ACTIO

11 TAXATIVIDADE MITIGADA E AGRAVO DE INSTRUMENTO: ENTRE AVANÇOS, RETROCESSOS E ESTAGNAÇÃO

11 MITIGATED EXHAUSTION AND INTERLOCUTORY APPEAL: BETWEEN ADVANCES, BACKWARDS AND STAGNATION

Guilherme Luis Hack Lamy[1]
Priscilla Mara Fillus[2]

Recebido em:	26/12/2020
Aprovado em:	10/06/2021

RESUMO: O agravo de instrumento de 2015 sofreu diversas alterações quando comparado com o regime do Código de 1973 e, posteriormente, pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do Tema 988, o rol do artigo 1.015 deixou de ser taxativo e passou a ser de taxatividade mitigada, contrapondo a intenção legiferante. Admite-se, portanto, a interposição do recurso quando constatada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento de determinada matéria em preliminar de apelação. Assim, por meio de análise doutrinária e jurisprudencial, este artigo visa a abordar a mudança nas hipóteses de cabimento do recurso quando comparadas ao CPC/73. Ainda, constitui objeto do trabalho analisar a reação da doutrina em relação ao que fora decidido na Corte Superior. Com a alteração introduzida pelo STJ, questiona-se uma suposta insegurança jurídica consequente da decisão – visto que o Código de 2015 pretendia, com a taxatividade, primar pela eficiência e razoabilidade do processo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Agravo de instrumento. Taxatividade mitigada. Tema 988/STJ.

ABSTRACT: Interlocutory appeal has suffered several modifications with the change of the 1973 to the 2015 Code and, afterwards, with the thesis fixed by the “STJ”. When deciding the Theme 988, the cast of the article 1.015 was no longer restrictive, but of mitigated exhaustion. Currently, it is possible to interpose an interlocutory appeal when verified urgency due to uselessness of judgement at state of appeal. Therefore, through a doctrinal and jurisprudential analysis, this article aims to discuss the modifications in admissibility of interlocutory appeal when compared with “CPC/73”. Furthermore, this paper analyzes the reaction from the academy to the thesis fixed by the Superior Court. With the modification introduced by the Court, a supposed legal insecurity arising from the decision takes place in debate - once the 2015 Code intended, with an exhaustive cast, excel for the efficiency and reasonableness of judicial process.

KEYWORDS: Interlocutory appeal. Mitigated exhaustion. Theme 988/STJ.

[1] Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/3152200869594617. E-mail: lamy.glh@gmail.com
[2] Advogada. Pós-graduanda em Direito Digital pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS-Rio) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada em Direito pela pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/1588955058442107. E-mail: priscillafillus@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 1.015, unificou o recurso de agravo e previu um rol taxativo de cabimento. Superou, assim, a sistemática do Código anterior (de 1973). Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio de decisão em sede de recurso repetitivo, declarou ser o rol do art. 1.015 de taxatividade mitigada.

Em um período extremamente curto de tempo, o cabimento de agravo de instrumento teve duas mudanças significativas, sendo o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, atualmente, diverso daquele que consta em um Código "novo". Por essas razões, o presente artigo visa a explorar as consequências advindas do julgamento do Tema 988/STJ.

Inicialmente, analisar-se-á a sistemática do Código de Processo Civil de 1973, que permitia a interposição do recurso sobre toda e qualquer decisão interlocutória; após, a lógica recente inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015, que pretendia a limitação das hipóteses de interposição do agravo de instrumento, estabelecendo um rol taxativo.

Em um terceiro momento, pretende-se analisar a posição tomada pela Corte Especial do STJ, que reputa cabível a interposição de agravo fora das hipóteses previstas no CPC/15, desde que observada "a urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação".

Essas alterações merecem ser minuciosamente analisadas, para o fim de compreender o regime preclusivo proveniente da taxatividade mitigada, passando, para tanto, pelo posicionamento da doutrina sobre o tema. Somado a isso, constitui mudança recente (de dezembro de 2018), que acabou por colocar, de um lado, os princípios da razoabilidade e da efetividade e, de outro, o princípio da segurança jurídica e da estabilidade.

2. OS AGRAVOS NO CÓDIGO BUZAID

Originalmente, o agravo "era gênero no qual ingressavam duas espécies: o agravo retido e o agravo de instrumento", em um sistema processual no qual toda a decisão interlocutória era suscetível de interposição de recurso em uma dessas modalidades (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 938).

O agravo retido servia, exclusivamente, "como meio impediente da preclusão, que ocorreria sobre o decidido, não tivesse havido o recurso, devolvendo-se ao tribunal só a decisão agravada, que haverá de ser julgada preliminarmente à apelação" (ALVIM NETTO,

1987, p. 3). Isto é, o agravo ficaria “retido” (ou suspenso) em grau recursal, dependendo seu julgamento da interposição do recurso de apelação, após a sentença. De outro vértice, o agravo de instrumento seria julgado autonomamente “mas, sempre, antes da apelação (...), pois diz com questão antecedente” às que possam estar nela contidas (ALVIM NETTO, 1987, p. 3).

Na redação original do Código de 1973, a escolha entre as modalidades de agravo era “opção aberta ao agravante (...), vinculativa para o juiz” (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 125). Sobre o agravo retido, porém, cabe uma ressalva. Nos termos de Barbosa Moreira, embora o regime retido evitasse formalidades e despesas, “por outro lado, se o tribunal der razão ao agravante, o provimento do agravo com frequência acarretará a perda de toda a atividade realizada em primeiro grau após a decisão agravada” (BARBOSA MOREIRA, 1994, p. 19).

Ainda sob a égide do Código Buzaid, José Manoel de Arruda Alvim Netto afirmou que a lógica do agravo de instrumento era imperfeita, pois a lei não teria dosado satisfatoriamente o rol de decisões relevantes, discriminando-as (que era o critério do CPC de 1939). “Com isso, toda e qualquer decisão acabou tendo relevância, para servir de supedâneo à recorribilidade” (ALVIM NETTO, p. 3-4).

Nesse sentido, enunciou o “princípio das decisões juridicamente relevantes”, em que apenas decisões com efetiva relevância comportariam recurso, “ao contrário do que se passa com outras decisões havidas pela lei como juridicamente irrelevantes (ainda que, hipoteticamente, possam causar prejuízos, certamente tidos pelo legislador como menores do que das outras decisões), as quais não comportam recurso” (ALVIM NETTO, p. 9-10).

As Leis de nº 9.139/1995 e 10.352/2001, inobstante tenham trazido mudanças significativas para o regime do agravo, alterando local de protocolização e prazo para interposição, por exemplo (estendendo o prazo para dez dias), não alteraram a sistemática do recurso.

A Lei nº 9.139 apresentou, contudo, uma mudança que pode ter levado à reforma de 2005. Isso porque “refundiu o procedimento do agravo, consagrando, como novidade central, a técnica da interposição direta perante o órgão *ad quem*”, sendo que, após a alteração, “algumas vozes denunciaram o aumento da carga de trabalho imposta aos tribunais de segundo grau” (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 144).

Em 2005, chegou-se a afirmar que “o excesso de agravos de instrumento motivou a edição da Lei 11.187, de 19.10.2005” (GOMES JR., 2006, p. 2), que assim estipulou:

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

O regime do agravo de instrumento passou, portanto, a ser interposto contra decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação (DIDIER JR., CUNHA, 2016, p. 204-205).

A diferenciação entre agravo de instrumento e agravo retido era justamente essa: “levava em consideração principalmente o perigo na demora, que justificava a antecipação do conhecimento do recurso - por instrumento - que, em regra, deveria aguardar a sentença - pela via retida” (UZEDA, 2018, p. 204). Abandonou-se, expressamente, a escolha discricionária pela modalidade do recurso (GOMES JR., 2006, p. 2).

Em palestra intitulada “O agravo e o conceito de sentença”, Teresa Arruda Alvim afirmou que o agravo retido passou a ser regra geral e, de instrumento, a exceção. Sobre a reforma, teceu a seguinte crítica: as três hipóteses legais não são as únicas que ensejam que “o agravo seja processado no regime de instrumento”. Afirmou, então, que outras decisões comportariam o agravo de instrumento, como as que versem sobre competência e decisões sobre o valor da causa (ALVIM, 2007, p. 4).

Assim, o agravo de 1973 era duplo: enquanto o de instrumento seria julgado durante o curso do processo, o retido seria julgado como preliminar de apelação. Já nas décadas de 1980 e 1990, discutiam-se os efeitos práticos do julgamento do agravo retido em sede de preliminar de apelação, o que poderia levar à anulação de todo o processo de conhecimento, implicando custo e tempo.

Outra discussão da época, e que também segue atual, fazia menção ao rol de decisões passíveis de agravo. Originalmente, todas eram suscetíveis, havendo quem defendesse a taxatividade do recurso, devendo valer somente para decisões juridicamente relevantes.

A reforma processual de 2005, além de legalmente retirar a escolha discricionária sobre qual recurso de agravo deveria a parte interpor, trouxe limitações materiais à

interposição do agravo de instrumento. Entretanto, como pontuado, o legislador parece ter limitado às hipóteses agraváveis de forma descuidada, “deixando de fora” temas concernentes à competência e ao valor da causa, por exemplo.

Esses três pontos de debate (julgamento do agravo em preliminar de apelação; rol taxativo; situações “esquecidas” pelo rol taxativo), como se verá adiante, seguem norteando doutrina e jurisprudência, mesmo na vigência do Código de 2015.

3. O AGRAVO NO CÓDIGO DE 2015

O anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu como um de seus objetivos “simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal” (BRASIL, 2010, p. 23).

Além de extinguir a figura do agravo retido, o Código de 2015 estabeleceu hipóteses taxativas em que seria cabível o agravo de instrumento – deixando de considerar, porém, inúmeras questões resolvidas através de decisão interlocutória na fase de conhecimento (WAMBIER, TALAMINI, 2016, p. 542). Nesse sentido:

> [...] o agravo retido desaparece do sistema recursal (as questões resolvidas por decisões interlocutórias não suscetíveis de agravo de instrumento só poderão ser atacadas nas razões de apelação, art. 1.009, §1º, CPC) e o agravo de instrumento passa a ter cabimento apenas contra decisões interlocutórias expressamente arroladas pelo legislador (art. 1.015 CPC). (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 938).

A função obstativa da preclusão que possuía o agravo retido desaparece. Ressalvadas as hipóteses listadas no art. 1.015, que estariam sujeitas à preclusão caso não interposto agravo de instrumento no prazo legal, todas as demais "decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação”.

Modificou-se, assim, o momento da impugnação: fora das hipóteses legais do 1.015, ao invés de impugnar a decisão de imediato, via agravo retido, a impugnação passa a ser após a sentença, como preliminar de apelação – “o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação” (BARIONI, 2015, p. 1; CARPES, 2019, p. 227).

A preclusão “permaneceu imediata quando a decisão for sujeita a agravo de instrumento e diferida para as decisões interlocutórias não impugnáveis por agravo de instrumento” (BARIONI, 2015, p. 1).

Em síntese, caso o magistrado viesse a proferir decisão interlocutória sobre matéria que não estiver albergada pelo art. 1.015, a parte inconformada com a decisão deverá argui-la, perante o Tribunal, não no prazo de 15 (quinze) dias contados da decisão, mas sim em preliminar de apelação, conforme prescreve o art. 1.009, § 1º, do CPC. Percebe-se a "opção [do legislador] por maior celeridade processual na fase de conhecimento, postergando o eventual reexame de questões processuais para análise conjunta quando do julgamento da apelação" (MARANHÃO, 2016, p. 3).

No anteprojeto do Código, o mote estava consubstanciado em reduzir, simplificar, reduzir. Não diferente, apontou-se que a alteração do regime de agravo pretendeu "reduzir o número de recursos (...), em vista do desenvolvimento do processo ou de seu resultado", reduzindo, consequentemente, a atividade das partes e do próprio Poder Judiciário (BARIONI, 2015, p. 6).

E se alguma questão efetivamente relevante não estivesse prevista no rol do art. 1.015? Tal questionamento é de extrema pertinência, afinal, "haverá casos onde a decisão interlocutória não se encontra elencada no rol do artigo 1.015 do Novo CPC, mas ao mesmo tempo não há condições de impugnar tal decisão apenas em preliminar de apelação" (MENDES, GARCIA, 2016, p. 65).

Afirmou-se que, em certos casos, como o de uma decisão que determinasse a suspensão do processo em virtude de suposta prejudicialidade externa (art. 313, V, a, do CPC), caberia o mandado de segurança, uma vez que tal questão não se encontrava no rol do 1.015 (BARIONI, 2015, p. 3). O raciocínio é lógico: caso o processo fique suspenso por um ano, e apenas depois desse período seja sentenciado, qual a utilidade em se impugnar tal matéria em preliminar de apelação?

Leonardo da Cunha trouxe como exemplo a matéria de competência, não abrangida pelo 1.015. Realizou uma comparação interessante, partindo da seguinte premissa: pelo Código, decisões proferidas em processos de execução ou de inventário são sempre agraváveis. Ou seja, havendo alguma decisão sobre competência no inventário ou na execução, cabe o agravo de instrumento. Entretanto, a mesma decisão sobre competência não é agravável no processo de conhecimento (CUNHA, 2015, p. 2).

Na hipótese de competência relativa violada, o reconhecimento futuro da incompetência "seria inócuo, pois o processo já teria tramitado perante o juízo territorialmente

competente e, ademais, a decisão não poderia ser invalidada" (CUNHA, 2015, p. 2). Na hipótese de competência absoluta, implicaria um novo processo, demandando tempo e recursos. Um exemplo prático expõe perfeitamente a problemática da competência:

> Imagine-se a hipótese de decisão que declina a competência para a Justiça do Trabalho. Caso não seja possível impugná-la imediatamente pelo agravo de instrumento, a decisão se tornaria rigorosamente irrecorrível, já que o TRT, ao julgar o recurso ordinário contra a futura sentença do juiz trabalhista, não poderia rever a decisão proferida no juízo comum – o TRT somente tem competência derivada para rever decisões de juízos do trabalho a ele vinculados. (CUNHA, 2015, p. 4).

Conclui o autor por uma interpretação extensiva do art. 1.015 – partindo de entendimento pretérito do STJ, aplicado a situações tributárias (STJ, 2009) e processuais penais (STJ, 2008). Questões relativas à matéria de competência, portanto, poderiam ser abrangidas pelo inciso III do art. 1.015, que versa sobre convenção de arbitragem – pois "contém características da decisão sobre competência" (CUNHA, 2015, p. 4).

Clayton de Albuquerque Maranhão, embora estivesse filiado à corrente que admitia interpretação extensiva, ao abordar o mesmo inciso III do art. 1.015, entendia que as peculiaridades do texto legal não permitiam a aplicação do inciso às hipóteses de "rejeição de exceção de incompetência absoluta entre juízos e pertencentes à jurisdição estatal" (MARANHÃO, 2016, p. 9). Isso porque o art. 1.015, III, versa tão somente sobre a "rejeição da alegação de convenção de arbitragem" e, caso o juiz rejeitasse a exceção que suscitasse cláusula arbitral, a "instituição perante o tribunal arbitral pode ver-se frustrada diante da demora na solução da questão na Justiça Comum" (MARANHÃO, 2016, p. 9).

Em contrapartida à interpretação extensiva, Eduardo Talamini e Luiz R. Wambier manifestaram-se no sentido de que, mesmo existindo aqueles que pleiteassem a aplicação extensiva das hipóteses previstas no art. 1.015, fato é que, "por mais criticável que sejam algumas hipóteses 'esquecidas' pelo legislador, não é dado ao intérprete flexibilizar um critério de cabimento que se pretendeu verdadeiramente restritivo" (WAMBIER, TALAMINI, 2016, p. 542).

Sob a ótica estrita da lei (art. 1.015), Elpídio Donizetti afirmava que a decisão que não comporta agravo de instrumento "não fica coberta por preclusão e pode ser suscitada em preliminar de apelação, ou nas contrarrazões (art. 1.009 §1º). Em sendo a decisão suscetível de causar à parte lesão grave antes do julgamento da apelação, pode-se manejar mandado de

segurança" (WAMBIER, TALAMINI, 2016, p. 542). No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JR., 2017, p. 1283-1284), Talamini e Wambier (WAMBIER, TALAMINI, 2016, p. 543). De outro vértice, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de A. Nery criticaram a adoção do *writ* como "substitutivo" do agravo de instrumento (NERY JR., NERY, 2016, p. 2237-2238).

A possibilidade de impetração do mandado de segurança gerou intenso debate.

Segundo Pedro Miranda de Oliveira, a precisão de um rol taxativo de situações agraváveis significou um retrocesso, um retorno à lógica do Código de 1939. E que, extirpada a regra da ampla recorribilidade (do Código de 1973), haveria o "nefasto ressurgimento do mandado de segurança contra ato judicial" (OLIVEIRA, 2015, p. 2).

O Professor Clayton Maranhão, diante das decisões irrecorríveis imediatamente via agravo de instrumento, sustentava que "permitir simplesmente o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial (...) implicaria numa subutilização de uma garantia constitucional, rebaixando o mandado de segurança a mero sucedâneo recursal, o que não se admite no Estado Constitucional" (MARANHÃO, 2016, p. 13-14).

Somado a isso, as hipóteses não previstas no art. 1.015 não eram irrecorríveis, mas apenas não possuíam recorribilidade imediata. Manifestou-se, então, pela aplicação do enunciado de súmula 267 do STF ("Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição"). Contudo, ciente de que haveria casos em que o "jurisdicionado poderá sofrer dano irreparável ou de difícil reparação diante de uma decisão flagrantemente ilegal caso não disponha de tutela jurisdicional tempestiva", asseverou que caberia a excepcional aplicação da *ratio* do RE 76.909/STF, no sentido de admitir o *writ* nessas situações (MARANHÃO, 2016, p. 14).

Na esteira de possível interpretação extensiva, ampliativa ou analógica do elenco do 1.015, Talamini e Wambier sustentaram que:

> [...] cabe adotar-se a compreensão restritiva do elenco de hipóteses de interlocutórias que comportam agravo de instrumento. O discurso da ampliação de tal elenco, se adotado, tende a no futuro gerar armadilhas. Os jurisdicionados, com frequência, ouviriam do tribunal: "A parte deveria ter agravado dessa decisão interlocutória. Tal decisão não está explicitada no elenco geral de hipóteses agraváveis, mas seria dali extraível, por interpretação 'ampliativa' ou 'analogia'. Então, se está precluso a discussão dessa questão"... Não é essa a solução mais segura e razoável. (WAMBIER, TALAMINI, 2016, p. 543).

Consignou-se, também, que não há entendimento pacificado acerca dessa matéria, "sendo necessário aguardar manifestação da jurisprudência e assim saber de que forma agir diante desses casos" (NERY JR., NERY, 2016, p. 2237-2238).

Em conclusão semelhante, o professor Clayton Maranhão:

> [...] a interpretação extensiva do rol de cabimento do agravo é uma possível via a ser adotada pela jurisprudência, mas isso não quer dizer que seja ela necessária. As Cortes de Justiça e as Cortes Supremas podem muito bem compreender pelo descabimento dessa solução hermenêutica nos poucos casos apontados pela doutrina, assumindo uma opção pela eventual decretação de nulidade do processo, caso provido o recurso de apelação quanto a tais questões anteriores à sentença. (MARANHÃO, 2016, p. 14).

Em síntese, a lógica do Código de 2015 trouxe consigo uma turbulência no sistema recursal. Enquanto no Código Buzaid era possível a interposição de agravo (seja o retido ou de instrumento) contra toda e qualquer decisão interlocutória (posteriormente limitado o agravo de instrumento para situações de urgência), o art. 1.015 do CPC/15 delimitou - de maneira taxativa - as hipóteses de cabimento recursal.

Restringir a recorribilidade de decisões interlocutórias, porém, não foi uma novidade (UZEDA, 2018, p. 204). A redação do art. 1.015 adotou uma relação direta entre hipóteses de cabimento do recurso e hipóteses legais críticas, passíveis de gerar prejuízos severos ao processo. Essa relação, contudo, acabou por afastar o requisito do *periculum in mora* como requisito de cabimento do agravo - afinal, as hipóteses urgentes já estariam previstas no texto da lei (UZEDA, 2018, p. 204-205).

4. O AGRAVO DE INSTRUMENTO NO STJ: TAXATIVIDADE MITIGADA

Transcorridos menos de dois anos da vigência do Código de Processo Civil de 2015, a taxatividade implementada pelo art. 1.015 chegou ao Superior Tribunal de Justiça em sede de repetitivo (tema 988), com a seguinte questão submetida a julgamento:

> Definir a natureza do rol do art. 1015 do CPC/2015 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo do Novo CPC.

A relatoria do processo foi incumbida à Ministra Nancy Andrighi (STJ, 2018). Ao realizar uma fundamentada digressão histórica sobre o agravo, passando inclusive pelas

Ordenações Filipinas, rememorou que o Código de 1939 já havia instituído elenco taxativo das hipóteses agraváveis.

Ponderou, porém, que o sistema de 1939 era falho, pois havia questões que se enquadravam em mais de uma espécie recursal e, principalmente, pelo fato de que "uma série de questões que poderiam causar prejuízos às partes ou comprometer o adequado exame de mérito da controvérsia não seriam recorríveis de imediato".

Recorrendo às exposições de motivos de Alfredo Buzaid, afirmou a Ministra que a superação de tais incongruências se deu com hipótese de cabimento do agravo por exclusão (no Código de 73) – i.e., não sendo despacho nem sentença, cabível seria o agravo de instrumento. Fez menção, também, à reforma de 2005, "visando à racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional"[3], e que tornou excepcional o agravo de instrumento, passando a ser cabível "somente quando a decisão impugnada fosse suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação".

Analisou, então, o art. 1.015 do (então) novo Código de Processo Civil.

Destacou que, ainda no anteprojeto do Código, a natureza do art. 1.015 foi amplamente discutida e, embora tenham sido elencadas apenas algumas hipóteses em seu rol, o relator-geral da Câmara, em certo momento, "consolidou uma redação que expressamente previa o cabimento imediato do agravo de instrumento em face das decisões que versavam sobre competência e também quando havia o indeferimento de prova pericial".

A proposta não vingou, e o Senado asseverou que o agravo ficou restrito a "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação".

Reconheceu a Ministra que a intenção legislativa foi, ao que tudo indica, pela taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Indicou, também, três possibilidades de interpretação do art. 1.015 que surgiram na doutrina e na jurisprudência: "(i) o rol é absolutamente taxativo e deve ser interpretado restritivamente; (ii) o rol é taxativo, mas comporta interpretações extensivas ou analogia; (iii) o rol é exemplificativo".

Após essas considerações históricas, legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, chegou a oito conclusões preliminares, que merecem ser transcritas:

[3] Conforme consta do voto da Min. Nancy Andrighi, essa é uma das justificativas apresentadas no Projeto de Lei nº 4.727-A de 2004, que deu origem à Lei nº 11.187/2005.

> **(i)** A controvérsia limita-se, essencialmente, à recorribilidade das interlocutórias na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceto o processo de inventário, em virtude do que dispõe o art. 1.015, parágrafo único, do CPC, que prevê ampla recorribilidade das interlocutórias na fase de liquidação ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.
> **(ii)** A majoritária doutrina se posicionou no sentido de que o legislador foi infeliz ao adotar um rol pretensamente exaustivo das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento na fase de conhecimento do procedimento comum, retornando, ao menos em parte, ao criticado modelo recursal do CPC/39.
> **(iii)** O rol do art. 1.015 do CPC, como aprovado e em vigor, é insuficiente, pois deixa de abarcar uma série de questões urgentes e que demandariam reexame imediato pelo Tribunal.
> **(iv)** Deve haver uma via processual sempre aberta para que tais questões sejam desde logo reexaminadas quando a sua apreciação diferida puder causar prejuízo às partes decorrente da inutilidade futura da impugnação apenas no recurso de apelação.
> **(v)** O mandado de segurança, tão frequentemente utilizado na vigência do CPC/39 como sucedâneo recursal e que foi paulatinamente reduzido pelo CPC/73, não é o meio processual mais adequado para que se provoque o reexame da questão ventilada em decisão interlocutória pelo Tribunal.
> **(vi)** Qualquer que seja a interpretação a ser dada por esta Corte, haverá benefícios e prejuízos, aspectos positivos e negativos, tratando-se de uma verdadeira "escolha de Sofia".
> **(vii)** Se, porventura, o posicionamento desta Corte se firmar no sentido de que também é cabível o agravo de instrumento fora das hipóteses listadas no art. 1.015 do CPC, será preciso promover a modulação dos efeitos da presente decisão ou estabelecer uma regra de transição, a fim de proteger às partes que, confiando na absoluta taxatividade do rol e na interpretação restritiva das hipóteses de cabimento do agravo, deixaram de impugnar decisões interlocutórias não compreendidas no art. 1.015 do CPC.

A partir dessas premissas lógicas, a Ministra iniciou, efetivamente, a expor as razões de seu voto.

Afirmou que o legislador infraconstitucional, conforme consta no Parecer nº 956 de 2014 (Senador Vital do Rêgo), optou pela taxatividade, uma vez que as matérias descritas no art. 1.015 não poderiam "aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação".

A partir desse fundamento, concluiu a Min. Nancy Andrighi que "o recurso será cabível em situações de urgência, devendo ser este o elemento que deverá nortear quaisquer interpretações relacionadas ao cabimento do recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses arroladas no art. 1.015 do CPC". Inclusive, conforme consta do inteiro teor do voto, a premissa de urgência é amplamente reconhecida no direito comparado (Estados Unidos, França e Argentina).

Nesse momento, a inafastabilidade da jurisdição ganha espaço. Isso porque "diversos são os exemplos de situações urgentes não contempladas pelo legislador e que, se examinadas apenas por ocasião do recurso de apelação, tornariam a tutela jurisdicional sobre a questão incidente tardia e, consequentemente, inútil". Exemplifica a Ministra com a hipótese de uma decisão que indefere o pedido de tramitação dos autos em segredo de justiça - afinal, qual a razão de tramitar publicamente por meses, anos, para somente após a exposição de dados e informações ser deferido o segredo?

Diferentemente do exemplo de competência, que poderia ser interpretado extensivamente a partir do art. 1.015, III, o segredo de justiça não encontra qualquer semelhança com a lista do 1.015. Desse modo, a tese de interpretação extensiva "revela-se insuficiente para suplantar a realidade".

Para a Ministra, a interpretação do elenco do art. 1.015 como exemplificativo também não prosperou. Isso porque tal interpretação conduziria à repristinação do Código de 1973, "contrariando frontalmente o desejo manifestado pelo legislador de restringir o cabimento do recurso, o que não se pode admitir".

A possibilidade de utilizar o agravo de instrumento para hipóteses não abrangidas pelo art. 1.015, então, funda-se nas normas fundamentais do processo civil, na inafastabilidade da jurisdição. O rol absolutamente taxativo seria "incapaz de tutelar adequadamente todas as questões em que pronunciamentos judiciais poderão causar sérios prejuízos e que, por isso, deverão ser imediatamente reexaminadas pelo 2º grau de jurisdição".

A tese fixada não foi de interpretação restritiva, extensiva, analógica ou exemplificativa. O voto condutor fixou a tese de que a interposição do agravo fora do rol do art. 1.015 é possível "sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito urgência" – taxatividade mitigada.

Após entender pela taxatividade mitigada, a Ministra Nancy Andrighi afirmou a preocupação acerca do alargamento das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento "em virtude de sua correlação intrínseca com o regime de preclusões diferidas instituído pelo CPC/15". O receio residia em uma possível interpretação dos Tribunais:

> [...] de que o agravo de instrumento era interponível desde logo até mesmo para as hipóteses não literalmente previstas no rol do art. 1.015, de modo que o jurisdicionado que, confiando na taxatividade restrita e literal do referido

> rol, não impugnou a decisão cujo conteúdo seria dedutível por extensão ou analogia teria sido atingido pela preclusão temporal.

Já apresentando uma solução ao possível problema, consignou a Ministra que, em relação às situações de urgência não abrangidas pelo art. 1.015, abririam-se duas possibilidades às partes: interpor o agravo de instrumento, "com a demonstração de seu caráter excepcional"; ou apresentar a matéria em sede de apelação e, somente nessa hipótese "a questão, quando decidida, estará acobertada pela preclusão".

A Corte Especial, porém, não acatou por unanimidade a tese, sendo a divergência aberta pela Min. Maria Thereza de Assis Moura.

Conforme consta do voto-vista, "a fixação de uma tese tão aberta, que dependa da avaliação subjetiva de cada magistrado, parece-me deveras perigosa". A questão preclusiva é o ponto central da divergência, uma vez que, com a tese da taxatividade mitigada, os advogados deveriam sempre interpor agravo de instrumento, "a pretexto de que se trata de situação urgente, agora, sim, sob pena de preclusão". Para além desses fundamentos, outro argumento central da divergência consiste na evidente escolha do Poder Legislativo pelo *numerus clausus*, devendo ser preservada a segurança jurídica.

O Ministro João Otávio de Noronha também declarou voto, acompanhando a divergência. Ratificou a opção do legislador em adotar um rol taxativo e que, não obstante a algumas situações sejam julgadas somente em sede de apelação, isso não afronta a razoabilidade (que não se confunde com rapidez).

O Ministro OG Fernandes foi o último a declarar voto, também acompanhando a divergência, pois, em suas palavras, não há "base legal para esse retorno ao sistema de 1973". Destacou, logo de início, a clara manifestação do Legislativo em inserir um elenco *numerus clausus*, não cabendo à Corte substituir a vontade legiferante. Em relação à possível turbulência preclusiva gerada pela tese da taxatividade mitigada, elaborou uma situação hipotética:

> [...] caso a parte opte por não agravar, o tribunal não poderá ser chamado a se manifestar e a preclusão não ocorrerá. Mas, pensemos em outra hipótese, em que não haja a interposição do agravo pela parte, e o tribunal entenda, no momento do exame da questão impugnada como preliminar de apelação ou em contrarrazões, que se tratava de questão urgente (a exemplo do pleito de decretação de segredo de justiça ou de decisão sobre a competência). Poderá o tribunal, nesse caso, decidir que a urgência efetivamente existia e que, portanto, a preclusão ocorreu diante da não interposição do agravo?

Em síntese, caberia ao tribunal – especificamente, ao relator – decidir sobre matérias não abrangidas pelo 1.015 e suscitadas somente em apelação, "o que não é admissível". Conclui que a tese da Min. Nancy Andrighi:

> Ocasionaria, como se verifica, a interposição de agravos de instrumento em praticamente todos os casos, pois a parte sempre tentaria indicar que seu caso é urgente, especialmente se não há qualquer prejuízo a ela se adotar tal atitude, pois, caso o tribunal entenda que não é o caso de urgência, a parte poderá impugnar novamente a questão no momento da apelação ou em suas contrarrazões de apelo.

Em relação à possível interposição de mandados de segurança nas hipóteses não previstas pelo art. 1.015, o Min. OG Fernandes foi enfático em sua pretensa solução: "O mandado de segurança não deve ser aceito como sucedâneo recursal", sendo cabível somente "se no ato judicial houvesse teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante", de forma que caberia aos tribunais estaduais evitar o manejo abusivo do *writ*.

A despeito dos fundamentos expostos na divergência, fato é que o entendimento inaugurado pela Min. Nancy Andrighi sagrou-se vencedor, por maioria[4], firmando a seguinte tese: "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".

5. TAXATIVIDADE MITIGADA: E AGORA, JOSÉ?

A decisão foi recebida como controversa no meio jurídico, e partiu da premissa de que a taxatividade inicial do art. 1.015 "poderia significar a inutilidade na prestação da tutela jurisdicional, o que importa relevante fragilização do princípio da efetividade na prestação da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB; arts. 4º e 6º CPC)" (CARPES, 2019, p. 232).

Em razão disso, a análise do cabimento (ou não) do agravo contra decisões que estão fora do estrito rol do 1.015 deve pautar-se na razoabilidade (mesmo que não haja menção expressa a referido princípio na *ratio decidendi* do voto), em consonância também com o princípio da efetividade jurisdicional – que sofreria danos caso fosse a matéria abordada apenas em preliminar de apelação (CARPES, 2019, p. 232).

[4] O voto da relatora foi acompanhado pelos Ministros Napoleão Maia Nunes, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão, Felix Fischer, Benedito Gonçalves e Raul Araújo.

Em outros termos, a decisão do Superior Tribunal de Justiça permitiu que fosse interposto agravo de instrumento contra decisões que não estivessem no rol do art. 1.015, desde que o relator entendesse que a demora no julgamento (que ocorreria apenas em sede de apelação) implicaria em sua inutilidade.

Segundo os autores André Muszkat e Bruno Madeira, a tese que prevaleceu no julgamento demonstra um retrocesso no direito processual. Isso porque o Código de Processo Civil de 1973 elencava a urgência como critério de definição do cabimento do recurso de agravo de instrumento, analisando principalmente a possibilidade de reapreciação imediata da matéria, levando em consideração uma possível lesão irreversível às partes presentes no processo (MUSZKAT, MADEIRA, 2018).

Na prática, tal como já demonstrado neste artigo, Eduardo Talamini e Luiz R. Wambier fizeram uma previsão do que estava para acontecer.

A parte que tem contra si uma decisão interlocutória desfavorável pode deixar de interpor agravo de instrumento ao deliberar que não haverá inutilidade no julgamento em sede de apelação. Entretanto, caso deixe de apresentar o recurso, o relator que receber a apelação com referida preliminar poderá entender que se esvaiu a utilidade da matéria, de modo que deveria ter sido interposto agravo de instrumento e, agora, que sobre a questão operou-se o instituto da preclusão.

A realidade, contudo, não expõe casos nesse sentido. Dificilmente haverá preliminares de apelação não conhecidas por esse fundamento, de forma que, embora exista a preocupação no plano teórico, o mesmo receio, felizmente, não tem sido visto na prática (ao menos por ora).

Uma consequência que efetivamente se verificou, porém, foi a “abertura” do agravo de instrumento, com advogados interpondo o recurso a todas as situações que ocorrem, sempre alegando uma suposta urgência. Enquanto na redação original do Código de 2015 havia a preocupação na crescente impetração do mandado de segurança para as hipóteses não abrangidas pelo elenco do art. 1.015; a realidade após o pronunciamento do STJ fez com que, nesses casos, ao invés de impetrar o *writ*, fosse interposto o agravo de instrumento.

Embora seja possível criticar o uso também abusivo do agravo, em situações manifestamente incabíveis, fora do art. 1.015 e sem urgência, tem-se essa alteração com bons olhos. Isso porque houve a redução (ao menos no plano teórico) de uso do mandado de

segurança como sucedâneo recursal. Vale destacar que, mesmo que não houvesse tal consequência, assim como pontuou o Min. OG Fernandes em seu voto, e como afirmou Clayton Maranhão (antes mesmo do julgamento da taxatividade mitigada), caberia aos tribunais fazer valer a regra, admitindo a segurança somente em casos de real cabimento.

6. CONCLUSÃO

O julgamento do Tema 988/STJ colocou em dúvida se é mais relevante manter o sistema jurídico dentro de sua coerência anterior, ou seja, pautado em segurança jurídica e na celeridade processual ao impedir recursos excessivos, ou garantir um acesso mais amplo e irrestrito à tutela jurisdicional. Da análise dos votos proferidos quando do julgamento, verifica-se certa divergência, expondo rejeição por parte de alguns dos integrantes da Corte.

De fato, considerando um rol enxuto e restrito, não passível de interpretação extensiva, pode-se considerar que a taxatividade do 1.015 poderia, sim, ensejar movimentação inútil da máquina judiciária. Nas decisões que versem sobre competência, evidente que aguardar todo o trâmite processual – até que haja a prolação de sentença, o que pode demorar anos – para apenas em julgamento da apelação ser reconhecida a competência absoluta de outro juízo constitui uma verdadeira afronta ao erário público e ao tempo e esforço despendidos por magistrados e procuradores.

Entretanto, mesmo que louvável a primazia da efetividade do processo jurisdicional, abriu-se margem para uma insegurança jurídica flagrante no cotidiano do Judiciário – além de possíveis críticas em relação a eventual ativismo judicial.

A consequência prática do voto que fixou a taxatividade mitigada é que as partes, ao discordarem de certa decisão interlocutória, acabam por interpor o agravo de instrumento quase que de forma obrigatória. Isso ocorre devido à possibilidade de o relator de eventual apelação decidir pelo não conhecimento das preliminares, porquanto sobre elas teria operado a preclusão (vez que deveriam ter sido impugnadas através do agravo de instrumento, pautando-se, para tanto, na urgência da matéria e inutilidade de decisão em apelação).

Assim, acaba sendo preferível às partes interpor agravo de instrumento (mesmo que não verificada a inutilidade em um julgamento de apelação cível - ou seja, de forma contrária ao disposto no REsp) e ter uma decisão de não conhecimento ou não provimento, para apenas

então deter a segurança jurídica de que a questão será, com certeza, analisada em sede de preliminar de apelação.

Mesmo que não se verifique (ao menos por ora) o não conhecimento de matérias não agraváveis em sede de preliminar de apelação, pelo fundamento acima exposto, fato é que o agravo segue sendo interposto em todas as ocasiões. Na dúvida, o respectivo advogado sempre construirá uma linha argumentativa no sentido de que há, no caso concreto, urgência.

De um lado, porém, isso deve ser visto com bons olhos. Antes do julgamento do Tema 988/STJ, ao invés de interpor o agravo, havia a impetração do mandado de segurança como sucedâneo recursal. Assim, entende-se melhor, entre 100 agravos não conhecidos e 100 mandados de segurança indeferidos liminarmente, que sejam os 100 agravos não conhecidos. Isso porque inibe-se, dessa forma, a banalização do *writ*.

A análise histórica do agravo em nosso ordenamento, também indica um eterno "*looping*" em seu regime. Em 1939, possuía rol taxativo. Devido a críticas da doutrina, passou a ter livre interposição no Código Buzaid – ao menos no início de sua vigência. Em 2005, devido ao excesso de recursos manejados, apresentou–se uma barreira: a urgência no caso. Novamente com o intuito de limitar e simplificar o sistema recursal, a redação de 2015 previu um rol taxativo. Após críticas, retornou-se ao critério de urgência.

Fato é que nenhuma das escolhas é unânime, basta perceber que, em menos de um século, o ordenamento já adotou a taxatividade, a ausência de limitações e a taxatividade abrandada (mitigada, no caso mais recente), andando em verdadeiros círculos. Há de se reconhecer que a escolha pelo regime do agravo constitui uma "escolha de Sofia", como bem consignou a Min. Nancy em seu voto. Não importa o lado que se escolha, sempre haverá críticas ou peculiaridades que impeçam a perfeição.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. O agravo e o conceito de sentença. **Revista de Processo.** vol. 144, fev./2007.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. **Revista de Processo.** vol. 48, out.-dez./1987.

BARIONI, Rodrigo. Preclusão diferida, o fim do agravo retido e a ampliação do objeto da apelação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo.** vol. 243, mai./2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual:** terceira série. Editora Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual***:* quinta série. Editora Saraiva, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual***:* oitava série. Editora Saraiva, 2004.

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

CARPES, Artur Thompsen. A taxatividade mitigada do art. 1.015, CPC: notas sobre a *ratio decidendi* fixada no Superior Tribunal de Justiça na perspectiva da teoria das normas. **Revista de Processo**, vol. 294, ago/2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. **Revista de Processo.** vol. 242, abr./2015.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil:** o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nulitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. vol. 3. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GOMES JR., Luiz Manoel. O novo regime do agravo de instrumento (Lei 11.187, de 19.10.2005). **Revista de Processo.** vol. 134, abr./2006.

MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no código de processo civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. **Revista de Processo**, vol. 256, jun./2016.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado.** Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Marisa Schmitt Siqueira; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Modificações na fase recursal com o advento do Novo CPC. *In:* **Panorama atual do novo CPC.** Coord.: Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MUSZKAT, André; MADEIRA, Bruno. **Os efeitos da relativização do rol taxativo do artigo 1015 do CPC pelo STJ.** Disponível em: https://bit.ly/2SDAQws. Acesso em 10.09.2019.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal. **Revista de Processo.** vol. 250, dez./2015.

STJ. **REsp 197.661/PR**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01.12.2008.

STJ. **REsp 1.111.234/PR**. Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 08.10.2009.

STJ. **REsp 1.704.520/MT**. Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 19.12.2018.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50. ed. Editora Forense, 2017. V. 3.

UZEDA, Carolina. **Interesse recursal.** Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil:** cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). vol. 2. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.