



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A RESPEITO DO CABIMENTO
DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: DISCUSSÃO À LUZ DO ATIVISMO JUDICIAL

Tayná de Almeida Barros.

Rio de Janeiro
2020

TAYNÁ DE ALMEIDA BARROS

A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A RESPEITO DO CABIMENTO
DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: DISCUSSÃO À LUZ DO ATIVISMO JUDICIAL

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:

Nelson Carlos Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro

2020

A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A RESPEITO DO CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: DISCUSSÃO À LUZ DO ATIVISMO JUDICIAL

Tayná de Almeida Barros.

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo - O Código de Processo Civil de 2015 alterou o regime de recorribilidade das decisões interlocutórias, trazendo um rol de hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento. O Superior Tribunal de Justiça, diante das controvérsias a respeito da natureza jurídica desse rol, fixou a tese da taxatividade mitigada do dispositivo que prevê o cabimento do agravo de instrumento. Essa decisão foi proferida em um contexto em que o ativismo judicial é tema de frequentes discussões que ultrapassam o âmbito jurídico. Dessa forma, o presente trabalho discute o ativismo judicial, a decisão do Superior Tribunal de Justiça e os possíveis reflexos da postura ativista do Superior Tribunal de Justiça ao fixar tese sobre a natureza jurídica do rol do art. 1015 do Código de Processo Civil.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Agravo de Instrumento. Superior Tribunal de Justiça. Ativismo.

Sumário – Introdução. 1. O Ativismo Judicial: críticas e posicionamentos doutrinários favoráveis ao fenômeno. 2. As controvérsias sobre o cabimento do recurso de agravo de instrumento e a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. O ativismo judicial exercido pelo Superior Tribunal de Justiça na decisão a respeito do cabimento do agravo de instrumento e seus possíveis reflexos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo o estudo da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do rol do art. 1015 do Novo Código de Processo Civil sob a ótica do ativismo judicial.

A vigência do Novo Código de Processo Civil originou discussões e controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais no que se refere à natureza jurídica do rol do artigo 1015 do Código. A controvérsia a respeito do referido dispositivo legal alcançou o Superior Tribunal de Justiça.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar se o rol do mencionado dispositivo deveria ser definido como taxativo, exemplificativo ou se admitiria interpretação extensiva ou analogia, firmou a tese de que o rol do art. 1015 do Código de Processo Civil deve ser entendido por sua taxatividade mitigada.

Desta forma, esse estudo visa discutir a prestação da atividade jurisdicional pelo Superior Tribunal de Justiça no que se refere ao cabimento do agravo de instrumento sob a luz do ativismo judicial. A discussão se mostra relevante uma vez que, embora o Superior Tribunal

de Justiça tenha se manifestado sobre o tema, ainda permanecem questionamentos no que se refere ao art. 1015 do Novo Código e aos possíveis efeitos da decisão para a prática da advocacia.

Iniciando a análise do tema, o artigo discute o ativismo judicial considerando as críticas e ponderações favoráveis ao fenômeno. O Judiciário ao exercer uma postura ativista no cumprimento de sua função institucional ou em função atípica deve observar determinados limites e é relevante analisar qual é, concretamente, a importância desses limites e os possíveis efeitos do exercício dessa postura ativista.

O presente trabalho, em seu primeiro capítulo, objetiva estudar o ativismo judicial, as considerações favoráveis e as objeções ao fenômeno e a relevância de limites ao exercício de uma postura ativista pelo Judiciário brasileiro.

O trabalho, em seu segundo capítulo, visa discutir as controvérsias doutrinárias sobre o cabimento do recurso de agravo de instrumento e a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça. O presente artigo visa estudar, ainda, o conceito de taxatividade mitigada abordado pelo Superior Tribunal de Justiça na decisão a respeito do cabimento do recurso de agravo de instrumento, proferida nos acórdãos Resp nº 1.696.396 e Resp nº 1.704.520.

O artigo pretende discutir a possibilidade de a tese fixada pelo Tribunal constituir manifestação de ativismo judicial. É relevante destacar que a decisão a respeito do rol do artigo 1015 do Código de Processo Civil origina a discussão sobre a preclusão das matérias objeto das decisões interlocutórias. Em sua terceira parte, o presente artigo trata dessa possibilidade e objetiva abordar a insegurança jurídica como possível efeito do entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria.

O presente trabalho será realizado utilizando-se de metodologia de pesquisa qualitativa, no que se refere à abordagem, visando analisar o tema e alcançar os objetivos propostos por meio dos métodos descritivo e explicativo das questões apresentadas.

No que se refere ao procedimento, o método utilizado será o bibliográfico, procedendo-se à análise e interpretação dos dois acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do cabimento de agravo de instrumento, e da doutrina relativa ao tema.

1. O ATIVISMO JUDICIAL: CRÍTICAS E POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS FAVORÁVEIS AO FENÔMENO

O Judiciário brasileiro tem exercido sua função institucional a partir de uma postura ativista. O fenômeno que recebe o nome de ativismo judicial tem originado críticas e apoio, constituindo objeto constante de discussões no âmbito jurídico.

O surgimento do termo “ativismo judicial” está associado à jurisprudência norte-americana e esta expressão teria sido usada pela primeira vez na Revista Fortune, em 1947, no artigo “The Supreme Court 1947”.¹

É importante destacar que o conceito de ativismo judicial não é de imediata definição, podendo ser utilizado para caracterizar distintas posturas do Judiciário no exercício de sua função institucional ou de função atípica.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.²

O ativismo judicial está ligado à uma atuação mais ampla do Judiciário, interferindo no âmbito das funções institucionais do Legislativo e do Executivo. Esse fenômeno pode ser constantemente observado na atuação do Judiciário brasileiro, sobretudo nos Tribunais Superiores.

No que se refere à interferência no âmbito do Legislativo, é possível observar a manifestação de postura ativista quando o julgador aplica princípios e valores constitucionais ao caso concreto criando norma, tendo em vista a omissão do texto legal.

O Judiciário exerce as funções de interpretar e aplicar a lei, essenciais para a resolução de conflitos, solução de controvérsias jurídicas e concretização da justiça. No exercício dessas funções, não é incomum que os Juízes e Tribunais realizem uma interpretação criativa, interferindo no âmbito de atuação de outros poderes.

¹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Ativismo Judicial*: proposta para uma discussão conceitual. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496562/000940652.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 30 mai. 2019.

² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 30 mai. 2019.

A postura ativista também pode ser observada nas decisões proferidas pelo Judiciário que impõem condutas ou abstenções ao Executivo. Essas decisões interferem nas políticas públicas e na atuação do Poder Público.

O ativismo judicial tem sido objeto de discussões em decorrência da repercussão jurídica e social de decisões proferidas pelos Tribunais Superiores. Essas decisões são manifestações da postura ativista assumida pelo Judiciário brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal está julgando ação que trata da possibilidade de descriminalização da interrupção voluntária da gravidez até a 12^a (décima segunda) semana de gestação. Esse julgamento, que originou inúmeras discussões, sobretudo, por se tratar de matéria penal, de forte repercussão social, pode ilustrar o ativismo do Judiciário brasileiro.

No julgamento da ADPF n^o 442³, o Supremo Tribunal Federal poderá decidir pela legalidade da interrupção voluntária da gravidez até a 12^a (décima segunda) semana de gestação, que é conduta tipificada pelo Código Penal.

Constata-se que a discussão referente ao ativismo judicial ultrapassa o âmbito jurídico, constituindo uma discussão política e social, diante da qual é possível identificar críticas e posicionamentos favoráveis ao fenômeno.

A defesa da Constituição e a garantia dos direitos fundamentais também são funções atribuídas ao Judiciário. Desta forma, o ativismo judicial poderia ser identificado como meio de concretizar princípios e valores constitucionais, além de direitos fundamentais, diante da omissão do Legislativo e do Executivo.

As decisões que determinam que a União, os Estados ou os Municípios forneçam medicamento ou atendimento necessários são clássicos exemplos de manifestação da postura ativista do Judiciário, suprimindo omissões do Poder Público a fim de garantir o direito à vida e o direito à saúde, previstos na Constituição Federal.

Portanto, não há como se afastar atualmente a influência do Poder Judiciário e dos intérpretes constitucionais do contexto político-social estatal, não que isso reflita uma ingerência desmedida nos demais poderes, mas como decorrência “natural” de sua atividade, manifestada no resguardo e na eficácia da constituição, bem como na preservação e efetivação dos direitos e liberdades consagradas no âmbito legal e constitucional.⁴

Apesar de a postura ativista do Judiciário constituir um meio de garantir efetividade para

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n^o 442*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>> Acesso em: 30 mai. 2019.

⁴ MADEIRA, Daniel Leão Hitzschky; AMORIM, Rosendo Freitas. *O Ativismo Judicial: instrumento de concretização de direitos ou ingerência no princípio da separação dos poderes?* Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=20d039f53b4a6786>> Acesso em: 30 mai. 2019.

as disposições constitucionais, é necessário reconhecer que existem óbices para o exercício do ativismo judicial. No que se refere à essas objeções ao ativismo judicial, é possível mencionar a independência entre os Poderes, os riscos para a efetividade da democracia e a possibilidade de politização da Justiça.

O princípio da separação dos Poderes determina que o Legislativo, o Judiciário e o Executivo são independentes e harmônicos entre si, possuindo sua função institucional e esfera de atuação.

Desta forma, a princípio, seria vedado ao Judiciário extrapolar sua função institucional, proferindo decisões que interferem, contrariam e determinam as orientações e atividades do Executivo, sobretudo, no que se refere às políticas públicas, do Legislativo.

No que se refere aos riscos para a democracia, é relevante ressaltar que os membros do Judiciário não foram eleitos pelo povo e não possuiriam legitimidade para determinar condutas ou interferir nas atividades do Legislativo e do Executivo.

Além do risco para a efetividade da democracia, é necessário analisar a possibilidade de politização da justiça. É preciso considerar que a atividade de aplicação do Direito não é imune à política, o que pode comprometer a imparcialidade das decisões. Essa questão pode ser ainda mais expressiva ao se considerar Juízes e Tribunais que exercem uma postura ativista.

Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.⁵

Portanto, é necessário que sejam observados limites no exercício do ativismo judicial, a fim de que sejam, efetivamente, concretizados os valores e princípios constitucionais e garantidos os direitos fundamentais.

⁵ BARROSO, op. cit., p. 4.

2. AS CONTROVÉRSIAS SOBRE O CABIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO E A TESE FIXADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Código de Processo Civil de 2015 foi construído e implementado com objetivos específicos, como o de alterar a sistemática anterior a fim de possibilitar maior celeridade processual e maior segurança jurídica.

No que se refere à previsão do Agravo de Instrumento no Novo Código de Processo Civil, o legislador pretendeu conferir maior efetividade ao princípio da celeridade processual reduzindo as hipóteses de cabimento do mencionado recurso no art. 1015 do CPC/15, dispondo que cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre as matérias previstas nos seus incisos e em seu parágrafo único.

É importante ressaltar que o Código de Processo Civil de 1973⁶ previa, em seu art. 522, que das decisões interlocutórias caberia agravo, o que demonstra que o legislador do Novo Código restringiu as possibilidades de interposição do agravo de instrumento com a previsão do art. 1015.

No que se refere ao conceito de decisão interlocutória, o Novo Código trouxe um conceito amplo e residual em seu art. 203, § 2º, afirmando que decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º do mesmo dispositivo, que trata do conceito de sentença.⁷

A sistemática de recorribilidade das decisões interlocutórias é matéria de extrema relevância para o Processo Civil brasileiro, a sua definição influencia em questões como a celeridade processual, a preclusão das matérias e o cabimento da apelação e das contrarrazões.

A possibilidade de se impugnarem interlocutórias não agraváveis (sejam quais forem elas) por meio de apelação ou contrarrazões parte da suposição de que o prejudicado terá perdido a ação: na apelação, impugnara as tais interlocutórias e a sentença. Havendo sucumbência recíproca talvez também nas contrarrazões. O problema ocorre em situação que, embora não comum, pode ocorrer: o vitorioso no mérito (que não pode, portanto, apelar, já que lhe falta interesse) é prejudicado por interlocutória, que versa, por exemplo, sobre o valor da causa. O que lhe cabe fazer?⁸

⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impresao.htm> Acesso em: 10 jul. 2019.

⁷ Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º. _____ *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 11 jul. 2019.

⁸ ALVIM, Teresa Arruda. *Um agravo e dois sérios problemas para o legislador brasileiro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/teresa-arruda-alvim-agravo-dois-serios-problemas>> Acesso em: 10 jul. 2019.

Dessa forma, considerando o art. 1015 do Código de Processo Civil e o amplo conceito de decisão interlocutória conforme o mesmo diploma legal, surgiram diversos questionamentos e discussões a respeito do dispositivo que prevê o agravo de instrumento.

A principal questão a respeito do rol do art. 1015 do Código de Processo Civil de 2015 tem por objeto a sua natureza jurídica, discutindo se este rol seria taxativo, exemplificativo e se admitiria interpretação extensiva ou por analogia.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Resp nº 1.696.396⁹ e Resp nº 1.704.520¹⁰, interpretou o rol do art. 1015 do Novo Código de Processo Civil, apreciando a matéria do cabimento do agravo de instrumento.

É relevante destacar que no julgamento dos recursos especiais, julgados sob o rito dos repetitivos, surgiram controvérsias a respeito da matéria entre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, o que resultou em uma votação não unânime.

A matéria chegou ao julgamento do Superior Tribunal de Justiça, no que se refere ao Resp nº 1.696.396, por meio de recurso especial interposto a fim de impugnar decisão que negou provimento ao agravo interno, mantendo decisão que não conheceu de agravo de instrumento por entender que o recurso não é cabível na hipótese alegada pela recorrente.

Esse *leading case* trata de Ação de Reintegração de Posse em que o Juízo declinou de competência, e rejeitou, na vigência do Novo Código, impugnação ao valor da causa proposta na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Quanto ao Resp nº 1.704.520, também se discute a possibilidade de interposição de agravo de instrumento para impugnar decisões que tratem de declínio de competência. A hipótese é de Ação de Rescisão Contratual cumulada com Indenização por Danos Materiais e Morais em que o Juízo acolheu exceção de incompetência apresentada.

A quantidade de incisos do artigo 1.015, somada às demais hipóteses em que, de forma esparsa, se prevê o cabimento do agravo, revela preocupação de não deixar nenhum caso relevante fora do espectro da recorribilidade imediata. A preocupação, entretanto, parece não ter produzido resultados tidos por satisfatórios pela comunidade jurídica. Isso porque uma das primeiras discussões sérias e com relevantes consequências no plano prático foi justamente a que girava e gira em torno de se saber se a decisão que rejeita alegação de competência está (ou não) abrangida pelo artigo 1.015.¹¹

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.696.396*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702262874&dt_publicacao=19/12/2018> Acesso em: 15 jul. 2019.

¹⁰ _____ Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.704.520*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702719246&dt_publicacao=19/12/2018> Acesso em: 15 jul. 2019.

¹¹ ALVIM, op. cit., p. 8.

Neste processo, a parte autora também interpôs agravo de instrumento a fim de impugnar a decisão a respeito da competência. O recurso não foi conhecido e a recorrente interpôs agravo interno para obter a apreciação da matéria. O Tribunal negou provimento ao recurso.

Afirmou o Tribunal, na ocasião, a taxatividade do rol previsto no art. 1015, do Código de Processo Civil, entendendo que não seria possível a interpretação extensiva dos incisos previstos nesse dispositivo.

A recorrente controversia a respeito do cabimento do recurso de agravo de instrumento foi levada ao Superior Tribunal de Justiça, que fixou a tese da taxatividade mitigada do rol do art. 1015, do Novo Código de Processo Civil.

A tese de que o agravo de instrumento seria cabível, além das hipóteses previstas no art. 1015 do CPC/15, para impugnar decisões cuja urgência no reexame demandasse a possibilidade de impugnação anterior ao recurso de apelação foi fixada, por maioria, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na análise da natureza jurídica do art. 1015 do CPC/15, a Ministra Relatora Nancy Andrighi entendeu que interpretar esse dispositivo por sua taxatividade contraria as normas de Direito Processual Civil, diante de decisões que exigiriam reexame imediato e não estão abrangidas pelo dispositivo que prevê o cabimento do agravo de instrumento.

É possível inferir do julgamento do recurso repetitivo que o Superior Tribunal de Justiça, conforme voto da Ministra Relatora, considerou que a interpretação extensiva e a analogia também não seriam soluções adequadas para dirimir a controversia, pois o uso dessas técnicas hermenêuticas não poderia abranger todas as hipóteses que demandem impugnação imediata, além da insegurança jurídica da opção por essa tese.

Outrossim, a Ministra afirmou que determinar que o rol previsto no art. 1015 do CPC/15 é exemplificativo seria contrariar a vontade do legislador, retornando ao regime de impugnação de decisões interlocutórias do Código de Processo Civil de 1973.

O Superior Tribunal de Justiça construiu a tese da taxatividade mitigada do rol do art. 1015 do CPC/15, nos termos do voto da Ministra Relatora, que não representou entendimento unânime do Tribunal.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura proferiu voto afirmando a taxatividade do art. 1015 do CPC/15 e que outras hipóteses de cabimento do recurso devem ser matéria de projeto de lei. A Ministra entendeu que outra opção hermenêutica originaria para os advogados

a necessidade de interpor recurso de agravo de instrumento para impugnar todas as decisões interlocutórias, sob pena de preclusão.

A taxatividade do dispositivo também foi suscitada pela doutrina e pela jurisprudência, afirmando-se, ainda, a possibilidade de interpretação extensiva ou de analogia no que se refere ao art. 1015 do CPC/15.

A interpretação extensiva opera por comparações e isonomizações, não por encaixes e subsunções. As hipóteses de agravo de instrumento são taxativas e estão previstas no art. 1.015 do CPC. Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária.¹²

O conceito de taxatividade mitigada também gerou controvérsia, podendo significar a ponderação entre a taxatividade do dispositivo que prevê o recurso de agravo de instrumento e as hipóteses excepcionais e de comprovada urgência no que se refere à necessidade de reexame.

Dessa forma, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça contrariou a vontade do legislador que, ainda que não tenha previsto hipóteses relevantes de cabimento de recurso de agravo de instrumento, como as decisões sobre competência e segredo de justiça, dispôs a respeito de todas as possibilidades de interposição do recurso.

3. O ATIVISMO JUDICIAL EXERCIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA DECISÃO A RESPEITO DO CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO E SEUS POSSÍVEIS REFLEXOS

A tese jurídica da taxatividade mitigada do rol previsto no art. 1015 do CPC/15 originou críticas por parte da doutrina e questionamentos a respeito das hipóteses que admitem o recurso de agravo de instrumento, de acordo com os critérios determinados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Criticou-se a expressão “taxatividade mitigada” e o sistema de recorribilidade das decisões interlocutórias criado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme é possível constatar abaixo:

Depois de excluir a interpretação de que o rol é exemplificativo sob o argumento de que isso violaria a lei, concluir que o rol é taxativo ou mitigado *secundum arbitrium iudicis*, não nos parece adequado. Como isso se dá sem contradição? (afinal, se o entendimento vingar e virar tese vinculante (art. 927, III, CPC), o STJ terá reescrito o

¹² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais*. 13. ed. Reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 211.

direito positivo para deixar ao arbítrio do julgador do caso escolher se admite ou não o agravo de instrumento).¹³

Embora a tese fixada tenha suscitado controvérsias, é possível encontrar entendimento doutrinário favorável ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que o sistema de recorribilidade de decisões interlocutórias previsto no Código de Processo Civil de 2015 não é adequado e a tese da taxatividade mitigada se propõe a resolver os questionamentos a respeito da interpretação do rol previsto no art. 1015 do CPC/15.

E, com isso, deveria ser permitido à parte levar a discussão até o órgão colegiado através de agravo de instrumento, conforme, aos poucos, estão se posicionando os tribunais pátrios, em especial o Superior Tribunal de Justiça que, com a finalidade de unificar o posicionamento jurisprudencial acabou por mitigar a taxatividade do rol do artigo 1.015, do CPC, permitindo a interposição de agravo de instrumento quando tratar-se de urgência a causar danos à parte prejudicada.¹⁴

A tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça originou uma hipótese de cabimento do agravo de instrumento não prevista no Código de Processo Civil, caracterizada pela urgência decorrente da inutilidade do julgamento da matéria na apreciação do recurso de apelação.

É possível inferir da decisão mencionada que, além do requisito da urgência, as decisões interlocutórias a respeito de matérias não previstas no rol do art. 1015 do CPC/15 apenas podem ser impugnadas por agravo de instrumento em hipóteses excepcionais, que não foram definidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Superior Tribunal de Justiça afirmou, no julgamento dos recursos repetitivos, que definir o rol do art. 1015 do CPC/15 como exemplificativo seria contrariar a vontade do legislador, exercendo a função do Poder Legislativo.

É possível observar, no entanto, que, ao criar hipótese de cabimento de recurso no âmbito do processo civil, o Superior Tribunal de Justiça exerceu uma postura ativista, atuando em função atípica.

O voto, que pelos critérios doutrinários dominantes pode ser epitetado como ativista, viola os princípios da legalidade (art. 5º, CF) e da independência dos poderes (art. 2º, CF). De fato, a definição dos tipos recursais e de suas hipóteses de cabimento é matéria de reserva de lei (art. 22, I, CRFB), privativa do Poder Legislativo, não pode ser instituída pelo Judiciário. Por falar em violação da Constituição, a Ministra deixa de aplicar a lei sem invocar as hipóteses em que isso é possível, ou seja, não aplicou

¹³ STRECK, Lenio Luiz; SOUSA, Diego Crevelin de. *No STJ, taxatividade não é taxatividade? Qual é o limite da linguagem?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-07/stj-taxatividade-nao-taxativa-qual-limite-linguagem>> Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁴ MARTINS, Carlos Eduardo Rodrigues Baladi. *Da ampliação das hipóteses de interposição de agravo de instrumento previstas no art. 1.015, do Código de Processo Civil.* Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190508-06.pdf>> Acesso em: 30 jul. 2019.

critérios de resolução de antinomia – de resto inexistentes, no caso – e não realizou jurisdição constitucional.¹⁵

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça pode ser caracterizada como expressão de ativismo judicial. A tese fixada não apenas interpretou o art. 1015 do Código de Processo Civil de 2015, criando nova hipótese de cabimento de agravo de instrumento.

A hipótese de cabimento definida pelo Superior Tribunal de Justiça ampliou as possibilidades de interposição de agravo de instrumento, permitindo que cada Tribunal aprecie, conforme seu entendimento e seus precedentes, os requisitos que possibilitam a admissão do recurso.

A fixação de tese jurídica a respeito da natureza do rol previsto no art. 1015 do CPC/15 teve o objetivo de dirimir as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria. No entanto, os questionamentos foram ampliados, sobretudo a respeito da possibilidade de preclusão das matérias.

No que se refere à preclusão, o C. Superior Tribunal de Justiça afirmou, no julgamento do Resp nº 1.696.396 e Resp nº 1.704.520, que a tese da taxatividade mitigada determina que não opere a preclusão quanto às decisões interlocutórias que tenham por objeto matérias não previstas no art. 1015 do CPC/15 e que possam ser impugnadas por agravo de instrumento.

Segundo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, não ocorrerá preclusão temporal porque a tese jurídica tem o objetivo de antecipar o prazo para impugnação, possibilitando o reexame de certas decisões interlocutórias em momento processual anterior ao disposto pela lei.

No que se refere à preclusão lógica, o Superior Tribunal de Justiça defendeu que esta não ocorre pois, conforme previsão legal, as decisões interlocutórias não impugnáveis de imediato não podem, temporariamente, ser alcançadas pelo instituto da preclusão.

A tese dispõe, também, que apenas incide a preclusão consumativa se a parte que se sentir prejudicada pela decisão interlocutória interpuser o recurso de agravo de instrumento e o Tribunal julgar que está presente o requisito da urgência, reexaminando a matéria decidida.

Dizer que o entendimento proposto não gerará preclusão temporal porque o prazo não está sendo alterado, mas apenas antecipado, também não nos parece nem um pouco acertado. A vontade do STJ não pode superar o legislador. A competência para legislar continua sendo do Congresso Nacional.¹⁶

¹⁵ STRECK, op. cit., p. 11.

¹⁶ STRECK, op. cit., p. 11.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de adiantar o prazo do agravo de instrumento no que se refere à algumas hipóteses de cabimento do recurso também constitui o exercício de uma postura ativista, pois o Judiciário está criando norma de Direito Processual Civil, exercendo a função do Poder Legislativo.

A postura ativista do Superior Tribunal de Justiça na presente hipótese encontra obstáculo também na Constituição Federal¹⁷ que prevê, em seu art. 22, inciso I, que compete privativamente à União legislar sobre direito processual.

Outrossim, a tese da taxatividade mitigada, ao ampliar as hipóteses de cabimento do recurso, fixando o requisito da urgência, que deverá ser analisado por cada Tribunal, pode insuflar a interposição em massa de agravo de instrumento, já que o parâmetro de definição de urgência ainda não foi solidamente definido.

Dessa forma, a tese jurídica a respeito da natureza jurídica do rol previsto no art. 1015 do CPC/15 contraria os princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, podendo contribuir, ainda, para dificultar a efetividade da celeridade processual, um dos objetivos do legislador do Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

O presente trabalho discutiu a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao fixar a tese a respeito da natureza jurídica do dispositivo que prevê o recurso de agravo de instrumento, como expressão do ativismo judicial.

O ativismo judicial, fenômeno pauta de constantes discussões, não apenas no meio jurídico, é objeto de críticas que afirmam que a postura ativista do Judiciário constitui risco ao equilíbrio e à independência dos poderes e contribui para a insegurança jurídica.

As controvérsias a respeito do ativismo judicial surgem na medida em que este é defendido por parte da doutrina, que entende que este constitui meio de efetivação dos princípios e normas constitucionais, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, quando evidenciada omissão do Executivo ou do Legislativo.

Desta forma, é possível entender que o ativismo judicial se manifesta como fenômeno complexo, que não pode ser, de pronto, definido por causar consequências político-jurídicas positivas ou negativas. É imprescindível analisar o contexto em que o Judiciário, eventualmente, exerceu função atípica para apreciar possíveis reflexos.

¹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 5 set. 2019.

Nesse trabalho, discutiu-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça a respeito do cabimento do agravo de instrumento, concluindo que, ao fixar a tese da taxatividade mitigada do rol previsto no art. 1015 do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça exerceu postura ativista.

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o dispositivo que prevê o agravo de instrumento, criou nova hipótese de cabimento do recurso, caracterizada pela urgência na apreciação da matéria decorrente da inutilidade do reexame apenas no julgamento de eventual recurso de apelação.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a questão da preclusão, afirmou a impossibilidade de sua incidência, fundamentando que, no que se refere à hipótese de cabimento do agravo de instrumento criada, ocorre a possibilidade de antecipação do prazo de interposição do recurso.

A conclusão que se desenvolve no presente trabalho é que o Superior Tribunal de Justiça, ao fixar tese a respeito do cabimento do agravo de instrumento, construiu norma de direito processual civil, exercendo função típica do Poder Legislativo.

O ativismo judicial exercido na tese a respeito do agravo de instrumento, conforme demonstrado no presente trabalho, pode originar alguns reflexos, contribuindo para a insegurança jurídica e para a redução da celeridade processual.

O requisito da urgência possibilita ampla interpretação dos Tribunais, o que pode ocasionar divergência, dificultando a criação de jurisprudência uniforme e contribuindo para a insegurança jurídica.

É possível concluir, também, o aumento da interposição dos recursos de agravo de instrumento, originado pela incerteza do cabimento do recurso por parte dos advogados, o que compromete a celeridade processual, relevante princípio do Código de Processo Civil de 2015, o que causa alteração na sistemática de recorribilidade das decisões interlocutórias determinadas pelo legislador.

Dessa forma, a conclusão fundamentada do presente trabalho consiste em afirmar que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do cabimento do recurso de agravo de instrumento é exemplo do exercício do ativismo judicial, que pode causar riscos para a segurança jurídica e para a celeridade processual.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. *Um agravo e dois sérios problemas para o legislador brasileiro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/teresa-arruda-alvim-agravo-dois-serios-problemas>> Acesso em: 10 jul. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 30 mai. 2019.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impresao.htm> Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 11 jul. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 5 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.696.396*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702262874&dt_publicacao=19/12/2018> Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.704.520*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702719246&dt_publicacao=19/12/2018> Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 442*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>> Acesso em: 30 mai. 2019.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Ativismo Judicial: proposta para uma discussão conceitual*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496562/000940652.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 30 mai. 2019.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais*. 13. ed. Reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MADEIRA, Daniel Leão Hitzschky; AMORIM, Rosendo Freitas. *O Ativismo Judicial: instrumento de concretização de direitos ou ingerência no princípio da separação dos poderes?* Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=20d039f53b4a6786>> Acesso em: 30 mai. 2019.

MARTINS, Carlos Eduardo Rodrigues Baladi. *Da ampliação das hipóteses de interposição de agravo de instrumento previstas no art. 1.015, do Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190508-06.pdf>> Acesso em: 30 jul. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; SOUSA, Diego Crevelin de. *No STJ, taxatividade não é taxatividade? Qual é o limite da linguagem?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-07/stj-taxatividade-nao-taxativa-qual-limite-linguagem>> Acesso em: 20 ago. 2019.