

A (IM) POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DA PRELIMINAR DE APELAÇÃO IMPUGNANDO DECISÃO INTERLOCUTÓRIA IMPUGNADA POR AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO EM VIRTUDE DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA TAXATIVIDADE MITIGADA

THE (IM) POSSIBILITY OF SUBMITTING THE PRELIMINARY OF THE APPEAL IMPUGNATING THE INTERLOCUTORY DECISION IMPUGNED BY A DAMAGE TO AN UNKNOWN INSTRUMENT PURSUANT TO THE ABSENCE OF THE APPLICATION REQUIREMENTS OF THE MITIGATED RATE THEORY

Bernardo Silva de Seixas¹
Lorena de Castro Fernandes²

RESUMO

A temática deste artigo é o sistema recursal previsto no CPC/15. A delimitação do tema abordará as consequências do não conhecimento do Agravo de Instrumento por ausência de aplicação da teoria da taxatividade mitigada e o princípio da unirrecorribilidade recursal. Tem como objetivo central analisar a possibilidade de interposição da apelação para impugnar decisão interlocutória já impugnada por meio do agravo de instrumento não conhecido por ausência dos requisitos para aplicação da teoria da taxatividade mitigada. A problemática que fundamenta o trabalho é sobre a possibilidade de interposição impugnando decisão interlocutória já impugnada por agravo de instrumento não conhecido. A metodologia aplicada será o hipotético-dedutivo, com exame da doutrina especializada e jurisprudências inerentes ao tema. Por fim, buscar-se alcançar uma resposta adequada ao tema, eis que de grande importância prática para a aplicação do direito processual civil.

PALAVRAS-CHAVE: Processual Civil. Princípios Processuais. Recursos. Agravo de Instrumento. Taxatividade Mitigada.

¹ Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE/Bauru. Especialista em Processual Constitucional e Garantia de Direitos pela Universidade de Pisa – Itália. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Professor de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito da Universidade Federal do Amazonas e do CIESA. Professor de Graduação em Direito da UFAM e CIESA. Advogado licenciado. Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. E-mail: seixas.bernardo@gmail.com

² Discente do Curso de Direito do CIESA. E-mail: lorenacastroo0407@gmail.com

ABSTRACT

The theme of this article is the appeal system provided for in CPC / 15. The delimitation of the theme addresses the consequences of the lack of knowledge of the interlocutory appeal due to the lack of application of the mitigated taxation theory and the principle of appeal appeal. Its central objective is to analyze the possibility of filing an appeal for interlocutory decision already contested by means of an interlocutory appeal not known for failures in the application requirements of the mitigated taxation theory. The problem that is based on or works on is the possibility of interposition challenging an interlocutory decision already challenged due to an interlocutory appeal. The applied methodology will be the hypothetical deductive, with examination of the specialized doctrine and jurisprudence inherent to the theme. Finally, try to get an adequate response to the topic, which is of great practical importance for the application of civil procedural law.

KEYWORDS: New Code of Civil Process. Civil Procedure. Mitigated Taxativity. Principle the Unirrecorribility.

INTRODUÇÃO

Em 2015 foi promulgada a Lei 13.105/2015 que modificou substancialmente o processo civil aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, tendo instituído substanciais mudanças, seja com a inclusão de um sistema de decisões vinculantes mais amplo, seja disciplinado novos institutos - como o negócio jurídico processual -, seja modificando o sistema recursal brasileiro, onde houve sensíveis modificações no recurso de agravo de instrumento.

O Código de Processo Civil de 1973 disciplinava que o recurso de agravo de instrumento era o meio adequado para impugnar todas as decisões interlocutórias, com exceção das decisões que extinguem o processo com ou sem julgamento de mérito, eis que essas são consideradas sentenças e, ainda como são hodiernamente, são impugnadas via apelação.

Dessa forma, o Agravo de Instrumento era utilizado em sua grande maioria como um incidente meramente protelatório, fato que ampliava a morosidade processual, infringindo o princípio da celeridade e dificultando a prestação jurisdicional de maneira eficaz.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC) visando reduzir o número de agravos de instrumentos nos tribunais e restringir as suas hipóteses de incidência modificou regras basilares deste instrumento recursal, limitando os seus requisitos de admissibilidade e possibilitando a sua interposição em regra, somente nos casos previstos de forma taxativa no artigo 1.015 do CPC.

Porém, nenhuma regulamentação legal é capaz de abranger todos os fatos jurídicos, sejam material ou processual, sendo que o art. 1.015, CPC, se demonstrou insuficiente para regulamentar todas as hipóteses processuais decididas via decisão interlocutória pelos órgãos jurisdicionais, sendo um dos principais exemplos a ausência de recurso para impugnar decisão do juízo que se declara incompetente para apreciar a demanda.

Portanto, este trabalho tem como temática o recurso de agravo de instrumento e sua regulamentação pelo CPC. Ainda, o recorte metodológico deste trabalho estudará especificamente a jurisprudência desenvolvida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito da teoria da taxatividade mitigada e as implicações de adoção desta tese com as demais normas processuais aplicadas ao Agravo de Instrumento.

Assim, esta temática se justifica pela necessidade de compatibilizar o entendimento do STJ com, por exemplo, o princípio da unirrecorribilidade recursal, pois é possível que haja incompatibilidade do precedente criado pelo Tribunal Superior com a principiologia específica do sistema recursal brasileiro.

Assim, mediante a escolha do tema, de sua limitação e da justificativa, as problemáticas que orientam o trabalho são: A interposição de apelação para impugnar decisão interlocutória já impugnada por agravo de instrumento não conhecido por ausência de taxatividade mitigada afronta o princípio da unirrecorribilidade? A interpretação é uma maneira de solucionar demandas que envolvam omissão constitucional e legal frente à taxatividade mitigada do recurso de agravo de instrumento? No que consiste o princípio da unirrecorribilidade das decisões?

Como objetivo geral deste trabalho se buscará examinar o não conhecimento da taxatividade mitigada do recurso de agravo de instrumento frente às questões processuais urgentes e que possibilitem riscos ao resultado do processo, diante do princípio da unirrecorribilidade das decisões.

Por sua vez, os objetivos específicos são identificar as formas de não conhecimento do recurso de agravo de instrumento em virtude da ausência de taxatividade mitigada, analisar o uso da interpretação extensiva ou analógica diante da consequente taxatividade mitigada do recurso e destacar o princípio da unirrecorribilidade das decisões.

Diante das problemáticas apresentadas e dos objetivos que esse texto se propõe se aplicará o método hipotético-dedutivo, que parte de uma abordagem, geral para uma mais específica, para se chegar a uma conclusão que responda as problemáticas apontadas como norteadoras deste trabalho.

Observando a metodologia aplicada o trabalho se encontra estruturado em três tópicos, onde, primeiramente, se aborda a temática referente aos princípios processuais de forma genérica para após se debruçar sobre os princípios processuais específicos do sistema recursal brasileiro, discorrendo, principalmente, sobre o duplo grau de jurisdição, taxatividade e unirrecorribilidade recursal.

Após, se discorrerá sobre o recurso de agravo de instrumento na sistemática do CPC/2015 e sobre a teoria desenvolvida pelo STJ a respeito do princípio da taxatividade mitigada, onde se permite, desde que preenchido os requisitos criados no precedente do STJ, a interposição do agravo de instrumento fora das hipóteses previstas no art. 1.015, CPC.

Por fim, o derradeiro tópico irá se debruçar sobre uma situação hipotética, porém possível de ocorrer na atual dinâmica do agravo de instrumento que é a situação do agravo de instrumento não ser conhecido por ausência de aplicação da teoria da taxatividade mitigada e a possibilidade ou não de se impugnar a decisão interlocutória via preliminar de apelação, já que o princípio da unirrecorribilidade impede a interposição de vários recursos para julgar um mesmo pronunciamento judicial.

1 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Os princípios norteiam o sistema jurídico, com a finalidade de proporcionar às normas infraconstitucionais um parâmetro no qual devem se basear, levando sempre em consideração a supremacia da Constituição Federal.

Logo, pode-se dizer que uma das funções dos princípios é a colmatação das lacunas que eventualmente possam existir em um ordenamento jurídico, uma vez que é impossível ter regulamentação jurídica para todos os fatos jurídicos.

Dessa forma, os princípios servem como um instrumento de orientação e adequação das normas infraconstitucionais, servindo como uma forma de auxiliar o intérprete nas aplicações das normas, prevalecendo em certos casos, estes, em relação às normas.

Diante disto, o ordenamento jurídico vigente, concede demasiada importância aos princípios quando estipula no artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.657 de 24 de setembro de 1942 (BRASIL, 1942), chamada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que na ausência de lei, o juiz poderá utilizar os princípios gerais do direito com a finalidade de garantir um resultado para o problema em questão.

Os princípios podem ser genéricos que se aplicam a todos os ramos do direito, assim como específicos para determinado ramo jurídico, assim, em virtude dos limites deste trabalho, somente se abordará os princípios aplicáveis ao direito processual civil.

Nesse sentido, primeiramente, é necessário abordar o conceito dos princípios gerais processuais que possuem maior relevância para este estudo, para em seguida explicar os princípios aplicáveis à fase recursal, com a finalidade de proporcionar uma melhor compreensão do assunto deste ensaio.

Assim, elege-se o princípio do contraditório e ampla defesa, princípio do devido processo legal e o princípio da inafastabilidade da jurisdição como os princípios iniciais para compreensão da matéria.

O princípio do contraditório e ampla defesa visa garantir às partes litigantes que se utilizem de todos os meios processuais cabíveis para garantir a sua defesa em procedimentos administrativos e processos judiciais, conforme preceitua a Constituição Federal em seu artigo 5º, LV, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.". Nesse sentido, é importante discorrer que apesar destes princípios serem geralmente abordados em conjunto, eles possuem algumas diferenças.

O princípio do contraditório tem como objetivo primordial, garantir com que as partes utilizem de todos os meios recursais existentes no ordenamento, para garantir a sua defesa, logo, observa-se que este princípio confere maior destaque aos termos processuais, à instrumentalidade do processo.

Conceitua o doutrinador Enrico Liebman (1980, p. 111), que:

A garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias, qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida.

Na mesma linha de pensamento, o princípio da ampla defesa, tem como finalidade proporcionar que os litigantes utilizem de todos os argumentos que possuem para garantir a alegação de todos os fatos que possibilitem a sua defesa, utilizando todos os meios processuais cabíveis que o princípio do contraditório aduz.

Verificado os princípios da ampla defesa e contraditório, aborda-se o princípio do devido processo legal.

Nesse sentido, o princípio do devido processo legal é previsto no artigo 5º, inciso LIV, CF/88 que dispõe:

Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

É considerado um direito fundamental e visa proporcionar às partes litigantes as garantias constitucionais de que o processo seguirá todas as suas etapas, saliento que conforme o art. 60, IV, §4º, CF/88 este princípio tem caráter de cláusula pétrea, portanto, não pode ser modificado, revogado ou restrito.

Assim, Seixas e Souza (2014, p. 7) mencionam

Assim, é possível afirmar que o princípio do devido processo legal é um meio indispensável para a realização dos direitos fundamentais do indivíduo na seara processual, representando além da ideia de um procedimento, as formas instrumentais adequadas para que o Estado possa, por meio da jurisdição, dar a cada um o que lhe pertence.

Verifica-se que este princípio possui demasiada importância, pois se constitui como sendo a base, o pilar de todos os outros princípios, uma vez que garante aos litigantes um processo justo, contendo contraditório e ampla defesa, paridade entre as partes, juiz imparcial e elaboração de uma sentença justa.

Em seguida, o artigo 5º, inciso XXXV, CF/88 (BRASIL, 1988) menciona que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição garante o acesso à justiça com a finalidade de postular um direito, ou uma ação preventiva ou reparatória.

Porém, diante do congestionamento do Poder Judiciário, para fazer jus à apreciação, é necessário que a parte detentora da pretensão preencha determinados requisitos, que são as chamadas condições da ação, como por exemplo: legitimidade ad causam, interesse de agir e pedido, ademais, saliento que este direito é subjetivo, uma vez que essa provocação do Poder Judiciário não tem como finalidade garantir uma resposta favorável, contudo visa promover uma resposta à ação.

Analisados os princípios processuais gerais, parte-se para a análise dos princípios recursais.

1.1 Princípios Recursais

Ao analisar os princípios processuais gerais que mais se enquadram na temática deste artigo, como o princípio do contraditório e ampla defesa, o princípio do devido processo legal e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, constatou-se a importância desses para o processo civil, vez que se encontram tanto na Constituição Federal quanto no CPC, orientando toda a aplicação e interpretação das normas jurídicas processuais.

Por sua vez, os princípios recursais tem como parâmetro basilar o princípio do duplo grau de jurisdição, onde diante da impugnação voluntária, as partes demonstram o seu inconformismo com a decisão que vai em sentido contrário aos seus interesses.

Dessa forma, é importante destacar os principais princípios recursais, tais como o princípio do duplo grau de jurisdição, princípio da taxatividade recursal, princípio da primazia do julgamento de mérito e por fim o princípio da unirecorribilidade das decisões.

O princípio do duplo grau de jurisdição também configura-se como sendo parte do rol de princípios gerais do direito, aplicado, portanto, para todos os ramos, não se limitando apenas ao Direito Processual Civil.

Nessa toada, cito que para Pinho (2016, p. 851).

Visando assegurar a justiça das decisões judiciais sem, no entanto, sacrificar a segurança jurídica, prevê a lei, com base no princípio do duplo grau de jurisdição, a possibilidade de realização de dois ou mais exames sucessivos das decisões. Em regra, o ordenamento restringe-se a permitir a provocação do reexame das decisões judiciais, dentro de limites e de acordo com certas exigências preestabelecidas.

Este princípio está previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, onde há previsão que as partes litigantes em um processo judicial ou administrativo, podem utilizar de todos os meios de recursos existentes com a finalidade de garantir o seu contraditório e ampla defesa.

Por conseguinte, o princípio da taxatividade recursal, que conceitualiza que somente podem ser utilizados os recursos previstos em lei, ou seja, as partes não possuem discricionariedade para criar novas formas recursais, limitando-se a utilizar somente os recursos previstos no ordenamento jurídico, dessa forma todos os tribunais do país seguem nesse sentido a decisão do STJ (BRASIL, 2020).

Registre-se que o Código de Processo Civil, em seu art. 994, consagrou o Princípio da Taxatividade, segundo o qual são cabíveis somente os recursos expressamente previstos em Lei Federal. [...] 2. Segundo os princípios da legalidade e da taxatividade, respectivamente: (I) não há recursos sem que a Lei Federal ou a Constituição Federal os estabeleça; e (II) só existem os recursos que forem previstos por essas vias. 3. O

fato de o ordenamento jurídico não vedar expressamente o uso de determinado meio de impugnação não autoriza que o jurisdicionado possa dele se valer, à míngua de expressa prescrição.

Cabe demonstrar também que quando se trata de Direito Processual Civil, eles estão estabelecidos no artigo 994 do CPC/2015, vejamos:

Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos:
I - apelação;
II - agravo de instrumento;
III - agravo interno;
IV - embargos de declaração;
V - recurso ordinário;
VI - recurso especial;
VII - recurso extraordinário;
VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário;
IX - embargos de divergência.

Dessa forma, verifica-se que as partes somente podem demonstrar inconformismo com a decisão proferida, através de recursos existentes no ordenamento jurídico, fazendo jus ao princípio da taxatividade recursal sem olvidar dos mecanismos autônomos de impugnação - denominados de sucedâneos recursais - que visam julgar os pronunciamentos judiciais, porém não se enquadram no tipicidade legal dos recursos.

Saliento também que deste princípio, surge o princípio da singularidade, que consiste em vedar com que as partes tenham o poder de escolher livremente sobre qual recurso utilizar, dessa forma, este princípio define que para cada ato judicial passível de impugnação, existe um recurso adequado, restringindo o uso de mais de um recurso para recorrer de uma mesma decisão.

Para Seixas e Thamay (2019, p.180) "Com fins didáticos, o princípio da singularidade recursal que se instrumentaliza no requisito de admissibilidade recursal disciplina que para cada pronunciamento do juízo deve haver um recurso específico".

Analisado o princípio do duplo grau de jurisdição e o princípio da taxatividade, passa-se a explanar sobre o princípio da primazia do julgamento de mérito.

Este princípio consiste em possibilitar o julgamento de mérito recursal concedendo o suprimento de erros materiais, ou seja, vícios processuais sanáveis, dessa forma dispõe o artigo 4º do CPC/2015 que a solução integral do mérito deve ser obtida em um prazo razoável, visando sanar vícios processuais que não contenham erros grosseiros.

Assim, o CPC/2015 aduz no parágrafo único do artigo 932 que cabe ao relator declarar a inadmissibilidade de um recurso, devendo conceder um prazo para que a parte consiga sanar o vício, esse prazo é de 5 (cinco) dias.

Analisado os principais princípios do sistema recursal brasileiro, passa-se a análise do princípio da unirrecorribilidade das decisões, que é imprescindível para atingir o objetivo deste ensaio.

1.2 Princípio da Unirrecorribilidade das Decisões

Demonstrado os principais princípios recursais vigentes no ordenamento jurídico atual, é imprescindível conceder um destaque maior para o princípio da unirrecorribilidade das decisões, vez que este é o epicentro do assunto deste artigo.

A princípio, é previsto no ordenamento jurídico desde o Código de Processo Civil de 1939, mais precisamente na segunda parte do artigo 809, que estabelece a faculdade das partes poderem variar de recurso dentro do prazo legal, não se admitindo usar ao mesmo tempo mais de um recurso para impugnar uma mesma decisão.

Este princípio orienta que as partes utilizem um único recurso para impugnar um determinado pronunciamento, ou seja, para cada decisão proferida pelo Poder Judiciário há um recurso específico a ser utilizado com a finalidade de demonstrar o seu inconformismo e anular ou modificar a decisão jurisdicional.

Assim, por exemplo, verifica-se que da sentença, cabe apelação conforme dispõe o artigo 1.009, CPC ou que da decisão interlocutória, cabe agravo de instrumento, previsto no art 1.015, CPC e incisos do mesmo diploma legal, entre outros.

Na doutrina, é pertinente a colocação de Didier Jr. e Cunha (2016, p. 110)

De acordo com essa regra, não é possível a utilização simultânea de dois recursos contra a mesma decisão; para cada caso, há um recurso adequado e somente um. [...], a interposição de mais de um recurso contra uma decisão implica inadmissibilidade do recurso interposto por último. Trata-se de uma regra implícita no sistema recursal brasileiro

Dessa forma, os Tribunais Superiores se alinham com a doutrina majoritária, no sentido de que ocorre a preclusão consumativa em casos de interposição simultânea de mais de um recurso contra uma mesma decisão, ocasião em que apenas o primeiro poderá ser conhecido, conforme se verifica na jurisprudência do STJ (BRASIL 2018).

AGRAVOS INTERNOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DE OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE DAS DECISÕES. SEGUNDO E TERCEIRO AGRAVOS NÃO CONHECIDOS. PRIMEIRO AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. A interposição de dois recursos pela mesma parte e contra a mesma decisão impede o conhecimento do segundo recurso, haja vista a preclusão consumativa e o princípio da unirrecorribilidade das decisões [...].

Porém, os recursos exigem que as partes cumpram determinados requisitos para demonstrar o seu inconformismo com a decisão proferida e assim possam utilizar da via recursal, sendo denominado de requisitos de admissibilidade.

Nesses termos, é o entendimento de Amorim (2017, p. 1.605)

Para que o mérito de uma demanda seja julgado, o juiz precisa anteriormente analisar os pressupostos processuais e as condições da ação, considerados genericamente como pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito. No âmbito recursal, existe o mesmo fenômeno, devendo o órgão julgador fazer uma análise aspectos formais do recurso para só então, superada positivamente essa fase, analisar o mérito recursal.

Contudo, a doutrina majoritária entende que há requisitos de admissibilidade extrínsecos e intrínsecos, onde os requisitos extrínsecos estão ligados com o modo de recorrer e os intrínsecos são inerentes ao ato recursal, ou seja, ao poder de recorrer.

Dessa forma, tem-se como requisitos extrínsecos, a tempestividade, preparo e a regularidade formal. Com relação aos requisitos intrínsecos, pode-se citar o cabimento, a legitimidade, o interesse em recorrer, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo.

Posto isto, o cabimento no caso do recurso de Agravo de Instrumento, está estampado no rol do art. 1.015, CPC que possui as suas hipóteses de interposição do recurso.

Ocorre que desde a entrada em vigor do CPC/2015, os juristas de todo o país se deparam com situações que fogem do rol do artigo 1.015 do e que devido às particularidades do caso em discussão não podem esperar até a sentença para serem decididos ou impugnados via preliminar de apelação, nos termos do art. 1.009, § 1º, CPC.

Visualizando esta problemática, o STJ por meio do REsp 1.696.396 e REsp 1.704.520, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, decidiu ampliar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, para que este recurso também possa ser interposto quando houver casos que demandem urgência e o recurso de apelação seja ineficaz.

Acontece que há seguinte situação: o que se considera casos que demandem urgência? Como verificar no exame do conflito apresentado em segunda instância se o recurso de apelação será ineficaz? Se houver a impugnação via agravo de instrumento e este não for conhecido é possível reiterar o inconformismo via preliminar de apelação?

A doutrina não define, a jurisprudência também não, isso ocorre em virtude de haver inúmeros acontecimentos no cotidiano que podem ser considerados urgentes, eis que é uma cláusula aberta que permite inúmeras interpretações, logo, não há como a lei ou a jurisprudência

definir o que é urgente e o que não é, restando ao órgão julgador analisar a pretensão recursal e as provas para constatar a situação de urgência e suposta ineficácia do recurso de apelação.

Contudo, há uma problemática quando ocorre a interposição do recurso de agravo de instrumento, não dotado dessas hipóteses de exceção do rol taxativo do artigo 1.015, CPC.

Isto se dá em virtude do contraste do princípio da unirrecorribilidade das decisões, com o disposto no artigo 1.009 §1º do CPC, que permite a impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis.

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.

Porém é necessário analisar se é possível recorrer novamente de questões já impugnadas no recurso de agravo de instrumento não conhecido ante a ausência de preenchimento dos requisitos da taxatividade mitigada, ou seja, quando houve a criação do precedente que permitiu a interposição de agravo de instrumento fora das hipóteses taxativas do art. 1.015, CPC, não se estabeleceu as consequências do seu não conhecimento e a possibilidade ou não de interposição da apelação quando já se agravou da decisão interlocutória.

Ora, se for se for aplicado o princípio da unirrecorribilidade das decisões, que conforme mencionado anteriormente visa proporcionar a cada decisão um único recurso, não podendo as partes utilizar de mais de um recurso para impugnar uma mesma decisão, não se poderá impugnar a decisão interlocutória via preliminar de apelação, nos termos do art. 1.009 §1º do CPC, pois o agravo de instrumento já foi interposto e não conhecido por ausência dos requisitos da taxatividade mitigada.

Dessa forma, fica demonstrado que há um evidente conflito entre o disposto no CPC, o princípio da unirrecorribilidade das decisões e a decisão do STJ, que somente analisou a questão da possibilidade de interposição do agravo de instrumento fora da hipótese do art. 1.015, CPC, mas não disciplinou como proceder quando o recurso for interposto e não for conhecido por ausência dos pressupostos da taxatividade mitigada e a posterior interposição do recurso de apelação.

2 AGRAVO DE INSTRUMENTO E A TAXATIVIDADE MITIGADA

Conforme demonstrado no tópico antecedente, há uma possível incompatibilidade entre o não conhecimento do agravo de instrumento por ausência dos pressupostos de taxatividade mitigada e o princípio da unirecorribilidade recursal, onde pode gerar a impossibilidade de utilização da preliminar da apelação para impugnar a decisão interlocutória já impugnada por agravo de instrumento.

Aprofundando essa questão, faz-se necessário entender o conceito do recurso de agravo de instrumento, assim como a teoria desenvolvida pelo STJ.

2.1 Do Agravo de Instrumento

Inicialmente, o agravo de instrumento é o recurso cabível quando a finalidade for impugnar uma decisão interlocutória. Entende-se que decisão interlocutória é aquela decisão que não põe fim à fase cognitiva do processo, mas que tem como finalidade apreciar uma questão judicial que será analisada antes da prolação da sentença.

Assim, dispõe o art. 203, §2º, CPC que decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no §1. Dessa forma, percebe-se que o pronunciamento judicial que não se configure como sentença, ou seja, que não coloque fim ao processo, é uma decisão interlocutória, dessa forma, desfruta de uma natureza residual.

No que tange ao entendimento doutrinário, conceitua Didier Jr, Braga e Oliveira (2016, p. 314)

Decisão interlocutória é, de acordo com o §2º do art. 203, todo pronunciamento com conteúdo decisório que não se enquadre na definição de sentença. Melhor seria que dissesse: é o pronunciamento judicial com conteúdo decisório que não põe fim à fase do procedimento em primeira instância. [...]

Como todo pronunciamento judicial, a decisão interlocutória tem um recurso específico, que é chamado de agravo de instrumento.

O novel Código de Processo Civil trouxe significativas mudanças para o recurso de Agravo de Instrumento, isto se deu em virtude do antigo código do ano de 1973, prevê, duas espécies impugnação de decisão interlocutória, a primeira, chamada de agravo retido, que foi retirada do ordenamento jurídico e a segunda espécie, chamada de agravo de instrumento, que permanece até os dias atuais.

A modificação se deu em virtude do CPC, 1973 prevê de forma abrangente que toda decisão interlocutória que eventualmente causasse prejuízo irreparável ou lesão grave às partes, poderia se utilizar do recurso de agravo de instrumento com a finalidade de demonstrar o

inconformismo com a decisão que não poderia esperar até a sentença para ser impugnada via apelação.

Ocorre que essa abrangência em possibilitar o uso do recurso em qualquer decisão interlocutória, ocasionava uma morosidade demasiada no processo, impedindo com que ele atingisse o seu objetivo, que é dar uma solução à demanda, infringindo o princípio da celeridade processual.

Dessa forma, o CPC, 2015 regulamentou essa abrangência e delimitou o uso do recurso de agravo de instrumento somente para as hipóteses previstas no art. 1015, CPC, classificando o rol deste artigo como taxativo.

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

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º ;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

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

Porém desde a promulgação do CPC/2015, verificou-se a impossibilidade de limitar o uso do agravo de instrumento somente para os casos previstos no artigo 1.015, CPC em virtude de vários acontecimentos processuais que exigiam uma apreciação antecipada pelo Poder Judiciário, mas que não se encaixam no rol do art 1.015, CPC e nem poderiam esperar até o final do processo para serem analisados.

2.2 Da Tese Desenvolvida pelo STJ

Diante da impossibilidade do art. 1.015, CPC prevê todas as hipóteses de cabimento ao Agravo de Instrumento, o Superior Tribunal de Justiça por intermédio do REsp 1.696.396 e REsp 1.704.520 ambos da Relatora Ministra Nancy Andrighi.

Decidiu que o rol do artigo 1015 do CPC é taxativo, porém possui uma taxatividade mitigada, possibilitando a interposição do agravo de instrumento quando demonstrado o risco de dano grave, ou seja, quando houver urgência em fatos que não podem esperar até a sentença para serem decididos, assim como ausência de eficácia da impugnação via preliminar de apelação.

Em primeiro momento, essa solução é desenvolvida no âmbito do RESP n. 1.696.396 tendo recebida o nome de taxatividade mitigada (BRASIL, 2018):

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.

1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal. 2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação". 3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo. 4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. 5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo. 6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: 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. 7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão. 8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que tange à competência. 9- Recurso especial conhecido e provido.

A tese da utilidade recursal perfaz-se da seguinte forma: se o recurso adequado para impugnar decisão interlocutória não agravável – preliminar de apelação – não for útil ao interesse do recorrente, poderá se agravar a decisão interlocutória. Somando-se ao primeiro critério, o recorrente deverá comprovar a situação de urgência para que seu recurso seja admitido pelo órgão julgador de segunda instância.

Nesse sentido, cita-se Seixas e Thamay (2019, p. 192):

A construção jurisprudencial é interessante, pois cria dois critérios para a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias em situações alheias ao art. 1.015, CPC, baseando-se em dois critérios cumulativos quais sejam: a utilidade recursal do agravo de instrumento e a urgência do fato jurídico impugnado no recurso.

A proposição fixada pelo STJ e de observância obrigatória por todos os órgãos judiciais do Brasil, desde sua publicação em 19 de dezembro de 2018, tendo em vista que a decisão foi proferida em sede de recurso especial repetitivo, deve ser objeto de reflexões, ante ao impacto que irá causar nas relações jurídicas processuais.

Primeiramente, os argumentos de utilidade do recurso de agravo de instrumento e inutilidade do recurso de apelação com preliminar de impugnação da decisão interlocutória é passível de diversas interpretações casuísticas, fato que ocasiona insegurança jurídica, da mesma forma, como entende a relatora, que os métodos interpretativos de extensão e analogia.

Seixas e Thamay lecionam ainda que (2019, p. 192):

o segundo requisito, a urgência da situação fática, torna, ainda mais, o dispositivo aberto, cedendo à oportunidade do interessado a utilização do agravo de instrumento em qualquer decisão interlocutória que lhe causar prejuízo. Por fim, caso prevaleça o entendimento defendido pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça, há a criação de mais um requisito de admissibilidade recursal ao agravo, qual seja: a verificação da necessidade de analisar a existência da utilidade do recurso de apelação e da urgência do inconformismo recursal.

A definição da tese se baseia não na taxatividade que impossibilita qualquer tipo de interpretação do dispositivo, mas, segundo critérios de utilidade do recurso interposto imediatamente após a prolação da decisão interlocutória e da urgência, permitiria a utilização do agravo de instrumento fora das hipóteses legais, não com base em interpretações analógicas ou extensivas, as quais, segundo a relatora, não teriam segurança jurídica, vez que não haveria certeza sobre as hipóteses de cabimento do recurso, permitindo uma abertura em demasia, fato não desejado pelo legislador.

Nessa perspectiva, cabe analisar a viabilidade jurídica de impugnação em preliminar de Apelação de assuntos rejeitados em agravo de instrumento em virtude da ausência de

taxatividade mitigada, analisando o princípio da unirrecorribilidade e eventual esgotamento da recorribilidade diante de uma possível preclusão consumativa.

3 A (IM)POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DA PRELIMINAR DE APELAÇÃO IMPUGNANDO DECISÃO INTERLOCUTÓRIA IMPUGNADA POR AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO EM VIRTUDE DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA TAXATIVIDADE MITIGADA

Examinado o conceito do recurso de agravo de instrumento e o significado da taxatividade mitigada, que é uma novidade processual atribuída pelo STJ, é necessário resolver a questão que motivou este trabalho.

Ora, quando ocorrer o não conhecimento do agravo de instrumento em virtude da ausência de taxatividade mitigada, tem-se que analisar que eventual proibição de recorrer em preliminar de apelação sobre aspectos já impugnados e não conhecidos em virtude da ausência de taxatividade, acarreta um cerceamento de defesa e violação expressa da norma constitucional, principalmente ao duplo grau de jurisdição e ao princípio da primazia do julgamento com mérito.

Esta violação se caracteriza mais precisamente quando se observa a letra do artigo 5º, LV da Carta Magna, onde conforme já mencionado, dispõe que nos procedimentos administrativos e processos judiciais é assegurado o contraditório e ampla defesa por intermédio de todos os meios e recursos inerentes.

Dessa forma, percebe-se que a impossibilidade de recorrer em preliminar de apelação em virtude do princípio da unirrecorribilidade contraria a Constituição Federal, assim como também o princípio do contraditório e ampla defesa e o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Além do mais, sob a perspectiva da primazia do julgamento de mérito, um princípio processual não pode limitar o exercício da pretensão recursal em ver analisado o mérito, vez que é este que importa para solução do conflito apresentado pelas partes.

Deste modo, há de haver uma ponderação no que tange ao princípio da unirrecorribilidade das decisões e o direito de defesa, o direito de ter o mérito do recurso apreciado e o princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, admitindo, excepcionalmente, a interposição da preliminar de apelação mesmo já tendo ocorrido a interposição do agravo de instrumento e este não tenha sido conhecido.

Outrossim, é necessário haver uma interpretação extensiva do dispositivo que regulamenta a interposição da preliminar de apelação, para conceder não somente essa possibilidade de recorrer em preliminar de apelação dos assuntos que não são passíveis de agravo

de instrumento, mas também, para aqueles assuntos que já foram impugnados em agravo de instrumento, porém não foram conhecidos, em virtude da ausência de taxatividade mitigada, perfazendo-se uma compatibilização entre as regras vigentes e o precedente desenvolvido pelo STJ.

Isto se dá pelo motivo do artigo 1009 §1º do CPC conceituar a possibilidade desta forma de impugnação de uma maneira geral, não especificando uma regulação para a hipótese analisada neste ensaio.

É certo que o CPC entrou em vigência antes da decisão que confere taxatividade ao agravo em determinados casos, logo, não tinha como definir que esta aplicação se restringiria somente para o rol taxativo do artigo 1015.

Portanto, é mais um motivo pelo qual deve ser dada a interpretação extensiva a este artigo, possibilitando que as questões já impugnadas e não conhecidas por falta de taxatividade, sejam recorridas novamente, em preliminar de apelação, observando-se que o recurso não conhecido em virtude da ausência de taxatividade mitigada, também configura-se como uma forma de não cabimento de agravo de instrumento, logo, não poderá ocorrer a incidência da preclusão.

Dessa forma, não admitir a impugnação em apelação de assuntos que não são dotados de taxatividade mitigada do agravo de instrumento, ofende o acesso à prestação jurisdicional, que constitui um pilar do estado democrático de direito, uma vez que contraria o princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio do contraditório e ampla defesa, princípio da primazia do julgamento de mérito, vai em sentido contrário também à legislação complementar, que é o Código de Processo Civil, mais precisamente em seu artigo 1009 §1º.

Ainda, reforça o argumento ora defendido a possibilidade de interpretação sistemática do Código de Processo Civil que permite aos Tribunais Superiores, art. 1.029, § 3º, CPC, mitigar os rigores dos requisitos de admissibilidade para analisar o mérito do recurso especial e extraordinário.

Logo, se é possível aos principais tribunais do país, com fundamento no princípio da primazia do julgamento com mérito, superar meros aspectos processuais para definir definitivamente o mérito do recurso, deve-se permitir que o órgão de segunda instância supere o princípio da unirrecorribilidade para analisar a questão decidida em decisão interlocutória.

Por fim, fica constatado que existem mais argumentos jurídicos a favor da interposição de impugnação em preliminar de apelação de assuntos já impugnados e não conhecidos em virtude da ausência de taxatividade mitigada do agravo de instrumento, do que que argumentos que vão contra, tendo, portanto que haver uma ponderação entre todos esses princípios mencionados,

combinados com a legislação complementar e o princípio da unirrecorribilidade das decisões, sendo, dessa forma, este tipo de impugnação, uma exceção ao princípio da unirrecorribilidade.

CONCLUSÃO

Este artigo buscou responder uma questão processual hipotética, qual seja: a possibilidade de manejo da preliminar de apelação para impugnar uma decisão interlocutória onde já houve a interposição de um agravo de instrumento não conhecido por ausência de preenchimentos dos requisitos da teoria da taxatividade mitigada.

No decorrer do trabalho foram abordados a questão da principiologia processual, seja aquela aplicada a todos os institutos do processo civil, bem como aqueles específicos do sistema recursal, em especial o princípio da unirrecorribilidade recursal.

Após, se abordou a questão referente ao pronunciamento jurisdicional denominado decisão interlocutória, assim como o instrumento recursal que permite sua impugnação - o agravo de instrumento - e, por fim, a teoria do STJ que mitigou o art. 1.015, CPC e permitiu a interposição deste recurso fora das hipóteses previstas em lei.

No entanto, ao se fixar a tese jurídica houve uma consequência não abordada pelo STJ que foi se o não conhecimento do Agravo de Instrumento impossibilita ou não a utilização da preliminar de apelação.

Buscando uma resposta para este questionamento, o terceiro tópico se debruçou sobre os princípios processuais e recorrendo ao método de interpretação extensiva, defende-se a possibilidade de utilização da preliminar de apelação, mesmo que já se tenha interposto o agravo de instrumento e este não tenha sido conhecido por ausência dos requisitos da teoria desenvolvida pelo Tribunal Superior.

O argumento que fundamenta a possibilidade de interpretação extensiva do art. 1.009, §1º, CPC se baseia, principalmente, no princípio da primazia do julgamento com mérito.

Ora, se de um lado há uma impossibilidade de manejo da apelação em virtude do princípio da unirrecorribilidade recursal e de outro lado o princípio da primazia do julgamento do mérito, neste conflito de princípios processuais deve se aplicar aquele que cumpre com a função primeira do Poder Judiciário que é resolver os conflitos de interesse.

Importante, por fim, frisar que o próprio legislador mitigou os rigores da admissibilidade recursal para que os Tribunais possam analisar o mérito dos recursos, tendo como principal exemplo o art. 1.029, § 3º, CPC que permite ao Ministro do STF ou STJ superar

algum vício de admissibilidade recursal para analisar o mérito do recurso especial e extraordinário.

Assim, defende-se a criação de uma exceção ao princípio da singularidade para permitir que mesmo tendo ocorrido a interposição do agravo de instrumento, seja possível a utilização da preliminar de apelação para se analisar na segunda instância o conflito de interesses das partes e julgar a pretensão recursal, ultrapassando-se as questões de admissibilidade recursal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em 25 abr. 2020

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 25 Abr .2020

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 25 abr. 2020.

_____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 26 Abr.2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.821.793/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Dje: 22/08/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22AGRAVO+DE+INSTRUMENTO%22+E+%22TAXATIVIDADE+MITIGADA%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em : 06 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.696.396. Diário de Justiça eletrônico: 19.12.2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22AGRAVO+DE+INSTRUMENTO%22+E+%22TAXATIVIDADE+MITIGADA%22&repetitivos=REPETITIVOS&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 06 abr.2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.704.520/MT, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Corte Especial, Diário de Justiça Eletrônico: 19/12/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22AGRAVO+DE+INSTRUMENTO%22+E+%22TAXATIVIDADE+MITIGADA%22&repetitivos=REPETITIVOS&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em : 06 abr. 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de Direito Processual Civil : Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. Salvador : Juspodivm, 2016.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *APUD* MARCATO, Antônio Carlos. Preclusões: Limitação ao Contraditório ? Revista de Processo, São Paulo, ano 5, nº 17, 1980.

NEVES, Daniel Amorim. Manual de Direito Processual Civil. 9º ed. Bahia: JusPodium. 2017

SEIXAS, Bernardo Silva de Seixas; THAMAY. Rennan Faria Krüger. O Entendimento Jurisprudencial do Agravo de Instrumento. Pará. Congresso Nacional do CONPEDI BELÉM-PA. 2019.

SEIXAS, Bernardo Silva de Seixas; SOUZA. Roberta Kelly Silva Souza. A Importância do Princípio Constitucional do Devido Processo Legal para o Efetivo Acesso à Justiça no Brasil. v.9. Porto Alegre. Cadernos do Programa de Pós Graduação. Direito/UFRGS. 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo : Processo de Conhecimento, Cautelar, Execução e Procedimentos Especiais. 3º ed. São Paulo : Saraiva, 2016.