

TAXATIVIDADE DO ROL DO ARTIGO 1.015, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO?

EXHAUSTIVENESS OF THE ARTICLE ROL 1.015, NEM CODE OF CIVIL PROCEDURE: WRIT OF MANDAMUS AS INTERLOCUTORY APPEAL SUBSTITUTE?

Pablo Freire Romão

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza
Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza
Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Civil - ABDPro
Email: pablromao@gmail.com

RESUMO: A pesquisa objetiva suscitar possíveis problemas e projetar soluções acerca do rol de decisões interlocutórias suscetíveis de impugnação por meio de agravo de instrumento, previsto no artigo 1.015, do CPC/15. Com arrimo nesses objetivos, desenvolve-se a discussão em quatro tópicos. Inicialmente, são realizadas críticas à escolha legislativa. Em seguida, analisa-se se a referida lista é taxativa ou exemplificativa. Após, examina-se eventual compatibilidade entre rol taxativo e interpretação extensiva. Por fim, são estabelecidos critérios para a impetração de mandado de segurança contra interlocutória não agravável.

Palavras-chave: direito processual civil; agravo de instrumento; novo Código de Processo Civil; interpretação extensiva; mandado de segurança.

ABSTRACT : The research aims to raise potential problems and design solutions on the list of interlocutory decisions susceptible to challenge by way of an interlocutory appeal under Article 1.015, CPC/15. With foundation in these objectives, it develops discussion on four topics. Initially, they are held criticism of the legislative choice. Then it analyzes if the list is exhaustive or illustrative. After, it examines the compatibility between exhaustive list and extensive interpretation. Finally, it establishes criteria for submit a writ of mandamus against non appealable interlocutory.

Keywords: civil procedural law; interlocutory appeal; new Civil Procedure Code; extensive interpretation; writ of mandamus.

INTRODUÇÃO

A recorribilidade das interlocutórias é problema tormentoso, sujeito à intensas variações legislativas, que objetiva(ra)m precipuamente um procedimento mais célere, voltado à razoável duração. O agravo de instrumento assumiu importância singular no direito processual brasileiro, sobretudo em virtude da tutela de urgência, por meio da qual se espera que a solução jurídica seja dada pelo juiz, no limiar de uma ação judicial, através de decisão interlocutória. Com o advento da nova legislação processual, o estudo do tema merece contínua revisitação.

O Código de Processo Civil de 2015 extinguiu o agravo retido e instituiu um rol de decisões interlocutórias sujeitas à interposição do agravo de instrumento. Assim, apenas são agraváveis as decisões previstas expressamente em lei, nos termos do artigo 1.015, do NCPC. O artigo 1.009, § 1º e § 2º, do NCPC, prescreve que as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas imediatamente pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final ou nas contrarrazões, dependendo se a parte recorrente foi vencida ou vencedora.

As hipóteses de cabimento do agravo de instrumento estão previstas no artigo 1.015, do NCPC, no qual consta um rol de decisões sujeitas à interposição do referido recurso. Esse regime, todavia, cinge-se à fase de conhecimento, não possuindo aplicabilidade nas fases de liquidação e de cumprimento de sentença, nem ao processo de execução de título extrajudicial e de inventário. Nessas hipóteses, todas as decisões interlocutórias são passíveis de agravo de instrumento, nos termos do artigo 1.015, parágrafo único, do NCPC.

A pesquisa objetiva suscitar possíveis problemas e projetar soluções acerca do rol de decisões interlocutórias suscetíveis de impugnação por meio de agravo de instrumento, previsto no artigo 1.015, do NCPC. Com arrimo nesses objetivos, desenvolve-se a discussão em quatro tópicos. Inicialmente, são realizadas críticas à escolha legislativa. Em seguida, analisa-se se a referida lista

é taxativa ou exemplificativa. Após, examina-se eventual compatibilidade entre rol taxativo e interpretação extensiva. Por fim, são estabelecidos critérios para a impetração de mandado de segurança contra interlocutória não agravável

1 CRÍTICAS GERAIS

Segundo Dierle Nunes, Humberto Theodororo Jr, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinad Pedro (2015, p. 32 e 34), o novo CPC criou um modelo incoerente ao restringir, no procedimento ordinário, a recorribilidade das interlocutórias por meio de agravo de instrumento às hipóteses expressamente previstas em lei, e permitir uma recorribilidade ilimitada das interlocutórias, por meio do mesmo recurso, em determinados procedimentos e fases (liquidação e cumprimento de sentença, por exemplo). Para os autores, o novo sistema induz situações em que uma mesma decisão, a depender do procedimento, pode ou não ser impugnada imediatamente pelo agravo de instrumento.

Pesquisa subsidiada pelo Ministério da Justiça e empreendida pela UFMG e UFBA intitulada “Avaliação do impacto das modificações no regime de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do novo CPC” (BRASIL, 2011) demonstrou que a mudança não trará quase nenhuma diminuição do número de recursos em trâmite: “a dicotomia entre os dois modelos, o vigente e o Projeto, no que tange à recorribilidade ou irrecorribilidade das decisões interlocutórias, é apenas aparente”. Isso porque “à luz dos dados estatísticos levantados pelo TJBA, constata-se, com relativa clareza, que as hipóteses de irrecorribilidade do Projeto representam pouco menos de 12% dos agravos de instrumento interpostos naquele Tribunal”. Ao final, a pesquisa concluiu: “a inovação legislativa do NCPC vai alterar muito pouco a quantidade de recursos de agravo de instrumento, existentes no TJBA”.

Em verdade, a técnica casuística do artigo 1.015, do NCPC, não se adapta à realidade forense, sendo mais conveniente a manutenção da cláusula geral permissiva do agravo de instrumento, atualmente prevista no artigo 522, do CPC/1973, pois o novo modelo não abarca todas as situações que evitariam, por exemplo, futura anulação da sentença, criando retrabalhos procedimentais que contrariam a premissa do máximo aproveitamento processual (artigo 4º, do

THEMIS

NCPC) e o princípio da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República). A modificação, além de não ser propensa à geração de impactos consistentes, revela-se prejudicial.

A taxatividade, ou não, do rol de cabimento do agravo de instrumento, previsto no artigo 1.015, do NCPC, é discussão que, certamente, envolve(rá) muitas discussões na doutrina e jurisprudência. A controvérsia pode ser assim sintetizada: existindo relevância e urgência que exija imediata revisão da matéria pelo tribunal, isto é, não sendo possível aguardar a análise apenas quando da apreciação do recurso de apelação (*v.g.* decisão que defere ou indefere arguição de preliminar de incompetência relativa ou absoluta realizada em sede de contestação) é infalível a impetração de mandado de segurança contra ato judicial? Ou a lista é exemplificativa?

O tema já possui divergências doutrinárias.

Há quem defenda, inicialmente, que o (1) rol não é taxativo, mas exemplificativo, isto é, admite hipóteses não previstas na lista legal. Noutra senda, existem autores apregoando que, (2) embora a relação seja taxativa, ela permite interpretação extensiva. Por fim, há processualistas sustentando que o (3) rol é taxativo, não permitindo interpretação extensiva, e, nas hipóteses não previstas em lei, será cabível mandado de segurança como sucedâneo recursal. Nos tópicos seguintes, critica-se individualmente referidas correntes doutrinárias, para, ao final, posicionar-se acerca da interpretação mais coerente a respeito da nova sistemática recursal do agravo de instrumento.

2 ROL TAXATIVO OU EXEMPLIFICATIVO?

Tendo em vista as intempéries que a taxatividade do rol do artigo 1.015, do NCPC, pode gerar, é provável que parte considerável da doutrina entenda que a relação é exemplificativa, ou ainda, que, sendo taxativa, admite a interpretação extensiva dos seus incisos. Embora semelhantes, tratam-se de posicionamentos distintos. No primeiro caso, acolhe-se a interposição do agravo de instrumento em situações distintas daquelas positivadas, o que, certamente, ofende flagrantemente a regra legislativa, bem como o objetivo do legislador, pois, tendo em vista a extensão e a especificidade da lista, dificilmente a *mens legis* é de um mero arrolamento de exemplos.

Flávio Luiz Yarshell (2015, p. 1.042) admite a interposição de agravo de instrumento contra qualquer decisão proferida no trâmite da produção antecipada de provas:

Foi infeliz a disposição que pretendeu restringir o cabimento de recurso, limitada que foi à hipótese da decisão que indeferir totalmente a produção antecipada de prova. Aqui pareceu ignorar que o deferimento da antecipação pode violar direitos constitucionalmente assegurados. No curso do processo é possível que haja atos de caráter decisório – sobre competência, composição da relação processual, de deferimento ou indeferimento de quesitos, de nomeação de perito suspeito, apenas para ilustrar – a gerar prejuízo imediato, pela simples razão de que, com a sentença nada resolverá sobre o mérito, isso tende a tornar realmente desnecessário eventual recurso de apelação.

Discorda-se do posicionamento. O elenco do artigo 1.015 é taxativo. Nesse sentido, para Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2015, p. 276), as decisões interlocutórias agraváveis, na fase de conhecimento, sujeitam-se a uma taxatividade legal. Assim, somente são impugnadas por agravo de instrumento as decisões interlocutórias relacionadas no referido dispositivo. Para que determinada decisão seja enquadrada como agravável, é preciso que integre o catálogo de decisões passíveis de agravo de instrumento. Se somente a lei pode criar recursos, apenas são recorríveis as decisões que integram um rol taxativo previsto em lei.

No sistema processual brasileiro, vige, quanto aos recursos, a regra da taxatividade. Sobre o tema, destacam José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier (2013, p. 46): “só é considerado recurso o meio de impugnação criado por lei. Nesse sentido deve ser entendido o princípio da taxatividade, pois este decorre do princípio da legalidade, segundo o qual só são recursos aqueles estabelecidos por lei federal”. Assim, se não é permitido às partes, por meio de negócio jurídico processual (artigo 190, do NCPC), instituir recurso não previsto em lei, também não podem inovar no elenco de decisões agraváveis, ampliando as hipóteses recursais.

3 TAXATIVIDADE E INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: COMPATIBILIDADE?

A segunda hipótese (rol taxativo que admite interpretação extensiva) é bem plausível e mais defensável. A taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva¹ (MAXIMILIANO, 2011, p. 355). São conceitos distintos e compatíveis entre si. Interpretação extensiva, segundo Miguel Reale (2001, p. 275), exatamente o resultado do trabalho criador do intérprete, ao acrescentar algo de novo àquilo que, a rigor, a lei deveria normalmente enunciar, vista das novas circunstâncias, quando a elasticidade do texto normativo comportar o acréscimo. Desse modo, graças a um trabalho de extensão, revela-se algo de implícito na significação do preceito, sem quebra de sua estrutura.

Ainda sobre o conceito de interpretação extensiva, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 297) leciona que se trata de um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido na sua letra. Argumenta-se, não obstante, que desse modo estará respeitada a *ratio legis*, pois o legislador (obviamente, o legislador racional) não poderia deixar de prever casos que, aparentemente, por uma interpretação meramente especificadora, não seriam alcançados. Assim, se a mensagem normativa contém denotações e conotações limitadas, o trabalho do intérprete será o de torná-las vagas e ambíguas.

Uma dose de indefinição é, talvez, um dos pressupostos ocultos da língua hermenêutica e, pois, da configuração da vontade do legislador. Aliás, de modo geral, o segredo do bom êxito da atividade interpretativa está em que não existem critérios precisos que indiquem quando se deve utilizar uma ou outra forma de interpretação ou se o intérprete deve valer-se de métodos sistemáticos, sociológicos ou teleológicos. Não é sem razão que a doutrina hermenêutica costuma dizer difusamente 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 ao seu alcance (FERRAZ JR. 2003, p. 297).

Sobre a compatibilidade entre rol taxativo e interpretação extensiva, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em precedentes envolvendo o rol de serviços sujeitos ao ISS, destaca: “é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, em

ampliação aos já existentes, apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para serviços congêneres”.

Em geral, essa vem sendo a postura da referida Corte em matéria tributária, que, nas hipóteses de incidência tributária, muito embora a legislação apresente rol taxativo, vem admitindo interpretação extensiva a fim de abarcar situações e institutos correlatos àqueles previstos expressamente, uma vez que, se assim não fosse, ter-se-ia pela simples mudança de nomenclatura de uma operação, a incidência ou não da exação² (BRASIL, 2012).

No âmbito do direito processual penal, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que as hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, previstas no Código de Processo Penal e em legislação especial, são taxativas (ou exaustivas – *numerus clausulus*), admitindo a interpretação extensiva, desde que a situação a que se busca enquadrar tenha similitude com as hipóteses do art. 581 do Código de Processo Penal³ (BRASIL, 2013; 2008).

No que concerne ao direito processual civil, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2015, p. 276) utilizam o exemplo da ação rescisória, cujo rol, embora taxativo, admite a interpretação extensiva do inciso VIII, do artigo 485, do CPC/1973. Referido dispositivo prevê o cabimento da referida ação com o escopo de invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença. No entanto, a doutrina estende a hipótese para os casos de reconhecimento da procedência do pedido, objetivando corrigir a referência à desistência, que deveria ser lida como “renúncia sobre o que se funda a ação”. Tal entendimento é sustentado por José Carlos Barbosa Moreira (1994, p. 127), Flávio Luiz Yarshell (2005, p. 335), Bernardo Pimentel de Sousa (2007, p. 749), Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2010, p. 416 e 417).

No entanto, como qualquer atividade cognitiva, a interpretação, sobretudo a extensiva, possui limites textuais. Atribuir sentidos inexistentes ou extrapolar significados semânticos sob a justificativa de interpretação extensiva equivale conferir caráter exemplificativo ao rol, ainda que sob outro arranjo ou fundamento. Antonio Notariano Jr. e Gilberto Gomes Bruschi (2015, p. 125) exemplificam o cuidado necessário à ampliação do sentido da norma contida no texto, cujo equívoco pode conduzir a situações *contra legem*:

THEMIS

Uma possível solução a ser dada pela doutrina e jurisprudência para admissão de agravo de instrumento para toda e qualquer decisão envolvendo matéria probatória aparece na interpretação extensiva da regra prevista no parágrafo único do art. 1.015, onde estabelece o cabimento do recurso contra as decisões proferidas na fase de liquidação.

Referida situação bem elucidada uma possível concepção equivocada do texto legal, a lógica seria essa: se todas as decisões proferidas em liquidação de sentença são relacionadas a provas e das decisões sobre provas na fase de conhecimento não estão no rol do artigo 1.015, admitir-se-á a interposição de agravo de instrumento, por extensão, às decisões semelhantes proferidas no processo de conhecimento, antes da sentença de primeiro grau. Trata-se de interpretação extensiva que inclui na norma sentido que nunca esteve contido nela. Conferir extensão nessa proporção desnatura de tal modo a opção legislativa que coloca em xeque a própria utilidade da apelação contra interlocutória não agravável.

A interpretação extensiva não serve para ampliar o rol previsto em lei; somente permite que determinada situação se enquadre no dispositivo, a despeito de o texto ser mais restrito. Não se amplia o conteúdo da norma, apenas há o reconhecimento de que dada hipótese é regida pela regra. Assim, taxatividade não significa literalidade ou interpretação gramatical. Embora o caso não se identifique com as expressões postas no texto legal, deve-se analisar a teleologia do dispositivo, de modo a alcançar a finalidade das normas que devem ser construídas a partir do texto⁴ (GRAU, 2006, p. 30). Nesse sentido, dispõe o artigo 5º, da LINDB: “Na aplicação da lei, o juiz atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Sobre o tema, destaca Alexandre Freitas Câmara (CÂMARA, 2015, p. 520):

A existência de um rol taxativo não implica dizer que todas as hipóteses nele previstas devam ser interpretadas de forma literal ou estrita. É perfeitamente possível realizar-se, aqui – ao menos em alguns incisos, que se valem de fórmulas redacionais mais “abertas” – interpretação extensiva ou analógica.

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2015, p. 276), analisando o artigo 1.015, III, do NCPC (dispõe ser cabível agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre rejeição de alegação de convenção de arbitragem), aduzem: “a decisão relativa à convenção de arbitragem é uma decisão que trata de competência. Se a decisão que rejeita a alegação de conversão de arbitragem é agravável, também deve ser agravável a que trata de uma competência, relativa ou absoluta”.

Para os autores, a rejeição da alegação de convenção de arbitragem e a alegação de incompetência são situações que se identificam e se assemelham, devendo possuir o mesmo tratamento. Salientam, ainda, o fato de ambas terem por objetivo afastar o juiz da causa, sendo formas de fazer valer o direito fundamental ao juiz natural. Ao final, concluem que o artigo 1.015, III, do NCPC, deve ser interpretado abrangendo as decisões interlocutórias que versem sobre incompetência.

Os processualistas vão além. Afirmam ser possível estender o inciso III, do artigo 1.015, do NCPC, às hipóteses em que há recusa de eficácia ou não homologação de negócio processual. Lecionam:

A 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. Como vimos, 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.; CUNHA, 2015, p. 278).

Discorda-se, em parte, dos autores. Deve-se atentar para a teleologia do dispositivo, isto é, a finalidade para o qual foi editado, sua razão de ser.

A convenção de arbitragem é negócio processual sobre competência. Isso não se discute. No entanto, o motivo de o legislador ter incluído a sua rejeição como hipótese de interlocutória agravável se deve ao fato de o seu acolhimento acarretar a extinção do processo sem resolução do mérito. Portanto, tem-se dois conjuntos alternativos de premissas no dispositivo: No primeiro: (1) existência de negócio processual; (2) cuja decisão sobre sua eficácia ou homologação pode

THEMIS

acarretar a extinção do processo sem o julgamento do mérito. No segundo: (1) deliberação sobre a competência do juízo; (2) cuja decisão pode acarretar a extinção do processo sem resolução do mérito

Nessa hipótese, seriam agraváveis, por interpretação extensiva: 1) decisão que não homologa desistência da ação, pois se trata de ato processual voluntário que objetiva pôr fim à demanda; 2) decisão interlocutória sobre competência quando o processo tramita em Juizado Especial ou envolve incompetência internacional, porquanto, nessas hipóteses, o seu acolhimento, pelo tribunal, pode levar à extinção do processo sem resolução do mérito.

Assim, diferentemente do sustentado por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2015, p. 278), não são todas as decisões sobre incompetência (relativa e absoluta) ou negócio processual (ainda que envolva eleição de foro ou suspensão do processo) que seriam suscetíveis de agravo de instrumento com base no artigo 1.015, III, do NCP. Acolher tal entendimento não significa interpretação extensiva. Respeitados os limites semânticos de texto, bem como a finalidade do dispositivo, a aplicação irrestrita proposta pelos processualistas é *contra legem*.

Caso o legislador tivesse o interesse que todos pronunciamentos judiciais que envolvessem competência ou negócio processual fossem agraváveis, os teria incluído no rol. Como destaca Cássio Scarpinella Bueno (2015, p. 623): “[a nova sistemática] será bem-vinda, justamente para não generalizar o emprego do mandado de segurança como sucedâneo recursal, interpretação ampliativa das hipóteses do artigo 1.015, sempre conservando, contudo, a razão de ser de cada uma de suas hipóteses para não generalizá-las indevidamente”.

Aliás, como destaca Lenio Luiz Streck (2010, p. 153-172): “aplicar a lei não é uma atitude positivista”. Há o dever – inerente ao Estado Democrático de Direito – de cumprir a lei, pois este é um dos preços impostos pelo direito e, sobretudo, pela democracia. Nesse sentido, o referido autor leciona: “cumprir a ‘letra da lei’ é um avanço considerável. Lutamos tanto pela democracia e por leis mais democráticas. Quando elas são aprovadas, segui-las à risca é nosso dever. Levemos o texto jurídico à sério”. Além disso, vale ressaltar: obedecer ao texto legal, democraticamente construído, não tem nada a ver com “exegese”. Interpretar possui limites, e estes se encontram no próprio texto.

Importante destacar situações em que se afigura possível interpretação extensiva.

Primeira: agravo de instrumento contra decisão que posterga a apreciação do pedido de tutela de urgência requerida *inaudita altera parte* para depois da manifestação do réu, pois ela equivale, rigorosamente, ao indeferimento da concessão da medida sem prévia oitiva da parte contrária⁵ (ROMÃO; ANDRADE, 2014). O fato de o autor não a obter *inaudita altera parte* justifica, por si, o interesse recursal. Referida situação se enquadra proposição existente no artigo 1.015, I, do NCPC, pois, embora não se trate de indeferimento expresso do pedido de urgência provisória, possui equivalência⁶, sendo suficiente para o alcance da interpretação extensiva, haja vista a identidade de finalidades previstas no exemplo e na hipótese normativa.

Segunda: de acordo com o artigo 1.015, X, do NCPC, é agravável decisão interlocutória que revoga efeito suspensivo anteriormente atribuído a embargos do executado. No entanto, segundo Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 523), não há sentido em admitir agravo de instrumento contra a decisão que revoga o efeito suspensivo anteriormente deferido aos embargos do executado e não admitir a interposição dessa mesma espécie recursal contra a decisão interlocutória que indefere a atribuição de efeito suspensivo aos embargos de executado, pois também esta decisão deve ser reputada agravável. No caso, os efeitos da revogação são os mesmos de indeferimento, de modo que o agravo em face de qualquer das decisões possui a mesma finalidade: conferir efeito suspensivo aos embargos.

Ao que parece, a tese sustentada por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha envolve mais uma questão de política judiciária do que interpretação e aplicação do Direito. Objetivando evitar o uso excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, cujo prazo é bem maior do que o do agravo de instrumento, os juristas optam pelo consequencialismo. Destacam os autores:

Como se sabe, o consequencialismo constitui método de interpretação em que, diante de várias interpretações possíveis, o intérprete deve optar por aquela que conduza a resultados econômicos, sociais ou políticos mais aceitáveis, mais adequados ou menos problemáticos. Busca-se, assim uma melhor integração entre a norma e a realidade.

THEMIS

É um método de interpretação que pode servir para confirmar a interpretação extensiva ora proposta (DIDIER JR.; CUNHA, 2015, p. 279).

Sobre o consequencialismo, Richard Posner (2002, p. 249) propõe um modelo pragmático puro, por meio do qual a decisão judicial deve gerar as melhores consequências possíveis, embora não se adote, de antemão, qualquer teoria do que é certo ou bom para selecionar ou valorar as consequências relevante. Referida proposta não possui critérios definidos, deixando-se ao arbítrio do julgador “desdizer” aquilo democraticamente dito, porquanto previsto em lei. Sua adoção possivelmente aproxima o direito dos resultados que dele se espera do plano social. No entanto, a inexistência de limites objetivos enseja a criação de exceções cuja imprevisibilidade põe em risco o Estado de Direito.

Teorias consequencialistas e utilitaristas da decisão judicial sobrelevam os desdobramentos do pronunciamento jurisdicional antes mesmo de este ser prolatado, admitindo-se que as consequências do ato possam condicioná-lo, isto é, as consequências do julgamento se sobrepõem às demais questões, dentre elas o conteúdo normativo e o procedimento em si. São capazes, portanto, de fazer preponderar institutos metajurídicos em detrimento das normas jurídicas (regras e princípios). Além de não prestigiar o caráter democrático da elaboração do texto legislativo, a abertura discricionária proporcionada pelo consequencialismo enseja a criação de institutos perniciosos, como, a jurisprudência defensiva.

No mais, diferentemente do alegado pelos autores, consequencialismo não é método de interpretação. Nesse sentido, a aplicação do Direito, segundo Ronald Dworkin (2002, p. 35 e 36) possui “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. O Direito deve ir além de argumentos consequencialistas. Direito é garantia. Decisões não podem ser segundo a consciência política, ideologias, econômica de quem julga. Igualmente, não se pode distorcer o texto legal sob o pretexto de solucionar problemas de política judiciária.

4 MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL?

De acordo com o artigo 5º, II e III, da Lei nº 12.016/2009, não cabe mandado de segurança contra decisão judicial (1) da qual caiba recurso com efeito suspensivo; e (2) transitada em julgado. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado sumular nº 267: “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”. Não obstante, a jurisprudência do STF⁷ e do STJ⁸ entende ser cabível mandado de segurança se no ato judicial houver teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante. Ademais, admissível referido remédio em face de decisão contra a qual não caiba recurso; para imprimir efeito suspensivo a recurso⁹ e quando impetrado por terceiro prejudicado¹⁰. Sobre o tema, leciona Alexandre Freitas Câmara (2012, p. 336 e 337):

Em casos nos quais e encontrem presentes, cumulativamente, dois pressupostos: primeiro, que não haja recurso eficiente contra a decisão, isto é, que o sistema processual não tenha previsto recurso capaz de permitir que se evite lesão ao direito do impetrante que o ato judicial que se pretende impugnar será capaz de perpetrar; segundo, que o ato judicial impugnado seja, como se convencionou dizer na prática forense, ‘teratológico’.

Em relação ao agravo de instrumento no novo CPC, existem autores que defendem que, tendo em vista a taxatividade do rol, nas hipóteses nele não previstas será cabível mandado de segurança como sucedâneo de agravo de instrumento, no prazo de 120 dias (artigo 23, da Lei nº 12.016/2009).

Nesse sentido, leciona Cássio Scarpinella Bueno (2014, p. 487): “a respeito da pergunta sobre o que fazer diante de uma decisão interlocutória não prevista como agravável de instrumento pelos precitados dispositivos, a resposta parece ser uma só voz, a de que ela será impugnável por mandado de segurança”. Igualmente, asseveram Antônio Notariano Jr. e Gilberto Gomes Bruschi (2015, p. 125): “sempre que a decisão for suscetível de causar a parte lesão grave e de difícil reparação e não estiver no rol exaustivo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, será cabível o mandado de segurança contra ato judicial”. Com o mesmo entendimento, José Miguel Garcia Medina (2015, p. 1.398 e 1.399) destaca:

THEMIS

O agravo de instrumento, à luz do CPC/2015, é cabível somente nas hipóteses previstas em ei. Disso resulta a taxatividade do cabimento do agravo de instrumento. De algum modo, procurou o legislador antever, com base na experiência haurida na vigência da lei processual revogada, os casos em que, sob a nova lei, justificariam a recorribilidade imediata da decisão interlocutória. A riqueza das situações que podem surgir no dia a dia do foro, porém, escapam da inventividade do legislador. Nesses casos, à falta de recurso que possa ser usado imediatamente contra a decisão, poderá ser o caso de se fazer uso de mandado de segurança.

De fato, a ausência de recorribilidade imediata das interlocutórias não previstas no artigo 1.015, do NCPC, pode ensejar a impetração de mandado de segurança. Todavia, seu cabimento não é automático, ou seja, não é toda interlocutória não agravável que é suscetível de mandado de segurança. Isso porque não se trata de decisão irrecorrível, porquanto impugnável em sede de apelação ou contrarrazões. Portanto, deve-se estabelecer critérios para o cabimento do referido remédio constitucional, edificados a partir da construção jurisprudencial existente e da Lei nº 12.016/2009.

Dessa forma, tendo em vista a recorribilidade das interlocutórias não agraváveis, o mandado de segurança somente seria cabível quando a decisão causar à parte lesão irreparável ou de difícil reparação, de modo que não se pode aguardar até a fase recursal (apelação ou contrarrazões de apelação) para impugná-la, sob pena de prejuízos inmensuráveis ao direito material ou ao processo. Além disso, exige-se que o pronunciamento seja ilegal, teratológico ou abusivo. Portanto, não havendo recurso eficiente para a situação posta em apreciação, pode a parte valer-se do mandado de segurança para impugnar imediatamente decisão que a prejudique demasiadamente. Aproveita-se, assim, a cláusula geral do atual agravo de instrumento, prevista no artigo 522, *caput*, do CPC/1973

CONCLUSÃO

Em verdade, a opção legislativa é desnecessária e equivocada. No entanto, os instrumentos a serem utilizados para corrigi-la devem ser alcançados dentro do ordenamento jurídico, por meio de interpretação e aplicação legítimas, capazes de serem estruturadas em consonância com o regime democrático de

elaboração das leis. Portanto, com arrimo nas premissas levantadas sobre o tema, propõe-se a seguinte prescrição:

O rol previsto no artigo 1.015, do NCPC, é taxativo, admitindo interpretação extensiva dos seus incisos, desde que respeitada a teleologia dos dispositivos. Em relação às interlocutórias não agraváveis, cabível a impetração de mandado de segurança, contanto que presentes cumulativamente dois requisitos, quais sejam: (1) perigo de dano irreparável ou de difícil reparação; e (2) ato judicial eivado de teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 abr. 2015.

_____. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 abr. 2015.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 abr. 2015.

_____. Ministério da Saúde. **Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC**. (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa - Coord.). Programa de Pós-Graduação das Faculdades de Direito da UFMG e a UFBA, 2011. Disponível em: <<http://www.acessojustica.gov.br>>. Acesso: 25 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no RMS 28082 AgR**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de julgamento: 05/11/2013. Data da publicação: 29/11/2013.

_____. **Acórdão no RMS 32017 AgR**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 24/09/2013. Data da publicação: 14/10/2013.

THEMIS

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no RMS 45.283/SP**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do julgamento: 25/08/2015. Data da publicação: 28/08/2015.

_____. **Acórdão no AgRg no MS 21.786/SP**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do julgamento: 01/07/2015. Data da publicação: 06/08/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no RMS 46.741/MA**. Relator: Raul Araújo. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do julgamento: 04/08/2015. Data de publicação: 25/08/2015

_____. **Acórdão no REsp 1324298/SP**. Relator: Ministro Humberto Martins. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do Julgamento: 12/06/2012. Data da publicação. 18/06/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp 1078175/RO**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data do Julgamento: 16/04/2013. Data da publicação 26/04/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp 197.661/PR**. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data do julgamento: 12/06/2008. Data da publicação: 01/12/2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Projetos do Novo Código de Processo Civil comparados e anotados**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. Saraiva: São Paulo, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Manual do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **Princípio da primazia do julgamento de mérito**. Disponível em: < <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br>>. Acesso em: 10. Jun. 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 01.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 3.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. Apelação contra decisão interlocutória não agravável: apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. **Revista de Processo**, ano 40, v. 241, p. 236, mar. 2015.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. 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**, São Paulo, n. 242, abr. 2015, p. 276.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 5, 2015, Vitória-ES. **Carta de Vitória**. Disponível em: <<http://portalprocessual.com>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

FERRAR JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. Atlas: Saraiva, 2003.

THEMIS

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; WAMBIER, Terese Arruda Alvim. **Processo civil moderno: recursos e ações autônomas de impugnação**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 2.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 5.

NUNES, Dierle; THEODORO JR, Humberto; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRO, Flávio Quinad. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NOTARIANO JR., Antonio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Agravo contra as decisões de primeiro grau**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. Saraiva: São Paulo, 2001.

ROMÃO, Pablo Freire; ANDRADE, Mariana Dionísio de. **Do cabimento do agravo de instrumento em face de decisão que posterga a análise do pedido liminar em tutelas de urgência**. Publicado no GT Processo e Jurisdição II do XXXII Encontro Nacional do Conpedi – João Pessoa/PB. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a lei é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Santa Catarina, v 15, n. 01, 2010, p. 153/172, jan./abr. 2010.

YARSHELL, Flávio Luiz. Das provas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

_____. **Ação rescisória: juízo rescindente e rescisório**. São Paulo: Malheiros, 2005.

NOTAS DE FIM

- ¹ Sobre o tema, destaca Carlos Maximiliano: “é o caso de interpretação extensiva, consistente em pôr em realce regras e princípios não expressos, porém contidos implicitamente nas palavras do Código”. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2011, p. 355.
- ² BRASIL. **Acórdão no REsp 1324298/SP**. Relator: Ministro Humberto Martins. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de Julgamento: 12/06/2012. Data de publicação 18/06/2012.
- ³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp 1078175/RO**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data do Julgamento: 16/04/2013. Data da publicação 16/04/2013. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp 197.661/PR**. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data de julgamento: 12/06/2008. Data da publicação: 01/12/2008.
- ⁴ Adota-se o paradigma pós-positivista segundo o qual norma e texto não se confundem. Segundo Eros Grau, a diferença entre texto e norma decorre do caráter alográfico do direito, pois o “texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete”. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30.
- ⁵ Sobre o tema: “Em caráter conclusivo, tem-se que o magistrado de primeiro grau, ao agir de maneira omissiva, postergando a análise liminar da tutela de urgência, tem o condão de causar um gravante à parte autora, visto que, no entender desta, o não deferimento imediato desse pedido causará lesões irreparáveis ou de difícil reparação ao direito que objetiva

THEMIS

proteger ou alcançar ao final do processo. Esse comportamento judicial, portanto, deve ser qualificado como decisão interlocutória, e não despacho, em virtude da sua evidente carga decisória, porquanto a inércia do julgador nesse momento inicial equivalente à não constatação da presença de iminente risco ao bem da vida que se busca proteger [...]. Pode o autor, portanto, demonstrando o equívoco do juiz, interpor recurso de agravo de instrumento, com o objetivo de expor ao tribunal que em verdade, o juiz de primeiro grau formou entendimento equivocado na apreciação da realidade fático-jurídica envolvida na controvérsia, e que não pode aguardar até a oitiva do réu para ter seu pleito deferido, sob pena de perecimento do seu direito. (ROMÃO, Pablo Freire; ANDRADE, Mariana Dionísio de. **Do cabimento do agravo de instrumento em face de decisão que posterga a análise do pedido liminar em tutelas de urgência**. Publicado no GT Processo e Jurisdição II do XXIII Encontro Nacional do CONPEDI – João Pessoa/PB, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=142067752cde9e31>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

- ⁶ Nesse sentido, o enunciado nº 29, do FPPC: “A decisão que condicionar a apreciação da tutela provisória incidental ao recolhimento de custas ou a outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento”.
- ⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Acórdão no RMS 28082 AgR**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data do Julgamento: 05/11/2013. Data da publicação 29/11/2013; **Acórdão no RMS 32017 AgR**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de julgamento: 24/09/2013. Data da publicação: 14/10/2013.
- ⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no RMS 45.283/SP**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do Julgamento: 25/08/2015. Data da publicação 28/08/2015; **Acórdão no AgRg no MS 21.786/SP**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Órgão Julgador: Corte Especial. Data de julgamento: 01/07/2015. Data da publicação: 06/08/2015.
- ⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no RMS 46.741/MA**. Relator: Raul Araújo. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do Julgamento: 04/08/2015. Data da publicação 25/08/2015.
- ¹⁰ Súmula nº 202, do Superior Tribunal de Justiça: “A impetração da segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso”.

Classificado em 1º Lugar Concurso Prêmio Prof. Miramar da Ponte

Recebido em: 02 out. 2015

Aprovado em: 18 mar. 2016