

PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE MITIGADA: UMA ANÁLISE SOBRE AS HIPÓTESES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO A LUZ DAS RECENTES DECISÕES DO STJ

Matheus Lopes Lima¹

Resumo: O novo Código de Processo Civil elencou possibilidades de aplicação do agravo de instrumento, entretanto, a doutrina e a jurisprudência apresentaram uma extensão na interpretação do cabimento recursal, entendendo pela utilização de mandado de segurança como medida alternativa. O presente trabalho analisa as possibilidades interpretativas para o rol do artigo 1.015 do CPC e possíveis soluções para a problemática referente a sua aplicação.

Palavras-Chave: Agravo de Instrumento; rol taxativo; interpretação extensiva; mandado de segurança;

Abstract: The New Civil Process Code has list possibilities of application of bill of review, however, the doctrine and the jurisprudence presented an extension in interpretation of acceptance of appeal, understanding by using of writ of security as an alternative measure. This article analysed the interpretative possibilities to clipping 1.015 of CPC and possible solutions to the problematic of your's application.

Key-Words: Bill of Review; rol taxativo; Extensive Interpretation; Writ of Security;

1. Introdução

O Código de Processo Civil de 1973 em sua redação conceitual trazia agravo de instrumento como meio impugnativo das decisões interlocutórias, entretanto, em sua formalização o mesmo ocorria a requerimento da parte e o recurso ficava retido nos autos para apreciação junto com a eventual apelação. Devido a retenção do recurso passou a denominar de agravo retido, sendo este uma espécie de agravo de instrumento.

¹ Bacharelado em Direito na Rede de Ensino Doctum de Juiz de Fora - MG

O agravo interno passou a ser denominado apenas “agravo”, conforme alteração promovida pela lei 9.139/95, sendo processado da forma de retido ou de instrumento. A principal alteração ficou por conta da alteração procedimental que passou a adotar a via instrumental, sendo endereçado diretamente ao tribunal.

A principal característica do agravo de acordo com o CPC de 73 era a ausência de um rol taxativo que delimitava o seu uso. Ante a tal ausência o excesso de uso do agravo de instrumento acabava por embaraçar o processamento e julgamento dos demais recursos.

O novo Código de Processo Civil trouxe em sua sistemática recursal apresentou um rol de cabimentos com o intuito de sanar os problemas encontrados pelo antigo diploma normativo. Entretanto, esse norteador incidiu em consequências práticas que instigaram a doutrina e alcançaram os tribunais.

Dentre as consequências das alterações legislativas é possível se deparar com conflitos entre a norma processual e desrespeitos a princípios constitucionais.

No presente trabalho analisaremos o atual o cenário do agravo de instrumento no ordenamento jurídico, bem como a sua aplicabilidade e o posicionamento do STJ em relação ao seu cabimento.

A doutrina apresenta quatro possíveis soluções para as controversas que envolvem o agravo de instrumento, estudaremos todos os posicionamentos adotados e suas consequências na sistemática processual.

Por fim, concluiremos pelo melhor caminho juridicamente efetivo para o processo respeitando os princípios norteadores.

2. O Agravo de Instrumento no ordenamento jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro é garantido as partes por meio dos recursos expressos em lei o duplo grau de apreciação das decisões. Assim, podemos definir o recurso

“como o meio ou remédio impugnativo apto para provocar, dentro da relação processual ainda em curso, o reexame de decisão judicial, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter-lhe a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração” (TEODORO, 2017, p.1.011).

Dentre os recursos defesos em lei temos o agravo de instrumento, que na atual legislação encontra-se previsto no artigo 1.015 e seguintes. Alexandre Freitas

Câmara, conceitua agravo de instrumento como “o recurso adequado para impugnar algumas decisões interlocutórias, expressamente indicadas em lei como sendo recorríveis em separado” (2016, p.448).

Cabe acrescentar que

“contra determinadas decisões interlocutórias de primeiro grau é cabível o agravo de instrumento, sendo que as decisões interlocutórias de primeiro grau não recorríveis por tal recurso são impugnáveis como preliminar de apelação ou nas contrarrazões desse recurso” (AMORIM, 2018, p. 1.646).

Entretanto, nem sempre o agravo de instrumento foi apresentado desta forma no ordenamento jurídico pátrio. Durante a evolução legislativa da admissibilidade recursal contra decisões interlocutórias tivemos períodos em que se admitia e outros em que tal possibilidade não era previsto.

O Código de Processo Civil de 1939 previa três modalidades de agravos diferentes, agravo de petição, agravo de instrumento e agravo no auto do processo. Assim como na atual legislação processual o agravo de instrumento de acordo com o CPC de 1939 era dotado de um rol referente ao seu cabimento, nas palavras de Fredie Didier

“o agravo de instrumento era o recurso cabível contra as decisões interlocutórias expressamente indicadas, significando dizer que não era qualquer decisão interlocutória que poderia ser alvo de um agravo de instrumento, mas apenas aquelas expressamente discriminadas no art. 842 do CPC-1939” (2015, p. 201).

Outra característica do agravo de instrumento no CPC de 1939, era o seu cabimento contra decisões que não admitissem outro recurso, devendo ser interposto em até 5 dias, com o devido preparo recursal e cópia de todo o processo.

Com o advento do CPC de 1973 passou a prevê na nova sistemática recursal o agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória.

A maior inovação da sistemática anterior é a inovação no processamento, quando adotada a via instrumental.

“Ao contrário dos demais recursos que eram sempre interpostos perante o órgão judicial responsável pelo ato decisório impugnado, para posterior encaminhamento ao tribunal competente para revisá-lo, o agravo por instrumento deveria ser endereçado diretamente àquele tribunal” (TEODORO, 2017, p. 1.085).

As alterações realizadas pelo legislador tiveram dois impactos significativos, o primeiro foi afastar a longa e penosa tarefa da formação e discussão do recurso em

primeiro grau de jurisdição, e o segundo foi a diminuição do uso de mandados de segurança em situações totalmente fora de sua elevada destinação constitucional.

A principal característica do agravo de acordo com o CPC de 73 era a ausência de um rol taxativo que delimitava o seu uso. Ante a tal ausência o excesso de uso do agravo de instrumento acabava por embaraçar o processamento e julgamento dos demais recursos.

Após inúmeras reclamações dos tribunais o legislador optou por delimitar a competência material do agravo, as alterações realizadas por meio das leis 10.352 e 11.187 reduziu as possibilidades de agravo (THEODORO, 2017, p. 1729).

Com o advento do NCPC de 2015 o legislador seguindo as alterações legislativas anteriores e o princípio da celeridade e da efetividade do processo, promoveu avanços na modalidade recursal do agravo. Dentre as mudanças promovidas tiveram a elaboração de um rol do agravo de instrumento e a abolição do agravo retido, determinando que as matérias não alcançáveis pelo agravo, deveriam ser atacadas por meio de preliminar de apelação (THEODORO, 2017, p.1279).

Ocorre que tais alterações tiveram impactos significativos na prática processual, uma vez que, postergar a apreciação de determinadas matérias para o momento do julgamento da apelação é armar uma verdadeira “bomba relógio” processual (AMORIM, 2018, p. 1660).

3. As hipóteses de cabimento do agravo de instrumento no CPC de 2015: uma análise sobre a sua taxatividade.

O artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 apresenta um rol de decisões interlocutórias passíveis de utilização do Agravo de Instrumento. Dentre as principais características é o cabimento de agravo contra todas as decisões interlocutórias proferidas em face de processo de execução e no processo de inventário.

As possibilidades defesas no mencionado artigo destacam-se a decisões interlocutórias que versarem sobre o mérito do processo, redistribuição do ônus da prova e concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução.

Ainda com base nos incisos do artigo 1.015 o agravo de instrumento é a ferramenta cabível para atacar as decisões que defere, indefere, revoga ou modifica

a tutela provisória, contra as decisões que rejeitam alegação de convenção de arbitragem, decisões sobre gratuidade de justiça e contra as decisões que resolvem o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Outros pontos de destaque da utilização do agravo são contra as decisões que versam sobre a exibição ou posse de documento ou coisa, que exclui ou limita litisconsortes e admite ou inadmite intervenção de terceiros.

Entretanto, um dos pontos bastante controversos é a previsão do inciso XIII do artigo 1.015, que possibilita a aplicação de agravo de instrumento em outros casos expressamente referidos em lei.

Sendo a decisão interlocutória uma decisão proferida pelo juiz singular que não encerrou o procedimento na instância e tiver como conteúdo uma das situações previstas no artigo 485 ou 487 do CPC, a decisão interlocutória será uma decisão impugnável por agravo de instrumento. Por consequência as decisões que não estiverem previstas no rol do referido artigo são decisões não atingíveis pelo agravo. Contra essas decisões com base no que prevê o artigo 1.009 do CPC caberá apelação.

Cabe acrescentar a possibilidade de dupla natureza para as contrarrazões conforme §2º do artigo 1.009. Ela terá natureza de resposta à apelação interposta pela parte adversária e de recurso contra decisões interlocutórias não agraváveis proferidas ao longo do processo.

Diante da possibilidade de aplicação do agravo de instrumento a decisões interlocutórias não previstas no artigo 1.015, fomentou na doutrina e nos tribunais os debates referentes a interpretação do mencionado artigo. Parte da doutrina defende que a interpretação do artigo é de um rol taxativo. *“O elenco do art.1.015 do CPC é taxativo. As decisões interlocutórias agraváveis, na fase de conhecimento, sujeitam-se a uma taxatividade legal”* (DIDIER, 2015, p.208).

Argumenta o professor Fredie Didier Jr. Que

“no sistema brasileiro, não é possível que as partes criem recurso não previsto em lei, nem ampliem as hipóteses recursais. Não há, enfim, recurso por mera deliberação das partes, de modo que é tido como ineficaz, devendo ser desconsiderado, eventual negócio jurídico ou cláusula contratual que crie recurso não previsto em lei para impugnar determinado pronunciamento judicial” (2015, p. 208-209).

Em contra partida, existe parte da doutrina que defende a interpretação como rol exemplificativo.

“As decisões interlocutórias que não puderem ser impugnadas pelo recurso de agravo de instrumento não se tornam irrecuráveis, o que representaria nítida ofensa ao devido processo legal. Essas decisões não precluem imediatamente, devendo ser impugnadas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões desse recurso, nos termos do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC. Ainda que a doutrina aponte que a novidade tem como fundamento o princípio da oralidade, a partir do aumento das hipóteses de irrecorribilidade de decisão interlocutória em separado, a preservação dos poderes de condução do processo do juiz de primeiro grau e a simplificação procedimental, entendo que a técnica legislativa utilizada não foi a mais adequada” (AMORIM, 2018, p. 1659).

Nas palavras de FONSECA “a opção legislativa não foi feliz ao estabelecer rol fechado quanto ao cabimento do agravo, tampouco deu conta da realidade processual nas hipóteses listadas no art. 1.015” (2018, p.844). Acrescenta AMORIM “e mesmo partindo-se da premissa de que a limitação de recorribilidade das decisões interlocutórias por agravo de instrumento se justifica, o legislador deveria ter criado um rol legal exauriente de não cabimento do recurso” (2018, p. 1660).

Os debates doutrinários e a prática processual chegaram aos tribunais, que nos REsp 1696396/MT, Corte Especial, Rel. Min. e REsp 1704520/MT, Corte Especial, o STJ nos mencionados julgados adotou o posicionamento defeso da interpretação exemplificativa do rol de cabimentos.

4. As decisões jurisprudenciais do STJ e o CPC de 2015

Como visto no final do tópico anterior os debates doutrinários e a aplicação na prática processual chegaram até o STJ, que manifestou com um posicionamento favorável a interpretação de uma taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015.

Neste sentido se manifestou a Ministra do STJ Nancy Andrighi no REsp 1.696.396 “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”.

Atualmente de acordo com as decisões proferidas pela corte superior é cabível agravo contra decisões interlocutórias proferidas em fases subsequentes à cognitiva (REsp 1.803.925 SP), contra decisões que afasta a alegação de impossibilidade jurídica do pedido (REsp 1.757.123 SP) e contra as decisões interlocutórias proferidas após o trânsito em julgado e antes do efetivo cumprimento do comando sentencial (REsp 1.736.285 MT).

Cabe destacar que todos os julgados mencionados foram proferidos pela terceira turma do STJ com relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

As decisões recentes evidenciam que o rol tende a ser meramente exemplificativo, uma vez que, tem ocorrido uma expansão significativa na aplicabilidade do agravo.

Entretanto, o texto legal do parágrafo primeiro do artigo 1.009 esclarece que as decisões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, mas diante do atual posicionamento do STJ é possível verificar um conflito entre o texto legal do CPC de 2015 e os posicionamento nas decisões da corte.

Para a parte da doutrina que defende uma interpretação exemplificativa do rol o posicionamento STJ está conformidade com inúmeros princípios e garantias constitucionais como o do devido processo legal, da economia processual, contraditório e ampla defesa, entre outros.

5. A possibilidade de utilização de mandado de segurança contra decisões interlocutórias não passíveis de Agravo.

Uma das possíveis soluções encontradas para combater as decisões interlocutórias não agraváveis foi a utilização de mandado de segurança. Entretanto, de acordo com a lei 12.016/2009, não cabe mandado de segurança contra decisão judicial da qual ainda caiba recurso com efeito suspensivo.

A utilização de mandado de segurança apenas alterou a problemática, mas não solucionou. Com o excesso de impetração dos mandados os tribunais passaram a ter uma sobrecarga de situações pendentes de análise, o que acabou por dificultar os julgamentos com real necessidade de apreciação.

Doutrinariamente existe um posicionamento sólido em defesa do cabimento do mandado de segurança, conforme Cássio Scarpinella Bueno (2014, p. 487) *“a respeito da pergunta sobre o que fazer diante de uma decisão interlocutória não prevista como agravável de instrumento pelos precitados dispositivos, a resposta parece ser uma só voz, a de que ela será impugnável por mandado de segurança”*.

Ainda acrescenta Antônio Notariano Jr. e Gilberto Gomes Bruschi (2015, p. 125) *“sempre que a decisão for suscetível de causar a parte lesão grave e de difícil reparação e não estiver no rol exaustivo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, será cabível o mandado de segurança contra ato judicial”*.

Alexandre de Freitas Câmara acrescenta mais um requisito para a utilização do mandado de segurança *“que o ato judicial impugnado seja, como se convencionou dizer na prática forense, ‘teratológico’”*.

Fica evidenciado que para a parte da doutrina que defende a utilização do mandado de segurança só teria cabimento desse instrumento nas decisões que forem suscetíveis de causar a parte lesão grave e de difícil reparação e ato judicial eivado de teratologia.

5. Possíveis soluções para a problemática

Diante do exposto nos tópicos anteriores é possível vislumbrar três possíveis soluções para a aplicação do artigo 1.015 do CPC.

A primeira solução encontrada doutrinariamente é a manutenção do entendimento pela interpretação do rol taxativo. Entretanto, apesar de ser a solução mais acessível para o ordenamento jurídico não é a melhor aplicável na prática processual. A taxatividade acabaria por colidir com garantias fundamentais, além de limitar e ferir normas constitucionais.

É cabível exemplificar que entendendo pela taxatividade do artigo 1.015 nos casos de indeferimento de produção de prova, somente seria cabível atacar a decisão em fase de apelação, conforme apresentado. Ocorre que pela morosidade do judiciário até que ocorra o julgamento do recurso de apelação a produção da prova se torne impossibilitada. Outra consequência prática seria a nulidade de todos os atos praticados após o indeferimento, tais atos deverão ser refeitos, desta forma temos por prejudicado os princípios da eficiência e duração razoável do processo.

Um dos pilares argumentativos desta posição doutrinária é a opção legislativa pela enumeração taxativa das hipóteses, bem como a necessidade de segurança jurídica, uma vez que as partes não poderiam ser surpreendidas por não terem recorrido confiando na taxatividade do rol do artigo 1.015.

Fredie Didier acrescenta

“a interpretação extensiva opera por comparações e isonomizações, não por encaixes e subsunções. As hipóteses de agravo de instrumento são taxativas e estão previstas no art. 1.015 do CPC. Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária” (Didier, 2015, p.211).

Em oposição ao posicionamento anterior temos a interpretação adotada pela doutrina e pelo STJ, referente a interpretação exemplificativa do rol. Apesar de ser o posicionamento aplicado, acredito não ser o posicionamento mais correto, uma vez que tem causado uma expansão desacerbada e ilimitada de sua aplicabilidade. Entre as consequências processuais temos um aumento significativo no número de recursos aguardando decisão, além do desrespeito ao texto legal e a vontade do legislador.

Por fim, temos uma terceira solução doutrinária que defende a utilização de mandados de segurança nos casos em que não couber agravo de instrumento. Cabe destacar que para os defensores da utilização do mandado de segurança, somente seria cabível sua utilização se preenchido os requisitos já mencionados. Entretanto, tal solução significa apenas uma alteração do instrumento utilizado, mas não traria solução prática, uma vez que manteria um excesso de processos pendentes de apreciação.

Insta salientar que o STF ao se deparar com a utilização excessiva dos mandados de segurança editou o enunciado sumular 267 “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”. Entendo que o STF pois fim a possibilidade da utilização do mandado de segurança.

Dentre as possíveis soluções para a problemática surge uma quarta possibilidade, até então pouco mencionada pela doutrina. Nas palavras de Daniel Amorim “*e mesmo partindo-se da premissa de que a limitação de recorribilidade das decisões interlocutórias por agravo de instrumento se justifica, o legislador deveria ter criado um rol legal exauriente de não cabimento do recurso*” (2018, p.1.660).

Conforme apresentou Amorim a solução cabível para tal problemática processual seria uma alteração legislativa no sentido de criar um rol taxativo de possibilidades de não cabimento do agravo de instrumento. Tal medida traria uma consequência prática no sentido de limitar as interpretações expansivas do mencionado artigo.

Conclusão

Como visto ao longo do presente trabalho são inúmeras as possibilidades para solucionar a problemática que envolve a aplicação do agravo de instrumento.

Cabe destacar que independente do posicionamento a ser adotado é necessária uma definição quanto a interpretação, seja pelo legislador ou pelo

aplicador, é indispensável a pacificação do entendimento adotado para garantir a manutenção da segurança jurídica.

Dentre as correntes doutrinárias mencionadas acredito que o posicionamento do professor Daniel Amorim seja o mais efetivo para garantir o respeito ao devido processo legal e a segurança jurídica.

Não obstante o posicionamento defeso no presente trabalho, ainda assim há de se concluir que depende unicamente do legislador o papel de sanar as controversas ora apresentadas, cabendo ao judiciário apenas a aplicação e a promoção.

Um processo legislativo corretivo com o intuito de sanar possíveis dúvidas, lacunas ou controversas no texto legal é de ser necessário, uma vez que, colocaria fim a possibilidade de interpretação conforme a necessidade do jurisdicionado. Como consequência teríamos uma efetiva segurança jurídica e equidade entre os litigantes, garantindo que não ocorra alteração nas “*regras do jogo*”.

Ante ao exposto, concluo pela atuação do legislador em alteração do texto legal passando a conter um rol taxativo de possibilidades que não caberia agravo de instrumento.

Referência

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:[www.planalto.gov.br]. Acesso em: 02.10.2019.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [www.planalto.gov.br]. Acesso em: 02.10.2019.

_____. Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br]. Acesso em: 04.11.2019.

_____. Lei n. 9.139/95, de 30 de novembro de 1995. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento. Disponível em: [www.planalto.gov.br]. Acesso em: 07.11.2019.

BUENO. Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER, Fredie Jr; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. reformn. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; etal. **Execução e Recursos: comentários ao CPC 2015**. Vol. 3. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. III. 50. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1279.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil** – vol. Único. 10. ed. Ver., atual. E ampl – Editora jusPODIVM, 2018, pag. 1660

NOTARIANO JR., Antonio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Agravo contra as decisões de primeiro grau**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.696.396 MT 2017/0226287-4. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 01/06/2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp>> Acesso em: 25 Outubro de 2019.

____. REsp 1.803.925 SP 2019/0075584-4. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 11/04/2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/cabe-agravo-instrumento-interlocutoria.pdf>> Acesso em: 25 Outubro de 2019.

____. REsp 1.757.123 SP 2018/0190866-9. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 16/08/2018. Disponível em: < http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/Noticias/STJ_REsp_1757123SP_Impossibilidadejdapedido_categoriademerito_cabimentoAI.pdf> Acesso em: 25 Outubro de 2019.

____. REsp 1.736.285 MT 2018/0091021-2. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 26/04/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-interlocutoria-recorrida-agravo.pdf>> Acesso em: 25 Outubro de 2019.

____. REsp 1704520 MT 2017/0271924-6 Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 19/12/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661785891/recurso-especial-resp-1704520-mt-2017-0271924-6>> Acesso em: 25 Outubro de 2019.