



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO  
FACULDADE DE DIREITO  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**CRISTINNY NUNES RONDON SANTANA**

**A TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE  
INSTRUMENTO FRENTE AO RECURSO ESPECIAL 1.704.520: garantia de direitos  
ou instrumento de proteção?**

**CUIABÁ  
2022**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO  
FACULDADE DE DIREITO  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**CRISTINNY NUNES RONDON SANTANA**

**A TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO FRENTE AO RECURSO ESPECIAL 1.704.520: garantia de direitos ou instrumento de proteção?**

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso, como requisito para obtenção do título de Especialista.

**CUIABÁ  
2022**

## **RESUMO**

Este artigo busca analisar a ampliação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, promovida pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do recurso especial 1.704.520. Esta análise se perfaz em averiguar se a ampliação representa um instrumento de garantia de direito para as partes ou um instrumento de protelação do processo. Para tanto, foi dividido em três partes: a primeira apresenta o agravo de instrumento na sistemática do Código de Processo de 1973 e as mudanças operadas com o CPC/15; a segunda parte trata especificamente do recurso em comento e por fim, a terceira parte faz uma análise sobre a tese definida pelo STJ. Conclui-se que não há óbices para a adoção da teoria fixada, bem como que o alargamento do cabimento é reflexo de um processo civil constitucionalizado, com base em método dedutivo instrumentalizado com a utilização de levantamento bibliográfico, pesquisa jurisprudencial e doutrinária.

**PALAVRAS-CHAVES:** Agravo de Instrumento. Recurso Especial 1.704.520. Constitucionalização.

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>5</b>
<b>1. AS MUDANÇAS NO AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPLEMENTADAS PELA NOVA LEGISLAÇÃO PROCESSUALISTA</b> .....	<b>7</b>
<b>1.1. A sistemática dos recursos no processo civil</b> .....	<b>8</b>
<b>1.2. O Agravo de Instrumento no código de 1973</b> .....	<b>10</b>
1.2.1. Agravo Retido .....	10
1.2.2. Agravo de Instrumento no CPC/73 .....	11
<b>1.3. As mudanças no Agravo de Instrumento com o CPC/15</b> .....	<b>13</b>
<b>2. A AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: Recurso Especial 1.704.520</b> .....	<b>15</b>
<b>2.1. Síntese fática que originou o Recurso Especial</b> .....	<b>15</b>
<b>2.2. A controvérsia existente</b> .....	<b>16</b>
2.2.1. Taxatividade absoluta das hipóteses do artigo 1.015, CPC/15.....	16
2.2.2. Taxatividade com a possibilidade de interpretações extensivas ou analógicas.....	17
2.2.3. Rol meramente exemplificativo .....	17
<b>2.3. O não acatamento das posições existentes</b> .....	<b>18</b>
<b>2.4. A taxatividade mitigada como tese a ser seguida</b> .....	<b>18</b>
2.4.1. modulação dos efeitos da decisão .....	19
<b>2.5. crítica à taxatividade mitigada</b> .....	<b>20</b>
<b>3. A AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO COMO REFLEXO E GARANTIA DE UM PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO</b> .....	<b>21</b>
<b>3.1. O fenômeno do neoconstitucionalismo</b> .....	<b>21</b>
3.1.1. A constitucionalização do processo civil .....	23
<b>3.2. Inafastabilidade da jurisdição: Análise temporal</b> .....	<b>23</b>
<b>3.3. Suposta protelação do Processo</b> .....	<b>24</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>25</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>26</b>

## INTRODUÇÃO

O agravo de instrumento é o recurso cabível para atacar as decisões interlocutórias. Entretanto, seguindo estritamente o entendimento primário do Código de Processo Civil, não são todas as interlocutórias que desafiam o AI. O entendimento predominante na doutrina e jurisprudência era de uma taxatividade absoluta das hipóteses de cabimento, de maneira que as demais questões deveriam ser impugnadas na apelação ou contrarrazões.

Porém, devido a dinamicidade das relações sociais e as inimagináveis casuísticas que aportam no Poder Judiciário, é quase inconcebível, hodiernamente, pensar em uma taxatividade absoluta para o direito. Isto pois, a capacidade humana de inventar, reinventar e se envolver em questões que precisam da intervenção da jurisdição é ilimitada, de maneira que é impossível o legislador prever todas essas questões.

Diante disso, muitos recursos chegavam ao Superior Tribunal de Justiça impugnando decisões interlocutórias que não estavam previstas no rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil. E, diante da necessidade de uniformizar a jurisprudência e tratar os casos com isonomia, o STJ julgou o recurso especial 1.704.520/18, sob o rito dos recursos repetitivos, fixando a natureza jurídica do artigo 1.015 como sendo de taxatividade mitigada.

Assim, o problema investigado no presente artigo é saber se a teoria da taxatividade mitigada, aplicada ao artigo 1.015, é uma garantia de direitos, a fim de evitar violações que só poderiam ser suscitadas na apelação, gerando prejuízos processuais e pessoais para as partes ou é um instrumento de protelação do processo.

Desse modo, o objetivo geral do artigo foi a análise da teoria da taxatividade mitigada, fixada pelo Superior Tribunal de Justiça por meio do recurso especial 1.704.520<sup>1</sup>. Assim, buscou-se definir se a adoção da teoria representou um avanço no direito de defesa dos litigantes ou um instrumento de protelação do processo. De forma específica, explorou-se as mudanças sofridas pelo agravo de instrumento, desde a sistemática processual de 1973 e suas alterações até a entrada em vigor do Código de Processo de 2015.

A hipótese que se vislumbrou para o problema é que a interpretação dada pelo STJ, com a fixação da tese, é uma garantia de direitos, fruto da constitucionalização do processo civil. Além disto, utilizou-se o método dedutivo instrumentalizado com a utilização de levantamento bibliográfico, pesquisa jurisprudencial e doutrinária.

A justificativa para a escolha do tema se dá em razão da necessidade de discutir a questão que ainda é nova para o mundo jurídico, especialmente por ainda não se ter os reais

---

<sup>1</sup> STJ, Corte Especial, Recurso Especial n. 1.704.520/MT, Rel. Nancy Andrighi j. em 15/12/2018, DJe 19/12/2018.

efeitos que essa decisão irá gerar na rotina dos tribunais, se estes saberão analisar com cautela os AI interpostos sob o manto da tese fixada ou se haverá riscos de voltar à sistemática original do CPC/73, que toda e qualquer decisão interlocutória era agravada, banalizando o instrumento.

Ademais, o recurso afetado para julgamento sob o rito dos repetitivos foi um recurso de origem do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, o que possibilita uma análise futura do comportamento do Tribunal antes e depois da fixação da tese escolhida pelo STJ.

## **1. AS MUDANÇAS NO AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPLEMENTADAS PELA NOVA LEGISLAÇÃO PROCESSUALISTA**

O Código de Processo Civil de 2015, mais do que uma nova legislação processualista, marca definitivamente a constitucionalização do processo civil<sup>2</sup>. O código passado, promulgado antes da Constituição Federal, até por uma impossibilidade lógica, não refletia a tendência constitucional do processo.

A mudança fica explícita quando logo no artigo primeiro já se encontra disposto que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil” (BRASIL, 2015). Referida mudança foi descrita na exposição dos motivos que embasaram a criação da nova lei processual.

Assim, o texto enfatiza que uma das principais linhas de trabalho para a criação do novo código foi “deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais” (BRASIL, 2015). Muitas eram as críticas da comunidade jurídica em torno dos problemas que a lei processualista passada não conseguia resolver. E, o NCPC, foi pensado para gerar um processo mais célere e justo (BRASIL, 2015).

De acordo com o texto da exposição de motivos (BRASIL, 2015, p. 26), a comissão de criação se orientou através de cinco objetivos precípuos:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Quanto aos objetivos orientadores, cabe destacar o de número 3: a busca por reduzir a complexidade dos subsistemas, o qual englobou o sistema recursal. Muitas foram as mudanças operadas na sistemática dos recursos no processo civil, entretanto, conforme exposto pelo texto, isso não significou limitação no direito de defesa do recorrente ou do recorrido (BRASIL, 2015).

Alguns exemplos das significativas mudanças trazidas pelo CPC/2015 que confirmam essa preocupação em assegurar o bom exercício da ampla defesa e o contraditório, estão na

---

<sup>2</sup> Tema será abordado adiante.

contagem do prazo para todos os recursos, exceto dos embargos de declaração, que passou a ser de 15 (quinze) dias úteis. Já no caso da apelação, embora a interposição foi mantida perante o juízo *a quo*, a admissibilidade ficou a cargo do segundo grau de jurisdição. Ademais, houve ainda a supressão dos embargos infringentes e dos embargos à arrematação (BRASIL, 2015).

Outra mudança significativa no campo dos recursos foi em relação ao agravo de instrumento, objeto do presente artigo. Dito isso, será analisando, de forma sucinta, o sistema recursal do processo civil brasileiro, bem como a figura do agravo de instrumento na legislação processualista de 1973 e as mudanças operadas com a entrada em vigor do CPC/15.

### **1.1. A sistemática dos Recursos no Processo Civil**

Faz parte da natureza humana não se conformar diante de decisões que não lhe sejam agradáveis. Este é um dos principais pilares da existência de formas de impugnações nos sistemas processuais. Entretanto, o contexto cultural em que o direito processual está inserido também influencia, sob maneira, na previsão ou não de um sistema recursal. (MARINONI et al, 2017).

Por exemplo, no direito romano canônico o recurso representava um elemento fundamental para a boa administração da justiça, o duplo grau de jurisdição era visto como garantia de justiça. Por outro lado, no desenvolvimento do Common Law, o direito de recorrer era medida rara, ficando a cargo do primeiro grau a soberania na gestão das provas (MARINONI et al, 2017).

No Brasil, o sistema recursal está inserido em um contexto judicial hierarquizado. Assim, “a necessidade de diferenciar funcionalmente os órgãos jurisdicionais em uma ordem hierarquizada e o direito fundamental ao processo com duração razoável fornecem as bases constitucionais para uma adequada compreensão do sistema recursal brasileiro” (MARINONI et al, 2017).

Nesse panorama, dentro do sistema brasileiro, várias são as formas de impugnar as decisões judiciais, porém é preciso ter em mente que nem todas as impugnações configuram hipóteses de recursos. Os outros meios impugnativos são denominados sucedâneos recursais, e embora seus fins sejam similares aos fins dos recursos desses se diferenciam.

Isto pois, nos recursos o fim buscado acontece dentro do mesmo processo que contém a decisão impugnada, e, via de regra, será apreciado por outro órgão. Contrariamente, os outros meios de questionamento inauguram uma nova ação, como é o caso das ações autônomas de impugnação, à exemplo do mandado de segurança e da ação rescisória (MARINONI et al, 2017).

O Código de Processo Civil possui um sistema completo para os recursos, dele é possível extrair a classificação dos recursos; seu fundamento e natureza; os atos sujeitos a recurso; a técnica de julgamento e os princípios fundamentais dos recursos civis, estes com grande destaque no atual código de processo.

Em termos gerais a palavra recursos designa “todo meio empregado pela parte litigante a fim de defender o seu direito” (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 991). Estritamente atrelado ao ramo do direito processual, pode ser entendido através de uma visão técnica, como um meio utilizado dentro de uma relação jurídica processual em andamento, para buscar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade prolatora, por meio de um juízo de retratação, ou por outra hierarquicamente superior (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Os recursos, via de regra, possuem três objetivos precípuos: reforma da decisão impugnada; invalidação da decisão impugnada e esclarecimento ou integração de determinada decisão. Entretanto, para ser apreciado pelo órgão julgador competente é preciso que preencha os requisitos estabelecidos na lei, trata-se do juízo de admissibilidade e o juízo de mérito.

Na fase da admissibilidade do recurso são analisadas as preliminares, isto porque são questões prejudiciais à análise do mérito, de modo que devem ser analisadas primeiro. Nesta primeira fase analisa-se a legitimidade do recorrente, a tempestividade do recurso, a sua taxatividade, ou seja, a sua existência no ordenamento jurídico, bem como sua adequação. Ademais, analisa-se também o preparo, caso a parte não seja beneficiária da justiça gratuita (THEODOR JÚNIOR, 2018).

Vencido esse primeiro momento, se os elementos analisados forem positivos, então, o recurso será conhecido, caso contrário será rejeitado, sem exame do mérito. Aprovado no juízo de admissibilidade, passe-se à análise das questões de mérito. Nesta segunda fase, ou se confirma o decisório impugnado, negando provimento ao recurso, ou altera-se o decisório impugnado, dando provimento ao recurso. Não há obrigatoriedade de o órgão julgador acolher totalmente as razões do recurso, desse modo, a modificação da decisão recorrida pode ocorrer de forma parcial (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Toda essa sistemática é pautada nos princípios que regem o processo civil e os recursos. Os princípios são premissas básicas, devendo ser utilizados tanto para a elaboração de novas normas quanto para guiar todos os atos praticados no processo. Com a atual constitucionalização do processo civil, muitos dos princípios esculpidos na Constituição Federal de 1988, foram trasladados para o CPC/15 (MONTENEGRO FILHO, 2018).

Assim, além dos princípios gerais que regem o processo civil brasileiro, existem os princípios relativos ao sistema recursal. Em geral a doutrina elenca diversos princípios, entre

eles o princípio do duplo grau de jurisdição; princípio da fungibilidade; princípio da taxatividade; princípio da singularidade e princípio da *reformatio in pejus* (MONTENEGRO FILHO, 2018).

No momento, não é oportuno destacar um a um desses princípios. Entretanto, necessário frisar que embora o CPC/73 não tivesse um capítulo exclusivo para as normas fundamentais do processo, como ocorre atualmente com o CPC/15, o processo civil, neste incluído a sistemática recursal, sempre foi pautado em uma base principiológica.

Vencida, brevemente, a apresentação do sistema recursal brasileiro, passa-se ao estudo do agravo de instrumento, recurso utilizado para atacar decisões interlocutórias e que esteve, embora com mudanças significativas, presente no meio recursal do CPC/73.

### **1.2.O Agravo de Instrumento no Código de 1973**

O agravo de instrumento é um dos recursos que compõe o sistema recursal no processo civil brasileiro. Na sistemática original do CPC de 1973, o AI era regulado como gênero, do qual as espécies seriam ele próprio e o agravo retido. Em 1995, por meio da Lei n.º 9.139, passou a ser denominado simplesmente de Agravo, admitindo o processamento sob a forma de agravo retido e de agravo de instrumento (THEODORO JÚNIOR, 2014).

Nos dois casos, era um recurso cabível contra as decisões interlocutórias, proferidas pelo juízo de 1º grau. Antes da referida lei, o AI deveria ser interposto perante o próprio juízo da causa, o que lhe atribuía o título de mais complicado e demorado recurso no processo civil, o que contrariava sua própria natureza de atacar decisões interlocutórias. Com a advento da Lei n.º 9.139/95, o AI passou a ser endereçado diretamente ao tribunal (THEODORO JÚNIOR, 2014).

Essa mudança, além de buscar resolver o problema da falta de celeridade do AI, também visou diminuir o excesso do uso do mandado de segurança, utilizado pelas partes apenas para alcançar a suspensão dos efeitos da decisão interlocutória. Isto pois, além de não possuir efeito suspensivo e ter seu processamento extremamente lento, não havia previsão legal de nenhum mecanismo capaz de acelerar o seu julgamento, razão pela qual as partes acabavam por suportar graves e imediatos prejuízos, recorrendo-se à ação constitucional para garantia de seus direitos (THEODORO JÚNIOR, 2014).

#### **1.2.1. Agravo Retido**

Diferente do AI, o agravo retido era dirigido ao próprio juízo da causa, ou seja, ao juízo que proferiu a decisão que pretendia-se ver reformada. Como dito, na sistemática original do

CPC/73, o AI era como um gênero, subdivido no próprio agravo de instrumento e no agravo retido. Na ocasião, qualquer decisão interlocutória poderia ser atacada pelo gênero AI, ficando a critério da parte a escolha entre o agravo de instrumento ou o agravo retido (THEODOR JÚNIOR, 2014).

Após as reformas, o recorrente perdeu a faculdade de escolher qual seria o melhor caminho, uma vez que a regra passou a ser a interposição do agravo retido e, somente em caso de urgência o agravo de instrumento seria admitido pelo tribunal (THEODORO JÚNIOR, 2014). Essa mudança foi implementada pela Lei n.º 11.187/05, que alterou o artigo 522, caput, do CPC/73 (BRASIL, 2005) e foi umas das alternativas encontradas pelo legislador para solucionar o problema do vultoso número de AI nos tribunais.

Isto porque, o agravo retido não ia imediatamente para o tribunal. Ele permanecia retido nos autos, com o fim de evitar a preclusão em torno da matéria impugnada, sem, contudo, criar óbices à continuidade do processo. O processamento e julgamento só ocorriam após o encerramento da fase de conhecimento, de forma preliminar à apelação (THEODORO JÚNIOR, 2014).

Outra particularidade do agravo retido era a obrigatoriedade de sua interposição de forma oral e imediata, quando visava atacar decisão interlocutória proferida em audiência de instrução e julgamento, conforme mandamento do artigo 523, § 3º, do código passado (BRASIL, 1973). A parte estava obrigada a agravar oralmente, caso contrário a matéria tornaria preclusa, não podendo mais a parte recorrer. Do mesmo, o agravado também deveria apresentar suas contrarrazões no mesmo ato (THEODORO JÚNIOR, 2014).

Ao juiz da causa era possibilitado o juízo de retratação, ocasião em que o agravo perderia seu objeto. Entretanto, caso assim não o fosse, após a sentença, o agravo seria apreciado pelo tribunal. Todavia, o antigo código ainda estabelecia mais uma regra para o conhecimento no segundo grau, o agravante deveria reiterar o pedido de apreciação do agravo nas razões da apelação ou nas contrarrazões, (BRASIL, 1973) sob pena de desistência tácita.

### 1.2.2. Agravo de Instrumento no CPC/73

Conforme dito, a regra era a interposição do agravo retido. Isto pois, com a crescente utilização do agravo de instrumento e, conseqüente abarrotamento dos tribunais, a Lei n.º 11.187/05, tratou de limitar o uso do AI. Assim, do teor do artigo 522<sup>3</sup>, do CPC/73, com redação

---

<sup>3</sup> 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

dada pela supracitada lei, extrai-se que o agravo de instrumento figurava como medida excepcional para atacar as decisões interlocutórias.

A nomenclatura deriva da forma como o agravo de instrumento se desenvolveu historicamente. É um recurso que se processa em autos próprios, composto das peças dos autos do primeiro grau e o tribunal dele conhecerá através do instrumento que a parte agravante formará (BUENO, 2020).

Assim, o AI era cabível na hipótese de a decisão interlocutória causar grave lesão e de difícil reparação para a parte. Ademais, também era aceito para atacar a decisão que inadmitia o recurso de apelação, bem como que versasse sobre o efeito atribuído à apelação.

Na hipótese envolvendo lesão grave e de difícil reparação, a admissão do agravo de instrumento perpassava pela teoria das tutelas de urgência. Isso porque havia a necessidade do *periculum in mora*, caso contrário o recurso cabível seria o agravo retido. Esses requisitos eram interpretados e aceitos nos casos em que a parte não poderia aguardar até a apelação para ter seu recurso apreciado, sob pena de perecer seu direito (THEODORO JÚNIOR, 2014).

Em que pese os prejuízos que um processo demorado cause, não era admitido o agravo de instrumento para atacar a morosidade. Entretanto, no caso de haver um alargamento anormal do tempo do processo, em razão de um ato judicial, o AI era medida possível, pois além de estar presente lesão grave, havia ainda violação à garantia constitucional da duração razoável do processo (THEODORO JÚNIOR, 2014).

A noção de dano grave para o CPC/73, perfazia nos riscos que atingiam os direitos fundamentais, tais como a vida e dignidade da pessoa humana. Perpassava também pela noção do devido processo legal. Assim, violação a esse princípio, que engloba direito a um juiz natural, contraditório e ampla defesa, era razão suficiente para a admissão do AI (THEODORO JÚNIOR, 2014).

Quanto ao cabimento do AI para atacar a decisão que inadmitia o recurso de apelação, tem sentido lógico. A apelação é recurso interposto perante o juízo de primeiro grau, de modo que caso este inadmitisse seu processamento, não faria sentido impugnar a decisão por meio do agravo retido, já que os autos não chegariam ao segundo grau. Desse modo, o código previa expressamente o cabimento do AI nessa hipótese, com o fim de destrancar o recurso de apelação. Do mesmo modo, poderia ser utilizado para atacar a decisão do juízo *aquo* que versasse sobre a atribuição dos efeitos da apelação.

---

da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento (BRASIL, 1973)

Dessa forma, o agravo de instrumento passou a ser utilizado com certa excepcionalidade e seguindo essa linha as Leis 10.352/01 e 11.187/05, que alteraram dispositivos do CPC/73, objetivaram, explicitamente, tentar reduzir a quantidade de AI nos tribunais, fazendo com que o agravo retido fosse o principal recurso para atacar as decisões interlocutórias e o agravo de instrumento fosse utilizado somente para questões graves e urgente (THEODORO JÚNIOR, 2014).

A tendência de limitar o uso do agravo de instrumento foi também seguida pelo Novo Código de Processo Civil, que, taxativamente, enumerou as hipóteses de cabimento do AI.

### **1.3. As mudanças no Agravo de Instrumento com o CPC/15**

Como dito, no CPC/73, o agravo retido passou a ser, por excelência, o recurso próprio para atacar as decisões interlocutórias, ao passo que o agravo de instrumento só tinha cabimento para questões excepcionais. Já na sistemática do CPC/15, o agravo retido foi excluído da lista de recursos, não restando nenhum resquício a seu respeito (BUENO, 2020).

Segundo Cássio Scarpinella Bueno (2020), o código novo adotou uma linha ainda mais restritiva em relação ao AI. O autor destaca que é bem verdade que a comunidade jurídica já havia experimentado algumas modificações que restringiam o uso do agravo de instrumento, operadas pelas Leis n.º 9.139/95, 10.352/01 e 11.187/05, “nada, contudo, comparado com o verdadeiro corte efetuado pelo CPC de 2015 nas hipóteses de cabimento daquele recurso” (BUENO, 2020, sp).

Em que pese as mudanças operadas, o AI ainda continua sendo o recurso manejado para atacar as decisões interlocutórias. As hipóteses de cabimento vieram disciplinadas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil. Assim, é cabível 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 (BRASIL, 2015).

Além dessas hipóteses, o parágrafo único do artigo 1.015, dispõe que também caberá agravo de instrumento na fase de liquidação, cumprimento de sentença, no processo de

execução e no processo de inventário, desde que a decisão impugnada seja interlocutória (BRASIL, 2015). Ademais, o inciso XIII disciplina que caberá AI para outros casos previstos em lei<sup>4</sup>.

Os requisitos formais para a interposição do AI estão dispostos nos artigos 1.016 e 1.017, do CPC. Conforme destaca Bueno (2020), os pressupostos são definidos pensando-se em autos físicos, com a interposição de um também recurso físico. Com a alavancagem dos processos eletrônicos, as exigências passam a ser desnecessárias, como reconhece o próprio artigo 1.017, § 5º.

O AI conserva em sua natureza o efeito regressivo. Assim, após sua interposição, o juízo prolator da decisão impugnada pode retratar-se, alterando total ou parcialmente a decisão agravada. Se o juízo reformar totalmente o decisório, não haverá razões para julgamento do AI, motivo pelo qual restará prejudicado, conforme inteligência do artigo 1.018, § 1º, cumulada com o artigo 932, III, do CPC/15 (BRASIL, 2015).

Entretanto, Bueno (2020) chama atenção para a previsão que havia no CPC/73, que possibilitava ao agravado requerer o julgamento do agravo de instrumento pelo tribunal, ainda que o juízo de primeiro grau houvesse reformado a decisão<sup>5</sup>. Neste caso, o agravado pretendia que o tribunal mantivesse a primeira decisão proferida, já que a reforma lhe foi prejudicial (BUENO, 2020).

Na atual legislação processualista não existe previsão nesse sentido. Assim, Bueno (2020) destaca que, em caso de reforma, se a nova decisão for alcançada pelas hipóteses do artigo 1.015 é possível o agravado requerer o julgamento pelo tribunal, bastando que se oportunize ao agravante o contraditório em relação a nova decisão.

Certo é que nem toda decisão interlocutória é desafiada pelo agravo de instrumento. No código passado esse problema era sanado com o agravo retido. Como mencionado, a atual legislação suprimiu essa figura do ordenamento processualista. Desse modo, a parte que se sentir lesada por meio de uma decisão interlocutória que não se amoldar nas hipóteses do 1.015, deverá, oportunamente, alegar a violação em suas preliminares de apelação, ou contrarrazões, conforme artigo 1.009, §1º e §2º (BRASIL, 2020).

---

<sup>4</sup> Exemplo: Lei 12.016/09 que disciplina o Mandado de Segurança. Artigo 7º, § 1º, dispõe que da decisão do juiz que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento (BRASIL, 2009).

<sup>5</sup> § 6º do art. 527 do CPC de 1973, na redação dada pela Lei n. 5.925/73, ainda na *vacatio legis* daquele Código: “Não se conformando o agravado com a nova decisão poderá requerer, dentro de cinco (5) dias, a remessa do instrumento ao tribunal, consignando em cartório a importância de preparo feito pela parte contrária, para ser levantado por esta, se o tribunal negar provimento ao recurso”

No CPC/73, caso a parte não apresentasse o agravo retido, contra esta operava-se a preclusão. No CPC/15, é disposto expressamente que as questões resolvidas na fase do conhecimento, que não comportarem agravo de instrumento, não são alcançadas pela preclusão, devendo, entretanto, ser suscitadas em preliminar de apelação ou contrarrazão (BRASIL, 2015). Essa foi mais uma das mudanças implementadas pela nova legislação processualista.

Apresentadas as mudanças operadas pelo NCPC em relação ao AI, sobretudo, a taxatividade das suas hipóteses de cabimento, cabe analisar o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que vem mitigando as restrições de cabimento estabelecidas pelo legislador.

## **2. A AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: Recurso Especial 1.704.520**

O direito é muito dinâmico e sempre comporta alterações e novas interpretações, prova disso, são as mudanças já operadas no CPC/15, mesmo com o curto prazo em que está em vigência. Em relação ao agravo de instrumento, houve questionamentos quanto às hipóteses de cabimento, fazendo com que a questão fosse levada ao Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial 1.704.520/18.

### **2.1. Síntese fática que originou o Recurso Especial**

Tratou-se de ação de rescisão contratual cumulada com danos morais e materiais, proposta por Quim Comércio de Vestuário Infantil Limitada – ME em face da empresa Shirase Franquias e Representações LTDA. A controvérsia girava em torno de suposto descumprimento de contrato de franquia.

A empresa autora propôs a ação na comarca de Cuiabá/MT, seu domicílio. Entretanto, o contrato celebrado entre as partes continha cláusula de eleição de foro, elegendo a comarca do Rio de Janeiro/RJ. Diante disso, a requerida apresentou exceção de incompetência a qual foi acolhida pelo juízo de primeiro grau, determinando-se a remessa dos autos para a comarca do Rio de Janeiro/RJ.

Diante disso, a autora interpôs agravo de instrumento alegando a nulidade da cláusula de eleição de foro. O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso não conheceu do recurso sob argumento da taxatividade do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, entendendo pela impossibilidade de aplicar interpretação extensiva ao referido dispositivo (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, 2017).

O TJMT destacou que contra a decisão que verse sobre reconhecimento ou não da incompetência do juízo “não cabe recurso de agravo de instrumento, posto que não se enquadra

em nenhuma das hipóteses do artigo epígrafado, não havendo que se falar em contrariedade ao princípio do acesso ao Poder Judiciário” (BRASIL, 2017). Destacou ainda que a parte já dispõe de momento processual adequado para questionar a decisão, nas preliminares de apelação.

Inconformada, a autora/recorrente interpôs recurso especial contra a decisão do tribunal de origem. Fundamentou o recurso em dissídio jurisprudencial com acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, bem como que o julgamento em sede de preliminar de apelação causaria danos processuais para as partes e para a atividade judiciária (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

## **2.2. A Controvérsia existente**

Realizado o juízo de admissibilidade pelo TJMT, o recurso foi escolhido como representativo da controvérsia para ser processado sob o rito dos recursos repetitivos. No STJ, houve unanimidade na afetação do referido REsp, porém não houve suspensão dos demais agravos de instrumentos que tratavam da mesma matéria nos tribunais (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

A controvérsia restou delimitada sobre a natureza do artigo 1.015 do CPC. Assim, a questão analisaria a possibilidade de adoção de uma interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, visando a admissão de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que não estivessem previstas expressamente no rol do supracitado artigo (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Definido o processamento pelo rito dos recursos repetitivos, a relatoria do recurso ficou a cargo da ministra Nancy Andriahi. De início, a relatora trouxe um panorama histórico da recorribilidade das decisões interlocutórias. Para tanto, abordou desde o direito português do século XII até o Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Partindo da análise da divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da natureza do artigo 1.015, CPC/15, constatou-se que três eram as posições adotadas. A primeira entendia que o rol era absolutamente taxativo e, portanto, deve ser interpretado de forma restrita. A segunda posição também defendia a taxatividade do rol, porém admitia interpretações extensivas ou analogia. E, por fim, a posição mais abrangente defendia que o artigo era meramente exemplificativo (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

### **2.2.1. Taxatividade absoluta das hipóteses do artigo 1.015, CPC/15**

Para essa parte da doutrina não é admissível qualquer recurso de agravo de instrumento contra decisão em que a hipótese de cabimento não esteja expressamente prevista no rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil. Para aqueles que defendem essa posição, o legislador fez a opção pela taxatividade das hipóteses e por este fato deve ser respeitada (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

No mesmo sentido, justificam que pensar de maneira diferente fragiliza a segurança jurídica das partes. Isto pois, quando estas fossem atacar as decisões não previstas no artigo 1.015 em sede de preliminar de apelação, poderiam ser surpreendidas pela rejeição da preliminar, por entender o magistrado já ultrapassado o momento oportuno de recorrer, tendo em vista tratar-se de decisões interlocutória (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

#### 2.2.2. Taxatividade com a possibilidade de interpretações extensivas ou analógicas

A segunda posição também defende a taxatividade do rol do artigo 1.015, CPC/15. Entretanto, entende que essa taxatividade não pode ser absoluta. Assim, advoga pela possibilidade de adotar-se uma interpretação extensiva ou analógica (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Para essa corrente, que representa uma parcela considerável da doutrina, a taxatividade absoluta não tutela de forma adequada as variadas questões que o mundo jurídico se propõe a resolver. Desse modo, a ideia principal é que as hipóteses previstas no artigo sejam analisadas de maneira a comportar hipóteses semelhantes ou próximas, embora não previstas (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Um dos defensores desse posicionamento é Fredie Didier Júnior (2018), que ressalta que a taxatividade absoluta faz com que a parte se socorra do uso anômalo do mandado de segurança. Para o autor, a interpretação extensiva gera menos problemas para os tribunais do que o uso indiscriminado da ação mandamental.

Por fim, a relatora Nancy Andrichi ressaltou que essa posição tem ganhado maiores adeptos na processualística civil, bem como que há julgados, inclusive do STJ, adotando a posição. Outrossim, pontua que a maioria das entidades que assumiram o papel de *amicus curiae* no recurso, manifestaram por esse entendimento.

#### 2.2.3. Rol meramente exemplificativo

A posição mais liberal defende que o rol do citado artigo é meramente exemplificativo. Dentro dessa perspectiva, as decisões interlocutórias seriam atacadas por meio do agravo de

instrumento, em homenagem a recorribilidade imediata. Ademais ainda que a situação não fosse similar às disciplinadas no 1.015, caberia o AI (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

O professor William Santos Ferreira (2017) sustenta que, ainda que meramente exemplificativo, o rol possuiria uma espécie de taxatividade fraca e que as hipóteses não previstas devem ser analisadas a partir do interesse recursal e da inutilidade da decisão, caso seja analisada somente na apelação. A taxatividade fraca, segundo o professor, se justifica, pois, o agravante teria o ônus de demonstrar a necessidade do AI interposto.

### **2.3. O não acatamento das posições existentes**

Após definir a controvérsia existente e as três principais posições a respeito da natureza jurídica do artigo 1.015 do CPC/15, o Superior Tribunal de Justiça seguiu a relatora do processo e definiu-o como um rol de taxatividade mitigada. A tese proposta pautou-se em um requisito objetivo para avaliar o cabimento do agravo de instrumento fora das hipóteses previstas no referido artigo.

Antes, contudo, rechaçou as três posições previamente debatidas. A taxatividade absoluta do artigo não se mostra adequada, haja vista a sua incapacidade para prever todas as possibilidades de cabimento do AI. Certo é que, existem muitas outras questões que merecem análise imediata, sob pena de causar sérios danos para as partes (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Também, rejeitou a corrente que defende uma interpretação extensiva ou analógica das hipóteses do artigo em estudo. Justificou o não acolhimento por “não haver parâmetros minimamente seguros e isonômicos quanto aos limites que deverão ser observados na interpretação de cada conceito, texto ou palavra” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018). A relatora ainda destaca que nem todas as questões que surgirem encontrarão hipótese similar no rol do artigo.

Por fim, recusou a tese de que o rol é meramente exemplificativo. Se tal posição fosse adotada, haveria um retrocesso ao Código de Processo Civil de 1973. Isto pois, em sua versão original, toda e qualquer decisão interlocutória poderia ser agravada, o que gerou um tumulto de agravos nos tribunais, conforme já tratado. Ademais, essa interpretação “contraria frontalmente o desejo manifestado pelo legislador de restringir o cabimento do recurso” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

### **2.4. A taxatividade mitigada como tese a ser seguida**

A taxatividade mitigada foi a tese proposta para a solução da controvérsia. A teoria representa o abrandamento da taxatividade absoluta, abrindo espaço para que o AI seja aceito em hipóteses não prevista no rol do artigo 1.015. Entretanto, a hipótese não prevista deve apresentar urgência em sua apreciação, requisito objetivo, sem o qual o AI não deverá ser conhecido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Desse modo, o pilar da taxatividade mitigada é a urgência. A interpretação do que é urgência está atrelado diretamente a inutilidade do provimento judicial que apreciará a questão de forma tardia, na apelação. Este é o requisito que deve ser observado pelos tribunais quando da interposição do agravo de instrumento.

Embora há uma flexibilização, o STJ entendeu que não se trata de desrespeito à vontade do legislado. Isto porque, a vontade deste foi destinar o AI apenas para as questões que não pudessem esperar até a apelação para serem apreciadas, ou seja questões que requeiram urgência na apreciação. Desse modo, a tese fixada estaria em consonância com a vontade do legislador (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

#### 2.4.1. Modulação dos efeitos da decisão

O objetivo da tese fixada foi conceder a possibilidade para as partes de submeterem para apreciação as questões urgentes, de modo, que restringir totalmente as hipóteses de cabimento representaria “desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Para garantir esse respeito, além de ampliar as hipóteses, foi necessária a modulação dos efeitos dessa decisão, caso contrário muitos litigantes seriam prejudicados. Imagine-se: as decisões que versam sobre competência não estão no rol do artigo 1.015, porém com a fixação da tese caberia AI, logo o litigante que não atacou a referida decisão, poderia ser atingido pelo instituto da preclusão.

Desse modo, a aplicação da tese da teoria mitigada somente pode ser aplicada às decisões interlocutórias que forem proferidas depois da publicação do acórdão. A adoção dessa regra de transição foi necessária para garantir segurança jurídica para as partes (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Assim, não haveria que se falar em preclusão para os casos de interlocutórias proferidas antes da publicação do acórdão. Aliás, a tese define que em se tratando da preclusão consumativa, para os casos não previstos no rol do 1.015, só ocorre quando há um juízo positivo de admissibilidade do AI, ou seja, só haverá a preclusão consumativa “se o Tribunal reputar,

presente o requisito específico fixado neste recurso especial repetitivo, confirmando que a questão realmente exige reexame imediato” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Logo, se a parte interpuser o agravo de instrumento fora das hipóteses previstas no CPC e o tribunal entender que a urgência não está presente, não haverá preclusão. Assim “estará mantido o estado de imunização e de inércia da questão incidente, possibilitando que seja ela examinada, sem preclusão, no momento do julgamento da apelação” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Portanto, definida todas essas questões o Superior Tribunal de Justiça fixou 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” BRASIL, 2018).

### **2.5. Crítica à Taxatividade Mitigada**

Em seu livro Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, Cássio Scarpinella Bueno entende que a melhor compreensão do artigo 1.015 é pela taxatividade do rol. Entretanto, ressalta que é possível, embora taxativo, “dar o máximo rendimento às hipóteses nele previstas”, e que essa interpretação é adequada para atingir à “inequívoca opção legislativa” de restringir o uso do AI, existente desde as reformas operadas no CPC/73 (BUENO, 2020, sp).

Para o autor (2020), basta que a interpretação das hipóteses de cabimento sempre leve em consideração a expressão “versar” constante no caput do artigo 1.015. Isto pois, o verbo dá sentido amplo as hipóteses, razão pelo qual não há necessidade de qualquer analogia ou artifícios hermenêuticos.

O autor destaca que, em última análise, a justificativa para adoção da não taxatividade se pautaria em uma suposta agressão ao modelo constitucional do processo civil. Bueno (2020), admite ser uma “proposta sedutora”, especialmente para aqueles que defendem o princípio do duplo grau de jurisdição como fundamento dos recursos.

Porém, destaca que o duplo grau não significa “controle imediato de toda e qualquer decisão interlocutória em grau recursal, mas sim de viabilizar o exame amplo (e irrestrito) do que foi julgado por uma instância e por outra, com composição diversa” (BUENO, 2020, sp.). E, como as interlocutórias não agraváveis podem ser impugnadas com a apelação, não haveria violação a esse princípio.

Salienta que não há inconstitucionalidade na escolha feita pelo legislador. Desse modo, em que pese a taxatividade do rol do artigo 1.015, é preciso acatar a vontade do legislador, ainda que a do interprete e aplicador do direito seja outra. Embora defenda a opção do

legislador, o autor reconhece que a não recorribilidade imediata, para alguns casos, pode gerar prejuízo imediato à parte (BUENO, 2020).

Para solucionar a questão defende a criação de outros mecanismos e técnicas dentro do sistema recursal. Argumenta que o Recurso Especial 1.704.520, “acaba por gerar dificuldades de toda ordem no que diz respeito à necessidade de (re) interpretação do que seja urgência para fins de admissibilidade do agravo de instrumento” (BUENO, 2020, sp.).

Assim, sugere que o mais adequado é resolver a questão em sede de controle incidental de inconstitucionalidade. Destaca que é preciso fazer uma análise, caso a caso, e se for preciso, reconhecer a inconstitucionalidade da restrição do artigo 1.015 naquele caso concreto, e conseqüentemente, admitir o cabimento e processamento do agravo de instrumento (BUENO, 2020).

Vencida a apresentação do julgamento Recurso Especial 1.704.520, bem como já sabendo que a tese não é isenta de críticas por parte de alguns juristas, é preciso analisar o posicionamento adotado pelo STJ.

### **3. A AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO COMO REFLEXO E GARANTIA DE UM PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO**

Em que pesem as críticas tecidas à adoção da taxatividade mitigada, essa tese é um instrumento necessário para que os litigantes não experimentem prejuízos processuais e pessoais em determinadas situações que, ainda que não previstas expressamente no artigo 1.015, merecem reexame imediato. Dito isto, entende-se que a ampliação do cabimento do AI é uma garantia de direitos.

#### **3.1. O Fenômeno da Nova Hermenêutica Constitucional**

O direito, embora uno e indivisível, acaba sendo dividido em direito público e direito privado, geralmente para fins didáticos. Dentro dessa classificação, o Direito Constitucional amolda-se no ramo público. José Afonso da Silva (2013), ainda afirma que se trata de um direito público fundamental.

Seu caráter de público fundamental, base para o restante do ordenamento jurídico, fez com que avançasse nas últimas décadas, especialmente em razão da transformação de um estado absolutista para um estado social. Esse avanço representou a influência do Direito Constitucional em outros ramos do direito público e até mesmo do direito privado.

Desse modo, há um escalonamento vertical e hierarquizado das normas, no qual a Constituição é a norma de validade de todos os demais ramos. Assim, a supremacia da

Constituição obriga a uma “necessária e inevitável releitura dos institutos, sob a ótica constitucional (LENZA, 2016, P. 63).

Dentro dessa releitura inclui-se a limitação do poder arbitrário do Estado. O constitucionalismo reflete uma limitação do poder, impedindo que governantes venham satisfazer seus próprios desejos e interesses (LENZA, 2013).

O constitucionalismo possuiu uma evolução histórica desde a antiguidade, passando pela idade média, idade moderna, constitucionalismo moderno e constitucionalismo contemporâneo atrelado uma ideia de constitucionalismo globalizado. Atualmente, a partir do início do século XXI, surge o denominado neoconstitucionalismo (LENZA, 2013).

Nessa perspectiva, o direito constitucional não serviria mais apenas como uma forma de limitação do poder político. O neoconstitucionalismo busca a eficácia completa da constituição “deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais” (LENZA, 2013).

Luis Roberto Barroso (2005) se refere ao neoconstitucionalismo como um triunfo tardio do direito constitucional brasileiro. Ao tratar do assunto, o autor aponta três marcos fundamentais do fenômeno: marco histórico, marco filosófico e marco teórico.

O marco histórico representa as constituições do pós-guerra, na Europa continental. No continente europeu a reconstitucionalização redefiniu o lugar da Constituição e sua influência sobre as instituições. Uma nova forma de organização política ganhava corpo, o Estado democrático de direito ou Estado constitucional de direito (BARROSO, 2005).

No Brasil, o ressurgimento do direito constitucional também ocorreu com o processo de reconstitucionalização, com a Constituição de 1988. A CF/88 “foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante, e por vezes, violento para um Estado democrático de direito (BARROSO, 2005, sp.)

O marco filosófico apontado pelo autor, é o pós-positivismo. O movimento ganha espaço com a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo. Desse modo, o pós-positivismo objetiva “ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas (BARROSO, 2005). Há uma reaproximação entre direito e filosofia.

Por fim, para o marco teórico o autor aponta três transformações: “a) o reconhecimento a força normativa à constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional” (BARROSO, 2005).

Para o autor, esses marcos foram responsáveis pelo processo de constitucionalização do Direito.

### 3.1.1. A Constitucionalização do Processo Civil

Oportuno neste momento, tecer comentários apenas acerca da interpretação constitucional, um dos marcos teóricos citado por Barroso no processo de formação do neoconstitucionalismo. A interpretação constitucional é uma forma de interpretação jurídica que possui decorrência da própria força normativa da Constituição.

A doutrina e a jurisprudência desenvolveram “um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional” (BARROSO, 2005). Dentre esses princípios, que são de natureza instrumental, existe a interpretação conforme a Constituição. Assim, a CF deixa de ser um sistema em si, e passa a ser uma forma de interpretar todos os ramos do Direito.

A Constituição torna-se a base formal e material do sistema jurídico. A hierarquia entre as normas deixa de ser apenas formal e passa também a ser axiológica. Ou seja, os valores e princípios constitucionais passam a exercer influência em todo o ordenamento jurídico De modo que, “toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados” (BARROSO, 2005).

Essa influência da Constituição está explícita no código de processo civil. O primeiro capítulo do código já traz como título “Das normas fundamentais do processo”. E, se ainda restarem dúvidas, basta a leitura do artigo 1º que dispõe “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil” (BRASIL, 2015).

Por isso defende-se que a ampliação das hipóteses de cabimento do AI, é um instrumento de garantia de direitos e que a tese fixada é reflexo de um processo civil constitucionalizado. Ademais, o neoconstitucionalismo que, conseqüentemente, contribuiu com a constitucionalização do processo civil é fundamento que respalda a teoria da taxatividade mitigada.

Pensar de modo contrário é deixar à margem toda a ascensão principiológica que a CF/88 passou a exercer sobre as demais normas infraconstitucionais.

### **3.2. Inafastabilidade da Jurisdição: Análise Temporal**

Outro grande fundamento para a defender a escolha adotada pelo STJ é o próprio princípio da inafastabilidade da jurisdição ou acesso à justiça. O princípio está esculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal/88 e reproduzido no artigo 3º do Código de Processo Civil.

Desse modo, há a garantia constitucional de que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” (BRASIL, 1988). Essa garantia representa uma das

faces do Estado democrático de direito, demonstrando a importância do Poder Judiciário e do processo para pacificação social. Dada sua importância, o acesso à justiça está elevado ao nível de direito fundamental.

Entretanto, não basta garantir que os litigantes tenham acesso à justiça, é preciso que esse acesso seja em momento oportuno. Daí parte a análise temporal do momento adequado para se impugnar algumas questões por meio do agravo de instrumento. Isto é, não adianta apenas não excluir da apreciação a lesão ou ameaça de direito, essa apreciação deve ser no tempo adequado, sob pena da própria apreciação ser uma forma de lesão ao direito.

Isto pois, quando se pensa em um rol com taxatividade absoluta para o artigo 1.015, por conseguinte, exclui-se da apreciação imediata todas as demais questões que surgirem no curso do processo. Seguindo nessa linha, essas situações seriam apreciadas somente na apelação, ao final do processo de conhecimento. Desse modo, não há como negar que de fato seriam analisadas, porém em momento futuro.

Entretanto, conforme já demonstrado, há situações que, embora não previstas, necessitam de pronta análise, sob pena de prejuízos e inutilidade da decisão. Nesses casos, não basta garantir o acesso à justiça, o acesso deve ser imediato. E, justamente por esse motivo que o alargamento do cabimento do AI vem ao encontro do que prega o presente princípio.

### **3.3. Suposta protelação do processo**

Em última análise, prevendo a possibilidade da ventilação de que a tese fixada pode servir para protelação do processo, necessários alguns apontamentos.

Primeiramente, é essencial não perder de vista que o agravo de instrumento não é um recurso com efeito suspensivo automático. Conforme artigo 1.019, I (BRASIL, 2015), ao relator é incumbida a tarefa de atribuir ou não o efeito suspensivo. Logo, não há que se falar em protelação, visto que há a possibilidade do efeito suspensivo nem mesmo ser atribuído e o processo seguir o curso normal.

Ademais, para aqueles que eventualmente queiram aventurar-se com recursos meramente protelatórios, a própria sistemática do Código de Processo Civil já traz as consequências. Segundo o artigo 79, CPC/15 “responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente” (BRASIL, 2015).

O manejo de recurso com o intuito manifestamente protelatório é caracterizado como litigância de má-fé, conforme artigo 80, VII, do Código de Processo Civil. Portanto, aquele que quiser abusar do seu direito de recorrer, utilizando de forma indiscriminada a taxatividade

mitigada, poderá incorrer em multa com valores com alcançam o patamar de até 10 salários mínimos (BRASIL, 2015).

Outrossim, embora os litigantes devam agir pautados na boa-fé, não se exclui a possibilidade de que alguns entrarão com recursos apenas para alongar o processo. Entretanto, tal justificativa não tem o condão de dismantelar a tese fixada sobre a natureza jurídica do artigo 1.015.

Ademais, o tribunal também deve ter maturidade e seriedade no julgamento dos agravos de instrumentos que vierem fundamentados na teoria para que não haja a banalização da teoria mitigada, bem como um retrocesso ao CPC/73, com o abarrotamento de AI na segunda instância.

## **CONCLUSÃO**

Com o presente artigo buscou-se analisar o recurso especial 1.704.520 julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2018. O presente recurso se propôs a resolver a controvérsia existente a respeito da natureza jurídica do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, que trata do agravo de instrumento.

Para tanto, foi feita uma breve análise da sistemática recursal no processo civil brasileiro, bem como uma análise histórica do agravo de instrumento. Assim, apresentou-se o AI sob a égide do CPC de 73, ressaltando que na versão primária do código o recurso era um tipo de gênero, que se subdividia entre agravo retido e o próprio agravo de instrumento.

No mesmo sentido, discorreu-se sobre as mudanças operadas por meio da Lei 9.139/95 e Lei 11.187/05, que visaram limitar o alcance do recurso, visto a vultuosa quantidade destes nos tribunais. Ato seguinte, foi exposto a regulamentação do agravo de instrumento no atual Código de Processo e as mudanças operadas entre as legislações processuais.

Buscou-se também situar o leitor a respeito da situação fática que gerou o recurso especial em análise, expondo a delimitação da controvérsia e as posições existentes a respeito do tema. Dialogou-se a respeito da tese da taxatividade mitigada, fixada pelo STJ, para definir a natureza do artigo 1.015, bem como a modulação dos efeitos dessa decisão.

Por fim, defendeu-se que a ampliação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento reflete os ideais de um direito processual constitucionalizado, fruto do neoconstitucionalismo e uma garantia de direitos para os litigantes que estão submetidos a situações que, caso não apreciadas imediatamente, acarretarão danos pessoais e processuais para as partes.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista De Direito Administrativo*, 240, 1-42. Disponível em: [https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 29 jun. 2021.
- BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869/imprensa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869/imprensa.htm). Acesso em: 13 mai. 2021.
- \_\_\_\_\_. Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) > Acesso em: 13 mai. 2021.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111187.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111187.htm). Acesso em: 18 mai. 2021.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9139.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9139.htm). Acesso em: 18 mai. 2021.
- \_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil e Normas Correlatas**. 7. ed. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2021.
- \_\_\_\_\_. STJ, Corte Especial, Recurso Especial n. 1.704.520/MT, Rel. Nancy Andrighi j. em 15/12/2018, DJe 19/12/2018.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil** – vol. II. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade - O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. Disponível em: [https://www.academia.edu/36054360/Cabimento\\_do\\_agravo\\_de\\_instrumento\\_e\\_a\\_%C3%B3tica\\_prospectiva\\_da\\_utilidade\\_O\\_direito\\_ao\\_interesse\\_na\\_recorribilidade\\_de\\_decis%C3%B5es\\_interlocut%C3%B3rias](https://www.academia.edu/36054360/Cabimento_do_agravo_de_instrumento_e_a_%C3%B3tica_prospectiva_da_utilidade_O_direito_ao_interesse_na_recorribilidade_de_decis%C3%B5es_interlocut%C3%B3rias). Acesso em: 17 mai. 2021
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil** – Vol. I. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- \_\_\_\_\_. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum** – volume II. 3.ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito Processual Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de conhecimento** - vol. I. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- THEODORO JÚNIOR. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. III. 51. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.