que afasta a alegação de prescrição. A Turma acordou que apesar da hipótese não estar expressamente prevista no rol do art.1.015 do CPC, a questão quando decidida em decisão interlocutória, trata de resolução do mérito e se encaixa então no art. 1.015, II. Segue o Julgado:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE REJEITA A ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO ARGUIDA PELO RÉU. RECORRIBILIDADE IMEDIATA POR AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSIBILIDADE. CABIMENTO DO RECURSO COM BASE NO ART. 1.015, II, DO CPC/2015. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. QUESTÕES DE MÉRITO, SEJA NO ACOLHIMENTO, SEJA NA REJEIÇÃO. 1- Ação proposta em 27/10/2007. Recurso especial interposto em 26/09/2017 e atribuído à Relatora em 08/05/2018. 2- O propósito recursal consiste em definir se a decisão interlocutória que afasta a alegação de prescrição é recorrível, de imediato, por meio de agravo de instrumento interposto com fundamento no art. 1.015, II, do CPC/2015. 3- O CPC/2015 colocou fim às discussões que existiam no CPC/73 acerca da existência de conteúdo meritório nas decisões que afastam a alegação de prescrição e de decadência, estabelecendo o art. 487, II, do novo Código, que haverá resolução de mérito quando se decidir sobre a ocorrência da prescrição ou da decadência, o que abrange tanto o reconhecimento, quanto a rejeição da alegação. 4- Embora a ocorrência ou não da prescrição ou da decadência possam ser apreciadas somente na

¹⁰ Recurso Especial repetitivo nº 1696.396/MT, p. 51

sentença, não há óbice para que essas questões sejam examinadas por intermédio de decisões interlocutórias, hipótese em que caberá agravo de instrumento com base no art. 1.015, II, do CPC/2015, sob pena de formação de coisa julgada material sobre a questão. Precedente. 5- Provido o recurso especial pela violação à lei federal, fica prejudicado o exame da questão sob a ótica da divergência jurisprudencial. 6- Recurso especial conhecido e provido. (Resp. 1.738.756/MG, Rel.

Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 15/03/2019)

Em outra decisão, a Terceira Turma do STJ autorizou o cabimento do agravo de instrumento contra decisões que versem sobre tutela provisória sem a limitação do recurso à decisão que defere ou indefere o pedido, mas ampliando a situações que revogam, alteram, determinam prazo ou forma de cumprimento da tutela. Foi o decidido no Recurso Especial nº 1.738.756/MG:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONCEITO DE “DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE VERSA SOBRE TUTELA PROVISÓRIA” PARA FINS DE RECORRIBILIDADE IMEDIATA COM BASE NO ART. 1.015, I, DO CPC/15. ABRANGÊNCIA. CONCEITO QUE COMPREENDE O EXAME DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES, A DISCIPLINA SOBRE O MODO E PRAZO PARA CUMPRIMENTO, A ADEQUAÇÃO DAS TÉCNICAS DE EFETIVAÇÃO E A NECESSIDADE OU A DISPENSA DE GARANTIAS. EXTENSÃO PARA A HIPÓTESE EM QUE SE IMPÕE AO BENEFICIÁRIO O DEVER DE ARCAR COM AS DESPESAS DE ESTADIA DO BEM IMÓVEL EM PÁTIO DE TERCEIRO. IMPOSSIBILIDADE. 1- Ação proposta em 18/02/2014. Recurso especial interposto em 27/11/2017 e atribuído à Relatora em 13/07/2018. 2- O propósito recursal é definir se o conceito de “decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas provisórias”, previsto no art. 1.015, I, do CPC/15, abrange também a decisão interlocutória que impõe ao credor fiduciário o dever de arcar com as despesas relacionadas ao depósito do bem em pátio de terceiro. 3- O conceito de “decisão interlocutória que versa sobre tutela provisória” abrange as decisões que examinam a presença ou não dos pressupostos que justificam o deferimento, indeferimento, revogação ou alteração da tutela provisória e, também, as decisões que dizem respeito ao prazo e ao modo de cumprimento da tutela, a adequação, suficiência, proporcionalidade ou razoabilidade da técnica de efetiva da tutela provisória e, ainda, a necessidade ou dispensa de garantias para a concessão, revogação ou alteração da tutela provisória. 4- Na hipótese, a decisão interlocutória que impõe ao beneficiário o dever de arcar com as despesas da estadia do bem móvel objeto da apreensão em pátio de terceiro não se relaciona de forma indissociável com a tutela provisória, mas, sim, diz respeito a aspectos externos e dissociados do conceito elementar desse instituto, relacionando-se com a executoriedade, operacionalização ou implementação fática da medida. 5- Recurso especial conhecido e desprovido (Resp. 1.752.049/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 15/03/2019).

Nessa decisão, a Ministra Relatora entendeu que apesar de algumas questões não estarem enquadradas no conceito nuclear de tutela provisória, estão umbilicalmente associadas aos provimentos jurisdicionais de urgência e de evidência, podendo, de forma não rara ser tão ou mais gravosas do que a própria tutela provisória (VOTO, Resp. 1.738.756/MG, p. 7). Em síntese defende que o art.1.015, I do CPC deve ser lido e interpretado como uma cláusula de cabimento de amplo aspecto, permitindo, então, a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias que digam respeito não só ao núcleo essencial da tutela provisória, mas também que se refiram aos aspectos acessórios que estão umbilicalmente vinculados a ela (VOTO, Resp. 1.738.756/MG, p 8,9).

Apesar desses entendimentos, digamos ampliativos, há decisões que restringem a interpretação do dispositivo do artigo 1.015, como a proferida no Recurso Especial nº 1.724.453/SP, que decidiu pelo cabimento da interposição do agravo de instrumento contra a decisão que determina a exclusão de litisconsorte como previsto no inciso VII do art. 1.015 do CPC, mas não contra aquela que indefere o pedido de exclusão da parte. Segue o julgado:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA E REPARAÇÃO DE DANOS. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONCEITO DE “DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE VERSA SOBRE EXCLUSÃO DE LITISCONSORTE” PARA FINS DE RECORRIBILIDADE IMEDIATA COM BASE NO ART. 1.015, VII, DO CPC/15. ABRANGÊNCIA. REGRA DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE SE LIMITA ÀS HIPÓTESES EM QUE A DECISÃO INTERLOCUTÓRIA ACOLHE O REQUERIMENTO DE EXCLUSÃO DO LITISCONSORTE, TENDO EM VISTA O RISCO DE INVALIDADE DA SENTENÇA PROFERIDA SEM A INTEGRAÇÃO DO POLO PASSIVO. REJEIÇÃO DO REQUERIMENTO QUE, POR SUA VEZ, DEVE SER IMPUGNADO APENAS EM APELAÇÃO OU CONTRARRAZÕES. 1- Ação proposta em 03/11/2014. Recurso especial interposto em 26/06/2017 e atribuído à Relatora em 23/04/2018. 2- O propósito recursal é definir se o conceito de “decisões interlocutórias que versarem sobre exclusão de litisconsorte”, previsto no art. 1.015, VII, do CPC/15, abrange somente a decisão que determina a exclusão do litisconsorte ou se abrange também a decisão que indefere o pedido de exclusão. [...] 4- A decisão interlocutória que rejeita excluir o litisconsorte, mantendo no processo a parte alegadamente ilegítima, todavia, não é capaz de tornar nula ou ineficaz a sentença de mérito, podendo a questão ser reexaminada, sem grande prejuízo, por ocasião do julgamento do recurso de apelação. 5- Por mais que o conceito de “versar sobre” previsto no art. 1.015, caput, do CPC/15 seja abrangente, não se pode incluir no cabimento do agravo de instrumento uma hipótese ontologicamente distinta daquela expressamente prevista pelo legislador, especialmente quando a distinção está teoricamente justificada pelas diferentes consequências jurídicas causadas pela

decisão que exclui o litisconsorte e pela decisão que rejeita excluir o litisconsorte. 6- A questão relacionada ao dissenso jurisprudencial fica prejudicada diante da fundamentação que rejeita as razões de decidir adotadas pelos paradigmas. 7- Recurso especial conhecido e desprovido (Resp.1.724.453/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 22/03/2019).

Nesse julgamento, entre os argumentos utilizados pela Relatora para defender o não cabimento do agravo de instrumento na hipótese de indeferimento de exclusão de litisconsorte, encontra-se na vontade do legislador:

[...]quando quis, o CPC/15 expressamente estabeleceu o cabimento recursal para a hipótese de acolhimento e de rejeição do requerimento da parte, como se verifica, por exemplo, no art. 1.015, IX, que expressamente prevê a recorribilidade imediata da decisão interlocutória que versar sobre a admissão e também sobre a inadmissão de intervenção de terceiros (VOTO, Resp. 1.724.453/SP, p. 9 – 10).

Essa decisão, assim como as demais citadas,¹¹ são pertinentes para reforçar o quanto os fundamentos para defender ou não a interposição imediata do agravo de instrumento são diversos e acabam se adaptando às situações que vão surgindo. É bem verdade que decisões de Turma dos Tribunais não podem ser tomadas como o entendimento do Tribunal como um todo, contudo, sem dúvida, permitem a abertura para surgimento de novas jurisprudências e corroboram com a compreensão de que a aplicação do recurso de agravo de instrumento está em constante construção.

¹¹ Destaca-se que nos três Recursos Especiais Citados n°s 1.738.756/MG, 1.752.049/PR e 1.724.453/SP os ministros que compõem a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça - Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro seguiram o entendimento da Relatora.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo Código de Processo Civil, comparado ao Código anterior, sofreu notória alteração no que diz respeito ao sistema de recorribilidade de decisões interlocutórias. Nesse cenário de alterações, o agravo de instrumento, salvo algumas hipóteses legais, passou a servir como forma de impugnação apenas de decisões interlocutórias expressamente previstas no artigo 1.015 do CPC.

Com essa alteração, iniciou-se a discussão para tentar entender a natureza do rol estabelecido no artigo. Em outras palavras, qual seria a intenção do legislador ao elencar decisões que poderiam ser impugnadas de imediato. Diante dessa indagação, a doutrina e a jurisprudência formaram possibilidades interpretativas, que permitiram o surgimento de pelo menos três correntes doutrinárias para explicar a natureza do rol do art.1.015 do Código.

A pluralidade de interpretações gerou um contexto de insegurança jurídica, tendo em vista que as três teorias – rol taxativo restritivo, rol exemplificativo e rol taxativo que admite interpretação extensiva ou analógica – tornaram-se respostas possíveis para uma mesma situação jurídica.

Na tentativa de resolver o impasse quanto a natureza do art.1.015 do CPC, o Superior Tribunal de Justiça afetou um Recurso Especial na forma do art. 1.036 e seguintes, do CPC, para pacificar o tema. Daí surgiu uma nova teoria, qual seja, a da “taxatividade mitigada”, que definiu o critério da urgência para o cabimento do recurso em situações não previstas no rol do art.1.015 do Código.

Com esse contexto, o presente trabalho apresentou um panorama de todo o desenvolvimento do agravo de instrumento, desde o seu surgimento até a atual decisão do STJ para analisar como questões problemáticas, a exemplo do regime de preclusão, vontade do legislador e a própria segurança jurídica, se desenrolaram.

Nesse sentido, a partir da pesquisa é possível chegar a algumas conclusões, sendo a primeira delas, a de que a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que criou a teoria da “taxatividade mitigada”, não pacificou o tema. Pelo menos não em termos práticos, pois o critério da urgência utilizado para permitir o cabimento do recurso nos casos não previstos no rol do artigo 1.015 não se mostra tão objetivo como informado

pela Ministra Relatora no seu voto. Afinal, o único parâmetro de urgência estabelecido foi a inutilidade decorrente do julgamento da questão no recurso de apelação.

O fato de não se estabelecer um critério mais objetivo para o cabimento do agravo de instrumento importa na possibilidade do subjetivismo de cada julgador para definir hipóteses de urgência. Com isso retornamos ao estado anterior, em que decisões chegavam recorrentemente ao Superior Tribunal de Justiça para se definir qual teoria devia se aplicar aos casos em que não se podia aguardar a preliminar de apelação.

É cedo para afirmar categoricamente que situações diversas vão chegar no STJ para se definir se o caso é ou não de urgência, até porque a “teoria da taxatividade mitigada” é de dezembro de 2018, contudo, decisões destoantes dos Tribunais de Justiça no que diz respeito a urgência em matérias como, por exemplo, a definição de honorários periciais já sinalizam que a situação está muito próxima de eclodir no Superior Tribunal de Justiça.

No que diz respeito ao regime de preclusão, a decisão é didática ao afirmar que nos casos em que não se vislumbrar a urgência não haverá preclusão, em outras palavras, se uma pessoa alegar o cabimento do recurso de agravo com base na urgência, mas esse não for recebido pelo Tribunal por não entender pela a urgência, fica garantido o direito da parte de impugnar a decisão interlocutória em preliminar de apelação ou contrarrazão. Ocorre que nesse cenário, a escolha do regime de preclusão fica, de certa forma, por conta do interesse da parte, tolhendo a competência do próprio Tribunal para se pronunciar sobre esse ponto, pois ainda que reiteradas decisões afirmem que determinado caso seja de urgência, não pode o Tribunal declarar a preclusão pela não interposição do agravo de instrumento.

Conclui-se também que a decisão do STJ não condiz com a vontade do legislador e tal alegação é reforçada com o entendimento dos próprios julgadores do caso que afirmaram ser o rol do art.1.015 do CPC de natureza taxativa. Contudo, para a maioria formada é necessário que a Corte interprete tal dispositivo para sua melhor aplicação à realidade processual. Acontece que as tentativas de interpretação até então criadas, inclusive, a tese da “taxatividade mitigada” não tem conseguido pacificar a matéria e muito menos resolver os problemas jurídicos aqui listado.

Verdade é que o legislador do Código de Processo Civil de 2015 não conseguiria prever todas as hipóteses em que a interposição do agravo de instrumento se mostra imprescindível e prova disso foi o Código de Processo Civil de 1939 que ao estabelecer as decisões que poderiam ser impugnadas por agravo de instrumento passou por graves problemas como o uso anômalo do mandado de segurança. Por sua vez, a experiência do Código de 1973 que permitia o agravo de instrumento contra toda decisão interlocutória também não restou frutífera, afinal os tribunais se abarrotaram de agravos para julgamento, o que afetou diretamente sua funcionalidade e a celeridade processual.

Com isso, observando as teorias até então criadas e até mesmo as decisões dos Tribunais de Justiça e do próprio STJ, uma possível solução para os problemas envolvendo o agravo de instrumento seria uma interpretação que previsse de forma objetiva ou até mesmo elencasse situações em que a prática processual já demonstrou ser imprescindível interposição do agravo de instrumento, como por exemplo, as matérias envolvendo competência e segredo de justiça. Obviamente, mais uma vez não seria possível prever todas as situações necessárias, mas pelo menos se respeitaria em maior medida a vontade do legislador, que apesar de imperfeita, precisa ser respeitada sob pena de acarretar um cenário de surgimento constante de novas hipóteses de agravo de instrumento gerando o retorno ao estado de abarrotamento de agravos nos tribunais e ao contexto de total instabilidade processual e insegurança jurídica.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Manual de Direito Processual Civil*, vol.1. 2ª Ed. Saraiva, São Paulo. 2012, p. 186.
- ALVIN, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol 1. 9ª. Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 461.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, p.455-56.
- BECKER, Rodrigo Frantz. O rol taxativo (?) das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento in *Publicações da Escola da AGU nº 04*. Brasília: EAGU, out./dez. 2017, p. 237/252.
- BUZAID, Alfredo. *Do Agravo de Petição no Sistema do código de Processo Civil*. 2ºed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 34-39, 47-48, 69.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 1. 8ª Ed. Saraiva, 2014. p. 417.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *O novo recurso de agravo*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 11.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições e Direito Processual Civil*. Vol. III. 3a Ed. São Paulo. Saraiva, 1969. p. 156.
- CORDEIRO de Faria, Juliana; MARX NETO, Edgard Audomar; FÉRES Andrade, Marcelo. *Introdução: dois anos de vigência do cpc/2015 e as polêmicas em torno do agravo de instrumento*. Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior organização Edgard Audomar Marx Neto. et al. Rio de Janeiro. Ed. Forense 2018 p.776-777.
- CORDEIRO de Faria, Juliana; MARX NETO, Edgard Audomar; FÉRES Andrade, Marcelo. *Breve panorama da história evolutiva do agravo de instrumento e os modelos de recorribilidade das interlocutórias*. Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior organização Edgard Audomar Marx Neto. et al. Rio de Janeiro. Ed. Forense 2018, p.778-781.
- CORDEIRO de Faria, Juliana; MARX NETO, Edgard Audomar; FÉRES Andrade, Marcelo. *Decisão interlocutória e sua (ir)recorribilidade imediata e em separado: a ruptura do sistema de preclusão no cpc/2015*. Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior organização Edgard Audomar Marx Neto. et al. Rio de Janeiro. Ed. Forense 2018, p. 782-783.
- CORDEIRO de Faria, Juliana; MARX NETO, Edgard Audomar; FÉRES Andrade, Marcelo. *Nova sistemática de recorribilidade e o resgate de uma anacrônica solução: o mandado de segurança contra decisões interlocutórias não incluídas no rol do art. 1.015*. Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior organização Edgard Audomar Marx Neto. et al. Rio de Janeiro. Ed. Forense 2018, p.784.
- CORDEIRO de Faria, Juliana; MARX NETO, Edgard Audomar; FÉRES Andrade, Marcelo. *A tentativa de se combater o anacronismo: Possíveis Soluções?*. homenagem aos 80

anos do professor Theodoro Júnior organização Edgard Audomar Marx Neto. et al. Rio de Janeiro. Ed. Forense 2018, p.785 – 792.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A evolução do agravo de instrumento: justificativa e consequências da atual sistemática. *Revista de Processo*. vol. 288. ano 44. São Paulo. Ed. RT, fevereiro 2019, p. 235-250.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 976 ao 1044 v. 16*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *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. Ed. JusPodivm, 2016. p.201-205, 211-212.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 31.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19º ed. São Paulo. Ed. Editora: Atlas 2016, p.1482 - 1483

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*. Vol. 42, nº 263. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2017, pp. 193/203.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. *Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2017. p. 1070.

Leal, Livia Leitão. A natureza do rol de cabimento do recurso de agravo de instrumento e o RESP 1.696.396/MT. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 69, n. 501, p. 21-40, jul. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*: Revista dos Tribunais; Edição: 1ª, Nova Edição 15 de junho de 2015, p. 946

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 374.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 2017. p. 250.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. livro eletrônico. 3º Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.1215.

MICHELLI, Rosa; VITORINO, WILLIAM, Rosa Miranda. A crise jurídico-autopoiética do rol de decisões agraváveis no decurso do tempo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 27, n. 106, p. 229-250, abr./jun. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, Vol. V; arts. 476ª 565/ José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2010, p. 485-487, 496.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo Código de Processo Civil: alterações substanciais*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 111.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.2.232.

NORONHA, Carlos Silveira. *Do agravo de instrumento*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.p. 14.

PESGRAVE, Ana Beatriz, O Problema do Rol Taxativo do 1015: Há uma Solução no CPC? In *Portal JusBrasil*, 22/05/2017. Acesso em 1/10/2019.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*. Rio de Janeiro. Forense, 1975. p.271, t. VII. p. 18.

PUGLIESE, William Soares. Resp 1704520/MT – UMA ANÁLISE DA DECISÃO SOBRE O ROL TAXATIVO MITIGADO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. *Revista. Bras. Dir. Proc. RBDPro*. Belo Horizonte, ano 26, n. 101, p. 99-123, jan./mar. 2018.

REICHELTL, Luis Alberto. Sistemática recursal, direito ao processo justo e o novo Código de Processo Civil: os desafios deixados pelo legislador ao intérprete. *Revista de Processo*, v. 244, jun. 2015, p. 15-30.

ROCHA, Felipe Borring; MIRANDA NETO, Fernando Gama. A recorribilidade das decisões interlocutórias sobre direito probatório. *Revista Brasileira de Direito Processual nº 101*, Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2018, p. 99/123.

RUBIN, Fernando. O tema 988 do STJ e o rol do artigo 1.015 do CPC/2015: preclusão das matérias relacionadas à taxatividade mitigada em caso de não apresentação imediata de agravo de instrumento. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 15, n. 90, maio/jun. 2019, p. 81-90.

RUBIN, Fernando. *A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 39.

RUBIN, Fernando. A prevalência da segurança jurídica no âmbito do processo justo: possibilidade de mitigação da preclusão em favor do direito fundamental à prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 3. Setembro a Dezembro de 2017 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. pp. 94-121.

SAID FILHO, Fernando Fortes. Breves considerações acerca dos recursos no novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 94, p. 91-110, abr./jun. 2016.

SANCHES JUNIOR, Antonio Roberto; COUTINHO, de Carvalho Erick. *O cabimento do Agravo de Instrumento no novo CPC. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. v.13. Coordenação, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.18-44.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Recorribilidade das interlocutórias e sistemas de preclusões no novo CPC – primeiras impressões. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 65*, Porto Alegre: Magister, mar./abr. 2015, p. 22/66.

STRECK, Lenio Luiz; SOUSA, Diego Crevelin de. No STJ, taxatividade não é taxatividade? Qual é o limite da linguagem?. *Portal Conjur*, 07/08/2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-ago-07/stj-taxatividade-nao-taxativa-qual-limite-linguagem#_ftnref8. Acesso em 1/10/2019.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.078.175/RO, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 16/4/2013, 6º Turma, Data de publicação: DJe 26/4/2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>: Acesso em: 20/10/2019

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº: 1679909 RS, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 14/11/2017, 4º Turma, Data de Publicação: DJe 01/02/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>: Acesso em: 20/10/2019.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.700.308/PB, Relator Ministro. Herman Benjamin 2ª Turma, DJe 23/05/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>: Acesso em: 20/10/2019.

Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.738.756/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 15/03/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>: Acesso em: 20/10/2019.

Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.752.049/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 15/03/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>: Acesso em: 20/10/2019.

Superior Tribunal de Justiça. AgRg no MS 18.995/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2013, DJe 23/09/2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>: Acesso em: 20/10/2019.

TAKOI, Sérgio Massaru. O princípio da segurança jurídica no processo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 94, p. 249-262, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1022, 1.051, 1052.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Um novo Código de Processo Civil para o Brasil*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 7, n. 37, p. 86-97, jul./ago. 2010.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Barracho. Recursos no Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, 2018, nº38, p.365-393.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1116814, 07068650220188070000, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 15/8/2018, publicado no DJE: 20/8/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj> Acesso em: 19/10/2019

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1123623, 07047630720188070000, Relator: SIMONE LUCINDO, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 12/9/2018, publicado no DJE: 4/10/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj> Acesso em: 19/10/2019.

Tribunal de Justiça do Estado Goiás. AI: 05805828620188090000, Relator: DORACI LAMAR ROSA DA SILVA ANDRADE, Data de Julgamento: 03/09/2019, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 03/09/2019. Disponível em: Acesso em:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI: 006594-64.2019.8.19.0000, Relator: CINTIA SANTARÉM CARDINALI, Data de Julgamento: 12/02/2019, VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: DJ de 14/02/2019. Disponível em:

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040E812335DFD7AB94323D3D266DD2EA7BC50955172819> Acesso em: 10/11/2019.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento. *Portal Conjur*, 18/07/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-18/paradoxo-corte-ampliacao-cabimento-recurso-deagravo-instrumento>. Acesso realizado em 1/10/2019.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de História do processo civil lusitano*. José Rogério Cruz e Tucci, Luiz Carlos de Azevedo; prefácio Rui Miguel de Figueiredo Marcos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.257-258.

VANIN, Almeida, Guilherme de. Aspectos Processuais Polêmicos do Agravo de instrumento. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 103-125, maio/jun. 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. Ed. rev. Atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 31-37, 46, 59-61.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. Vol. I 5a Ed. Revista dos Tribunais, 2002. São Paulo. p. 235.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017 p. 1562-1566.

YOSHIKAWA OLIVEIRA, Eduardo Henrique de. *Prometeu (Re)Acorrentado: A recorribilidade em separado das Decisões interlocutórias do CPC/39 ao CPC/2015. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, v.13/ coordenação, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.158-197.