



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

NATUREZA JURÍDICA DO ART. 1.015 DO CPC: TAXATIVIDADE MITIGADA?

Thiago Martins Ramos Fonseca

Rio de Janeiro
2019

THIAGO MARTINS RAMOS FONSECA

NATUREZA JURÍDICA DO ART. 1.015 DO CPC: TAXATIVIDADE MITIGADA?

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

NATUREZA JURÍDICA DO ART. 1.015 DO CPC: TAXATIVIDADE MITIGADA?

Thiago Martins Ramos Fonseca

Graduado pela Faculdade de Direito do IBMEC. Advogado. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O grande número de interposições de agravos de instrumentos, resultado das regras do sistema processual civilista antigo, fez com que o legislador do Novo Código de Processo Civil, criasse um sistema de hipóteses taxativas do referido recurso, com o fim de reduzir assim o desenfreado ajuizamento do mesmo. Tal sistemática criada, no entanto, não parece ter sido aceita com bons olhos pela doutrina e jurisprudência, o que fez com que houvesse inúmeras discussões acerca da natureza jurídica do rol do art. 1.015, mormente as hipóteses de cabimento ou não do agravo, nas situações não elencadas pelo referido dispositivo. O objetivo deste artigo é analisar o REsp nº 1.704.511, que em sede de recurso repetitivo, definiu a natureza jurídica do rol do art. 1.015, indo de encontro com a vontade do legislador, apresentando assim os riscos do ativismo judicial no caso em tela.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC. Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Divergência jurisprudencial.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias acerca das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Análise histórica e atual. 2. A natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC 3. Consequências práticas do ativismo judicial no caso do rol do agravo de instrumento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico discute acerca da natureza jurídica do rol do artigo 1.015 do CPC, no que tange as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. O intuito da pesquisa é demonstrar a importância da *mens legis* no trabalho de interpretação hermenêutica do juiz, no momento em que este faz a aplicação da lei, ao caso concreto.

Conforme a exposição de motivos do CPC/15, o legislador ao criar a nova *códex* teve como intuito retornar à época de 1939, desenvolvendo assim um modelo, *mutatis mutandis*, semelhante ao do Código Processual Civil àquela época. Criou-se, portanto, um sistema de recorribilidade imediata das decisões, elegendo assim um rol exaustivo para as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

Diante desta novidade, criou-se uma celeuma jurídica acerca da viabilidade prática da taxatividade do rol, do referido artigo. Doutrina e jurisprudência, tratando a respeito do tema, mostraram-se diametralmente opostas, discutindo na seara da hermenêutica qual seria a verdadeira natureza jurídica do rol.

Desta forma, viu-se o aplicador do direito em uma entrave. Deveria o juiz respeitar a literalidade da lei, protegendo assim a vontade do legislador ordinário, e conseqüentemente o respeito a taxatividade do rol, tal como quer a exposição de motivos do Código de Processo Civil, ou deveria amplificar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, violando assim a separação dos três poderes?

Com intuito de melhor expor as ideias aqui aventadas, faz-se imprescindível apresentar as controvérsias a respeito da natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC, expondo assim as conseqüências jurídicas de se adotar cada uma delas.

Pretende-se ainda discutir acerca da impossibilidade de interpretação analógica, pelo aplicador do direito, quando este não se sentir satisfeito com as regras criadas pelo legislador ordinário. Para tanto é necessário criticar o ativismo judicial, em casos específicos como este, em que o juiz altera a essência da norma, sob a proteção de princípios abstratos garantidos na Constituição Federal, mormente o da efetividade.

Inicialmente apresenta-se, no primeiro capítulo, as controvérsias a respeito da natureza jurídica do art. 1.015 do CPC.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a necessidade de defender a *mens legis* da *códex* deve se sobrepôr a vontade do poder judiciário. Desta forma, busca-se assegurar que a natureza jurídica do rol do art. 1.015 é de taxatividade restritiva, de forma a impedir qualquer tipo de interpretação hermenêutica contrária a intenção do legislador. Ato contínuo, pretende-se demonstrar hipóteses cabíveis de outros meios processuais possivelmente cabíveis para aquelas situações não previstas expressamente em lei, de forma a demonstrar que ao interpretar restritivamente as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, não restaria o jurisdicionado prejudicado.

Adiante, no terceiro capítulo, critica-se a recente decisão do STJ no REsp nº 1.704.520, apresentando argumentos contrários ao entendimento do Tribunal. Faz-se isso através de uma análise acerca da inaplicabilidade do ativismo judicial, no presente caso.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acreditam

serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las de forma argumentativa.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa para sustentar a sua tese.

1. CONTROVÉRSIAS ACERCA DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANÁLISE HISTÓRICA E ATUAL.

A criação de regras processuais, não se deu por um processo imediato e instantâneo, que resultou na unificação de todas as leis processuais em um código. Na verdade, o processo de criação de um sistema processualista é antigo, e tem origem desde a época do império, com as Ordenações Filipinas.¹

Em razão da sociedade ser algo volúvel e em constante mudança, é necessário que o sistema jurídico seja constantemente atualizado e renovado, de forma a atender aos anseios dela, sociedade. É de se esperar, portanto, que sempre que o legislador cria um sistema jurídico novo, este esteja a frente de seu tempo, e não com conceitos e ideias antigas, e ultrapassadas.

Neste giro, observa-se que no Código de Processo Civil de 1939, o legislador optou por um sistema de recorribilidade simples. Foi estabelecida a regra geral de que os despachos interlocutórios eram irrecorríveis, com exceção daqueles expressamente previstos em lei, sendo cabíveis contra eles o agravo de instrumento.² O que o legislador fez portanto, foi tratar casuisticamente acerca das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, que à época optou por estabelecê-las em dezessete incisos.

Ato contínuo, no Código de Processo Civil de 1973, no que tange aos recursos cabíveis contra as decisões interlocutórias, o legislador optou por possibilitar o cabimento do agravo de instrumento para todas as hipóteses de decisões interlocutórias que causassem dano à parte.

¹PEDRON. Flávio Quinaud Pedron. SAMPAIO Marina Fram Lima. *O Recurso de agravo de instrumento e a possibilidade de interpretação extensiva das suas hipóteses de cabimento conforme o CPC/2015*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.75.06.pdf. Acesso em: 7 jul. 2019.

²Ibidem.

Atualmente, no entanto, em uma análise feita na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, é possível perceber que o legislador optou por retomar as origens do Código Processual de 1939, ao criar um sistema de recorribilidade simples, e de hipóteses taxativas contra a recorribilidade de decisões interlocutórias:

O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa.³

Com certeza é de se causar, inicialmente, estranheza ao fato do legislador ter optado por retornar a um sistema antigo, o que alguns poderiam acreditar com um hipótese de retrocesso processual. Na comunidade jurídica percebe-se que a estranheza foi de fato perceptível, motivo pelo qual originou-se um acirrado debate jurídico acerca da possibilidade ou não de cabimento do agravo de instrumento, fora das hipóteses previstas em lei.

Inicialmente, criaram-se três correntes acerca do tema.

A primeira corrente que tratou sobre o tema, defendeu que o rol do art. 1.015 era taxativo, não permitindo nenhum tipo de interpretação analógica ou extensiva a seu respeito.

De acordo com esta corrente, o legislador ordinário ao promulgar o CPC/15 teve como objetivo central reduzir as vias recursais, motivo pelo qual o rol do art. 1.015 do CPC deve ser interpretado de forma restritiva. Desta forma, não caberia ao aplicador do direito consagrar hipóteses não tipificadas no presente dispositivo.

Tal corrente, busca fazer uma análise da *mens legis* do CPC, de acordo com o dito pelo legislador, na exposição de motivos da referida *códex*.

Criticando esta teoria, seguiu uma segunda corrente que, apesar de sustentar ser o rol do art. 1.015 do CPC taxativo, a interpretação dada a este rol deve ser extensiva, de forma a se adequar as questões práticas diárias, que não estariam previstas no referido rol.

Desta forma, o enunciado normativo deveria ser inicialmente interpretado de acordo com o sentido literal, para que que somente então, pudesse ser examinado de

³BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2019.

forma crítica e sistemática, pelo aplicador do direito, com intuito de coadunar as questões legais a vida prática.⁴

O fato de o legislador ordinário ter criado um sistema de recorribilidade do agravo de instrumento taxativo, não significa dizer que as interpretações dos incisos que tratam a respeito do cabimento do recurso deveriam ser restritivas. Ao contrário, segundo esta corrente, o próprio ordenamento jurídico, permite a feitura de interpretações extensivas, nas hipóteses de enumerações taxativas. Neste sentido, expõe Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha⁵:

No sistema brasileiro, há vários exemplos de enumeração taxativa que comporta interpretação extensiva.
O Supremo Tribunal de Justiça entende que, embora taxativa em sua enumeração, a lista de serviços tributáveis admite interpretação extensiva, dentro de cada item, para permitir a incidência do ISS sobre serviços correlatos àqueles previstos expressamente [...]"

Por último se tem a corrente que defende que o rol do art. 1015 é na verdade exemplificativo. Tal corrente se prende ao entendimento de que o CPC possibilitou ao juiz tomar certas medidas, através de seu poder instrutório, de forma a garantir um processo mais célebre e eficaz, observando assim os preceitos constitucionais do art. 5º, LXXVIII da CF⁶.

Este é o entendimento do professor José Rogério Tucci:⁷

Tenha-se presente que, entre os poderes do juiz, o artigo 139, inciso II, do Código de Processo Civil preceitua que lhe incumbe: “Velar pela duração razoável do processo”. Diversos dispositivos do novo diploma processual concedem ao magistrado o poder de controlar e reprimir atos que possam colocar em risco a celeridade processual.(...)
Daí porque entendo que é acertada a interposição de agravo de instrumento quando a matéria importar imediato exame, mesmo que não conste da enumeração tida como taxativa. Não se pode, com efeito, interpretar literalmente a aludida regra legal e deixar o procedimento fluir, depois de considerável tempo, para só então ser reexaminada, por exemplo, a arguição de ilegitimidade de parte ou de prescrição, ao ensejo do julgamento da apelação.

⁴DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 15. ed. V. 3. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 248.

⁵Ibidem. p. 246.

⁶Art. 5º, LXXVIII: A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2019

⁷TUCCI. José Rogério Cruz. *Paradoxo da Corte: Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-18/paradoxo-corte-ampliacao-cabimento-recurso-deagravo-instrumento>. Acesso em: 18 abr. 2019

Insta por último salientar que recentemente o STJ no REsp 1.704. 520 parece ter criado ainda uma nova corrente, ressaltando ser as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento como de “taxatividade mitigada”. Segundo entendeu a Corte Superior, seria possível o cabimento do agravo de instrumento, fora da lista legal, sob a égide do requisito objetivo da urgência e necessidade. O fundamento desta decisão seria o de suprir as hipóteses de cabimento não previstas pelo legislador, e que, na visão da Corte, impossibilitavam o jurisdicionado de ter acesso a justiça.⁸

2. A NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC

A tramitação do projeto do Novo Código de Processo Civil, teve como marco inicial a data de primeiro de outubro de 2009 – data da assinatura do ato que criou a “comissão para elaborar o anteprojeto de lei de um novo Código de Processo Civil – encerrando-se no dia dezessete de dezembro de 2014 – com a aprovação do texto final do PL 166/10 pelo Senado.⁹

Neste interregno de tempo muitas discussões foram travadas por especialistas do direito acerca das sendas processuais, que o Código de Processo Civil deveria tomar, de forma a se adequar aos anseios sociais atuais.

O principal objetivo do Código de Processo Civil foi o de criar um sistema processual mais funcional, célere, pragmático e eficaz, possibilitando assim uma harmonização maior com os valores constitucionais garantidos.

Neste bojo, uma das formas encontradas pelo legislador ordinário, foi a simplificação do sistema recursal. Em que pese, o sistema recursal no antigo Código revogado, em sua versão original, ser consideravelmente mais simples que o anterior, com o passar dos tempos e as sucessivas reformas pontuais, este acabou se tornando um sistema mais complexos, o que ocasionou ineficiência e insegurança jurídica, aos jurisdicionados.

A partir deste ponto se consegue entender o motivo pelo qual o legislador ordinário optou por escolher um sistema de recorribilidade taxativa ao agravo de

⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.704.520*. Relatora Min. Nancy Andrighi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 18 abr. 2019

⁹DELLORE, Luiz. *5 anos de tramitação e 20 inovações*. Jota, 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-5-anos-de-tramitacao-e-20-inovacoes29122014>. Acesso em: 10 jul. 2019.

instrumento, conforme consta na exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil.¹⁰

O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa.

Em que pese ser possível analisar negativamente a escolha do legislador em sua opção por um rol taxativo, certo é que não se pode permitir que o Judiciário arbitrariamente modifique o sistema adotado, julgando de acordo com aquele que achar melhor, pois então estaria havendo uma ruptura da separação dos poderes.

Conforme se resta claro, houve uma consciente e política opção do legislador pela taxatividade das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, não sendo portanto possível ao aplicador do direito ampliar estas hipóteses, seja através de uma interpretação extensiva do rol taxativo, ou mesmo sob a égide de uma interpretação “taxativa mitigada”¹¹, como assim quer a Corte Superior.

Neste diapasão, entende-se que a melhor corrente a ser aplicada seria aquela que defende que o agravo de instrumento é de rol taxativo, e cuja interpretação deva ser restritiva.

Não se pode sobre o amparo da eficiência e celeridade, através do fundamento da insuficiência das hipóteses de cabimento do rol do art. 1.015 do CPC, no âmbito prático processual, defender a possibilidade de criação de novas hipóteses de cabimento, pelo Poder Judiciário, não previstas expressamente em lei.

O fundamento será sempre o mesmo. Em razão da divisão dos três poderes, é papel do Poder Legislativo escolher qual tipo de sistema processual será o escolhido para tutelar a proteção do jurisdicionado. Ademais, é certo que durante a tramitação do projeto de lei foram várias as tentativas de alteração para extensão ou redução do rol do art. 1.015¹², o que terminou com a conclusão de doze incisos. Isto mostra a legitimidade existente, nas hipóteses de cabimento ali previstas, em razão da dificuldade que tiveram em serem aprovadas.

Por esta razão, de que seria válido o rol do art. 1.015, caso fosse possível ao Judiciário, de acordo com sua convicção interna, ignorar os anseios do Poder

¹⁰BRASIL. op.cit. nota 3.

¹¹BRASIL. op.cit, nota 8.

¹²BRASIL. Ibidem. Voto Min. FERNANDES, OG. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2019.

Legislativo, criando um novo elenco de cabimento do agravo de instrumento, não previsto em lei?

Ao permitir a criação de novas hipóteses de cabimento do rol do art. 1.015 o Judiciário estaria, portanto, afastando a aplicabilidade do próprio dispositivo em questão, sem declará-lo inconstitucional, o que violaria a sumula vinculante nº 10¹³.

A respeito do tema, tratou o Ministro OG Fernandes, no seu voto vencido no Resp nº 1.704.520¹⁴:

Caso assim não fosse, o STJ estaria deixando de aplicar o art. 1.015 do CPC sem, no entanto, declará-lo inconstitucional, o que não é adequado. E, frise-se, de inconstitucionalidade sequer se cogita, debatendo-se, isto sim, sobre a funcionalidade do novo sistema.

Importante afastar a tese de que ao entender pela impossibilidade de criação de novas hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, não previstas em lei, estaria o legislador impedindo o acesso do jurisdicionado a justiça. O próprio Código Processual de 2015, prevendo estas hipóteses de inaplicabilidade do agravo de instrumento, criou a possibilidade da matéria ser abarcada como preliminar de apelação, conforme o art. 1.009, §1^{o15} da referida *códex*, o que demonstra que o jurisdicionado não ficaria desamparado pelo Judiciário.

Outrossim, para as hipóteses de danos irreparáveis ou de difícil reparação, que não estivessem previstas no rol do dispositivo, seria possível a parte se utilizar do mandado de segurança, no caso de não cabimento de recurso com efeito suspensivo, assegurando assim o direito da parte, de ter a sua matéria prontamente tratada pela justiça¹⁶.

Como exemplo, poder-se-ia tratar do caso em que a parte faz o pedido de que o seu processo corra em segredo de justiça, mas é negado pelo juiz. Caso somente fosse possível a parte sustentar em preliminar de apelação, na forma do art. 1.009, §1^o do

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 10*. In: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁴BRASIL. op.cit nota 8.

¹⁵Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. BRASIL. op.cit, nota 3.

¹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no MS 17.857/DF. Relator. Min Arnaldo Lima. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25693558&num_registro=201102834066&data=20121119&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2019

CPC, a possibilidade do processo correr em segredo de justiça, tal ato processual seria ineficaz, uma vez que todo o processo de conhecimento em 1ª instância, correria publicamente. No entanto, por se tratar de um direito irreparável, e não haver recurso com efeito suspensivo, seria possível o mandado de segurança com pedido de liminar, com o intuito de suspender a eficácia do ato judicial, permitindo-se assim que o processo corra em segredo de justiça.

Conclui-se, portanto, que mesmo sendo restritiva as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, não estaria o jurisdicionado prejudicado, por estas hipóteses, uma vez haver saída processual para a garantia de seus direitos, inclusive dos urgentes.

Argumento que ainda existe é que “se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária.”¹⁷

No entanto, caso fique comprovado pela prática cotidiana o uso excessivo do *mandamus*, defende-se que isto sirva como razão essencial para se modificar a lei, como antes já se foi feito. O que não pode é utilizar-se de argumentos consequencialistas para modificar a *mens legis* do Novo Código de Processo Civil, indo de encontro com a vontade do legislador.

3. CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DO ATIVISMO JUDICIAL NO CASO DO ROL DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Era de se esperar uma enorme celeuma jurídica, e uma ruptura na doutrina, quando o legislador decidiu optar pela taxatividade do rol do agravo de instrumento. No interregno de tempo entre a aprovação do projeto e a vigência da lei, doutrina já criticava o texto legal, por faltar hipóteses de cabimento importantes para a vida prática do militante processualista, e se perguntava como os tribunais iriam resolver o assunto.

Por um breve período de tempo, enquanto a Corte Superior não decidia a respeito do tema, a insegurança reinou no mundo jurídico, e acredita-se que ainda reina.

Em que pese existirem julgados, recentes, da própria Corte Superior que defenda que o rol do art. 1.015 é taxativo e de interpretação restritiva¹⁸, ou que é um rol

¹⁷CUNHA apud BECKER, Rodrigo Frantz. *O rol taxativo (?) das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-rol-taxativo-de-hipoteses-do-agravo-de-instrumento-09062017>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.700.308*. Relator Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=RESP+1.700.308&b=DTXT&thesauru=JURIDI>

taxativo, mas de interpretação extensiva¹⁹ ²⁰, o STJ decidiu em sede do Recurso Repetitivo no REsp nº 1.704.520, findar de vez com a questão, e definir que o rol é de “taxatividade mitigada”.

Sendo assim, o STJ entendeu ser cabível o agravo de instrumento, mesmo quando não expressamente previsto em lei, nas hipóteses em que se verificar a inutilidade do julgamento da questão, em sede de preliminar de apelação, quando houver os requisitos da urgência e necessidade. A Corte entendeu que o mandado de segurança para estas hipóteses, conforme aqui já defendido, seria considerado uma anomalia processual, e que portanto deveria ser impedido, em razão dos malefícios que ele iria trazer.

Ao que parece, a Corte buscou trazer para si os holofotes da vaidade, aplicando o ativismo judicial como uma forma de licença poética, para romper com o elo existente entre a separação das funções dos três poderes. Isto tudo, em razão da falsa premissa de necessidade da efetividade dos direitos fundamentais.

A Corte Superior desconsiderou a vontade do legislador, que optou por um sistema processual que ressurgiu com a possibilidade de aplicação do mandado de segurança, para casos como os discutido. Fez isso, pretensiosamente acreditando consertar aquilo que considerava um erro legislativo. Eis as palavras da Ministra Nancy Andrighi²¹:

Se isso é verdade, não é menos verdade que a trajetória do mandado de segurança contra ato judicial assemelha-se a de Fênix (...). Isso porque o legislador brasileiro, ao enunciar as hipóteses de cabimento do agravo no CPC/15, propositalmente quis ou involuntariamente conseguiu reacender, vivamente, as polêmicas e as discussões acerca do cabimento do mandado de segurança contra ato judicial como sucedâneo do recurso de agravo. (...) Contudo, é preciso, uma vez mais, tentar abater definitivamente a Fênix que insiste em pousar no processo civil de tempos em tempos e que mais traz malefícios do que benefícios.

Por derradeiro, mostra-se nítido que o STJ não somente revogou o dispositivo legal do 1.015, mas igualmente criou um novo texto que antes não existia em relação ao cabimento do agravo de instrumento.

CO&p=true. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.695.936*. Relator. Min. Herman Benjamin. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78380650&num_registro=201702210316&data=20171219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2019.

²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.679.909*. Relator. Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79504603&num_registro=201701092223&data=20180201&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2019.

²¹BRASIL. op. cit nota 8.

Importante salientar que não critica-se aqui o ativismo judicial como instituto, mas acredita-se que é necessário existir limites para que o Poder Judiciário possa atuar em uma posição nitidamente de legislador ou executivo. A ideia do ativismo está atrelada a uma participação mais ampla do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais garantidos na Constituição, e não aventados pelo poder legislativo e executivo.

O Ministro Luís Roberto Barroso²², define o ativismo judicial da seguinte forma:

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

De certo, portanto, que o papel do judiciário é o de consagrar políticas públicas quando os outros dois poderes se absterem de tomar condutas frente a garantia dos direitos sociais. No entanto, o ativismo judicial não pode servir de justificativa para o empoderamento do Poder Judiciário, frente aos outros poderes.

Na decisão do recurso repetitivo no REsp nº 1.740.520²³, percebe-se que o judiciário foi no caminho diametralmente oposto àquele previsto pelo legislador. Simplesmente o STJ decidiu desconsiderar a vontade do legislador, e criar uma regra nova, não prevista em lei. Todos os incisos do art. 1.015 do CPC que foram votados e discutidos, foram desconsiderados pelo STJ, que criou um “novo inciso” o qual permite o agravo de instrumento em qualquer situação, desde que sob a égide da urgência. Insta salientar, que esta hipótese sequer foi ventilada pelo legislador, nas discussões acerca do cabimento do recurso.

Conforme restou-se configurado, a vontade do legislador era justamente a de simplificar a forma de sistematização dos recursos. Criou-se assim hipóteses taxativas, para que se evitasse a discussão acerca da aplicabilidade ou não do agravo de instrumento, nas variadas circunstâncias da vida prática.

Ocorre que, apesar disso, a Corte Superior desconsiderou a *mens legis* da nova *códex* processual, e criou com a nova decisão, um sistema complexo e altamente discutível quanto as hipóteses em que serão ou não cabíveis o agravo de instrumento.

²²BARROSO. Luís Roberto *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 11 jul. 2019.

²³BRASIL. op. cit., nota 8.

Registra-se que ao entender pela hipótese de aplicabilidade do agravo de instrumento nos casos de urgência, quando não previstos em lei, o STJ estaria retroagindo para um regime bastante semelhante aquele previsto pelo Código de Processo Civil de 1973, em que a urgência decorrente da decisão interlocutória, definia se o caso era de interposição do recurso ou não. Não há portanto previsibilidade legislativa que permitisse a Corte Superior entender desta forma.

A decisão do STJ, na verdade, concretiza a problemática acerca da excessiva utilização do ativismo judicial, personificando assim o juiz como protagonista principal do modelo democrático, rompendo com o equilíbrio entre os três poderes, base da democracia.

Os membros do Poder Judiciário não são agentes políticos eleitos pelo povo. Por não terem passado pela cerimônia batismal de eleição popular, não possuem legitimidade absoluta para definirem a respeito das políticas públicas, e muito menos de irem de encontro com a vontade do legislador ordinário.

No trabalho realizado pelos juristas Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari, e Adriano Obach Lepper²⁴, foi-se feita a seguinte crítica a respeito do ativismo judicial brasileiro:

O aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados. Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão, não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião.

É frívolo o argumento justificativo da Corte Superior que resultou no entendimento de “taxatividade mitigada”, do rol do art. 1.015. Não se pode afirmar que a opção legislativa na escolha de um rol taxativo restritivo estaria infringido o direito fundamental do jurisdicionado à justiça.

Isto porque, conforme já se salientou, mesmo o rol do dispositivo referido ser taxativo restritivo, no caso de hipóteses de urgências ali não previstas, existiria a

²⁴STRECK, Lenio Luiz. TASSINARI, Clarissa. LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 5. Número especial. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>. Acesso em: 11 jul. 2019.

possibilidade do jurisdicionado impetrar um mandado de segurança, suspendendo o ato judicial que gerou referido dano irreparável a parte.

Desta forma, não resta-se dúvidas que não havia a necessidade do Poder Judiciário intervir ativamente no processo legislativo, vez que não haveria nenhum direito fundamental em risco.

O ativismo judicial, portanto, não pode ser utilizado como um clichê, sendo prerrogativa de utilização da arbitrariedade do judiciário, frente a vontade do legislador. Mesmo que o Poder Judiciário não concorde com o caminho sistemático processual tomado pelo legislador, não pode aquele se basear em fundamentos genéricos, e criar normas inexistentes, quando já existir regulamentação suficiente para concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

A decisão do juiz deve ser baseada em fundamentos normativos, e não em argumentos críticos e consequencialistas contrários, a ordem legislativa. Deve-se extinguir a ideia de “juiz-legislador”. O Poder Judiciário deve, sim, ser o concretizador de políticas públicas, quando houver uma defasagem na atuação do poder legislativo e executivo, e não criador de normas.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou como problemática principal a divergência existente no que tange as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. O embate materializou-se na análise a respeito da natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC, de forma a constatar assim se seria ou não cabível o agravo de instrumento nas hipóteses não previstas em lei.

Foi-se apresentado que o Código de Processo Civil de 2015 teve como objetivo principal criar um sistema de recorribilidade simples, retornando com uma estrutura aparentemente parecida com a do Código de Processo Civil de 1939. Isto, gerou grande alvoroço na comunidade jurídica, tendo em vista alguns acreditarem que estaria o legislador retrocedendo a época de um sistema jurídico anteriormente tido como falho.

Por conta disso, o judiciário, na forma da Corte Superior, se sentiu obrigado em modificar o sistema escolhido pelo legislador ordinário, criando assim uma hipótese de cabimento do agravo de instrumento, não prevista em lei.

Desta forma, entendeu o STJ no REsp nº 1.704.520 que o rol do art. 1.015 do CPC era de “taxatividade mitigada”. Sendo assim, nas hipóteses de urgência e

necessidade, não previstas expressamente em lei, poderia o jurisdicionado aplicar o agravo de instrumento, para ter o seu direito analisado em 2ª instância. Ou seja, em que pese o legislador ter previsto que o sistema recursal do agravo de instrumento seria taxativo, e somente aplicado nas hipóteses previstas em lei, o STJ decidiu ir em um caminho diametralmente oposto. Tal decisão teve como justificativa o direito fundamental do acesso a justiça, que nas hipóteses acima aventadas, foi-se entendido como inaplicável.

A pesquisa buscou criticar o ativismo judicial que se deu na presente decisão da Corte Superior. Foi demonstrado que na verdade o ativismo judicial somente deve ser utilizado quando houver uma falha de aplicabilidade dos direitos fundamentais, pelos outros dois poderes – legislativo e executivo.

A justificativa, dada pela Corte Superior, de que o direito fundamental ao acesso a justiça estaria sendo desrespeitado, nas hipóteses de decisões interlocutórias, não previstas em lei, que tratavam de assuntos urgentes e emergenciais, é frívolo. Buscou-se demonstrar que na verdade existem outros meios processuais, como por exemplo o mandado de segurança, que permitem ao jurisdicionado ter acesso a justiça imediata, nas hipóteses acima consubstanciada.

Criticou-se a utilização do ativismo judicial de forma arbitrária, apresentado que o seu uso excessivo e infundado, é a porta de entrada para a ruptura da separação dos três poderes, instaurado constitucionalmente como cláusula pétrea. O STJ com a sua nova decisão acabou por criar um sistema processual novo, diametralmente oposto aquele escolhido pelo legislador.

O ponto nevrálgico da pesquisa foi defender que a vontade do legislador ordinário deve ser respeitada, independentemente de ter sido esta positiva ou negativa. Sendo assim, nesta pesquisa adotou-se que as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento devem ser analisadas de forma taxativa, através de uma interpretação restritiva. Portanto, qualquer meio de interpretação hermenêutica que entenda pela aplicabilidade do recurso de agravo de instrumento, fora das hipóteses aventadas pelo legislador, expressamente em lei, devem ser repudiadas, sob pena de violar a vontade da lei, e por conseguinte o sistema de divisão de poderes.

Apesar de ser possível criticar a posição do legislador ao prever um sistema de recorribilidade taxativo e simplificado, não pode o judiciário ir de encontro com a vontade da lei, aplicando um sistema processual que melhor entenda ser cabível, quando não houver nenhum fundamento para tanto.

O juiz somente pode ser protagonista de políticas públicas quando for demonstrando, a efetiva ausência de ação na consecução destas, por parte dos outros dois poderes.

Sendo assim, é evidente que a única forma de interpretação correta das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, deve ser aquela inicialmente discutida e votada por quem possui legitimidade popular, para tanto. Caso posteriormente se entenda pela inaplicabilidade do sistema processual escolhido pelo legislador, deve a lei ser mudada. O que não pode é uma decisão judicial ser utilizado como meio de modificação legal, sob argumentos consequentialistas de inaplicabilidade do sistema processual escolhido.

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luís Roberto *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 11 jul. 2019.

BECKER, Rodrigo Frantz. *O rol taxativo (?) das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-rol-taxativo-de-hipoteses-do-agravo-de-instrumento-09062017>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 10*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no MS nº 17.857/DF*. Relator. Min Arnaldo Lima. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25693558&num_registro=201102834066&data=20121119&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.679.909*. Relator. Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79504603&num_registro=201701092223&data=20180201&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.695.936*. Relator. Min. Herman Benjamin. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78380650&num_registro=201702210316&data=20171219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.700.308*. Relator Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=RESP+1.700.308&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.704.520*. Relatora Min. Nancy Andrighi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 18 abr. 2019.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2019

DELLORE, Luiz. *5 anos de tramitação e 20 inovações*. Jota, 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-5-anos-de-tramitacao-e-20-inovacoes-29122014>. Acesso em: 10 jul. 2019.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 15. ed. V. 3. Salvador: JusPodivm, 2018.

PEDRON, Flávio Quinaud. SAMPAIO Marina Fram Lima. *O Recurso de agravo de instrumento e a possibilidade de interpretação extensiva das suas hipóteses de cabimento conforme o CPC/2015*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.75.06.pdf. Acesso em: 7 jul. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. TASSINARI, Clarissa. LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 5. Número especial. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>. Acesso em: 11 jul. 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Paradoxo da Corte: Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-18/paradoxo-corte-ampliacao-cabimento-recurso-deagravo-instrumento>. Acesso em: 18 abr. 2019.