

O AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UMA BREVE ANÁLISE DA TAXATIVIDADE MITIGADA PELA URGÊNCIA

Ricardo Sameshima Taba

Resumo: O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações acerca do agravo de instrumento. Na sistemática do Código de 1973 o agravo era o recurso cabível contra qualquer decisão interlocutória. Entretanto, o artigo 1.015 do novo Código trouxe rol taxativo para o cabimento do recurso, o que gerou grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial. O presente trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica e da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, faz uma análise sobre o agravo de instrumento e a fundamentação para a chamada “taxatividade mitigada” do rol do artigo 1.015.

Palavres-chave: Código de Processo Civil, recursos, agravo de instrumento, taxatividade mitigada.

Abstract: The 2015's Civil Procedure Code brought innovations about the interlocutory appeal. In the 1973 Code's systematic it was the appropriate appeal against any interlocutory decision. However, the article 1.015 of the new code brought an exhaustive list for its use, which generated great doctrinal and jurisprudence controversy. The present paper, through bibliographical research and the current jurisprudence of the Superior Court of Justice, makes an analysis of the interlocutory appeal and the foundations for the called "mitigated exhaustive roll" of the article 1.015.

Keywords: Civil Procedure Code, appeals, interlocutorial appeal, mitigated exhaustive list

INTRODUÇÃO

Transcorridos pouco mais de 3 (três) anos de vigência do novo Código de Processo Civil - NCPC, o Poder Judiciário, os advogados e a sociedade como um todo ainda se deparam com divergências de interpretação, quando da aplicação da nova legislação processual. Tais divergências devem ser resolvidas para garantir a segurança jurídica dos atos processuais e das decisões proferidas.

O NCPC, instituído pela Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, sedimentou práticas e mecanismos processuais já há muito tempo adotados, quando ainda

em vigor o Código de 1973. Não se tratou, em verdade, de uma ruptura sistêmica¹ mas em certa medida da conversão em lei de práticas que foram, ao longo dos anos, estabelecidas pela realidade forense.

De outro lado, o NCPC inovou o sistema processual civil. Ocorreram, por exemplo, alterações substanciais em relação aos prazos, que passaram a ser contados em dias úteis (art. 219) e, em relação aos prazos recursais, estes foram uniformizados em 15 (quinze) dias². O Agravo Retido foi excluído do sistema recursal assim como os Embargos Infringentes, que foram convertidos em técnica de julgamento.

Nesse contexto de mudanças de paradigmas entre o Código de 1973 e o NCPC, a doutrina processualista ao discorrer sobre o Agravo de Instrumento adotou 3 (três) posicionamentos acerca do rol que dispõe sobre as hipóteses de seu cabimento (incisos do art. 1.015): 1º) o rol seria taxativo e sua interpretação, restritiva; 2º) o rol seria taxativo, mas as hipóteses poderiam ser interpretadas de forma extensiva; e 3º) o rol seria exemplificativo.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, quando do julgamento dos Recursos Especiais 1.696.396 e 1.704.520, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos³ (Tema 988), admitiu a interposição do Agravo de Instrumento em situações não previstas na legislação, sob o entendimento de que o rol do artigo 1.015 é de taxatividade mitigada pela urgência⁴, ou seja, adotou-se uma quarta via, em detrimento às soluções previamente indicadas.

O presente artigo tem por objetivo tecer considerações sobre a taxatividade mitigada do Agravo de Instrumento no contexto do Novo Código de Processo Civil. Para tanto, apresentaremos um breve histórico do Agravo de Instrumento, as possibilidades de interpretação do rol de cabimento, bem como faremos considerações acerca da “taxatividade mitigada”, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ em relação ao

¹ Nas palavras de DONIZETTI (2016, p. 9): “as mudanças geradas pela nova legislação não produzirão uma ruptura com a estrutura processual anterior; ao contrário, o que se pretende é uma evolução das ideias já consolidadas, com um maior afinamento com a Constituição Federal”.

² Com exceção dos embargos de declaração, que devem ser opostos em 5 (cinco) dias, nos termos do artigo 1.023 do NCPC.

³ Artigo 1.036 e seguintes do NCPC.

⁴ Tese fixada pelo STJ: “O rol do artigo 1.015 do CPC/15 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”

rol constante do artigo 1.015 do novo Código de Processo Civil – NCPC, que dispõe sobre o Agravo de Instrumento.

Para o desenvolvimento do presente artigo foi utilizado o método de revisão bibliográfica, a análise comparativa do Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 1939, no Código de Processo Civil de 1973 e no novo Código de Processo Civil de 2015, bem como análise de outras fontes como a doutrina e a jurisprudência. Ao final apresentaremos as conclusões sobre a pesquisa.

1. BREVE HISTÓRIO DA ORIGEM DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

A distinção entre as decisões que põem fim ao processo (terminativas) e as que não o fazem (interlocutórias) são percebidas já no direito romano. O mecanismo recursal para estas últimas, entre nós, surge e se aperfeiçoa no direito português e, consequentemente, é herdado pelo direito brasileiro (CORRÊA, 2001).

Após inúmeras transformações, o recurso contra decisões interlocutórias chegou aos dias atuais na forma do agravo de instrumento, nos termos do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015.

Para a melhor compreensão desse recurso se faz necessário, mesmo que de forma breve, tecer considerações sobre a sua origem, bem como das circunstâncias históricas e sociais que formataram o seu funcionamento. Para GUEDES (2009) *apud* COSTA (1996):

“Sem o exame direito das fontes em que deita suas raízes, nenhum instituto processual pode ser devidamente entendido em sua evolução’. E para compreender sua trajetória no decorrer do tempo ‘é indispensável apurar-se quando o recurso surgiu, em que circunstâncias histórico-sociais, e qual o primeiro diploma legal que o consagrou, servindo de fundamento para a posterior construção dogmática de sua figura e de sua conceituação histórica” (GUEDES, 2009, p. 200. grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, MIOTTO (2013) informa que o direito acompanha a evolução da sociedade e de suas necessidades e, portanto, é fruto do seu tempo e da sociedade que o produz:

“A sociedade está em constante evolução, em contra partida, a legislação processual civil tenta acompanhar tal progresso, a fim de que possa satisfazer a pretensão do jurisdicionado, de acordo com o Direito, em tempo razoável e de forma satisfatória.

O Direito Processual, como qualquer outro ramo do Direito, necessita acompanhar a Sociedade, modernizando-se e evoluindo de acordo com as necessidades sociais, políticas e culturais e dos instrumentos à disposição para sua efetivação.” (MIOTO, 2013, p. 2)

Para a contextualizar o presente é necessário refletir sobre o passado. Faremos, portanto, uma breve digressão histórica acerca das origens do recurso de agravo e a sua contextualização do direito processual brasileiro.

1.1. Considerações gerais sobre a história da recorribilidade das decisões interlocutórias: de Roma a Portugal.

Como dito, foi no direito romano que se percebeu a distinção entre decisões terminativas do processo (*sententia*) e decisões não terminativas (*interlocuciones*). Essa diferenciação se manteve ao longo do tempo ainda que o direito romano não tenha desenvolvido recurso próprio para as *interlocuciones*.

Na lição de José Eduardo Carreira ALVIM (2002):

“Os agravos eram **desconhecidos no direito romano**, sob qualquer de suas modalidades admitidas no direito português. Salvo a *supplicatio*, que muito se aproximava do agravo ordinário, utilizado para atacar as sentenças proferidas pelas mais altas autoridades judiciais, as demais espécies engendradas pelo espírito especulador e criativo dos juristas portugueses **não encontravam paralelo em nenhum dos remédios utilizados para impugnar as decisões judiciais em Roma**” (ALVIM, 2002, p. 31, grifo nosso)

Ainda segundo o supramencionado autor, os romanos se ocupavam mais na resolução da lide, por meio da sentença, do que nas diversas questões processuais que preparavam a causa para julgamento:

“[...]no processo civil **romano**, a ideia predominante era a de resolução da lide, o que se alcançava através da *sententiae*, que tinham a força de transformar a *res in iudicium deducta* em *res*

iudicata, não se destinando as *interlocutiones* senão a resolução de questões processuais da mais variada natureza, preparando a causa para receber o julgamento. **Não alcançando as *interlocutiones* a categoria de sentenças, eram irrecorríveis**, donde não se falar a esse tempo em recurso contra tais decisões, muito menos o agravo, que só mais tarde veio a ser instituído como meio de lhes dar combate.” (ALVIM, 2002, p. 31, grifo nosso)

De grande influência no direito português, o direito romano não legou ao sistema lusitano um recurso próprio para atacar as decisões interlocutórias. Conforme aponta GUEDES (2009):

“O direito romano clássico estabeleceu definitivamente a irrecorribilidade das interlocutórias como regra geral. Não havia, no período clássico, recurso especificamente destinado à impugnação das *interlocutiones* de primeiro grau e, como se verá, o uso da apelação era permitido apenas excepcionalmente para este fim. A *inapelabilidade* das interlocutórias foi categoricamente imposta por Justiniano (Cód. Justinianeu 7.62.36), sob a justificativa de que não se poderia experimentar dano das interlocutórias, já que ao tempo da apelação se poderia expor as razões em que se fundassem a pretensão de obter algum direito, tais como a produção de prova testemunhal e a apresentação de documentos. A proibição era justificada ante à necessidade de se impedir o prolongamento indefinido dos pleitos. Assim, quando fosse denegado algum direito por decisão interlocutória, o juiz determinaria que se consignasse por escrito para que a parte prejudicada pudesse suscitar a questão na apelação contra a sentença final.” (GUEDES, 2009, p. 210. grifo nosso)

Considerando o desenvolvimento do direito português ao longo do tempo, a recorribilidade das decisões interlocutórias sempre foi motivo de polêmica. Houve períodos em que se permitiu recorrer – com maior ou menor amplitude - como períodos em que se vedou totalmente a recorribilidade (CORRÊA, 2001).

Tal oscilação se deu pelos influxos do direito germânico e, também, do direito canônico, cada qual ao seu tempo e forma.

Em linhas gerais, a influência do direito germânico no direito lusitano se deu pela prática judiciária difundida por toda a Europa em decorrência das invasões bárbaras. Naquela sistemática o processo era dividido em fases determinadas que, segundo GUEDES (2009) *apud* BUZAID (1956), se desenvolvia

“[...]por um conjunto de **sentenças** que resolvem questões processuais e substanciais, à medida que surgem. **Cada uma das sentenças prolatadas no curso do processo tem seu próprio valor e é imediatamente apelável.** Não sendo impugnada, torna-se imutável. Daí se inferir que o sistema recursal germânico estivesse aberto à **ampla possibilidade de impugnação das decisões proferidas no curso do processo**, a uma, porque possuíam, muitas vezes, conteúdo que encerrava verdadeira análise – ainda que parcial – da causa; e, a duas, pois a ausência de impugnação acarretava a impossibilidade de fazê-lo supervenientemente, devido à **imutabilidade do comando.**” (GUEDES, 2009, p. 211)

Por sua vez, o direito canônico, em especial no período que antecede a contra-reforma, possibilitava a interposição de recursos contra decisões interlocutórias. Tanto o Decreto de Graciano (1142), considerado como pedra fundamental da codificação do direito canônico, como as posteriores Decretais de Gregório (1234), organizaram o processo canônico em fases bem delimitadas, cada uma delas encerrada por uma decisão interlocutória passível de recurso.

Após a contra-reforma houve uma reação da Igreja e, em busca de celeridade processual e aproximação do direito canônico com o direito secular, adotou-se a vedação romana de apelar das decisões interlocutórias.

Ainda assim, mesmo nos períodos em que se permitiu recorrer, não se criou no direito português um recurso próprio mas utilizou-se da mesma nomenclatura e procedimentos, com alguma ou outra alteração, que já haviam sido sedimentados para os recursos das decisões terminativas, ou seja, apelação e suplicação.

A origem do recurso de agravo pode retroceder às querimas ou querimônias portuguesas, que eram pedidos de revisão de decisões, muito similares às *supplicatio* dos romanos (LIMA, 2012, p. 80), ou mesmo na *appellatio*, que em situações singulares e excepcionais era utilizado para combater decisões interlocutórias (GUEDES, 2009, pp. 207/208).

O certo é que, ao longo do tempo, para a concentração e manutenção do poder na figura dos soberanos, foi necessário implementar um cada vez mais complexo sistema de composição de litígios, no qual caberia ao rei controlar as decisões proferidas localmente e limitar, se necessário, os poderes nobiliárquicos. (CORRÊA, 2001)

Consequência lógica de um sistema mais complexo e hierarquizado é que não apenas as decisões terminativas passam a ser objeto de apelações ou súplicas, na forma de pedidos de reconsideração ou revisão, mas também as decisões interlocutórias. Conforme aponta GUEDES (2009):

“[...]a partir do momento em que surge uma organização estatal burocrática e hierarquizada, é de interesse do soberano exercer o controle sobre as decisões administrativas e judiciais. E como, na prática, é inviável atribuir-lhe competência originária para todos os litígios, atribui-se-lhe competência para *rever* as decisões judiciais. As hipóteses em que cabível tal ‘revisão’, a princípio desprovidas de uma teoria ou estrutura que as pudesse sistematizar cientificamente, **vão, pouco a pouco, tomando a forma de instrumentos processuais próximos àqueles que hoje se denominam recursos.”** (GUEDES, 2009, p. 202. grifo nosso.)

No Brasil colônia vigeram as Ordenações do Reino, que compreendiam as ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). Como dito, ao longo da história e desenvolvimento desses marcos legislativos, houve períodos em que se permitiu recorrer – com maior ou menor amplitude - como períodos em que se vedou totalmente a recorribilidade.

As Ordenações Afonsinas, como regra geral, não permitiam a “apelação das sentenças interlocutórias”. Exceção às situações em que “fosse possível advir dano à parte que não pudesse ser corrigido com a apelação da sentença definitiva” ou nas situações em que a “sentença interlocutória contivesse vício de tal natureza que após ela não pudesse vir sentença definitiva” (GUEDES, 2009, pp. 219/220).

Os vícios indicados se referem ao julgador que não possuísse jurisdição, quando o demandante ou o demandado não pudessem fazê-lo, quando a petição não trouxesse direito ou os artigos não guardassem pertinência ao caso. (CORRÊA, 2001)

Tais noções, como se vê, ainda se mantêm no atual direito brasileiro.

CORRÊA (2001), ao descrever o recurso de agravo nas Ordenações Manuelinas, que se seguiram as Afonsinas, expõe que as sentenças eram classificadas em a) definitivas, b) interlocutórias mistas e c) interlocutórias simples.

Assim como no sistema preceituado nas Ordenações Afonsinas, as sentenças definitivas eram aquelas que davam fim ao processo. As sentenças interlocutórias mistas

eram aquelas que contivessem força de sentenças definitivas ou que tivessem o condão de causar irreparável. As sentenças interlocutórias simples, por exclusão, eram todas as demais sentenças.

Tanto nas Ordenações Manuelinas como nas Afonsinas era dado ao juiz a possibilidade de revogação as sentenças interlocutórias antes da prolação da decisão definitiva. Dessa sistemática que possibilitava a revisão das decisões interlocutórias mistas ou simples surge o recurso de agravo que, seguindo GUEDES (2009):

“Do exame detido das Ordenações de D. Manuel, deflui que, se até as Afonsinas, **o termo ‘agravo’ designava o gravame causado à parte**, a partir das Ordenações Manuelinas, embora não tenham sido eliminadas as confusões terminológicas acerca do vocábulo, **ocorre uma inversão de linguagem pela qual o mal passa a designar o remédio específico**” (GUEDES, 2009, p. 229. grifo nosso.)

São criados no processo lusitano três espécies de agravo: a) agravo de petição, com efeito suspensivo; b) agravo por estormento ou carta testemunhável e; c) agravo no auto do processo.

As Ordenações Filipinas sucederam as Manuelinas. Concluídas no ano de 1595 passaram a produzir efeitos no ano de 1603. Vigeram em Portugal por mais de dois séculos. Em relação à recorribilidade das decisões interlocutórias não houve inovações e manteve-se as três modalidades de agravo para atacar decisões interlocutórias.

No Brasil, no âmbito da legislação cível, as Ordenações Filipinas permaneceram aplicáveis até o advento do Código Civil de 1916. No âmbito do direito processual, foram aplicadas “até 1890 – ao menos oficialmente, quando então se determinou a aplicação do Regulamento 737/1850 ao processo civil e comercial” (GUEDES, 2009, p. 231).

Ainda que em 1822 o Brasil tenha se emancipado em relação à metrópole portuguesa, a herança jurídica lusitana permaneceu e ainda se vê presente nos dias atuais, de sorte que o direito brasileiro herdou e mantém noções, conceitos e nomenclaturas.

1.2. O agravo de instrumento no direito brasileiro: breve análise dos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973 quanto ao cabimento do recurso.

Considerando que a legislação processual brasileira toma caráter e contornos próprios a partir do rompimento com Portugal, a doutrina processualista adota a delimitação história por fases.

Nesse sentido, ao tecer considerações sobre as fontes do processo civil brasileiro, DINAMARCO (2016), divide o seu desenvolvimento em 8 (oito) fases históricas, que seriam mais ou menos delimitadas entre si.

Temos a primeira fase logo após a independência brasileira de Portugal, em 1822. Manteve-se em vigor as Ordenações Filipinas, portuguesas, até o advento de uma legislação nacional. A segunda fase consiste na Consolidação Ribas, em 1876, que consolidou em um só documento todas as leis que haviam alterado as Ordenações Filipinas.

A terceira fase tem fundamentação no Regulamento nº 737, de 1850, editado pelo Governo Imperial brasileiro para fins de regulamentar os processos judiciais comerciais. Durante a República, já em 1890, as disposições do Regulamento passaram a ser aplicadas aos processos cíveis em geral.

A quarta fase refere-se aos Códigos Estaduais. A partir da Constituição brasileira de 1891 os Estados passaram a ter autonomia legislativa para editar seus próprios Códigos de Processo. Segundo DINAMARCO (2016):

“[a] Constituição Republicana de 1891 ao estabelecer a competência legislativa concorrente da União e dos Estados para legislar sobre o processo. Essa fase não durou muito nem foi de bom nível a maioria dos Códigos estaduais que chegaram a ser editados – e a doutrina costuma realçar o bom nível somente dos Códigos da Bahia e de São Paulo” (DINAMARCO, 2016, pp. 33-34)

A quinta fase tem início em 1939, com a vigência do primeiro Código de Processo Civil de âmbito nacional, editado em razão da avocação da competência para legislar sobre o processo levada a efeito pela Constituição de 1934.

A sexta fase tem início em 1974, em razão da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973. A sétima fase consiste nas reformas do Código de 1973, levadas a cabo nos anos de 1994-1995, 2002 e 2005. Segundo DINAMARCO (2016):

“Essas foram as chamadas *Reforma do Código de Processo Civil* e *Reforma da Reforma*, seguidas das *Lei do Cumprimento de Sentença* de 2005, responsável pelo traçado de um novo perfil do processo civil brasileiro, um novo *modelo*. Das modificações que trouxe, a de maior magnitude sistemática foi a implantação de um *processo sincrético*” (DINAMARCO, 2016, p.34. grifos no original)

A oitava fase tem início com Código de Processo Civil de 2015, que entrou em vigor em março de 2016. O Código de 2015 se alicerça na Constituição brasileira de 1988 valorizando princípios e garantias, além de enfatizar os meios alternativos para a solução de conflitos.

1.2.1. O agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 1939.

Tomaremos como marco inicial para análise do agravo de instrumento a aludida quinta fase, na divisão proposta por DINAMARCO (2016) pois foi a partir da edição do Código de Processo Civil de 1939 que se deu contorno unificado, de âmbito nacional, ao direito processual civil brasileiro.

O Código de Processo Civil de 1939 continha três modalidades do recurso de agravo: a) o agravo no auto do processo, cujo objetivo era evitar preclusão de uma decisão interlocutória; b) o agravo de petição, cujo objetivo era impugnar decisões que extinguissem o processo sem julgamento do mérito e; c) o agravo de instrumento, cujo objetivo impugnar determinadas decisões interlocutórias.

Segundo CORRÊA (2001), o artigo 842 limitava a 17 (dezessete) as situações em que cabia o agravo de instrumento e o artigo 851 trazia outras decisões interlocutórias agraváveis por meio de agravo no auto do processo. Um sistema simples. O agravo de petição cabia contra qualquer decisão que desse fim ao processo sem julgamento do mérito e contra algumas interlocutórias mistas.

O agravo de instrumento, no Código de Processo Civil de 1939 constava no Livro VII, que tratava dos recursos, especificamente no Título IV, que indicava as modalidades de agravo:

“Art. 841. Os agravos serão de **instrumento**, de petição, ou no auto do processo, podendo ser interpostos no prazo de cinco (5) dias (art. 28).”
(grifo nosso)

Em sua redação original, para a interposição do agravo de instrumento, a situação deveria estar prevista em legislação especial ou em um dos casos previstos na legislação processual, sendo o rol taxativo, na forma do artigo 842:

“Art. 842. Além dos casos em que **a lei expressamente o permite**, dar-se-á **agravo de instrumento das decisões**;
I – que não admitirem a intervenção de terceiro na causa;
II – que julgarem a exceção de incompetência;

- III – que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação;
- IV – que não concederem vista para embargos de terceiro, ou que os julgarem;
- V – que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade;
- VI – que ordenarem a prisão;
- VII – que nomearem, ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante;
- VIII – que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamenteiros;
- IX – que denegarem a apelação, inclusive a de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção;
- X – que decidirem a respeito de êrro de conta;
- XI – que concederem, ou não, a adjudicação ou a remissão de bens;
- XII – que anulem a arrematação, adjudicação ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido;
- XIII – que admitirem, ou não, o concurso de credores. ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos;
- XIV – que julgarem, ou não, prestadas as contas;
- XV – que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas;
- XVI – que negarem alimentos provisionais;
- XVII – que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens.” (BRASIL, 1939. grifo nosso)

A justificativa para a limitação do cabimento do recurso de agravo de instrumento pode ser encontrada na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, subscrita por Francisco Campos:

“Permitir os recursos em todos os casos em que se alegue estar errado o julgamento cem relação à aplicação de regras, sejam ou não tais erros de natureza a se supôr que tenham afetado o julgamento, acarretará males desproporcionados aos benefícios que se podem verificar em casos relativamente raros. **Abre a porta ao uso do direito de recorrer simplesmente com propósitos protelatórios**, e aumenta as despesas do pleito, o que tudo trabalha em desfavor da parte fraca” (BRASIL, 1939, p.7. grifo nosso).

Justificou-se, portanto, a limitação do cabimento de recursos, como o agravo de instrumento, em razão da morosidade nos julgamentos e, também, no que se considerou como excessivo apego à forma, de sorte que se buscou evitar que por erros procedimentais, pudesse haver interminável revisão das decisões. Nesse sentido:

“O princípio seguido [na lógica processual anterior] foi, numa palavra, o de que a presunção de qualquer erro, por mais leve, ocasional e sem

importância, deve ser considerado capaz de causar dano e de servir de fundamento ao recurso para tribunal superior e, em alguns casos, a novo julgamento. **O resultado tem sido multiplicarem-se os recursos e fazer-se com que estes se fundem antes em matéria de processo do que na lei substantiva.**” (BRASIL, 1939, p. 7. grifo nosso)

O agravo de instrumento previsto no Código de Processo Civil de 1939, não suspendia o processo (art. 843) e inaugura a forma procedimental de processamento em autos apartados daqueles submetidos ao juízo *a quo*.

Na vigência do Código de 1939, o agravo de instrumento era o recurso cabível contra decisões as interlocutórias especificadas no artigo 842 ou em legislação específica, rol taxativo, o que como será visto, foi alvo de inúmeras críticas.

1.2.2. O agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 1973.

O Código de Processo Civil de 1973 inaugura a sexta fase histórica do processo civil, segundo a divisão proposta por DINAMARCO (2016). Em razão das reformas posteriores, nos anos de 1994-1995, 2002 e 2005, o citado autor reconhece uma sétima fase.

O Código de 1973 altera o sistema recursal do código anterior. Na exposição de motivos do código, subscrita por Alfredo Buzaid, ficou registrado que em razão do rol taxativo que determinava as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, a prática forense acabou por encontrar meios para combater decisões interlocutórias não previstas na legislação:

“15. Outro ponto é o da irrecurribilidade, em separado, das decisões interlocutórias. A aplicação deste princípio entre nós provou que os litigantes, impacientes de qualquer demora no julgamento do recurso, acabaram por engendrar **esdrúxulas formas de impugnação**. Podem ser lembradas, a título de exemplo, a correição parcial e o mandado de segurança. **Não sendo possível modificar a natureza das coisas, o projeto preferiu admitir agravo de instrumento de todas as decisões interlocutórias.** É mais uma exceção. O projeto a introduziu para ser **fiel à realidade** da prática nacional.” (BRASIL, 1973, p. 19. grifo nosso)

Do mesmo modo, na exposição de motivos, justifica-se a alteração do sistema de recursos em razão de defeitos de origem terminológica e de da quantidade excessiva de meio de impugnação de decisões:

“26. Não poderíamos encerrar esta Exposição de Motivos sem uma análise aprofundada do **sistema de recursos, a fim de justificar a inovação preconizada pelo projeto**. O direito brasileiro se ressentia, entre outros, de dois defeitos fundamentais: **a)** sob o aspecto **terminológico**, o emprego de uma expressão única para designar institutos diferentes; **b)** sob o aspecto sistemático, uma **quantidade excessiva** de meios de impugnar as decisões.” (BRASIL, 1973, p. 26. grifo nosso)

Para CORRÊA (2001), a tarefa era de uniformizar a Teoria Geral dos Recursos, fundindo alguns, atendendo a razões práticas e, também, suprimindo outros. Uma forma de simplificar e adotar o rigor da ciência jurídica ao direito processual brasileiro. Nessa esteira, das modalidades anteriores de agravo foram excluídos do Código de 1973 o agravo de petição e o agravo no auto do processo.

Quanto ao agravo de instrumento, este permaneceu no Código de 1973 e em sua redação original, estabelecia que era o recurso cabível contra qualquer decisão interlocutória. Buscava-se, ao contrário do código anterior, a ampla recorribilidade das decisões. Nos termos do artigo 522, na sua redação original:

“Art. 522. Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, **de todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento**.

§1º Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§2º Requerendo o agravante a imediata subida do recurso, será este processado na conformidade dos artigos seguintes.” (grifo nosso)

Entretanto, antes mesmo de entrar em vigor, o texto foi alterado por meio da Lei Federal nº 5.925 de 1º de outubro de 1973:

“Art. 522. Ressalvado o disposto nos artigos 504 e 513, **das decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento**.

§ 1º Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação; reputar-se-á renunciado o agravo se a parte não pedir expressamente, nas razões ou nas contra-razões da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

§ 2º Requerendo o agravante a imediata subida do recurso, será este processado na conformidade dos artigos seguintes.” (grifo nosso)

Nos termos do §1º a parte agravante poderia requerer que o agravo ficasse retido nos autos para ser apreciado como preliminar em julgamento de eventual apelação. Conviviam, portanto, o agravo de instrumento e o agravo retido, sendo faculdade da parte escolher qual modalidade interpor.

Na sistemática processual originalmente delineada pelo Código de 1973, o agravo de instrumento era interposto perante o juízo de 1º grau, que proferiu a decisão atacada. Como regra geral, o agravo de instrumento não era dotado de efeito suspensivo, salvo diante das situações excepcionais delineadas no artigo 558, em suas várias redações:

Art. 558. O agravante poderá requerer ao relator, nos casos de prisão de depositário infiel, adjudicação, remissão de bens ou de levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea, que suspenda a execução da medida até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único. Igual competência tem o juiz da causa enquanto o agravo não tiver subido. (Redação original)

Art. 558. O agravante poderá requerer ao relator, nos casos de prisão de depositário infiel, a adjudicação, remição de bens ou de levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea, que suspenda a execução da medida até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único. Igual competência tem o juiz da causa enquanto o agravo não tiver subido. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 1995)

Conforme já exposto, ainda na vigência do CPC/1973, o instituto passou por relevantes alterações, com o advento das Leis n.º 9.139/95 e 11.187/05.

A Lei nº 9.139/95 alterou o *nomen iuris* do instituto, estabelecendo o termo “agravo” como gênero, que comporta espécies, a saber: o agravo retido e o agravo de instrumento. Altera, também, o procedimento de interposição do recurso, que passa a ser diretamente junto ao juízo *ad quem* (Tribunais).

Por fim, estabeleceu-se a obrigatoriedade de o agravo ser na modalidade retida, quando interposto contra decisões posteriores a prolação da sentença. Tal procedimento era o mesmo adotado no agravo no auto do processo.

Nesse ponto, segundo LIMA (2012):

“A lei nº 9139 de 30.11.1995, publicada no Diário Oficial da União – DOU, em 1.12.95, vigorando sessenta dias após a sua publicação, colocou em desuso os artigos 522 e 594 do Código de Processo Civil, dando nova sistemática, tanto ao agravo de instrumento quanto ao retido, **que outra coisa não é senão o antigo agravo no auto [do] processo**”. (LIMA, 2012, p.82. grifo nosso)

A Lei Federal nº 11.187/05, por seu turno, promoveu reformulação mais profunda. Alterou, principalmente, a dinâmica do recurso que passa ter a espécie retida como regra geral. O agravo de instrumento passa ser cabível em situações excepcionais: a) quando houvesse risco de lesão grave e de difícil reparação; b) nos casos de inadmissão do recurso de apelação e; c) nos casos relativos aos efeitos em que a apelação era recebida.

A redação do artigo 522 dada pela Lei Federal nº 11.187/05 mais uma vez limita o cabimento do agravo de instrumento:

“Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.” (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)

A partir dessa nova sistemática, havendo a interposição do recurso fora das hipóteses legais previstas, caberia ao relator converter o agravo de instrumento em agravo retido, que seria apreciado em eventual recurso de apelação. Tal alteração buscou maior celeridade à marcha processual.

Conforme LIMA (2012):

“Vê-se que o legislador procura, a todo custo, com suas modificações a celeridade processual. É notório, embora o majestoso esforço dos legisladores, que, enquanto não houver uma mudança na estrutura do Poder Judiciário, que desemperre a máquina judiciária e, ainda, conscientize alguns magistrados para que entendam que são agentes públicos compromissados com a lei, e não, com o ‘tudo eu posso’, as reformas serão apenas paliativas” (LIMA, 2012, p. 85)

Como se vê, mais uma vez se movimentou o pêndulo, que ora aponta para o amplo cabimento e recorribilidade das decisões interlocutórias e ora aponta para o seu inverso, com a limitação legal das hipóteses recursais.

A intenção do legislador quando da redação do Código de Processo Civil de 2015 foi a de limitar as hipóteses de interposição do agravo de instrumento sob a premissa de que tal redução acarretaria maior celeridade processual.

2. O AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: Interpretação do rol do artigo 1.015.

O Código de Processo Civil de 2015 foi instituído pela Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, e alterou sobremaneira a sistemática anterior. O Código de 1973 vigorou por mais de duas décadas passando, a partir dos anos 1990, por significativas transformações.

Na exposição de motivos, subscrita pela comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do que viria se tornar o Código de 2015, aduz que “o enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC” (BRASIL, 2015, p. 24).

A partir da necessidade de alterações na sistemática processual, em razão das próprias transformações sociais, foi natural que a codificação anterior se tornasse menos funcional e, conseqüentemente, menos eficiente.

A comissão de juristas reconhece que a legislação revogada continha diversos problemas, entre eles, a complexidade do sistema recursal. Se originalmente o Código de 1973 continha uma sistemática simples, após sucessivas reformas pontuais acabou por se tornar muito mais complexo. (BRASIL, 2015, p. 25)

O Código de 2015 inovou o sistema como um todo. Houve, por exemplo, alterações substanciais em relação aos prazos, que passaram a ser contados em dias úteis (art. 219) e, em relação aos prazos recursais, estes foram uniformizados em 15 (quinze) dias. O Agravo Retido foi excluído do sistema recursal assim como os Embargos Infringentes, que foram convertidos em técnica de julgamento.

O intuito da nova legislação é garantir preceitos constitucionais, dar maior celeridade ao processo, privilegiar métodos alternativos de solução de conflitos, dar primazia às decisões dos tribunais superiores, concentrar atos processuais e etc.

Em tese, a limitação da possibilidade de recorrer das decisões interlocutórias ajudaria, na nova sistemática inaugurada, a garantir maior celeridade ao processo de conhecimento.

Deixando de existir o agravo na forma retida, o Código de 2015 é explícito ao garantir que as questões controvertidas que não se submeterem ao agravo de instrumento não precluem e poderão ser suscitadas em preliminar de apelação ou em contrarrazões:

“Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões 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**, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas **contrarrazões**.” (grifo nosso)

O agravo de instrumento, por sua vez, foi mantido no Título II, referente aos recursos, Capítulo III, do agravo de instrumento, artigo 1.015, com a seguinte redação:

“Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento **contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:**

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
- XII - (VETADO);
- XIII - **outros casos expressamente referidos em lei.**

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.” (grifo nosso)

O Código de 2015, portanto, adequa o sistema de preclusão das decisões interlocutórias de modo a harmonizá-lo com a diminuição das hipóteses de cabimento.

Ademais, o código mantém a possibilidade de se atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento (art. 1.019, inciso I) e, em relação aos documentos essenciais à interposição do recurso, inova ao determinar que sendo os autos eletrônicos, não há necessidade de juntada de cópia das peças essenciais mas tão somente daquelas que o agravante entender úteis para a compreensão da controvérsia (art. 1.017, § 5º).

A redação do *caput* do artigo 1.015, leva ao entendimento que o cabimento do agravo de instrumento se limita às situações enumeradas nos incisos de I a XIII. São onze possibilidades enumeradas, visto que o inciso XII, que se referia à conversão da ação individual em ação coletiva, foi vetado e o inciso XIII remete a disposição legal que declare que contra a decisão proferida é cabível o agravo de instrumento.

A despeito da literalidade do disposto no artigo 1.015 e seus incisos, que trazem situações definidas para o cabimento do agravo de instrumento, a doutrina passou a vislumbrar e propor formas alternativas para impugnar decisões interlocutórias.

Em síntese, formaram-se três correntes acerca da interpretação a ser conferida ao artigo 1.015: 1ª) o rol seria taxativo e sua interpretação, restritiva; 2ª) o rol seria taxativo, mas as hipóteses poderiam ser interpretadas de forma extensiva; e 3ª) o rol seria exemplificativo.

2.1. As posições da doutrina acerca da interpretação do artigo 1.015.

Considerando a redação final do artigo 1.015, parte da doutrina se posicionou pela taxatividade do rol nele contido. Ainda que o inciso XIII remeta a outras disposições legais, seria certo que deveria haver lei que permitisse o seu cabimento. Nesse sentido, o dispositivo legal deve ser interpretado de forma restritiva.

Um dos argumentos para essa leitura consta nos registros da tramitação do projeto de lei que viria a se tornar o Código de 2015, PLC 8.046/2010 (Câmara dos Deputados) e PLS 166/2010 (Senado Federal).

Os legisladores teriam optado, após discussões sobre o projeto de lei, pela taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Tal escolha pode ser

vislumbrada na redação do Parecer nº 956, de 2014, elaborado pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil, do Senado.

Ao tecer considerações sobre a Emenda nº 92, proposta pelo senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP), que buscava ampliar as hipóteses de interposição do agravo de instrumento, a comissão assim aduziu:

“O objetivo desses ajustes seria afastar o regime da taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, a fim de garantir que qualquer decisão interlocutória desafie esse recurso.

[omissis...]

Óbice regimental opõe-se à supracitada emenda. **A taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento foi aprovada pelo Senado Federal** na forma do art. 969 do PLS. A Câmara dos Deputados apenas acresceu novas hipóteses e ajustou a redação de outras previstas pelo Senado Federal, mediante ajustes constantes do art. 1.028 do SCD. **Suprimir a taxatividade do cabimento do agravo de instrumento é incorrer em inovação legislativa não autorizada nessa etapa derradeira do processo legislativo.**

[omissis...]

Rejeita-se, pois, a emenda em referência” (BRASIL, 2014. pp. 39/40. grifo nosso.)

Dessa forma, fica claro que o *mens legislatoris* era, de fato, determinar a taxatividade do cabimento do agravo de instrumento, que restou limitado ao rol disposto no artigo 1.015, em situações esparsas que podem ser identificadas no próprio Código e, conforme determinação do inciso XIII, em outras leis que explicitamente permitam a interposição do recurso.

Parte da doutrina defendeu a taxatividade do rol em razão da intenção dos legisladores e, também, em decorrência da redação da própria lei. Não haveria a possibilidade de interpretação extensiva ou por analogia do disposto no artigo 1.015. Nos casos não discriminados no código ou em leis extravagantes, cogitou-se o mandado de segurança como meio para combater decisões interlocutórias.

Nesse sentido, BUENO (2014), em obra cujo objeto é o estudo comparativo dos projetos de lei da Câmara e do Senado, assim aduziu:

“Importante e substancial alteração proposta desde o Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas é a tarifação dos casos em que é cabível o recurso de agravo de instrumento. **O objetivo é o de reduzir os casos em que é cabível o recurso de agravo de instrumento, o**

que ganha ainda mais significado com a proposta de **extinção do agravo retido**.

[omissis...]

A respeito da pergunta – que já vem sendo formulada – sobre **o que fazer diante de uma decisão interlocutória não prevista como agravável de instrumento** pelos precitados dispositivos, a resposta parece ser, a uma só voz, a de que ela será impugnável por **mandado de segurança contra ato judicial**. É ver se o rol projetado, mormente o da Câmara, mais extenso, corresponde efetivamente às necessidades do dia a dia do foro.” (BUENO, 2014, p. 487. grifo nosso)

Do mesmo modo, BECKER (2017) ressalta a mudança de orientação levada a cabo pelo legislador no Código de 2015. Ressalta que mesmo que “bastante amplas, todas as situações descritas no CPC/15 são **objetivas**, levando a uma **mudança de paradigma** quanto ao uso do agravo de instrumento.” (p. 240. grifo nosso.)

Para o citado autor, ainda que o inciso XIII estabeleça que leis específicas possam prever o cabimento do recurso, ainda assim não se retira a taxatividade do rol “na medida em que não se confere poder discricionário ao magistrado para verificar, diante de conceitos vagos, se é o caso ou não de decisão agravável” (BECKER, 2017, p. 240).

Em relação à apreciação de cabimento do recurso, pelos magistrados, fora das hipóteses estabelecidas, BECKER (2017) fez um alerta:

“A criatividade pode levar, e tem levado, a muitas outras situações. Daí se pergunta: o Superior Tribunal de Justiça deverá regulamentar todas as situações em sede recurso especial repetitivo para evitar o problema da identificação da preclusão?

Certamente, **a intenção do legislador não foi deixar esse espaço interpretativo de um rol normativo**, notadamente porque, quando quis fazê-lo, o fez de forma expressa, liberando o intérprete a estender hipóteses previstas em lei.” (BECKER, 2017, p. 245. grifo nosso)

Em sentido diverso, há autores que defendem a taxatividade do rol do artigo 1.015, porém com a possibilidade de interpretação extensiva.

CÂMARA (2017), compreende o agravo de instrumento como sendo o recurso cabível para impugnar decisão interlocutória proferida por juízo de primeira instância, que se enquadre no rol disposto no artigo 1.015 ou em situação prevista em alguma outra lei.

Para o citado autor o artigo 1.015 estabelece um rol taxativo “**mas não exaustivo**”, já que há uma cláusula de encerramento no inciso XIII que prevê a possibilidade de outras disposições legais preverem outros casos de cabimento de agravo de instrumento” (CÂMARA, 2017, p. 527. grifo nosso).

Nesse sentido, entende que “taxatividade não se confunde com a vedação à interpretação, a qual, muitas vezes, **não poderá ser literal**, sob pena de ser construir um sistema jurídico verdadeiramente esquizofrênico” (CÂMARA, 2017, p. 530. grifo nosso).

A interpretação do disposto no artigo 1.015, sob esse prisma, poderia ser feita de forma extensiva visto que “os casos de cabimento do agravo de instrumento estão previstos em rol taxativo, mas que **admite interpretações que se afastam de sua literalidade**” (CÂMARA, 2017, p. 530. grifo nosso).

Haveria, por exemplo, a possibilidade do juízo interpretar os incisos do artigo 1.015 de forma a contemplar situações especificadas em lei, porém, a *contrario sensu*. Segundo CÂMARA (2017):

“não há sentido em admitir agravo de instrumento contra a decisão que revoga o efeito suspensivo anteriormente deferido aos embargos do executado [inciso X do artigo 1.015] e não admitir a interposição dessa mesma espécie recursal contra a decisão interlocutória que *indefer a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do executado*” (CÂMARA, 2017, p. 529. grifo nosso)

A interpretação extensiva conforme BECKER (2017) *apud* BUSTAMANTE (2007) deve se manter “dentro dos limites semanticamente estabelecidos pelo texto objeto da interpretação” e não criar hipóteses, sentidos ou extrapolar significados semânticos inexistentes no texto legal.

Em relação ao manejo do mandado de segurança para combater decisões não previstas no código ou em lei, conforme acima mencionado, BECKER (2017) entende não ser possível visto que, a pesar da decisão interlocutória não ser recorrível de imediato, poderá ser revista como preliminar de apelação, nos termos do §1º do artigo 1.009. Adverte, ainda, que a utilização do mandado de segurança fora de situações excepcionais “implicaria numa subutilização de uma garantia constitucional, rebaixando o mandado de segurança a mero sucedâneo recursal” (BECKER, 2017. p. 250).

DIDIER Jr. (2017) defende a possibilidade de interpretação extensiva do rol contido no artigo 1.015. Para o autor, ainda que o rol seja taxativo, não se mostra

incompatível com a interpretação extensiva, sendo esta possível para todas as hipóteses elencadas no artigo.

O autor informa que no sistema brasileiro são vários os exemplos em que a enumeração taxativa é interpretada de forma extensiva, tal como a lista de serviços utilizada para a incidência o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS). Essa listagem, taxativa, comporta interpretação extensiva para abarcar serviços congêneres, de mesma natureza, mas com outra denominação. Não se amplia o rol mas admite-se a inclusão de outros serviços, de mesma natureza. Tal mecanismo também se aplicaria às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

Para o autor, 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 Jr., 2017, p. 211).

Há autores que defendem que o rol do artigo 1.015 é meramente exemplificativo.

FERREIRA (2017) ao refletir sobre as posições da doutrina acerca da taxatividade do rol do artigo 1.015 e das possibilidades de interpretação, aduz que há um erro de premissa na fundamentação de ambas os posicionamentos. Para o autor há:

“um equívoco comum que parece estar sendo cometido, é a precipitação na criação de pelo menos duas correntes, uma defendendo que a enumeração legal indica **taxatividade** e não cabendo agravo somente há que se ralar em apelação e se houver urgência deve ser admitida a impetração de mandado de segurança, enquanto outra corrente vem apresentando o que parte da doutrina denomina de ‘analogia’, procurando diante de situações de inutilidade da apelação identificar ‘similitudes’ indutoras da **leitura ampliativa** das hipóteses legais de cabimento, como, por exemplo, rejeição de preliminar de incompetência ser analogicamente identificada à hipótese de rejeição da alegação de convenção de arbitragem (art. 1.015, III).”
(FERREIRA, 2017, p. 197. grifo nosso)

Para o autor, com fulcro na interpretação sistêmica do Código de 2015 o que deve ser analisado para o cabimento do recurso é a presença do interesse recursal e a inutilidade de impugnação futura da decisão em preliminar de apelação.

Nesse sentido:

“No sistema processual civil brasileiro, do CPC/2015, optou-se pela recorribilidade integral das interlocutórias, somente variando o recurso, agravo de instrumento ou, residualmente, apelação.

Logo, algo que não pode ser esquecido é que para todo recurso impõe-se **interesse recursal**, sendo este não apenas um **requisito** do recurso sem o qual não é admissível, mas também é um **direito** do recorrente em relação ao Estado, uma vez identificada recorribilidade em lei, deve ser assegurada a utilidade do Julgamento do recurso, inclusive em estrita observância do inc. XXXV do art. 5º, da CF/1988.

Se não há identificação literal das hipóteses legalmente previstas para agravo de instrumento, em primeiro momento, se defenderia a apelação, contudo se o seu julgamento futuro será inútil por impossibilidade de resultado prático pleno (ex. dano irreparável ou de difícil reparação), como no caso de uma perícia inadmitida, em que o prédio que seria objeto da perícia diante de uma desapropriação será rapidamente demolido, desaparecendo a utilidade de julgamento futuro da apelação, **não é possível defender-se o cabimento da apelação, porque a lei não pode prever recurso inútil, logo é caso de cabimento do agravo de instrumento.**

Em outras palavras, há uma **taxatividade fraca [...]**”. (FERREIRA, 2017, p. 199. grifo nosso).

Quanto ao manejo do mandado de segurança, o autor aduz que é de adoção residual, quando não se encontra na sistemática recursal uma solução para evitar dano irreparável ou de difícil reparação. Ainda, a competência para o julgamento do mandado de segurança é definida nos regimentos internos e pode ser diferente da competência recursal, o que “que cria um sistema não econômico, ineficiente e, sobretudo, com possibilidade de violar o juiz natural, pois os julgadores da ‘decisão interlocutória’ não serão os julgadores da causa.” (FERREIRA, 2017, p. 195)

Nas três posições doutrinárias apresentadas acerca do rol do artigo 1.015 (o rol seria taxativo e sua interpretação, restritiva; o rol seria taxativo, mas as hipóteses poderiam ser interpretadas de forma extensiva; e o rol seria exemplificativo) evidencia-se a preocupação com a utilização subsidiária do mandado de segurança para combater decisões interlocutórias em situações não elencadas.

Conforme já exposto no presente trabalho, a experiência do Código de 1939 com a taxatividade e rigidez das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento ao invés de promover a celeridade processual, pelo contrário, aumentou o volume de processos nos Tribunais visto que outros meios alternativos de impugnação foram “construídos” pela prática forense, como a correição parcial e o mandado de segurança, que retorna, como visto, a ser cogitado como meio de impugnação.

3. A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ROL DO ARTIGO 1.015.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ enfrentou o tema e por meio de julgamento dos Recursos Especiais nº 1.696.396 e nº 1.704.520, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos (Tema 988), admitiu a interposição do Agravo de Instrumento em situações não previstas na legislação, sob o entendimento de que o rol do artigo 1.015 é de taxatividade mitigada, ou seja, adotou-se uma quarta via, alternativa às soluções previamente indicadas.

O voto da Ministra Nancy Andrighi, relatora do caso, em primeiro lugar afasta a possibilidade de interpretação restritiva do rol do artigo 1.015 em razão da impossibilidade de o legislador prever no texto legal todos os pronunciamentos judiciais agraváveis. A realidade é sempre mais diversa e complexa que a lei. Não é possível, portanto, antever todas as hipóteses em que uma decisão interlocutória deva ser submetida, de imediato, ao crivo do 2º grau de jurisdição. Nisso, a própria história do Direito demonstra conferiu valiosa lição, conforme verificado no presente estudo.

Em segundo lugar, afasta a possibilidade de interpretação extensiva ou por analogia já que inexistente parâmetro seguro e isonômico para determinar os limites que devem ser estipulados quando da interpretação de cada uma das hipóteses elencadas. Ademais, da mesma forma que a interpretação restritiva não abarca a totalidade da realidade, a interpretação extensiva ou analógica também não o faria.

Por fim, afasta a possibilidade de interpretação do rol do artigo 1.015 ser meramente exemplificativo já que contraria frontalmente aquilo que o legislador conscientemente buscou fundamentar na lei, que é a restrição do cabimento do agravo de instrumento.

Segundo a Ministra, o cerne do recurso de agravo de instrumento – que justifica a revisão de uma decisão interlocutória proferida em instância inferior ou outra, superior, é a urgência. Ou seja, a inutilidade do julgamento do recurso de forma diferida o que, no nosso sistema, ocorre como preliminar de apelação. Já tendo havido o irremediável prejuízo para a parte, ventilar a questão em preliminar de apelação torna-se inútil.

É o caso, por exemplo, da decisão interlocutória que indefere o pedido de segredo de justiça. Não sendo recorríveis de imediato, ainda que ventiladas em preliminar

de apelação ou contrarrazões, decisão posterior que reverta a decisão interlocutória será, claramente, inútil, já que todo o processo transcorreu de forma pública.

Também é o caso das decisões relativas à competência. Não se pode imaginar que todo o processo transcorra sob a tutela de um determinado juízo para que, somente após a apelação, seja reconhecida a sua incompetência. Anular todos os atos e refazê-los novamente perante o juízo competente seria uma afronta aos princípios da razoável duração do processo e, de outro lado, da boa-fé processual.

Não seria difícil imaginar que a parte, querendo se aproveitar da demora natural do processo, restasse silente sobre o juízo incompetente para que, somente na apelação ou contrarrazões, suscitasse a incompetência do juízo.

Segundo a Ministra, são situações como essas que, envoltas na urgência e não abarcadas pela taxatividade do Código que devem supridas pela interpretação do Poder Judiciário.

Em outro espeque, os recursos e quaisquer outros mecanismos processuais não podem ser analisados de forma isolada. Ao contrário, fazem parte um sistema, jurídico, que deve ser vislumbrado como um todo. O próprio Código de 2015 faz questão de determinar normas fundamentais, logo no artigo 1º, que estabelece a interpretação do sistema processual sob o prisma da Constituição da República.

É no texto constitucional que as normas processuais encontram seu fundamento de validade e dele não deve se afastar o intérprete. Do texto constitucional decorre, também, a competência do Superior Tribunal de Justiça para buscar a interpretação que melhor permita a ponderação e melhor funcionamento do sistema jurídico processual.

Com fulcro no requisito objetivo da urgência, consubstanciado pela inutilidade de julgamento posterior e na necessidade de interpretar o texto em consonância com a intenção do legislador, foi fixada a tese de que o rol do artigo 1.015 “possui uma singular espécie de **taxatividade mitigada** por uma cláusula adicional de cabimento [urgência], sem qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC” (Recurso Especial 1.696.396/MT, p. 45. grifo no original).

A adoção da interpretação, na forma da tese proposta, cria a necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Dessa forma, aberto o leque de hipóteses de cabimento

do agravo de instrumento, o sistema recursal se sujeita a possíveis anomalias. Um desses reflexos está no sistema de preclusão da recorribilidade das decisões.

Em caso de ausência de manifestação da parte em face de uma decisão interlocutória agravável – não pela literalidade do Código mas por uma construção jurisprudencial – poderia ocorrer a preclusão temporal. Ora, se dado à parte o direito de recorrer e esta não o faz no momento oportuno, ocorre a preclusão.

Em síntese, a problemática assim se resume: havendo a ampliação jurisprudencial das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento haverá, consequentemente, a preclusão imediata das decisões, em situações que as partes nem mesmo vislumbraram a possibilidade de recurso. Confiando no sistema taxativo eleito, posteriormente seriam surpreendidas pelo não conhecimento do tema em sede de apelação ou contrarrazões.

Entretanto, tal problemática é meramente aparente. O voto da Ministra Nancy Andrighi, nesse ponto, é didático.

A preclusão opera em três dimensões: temporal, lógica e consumativa. Em síntese, a primeira se caracteriza pela “perda de uma faculdade processual oriunda do seu não exercício no prazo ou termo fixados pela lei processual”; a segunda, decorre da “incompatibilidade da prática de um ato processual com outro já praticado” e; a terceira, “quando a faculdade processual já foi exercida validamente” (Recurso Especial 1.696.396/MT, pp. 47/48).

Aplicada a tese proposta em que a urgência é o requisito que mitiga a taxatividade do rol de cabimento do agravo de instrumento, nenhuma das espécies de preclusão se aplicaria.

Não ocorrerá a preclusão temporal pois se aplicada a tese da taxatividade mitigada, o que se opera é a antecipação do momento do reexame da decisão, de forma extraordinária. Não se altera o momento previsto para a impugnação da decisão que se dá quando da apelação ou contrarrazões.

Não ocorrerá a preclusão lógica visto que a decisão interlocutória combatida, fora do rol estipulado no artigo 1.015, se mantém imune à preclusão. Somente havendo a conduta ativa da parte é que a decisão será levada à apreciação do 2º grau. Caso contrário, a decisão se manterá em estado de espera, conferido pela própria lei.

Por fim, não ocorrerá a preclusão consumativa pois a decisão somente sairá do estado de inércia, suspensa a preclusão, se além da interposição do recurso houver, também, juízo confirmatório de admissibilidade. Ou seja, se houver a confirmação de que a questão deva ser reexaminada de imediato.

Ao final do voto, a Ministra tece considerações acerca do descabimento do Mandado de Segurança como sucedâneo recursal, outro elemento bastante ventilado pela doutrina como um meio de revisão de decisões interlocutórias, no atual sistema do Código de 2015.

Mais uma vez a experiência conferida pela história do Direito se mostra valiosa. As experiências vividas nos sistemas propostos pelo Código de 1939 e pelo Código de 1973 demonstraram que a utilização do mandado de segurança dessa forma é uma anomalia ao sistema que mais prejuízos e confusão acarreta do que benefícios.

Na atual sistemática inaugurada pelo Código de 2015, a utilização do mandado de segurança como técnica de correção de decisões judiciais não se concilia com os princípios fundamentais do processo, que prima pela celeridade e por um todo sistêmico. Descabida, portanto, a sua utilização para combater decisões interlocutórias sob pena de causar enorme gargalo processual.

Basta verificar que a utilização do mandado de segurança:

“(i) implica na inauguração de uma nova relação jurídico processual e em notificação à autoridade coatora para prestação de informações; (ii) usualmente possui regras de competência próprias nos Tribunais, de modo que, em regra, não será julgado pelo mesmo órgão fracionário a quem competirá julgar os recursos tirados do mesmo processo; (iii) admite sustentação oral por ocasião da sessão de julgamento; (iv) possui prazo para impetração substancialmente dilatado; (v) se porventura for denegada a segurança, a decisão será impugnável por espécie recursal de efeito devolutivo amplo.”
(Recurso Especial 1.696.396/MT, pp. 53/54)

Ao final do julgamento, por maioria de votos (sete a cinco), a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça fixou a tese, nos termos expostos pela Ministra relatora: “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.”

E modulou-se os efeitos da tese jurídica ao determinar que “a tese jurídica somente se aplicará às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão”.

Considerações finais

O novo sistema processual brasileiro inaugurado pelo Novo Código de Processo Civil de 2015 buscou coadunar o processo civil com as normas constitucionais. Não se trata de mera tendência, mas de verdadeiro axioma – pedra fundamental do ordenamento jurídico pátrio.

No período de transição e de aplicação efetiva da nova roupagem dada aos institutos jurídicos, muitos deles com origens nos séculos XVI e XVII, espera-se que surjam gargalos e divergências. É o que ocorreu com o agravo de instrumento.

Como ventilado no presente estudo, não houve uma verdadeira ruptura do sistema preconizado pelo Código de 1973, que passou por diversas adaptações ao longo do seu tempo de vigência. O Código de 2015 adequou as normas do processo civil ao modelo jurídico constitucional contemporâneo e à nova realidade técnica-funcional da nossa sociedade, altamente vinculada à rede de internet e ao espaço digital.

Daí a necessidade da doutrina em desenvolver soluções para a melhor aplicação da legislação. Trata-se de uma face da democracia em que os atores envolvidos buscam o aprimoramento das instituições, o que permite a melhor condução dos processos e resolução dos conflitos.

Em verdade, nas soluções indicadas pela doutrina acerca da interpretação a ser conferida ao rol do artigo 1.015, pouco se ventilou sobre fundamentos constitucionais ou mesmo sobre as normas fundamentais do processo, que estão logo no artigo 1º do novo Código.

As três correntes apresentadas, em maior ou menor escala, se fundamentaram nas experiências e na ciência jurídica desenvolvida sob a égide dos sistemas anteriores (Código de 1939 e Código de 1973). O prisma constitucional-sistêmico foi pouco abordado.

É claro que as experiências pretéritas formam e condicionam o modo de pensar e agir daqueles que trabalham com o Direito. Tanto é que parte da doutrina cogitou

ressuscitar o mandado de segurança como sucedâneo recursal – o que foi amplamente reconhecido como desastroso, nos termos do voto da Ministra Nancy Andri ghi no julgamento do Recurso Especial 1.696.396/MT.

Entretanto, é assim que ocorre em qualquer ciência. Thomas Kuhn (1997), já alertava, em 1962, que deve haver o rompimento de paradigmas para que haja verdadeiro avanço. No caso das ciências humanas aplicadas os paradigmas são paulatinamente substituídos e novas verdades e fundações são construídas sem que, necessariamente, se rompam todos os laços com o passado. É dessa forma que buscamos a noção de decisões terminativas e não terminativas no direito romano e as origens do recurso de agravo no direito português medieval.

O julgamento dos Recursos Especiais 1.696.396 e 1.704.520, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, outro moderno avanço em matéria de técnica de julgamento, nos permite vislumbrar um novo paradigma, um novo prisma que se pretende incul tir, cada vez mais, na interpretação das normas e do sistema jurídico.

A decisão de que o rol do artigo 1.015 é de taxatividade mitigada pela urgência se coaduna com os paradigmas atuais e, ao menos em tese, resolve grande parte dos problemas vislumbrados pela doutrina em relação à taxatividade das hipóteses de cabimento, fruto das experiências dos sistemas anteriores.

Entretanto, somente o passar dos anos e os novos desafios que virão poderão demonstrar se esse novo caminho é, de fato, o mais acertado para o atingimento real da finalidade dos processos judiciais, que é a pacificação social.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Novo agravo**. 4. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BECKER, Rodrigo Frantz. **O rol taxativo (?) das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento**. Publicações da Escola da AGU V. 9, n. 04, 2017. Disponível em <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2020>. Acesso em 02 abr. 2019.

BRASIL. Coordenação de Edições Técnicas. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7 ed., Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em 16 mai. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

BRASIL. DECRETO-LEI nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em 10 mai. 2019.

BRASIL. DECRETO-LEI nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Exposição de motivos**. Código de Processo Civil (1939). Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em 15 mai. 2019.

BRASIL. LEI nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Exposição de motivos**. Código de Processo Civil (1973). Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em 15 mai. 2019.

BRASIL. Lei Federal nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Temporária do Código de Processo Civil sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil. **Parecer nº 956, de 2014**, Disponível em <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=159354&tp=1>. Acesso em 18 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.696.396/MT**. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 19 dez. 2018. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702262874&dt_publicacao=19/12/2018. Acesso em 15 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.704.520/MT**. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJ: . Disponível em <> Acesso em 15 mai. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal (PLS n. 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010)**. São Paulo: Saraiva. 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3 Ed. Rev. Atual. Amp., São Paulo: Atlas. 2017.

CORRÊA, Joel Machado. **Recurso de agravo: história e dogmática por mais de 500 anos**. São Paulo: Iglu, 2001.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17 Ed. Salvador: JusPodium, 2015.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. Vol. 3. Salvador: JusPodium, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do novo processo civil**. 2 Ed. São Paulo: Malheiros. 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19 Edição Rev. e refor., São Paulo: Atlas. 2016.

FERREIRA, William Santos. **Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias**. Revista de Processo n. 263, São Paulo: RT, jan. 2017. Disponível em <https://www.academia.edu/36054360/>. Acesso em 20 mai. 2019.

GUEDES, Clarissa. **A impugnação das decisões interlocutórias no direito lusitano**. Revista Eletrônica de Direito Processual – PEDP, vol. IV, 2009. Disponível em <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv>. Acesso em 10 mai. 2019.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5 ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1997.

LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. **A Nova Lei do Agravo: implicações e implicabilidade**. São Paulo: Mundo Jurídico. 2012.

MIOTTO, Carolina Cristina. **A EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010**. Revista da UNIFEDE. Disponível em <http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135>. Acesso em 10 mai. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito Processual Civil**. V. único. São Paulo: Juspodium, 2016.