

A limitação das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento e o modelo constitucional do processo

Clara Romanelli Araújo*

Resumo: O presente artigo trata da alteração do cabimento do recurso de agravo de instrumento com a vigência do novo Código de Processo Civil e a possível afronta ao modelo constitucional do processo, em desconformidade com a própria principiologia que inspira a criação da nova lei processual. A questão da taxatividade do rol do art. 1.015 do novo Código de Processo Civil e a possibilidade ou não de se admitir a interposição do agravo de instrumento são extremamente controversas e não se encontram, até o presente momento, pacificadas, nem na jurisprudência pátria, tampouco na doutrina. O objetivo é encontrar soluções plausíveis de interpretação corretiva para o art. 1.015, visando a resguardar os princípios e garantias fundamentais do processo brasileiro, de modo que seja assegurado aos litigantes o devido processo legal, preenchendo-se a lacuna deixada pelo legislador. Feito isso, previne-se inclusive a utilização anômala do mandado de segurança como sucedâneo recursal. Para tanto, é utilizada pesquisa bibliográfica, com estudo doutrinário, jurisprudencial e casuístico.

Palavras-chave: Cabimento. Agravo de instrumento. Novo Código de Processo Civil. Modelo constitucional do processo.

Introdução

O legislador optou por limitar as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento no novo Código de Processo Civil, instituindo rol *numerus clausus*. Entretanto, a Constituição Federal assegura aos litigantes garantias e princípios fundamentais, sendo que muitos desses foram incluídos nas Normas Fundamentais do Processo Civil, previstas no primeiro capítulo do novo Código de Processo Civil. Havendo possível afronta às garantias processuais fundamentais, é possível aceitar o agravo de instrumento em situações não previstas no art. 1.015 do Código de Processo Civil, levando-se em consideração o modelo constitucional do processo?

É imprescindível estabelecer critérios consistentes para que sejam respeitados os direitos dos litigantes, sem, contudo, retroceder à legislação processual anterior, tampouco permitir que o mandado de segurança seja usado de forma anômala, tornando-se sucedâneo recursal. O tema é de extrema relevância, mas ainda é bastante controverso, não havendo consenso nem na jurisprudência nem na doutrina.

Marco teórico

O marco teórico do presente estudo é o Processo Constitucional e os princípios e garantias a ele inerentes.

No Estado Democrático de Direito, “a jurisdição somente se concretiza por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, [...] com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente os preceitos das normas componentes do ordenamento jurídico” (DIAS, 2015, p. 38).

Vale lembrar que, “desde a original teoria da pirâmide jurídica, elaborada por Kelsen, concebendo uma estrutura hierarquizada para as normas jurídicas, a Constituição passou a ser colocada no vértice do sistema normativo, fundamentando a unidade de todo o ordenamento jurídico” (DIAS, 2015, p. 155).

Assim sendo, “a legitimidade fundante e a validade das instituições jurídicas emergem da estrutura normativa constitucional, quando é esta garantidora da atuação permanente da cidadania na transformação ou preservação do Estado e das demais instituições” (LEAL, 2011, p. 31).

Conclui-se que “a classificada jurisdição constitucional visa preservar o ordenamento jurídico-constitucional no julgamento dos casos concretos submetidos à apreciação do Estado por meio do processo, com isto obtendo a preeminência das normas constitucionais sobre as disposições das leis ordinárias.” (DIAS, 2015, p. 52).

* Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em 2014. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pelo Centro de Atualização em Direito (CAD).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 compreende garantias fundamentais aos litigantes, tratando-se de garantias processuais, dentre as quais se destacam o devido processo legal, reserva legal, inafastabilidade da jurisdição, isonomia, contraditório, ampla defesa, efetividade da prestação jurisdicional, razoável duração do processo, celeridade processual, fundamentação das decisões judiciais, publicidade, juízo natural, além da segurança jurídica.

Destarte, as decisões judiciais no Estado Democrático de Direito deverão ser proferidas

[...] sob inarredável disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), por meio da garantia fundamental de uma estrutura normativa metodológica (devido processo legal), a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos (DIAS, 2015, p. 164).

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, em consonância com o modelo constitucional do processo, traz, no Livro I, o “Título Único - Das Normas Fundamentais e a Aplicação das Normas Processuais”, Capítulo I, “Das Normas Fundamentais do Processo Civil” (arts. 1º ao 12), incluindo, na legislação processual civil, vários princípios e garantias previstas na Constituição Federal.

Além disso, consta, na exposição de motivos elaborada pelo Senado Federal, que “a necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual” (BRASIL, 2015b).

O professor Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 5) adverte que “o rol de normas fundamentais encontrado neste primeiro capítulo do CPC não é exaustivo (FPPC, enunciado 369), bastando recordar do princípio constitucional do juiz natural, que ali não é mencionado”.

Revela disparate evidente a inclusão de garantias constitucionais processuais no novo Código de Processo Civil ao passo que limita as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, deixando fora do rol taxativo algumas decisões que, caso não apreciadas de imediato, podem acabar por violar direitos fundamentais dos litigantes.

A apreciação tardia de matérias decididas no curso do procedimento contra as quais não exista previsão de cabimento do recurso de agravo de instrumento pode configurar, muitas vezes, inexorável afronta ao devido processo constitucional, indo de encontro à própria principiológica do Código, o que não pode ser aceito.

De acordo com o que estabelece o art. 3º do novo Código de Processo Civil, em conformidade com o texto constitucional (inciso XXXV do art. 5º), não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

O recurso de agravo de instrumento nos Códigos de Processo Civil de 2015 e de 1973

O novo Código de Processo Civil trouxe alterações significativas ao nosso ordenamento jurídico, das quais se destaca, no presente estudo, a limitação das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento.

Em relação ao cabimento do agravo de instrumento, tem-se que o legislador instituiu rol taxativo, isto é, *numerus clausus*, restringindo as decisões que podem ser combatidas por meio desse recurso.

Portanto, somente é cabível o recurso de agravo de instrumento quando interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre as hipóteses previstas nos incisos I a XIII e parágrafo único do art. 1.015 do novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

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.

Por conseguinte, caso a decisão interlocutória não esteja arrolada no art. 1.015 do Código de Processo Civil, não será permitida, em uma primeira análise, a recorribilidade imediata através do agravo de instrumento.

Cumpre ressaltar que, embora o novo Código de Processo Civil permita a criação dos chamados negócios jurídicos processuais, às partes não é dada a possibilidade de criar recursos não previstos em lei, tampouco ampliar as hipóteses de cabimento dos recursos, uma vez que só a lei poderá fazê-lo.

Não existe “recurso por mera deliberação das partes, de modo que é tido como ineficaz, devendo ser desconsiderado eventual negócio jurídico ou cláusula contratual que crie recurso não previsto em lei para impugnar determinado pronunciamento judicial” (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p. 209).

Já na vigência do Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, conhecido como Código Buzaid, em regra, as decisões interlocutórias seriam impugnáveis através da interposição de agravo retido, recurso que inclusive foi extinto pelo novo Código.

Lado outro, o agravo de instrumento era o recurso cabível para impugnar quaisquer decisões interlocutórias suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, assim como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação fosse recebida, por força do disposto no art. 522, com redação dada pela Lei nº 11.187, de 19 de outubro 2005, *in verbis*:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento (Redação dada pela Lei nº 11.187 de 2005).

Destarte, diferentemente do Código de Processo Civil anterior, para que seja admitido o recurso de agravo de instrumento, a decisão interlocutória deve estar inserida no rol taxativo do art. 1.015 ou em outras hipóteses expressamente previstas em lei.

Interposto o recurso, o Relator exercerá seu juízo de admissibilidade, aferindo

[...] se estão presentes os pressupostos de admissibilidade (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer). Trata-se de matéria de ordem pública (NERY JÚNIOR; NERY, 2004, p. 1.041).

Sendo o juízo de admissibilidade

[...] a decisão sobre a aptidão de um procedimento ter o seu mérito (objeto litigioso) examinado. Toda postulação se sujeita a um duplo exame do magistrado: primeiro, verifica-se se será possível o exame do conteúdo da postulação; após, e em caso de um juízo positivo no primeiro momento, examina-se a procedência ou não daquilo que se postula (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p. 105).

Dentre os pressupostos de admissibilidade do recurso de agravo de instrumento, cabe destacar o seu cabimento na vigência do atual Código de Processo Civil.

Pela interpretação literal da lei, se a decisão interlocutória agravada não estiver elencada no rol taxativo do art. 1.015 do novo Código de Processo Civil, o Relator, de acordo com a incumbência

atribuída pelo art. 932, III, do mesmo código, não conhecerá do recurso, porquanto inadmissível por não cabimento.

Tal decisão, contudo, não está sujeita à preclusão (§ 1º, art. 1.009, do novo Código de Processo Civil), tendo em vista que o inconformismo poderá ser devolvido a exame do Tribunal de Justiça através da interposição de recurso de apelação, ou, ainda, em sede de preliminar de contrarrazões.

Ainda que essas decisões não recorríveis de imediato possam ser objeto de análise em momento posterior, pergunta-se: é possível admitir a interposição do recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses expressamente previstas no rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil, por meio de interpretação corretiva, como forma de evitar afronta às garantias processuais constitucionais?

Ou, no caso de possível afronta ao devido processo constitucional, deverá ser aceito o mandado de segurança para resguardar os direitos fundamentais dos litigantes e corrigir a lacuna legislativa?

Posicionamento jurisprudencial e doutrinário

A questão da interpretação a ser adotada em relação ao rol do art. 1.015 e a possibilidade, ou não, de interposição do recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses expressamente previstas no mencionado dispositivo, embora de extrema relevância, até o presente momento, não se encontra pacificada na jurisprudência, tampouco na doutrina, mesmo com mais de dois anos de vigência do novo Código.

Reconhecendo a complexidade da controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça propôs a afetação do Recurso Especial nº 1704520/MT para: 1) definir qual a natureza do rol do art. 1.015; 2) decidir se é possível a interpretação extensiva desse artigo, para admitir o cabimento do agravo de instrumento em face de decisões interlocutórias que não estão previstas nas hipóteses nele expressas. Senão vejamos:

Proposta de afetação. Recurso especial. Representativo de controvérsia. Seleção. Afetação. Rito. Arts. 1.036 e ss. Do CPC/15. Direito processual civil. Agravo de instrumento. Controvérsia. Natureza. Rol do art. 1.015 DO CPC/15. 1. Delimitação da controvérsia: definir a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos de referido dispositivo do novo CPC. 2. Afetação do recurso especial ao rito do art. 1.036 e ss. do CPC/2015 (BRASIL, 2018a).

Em ocasião anterior, o Tribunal Superior, ao julgar o Recurso Especial nº 1679909/RS, admitiu a interpretação extensiva ou analógica do inciso III do art. 1.015 do novo Código de Processo Civil. Confira-se a ementa do julgado:

Recurso especial. Processual civil. Aplicação imediata das normas processuais. *Tempus regit actum*. Recurso cabível. Enunciado administrativo nº 1 do STJ. Exceção de incompetência com fundamento no CPC/1973. Decisão sob a égide do CPC/2015. Agravo de instrumento não conhecido pela corte de origem. Direito processual adquirido. Recurso cabível. Norma processual de regência. Marco de definição. Publicação da decisão interlocutória. Recurso cabível. Agravo de instrumento. Interpretação analógica ou extensiva do inciso III do art. 1.015 do CPC/2015. 1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso, não podendo ser aplicadas retroativamente (*tempus regit actum*), tendo o princípio sido positivado no art. 14 do novo CPC, devendo-se respeitar, não obstante, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. 2. No que toca ao recurso cabível e à forma de sua interposição, o STJ consolidou o entendimento de que, em regra, a lei regente é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Enunciado Administrativo nº 1 do STJ. 3. No presente caso, os recorrentes opuseram exceção de incompetência com fundamento no Código revogado, tendo o incidente sido resolvido, de forma contrária à pretensão dos autores, já sob a égide do novo Código de Processo Civil, em seguida interposto

agravo de instrumento não conhecido pelo Tribunal *a quo*. 4. A publicação da decisão interlocutória que dirimir a *exceptio* será o marco de definição da norma processual de regência do recurso a ser interposto, evitando-se, assim, qualquer tipo de tumulto processual. 5. Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma *ratio* -, qual seja afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda. 6. Recurso Especial provido (BRASIL, 2018b).

O Ministro Castro Meira, quando do julgamento do REsp 693278/PR, assinalou que “a interpretação, seja ela extensiva ou analógica, objetiva desvendar o sentido e o alcance da norma para então definir-lhe, com certeza, a sua extensão. A norma existe, sendo o método interpretativo necessário, apenas, para precisar-lhe os contornos” (BRASIL, 2006).

Ora, o próprio Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização e interpretação das leis federais, sugere a necessidade de se suprir a lacuna deixada pelo legislador.

No mesmo sentido, sobre a recorribilidade da decisão que trata da competência através de agravo de instrumento, por meio de interpretação extensiva, Fredie Didier leciona que:

A interpretação extensiva da hipótese de cabimento de agravo de instrumento prevista no inciso III do art. 1.015 é plenamente aceitável. É preciso interpretar o inciso III do art. 1.015 do CPC para abranger as decisões interlocutórias que versam sobre competência. O foro de eleição é um exemplo de negócio jurídico processual; a convenção de arbitragem, também. Ambos, à sua maneira, são negócios que dizem respeito à competência do órgão jurisdicional. Primeiramente, em razão da identidade de *ratio*: são situações muito semelhantes, as quais, até mesmo pela incidência do princípio da igualdade (art. 7º, CPC), não poderiam ser tratadas diferentemente: alegação de convenção de arbitragem e alegação de incompetência têm por objetivo, substancialmente, afastar o juízo da causa. Ambas são formas de fazer valer em juízo o direito fundamental ao juiz natural - juiz competente e imparcial, como se sabe. Em segundo lugar, caso não se admita o agravo de instrumento nessa hipótese, perderia a utilidade a discussão sobre o foro de eleição. E que, sendo caso de incompetência relativa, o reconhecimento futuro da incompetência do juízo em razão do foro de eleição, por ocasião do julgamento da apelação (art. 1.009, § 1º, CPC), seria inócuo, pois o processo já teria tramitado perante o juízo territorialmente incompetente e, ademais, a decisão não poderia ser invalidada. Essa é a razão pela qual se previu o agravo de instrumento da decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem: ou cabe o recurso imediatamente, ou a discussão perderia sentido após a tramitação inteira do processo em primeira instância. Em terceiro lugar, qualquer decisão sobre alegação de convenção de arbitragem é impugnável, quer seja ela acolhida (apelação), quer tenha sido ela rejeitada (agravo de instrumento). A decisão que examina a alegação de incompetência é, em regra, decisão interlocutória - acolhendo-a ou rejeitando-a; o processo não se extingue, no máximo sendo reencaminhado ao juízo competente, caso a alegação tenha sido acolhida. Não há razão para que a alegação de incompetência tenha um tratamento não isonômico. Em quarto lugar, imagine-se o caso de decisão que declina a competência para a Justiça do Trabalho. Caso não seja possível impugná-la imediatamente, pelo agravo de instrumento, a decisão se tornaria rigorosamente irrecorrível, já que o Tribunal Regional do Trabalho, ao julgar o recurso ordinário contra a futura sentença do juiz trabalhista, não poderia rever a decisão proferida no juízo comum - o TRT somente tem competência derivada para rever decisões de juízos do trabalho a ele vinculados. Bem pensadas as coisas, portanto, é preciso estender a hipótese do inciso III do art. 1.015 a qualquer decisão sobre a competência do juízo, seja ela relativa, seja ela absoluta (DIDIER JR., 2017, p. 267-269).

Em sentido diametralmente oposto, Alexandre Freitas Câmara entende que

[...] não se pode é admitir que, por meio de “interpretação”, sejam incluídas no rol das decisões agraváveis pronunciamentos que claramente não o integram. É o caso, por

exemplo, da decisão que versa sobre competência, ou a que resolve algo relacionado ao valor da causa. Nesses casos realmente não cabe o agravo de instrumento. E há uma razão importante para isso, diretamente ligada ao direito fundamental à segurança jurídica (CÂMARA, 2017, p. 438).

Como dito anteriormente, a questão não se encontra pacificada, sendo que

[...] a decisão exarada pelo STJ mostra-se, de todo, controversa no ordenamento jurídico. Isso porque, mesmo após quase dois anos de vigência do CPC, ainda existe um intenso debate doutrinário e jurisprudencial no que tange às hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento (NUNES; ARAGÃO; BARBOSA, 2018).

Na obra *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, escrita por renomados juristas, sendo que dois deles inclusive participaram diretamente da elaboração da nova lei processual civil, é feita crítica relevante quanto à possibilidade de surgirem situações de decisões que podem ser recorríveis imediatamente ou não, dependendo do procedimento em que foram proferidas. Assim, é criado “um modelo nada coerente ao se restringir a recorribilidade das interlocutórias às hipóteses expressamente previstas, no procedimento comum, e permite uma recorribilidade ilimitada das interlocutórias via agravo em determinados procedimentos/fases” (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015. p. 32).

Resta evidente

[...] que algumas situações não alcançadas pelo aludido dispositivo legal podem ocasionar não só prejuízo, como também, caso apreciáveis apenas e somente por ocasião da futura apelação, retardar o trâmite do processo, colidindo com um dos objetivos precípuos do novo CPC, que é o de atribuir o maior índice possível de resultados úteis ao processo civil (MELLO *et al.*, 2016).

Desse modo, imperioso registrar que “a taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. [...] Tradicionalmente, a interpretação pode ser literal, mas há, de igual modo, as interpretações corretivas e outras formas de reinterpretção substitutiva” (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 209-211).

Portanto,

[...] para evitar que a impugnação de decisão interlocutória por mandado de segurança se popularize em demasia, a melhor doutrina vem defendendo uma interpretação ampliada das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, com utilização de raciocínio analógico para tornar recorrível por agravo de instrumento decisões interlocutórias que não estão expressamente previstas no rol legal (NEVES, 2016, p. 1.688).

Lado outro, parte da doutrina defende que,

[...] sendo a decisão suscetível de causar à parte lesão grave antes do julgamento da apelação, pode-se manejar mandado de segurança, consoante interpretação, a *contrario sensu*, da Súmula 267 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção” (DONIZETTI, 2018, p. 1.407).

Também apoiando a possibilidade de impetração do mandado de segurança, Rodrigo Freire e Maurício Cunha asseveram que, “para as hipóteses não impugnáveis pela via do agravo de instrumento, o Código reservou a apelação (impugnação nas razões ou nas contrarrazões de apelação), mas se houver urgência deve-se admitir a impetração do mandado de segurança” (FREIRE; CUNHA, 2017, p. 1.227).

Opinião

O mandado de segurança não pode ser tratado como sucedâneo recursal, sendo inadmissível seu uso anômalo como forma de suprir a lacuna deixada pelo legislador quanto às hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento.

A Lei nº 12.016 de 2009, que disciplina o mandado de segurança, prevê expressamente, no art. 5º, inciso II, que não se concederá mandado de segurança de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.

Na mesma linha de raciocínio, a Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal enuncia que “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

Conquanto uma decisão interlocutória não seja recorrível de imediato através do agravo de instrumento, tal decisão poderá ser combatida após prolação de sentença, por meio de recurso de apelação, ou em sede de preliminar de contrarrazões. Vale anotar que, por expressa previsão legal (art. 1.012 do Código de Processo Civil), a apelação terá efeito suspensivo.

Não se trata, pois, de decisão irrecurrível. A decisão é sim recorrível, porém em momento posterior, através de recurso dotado de efeito suspensivo. Conclui-se que não se concederá mandado de segurança contra essa decisão.

Superada a questão do não cabimento do mandado de segurança, cumpre ressaltar que não se defende aqui a possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória de modo a tornar o rol do art. 1.015 meramente exemplificativo, retrocedendo ao Código de Processo Civil de 1973.

O que se busca é, em respeito à supremacia da Constituição, assegurar às partes o devido processo legal, em estrita observância aos preceitos constitucionais fundamentais, sem deixar de lado a máxima da tão almejada celeridade processual.

A propósito, Daniel Amorim Assumpção Neves adverte que

[...] não é possível sustentar-se o cerceamento do direito de defesa das partes com a justificativa de diminuir o trabalho dos tribunais e assim melhorar seu rendimento. Essa fórmula é flagrantemente violadora dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa (NEVES, 2016, p.1. 687).

Do mesmo modo,

[...] a pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo, não se pode, de modo obcecado, suprimindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o tempo da ampla defesa que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova (LEAL, 2011, p. 82).

Isso posto, é imperativo que sejam ampliadas as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento de modo a assegurar o devido processo legal, suprimindo a lacuna deixada pelo legislador processual civil.

A decisão que indefere a produção de prova não é combatível de imediato através do recurso de agravo de instrumento, porquanto não existe previsão expressa no rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil.

Contudo, indeferida a produção de prova quando esta é essencial para a elucidação do fato controvertido e justa composição do litígio, tem-se por inequívoco o cerceamento ao direito de ampla defesa e afronta ao direito de efetivo contraditório.

As decisões sobre prova são de extrema relevância, porquanto

[...] a prova procedimental (existência de procedimento) é direito-garantia inafastável da cognição, porque somente a interpretação volitiva das autocracias ou democracias imperfeitas é que afastam a prova, em sua plenitude teórica, em troca de devaneios e ideias judicantes (LEAL, 2011, p. 178).

Ao não incluir a hipótese de indeferimento de provas no rol das decisões combatíveis via agravo de instrumento, o novo Código de Processo Civil peca por ignorar situações como as de perecimento da prova, desaparecimento de vestígios do direito, incapacidade ou morte de determinada testemunha, situações essas que não são incomuns em nossa rotina.

Com efeito, embora a questão não esteja sujeita à preclusão, em muitos casos, a apreciação posterior ocasionará inegável e inaceitável cerceamento ao direito de defesa e violação ao contraditório.

Sobre o contraditório, Aroldo Plínio Gonçalves esclarece que:

O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo (GONÇALVES, 2012, p. 109).

Ademais, não há que se cogitar que a produção antecipada de provas seria o método adequado de se buscar conservar ou preservar uma prova.

Isso porque, nos termos do disposto no § 4º do art. 382 do Código de Processo Civil, no procedimento de produção antecipada da prova, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

Igualmente, não será possível, nesse caso, que se impetre mandado de segurança, porque, se o caso exige exame de questão de fato e dilação probatória, não existe direito líquido e certo (art. 1º da Lei nº 12.016 de 2009), pelo que será indeferida a petição inicial.

Destarte, a parte que teve seu pedido de produção de prova indeferido, mesmo em situação de possível perecimento da prova, suportará, inegavelmente, prejuízo ao seu direito de defesa, tendo em vista que se viu tolhida de exercer o efetivo contraditório.

Conforme assevera Leal,

[...] no Estado Democrático de Direito, não há cogitar resultados financeiros e econômicos pelo encurtamento da atividade processual ou na rapidez (celeridade) dos procedimentos [...], pois a única vantagem buscada pela lei processual é assegurar, de modo irrestrito, o direito-garantia da ampla defesa, contraditório e isonomia (LEAL, 2011, p. 96).

Assim, proferida a sentença em nítido cerceamento de defesa, uma vez que a prova era essencial para deslinde do feito e justa composição do litígio, ela será anulada pelo tribunal que determinará o retorno dos autos para que nova sentença seja proferida, retardando o andamento processual, onerando ainda mais as partes e movimentando desnecessariamente o Poder Judiciário.

Daniel Amorim Assumpção Neves ilustra bem uma dessas situações.

Basta imaginar um processo no qual a prova pericial foi indeferida, a parte não pode agravar e alegou o cerceamento de defesa na apelação. Depois de longo lapso temporal, quando o tribunal de segundo grau finalmente enfrenta e julga a apelação, reconhece que houve um cerceamento de defesa. Voltam-se os autos ao primeiro grau para a produção da prova pericial, sendo no mínimo a sentença anulada. É realmente concernente com os princípios da economia processual e da duração razoável do processo tal ocorrência? (NEVES, 2016, p.1.688).

Em se considerando que o processo somente “cumprirá sua finalidade ao chegar a seu final com a participação das partes, participação revestida da garantia do contraditório” (GONÇALVES, 2012, p. 144), tal situação revela inaceitável violação ao próprio modelo constitucional do processo.

De acordo com a teoria da pirâmide de Hans Kelsen, a Constituição é considerada “uma ordenação normativa fundamental revestida de supremacia em relação às demais normas (regras e princípios) que compõem o ordenamento jurídico do Estado” (DIAS, 2015, p. 155).

Assim, no Estado Democrático de Direito, sendo a produção de prova essencial para efetivação do devido processo legal, entende-se que contra o pronunciamento judicial que decide sobre a produção de prova deve ser admitida a interposição do recurso de agravo de instrumento, em obediência aos princípios processuais constitucionais que regem o ordenamento jurídico.

Ainda, a decisão que define sobre competência, em atenção aos princípios do juízo natural, bem como da isonomia (tanto esta questão como a tratada no inciso III do art. 1.015 do Código de Processo Civil possuem a mesma *ratio*, não podendo, pois, ser tratadas de maneira distinta), deve ser recorrível via agravo de instrumento, utilizando-se a interpretação extensiva ou analógica do referido dispositivo legal.

Conforme defendido inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1679909/RS anteriormente mencionado, as decisões que rejeitam a alegação de convenção de arbitragem e que definem sobre a competência do juízo possuem a mesma *ratio*, qual seja afastar o juízo incompetente, em atenção ao princípio do juiz natural.

Desse modo, tais decisões não podem, sob pena de ferir o princípio da isonomia, receber tratamento legal diferenciado.

Até mesmo porque, caso se entenda que o agravo de instrumento não é cabível contra a decisão que decide sobre a competência, o procedimento tramitará perante juízo incompetente, sendo que as decisões por este proferidas poderão ser anuladas, embora a regra seja a da conservação dos atos (§ 4º do art. 64 do Código de Processo Civil), indo de encontro aos princípios da razoável duração do processo, celeridade e economia processuais.

Assim, a decisão que define sobre a competência do juízo é agravável, por interpretação extensiva ou analógica do inciso III do art. 1.015 do Código de Processo Civil.

Com efeito, tendo em vista que, ao deixar de incluir no rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil as decisões que versam sobre o indeferimento da produção de prova e competência do juízo, o legislador acabou por contrariar não só o modelo constitucional do processo, mas também a própria principiologia do próprio código.

O professor Rosemiro Pereira Leal ensina:

Não há Processo, nos procedimentos, quando o processo não estiver, antes, institucionalmente definido e constitucionalizado pelos fundamentos normativos do contraditório, ampla defesa, direito ao advogado, e isonomia, ainda que o procedimento se faça em contraditório, porque o contraditório há de ser princípio regente (direito-garantia constitucionalizado) do procedimento, e não atributo consentido por leis ordinárias processuais (codificadas ou não) ou dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador. Na teoria jurídica da democracia, o procedimento só é legítimo quando garantido pela instituição do devido processo constitucional que assegure a todos indistintamente uma estrutura espaço-temporal (devido processo legal e devido processo legislativo) na atuação (exercício), aquisição, fruição, correição e aplicação de direitos (LEAL, 2011, p. 33).

Para que se obtenha procedimento legítimo,

[...] havendo divergência entre o sentido literal e o genético, teleológico ou sistemático, adota-se uma das interpretações corretivas, entre as quais se destaca a extensiva, que é um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 211).

Desse modo, cabe aos operadores do direito suprir as lacunas deixadas pelo legislador para que sejam respeitados os princípios e garantias inerentes ao devido processo constitucional, por meio da interpretação corretiva da norma jurídica.

Conclusão

O novo Código de Processo Civil restringiu as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento em rol taxativo. Contudo, questiona-se a possibilidade de se interpor o agravo de instrumento fora das hipóteses previstas pelo legislador, como forma de resguardar as garantias e princípios fundamentais norteadores do devido processo constitucional, a partir de uma interpretação corretiva da norma.

Embora o novo Código tenha entrado em vigor há mais de dois anos, até o presente momento não há consenso na interpretação a ser dada ao rol do art. 1.015, seja na jurisprudência, seja na doutrina.

A relevância do tema é notória, tanto que o Superior Tribunal de Justiça propôs afetação de recurso especial para definir a natureza do rol do art. 1.015 e decidir se é possível sua interpretação extensiva, admitindo-se o cabimento do agravo de instrumento em face de decisões interlocutórias não previstas naquelas hipóteses.

A busca de soluções plausíveis para o problema pauta-se no modelo constitucional do processo, com fincas nos princípios e garantias que o regem. No Estado Democrático de Direito, os preceitos constitucionais são supremos e devem fundamentar todo o ordenamento jurídico para que seja legítimo e válido.

Ao restringir as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, o legislador processual civil deixou fora do rol taxativo decisões que, caso não apreciadas de imediato, podem configurar violação ao devido processo constitucional, em total discrepância com a própria principiologia que inspirou a criação do novo Código.

Ainda que tais decisões não estejam sujeitas à preclusão, podendo ser devolvidas ao exame do tribunal através da interposição de recurso de apelação, ou em sede de preliminar de contrarrazões, é de se admitir a interposição do recurso de agravo de instrumento, como forma de evitar afronta às garantias processuais constitucionais, utilizando-se, para tanto, da interpretação corretiva da norma.

A possibilidade de interposição do recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses previstas no rol do art. 1.015 evita inclusive o uso anômalo do mandado de segurança, que não pode ser aceito como sucedâneo recursal.

Isso porque não cabe mandado de segurança em face de ato judicial passível de recurso. Ora, a decisão interlocutória não impugnável através da interposição de agravo de instrumento é sim recorrível, porém depois de proferida a sentença.

Resta inequívoco, porém, que as decisões interlocutórias urgentes reclamam impugnação imediata, sob pena de incorrer em posterior anulação da sentença por inobservância ao devido processo legal, não sendo o mandado de segurança o meio adequado para suprir a falha do legislador.

Não se defende o cabimento irrestrito do agravo de instrumento contra toda e qualquer decisão interlocutória. Contudo, não se pode, a pretexto da celeridade processual, ignorar a supremacia da constituição e violar os direitos processuais fundamentais das partes.

Deve ser incluída no rol do art. 1.015 a decisão que indefere a produção de prova, que exige a possibilidade de recurso imediato, para que se efetive o contraditório, assegurando o direito à ampla defesa, de modo a alcançar a justa composição do litígio.

Proferida sentença sem a produção da prova necessária ao deslinde do feito, esta será anulada, a marcha processual restará comprometida, em total desrespeito aos princípios da celeridade e economia processuais, comprometendo a razoável duração do processo.

Lado outro, deve ser admitida a interpretação extensiva ou analógica do inciso III do art. 1.015 do Código de Processo Civil em relação às decisões que tratam da competência, para que se resguardem os princípios do juízo natural, isonomia, celeridade e economia processuais.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, aceitando a interposição de agravo de instrumento contra decisões relacionadas à definição de competência — hipótese não prevista no rol taxativo do art. 1.015 —, por analogia ou interpretação extensiva, reconhece a necessidade de se suprir a lacuna legislativa.

As decisões que rejeitam a alegação de convenção de arbitragem e as que definem sobre a competência do juízo possuem a mesma *ratio*, qual seja afastar o juízo incompetente. Portanto, em atenção ao princípio da isonomia, ambas devem ter o mesmo tratamento jurídico, sendo imperativo que se admita a interposição do agravo de instrumento contra a decisão que trata da competência do juízo, também em respeito ao princípio do juízo natural.

Portanto, através da interpretação corretiva da norma contida no art. 1.015 do Código de Processo Civil, deverão ser supridas as lacunas deixadas pelo legislador, de modo a se efetivar o devido processo constitucional.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.187, de 19 de outubro 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 out. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111187.htm. Acesso em: jul. 2018.

BRASIL. Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em: jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso: jul. 2018.

BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7.ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015b. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 01 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Proposta de afetação do Recurso Especial 1704520 / MT. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 20 fev. 2018, publicado no *DJe* em 28 fev. 2018. Brasília, 2018a.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 693278/PR. Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28 nov. 2006, publicado no *DJ* em 14 dez. 2006, p. 330. Brasília, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1679909/RS. Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14 nov. 2017, publicado no *DJe* em 1º fev. 2018. Brasília, 2018b.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de Direito Processual Civil*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; CUNHA, Maurício Ferreira. *Novo Código de Processo Civil para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concursos*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de *et al.* O agravo de instrumento e o rol do art. 1.015 do novo CPC: taxatividade? 2016. Disponível em:
<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235291,81042-O+agravo+de+instrumento+e+o+rol+do+art+1015+do+novo+CPC+taxatividade>>. Acesso em: 07 maio 2018.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle; ARAGÃO, Erica Alves; BARBOSA, Lígia de Freitas. STJ, o agravo e a interpretação extensiva do artigo 1.015 do novo CPC. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/opiniao-stj-agravo-interpretacao-artigo-1015-cpc>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.