

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

BÁRBARA PUPIN DE ALMEIDA

**A TAXATIVIDADE E A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ROL DO
ART. 1.015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

SÃO PAULO

2016

BÁRBARA PUPIN DE ALMEIDA

A TAXATIVIDADE E A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ROL DO ART. 1.015 DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão (COGEAE) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como requisito para a obtenção de certificado de Especialista em Direito Processual Civil, sob orientação do Prof. Dr. Cassio Scarpinella Bueno.

SÃO PAULO

2016

RESUMO

O intuito do presente estudo é fazer uma reflexão sobre o escopo da mudança legislativa em relação ao agravo de instrumento, que introduziu um rol taxativo de decisões interlocutórias que admitem o seu cabimento (tal como era previsto no Código de Processo Civil de 1939).

Diante dessa alteração, analisamos a compatibilidade entre taxatividade e interpretação extensiva, com o objetivo de se ponderar acerca da admissão do cabimento do agravo de instrumento também contra determinadas decisões interlocutórias que não estão previstas no rol do art. 1.015 do novo CPC.

Sobre esse ponto, vale apenas ressaltar que o presente trabalho não estudará e analisará todas as hipóteses de cabimento previstas no art. 1.015 e a possibilidade de interpretação ampliativa em cada caso, uma vez que, pelo pouco tempo de vigência da nova legislação, dificilmente conseguiríamos abordar toda a problemática envolvida de forma satisfatória.

Por conta disso, fizemos um corte metodológico deste trabalho e abordamos os pontos mais polêmicos suscitados pela doutrina e pelos aplicadores do direito, referente à possibilidade de interpretação extensiva de algumas hipóteses do art. 1.015 a fim de englobar as decisões interlocutórias que versem sobre (i) competência; (ii) indeferimento de provas e (iii) não aplicação do negócio jurídico processual firmado entre as partes

Além disso, apesar do pouco tempo de vigência do novo Código, consideramos o posicionamento que o Tribunal de Justiça de São Paulo acerca de alguns casos, mas, certos de que, de qualquer lado que se escore, a insegurança jurídica ainda é patente e somente será superada com a uniformização e estabilização da jurisprudência.

ABSTRACT

The aim of this study is to reflect on the scope of legislative change in relation to interlocutory appeal, which introduced a restricted list of interlocutory decisions that admit its pertinence (as was provided for in the Civil Procedure Code 1939).

Faced with this change, we analyze the compatibility between this restricted list and extensive interpretation of the legal rule, in order to consider the admission also against others interlocutory decisions which are not covered in the list of the article 1.015 of the new CPC.

On this point, it's interesting to mention that this paper does not study and analyze all cases that are not provided for the interlocutory appeal indicated in article 1.015 and the possibility of apply ampliative interpretation in each case, since the short time of application of the new legislation, we could hardly develop all the issues involved in a satisfactory manner.

Because of this, we made a methodological approach in this work and managed only the most questionable points raised by the doctrine and the law enforcers, referring to the possibility of extensive interpretation of some cases of article 1.015 to cover the interlocutory decisions that refers about *(i)* competence; *(ii)* rejection of evidences and *(iii)* non-application of procedural agreements between the parties.

Moreover, despite the short time of validity of the new code, we consider the jurisprudence of Sao Paulo court on some cases, but certain that any side we support, the legal uncertainty is still evident and only will be overcome with the stabilization of jurisprudence.

ABREVIATURAS E SIGLAS

AI — Agravo de Instrumento

Art. — Artigo

CPC — Código de Processo Civil

FPPC — Fórum Permanente de Processualistas Cíveis

LINDB — Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

PL — Projeto de Lei

STF — Supremo Tribunal Federal

STJ — Superior Tribunal de Justiça

TJSP — Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. A EVOLUÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO AO LONGO DOS ANOS: O CÓDIGO DE 1939 E O CÓDIGO DE 1973.....	10
2. O AGRAVO DE INSTRUMENTO NO NOVO CPC.....	19
3. AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ART. 1.015 DO NOVO CPC.....	27
3.1. A problemática do agravo de instrumento contra decisões não previstas pelo art. 1.015 do novo CPC.....	39
3.1.1. Decisão que versa sobre competência.....	39
3.1.2. Decisão que versa sobre prova e redistribuição do ônus probatório.....	47
3.1.3. Decisão que nega a eficácia de negócio jurídico processual.....	56
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67
6. FONTES.....	71

INTRODUÇÃO

A evolução do Processo Civil brasileiro e as inúmeras alterações legislativas retratam a incessante busca pela garantia da efetivação da tutela jurisdicional, de forma célere e justa.

Nada obstante todos os mecanismos empregados pelo CPC de 1973, o tão sonhado ideal de celeridade processual passou ao largo de ser atingido e o clamor social contra a morosidade da justiça só aumentou, levando o legislador a inovar e introduzir várias alterações na lei processual e em leis extravagantes.

Na década de 1990, dezenas de leis se incorporaram ao texto do Código de 1973, alterando-o, todas com o declarado intuito de simplificar os procedimentos até então existentes, conferir maior rapidez na solução dos litígios e, principalmente, conceder aos litigantes uma maior efetividade na realização da tutela jurisdicional.

Entretanto, mais uma vez, toda essa modernização processual não serviu para minimizar a crise judiciária instaurada no Brasil.

A crise judicial é notória e, mais do que uma questão estritamente jurídica, denota um problema cultural e a falta de uma gestão profissionalizada da organização administrativa dos órgãos judiciários.

Nesse cenário, exsurgiu a elaboração da Lei nº 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil, com o intuito de desburocratizar a justiça e com a promessa de reduzir a duração dos processos, trazendo mais celeridade e efetividade na prestação jurisdicional.

Para tanto, o novo Código impôs uma nova sistemática recursal como forma de se atingir os fins buscados pelo legislador, por meio (i) do incentivo à formação de uma jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente; (ii) da supressão e limitação do cabimento de determinados recursos e, (iii) da fixação de honorários advocatícios na fase recursal, com o intuito de se desestimular aventuras jurídicas e a litigância de má-fé.

Nesse cenário, no que é relevante ao presente estudo, a alteração legislativa em relação ao agravo de instrumento merece destaque.

Com o novo texto legislativo, as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento foram restringidas a um rol composto por onze tipos de decisões interlocutórias agraváveis (além de outros casos previstos em lei extravagantes e de decisões proferidas na fase de liquidação ou cumprimento de sentença, no processo de execução e no inventário).

Diante disso, surgiram discussões acerca da taxatividade, ou não, das hipóteses previstas pelo legislador, bem como se criticou, sobremaneira, a supressão de algumas decisões que, muito embora estivessem previstas no rol do artigo do agravo de instrumento no projeto de lei da Câmara dos Deputados, não vingaram com a aprovação do texto final do CPC no Senado Federal.

Com a limitação feita pelo legislador, parte respeitável da doutrina passou a estudar — e admitir — a possibilidade de compatibilização entre a taxatividade e a interpretação extensiva de alguns dispositivos do artigo 1.015 do novo CPC, a fim de que tais decisões possam ser consideradas agraváveis por instrumento, diante da interpretação extensiva dos dispositivos de lei.

Assim, com o trabalho ora apresentado pretende-se desenvolver o tema, no primeiro capítulo, traçando um perfil histórico do agravo de instrumento ao longo dos anos, iniciando pelo primitivo CPC de 1939 até o advento do Código atual. Tal abordagem se faz necessária, eis que, o Código de 1939 já apresentava um rol taxativo de cabimento do agravo de instrumento, implicando em graves consequências, como a utilização do mandado de segurança como válvula de escape para as decisões não agraváveis.

No capítulo seguinte, analisaremos o agravo de instrumento no novo CPC, as alterações inseridas pelo legislador e, apenas *en passant*, os impactos dessa nova sistemática como, por exemplo, no sistema de preclusão e na possível (re)utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal contra decisões não inseridas no rol do art. 1.015 do CPC.

No capítulo terceiro, o objetivo é justamente analisar demonstrar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e trazer à tona a polêmica existente sobre a taxatividade ou não do aludido dispositivo. Além disso, com base no que vem tratando a doutrina e a jurisprudência, estudaremos a possibilidade de

se compatibilizar a interpretação taxativa com a interpretação extensiva, a depender do caso concreto.

Como desdobramento das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, demonstraremos a problematização existente acerca de algumas decisões interlocutórias que, a despeito de não estarem previstas no rol do art. 1.015, devem ser admitidas, ou não, como agraváveis, por meio da interpretação extensiva da lei.

Convém, portanto, delimitar o campo de abrangência deste trabalho. Isso porque, a nova sistemática do agravo de instrumento e a possibilidade de interpretação extensiva, em determinados casos, trazem alguns efeitos colaterais, como, por exemplo, o retorno da utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal e, até mesmo, a alteração no sistema de preclusões, como já informado anteriormente. Porém, tais institutos não são objetos deste estudo, ainda que possa haver, indiretamente, menção a um ou outro ângulo desses temas.

Além disso, não se pretende, com o presente estudo, analisar todos os problemas advindos com a nova sistemática do agravo de instrumento — que não são poucos — e nem sequer a possibilidade de interpretação extensiva em relação a cada hipótese prevista pelo legislador. Entretanto, alguns casos merecem destaque e, nesse cenário, faremos um corte metodológico no presente estudo e abordaremos somente a problemática existente acerca das decisões interlocutórias que versem sobre *(i)* competência, *(ii)* indeferimento de provas e *(iii)* afastamento da aplicação do negócio jurídico processual.

Após uma análise detida acerca da problemática envolvendo as três hipóteses indicadas acima, o quarto capítulo é dedicado às conclusões extraídas do presente estudo, inclusive com apoio na jurisprudência até então existente sobre o tema.

1. A EVOLUÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO AO LONGO DOS ANOS: O CÓDIGO DE 1939 E O CÓDIGO DE 1973

O agravo de instrumento, ao longo dos anos, sofreu importantes alterações legislativas, desde o primário Código de 1939 até os dias de hoje.

Teresa Arruda Alvim Wambier nos lembra que o sistema recursal do Código de 1939 era reconhecidamente imperfeito. Assim, *in verbis*:

“*Grosso modo*, no regime anterior¹, cabia apelação de todas as sentenças que *definissem* o mérito da causa, ou seja, das sentenças *definitivas*. Cabia o recurso de agravo de petição das sentenças que não resolvessem a lide e, finalmente, irrecorríveis eram muitas interlocutórias, e se ressalvavam alguns casos em que delas cabia ou agravo de instrumento, ou agravo no auto do processo”².

Eram três os tipos de agravos previstos no CPC de 1939, a saber: (i) o agravo e petição; (ii) o agravo de instrumento e (iii) o agravo no auto do processo.

O primeiro deles, o agravo de petição, era o recurso cabível contra as sentenças que extinguíam o processo sem resolução do mérito.

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, essa modalidade de agravo era cabível contra uma decisão anormal, ou seja, “que pressupunha o término do procedimento sem decisão de mérito”. Assim, proferida sentença final *terminativa*, sem resolução do mérito, “se poderia recorrer à segunda instância, ensejando a lei, todavia, ao juiz que proferiu a decisão, a possibilidade de modificar a sentença terminativa que proferira, continuando, assim no processo, até a sentença final definitiva, o que significaria uma finalização normal do processo”³.

Ocorre que a distinção entre decisão terminativa e definitiva não era fácil de se estabelecer, pois, para o adequado manejo do recurso cabível, se dependia (i) do conceito de mérito e (ii) que, mesmo não se tratando de decisão definitiva, não estivesse ela no rol do art. 842 (decisões agraváveis por instrumento).

¹ CPC de 1939.

² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 50.

³ WAMBIER, op. cit. p. 50.

Assim, resumidamente, “cabia agravo de petição das decisões terminativas do processo, sem julgamento de mérito, desde que não fossem recorríveis por via de agravo de instrumento”⁴.

Nessa sistemática, o agravo de instrumento, por sua vez, era o recurso cabível contra decisões interlocutórias com força de definitivas, expressamente previstas pelo legislador no art. 842 daquele Código ou em dispositivo de lei extravagante. Assim, “sendo discriminadas as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, desde que ocorrida uma delas, ou o recurso era interposto, ou ter-se-ia formado a preclusão. A forma técnica de evitar a preclusão, portanto, era a interposição do recurso”⁵.

Interposto o recurso no prazo de cinco dias, o cartório deveria providenciar a formação do traslado das peças obrigatórias para conhecimento e julgamento do recurso, indicadas pelo agravante. Intimado o agravado, este também poderia acrescentar peças no instrumento (o que também era providenciado pelo cartório). Preparado o instrumento, similarmente ao agravo de petição, o agravo de instrumento devolvia ao juiz prolator do *decisum* recorrido o conhecimento da questão, ensejando-lhe reformar ou manter a decisão. Mantida a decisão, deveriam subir os autos ao Tribunal; reformada a decisão pelo juiz de primeiro grau, as posições de agravante e agravado eram invertidas, “desde que, em virtude da reforma da decisão, sofresse prejuízo e desde que coubesse também o recurso de agravo de instrumento, da nova decisão proferida”⁶.

Por fim, o agravo no auto do processo era o recurso cabível contra decisões interlocutórias expressamente previstas no art. 851 do CPC de 1939, por meio de rol taxativo.

Entretanto, diferentemente do agravo de instrumento, o agravo no auto do processo não implicava na paralisação do desenvolvimento processual, bem como se afinava com o princípio da oralidade e propiciava a concentração dos atos processuais.

⁴ WAMBIER, op. cit. p. 61.

⁵ WAMBIER, op. cit. p. 65.

⁶ WAMBIER, op. cit. p. 65.

Assim, este tipo de recurso não tinha procedimento específico na instância de sua interposição e deveria ser conhecido apenas no órgão *ad quem*, como preliminar de apelação.

Além disso, o agravo no auto do processo destinava-se a evitar a preclusão de certas decisões⁷.

Nesse passo, Teresa Arruda Alvim Wambier, citando José Frederico Marques, resumidamente afirma que:

Na legislação federal do processo civil do Código de 1939, admitidas foram três figuras do recurso de agravo: agravo de petição, para recorrer-se da sentença terminativa; agravo de instrumento contra interlocutórias, previamente indicadas; e o agravo no auto do processo, para evitar a preclusão a respeito de determinadas decisões, sobretudo aquelas que cerceassem, de qualquer forma, a defesa do interessado⁸.

No que toca especificamente ao agravo de instrumento na sistemática do CPC de 1939, as hipóteses de cabimento desse recurso eram restritivas e taxativas e, muitas vezes, restaram superadas em decorrência das vicissitudes sempre ocorrentes na realidade processual da época.

Esse era o teor do artigo 842 do referido diploma, já com redação do Decreto-Lei nº 4.565, de 1942 e do Decreto-Lei nº 4.672, de 1965:

Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões:
I - que não admitirem a intervenção de terceiro na causa;
II - que julgarem a exceção de incompetência;
III - que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação;
IV - que receberem ou rejeitarem “*in limine*” os embargos de terceiro;
V - que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade,
VI - que ordenarem a prisão;
VII - que nomearem ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante;

⁷ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13ª ed. – Bahia : Jus Podvm, 2016, vol. 3, p. 201.

⁸ REDERICO MARQUES, 1985, *apud* WAMBIER, op. cit. p. 73.

VIII - que arbitrem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamentários;
 IX - que denegarem a apelação, inclusive de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção;
 X - que decidirem a respeito de erro de conta ou de cálculo;
 XI - que concederem, ou não, a adjudicação, ou a remissão de bens;
 XII - que anularem a arrematação, adjudicação, ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido;
 XIII - que admitirem, ou não, o concurso de credores, ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos;
 XV - que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas;
 XVI - que negarem alimentos provisionais;
 XVII - que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens.

Além disso, pelo Decreto-Lei nº 8.570, de 1946, foi suprimido o inciso XIV, do aludido art. 842, que previa o cabimento do agravo de instrumento contra as decisões “que julgarem, ou não, prestadas as contas”.

A tentativa do legislador de se exaurir todas as situações passíveis de agravo de instrumento foi duramente criticada, à época.

Foi nesse cenário que se passou a admitir o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial, popularizando esse modelo de impugnação às decisões não contempladas no rol do art. 842.

Teresa Arruda Alvim Wambier nos lembra que um dos objetivos da concepção de um novo regime para o agravo de instrumento foi justamente o de restringir o uso do mandado de segurança com a finalidade de imprimir-lhe efeito suspensivo⁹.

Isso porque o agravo de instrumento, salvo situações excepcionais, era desprovido de efeito suspensivo. Assim, o mandado de segurança era utilizado para obter a suspensão dos efeitos da decisão agravada, por meio de liminar concedida no bojo daquela ação.

Diante disso, surgiu o CPC de 1973. Como se pode extrair de sua exposição de motivos, pretendeu-se instituir um regime de ampla recorribilidade das decisões interlocutórias como único meio de conviver com “litigantes, impacientes de

⁹ WAMBIER, op. cit. p. 281.

qualquer demora no julgamento do recurso”, que acabavam por “engendrar esdrúxulas formas de impugnação”¹⁰.

Assim, segundo Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, com a nova lei, o agravo de petição deixou de existir, de modo que toda e qualquer sentença, com ou sem resolução de mérito, deveria ser impugnada por meio e apelação¹¹.

Além disso, em sua redação primitiva, o legislador previu a utilização do agravo de instrumento como recurso para impugnar “todas as decisões proferidas no processo”¹².

Na realidade, o Código Buzaid previa a possibilidade, a requerimento da parte interessada, de que o agravo ficasse retido nos autos, “a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação” ou, de que fosse formado imediatamente o instrumento. Assim, estranhamente, o agravo retido era regulado como espécie do agravo de instrumento¹³.

Nas palavras de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, “o agravo retido passou a fazer as vezes do agravo no auto do processo [...] devendo ser mantido nos autos para que, sendo reiterado nas razões ou contrarrazões de apelação, pudesse ser conhecido pelo tribunal, como preliminar desta”¹⁴.

No que é relevante ao presente estudo, o agravo de instrumento, que passou a ser cabível contra toda e qualquer decisão interlocutória, manteve a sistemática procedimental do Código de 1939, devendo ser interposto no prazo de cinco dias, perante o juízo de primeira instância e cabendo ao agravante indicar as peças que deveriam ser trasladadas pelo escrivão. Ao agravado, no momento da apresentação de suas contrarrazões, facultava-se indicar novas peças a serem trasladadas¹⁵.

¹⁰ *Código de processo civil: histórico da lei*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1, t. 1, p. 1-188. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em: 14/10/16.

¹¹ DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 203.

¹² Art. 522. Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, de todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento.

¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. II, 47ª ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2016, p. 1.033.

¹⁴ DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 203.

¹⁵ DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 203.

Outrossim, o juiz poderia se retratar ou manter a decisão. Em qualquer das hipóteses, a depender do interesse da parte prejudicada, os autos seriam remetidos ao tribunal para julgamento do recurso.

No sistema originário, o agravo de instrumento não era dotado de efeito suspensivo, salvo nas hipóteses taxativamente previstas no art. 558, em sua redação primitiva¹⁶.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 5.925/1973, que ratificou alguns dispositivos do CPC em vigor, dentre eles, o artigo 522, excluindo-se, todavia, do *caput* do artigo a expressão “todas”¹⁷.

Com a edição da Lei nº 9.139/1995, o recurso passou a ser denominado apenas de “agravo”, que admitia o seu processamento tanto em sua forma retida quanto na de instrumento, cujo prazo de interposição passou a ser de dez dias.

Ainda com a edição da Lei nº 9.139/1995, criou-se a obrigatoriedade de retenção do agravo, quanto às decisões posteriores à sentença, com exceção da decisão que dissesse respeito à inadmissibilidade da apelação, que haveria de ser atacada por agravo de instrumento¹⁸.

Entretanto, a maior evolução se deu em relação ao seu processamento, quando adotada a via por instrumento. Ao contrário dos demais recursos que eram interpostos perante o órgão judicial que emanou o ato decisório impugnado, para posterior encaminhamento ao órgão judicial competente para revisá-lo, o agravo de instrumento passou a ser endereçado diretamente ao tribunal, como previa o art. 524 do CPC de 1973.

Com essa nova sistemática, a intenção do legislador da época era afastar dois grandes inconvenientes que o agravo de instrumento, em sua forma tradicional, gerava às partes e ao processo: (i) a longa e árdua discussão do recurso em primeiro grau de jurisdição, que tornava o agravo de instrumento o recurso mais demorado, em flagrante contradição com a natureza da decisão interlocutória por ele impugnada, bem como (ii) a necessidade constante do uso do mandado de segurança para se suspender a eficácia da decisão impugnada, capaz de gerar riscos e prejuízos à parte, uma vez que o aludido recurso era desprovido de efeito

¹⁶ DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 203.

¹⁷ Outrossim, o prazo de interposição do aludido recurso era de 5 (cinco) dias.

¹⁸ DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 204.

suspensivo e não contava com um mecanismo interno que acelerasse o conhecimento da impugnação pelo Tribunal *ad quem*¹⁹.

Isso porque, a partir da Lei nº 9.139/1995, o relator poderia conceder efeito suspensivo ao agravo de instrumento, nos casos das hipóteses descritas no art. 558 do CPC de 1973, a ele competindo, liminarmente, apreciar o pedido “ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal” (cf. inciso III, do art. 527 do CPC de 1973).

É importante lembrar que, anteriormente a essa alteração legislativa, interposto o agravo na sua forma de instrumento, duas situações comumente provocavam a impetração de mandado de segurança. A primeira delas, nos casos de concessão de efeito suspensivo ou de antecipação da pretensão recursal, nos termos do inciso III, do art. 527 do CPC de 1973 e, a segunda delas, quando o relator determinava a conversão do agravo de instrumento em agravo retido (cf. inciso II, do art. 527 do CPC de 1973)²⁰.

Como nos lembra o magistério de Humberto Theodoro Junior, “aquilo que se buscava, penosamente, com o simultâneo manejo do recurso e do mandado de segurança, passou a ser alcançável, prontamente, pelo simples despacho da petição recursal, com evidente economia para a justiça e para as partes”²¹.

A partir de então, a modernização do agravo de instrumento continuou por meio de outras alterações legislativas, tais como a Lei nº 10.352/2001 e a Lei nº 11.187/2005.

A Lei 10.352/2001 estabeleceu as hipóteses em que o agravo retido deveria ser obrigatório. Assim, passou a ser cabível contra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento e contra as decisões proferidas posteriormente à sentença, exceto nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que o apelo fosse recebido²².

Quanto ao agravo de instrumento, a Lei nº 10.352/2001 introduziu três regras: (i) a obrigatoriedade de se informar ao juiz de primeira instância a

¹⁹ THEODORO JUNIOR, op. cit. p. 1.033-1.034.

²⁰ ARAÚJO, José Henrique Mouta. *A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema*. Revista de Processo, vol. 251/2016, p. 207-228.

²¹ THEODORO JUNIOR, op. cit. p. 1.034.

²² DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 204.

interposição do recurso; (ii) o processamento e a conversão em agravo retido e (iii) a antecipação da tutela recursal²³.

Em 2005, com o advento da Lei nº 11.187/2005, o agravo de instrumento sofreu mudanças significantes. Dentre as modificações, podemos ressaltar a previsão do agravo retido como regra. Assim, somente caberia agravo de instrumento “quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida”, nos termos do art. 522 do CPC de 1973. Além disso, na fase de liquidação de sentença e na execução o agravo deveria ser sempre por instrumento.

A preocupação do legislador, à época, era do uso indiscriminado do agravo de instrumento, que acabou por tumultuar sobremaneira os tribunais e a atravancar o trâmite e julgamento dos demais recursos em segunda instância.

Nas palavras de Humberto Theodoro Junior, “as reformas realizadas por meio das Leis nºs 10.352/2001 e 11.187/2005 tiveram, portanto, o explícito objetivo de reduzir casos de agravo de instrumento, tornando prioritário o agravo retido e reservando o primeiro apenas para questões graves e urgentes”²⁴.

Todavia, o conceito indeterminado utilizado pelo *caput* do art. 522 do CPC de 1973 acabou por transformar, na prática, o agravo de instrumento em regra e o agravo retido a exceção, eis que várias hipóteses poderiam ser enquadradas como graves e urgentes.

De todo modo, essas soluções engendradas ao longo de décadas, por meio das reformas processuais, não se mostraram suficientes para reduzir o congestionamento dos tribunais por agravos de instrumento.

Nesse cenário, surgiu a necessidade de reforma da lei processual civil. Assim, o novo Código eliminou a figura do agravo retido e estabeleceu um rol de decisões sujeitas ao agravo de instrumento, pretendendo-se “simplificar, resolvendo

²³ DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 204.

²⁴ THEODORO JUNIOR, op. cit. p. 1.034.

problemas e reduzindo a complexidade e subsistemas, como, por exemplo, o recursal”²⁵.

Por conta disso, analisaremos, no capítulo seguinte, o novo modelo do agravo de instrumento instituído pelo legislador no novo CPC, suas hipóteses de cabimento e toda a problemática que vem se instalando acerca da aludida taxatividade do rol do art. 1.015.

²⁵ *Código de Processo Civil e normas correlatas*. Senado Federal, 7ª ed., atual. até abril de 2015, Brasília. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>>. Acesso em 15/10/16.

2. O AGRAVO DE INSTRUMENTO NO NOVO CPC

Com o advento do novo CPC, o agravo de instrumento sofreu sensíveis e substanciais alterações e, mais uma vez na história do processo civil brasileiro voltou-se a questão referente à taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

Conforme disposto no *caput* do art. 1.015 do novo CPC, o agravo de instrumento é o recurso cabível para impugnar decisões interlocutórias que versem sobre as hipóteses *expressamente* previstas em seus doze incisos (e em “outros casos referidos em lei”).

Assim, o primeiro pressuposto específico de sua admissibilidade é que a decisão do juízo de primeiro grau seja interlocutória²⁶.

Por decisão interlocutória entende-se todo pronunciamento judicial, de caráter decisório, que não ponha fim à fase cognitiva do feito e nem encerre a execução, nos termos dos §§1º e 2º do art. 203 do novo Código.

Trata-se, assim, de ato por meio do qual o juiz resolve uma questão no curso do procedimento, ainda que com fundamento nos artigos 485 e 487 do CPC, mas sem colocar fim a uma fase do processo²⁷.

Assim, “ainda que tenha por fundamento uma das hipóteses do art. 485 ou do art. 487, o pronunciamento do juiz não será sentença se não puser termo a uma fase procedimental; será, então, decisão interlocutória”²⁸.

Sobre o tema, Luis Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini ressaltam:

É um conceito atingido por exclusão: se o pronunciamento decisório encerra a fase cognitiva ou a execução, tem-se sentença; se não encerra a fase cognitiva nem a execução, mas não tem conteúdo

²⁶ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais*, vol. III, 1ª. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2015, p. 155.

²⁷ BONDOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil. Dos Recursos*, vol. XX (arts. 994-1.044) – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 117.

²⁸ DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 206.

decisório, é despacho de mero expediente. Todo o resto é decisão interlocutória²⁹.

Sem adentrar profundamente na definição do conceito de decisão interlocutória e das dúvidas existentes em relação à natureza de diversos pronunciamentos judiciais e sua forma de impugnação, o fato é que o novo CPC fez cair por terra a regra da *ampla recorribilidade imediata* das interlocutórias prevista no Código Buzaid.

Assim, o novo CPC alterou a regra antes estabelecida da recorribilidade ampla e imediata das decisões interlocutórias na fase de conhecimento. Em princípio, a parte que deseja impugnar determinada decisão deverá aguardar a prolação da sentença para, só então, formular sua insurgência contra esse pronunciamento interlocutório³⁰.

Conforme exposto anteriormente, no Código de 1973, o agravo era gênero do qual decorriam duas espécies: o agravo retido e o agravo de instrumento. Dessa forma, toda e qualquer decisão interlocutória proferida nos autos era passível de interposição de agravo, por alguma dessas formas.

O primeiro, interposto em primeira instância, fora transformado em regra pela Lei nº 11.178/2005, com o intuito de eliminar obstáculos para o desenvolvimento da marcha procedimental e, como o próprio nome sugere, ficava dormente nos autos do processo, até que fosse encaminhado ao tribunal por ocasião do julgamento da apelação e reiterado, sob pena de não conhecimento.

O segundo, como também já exposto anteriormente, era manejado diretamente no tribunal e tinha seu processamento imediato, uma vez que ficava circunscrito às hipóteses de “decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação era recebida (art. 522, caput, do CPC de 1973).

O novo CPC alterou essa disposição. O agravo retido desapareceu do sistema e o agravo de instrumento passou a ter cabimento apenas contra as decisões interlocutórias arroladas pelo legislador no art. 1.015.

²⁹ WAMBIER, Luis Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, vol. 2, 16ª ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 537.

³⁰ WAMBIER e TALAMINI, op. cit. p. 537.

Nesse cenário, como se viu anteriormente, o art. 1.015 do novo CPC se assemelha ao papel desempenhado pelo art. 842 do CPC de 1939.

Sobre essa questão, Luiz Guilherme Aidar Bondioli explica que:

O Código de Processo Civil acaba com o regime dúplice do agravo contra decisão interlocutória. Agora, a impugnação imediata dessa decisão fica circunscrita ao agravo de instrumento, que permanece sendo de pronto processamento interposto diretamente no tribunal. Com isso, não quis o legislador ressuscitar o regramento original do Código de Processo Civil de 1973, que pregava a ampla e instantânea recorribilidade das decisões interlocutórias por agravo de instrumento (art. 522, caput, do CPC de 1973, na redação primitiva). Ao contrário. O passo dado pelo legislador vai mais para trás. Sua inspiração é o Código de Processo Civil de 1939, que, no seu art. 842, estabelecia rol taxativo para o cabimento de agravo de instrumento³¹.

Ou seja, “há, na fase de conhecimento, decisões agraváveis e decisões não agraváveis. Apenas são agraváveis aquelas que estão relacionadas no mencionado art. 1.015 do CPC”³².

Essa aparente rigidez imposta pelo legislador, todavia, é atenuada pela previsão do §1º, do art. 1.009 do novo CPC. Ou seja, as decisões que resolvam questões que não estão englobadas no rol do artigo 1.015 não estão acobertadas pela preclusão e poderão ser atacadas em futura apelação ou em contrarrazões.

Assim, como nos ensinam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

Na fase de conhecimento, as decisões agraváveis sujeitam-se à preclusão, caso não se interponha recurso. Aquelas não agraváveis, por sua vez, não se sujeitam à imediata preclusão. Não é, todavia, correto dizer que elas não precluem. Elas são impugnadas na apelação (ou nas contrarrazões de apelação), sob pena de preclusão.

Nesse passo, é importante observar que o novo Código adotou um regime diferenciado de preclusão, como muitos vêm chamando de “preclusão elástica”³³.

³¹ BONDOLI, op. cit. p. 118.

³² DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 205.

Assim, na realidade, as preclusões não foram banidas do sistema. Apenas, em determinados casos, a sua ocorrência foi adiada para a fase do recurso de apelação.

Decidida determinada questão pelo magistrado — e, desde que sobre ela não recaia a possibilidade de interposição de agravo de instrumento —, tal questão não se encerra, persistindo potencialmente no processo até a fase de apelação. A preclusão ocorrerá caso não se suscite a questão nas razões ou contrarrazões de apelação.

Sobre a relação das decisões interlocutórias expressamente previstas pelo legislador, o rol do art. 1.015 do novo CPC assim dispõe:

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.

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha esclarecem, *in verbis*:

Esse regime, porém, restringe-se à fase de conhecimento, não se aplicando às fases de liquidação e de cumprimento da sentença, nem ao processo de execução de título extrajudicial. Nestes casos, toda e qualquer decisão interlocutória é passível de agravo de instrumento (art. 1.015, pár. ún., CPC). Como o processo de falência

³³ A expressão foi utilizada em artigo publicado por Zulmar Duarte de Oliveira *in Preclusão elástica no novo CPC*. Organização Bruno Dantas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 48, n. 190, t. 2, p. 307, abr/jun de 2011.

é um processo de execução universal, também caberá, sempre, agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias, nesses casos”³⁴.

Além disso, importante ressaltar que o legislador não exige para o cabimento do agravo de instrumento qualquer demonstração de dano concreto ou iminente, tal como era previsto no Código Buzaid.

Nas palavras de Luiz Guilherme Aidar Bondioli, o legislador, ao elaborar o rol do art. 1.015, já fez determinado juízo de utilidade embutindo os possíveis danos ao agravante ou ao processo. “Assim, basta a demonstração do enquadramento da decisão recorrida na lista fechada do art. 1.015 para a abertura da via do agravo de instrumento”³⁵.

Aparentemente, a “solução” encontrada pelo legislador, a fim de desafogar os tribunais, se assemelha àquela empregada pelo Código de 1939.

Numa primeira leitura, parece-nos que as hipóteses de cabimento são demasiadamente restritivas, deixando de englobar outras situações que deveriam ser revistas de imediato, diante de um possível e iminente dano à parte e à utilidade do processo.

Por conta disso, alguns doutrinadores vêm defendendo a possibilidade de interpretação ampliativa (ou extensiva) das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, como será doravante exposto e analisado ou, então, a utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal.

É evidente que a opção legislativa passou longe de se esgotar as possibilidades potencialmente mais gravosas às partes e ao processo.

Entretanto, por outro lado, tal como vem sustentando a crítica, a restrição decorreu de manifesta vontade legislativa e deve ser levada em consideração. Isso porque o Projeto de Lei aprovado pela Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/10) continha rol mais extenso de decisões recorríveis, que acabaram suprimidas pela votação no Senado Federal.

Nesse cenário, tal como sustentado em recente julgamento de recurso de agravo de instrumento pelo desembargador Alcides Leopoldo e Silva Junior, em

³⁴ DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 205.

³⁵ BONDIOLI, op. cit. p. 119.

declaração de voto, a supressão “ocorreu justamente porque importaria em retardamento da solução da lide, em contrariedade ao princípio da primazia da resolução do mérito em prazo razoável, um dos principais pilares da nova legislação”³⁶.

Ainda, o douto desembargador afirmou que “o retorno parcial ao método do CPC/1939 não pode ser considerado como retrocesso, mas é fruto de longa experiência, do reconhecimento dos efeitos deletérios à solução dos conflitos, da possibilidade imediata do recurso, quando necessária”.

Ou seja, ampliar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento implicaria em retorno ao sistema do Código de 1973, que acabou por abarrotar os tribunais e protelar a solução de litígios.

Entretanto, defendeu-se a possibilidade de utilização de sucedâneos recursais para os casos que demandem análise imediata pelo tribunal e que não estão contemplados no rol do art. 1.015 do novo CPC, *in verbis*:

Não se olvida a possibilidade da ação de sucedâneos do recurso, dentre eles da ação de mandado de segurança, a qual, contudo, tem requisitos bem delineados e é preferível à sedutora tese de interpretação ampliativa de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, por contrariar a intenção do legislador, que deliberadamente excluiu do Projeto hipóteses em que normalmente se pretenderia o cabimento ampliativo (X – versar sobre competência; XI – determinar a abertura de procedimento de avaria grossa; XV – alterar o valor da causa antes da sentença; XIX – indeferir prova pericial; XX – não homologar ou recusar aplicação a negócio processual celebrado pelas partes), por não existirem critérios objetivos para segura interpretação analógica, gerando incertezas e injustiças, além de indevido desprestígio das decisões de Primeiro Grau.

³⁶ São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. EMENTA: Agravo de Instrumento. Impugnação à gratuidade da justiça processada nos próprios autos de ação anulatória Recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão que rejeitou a impugnação, mantendo o benefício anteriormente concedido ao agravado Cabimento do recurso de agravo de instrumento Interpretação sistemática do artigo 1.015 do Código de Processo Civil Benefício devido em face da declaração de pobreza da parte, não elidida a presunção de hipossuficiência Agravado que está matriculado em escola pública em período integral e não exerce atividade remunerada de forma a prover o próprio sustento Fato da genitora do gravado ser sócia de oficina mecânica que não afasta a presunção de pobreza Ausência de prova inequívoca suficiente para revogar o benefício concedido Litigância de má-fé não caracterizada Manutenção da decisão agravada. Nega-se provimento ao recurso. Agravo de Instrumento nº 2075792-67.2016.8.26.0000. Agravantes: Chen Ming Chung e Outros. Agravado: Lucas Bertoline Chung. 1ª Câmara de Direito Privado. Relatora Christine Santine, DJE de 14/07/16.

A análise da questão é complexa e demanda cuidado, tendo em vista que envolve uma série de consequências, caso adotado um ou outro posicionamento.

A aposta do legislador no novo Código é, de fato, a diminuição do número de agravos de instrumento nos tribunais. Todavia, nas palavras de Leonardo Greco:

Certamente diminuirá o número de agravos de instrumento, o que não significa necessariamente que diminua o trabalho dos tribunais de segundo grau, porque, como já observamos, o sistema recursal brasileiro, por força da própria Constituição, é um sistema aberto, comportando o manuseio de outras vias não estritamente recusais para provocar o reexame de decisões inferiores por tribunais superiores, como, por exemplo, o mandado de segurança (Constituição, art. 5º, inc. LXIX; Lei 12.016/2009, art. 5º, inc. II) a reclamação regulada no próprio Código de 2015, arts. 988 a 993) e institutos previstos em leis de organização judiciária [...]³⁷.

A maciça doutrina já espera o ressurgimento da utilização do mandado de segurança contra ato judicial. A esse respeito, Tereza Arruda Alvim Wambier *et. al.* afirmam:

Esta opção do legislador de 2015 vai, certamente, abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz. A utilização desta ação para impugnar atos do juiz, no ordenamento jurídico ainda em vigor, tornou-se muito rara. Mas, à luz do novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento, que não podem aguardar até a solução da apelação. Um bom exemplo é o da decisão que suspende o andamento do feito em primeiro grau por prejudicialidade externa. Evidentemente, a parte prejudicada não poderia esperar³⁸.

Do mesmo modo, Flavio Cheim Jorge também adverte que “em muitas hipóteses, os jurisdicionados são diretamente atingidos em sua esfera jurídica por decisões interlocutórias, causando prejuízos e repercussões indesejadas, sendo algumas manifestamente ilegais”³⁹.

³⁷ GRECO, op. cit. p. 149.

³⁸ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim [et. al]. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo* – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.453.

³⁹ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7ª Ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 288.

Entretanto, a utilização da via do mandado de segurança como sucedâneo recursal já foi vivenciado e, consequência disso, foram as inúmeras alterações legislativas que advieram ao longo das décadas. Além disso, a admissão do *writ* poderá retardar, e muito, a prestação jurisdicional, em descompasso com o intuito do novo legislador.

Justamente por conta disso é que parte da doutrina vem defendendo a flexibilização da rigidez imposta pelo legislador, admitindo-se, por vezes, a interpretação ampliativa da norma em benefício das partes — que se verão, muitas vezes, em situações extremamente desconfortáveis e despidas de qualquer recurso apto a impedir uma lesão a seu direito.

Assim, no capítulo seguinte, analisaremos o debate da doutrina e o posicionamento da jurisprudência (ainda que escasso) acerca da taxatividade do rol do art. 1.015, bem como ponderaremos se essa opção adotada pelo legislador necessariamente afasta, ou não, a interpretação extensiva (ampliativa) dos dispositivos, de forma a permitir que outras situações de encaixem como agraváveis por instrumento.

3. AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ART. 1.015 DO NOVO CPC

Na nova sistemática recursal do novo CPC, o agravo de instrumento foi o recurso que sofreu maiores alterações para que pudesse se adequar ao novo modelo constitucional do direito processual civil.

Dentre as modificações pelas quais passou, destaca-se, precipuamente, a limitação das suas hipóteses de cabimento — tal como exposto anteriormente — e, sobre essa questão, discussões vêm sendo travadas acerca do aludido dispositivo, ou seja, se o rol do aludido dispositivo seria *exemplificativo* ou *taxativo*.

No desiderato de melhor compreender essa alteração legislativa, ressaltaremos a intenção do legislador, mediante a análise do trâmite do Projeto que deu origem ao Código vigente, no que toca às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, bem como adentraremos na análise das regras de interpretação da norma jurídica, tal como vem ressaltando os doutrinadores.

Primeiramente, relembre-se que o projeto do novo CPC seguiu o caminho da simplificação recursal e do desestímulo ao ataque imediato de questões incidentais antes do proferimento da sentença, especialmente quando, ao final do processo de conhecimento, esses temas poderão ser discutidos em sede de apelação.

Por essa razão, o nas palavras do Senador Vital do Rêgo, “uma das espinhas dorsais do sistema recursal do projeto de Novo Código é o prestígio ao recurso único”⁴⁰. Por conta disso, o Projeto de Lei do Senado Federal (PL nº 166/2010) limitou a previsão das hipóteses de agravo de instrumento, ficando restrito “a situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”.

⁴⁰ Parecer da Comissão Temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil. Senado Federal, 2014. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=157884&tp=1>>. Acesso em: 14/10/16.

Nesse cenário, a redação original do art. 929 do aludido Projeto de Lei elencava restritas hipóteses de cabimento da aludida espécie recursal. Confira-se, *in verbis*:

Art. 929. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias:

- I - que versarem sobre tutelas de urgência ou da evidência;
 - II - que versarem sobre o mérito da causa;
 - III - proferidas na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução;
 - IV - em outros casos expressamente referidos neste Código ou na lei
- Parágrafo único. As questões resolvidas por outras decisões interlocutórias proferidas antes da sentença não ficam acobertadas pela preclusão, podendo ser impugnadas pela parte, em preliminar, nas razões ou contrarrazões de apelação.

Ao longo dos cinco anos de tramitação do projeto no Congresso Nacional, diversos foram os requerimentos de emendas para alteração da redação original do art. 929 (transformado em art. 1.028). Tanto é assim que a redação final conferida pela Câmara dos Deputados, quando do retorno do projeto de lei ao Senado (sob a denominação do PL nº 8.046/2010) era bem mais extensa:

Art. 1.028. Além das hipóteses previstas em lei, cabe agravo de instrumento contra decisão interlocutória que:

- I - conceder, negar, modificar ou revogar a tutela antecipada;
- II - versar sobre o mérito da causa;
- III - rejeitar a alegação de convenção de arbitragem;
- IV - decidir o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica;
- V - negar o pedido de gratuidade da justiça ou acolher o pedido de sua revogação;
- VI - determinar a exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - excluir litisconsorte;
- VIII - indeferir o pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admitir ou não admitir a intervenção de terceiros;
- X - versar sobre competência;
- XI - determinar a abertura de procedimento de avaria grossa;
- XII - indeferir a petição inicial da reconvenção ou a julgar liminarmente improcedente;
- XIII - redistribuir o ônus da prova nos termos do art. 380, § 1º;
- XIV - converter a ação individual em ação coletiva;
- XV - alterar o valor da causa antes da sentença;
- XVI - decidir o requerimento de distinção na hipótese do art. 1.050, § 13, inciso I;
- XVII - tenha sido proferida na fase de liquidação ou de cumprimento de sentença e nos processos de execução e de inventário;
- XVIII - resolver o requerimento previsto no art. 990, § 4º;

XIX - indeferir prova pericial;
XX - não homologar ou recusar aplicação a negócio processual celebrado pelas partes.

Assim, desde aquele momento de evolução legislativa, o legislador já destacava a opção e a previsão de hipóteses *numerus clausus* de cabimento do agravo instrumento, a fim de se evitar a interposição de recursos protelatórios e, conseqüentemente, a morosidade processual.

Nesse cenário, o novo Código de Processo Civil foi definitivamente aprovado e sancionado em 17 de março de 2015, trazendo nos incisos e parágrafo único do art. 1.015 as hipóteses taxativas de cabimento do agravo por instrumento.

A esse respeito, a quase unanimidade da doutrina não titubeia em se filiar a essa corrente.

Segundo lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, ao comentarem o art. 1.015 do novo CPC, “o dispositivo comentado prevê, em *numerus clausus*, os casos em que a decisão interlocutória pode ser impugnada pelo recurso de agravo de instrumento”⁴¹.

Na mesma linha de raciocínio, Marcus Vinicius Rios Gonçalves esclarece que:

Diante dos termos peremptórios da lei, o rol deve ser considerado taxativo (*numerus clausus*). É requisito de admissibilidade do agravo de instrumento que a decisão interlocutória contra a qual ele foi interposto verse sobre matéria constante do rol legal, que indica, de forma objetiva, quais as decisões recorríveis. [...] Afora as hipóteses mencionadas, não cabe agravos, devendo o interessado proceder na forma do art. 1.009, § 1º, do CPC⁴².

Destarte, apenas podem ser impugnadas por agravo de instrumento as decisões interlocutórias relacionadas taxativamente no art. 1.015 do novo CPC. Isso porque somente a lei pode criar hipóteses de decisões agraváveis na fase de conhecimento, não cabendo, inclusive, convenção processual a esse respeito, com

⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil Novo CPC Lei 13.105/2015*, segunda tiragem – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.078.

⁴² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, 9ª ed., 2016, Saraiva, p. 305-308.

fundamento no art. 190 do CPC, que crie modalidade de decisão interlocutória agravável⁴³.

Como nos ensinam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, “o elenco do art. 1.015 do CPC é *taxativo*. As decisões interlocutórias agraváveis, na fase de conhecimento, sujeitam-se a uma *taxatividade legal*”⁴⁴ (destaques no original).

Luis Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini também compactuam com o mesmo entendimento de que o “art. 1.015 do CPC/2015 veicula um elenco de decisões interlocutórias que comportam agravo de instrumento. As hipóteses de cabimento são taxativas, embora não estejam todas elas contidas nesse dispositivo”⁴⁵, eis que podem estar previstas em legislação extravagante.

Do mesmo modo, Leonardo Greco também afirma que “não são todas as decisões interlocutórias que ensejam a impugnação imediata [...] porque o Código de 2015 optou pela enumeração taxativa dessas decisões no artigo 1.015, decorrente de uma avaliação do legislador a respeito da gravidade da decisão”⁴⁶.

Assim, não há cabimento para entendimento no sentido de que o rol do art. 1.015 seria exemplificativo.

Além disso, é evidente a opção legislativa de se controlar o excesso tumultuário do uso do agravo de instrumento que, “segundo reclamos dos Tribunais, embaraçava inconvenientemente a tramitação e julgamento dos demais recursos em segunda instância”⁴⁷.

A previsão adotada pelo legislador pretende concentrar a análise da causa pelo tribunal recursal no menor número de momentos, com ênfase para o julgamento da apelação, além de prestigiar os princípios da celeridade e da efetividade do processo⁴⁸.

Sobre esse ponto, a medida adotada pelo legislador deve ser aplaudida. Isso porque, conseqüentemente, diminuindo-se o número de vezes que uma questão é levada ao tribunal, reduz-se o congestionamento nas cortes recursais,

⁴³ DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 208.

⁴⁴ DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 208.

⁴⁵ WAMBIER e TALAMINI, op. cit. p. 537-538.

⁴⁶ GRECO, op. cit. p. 156.

⁴⁷ THEODORO JUNIOR, op. cit. p. 1.034.

⁴⁸ THEODORO JUNIOR, op. cit. 1.034.

abrindo-se espaço para julgamentos de maior qualidade e, em primeira instância, o feito passa a ter maior fluidez e celeridade.

Nesse passo, filiamo-nos à corrente majoritária, que sustenta a taxatividade do rol do art. 1.015 do novo CPC.

Todavia, a aludida taxatividade imposta pelo novo CPC vem sendo duramente criticada pela doutrina e pelos operadores do direito, sob o argumento de que é praticamente impossível se prever todas as hipóteses passíveis de gerar a parte algum tipo de dano que deveriam ser revistas ou reformadas de imediato.

Diante disso, surgiram debates em torno da possibilidade de se admitir o cabimento do agravo de instrumento *além* das hipóteses elencadas no art. 1.015 do novo CPC, em prestígio aos princípios da economia e da efetividade processual, na tentativa de se obter um resultado mais útil às partes, evitando-se prejuízos graves.

As indagações são oportunas, na medida em que algumas situações não abarcadas pelo referido dispositivo legal podem gerar prejuízos e, se forem apreciadas apenas no momento do julgamento de futura apelação, poderão retardar sobremaneira o trâmite processual, colidindo com um dos objetivos precípuos do novo Código, que é o de atribuir o maior índice possível de resultados úteis ao processo.

Nesse cenário, alguns doutrinadores estão se valendo de técnicas de hermenêutica jurídica para estender as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento a outras situações não abarcadas pelo legislador.

Sobre esse tema, primeiramente, é importante ressaltar que toda norma é passível de interpretação. Nas palavras de André Franco Montoro (ano), sejam obscuras ou claras as palavras da lei ou de qualquer norma, a interpretação é sempre necessária, sendo preciso determinar o seu sentido e alcance⁴⁹.

Em outras palavras, é dever da ciência jurídica buscar o sentido e o alcance da norma, tendo em vista uma finalidade prática⁵⁰.

⁴⁹ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 11ª ed. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 122.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada*. 18ª ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013, p. 161.

Assim, ainda que o texto normativo seja de pouca complexidade e suas palavras aparentemente não comportem ambiguidades, para que o juiz conclua pela sua clareza e precisão, necessariamente deverá realizar uma atividade de interpretação.

Como leciona Maria Helena Diniz, as funções da interpretação são (i) conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; (ii) estender o sentido da norma a relações novas, inéditas ao tempo de sua criação e (iii) temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidade reais e atuais de caráter social⁵¹.

Entretanto, a atividade interpretativa não se trata de solução simples e dela decorre uma série de classificações, segundo diferentes critérios que conversam entre si, tais como (i) quanto à origem da norma; (ii) quanto ao método utilizado pelo intérprete e (iii) quanto aos resultados e efeitos da interpretação da norma.

Assim, para os fins do presente estudo, nos ateremos aos métodos de interpretação que podem ser utilizados pelo intérprete e seus efeitos.

Celso Ribeiro Bastos nos ensina que, tradicionalmente, quatro são os elementos de interpretação mais usuais, sendo eles: (i) literal ou gramatical, (ii) lógico ou teleológico, (iii) sistemático e (iv) histórico. Todavia, tais métodos “são frágeis, pois não fornecem por si só qualquer rigor ou precisão capaz de auferir a verdade normativa”⁵².

Na lição do aludido jurista:

Os métodos interpretativos devem ser concebidos como prismas sobre os quais a lei pode ser interpretada, através dos quais torna-se (sic) possível extrair interpretações que sejam especialmente convincentes. Contudo, tal prerrogativa não tem o condão de conferir-lhes o poder de serem obrigatoriamente utilizados durante o processo interpretativo. Ademais, faz parte da própria atividade interpretativa ofertar uma pluralidade de sentidos que a norma comporta. O fato de se aplicar, por exemplo, o método histórico não

⁵¹ DINIZ, op. cit. p. 169.

⁵² BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed., rev. e ampl. – São Paulo : Celso Bastos Editor, p. 53-54.

impede que se aplique também o elemento lógico (BASTOS, 2002, p. 55)⁵³.

Cabe ao intérprete, destarte, dar vida ao texto normativo e empregá-lo a destinação mais adequada à luz das exigências da sociedade, tomando como base os critérios da hermenêutica. Bem da verdade, o direito prescinde de métodos eficazes de interpretação da lei, como pressupostos para sua justa e correta aplicação.

Todavia, é importante ressaltar que “a escolha entre este ou aquele método interpretativo não é uma atividade gratuita, é dizer, ela é feita, em última análise, de acordo com a ideologia do intérprete”⁵⁴. Ou seja, cabe ao intérprete da norma a escolha dos métodos que forneçam elementos favoráveis ao seu interesse, que guarde consonância com a sua ideologia.

Nesse passo, sucintamente, passaremos a dispor acerca dos aludidos métodos de interpretação que podem ser empregados pelo intérprete da norma.

Primeiramente, o método literal ou gramatical leva em consideração o texto da norma, ou melhor, o conteúdo semântico da norma que a compõe. Representa o ponto de partida de qualquer processo interpretativo, dando-se especial valor à pontuação e sintaxe. Todavia, é importante advertir que o intérprete não deve ficar adstrito única e exclusivamente ao texto da norma, eis que, muitas vezes, a linguagem não acompanha a evolução da sociedade⁵⁵.

O método lógico ou teleológico procura destacar a *mens legis* da lei, o valor nela versado⁵⁶. Ou seja, o que se pretende é desvendar o sentido e o alcance da norma, estudando-a, por meio de raciocínios lógicos, analisando os períodos da lei e combinando-os entre si, com o escopo de atingir a perfeita compatibilidade⁵⁷.

O método sistemático, por sua vez, tem em vista a interpretação da lei dentro do contexto normativo no qual ela está inserida, ou seja, busca-se interpretar a norma não isoladamente, mas, sim, em relação às demais. Assim, destaca-se a perspectiva sistêmica do ordenamento jurídico como um todo, procurando atingir

⁵³ BASTOS, op. cit. p. 55.

⁵⁴ BASTOS, op. cit. p. 56.

⁵⁵ BASTOS, op. cit. p. 58.

⁵⁶ BASTOS, op. cit. p. 60-61.

⁵⁷ DINIZ, op. cit. p. 180.

uma visão global e estrutural da lei⁵⁸. Deve-se comparar, portanto, o texto normativo em exame com outros do mesmo diploma legal ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto, pois, examinando as normas, conjuntamente, é possível verificar o sentido de cada uma delas⁵⁹.

Por fim, o método histórico busca alcançar o sentido da lei através da análise de seus precedentes legislativos, quais sejam, os relatórios, debates em plenário ou discussões em comissões⁶⁰. Ou seja, refere-se ao histórico do legislativo, desde o projeto de lei ou às circunstâncias fáticas que a precederam e que lhe deram origem. Assim, é bastante útil que o aplicador investigue o desenvolvimento histórico das instituições jurídicas, a fim de captar o exato significado das normas, tendo sempre em vista a razão delas (*ratio legis*), ou seja, os resultados que visam atingir⁶¹.

Além disso, também podemos citar o método sociológico, que objetiva adaptar a finalidade da norma às novas exigências sociais, tal como previsto no art. 5º da LINDB. Por isso, deverá o intérprete e aplicador atender a mudanças socioeconômicas e valorativas, examinando a influência do meio social e as exigências da época, ao desenvolvimento cultural do povo e aos valores vigentes na sociedade atual⁶².

Destarte, nas palavras de Maria Helena Diniz, “não são, na realidade, cinco técnicas de interpretação, mas operações distintas que devem atuar conjuntamente, pois todas trazem sua contribuição para a descoberta do sentido e do alcance da norma”⁶³. E assim continua:

O capital problema do intérprete-aplicador será o de saber qual deve ser o sentido legal decisivo ou prevalente para o efeito de aplicação ao caso sub judice, devendo, para tanto, empregar todas as técnicas interpretativas, combinando-as entre si, atendendo ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução. Se a lei, uma vez promulgada, isola-se de seu elaborador, passando a ser uma entidade objetiva e atual, o aplicador deverá inquirir a *ratio legis*, averiguando a solução mais

⁵⁸ BASTOS, op. cit. p. 61.

⁵⁹ DINIZ, op. cit. p. 181.

⁶⁰ BASTOS, op. cit. p. 58.

⁶¹ DINIZ, op. cit. p. 182.

⁶² DINIZ, op. cit. p. 183.

⁶³ DINIZ, op. cit. p. 184.

justa e útil socialmente dentre as que a norma pode abranger (DINIZ, 2013, p. 184)⁶⁴.

Nesse passo, o art. 8º do novo CPC⁶⁵ buscou aprimorar e atualizar o aludido preceito, estabelecendo as diretrizes que deverão guiar o magistrado na interpretação e aplicação da norma jurídica. Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno, *in verbis*:

[...] o interpretar o texto normativo é, antes de tudo, um ato de vontade e um ato criativo. É mister, por isso mesmo, que o magistrado indique as razões pelas quais chegou a uma e não a outra conclusão, revelando porque do texto normativo alcançou a norma concretamente aplicada. Assim, o magistrado deverá, invariavelmente, justificar a sua interpretação na aplicação do direito. Interpretação esta que, longe dos tempos em que o 'juiz era boca de lei', deverá levar em consideração os valores dispersos pelo ordenamento jurídico (que não necessariamente coincidirão com os pessoais do magistrado) aplicáveis ao caso concreto e às suas especificidades⁶⁶.

Quanto aos efeitos ou resultados obtidos pelo hermeneuta, pode-se listar as interpretações (i) declarativas, (ii) extensivas e (iii) restritivas. Sobre esses ditos efeitos, de forma didática nos ensina Andre Franco Montoro, *in verbis*:

A interpretação declarativa é quando se limita a declarar o pensamento expresso na lei, sem ter necessidade de estende-la a casos não previstos ou resitringi-la, mediante a exclusão de casos inadmissíveis. É o tipo mais comum de interpretação, pois o pressuposto normal é que o legislador saiba expressar-se convenientemente.

A interpretação é extensiva quando o intérprete conclui que o alcance da norma é mais amplo do que indicam seus termos. Diz-se que o legislador, nesse caso, escreveu menos do que queria dizer ('minus scripsit quam voluit'), e a lei deve aplicar-se a determinadas situações não previstas expressamente.

Paralelamente, diz-se que a interpretação é restritiva, quando o legislador escreveu mais do que realmente pretendia ('plus scripsit

⁶⁴ DINIZ, op. cit. p. 184.

⁶⁵ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

⁶⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil : inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015* – São Paulo : Saraiva, 2015, p. 88.

quam voluit'). O intérprete, nesse caso, vê-se forçado a restringir o sentido da lei, a fim de dar-lhe aplicação razoável e justa.⁶⁷

A respeito dos efeitos extensivo e restritivo da interpretação, Maria Helena Diniz, por sua vez, assim explica:

É preciso esclarecer que não se trata de defeito de expressão, por ser impossível concentrar numa fórmula perfeita tudo que se pode ser enquadrado num comando normativo; assim sendo, às vezes, o alcance ou o sentido é mais estrito do que se deveria concluir do exame das palavras; outras, vai mais longe do que elas parecem indicar. A relação lógica entre o pensamento e a expressão e as circunstâncias extrínsecas permitirão verificar se a norma contém algo de mais ou de menos do que parece exprimir, indicando se se deve restringir ou ampliar o sentido ou o alcance do preceito. Logo, na aplicação ampla ou restrita da norma, deve-se considerar o fim por ela colimado e os valores jurídico-sociais que influíram em sua gênese e condicionam sua aplicabilidade⁶⁸.

Por sua vez, quanto ao efeito declarativo, a renomada jurista preceitua que ele existe “apenas quando houver correspondência entre a expressão linguístico-legal e a *voluntas legis*, sem que haja necessidade de dar ao comando normativo um alcance ou sentido mais amplo ou mais restrito. Tal ocorre porque o sentido da norma condiz com a sua letra”⁶⁹.

Destarte, tendo por base tais premissas, para os fins propostos pelo presente estudo, deve-se analisar em que medida — e, se — a interpretação extensiva da norma se compatibiliza com a taxatividade legal do art. 1.015 do novo CPC.

Ou seja, seria possível admitir-se que as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento tem um alcance mais amplo do que aquele expresso em sua letra, aplicando-se a interpretação extensiva?

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero admitem que “o fato de o legislador construir um rol taxativo não elimina a necessidade de interpretação para sua compreensão: em outras palavras, a taxatividade não elimina

⁶⁷ MONTORO, op. cit. p. 126-127.

⁶⁸ DINIZ, op. cit. p. 194-195.

⁶⁹ DINIZ, op. cit. p. 197.

a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscriver sentido aos textos mediante interpretação”⁷⁰.

Além disso, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha nos mostram que, no sistema brasileiro, há vários exemplos e enumeração taxativa que comporta interpretação extensiva, tais como no direito tributário, no âmbito do processo penal e, também, no direito processual civil⁷¹.

Sobre essa última matéria, à título de exemplificação, confira-se, a propósito, a palavra dos aludidos juristas:

As hipóteses de cabimento de ação rescisória são taxativas – não há sequer discussão a respeito do assunto na doutrina. O inciso VIII do art. 485 do CPC-1973 prevê a ação rescisória para o caso de haver razão para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseava a sentença rescindenda. Nada obstante isso, a doutrina estendia essa hipótese de cabimento para os casos de *reconhecimento da procedência do pedido*, não previsto expressamente, além de corrigir a referencia à desistência, que deveria ser lida como *renúncia ao direito sobre o que se funda a ação*. O entendimento é unânime. Às situações descritas no inciso VIII devem ser adicionadas aquelas outras que não estavam expressamente mencionadas, devendo receber o mesmo tratamento. São situações semelhantes, que se aproximam e merecem a mesma solução normativa⁷². (destaques no original)

Dessa forma, entendemos que a taxatividade de determinada norma não impede, ao final da utilização dos métodos interpretativos, a sua ampliação, como decorrência do efeito extensivo da interpretação.

Foi nesse contexto que, a partir do surgimento do rol taxativo do art. 1.015 do novo CPC, parte da doutrina começou a defender a possibilidade de interpretação extensiva das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, visando, até mesmo, se evitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 534.

⁷¹ DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 210-211. Outro exemplo citado pelos juristas diz respeito à interpretação extensiva da lista de incidência de ISS à serviços correlatos. Esse entendimento se consolidou no julgamento do REsp nº 1.111.234-PR, afetado nos termos do antigo art. 543-C do CPC/73, do qual se extraiu, definitivamente, que “a lista é taxativa, mas admite leitura extensiva de cada item, a fim de enquadrar os serviços idênticos nos expressamente previstos”.

⁷² DIDIER JR., Fredie e CUNHA, op. cit. p. 211.

contra ato judicial, cujo prazo é bem mais elástico que o do agravo de instrumento, retardando, assim, a marcha processual.

A precursora tese, exposta por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, assim preconizam:

Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos. [...] 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 judiciária⁷³.

A opção é tentadora e nos filiamo-nos à corrente contrária ao ressurgimento do uso do mandado de segurança, a qualquer custo, como sucedâneo recursal.

Todavia, ainda que se adote a tese de que a taxatividade da norma jurídica não exclui, necessariamente, o efeito extensivo de sua interpretação, analisaremos, nos subcapítulos abaixo, três questões polêmicas suscitadas pela doutrina e pela jurisprudência relativamente ao rol do art. 1.015 do novo CPC.

Destarte, a partir do corte metodológico proposto por meio do presente trabalho, abordaremos somente a problemática existente acerca das decisões interlocutórias que versem sobre (i) competência; (ii) indeferimento de provas e (iii) afastamento da aplicação do negócio jurídico processual e a possibilidade — ou impossibilidade —, do efeito extensivo da interpretação de alguns incisos do art. 1.015 do novo CPC.

⁷³ DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 209/211.

3.1. A problemática do agravo de instrumento contra decisões não previstas pelo art. 1.015 do novo CPC

3.1.1. Decisão que versa sobre competência

Uma das notas marcantes do novo CPC é a simplicidade, visando eliminar situações que ensejariam a instauração de inúmeros incidentes.

O art. 64 do novo CPC inova de maneira positiva ao determinar que a exceção de incompetência relativa seja arguida, também, em preliminar de contestação.

Por sua vez, a incompetência absoluta, por se tratar de matéria de ordem pública, pode ser arguida tanto em preliminar de contestação quanto em petição simples, em qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos do §1º, do art. 64 do novo CPC.

Arguida a incompetência absoluta ou relativa, após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá a questão, por meio de uma decisão interlocutória (§2º, do art. 64 do novo CPC). Acolhida a arguição, os autos serão remetidos ao juízo competente (§3º, do art. 64 do novo CPC).

A decisão que rejeita ou acolhe arguição de incompetência *absoluta* não é passível de preclusão, podendo ser suscitada em preliminar de apelação, nos termos do §1º, do art. 1.009 do novo CPC. Isso, porém, não é o que ocorre quanto à alegação de incompetência relativa, que, diferentemente das demais matérias elencadas nos incisos do art. 337, do novo CPC, estão sujeitas a preclusão e, portanto, caso não seja alegada em momento oportuno, não poderá mais sê-lo em outro momento processual⁷⁴, operando-se a sua prorrogação (art. 65, do novo CPC).

Nesse contexto, ainda que a decisão acerca da arguição de incompetência seja interlocutória, na última etapa do Processo Legislativo do novo Código, ela foi excluída do rol das decisões agraváveis, ocasionando duras críticas por parte da doutrina.

⁷⁴ WAMBIER *et. al.*, 2015, op. cit. p. 580.

A polêmica, destarte, gira em torno da eventual ineficiência da revisão dessa decisão somente na fase de apelação (nos termos do §1º, do art. 1.009, do novo CPC), podendo retardar o trâmite do processo.

Isso porque, em se tratando de demanda que tramitou em juízo incompetente, tratar-se-ia de vício insanável, gerador de nulidade absoluta e, portanto, suscetível por qualquer das partes ou apreciável *ex officio*⁷⁵.

Sobre essa problemática, Luiz Guilherme Aidar Bondioli sustenta, *in verbis*:

O rol do art. 1.015 do CPC comporta uma grande crítica, qual seja, a ausência das decisões sobre competência na lista de pronunciamentos recorríveis por agravo de instrumento. As decisões 'que julgarem a exceção de incompetência' eram expressamente contempladas pelo rol do art. 842 do Código de Processo Civil de 1939, no seu inciso II. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, desde os tempos do Tribunal Federal de Recursos, a jurisprudência não admitia agravo retido contra a decisão da exceção de incompetência, entendendo que sua impugnação devia se dar por agravo de instrumento. Afinal, a primeira coisa que se deve definir no processo é o juízo competente para conduzi-lo julgá-lo. Não interessa postergar debates a esse respeito; o tardio pronunciamento de incompetência produz sensível retrocesso procedimental. Ademais, o trâmite do feito numa comarca longínqua pode gerar efetivos entraves para a defesa do réu⁷⁶.

Nesse passo, não há como negar que a reforma da decisão que rejeita ou acolhe a alegação de incompetência, absoluta ou relativa, após todo o trâmite processual em primeira instância, com a possibilidade de anulação dos atos decisórios praticados no processo — no caso de incompetência absoluta — vai totalmente contra a celeridade, a economia processual e a efetividade do processo.

Diante disso, apoiando-se na tese exposta no capítulo anterior — referente à possibilidade de interpretação extensiva da lei —, parte da doutrina sustenta identificar no inciso III, do art. 1.015, do CPC o conteúdo de uma decisão que versa sobre competência e que, por conta disso, "se a decisão que rejeita a

⁷⁵ WAMBIER, et. al., 2015, op. cit. p. 130-131.

⁷⁶ BONDIOLI, op. cit. p. 119-120.

alegação de convenção de arbitragem é agravável, também deve ser agravável a que trata de uma competência, relativa ou absoluta”⁷⁷.

Nas palavras de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, *in verbis*:

Não há razão para que a alegação de incompetência tenha um tratamento não isonômico.

A alegação de convenção de arbitragem e a alegação de incompetência são situações que se identificam e se assemelham. Por se assemelharem muito, devem ter o mesmo tratamento. Em razão do princípio da igualdade (CPC, art. 7º), ambas não podem, nesse ponto, ser tratadas diferentemente. A alegação de convenção de arbitragem e a alegação de incompetência têm por objetivo, substancialmente, afastar o juízo da causa. Ambas são forma de fazer valer em juízo o direito fundamental ao juiz natural – juiz competente e imparcial, como se sabe.⁷⁸

Entretanto, com o devido respeito, não há como se aceitar que a decisão que versa sobre competência — absoluta ou relativa — estaria contemplada, por meio da interpretação extensiva, no conceito das decisões interlocutórias que versem sobre “rejeição da alegação de convenção de arbitragem”, nos termos do inciso III, do art. 1.015 do novo CPC.

Por qualquer ângulo que se mire ou por qualquer método hermenêutico que se aplique na interpretação do aludido dispositivo, torna-se no mínimo difícil sustentar que a intenção do legislador era — ou é — a inclusão de tal hipótese quando, deliberadamente, optou por excluí-la.

Relembre-se que, no curso do processo legislativo que culminou com a edição do novo CPC, a decisão sobre competência chegou a fazer parte do rol das decisões agraváveis. Essa era a previsão do inciso X, no antigo art. 1.028 do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados.

Entretanto, na derradeira etapa do processo legislativo, o aludido inciso foi subtraído, prevalecendo o atual rol do art. 1.015 do CPC, alvo de duras críticas justamente no que toca à aparente irrecurribilidade das decisões interlocutórias que versem sobre competência.

⁷⁷ DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 216.

⁷⁸ DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 216.

Além disso, a tentativa de aproximação entre “decisão que rejeita convenção de arbitragem” e decisão que versa sobre competência não subsiste. A interpretação extensiva do aludido inciso III, do art. 1.015, não reflete a *inteireza* do sistema do Código de 2015.

Como visto anteriormente, a opção do legislador foi clara ao instituir hipóteses taxativas de cabimento de agravo de instrumento, na tentativa de desafogar os tribunais e prestigiar o trâmite e a celeridade processual em primeira instância.

A nova sistemática recursal prestigia o recuso único, tal como se colhe da exposição de motivos do Projeto de Lei do Senado Federal (PL nº 166/2010), bem como flexibilizou o regime de preclusão, de modo que decisões irrecorríveis imediatamente, por meio de agravo de instrumento, possam ser revistas em sede de preliminar de apelação (§1º, do art. 1.009, do novo CPC).

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça de São Paulo já se manifestou, brilhantemente, no julgamento do agravo de instrumento nº 2154321-03.2016.8.26.0000. Nas palavras do desembargador relator Paulo Barcellos Gatti, “a despeito das severas (e corretas) críticas que possam ser efetuadas contra o sistema adotado pelo legislador, certo é que ao Poder Judiciário, ordinariamente, não é dada a tarefa legiferante, em prestígio ao princípio da Separação dos Poderes gravado no art. 2º, da CF/88”⁷⁹.

Outrossim, a respeito da interpretação extensiva do inciso III, do art. 1.015, do CPC, concluiu que “a interpretação extensiva, enquanto método de

⁷⁹ São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO HIPÓTESES DE CABIMENTO DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINOU A REMESSA DOS AUTOS PARA UMA DAS VARAS DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE MARÍLIA IRRECORRIBILIDADE – Pretensão mandamental da impetrante voltada ao direito líquido e certo à isenção do IPVA, por ser portadora de deficiência física decisão interlocutória proferida pelo Juízo “a quo” que declinou da sua competência para julgamento do mandamus, determinando a remessa dos autos para uma das Varas da Fazenda Pública da Comarca de Marília hipótese não enquadrada dentre aquelas previstas no rol taxativo do art. 1.015, do CPC/2015, que trata das decisões judiciais passíveis de impugnação por meio do agravo de instrumento impossibilidade de alcance da situação não prevista na norma por meio da interpretação extensiva evolução da tramitação legislativa da LF nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) que ratifica a irrecurribilidade das decisões judiciais que versem a respeito de “declínio de competência” inadmissibilidade recursal. Recurso não conhecido, com observação. Agravo de Instrumento nº 2154321-03.2016.8.26.0000. Agravante: Maria Luzia dos Santos Souza. Agravado: Responsável Pelo Posto Fiscal 10 - Drt11 - Secretaria da Fazenda Pública do Estado de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Público, Relator Paulo Barcellos Gatti. DJE de 14/09/16.

correção hermenêutica, não pode, sob a invocação (questionável) da isonomia, criar situação antitética de insegurança jurídica”.

E assim continuou o mencionado desembargador:

Descortina-se, assim, que a invocação da interpretação extensiva, por si só e isoladamente, apenas serve de instrumento de justificação do entendimento do julgador, sem levar em consideração os limites semânticos a que está adstrito por força da atividade legislativa. Neste diapasão, levando em consideração a evolução legislativa pela qual passou a figura do agravo por instrumento (interpretação histórica, sociológica e evolutiva), o arcabouço normativo trazido pelo advento do Novo Código de Processo Civil (interpretação teleológica e axiológica), bem como o alcance semântico das palavras de que se valeu o legislador após intenso debate doutrinário (interpretação gramatical, lógica e sistemática), conclui-se pela irrecorribilidade das decisões interlocutórias que versem sobre “competência”. (destaques apostos)

Sobre essa questão, nos filiamo-nos às palavras do eminente julgador. Analisando-se todo o trâmite do processo legislativo no que toca ao agravo de instrumento, considerando-se todo o contexto normativo no qual o aludido recurso está inserido, afora os aspectos sintáticos e semânticos da norma e o seu alcance, não há como se concluir pela interpretação extensiva do aludido dispositivo, tal como fazem crer alguns juristas.

Tércio Sampaio Ferraz Jr., sobre o tema, assim expõe, *in verbis*:

O cuidado especial com a interpretação extensiva provoca uma distinção entre esta e a interpretação por analogia. A doutrina afirma que a primeira se limita a incluir no conteúdo da norma um sentido que já estava lá, apenas não havia sido explicitado pelo legislador. Já na segunda, o intérprete toma uma norma e aplica-a para um caso para o qual não havia preceito nenhum, pressupondo uma semelhança entre os casos. [...] Uma orientação uniforme sobre a distinção não se encontra na doutrina. Por isso, há autores que procuram uma solução radical, dizendo que toda vez que ultrapassamos um dos sentidos literais possíveis, já temos analogia. Com isso, porém, a liberdade do intérprete reduz-se drasticamente, e a decidibilidade dos conflitos torna-se mais difícil. Uma dose de indefinição, por isso, é, talvez, um dos pressupostos ocultos da língua hermenêutica e, pois, da configuração da vontade do legislador racional. Aliás, de modo geral, o segredo do bom êxito da atividade interpretativa está em que não há critérios precisos que indiquem quando se deve usar uma ou outra forma de interpretação

ou se o intérprete deve valer-se de métodos sistemáticos, sociológicos ou teleológicos. Não é sem razão, pois, que a doutrina hermenêutica costuma dizer que a interpretação é um ato de síntese e que o intérprete, para alcançar a *ratio legis*, deve lançar mão de todos os meios doutrinários a seu alcance⁸⁰.

Destarte, o julgado acima transcrito trata-se de importante precedente que, certamente, deverá ser aplicado pelos magistrados, a fim de se afastar a possibilidade de interpretação extensiva do inciso III, do art. 1.015, do novo CPC sobre questões que versem sobre competência.

Entretanto, analisando-se a mais recente jurisprudência do mesmo Tribunal, constata-se a existência de acórdãos favoráveis à interpretação extensiva do inciso III, do art. 1.015, do novo CPC, a fim de abarcar decisões que versem sobre competência.

Em suma, o desembargador Correia Lima entendeu que, “embora não se encontre expressamente prevista nas hipóteses de decisões recorríveis por meio de agravo de instrumento, dispostas no artigo 1.015 do CPC em vigor, a r. decisão reptada, que declinou de ofício da competência, determinando a remessa dos autos para o foro da Comarca onde a autora tem domicílio, foi impugnada adequadamente, por meio do recurso cabível, razão porque dele se conhece”⁸¹.

Contudo, discordamos do aludido entendimento. A alegação de que ambas as decisões se assemelham e teriam como objetivo, unicamente, afastar o juízo, a justificar um tratamento isonômico, não nos convence.

A decisão que rejeita a convenção de arbitragem aborda tema mais amplo, referente à jurisdição, ou seja, se determinada causa deve se desenvolver perante a jurisdição estatal ou arbitral. Diferentemente, a decisão que acolhe ou rejeita a arguição de incompetência (absoluta ou relativa) apenas determina, dentro da mesma jurisdição (estatal), o órgão judicial no qual a demanda se desenvolverá.

⁸⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª Ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 290.

⁸¹ São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. EMENTA: EMENTA: COMPETÊNCIA DE FORO - Declinação de ofício - Ação ordinária declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por dano moral - Inscrição negativa decorrente de dívida oriunda de contrato bancário alegadamente desconhecido - Propositura no foro do domicílio do réu - Renúncia à opção pelo foro do domicílio do autor - Competência relativa - Prorrogabilidade - Inadmissibilidade da declinação ex officio - Súmula nº 33 do STJ - Cabimento do agravo de instrumento - Recurso provido. Agravo de Instrumento nº 2162845-86.2016.8.26.0000. Agravante: Kelly Cristina Neri. Agravado: Banco Bradesco Cartões S.A. 20ª Câmara de Direito Privado. Relator Correia Lima, DJE de 22/09/16.

Felizmente, o entendimento que tem prevalecido no TJSP é no sentido de que a ausência de previsão legal das *decisões que versem sobre competência* dentre as hipóteses taxativas do art. 1.015 do CPC impõe óbice ao conhecimento do agravo de instrumento interposto contra decisão que acolhe ou rejeita a arguição de incompetência:

Na espécie, insurge-se o agravante contra decisão que reconheceu a incompetência absoluta da Vara de Fazenda Pública. Não se enquadrando a decisão atacada no rol legal ela não é impugnável imediatamente por agravo de instrumento. Ressalte-se, oportunamente, que não se trata de decisão irrecurável, mas de decisão recorrível em momento posterior, em preliminar de apelação ou nas contrarrazões (art. 1.009, § 1º, CPC/15)⁸².

No mesmo sentido podemos citar os julgamentos dos agravos de instrumento nº (i) 2122512- 92.2016.8.26.0000, Relator Azuma Nishi, 25ª Câmara de Direito Privado, julgado em 04/08/16; (ii) 2123550-42.2016.8.26.0000, Relator Oscild de Lima Júnior, 11ª Câmara de Direito Público, julgado em 02/08/16; (iii) 2129037-90.2016.8.26.0000, Relator João Antunes dos Santos Neto, 16ª Câmara de Direito Público, julgado em 26/07/16; (iv) 2154802-63.2016.8.26.0000, Relatora Claudia Grieco Tabosa Pessoa, julgado em 12/09/16.

Ademais, vale a pena ressaltar que, no regime do Código anterior, declarada a incompetência absoluta, os atos decisórios eram declarados nulos (§2º, do art. 113 do CPC de 1973).

Entretanto, no novo ordenamento jurídico, ainda que seja declarada a incompetência absoluta de determinado juízo, caberá ao juiz competente a análise acerca da validade de todos os atos praticados. É o que preceitua o §4º, do art. 64 do novo CPC:

⁸² São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL RECURSO AGRAVO DE INSTRUMENTO ROL TAXATIVO DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NÃO CONSTANTE DO ROL INADMISSIBILIDADE. 1. Agravo de instrumento é recurso cabível para impugnar decisões interlocutórias que versarem sobre as hipóteses previstas nos incisos do art. 1.015 CPC/15. O rol é taxativo e não admite interpretação ampliativa ou extensiva. 2. Decisão que versa sobre competência. Agravo de instrumento. Inadmissibilidade. Recurso não conhecido. Agravo de Instrumento nº 2094857-48.2016.8.26.0000. Agravante: Luzia Aparecida Gobbi Fernandes e Outros. Agravado: São Paulo Previdência Prev. 9ª Câmara de Direito Público. Décio Notarangeli, DJE de 19/05/16.

Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

[...]

§4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero assim nos explicam, *in verbis*:

Assim, verificando-se a incompetência absoluta, em qualquer estágio do processo, cabe ao juízo competente decidir sobre a validade dos atos praticados pelo juízo incompetente, presumindo-se válido – salvo decisão em contrário – tais decisões, ao menos até que outra seja proferida pelo juízo adequado (art. 64, §4º).

[...] Já em face da competência relativa, considerando-se que as regras que a fixam são estabelecidas para facilitação do acesso à justiça das partes, os atos decisórios praticados por juiz relativamente incompetente não são nulos, não sendo ainda suscetíveis de subsidiar ação rescisória. Significa dizer que, praticado ato decisório por juiz relativamente incompetente, este somente será viciado se houver oportuna alegação do réu, por meio de arguição de incompetência – realizada em preliminar à contestação ou na primeira oportunidade em que competir à parte falar nos autos –, sob pena de tornar-se o juiz competente e, por consequência, perfeita a decisão proferida⁸³. (destaques apostos)

Ou seja, trata-se de uma solução diferente daquela empregada no regime do Código anterior e que deve ser aplaudida. Nos termos do §2º, do art. 113, do CPC de 1973, a anulação dos atos decisórios seria uma consequência automática do reconhecimento da incompetência (o que nem sempre é adequado para a proteção de direitos e para assegurar a efetividade do processo)⁸⁴.

Assim, caberá ao juízo competente, de forma motivada, afastar ou manter os efeitos das decisões proferidas pelo juízo incompetente e, caso não o faça, presumir-se-á a validade das decisões proferidas pelo juízo incompetente.

Destarte, não há razão para se considerar risco dano ou prejuízo às partes e ao processo caso, em futura apelação, seja declarada a incompetência

⁸³ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, op. cit. p. 65.

⁸⁴ Código de Processo Civil Anotado. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/novo_cpc/ncpc_annotado.pdf>. Acesso em: 14/10/16.

absoluta do juízo no qual se desenvolveu o processo, tendo em vista que se presumirão válidos os atos decisórios, até decisão em contrário.

Igualmente, diante de todo o exposto, também não há risco ou perigo capaz de ensejar a interposição de agravo de instrumento para que a decisão seja imediatamente redecidida pelo tribunal.

Assim, entendemos que não é cabível ao intérprete da norma e ao aplicador do direito flexibilizar o critério de cabimento do agravo de instrumento quando, em verdade, o legislador o pretendeu verdadeiramente restritivo. Defendemos, portanto, a inaplicabilidade da interpretação extensiva ao inciso III, do art. 1.015, do novo CPC para abarcar decisões que versem sobre competência.

3.1.2. Decisão que versa sobre prova e redistribuição do ônus probatório

Conforme informado anteriormente, *en passant*, foram abolidas do texto final do novo CPC, aprovado pelo Senado Federal, algumas hipóteses que constavam do projeto de lei aprovado na Câmara dos Deputados. Dentre essas hipóteses, caberia agravo de instrumento contra decisão interlocutória que indeferisse o requerimento de prova pericial (inciso XIX, do art. 1.028).

Dessa forma, com o advento do novo Código, em sua redação final, a previsão sobre a decisão que indefere o pleito de prova pericial foi suprimida, subsistindo o cabimento do aludido recurso apenas contra decisões que versarem sobre “redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º”, nos termos do inciso XI, do art. 1.015, do novo CPC.

Primeiramente, é importante consignar que o artigo 373 do novo CPC regula a distribuição do ônus da prova, trazendo a tradicional incumbência (i) ao autor, “quanto ao fato constitutivo de seu direito”, ou (ii) ao réu, “quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Em relação a essa regra, nenhuma alteração houve pelo novo Código. Ou seja, o ônus da prova é distribuído de acordo com o interesse na afirmação do fato⁸⁵. A inovação ficou por conta do seu parágrafo primeiro, que assim dispõe:

§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

O novo Código contemplou a chamada teoria da carga dinâmica da prova que, em determinadas situações, já vinha sendo admitida pela doutrina e jurisprudência.

Ou seja, no caso concreto, o juiz poderá distribuir o ônus probatório entre as partes de forma diversa daquela fixada em lei, a partir da análise daquele que está em melhores condições de produzir a prova.

Entretanto, ao se determinar a redistribuição do ônus da prova, nos termos do aludido §1º, do artigo 373, do novo CPC, ressalte-se que o juiz “deverá fazê-lo na decisão de saneamento e organização do processo, de forma a não colher as partes de surpresa e assegurar-lhes tempo hábil para se desincumbirem do ônus que originalmente não lhes cabia”⁸⁶.

Destarte, trata-se, portanto, de decisão interlocutória, desafiada por meio de agravo de instrumento, por expressa disposição legal.

E nem poderia ser diferente, tendo em vista que as partes, no momento inicial da instrução probatória, deverão estar cientes dos ônus probatórios que lhes serão atribuídos no caso concreto, inclusive para que possam dele se desincumbir, se o caso⁸⁷.

Já em relação à decisão que nega o requerimento para distribuição extraordinária do ônus da prova, apesar de não constar do rol do artigo 1.015, do

⁸⁵ WAMBIER, *et. al.*, 2015, op. cit. p. 649.

⁸⁶ WAMBIER, *et. al.*, op. cit. p. 650.

⁸⁷ BONDIOLI, op. cit., p. 127.

novo CPC, parte da doutrina considera tal *decisum* agravável, pois, “afinal, também se trata de deliberação (negativa) sobre redistribuição do ônus da prova”⁸⁸.

Esse é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

A decisão interlocutória que defere o pedido de redistribuição do ônus da prova é suscetível de agravo de instrumento, assim como a decisão que nega a redistribuição – em ambos os casos há atribuição de vantagem a um dos litigantes no que tange à regulação do ônus da prova, de modo que a lei disse menos do que gostaria de dizer (*lex minus dixit quan voluit*). Do contrário, há violação da regra da igualdade e, em especial, do direito fundamental à paridade de armas no processo civil⁸⁹.

Para os supracitados autores, o caso seria de interpretação extensiva da norma, a fim de abranger, também, os casos em que o magistrado indefere a atribuição extraordinária do ônus probatório (ou seja, mantém o ônus probatório tradicional).

Do mesmo modo, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha compactuam com esse entendimento, bem como advertem que “na redação aprovada pela Câmara dos Deputados, não seria possível; mas a redação final autoriza o agravo de instrumento contra decisão que ‘versar sobre’ a redistribuição do ônus da prova, o que, claramente, permite o agravo de instrumento em ambas as situações⁹⁰”.

A nosso ver, trata-se de exemplo claro da necessidade de interpretação extensiva da norma, para fins de se admitir o cabimento do agravo de instrumento também contra as decisões que neguem a redistribuição do ônus da prova, fora da regra clássica.

Além disso, é importante consignar que o inciso XI, do art. 1.015 do novo CPC não é restritivo. Caso a opção legislativa fosse de se admitir o recurso apenas e tão somente contra as decisões que *acolhessem* a distribuição diversa do ônus da

⁸⁸ BONDOLI, op. cit., p. 127.

⁸⁹ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, op. cit. p. 534-535.

⁹⁰ DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 224.

prova, assim o teria feito — tal como indicou, aliás, expressamente nas hipóteses dos incisos VII e VIII, do art. 1.015 do CPC.

Nesses casos, o legislador expressamente indicou que o agravo de instrumento seria cabível contra as decisões que *excluem* o litisconsorte e contra aquelas que *rejeitam* o pedido de limitação de litisconsórcio, nada dispondo acerca da *inclusão* ou *acolhimento*, nos casos apontados.

Além disso, o vocábulo “versar” implica na necessidade de uma análise semântica mais ampla da norma.

Destarte, entendemos que não há espaço para uma interpretação rígida do aludido dispositivo. Isso porque, caso assim se admitisse, estar-se-ia negando o tratamento isonômico entre as partes no processo.

Ou seja, o princípio da isonomia (ou da igualdade) impõe que o Estado-juiz (o magistrado, que o represente) deve tratar de forma igualitária os litigantes, seja dando-lhes igualdade de condições de manifestação ao longo do processo, seja criando condições para que essa igualdade seja efetivamente exercitada⁹¹.

Nessas condições, não há como conceber instrumentos processuais não uniformes, conferindo a possibilidade de interposição de agravo de instrumento somente nos casos em que seja deferida a redistribuição diversa do ônus da prova. Imagine-se, por outro lado, o caso em que o magistrado nega a inversão do ônus da prova, em situação de flagrante hipossuficiência da parte. Nesse caso, vedar a recorribilidade imediata da decisão seria ferir o princípio da igualdade.

O exemplo acima citado já foi enfrentado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos do agravo de instrumento nº 2108581-22.2016.8.26.0000, interposto contra a decisão que negou a expedição de ofícios à uma seguradora, para que juntasse a apólice do seguro, sob o argumento de “ser ônus da parte instruir a causa com a documentação indispensável à propositura da ação”⁹².

⁹¹ BUENO, op. cit. p. 46-47.

⁹² São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Decisão monocrática. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITO EXTRÍNSECO: ADEQUAÇÃO. Recurso interposto contra decisão judicial que não se enquadra no rol taxativo do art. 1015, do CPC/2015. Ausência de preclusão. Descabimento do recurso. RECURSO NÃO CONHECIDO. Agravo de instrumento nº 2108581-22.2016.8.26.0000. Agravante: Ana Lucia Moura e Outros. Agravado: Sul América Companhia Nacional de Seguros. 2ª Câmara de Direito Privado. Relatora Rosângela Telles, DJE de 14/06/16.

O argumento da parte agravante residiu no fato de que “não é fornecida aos mutuários a apólice do seguro” e que somente a seguradora “detém informações acerca das apólices de seguro realizadas no Sistema Financeiro de Habitação”. Num primeiro momento, a relatora designada negou seguimento monocraticamente ao recurso, sob o argumento de que a decisão guerreada não se encontra dentre as hipóteses tratadas pelo legislador.

Porém, sabidamente, diante da interposição de Agravo Regimental, a turma houve por bem acolher o recurso para processar o agravo de instrumento, com base no inciso XI, do art. 1.015, do novo CPC, posição à qual nos filiamos.

Superada essa questão, é interessante ressaltar, por oportuno, que o §3º, do art. 373 do novo CPC autoriza a distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes.

Ou seja, por meio da realização de um *negócio jurídico processual*, as partes podem convencionar a distribuição do ônus da prova de forma, desde que não se trate de direito indisponível da parte e que não torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (incisos I e II, do art. 373, do novo CPC).

Diante desse cenário e, considerando-se a conclusão alcançada acima, o pronunciamento do juiz que valida ou invalida referida convenção, seria oponível por meio de agravo de instrumento?

Primeiramente, ressalte-se que, caso o magistrado valide a convenção firmada pelas partes, não há que se falar em interesse recursal, de qualquer dos lados, para a interposição de agravo de instrumento.

Já em relação à decisão que rejeita a convenção celebrada pelas partes, alguns apontamentos se fazem necessários.

Luiz Guilherme Aidar Bondioli admite a interposição de agravo de instrumento contra essa decisão, “afinal, também se tem aqui, em última análise, uma deliberação sobre redistribuição do ônus da prova, cuja rediscussão deve ser imediata”⁹³.

Também nos filiamos a esse entendimento, na mesma linha de raciocínio que desenvolvemos linhas atrás.

⁹³ BONDIOLI, op. cit. p. 127.

Embora concordemos que não se pode admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão que afaste ou deixe de homologar negócio jurídico processual celebrado entre as partes — o que será melhor analisado no próximo item — especificamente, em relação ao negócio processual que versa sobre a redistribuição do ônus da prova, entendemos que o recurso deve ser cabível, uma vez que se enquadra na hipótese prevista pelo inciso XI, do art. 1.015 do novo CPC.

A convenção das partes acerca da distribuição do ônus da prova é expressamente previsto em lei (incisos I e II, do art. 373, do novo CPC). Ainda que se trate de um negócio jurídico processual, o magistrado, ao se afastar o acordo firmado pelas partes, estará deliberando sobre a redistribuição do ônus *probandi*.

As situações são equivalentes e a elas, neste caso, deve ser dada interpretação isonômica.

Além de deliberações sobre a redistribuição do ônus da prova, a doutrina e a (ainda pouca) experiência forense, durante a vigência do novo Código, nos trouxeram a problemática existente em relação às decisões que versem sobre o deferimento ou indeferimento de provas, de forma genérica (que, como já afirmado anteriormente, era previsto no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados).

Sobre essa questão, pulularam críticas no sentido de que a falta dessa previsão legal, dentre o rol do art. 1.015 do novo CPC, retardaria sobremaneira o trâmite do processo caso o tribunal reformasse, em sede de preliminar de apelação, a aludida decisão e determinasse a realização da prova pretendida pela parte.

Além disso, também ventilaram hipóteses sobre determinada prova pericial que devesse ser produzida imediatamente, sob pena de perecimento, ou, até mesmo, no caso de pedido de oitiva de testemunha vítima de doença terminal.

Para esses casos, o Código possibilita à parte que pleiteie a tutela provisória de urgência, regulada pelo artigo 300 do novo CPC. Ou seja, havendo a necessidade de se afastar um prejuízo grave ou irreparável (*periculum in mora*)⁹⁴, a parte poderá requerer, liminarmente, a tutela de urgência, nos termos do art. 300 do novo CPC.

⁹⁴ WAMBIER *et. al.*, 2015, op. cit. p. 487.

Nesse passo, a decisão que deferir ou indeferir tal pedido de tutela é recorrível imediatamente por meio de agravo de instrumento, nos termos do inciso II, do art. 1.015 do novo CPC.

Dessa forma, caem por terra as alegações expostas acima, no que toca à eventual risco de perecimento da prova ou do próprio direito da parte, caso não seja deferido o pedido aventado pela parte.

Por outro lado — excepcionados os casos urgentes, tal como visto anteriormente — não há como se admitir o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que indefere o pedido de produção de determinada prova, eis que esse *decisum* não está previsto no rol do art. 1.015, do novo CPC, bem como não há espaço para se permitir a interpretação extensiva do inciso XI, do mesmo artigo.

Com o devido respeito, qualquer pedido nesse sentido é forçar as regras de hermenêutica jurídica. Primeiro porque não há qualquer relação entre deferimento de provas e redistribuição do ônus da prova.

É imperioso se ter em mente que juiz é o destinatário final da prova e a quem compete, com exclusividade, apreciar sobre a necessidade e conveniência de produção de determinada prova, desde que indique na decisão as razões da formação de seu convencimento, tal como preceitua o art. 371 do novo CPC.

Sobre a avaliação da prova, Cassio Scarpinella Bueno nos revela o intuito inovador do novo Código, *in verbis*:

O CPC de 2015, seguindo os passos do CPC de 1973, contudo, vai além. Ele prevê caber ao próprio magistrado, sem prejuízo da iniciativa das partes, ‘determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito’ (art. 370, *caput*). Para enaltecer a importância deste dever-poder do magistrado, o parágrafo único do dispositivo permite que o magistrado indefira as diligências inúteis ou protelatórias, fazendo-o em decisão fundamentada⁹⁵.

Trata-se de medida voltada a otimizar a fase instrutória, mormente combinando-se o aludido preceito com aquele previsto no inciso IV, do art. 139, do

⁹⁵ BUENO, op. cit. p. 312.

CPC, compreendendo o verdadeiro princípio da “máxima eficiência dos meios probatórios”⁹⁶.

Destarte, em matéria de instrução probatória andou muitíssimo bem o novo Código, consagrando, expressamente, a busca pela verdade real e de forma eficiente.

Assim, não há espaço para que o indeferimento de prova pleiteada pela parte autorize a interposição de agravo de instrumento, prestigiando-se, tão somente, os interesses de uma parte em detrimento de todo o desenvolver processual.

Por seu turno, não se perca de mira que a previsão de agravo de instrumento contra decisão que indefere a produção de prova pericial foi excluída da última versão do projeto de lei que culminou no Código aprovado e sancionado, hoje vigente. Era o que constava do inciso XIX, do art. 1.028 do PL da Câmara dos Deputados.

Destarte, nas lições de Leonardo Greco sobre o tema, ele destaca o seguinte:

A segunda e mais importante inovação é a de que o agravo de instrumento deixa de ser cabível contra qualquer decisão interlocutória e a sua admissibilidade passa a submeter-se à enumeração taxativa da Lei (art. 1.015). Dessa enumeração foram subtraídas inúmeras decisões, especialmente em matéria probatória, que se submeterão à regra do §1º do art. 1.009, podendo ser reapreciadas pelo próprio juiz de primeiro grau ou pelo tribunal de segundo grau por ocasião do julgamento da apelação contra a sentença final, se provocado o seu reexame nas razões ou contrarrazões deste recurso⁹⁷. (destaques apostos)

O Tribunal de Justiça de São Paulo já vem enfrentando essa questão. As decisões são contundentes e enfáticas em afastar o cabimento de agravo de instrumento contra decisão que indefere o pedido de produção de determinada prova. Confirmam-se, a propósito, as ementas transcritas abaixo:

⁹⁶ BUENO, op. cit. p. 312.

⁹⁷ GRECO, op. cit. p. 149.

RECURSO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. NÃO CABIMENTO. MATÉRIA NÃO INSERIDA NO ELENCO DO ARTIGO 1.015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO NÃO CONHECIDO, NESSA PARTE. Pretende a agravante questionar o pronunciamento judicial que indeferiu a produção de prova pericial, matéria não inserida no elenco do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2.015. Sendo evidente a inadmissibilidade do recurso nessa parte, impossível o seu conhecimento⁹⁸.

Agravo de instrumento. Seguro. Ação de cobrança. Decisão que indefere prova oral requerida pela agravante, nos termos do art. 443, II, do NCPC, e declara encerrada a fase instrutória. Incabível recurso de agravo de instrumento. Hipótese que não se enquadra no rol taxativo do art. 1.015 do NCPC. Recurso não conhecido⁹⁹.

PROCESSO CIVIL. Decisão que, ao sanear o feito, indefere pedido de prova pericial e não conhece do pedido de danos materiais. Insurgência quanto à prova pericial. Agravo não conhecido. Matéria que não é tipicamente agravável, à luz do novo Código de Processo Civil. Inteligência do art. 1.015 do CPC/2015. Agravo admitido apenas na parte relativa ao não conhecimento do pedido de danos materiais deduzido pela autora na petição inicial. Decisão que versa sobre o mérito do processo. Inteligência do art. 1.015, inciso II, do CPC/2015. Possibilidade de relegar a quantificação dos danos materiais para eventual fase de liquidação de sentença em caso de procedência do pedido. Precedentes do STJ. Recurso provido, na parte conhecida¹⁰⁰.

Pelo teor dos aludidos julgados, constatamos que a motivação para se afastar o cabimento do agravo de instrumento nessas hipóteses reside, simplesmente, no fato de que (i) o rol do art. 1.015 é taxativo, sendo certo que as decisões agraváveis estão tipificadas no aludido dispositivo, bem como (ii) “as decisões não agraváveis, se a parte assim o desejar, não estão sujeitas à preclusão

⁹⁸ São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2094875-69.2016.8.26.0000. Agravante: Casa Francesa Comércio de Gesso Ltda. Agravado: A.Life Entertainment Group S/A. 31ª Câmara de Direito Privado. Relator Antonio Rigolin, DJE de 06/06/16.

⁹⁹ São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2103689-70.2016.8.26.0000. Agravante: Ibep Gráfica Ltda. Agravado: Royal & Sunalliance Seguros (Brasil) S/A. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator Francisco Occhiuto Junior, DJE de 08/06/16.

¹⁰⁰ São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2112871-80.2016.8.26.0000. Agravante: Systemplan Sistema Projetos e Comércio Ltda. Agravado: Plannej Tecnologia e Informática Ltda. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Francisco Loureiro, DJE de 22/08/16.

e poderão ser reiteradas em sede de apelação, ou contrarrazões de apelação, submetendo-as à posterior apreciação”¹⁰¹ pelo tribunal.

Destarte, nas palavras do desembargador Alexandre Coelho, do Tribunal de Justiça de São Paulo, “adotar-se a interpretação extensiva sugerida pelo agravante retornaria ao sistema processual anterior, em que todas as decisões interlocutórias eram recorríveis. Não é isso que quis o legislador ao prever as hipóteses taxativas do agravo de instrumento”¹⁰².

Assim, continuando o ilustre desembargador, “as críticas dirigidas a esta nova sistemática processual pertencem ao campo doutrinário e bem serviriam à proposição de alteração legislativa, mas não autorizam que o juiz julgue de forma contrária ao novo sistema processual implantado pelo CPC de 2015”.

Dessa maneira, entendemos que não há espaço para se reconhecer o cabimento de agravo de instrumento contra decisões que defiram ou indefiram o requerimento de provas na fase de conhecimento. Foi clara a opção legislativa em suprimir o aludido recurso nessas situações e, portanto, caberá à parte prejudicada manifestar seu inconformismo no momento oportuno.

3.1.3. Decisão que nega a eficácia de negócio jurídico processual

O artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 traz uma inovação que vem dando margem para muitas dúvidas e debates, principalmente quanto aos seus limites de aplicação.

Na forma do *caput* do aludido artigo, desde que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e

¹⁰¹ São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2134035-04.2016.8.26.0000. Agravante: Serralheira A & E Brasil Ltda. – Me. Agravado: Jaguar Land Rover Brasil Indústria e Comércio de Veículos Ltda. 26ª Câmara de Direito Privado. Relator Bonilha Filho, DJE de 29/09/16.

¹⁰² São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Decisão monocrática. Agravo nº 2077490-11.2016.8.26.0000/50000. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE NOVA PROVA PERICIAL - NÃO PREVISÃO NO ROL DO ARTIGO 1015, DO CPC – INADMISSIBILIDADE DO RECURSO – AGRAVO NÃO CONHECIDO. Agravante: Carlos Alberto Zafred Marcelino. Agravado: Daniel Ferreira de Sá. 8ª Câmara de Direito Privado. Relator Alexandre Coelho. DJE de 10/06/16.

convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Outrossim, nos termos do parágrafo único daquele dispositivo, o controle judicial da validade do negócio jurídico processual fica restrito às hipóteses de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Nesse sentido, preleciona Luiz Guilherme Marinoni:

É possível também que as partes dentro do espaço de liberdade constitucionalmente reconhecido estipulem mudanças no procedimento. Esses acordos processuais, que representam uma tendência de gestão procedimental oriunda principalmente do direito francês, podem ser realizados em processos que admitam autocomposição. Podem ser acordos pré-processuais, convencionados antes da propositura da ação, ou processuais, convencionados ao longo do processo. Os acordos processuais convencionados durante o processo podem ser celebrados em juízo ou em qualquer outro lugar (escritório de advocacia de uma das partes, por exemplo). O acordo processual praticado fora da sede do juízo deve ser dado ao conhecimento do juiz imediatamente, inclusive, para efeitos de controle de validade (art. 190, parágrafo único, CPC)¹⁰³.

Como se vê, o instituto muito se assemelha à autonomia da vontade existente na Jurisdição Arbitral e deve desafiar a criatividade dos advogados, a fim de que as regras processuais criadas tragam resultados práticos relevantes no processo, otimizando o seu desenvolvimento.

Todavia, muito embora a proposta de “convenção de regras processuais” seja tentadora, ainda não é possível se afirmar em que medida tais disposições serão aceitas pelos magistrados e terão aplicação em cada caso concreto.

Sobre o tema, é importante trazer à baila as sábias palavras do processualista Flávio Luiz Yarshell, *in verbis*:

É preciso considerar que, sem embargo da abertura dada à autonomia da vontade, o processo continua a ser instrumento a serviço do Estado, isto é, para atingir objetivos que, embora também

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 1ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 244.

sejam das partes, são públicos: atuação do direito objetivo, pacificação social (pela eliminação da controvérsia) e afirmação do poder estatal. Para os fins do objeto ora estudado, não parece factível imaginar que juiz estatal e árbitro possam ser singelamente colocados em idêntico patamar”. Ou seja, “as normas de Direito Processual integram o Direito Público. Ainda que elas possam agora resultar da vontade das partes, continuam a regular uma atividade estatal e o correspondente instrumento posto a serviço de escopos que, como já foi realçado anteriormente, são também públicos. Daí a perspectiva tradicional de que somente em casos excepcionais tais regras poderiam ser determinadas pelos interessados¹⁰⁴.

Por conta disso, salta aos olhos o dever de cautela no exercício dessa autonomia da vontade, principalmente levando em consideração o escopo do processo judicial.

Embora o negócio jurídico processual tenha sido regulado, mais explicitamente, no novo Código — recebendo, até mesmo, a denominação que ora empregamos —, o certo é que o CPC de 1973 já previa algumas situações nas quais era dado às partes o direito de convencionarem a respeito de matéria processual.

Barbosa Moreira, em seu peculiar vanguardismo, já havia se debruçado sobre a questão da convenção das partes em matéria processual, admitindo que a vontade das partes possa, de fato, ordenar-se de forma a influir no modo de ser do processo, no conteúdo da relação processual¹⁰⁵.

Podemos citar como exemplo de negócios processuais já existentes no Código Buzaid (i) a cláusula de eleição de foro; (ii) a convenção sobre a distribuição do ônus da prova e (iii) o pedido de suspensão do processo pelas partes.

O fato é que, o novo ampliou a possibilidade de convenção em matéria processual¹⁰⁶, podendo às partes — de comum acordo e com a participação do juiz — criar, até mesmo, um calendário processual, previsto no art. 191 do novo CPC.

Todavia, é importante ressaltar os limites dos negócios processuais. Assim, nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno, *in verbis*:

¹⁰⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual no Novo CPC*. Revista do Advogado, ano XXXV, nº 126, maio de 2015, pág. 89-94.

¹⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das Partes sobre Matéria Processual*. In: Temas de Direito Processual, Terceira Série. São Paulo : Saraiva, 1984, p. 89 e ss.

¹⁰⁶ BUENO, op. cit. p. 190. Outrossim, o aludido jurista ressalva que “importa que o processo (futuro ou presente) diga respeito a ‘direitos que admitam autocomposição’, conceito mais amplo (e mais preciso) que o mais tradicional, de direitos patrimoniais disponíveis. Sim, porque há aspectos de direitos indisponíveis que admitem alguma forma de autocomposição”.

Ao magistrado cabe, de ofício ou a requerimento, controlar a validade destas convenções, recusando-lhes a aplicação somente nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (art. 190, parágrafo único). É o que basta para afastar que as partes têm a primeira e a última palavra do que pode ser objeto de negociação para os fins do caput do dispositivo¹⁰⁷.

Para os fins do presente estudo, insta analisarmos o ato decisório do magistrado que, ao controlar a validade dos negócios jurídicos, os afastam ou os aceitam, para que produzam efeitos no processo.

Muito se tem criticado a opção legislativa de suprimir a decisão que “não homologar ou recusar aplicação a negócio processual celebrado pelas partes” do rol de decisões agraváveis por instrumento.

Assim como nos casos expostos nos itens anteriores, alguns juristas estão se valendo da técnica de interpretação extensiva da norma a fim de englobar a aludida hipótese como recorrível.

É o que se colhe das exposições de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. Eles relevam que, por meio da interpretação extensiva do inciso III, do art. 1.015, do novo CPC — decisão que rejeita alegação de convenção de arbitragem — se encaixa a decisão que afasta a eficácia ou deixa de homologar o negócio processual.

Em suas palavras:

Convenção de arbitragem é um negócio processual. A decisão que a rejeita é decisão que nega eficácia a um negócio processual. A eleição de foro também é um negócio processual. A decisão que nega eficácia a uma cláusula de eleição de foro é impugnável por agravo de instrumento, em razão da interpretação extensiva. Pode-se ampliar essa interpretação a todas as decisões que negam eficácia ou não homologam negócio jurídico processual — seriam, também por extensão, agraváveis (DIDIER JR. e CUNHA, 2016, p. 216-217)¹⁰⁸.

¹⁰⁷ BUENO, op. cit. p. 190-191.

¹⁰⁸ DIDIER JR. e CUNHA, op. cit. p. 216-217.

Com o devido respeito, discordamos do entendimento dos aludidos doutrinadores.

Não se trata de aplicação da interpretação extensiva da norma, na esteira do que se aduziu no capítulo 3, supra. Trata-se, a bem da verdade, de inovação, de interpretação descolada da essência da norma.

A interpretação extensiva deve observar, sempre, a *ratio* de ser de cada norma interpretada, sob pena de incorrer numa generalização desenfreada e, conseqüentemente, voltarmos ao mecanismo do Código derogado.

Nada obstante as convenções sejam passíveis de controle de validade pelo magistrado, o certo é que ainda não se sabe, ao certo, o real alcance do art. 190 do novo CPC.

Sobre esse ponto, é importante ressaltar as palavras de Cassio Scarpinella Bueno:

Uma coisa, ênfase, é atestar a plena capacidade negocial das partes diante de um direito que aceita autocomposição. Outra, bem diferente, é querer comunicar esta liberdade para o modo de atuação do Estado-juiz, isto é, para o plano do processo. As tais normas de ordem pública ou cogentes o são a ponto de não se poder querer desprezá-las, desconsiderá-las, esquecê-las. É esta a sua característica.

[...] As escolhas feitas pelo legislador nos mais diversos campos do direito processual civil não podem ser alteradas pelas partes. Sua liberdade em relação ao procedimento, aos seus ônus, poderes, faculdades, deveres processuais fica restrita àqueles casos em que o ato processual não é regido por norma cogente. [...] Trata-se, isto sim, de negar validade e aplicação e a negócios processuais que queiram alterar o que não é passível de alteração nos precisos termos do parágrafo único do art. 190¹⁰⁹.

Nesse passo, a liberdade que o caput do art. 190 conferiu às partes encontra limites no modelo de atuação estatal.

Dessa forma, caberá ao magistrado o controle rígido dos negócios processuais celebrados pelas partes, tendo em vista que o processo, o procedimento, e, de forma ampla, a atuação das partes não estão sujeitos a

¹⁰⁹ BUENO, op. cit. p. 193.

negociações que atrimem com o seu núcleo, muito bem representado pelas normas de ordem pública ou cogentes.

Partindo-se desse pressuposto, eventual recorribilidade imediata contra a decisão que rejeita o negócio jurídico processual já seria muitíssimo restrita.

Todavia, teoricamente, até que sejam estabelecidos os limites ao poder de convenção das partes em matéria processual, é possível que inúmeros sejam as matérias tratadas pelas partes que serão submetidas ao judiciário para validação. Assim, admitir-se a ampliação do cabimento do agravo de instrumento a um sem número de situações é inconcebível.

Como se não bastasse, salvo a hipótese de convenção processual para redistribuição do ônus da prova (§1º, do art. 373), entendemos que não é o caso se de fazer prognósticos acerca das inúmeras possibilidades típicas de negócios processuais (reconhecidas pelo Código de 2015), atípicas, e a interpretação extensiva de quaisquer dos incisos do art. 1.015, a fim de ampliar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

A exceção mencionada acima se justifica na medida em que, a decisão que versa sobre o negócio processual elaborado entre as partes em matéria de redistribuição dos ônus da prova se encaixa na hipótese do inciso XI, do art. 1.015 do novo CPC.

Não é demais lembrar que o legislador deliberadamente optou por excluir do ordenamento em construção a decisão que afasta ou não homologa a convenção estabelecida pelas partes.

O intuito do novo Código deve ser prestigiado. Sobre esse ponto, Cassio Scarpinella Bueno assim, assevera:

Importante e substancial alteração proposta desde o Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas é a tarifação dos casos em que é cabível o recurso de agravo de instrumento, assim entendido o recurso que submete a contraste imediato pelo Tribunal decisão interlocutória proferida na primeira instância ao longo do processo. O objetivo expresso, desde a Exposição de Motivos do Anteprojeto, é o de reduzir os casos em que aquele recurso pode ser interposto¹¹⁰.

¹¹⁰ BUENO, op. cit. p. 622.

Assim, afora a hipótese acima aventada, entendemos não ser cabível qualquer interpretação extensiva para ampliar as hipóteses de agravo de instrumento.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo CPC operou profundas reformas no sistema recursal como um todo, introduzindo mecanismos para se obstar a recorribilidade desenfreada contra determinadas decisões, bem como limitando a possibilidade de se recorrer, imediatamente, contra decisões interlocutórias, mediante a introdução de um rol taxativo de hipóteses de cabimento de agravo de instrumento.

Talvez essa tenha sido a maior e mais expressiva alteração no sistema recursal. Além disso, desde a elaboração do Anteprojeto do novo Código pela Comissão de Juristas, ficou evidente que o objetivo expresso do novo CPC é o de reduzir os casos em que a decisão interlocutória será devolvida, imediatamente, ao Tribunal.

Acreditamos que, com a diminuição do número de recursos, antes do proferimento da sentença, reduz-se, conseqüentemente, o congestionamento dos tribunais, abrindo-se espaço para julgamentos de maior qualidade e, em primeira instância, a demanda passa a ter maior fluidez e celeridade.

Além disso, muito embora não seja possível se prever todas as situações que deveriam estar englobadas no rol do art. 1.015, devemos confiar no critério da utilidade adotado pelo legislador. Para as questões resolvidas incidentalmente, no curso do processo, e que não caibam a interposição de agravo de instrumento, caberá à parte dela se insurgir em preliminar de apelação ou em contrarrazões de apelação, nos termos do §1º, do art. 1.009 do novo CPC.

Assim, não se desconhece a taxatividade do rol do art. 1.015 do novo CPC, mas, igualmente, não se pode deixar de lado as dúvidas e os anseios em torno das decisões interlocutórias não previstas como agraváveis de instrumento pelo seletor rol do art. 1.015 e seu meio de impugnação.

Não discordamos do entendimento proposto por alguns doutrinadores de que a taxatividade do rol do art. 1.015 do novo CPC não é óbice para a interpretação extensiva (ampliativa) de algumas de suas hipóteses, desde que conservada a identidade, a *ratio* da norma jurídica interpretada.

Assim, de modo a flexibilizar a aparente rigidez imposta pelo novo ordenamento, entendemos que, a partir da utilização da hermenêutica jurídica,

combinando-se os métodos de interpretação e seus efeitos, é possível se admitir a interposição de agravo de instrumento em alguns casos, em decorrência do efeito extensivo (ou ampliativo) da interpretação da norma.

Nos casos analisados no presente estudo, envolvendo decisões que, nada obstante tenham sido propostas pelo Projeto Substitutivo da Câmara dos Deputados, não vingaram na aprovação final da redação pelo Senado Federal, podemos apontar algumas conclusões, diante da polêmica já então existente.

Primeiramente, em relação à decisão que rejeita ou acolhe arguição de incompetência absoluta ou relativa, concluímos que a interpretação extensiva do inciso III, do art. 1.015 do novo CPC não a engloba. Por qualquer método hermenêutico que se aplique na interpretação do aludido dispositivo, torna-se inviável sustentar que a intenção do legislador era a inclusão de tal hipótese quando, deliberadamente, optou por excluí-la.

Analisando-se todo o trâmite do processo legislativo no que toca ao agravo de instrumento, considerando-se todo o contexto normativo no qual o aludido recurso está inserido, afora os aspectos sintáticos e semânticos da norma e o seu alcance, não há como se concluir pela interpretação extensiva do aludido dispositivo.

Além disso, ainda que seja declarada a incompetência absoluta de determinado juízo, caberá ao juiz competente a análise acerca da validade de todos os atos praticados. É o que preceitua o §4º, do art. 64 do novo CPC. Assim, também não há risco ou perigo capaz de ensejar a interposição de agravo de instrumento para que a decisão seja imediatamente redecidida pelo tribunal.

Em segundo lugar, em relação à decisão que indefere o requerimento de provas, também bastante criticada pelos doutrinadores por não constar do rol do art. 1.015 do CPC, concluímos que não há cabimento para interpretação extensiva do inciso XI, que versa sobre a redistribuição dos ônus da prova, diferentemente da regra clássica.

Além disso, analisando-se a aludida hipótese de cabimento, a despeito da redação do dispositivo sugerir que o agravo de instrumento será cabível apenas contra as decisões que acolham o pedido de redistribuição do ônus da prova, entendemos ser o caso de interpretação extensiva da norma, a fim de contemplar também os casos em que o juiz rejeita o pedido de redistribuição do ônus da prova.

Isso porque a hipótese não é restritiva, além de ser dever do magistrado empregar tratamento isonômico entre as partes.

Por fim, em relação à última hipótese analisada, referente à decisão que rejeita negócio processual celebrado entre as partes, concluímos que, salvo a hipótese de convenção processual para redistribuição do ônus da prova (§1º, do art. 373), torna-se praticamente impossível se fazer prognósticos acerca das inúmeras possibilidades de negócios processuais e a interpretação extensiva de quaisquer dos incisos do art. 1.015, a fim de ampliar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

Assim, apenas admitimos como válida a interpretação extensiva do inciso XI, do art. 1.015 do CPC para também englobar as decisões que rejeitem a convenção das partes sobre redistribuição do ônus da prova.

Admitir-se a possibilidade de ampliação do rol do art. 1.015, sem qualquer critério justo e plausível, sob o argumento de que determinada decisão poderá gerar um risco de dano às partes, além de ser ilegal e ir de encontro ao intuito do novo Código, poderá gerar outras complicações ao processo.

Outrossim, não é demais lembrar que o legislador deliberadamente optou por excluir do texto do novo CPC a decisão que afasta ou não homologa a convenção estabelecida pelas partes.

Diante de todo o exposto, concluímos que, embora a interpretação extensiva seja compatível com a taxatividade do art. 1.015 do CPC, sendo cabível em algumas situações específicas, não se afigura possível que seja dado total liberdade aos litigantes para que criem hipóteses de recorribilidade de decisões interlocutórias tais como no modelo do Código anterior.

Deve existir, sempre, um limite interpretativo aos aplicadores do direito, não se afigurando razoável sobrepor o juízo pessoal de desaprovação do rol inserido no artigo 1.015 do novo Código.

Ampliar as hipóteses de recorribilidade para situações não previstas pelo legislador pode gerar inúmeros riscos colaterais e levar a um quadro de grave insegurança jurídica, o que não pode ser tolerado, mormente diante do novo regramento processual que preza, justamente, pela estabilidade e uniformidade das decisões judiciais.

Assim, defendemos a importância da taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, sem prejuízo de, em alguns casos, admitir-se a interpretação extensiva de algumas hipóteses, ate mesmo a fim de se evitar o uso desenfreado do mandado de segurança como sucedâneo recursal. Para as demais hipóteses, caberá à parte, no momento oportuno, tentar reverter o que for reversível ou conformar-se com a decisão empregada pelo magistrado. Foi esse o sistema recursal escolhido, legitimamente, pelo legislador, sendo dever das partes com ele se acostumar.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, José Henrique Mota. *A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema*. Revista de Processo, vol. 251/2016, p. 207/228.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das Partes sobre Matéria Processual*. In: Temas de Direito Processual, Terceira Série. São Paulo : Saraiva, 1984.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed., rev. e ampl. – São Paulo : Celso Bastos Editor, 2002.

BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Comentários ao código de processo civil. Dos Recursos, volume XX (arts. 994-1.044)* – São Paulo : Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado* – São Paulo : Saraiva, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil : inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015* – São Paulo : Saraiva, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira – São Paulo : Classic Book, 2000. v. 1.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil* – Rio de Janeiro, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 22ª ed. – São Paulo : Malheiros, 2006.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento*. Revista de Processo, vol. 242/2015, p. 275/284.

DIDIER, Fredie Jr.; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13ª ed. – Bahia : Jus Podvm, 2016, vol. 3.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada*. 18ª ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª Ed., São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, William Santos. *Aspectos Polêmicos e Práticos da Nova Reforma Processual Civil* – Rio de Janeiro : Forense, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, 9ª edição, 2016, Saraiva.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais*, volume III, 1ª ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2015.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, 7ª ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 11ª ed. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil Novo CPC Lei 13.105/2015*, segunda tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Volume II, 47ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. Revista de processo, São Paulo, ano 30, n. 125.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al.]. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil : artigo por artigo* – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. do livro O novo regime do agravo – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, volume 2, 16ª ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil* – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual no Novo CPC*. Revista do Advogado, ano XXXV, nº 126, maio de 2015.

6. FONTES

Código de processo civil: histórico da lei. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1, t. 1, p. 1-188. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em: 14/10/16

Código de Processo Civil e normas correlatas. Senado Federal, 7ª ed., atual. até abril de 2015, Brasília. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>>. Acesso em 15/10/16.

Parecer da Comissão Temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil. Senado Federal, 2014. Disponível em <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=157884&tp=1>>. Acesso em: 14/10/16.

Código de Processo Civil Anotado. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/novo_cpc/ncpc_annotado.pdf>. Acesso em: 14/10/16.