



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO**

RICARDO RIBEIRO DOS SANTOS

**A IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO
AGRAVÁVEIS DE INSTRUMENTO.**

**VITÓRIA, ES
2018**

RICARDO RIBEIRO DOS SANTOS

**A IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO
AGRAVÁVEIS DE INSTRUMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Justiça, Processo, e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge.

VITÓRIA, ES

2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)
Bibliotecária: Maria Aparecida da Costa Pereira Akabassi-CRB6-ES-43/O

S237i Santos, Ricardo Ribeiro dos, 1992-
A impugnação imediata das decisões não agraváveis de
instrumento / Ricardo Ribeiro dos Santos. – 2018.
252 f.

Orientador: Flávio Cheim Jorge.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Agravo (Direito processual). 2. Danos (Direito). 3. Decisão
interlocutória. 4. Mandado de segurança. I. Jorge, Flávio Cheim.
II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

RICARDO RIBEIRO DOS SANTOS

**A IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO
AGRAVÁVEIS DE INSTRUMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Justiça, Processo, e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge.
Universidade Federal do Espírito Santo - UFES
Orientador.

Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues.
Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Membro interno.

Prof. Dr. Thiago Ferreira Siqueira.
Membro externo.

Prof. Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica.
Universidade de São Paulo – USP. Membro externo.

*Ao Divino Espírito Santo,
pelos dons concedidos.*

AGRADECIMENTOS

A verdade é que não se alcança qualquer meta sem renúncias, sem indagações constantes, sem um grande esforço para gerir o nosso tempo. Mas assim como absolutamente tudo na vida, a caminhada acadêmica só parece ser solitária (você, o computador e os livros). Quando olho para trás recordo-me de todas as pessoas, das instituições, que foram direta ou indiretamente decisivas para a conclusão dessa pesquisa. E que bom ter um espaço dedicado exclusivamente a esse reconhecimento.

Não poderia me esquecer, antes de tudo, de Deus. É quem permite a conclusão de todos os nossos projetos de vida, quem nos coloca as pessoas certas, nos momentos certos, está presente em cada um dos agradecimentos seguintes.

A minha família também. Fundamental durante todo esse processo. Não são poucas as vezes em que são tantas as atividades, que esquecemos de uma simples ligação, de uma atenção especial. O mesmo vale para todos os amigos (verdadeiros amigos!), que se alegraram desde que ingressei no mestrado e nunca me fizeram esquecer que sempre estiveram ali. A minha namorada (Maria Helena), a pessoa que mais compartilhei, que mais esteve próxima à mim, durante todo esse processo, um exemplo de simplicidade, confiança e otimismo.

Agradeço a Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), pela oportunidade de usufruir de um ensino de tanta qualidade. A sala de aula tem a incrível capacidade de relembrar (o que a sociedade muitas vezes esquece!) que sentados na cadeira, diante da apresentação de seminário, todos nós somos iguais, independente da função que exercemos lá fora, de tempo de atuação. Não poderia deixar de dizer que o programa de pós graduação em direito processual dessa universidade cumpre à risca essas lições de igualdade e de humildade. A escuta atenta dos professores e dos alunos, a cada posicionamento, a cada debate. Uma marca que tanto tenho orgulho de ter vivenciado. Agradeço, em especial, ao Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge, ao Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues, ao Prof. Dr. Marcelo Pacheco Machado, ao Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei, que até mesmo fora dos horários de aula, disponibilizaram o tempo para a discussão do tema. Do mesmo modo, em especial, aos egressos do programa que também contribuíram com o trabalho, em nome do Prof. Dr. Thiago Siqueira, Prof. Me. Carlos Frederico Bastos Pereira.

Por fim, não poderia esquecer da instituição de ensino que me graduei. A Faculdade de Direito de Vitória (FDV) também foi decisiva na conclusão do trabalho. Se não fosse uma semente plantada pelos professores de direito processual (Bruno Silveira de Oliveira, Rodrigo Klippel, etc.), e de uma biblioteca completa, com ambiente adequado, com profissionais qualificados (Cida, Ana Paula, Sandra, Letícia, Vanuza), não teria sequer despertado o interesse pelo ingresso na academia, e após, concluído esse projeto que tanto me dediquei.

A vocês (e outros que momentaneamente esqueci-me de mencionar), muito obrigado!

“(...) é imprescindível dar à regulamentação dos recursos um sistema tal que seja permitido acomodar os dois ideais procurados pelo processo: brevidade e certeza.”

Egas Dirceu Moniz de Aragão – Demasiados Recursos?

RESUMO

Investigar a possibilidade de impugnação imediata das decisões interlocutórias, em especial, aquelas que estão de fora do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, é a principal força motriz da pesquisa realizada. O sistema adotado pela atual legislação, elegendo uma enumeração taxativa das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, sendo as demais recorríveis somente em sede de preliminar de apelação (art. 1.009, §1, CPC), deixa sem recurso imediato uma série de decisões que causam dano irreparável ou de difícil reparação à parte. Ao mesmo tempo, o legislador assume o risco da invalidação de muitos atos processuais e de um desperdício de cognição em primeira instância, caso acolhida a preliminar suscitada ao tribunal. Nesse aspecto, a pesquisa demonstra que o novo sistema ignora as experiências pretéritas – mal sucedidas - relacionadas à restrição ao poder de recorrer das interlocutórias. Do mesmo modo, busca em vão garantir os benefícios de um processo oral, principalmente a celeridade, com a adoção do subprincípio da irrecorribilidade das interlocutória em um procedimento totalmente desconcentrado. Diante desse realidade, e visando atender os anseios de um processo civil constitucional, a doutrina e a jurisprudência tem debatido sobre o meio de impugnação cabível para socorrer a parte frente às apontadas falhas do sistema. Em primeiro lugar, analisa-se a possibilidade de interpretação extensiva dos incisos do art. 1.015, identificando, em conjunto, como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se posicionado sobre a questão. Ademais, ocupa um lugar fundamental na pesquisa o estudo sobre o mandado de segurança contra ato judicial, nesse caso, defende-se os requisitos necessários para a admissão da via mandamental sem tornar sem efeito o sistema desejado pelo legislador, são eles: (a) ilegalidade (*error in procedendo* ou *error in iudicando*) que fira direito líquido e certo; (b) não coberta pela coisa julgada; (c) cause dano irreparável ou de difícil reparação. Nesse último requisito, em alguns casos estará presumido (*in re ipsa*) sendo em outros a demonstração em conjunto com a plausibilidade, afastando-se a necessidade de teratologia da decisão. Por final, admitindo a possibilidade de zonas de incerteza diante dúvidas colocadas pela doutrina e pela jurisprudência, trabalha-se com a possibilidade de utilização da fungibilidade de meios (no sentido de conversão) entre mandado de segurança e agravo de instrumento.

Palavras-chave: decisão interlocutória; agravo de instrumento; mandado de segurança; dano irreparável ou de difícil reparação.

ABSTRACT

Investigating the possibility of immediate challenge of interlocutory decisions, especially those that are out of art. 1,015 of the Civil Procedure Code of 2015, is the main driving force of the research conducted. The system adopted by the current legislation, choosing an exhaustive enumeration of the hypotheses of the interlocutory appeal, and the other appeals only on preliminary appeal (Article 1.009, §1, CPC), leaves without appeal a series of decisions which cause irreparable damage or difficult to repair apart. At the same time, it assumes the risk of invalidating many procedural acts and a waste of cognition in the first instance, if accepted the preliminary raised to the court. In this respect, the research shows that the new system ignores the past experiences - unsuccessful - related to the restriction of the power to appeal to interlocutors. In the same way, it seeks in vain to guarantee the benefits of an oral process, especially speed, with the adoption of the subprinciple of irrecorribility of the interlocutory in a totally deconcentrated procedure. Faced with this reality, and in order to meet the aspirations of a constitutional civil proceeding, doctrine and jurisprudence have debated the means of challenging the party in the face of the failures of the system pointed out. Firstly, the possibility of an extensive interpretation of the clauses of art. 1,015, analyzing, together, how the Superior Court of Justice (STJ) has positioned itself on the issue. In addition, the study on the writ of mandamus against judicial action occupies a fundamental place in the research, in this case, the necessary requirements for the admission of the mandamental route without not rendering without effect the system desired by the legislator, are: (a) illegality (error in procedendo or error in iudicando) that is illegal and right; (b) not covered by the res judicata; (c) causes irreparable damage or is difficult to repair. In this last requirement, in some cases it will be presumed (in reipsa) being in others the demonstration together with the plausibility, moving away from the necessity of teratology of the decision. Finally, admitting the possibility of zones of uncertainty, we work with the possibility of using the fungibility of means (in the sense of conversion) between writ of mandamus and interlocutory appeal.

Keywords: interlocutory decision; interlocutory appeal; writ of mandamus; irreparable damage or difficult repair.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
-----------------	----

PARTE 1

AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS E SUA RECORRIBILIDADE NO TEMPO

1 DO DIREITO PORTUGUÊS À INDEPENDÊNCIA DO BRASIL: A ORIGEM DAS IMPUGNAÇÕES ÀS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS.....	18
1.1 A INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO NA CLASSIFICAÇÃO E NA RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO DIREITO LUSITANO.....	18
1.2 A CLASSIFICAÇÃO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS E RECORRIBILIDADE NOS SÉCULOS XIII/XIV, NAS ORDENAÇÕES AFONSINAS, E NAS ORDENAÇÕES MANUELINAS.....	21
1.2.1 As querimônias nas Ordenações Afonsinas.....	23
1.2.2 As Ordenações Manuelinas e o surgimento dos agravos de instrumento e de petição.....	25
2 DA INDEPENDÊNCIA DO BRASIL ATÉ O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939: A RECORRIBILIDADE CASUÍSTICA E “A FIGURA DO DANO IRREPARÁVEL E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO”.....	26
2.1 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO PROCESSO CIVIL – ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS.....	26
2.2 DO DECRETO 763 DE 1890 (EXTENSÃO DO REGULAMENTO N. 737 DE 1850 ÀS CAUSAS CÍVEIS) ATÉ O CPC/1939.....	30
2.3 CONCLUSÕES PRELIMINARES DOS CAPÍTULOS 2 E 3 – A FIGURA DO “DANO IRREPARÁVEL”.....	34
3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939: UMA TENTATIVA FRUSTADA DE RESTRIÇÃO À RECORRIBILIDADE DAS INTERLOCUTÓRIAS.....	39
3.1 A CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS JUDICIAIS.....	39
3.2 A RECORRIBILIDADE DAS INTERLOCUTÓRIAS NO CPC/1939.....	41
3.2.1 O princípio da taxatividade e a recorribilidade das decisões interlocutórias.....	44
3.2.2 As decisões interlocutórias e o agravo no auto do processo (art. 851, CPC/39).....	46
3.2.3 As decisões interlocutórias e o Agravo de Instrumento (art. 842, CPC/39).....	48
3.3 APRENDENDO COM AS LIÇÕES DO PASSADO: OS PROBLEMAS DECORRENTES DA ADOÇÃO DA RECORRIBILIDADE CASUÍSTICA DAS INTERLOCUTÓRIAS.....	51
3.3.1 Os sucedâneos recursais e o CPC/1939.....	54
3.4 O RESULTADO DA ADOÇÃO DA IRRECORRIBILIDADE EM SEPARADO DAS INTERLOCUTÓRIAS.....	63
4 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973: A VOLTA DA RECORRIBILIDADE AMPLA E AS REFORMAS PROCESSUAIS NO REGIME DOS AGRAVOS.....	65
4.1 A CLASSIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CPC/1973.....	66
4.2 A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS E OS REGIMES DE AGRAVO.....	71

4.2.1 Da redação original do CPC/1973 à Lei n. 9139/95 – O mandado de segurança para emprestar efeito suspensivo ao agravo de instrumento.....	73
4.2.2 Da Lei nº 9.139/95 até a Lei nº 10.352/2001.....	75
4.2.3 Da Lei n. 10.352/2001 à Lei n. 11.187/2005.....	77
4.2.4 A Lei n. 11.187/2005 até o CPC/2015.....	79
4.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS DA PARTE 1.....	87

PARTE 2

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

5 A ADOÇÃO DE UM SISTEMA HÍBRIDO DE RECORRIBILIDADE.....	90
5.1 A DEFINIÇÃO DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA (ART. 203, §2).....	90
5.1.1 A natureza decisória.....	90
5.1.2 A ausência de conteúdo de sentença.....	92
5.2 A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS.....	95
5.2.1 Uma análise crítica: a adoção do princípio da irrecorribilidade das interlocutórias e a Crise Judiciária.....	95
5.3. O MODELO DE RECORRIBILIDADE HÍBRIDO DAS INTERLOCUTÓRIAS.....	115
5.3.1 As hipóteses genéricas do art. 1015, parágrafo único do CPC.....	116
5.3.2 As outras hipóteses definidas por lei (art. 1.015, XIII, do CPC).....	119
5.3.3 As hipóteses casuísticas estabelecidas no rol do art. 1.015 do CPC.....	120
5.3.3.1 O rol do artigo 1.015 do CPC: taxativo ou exemplificativo?.....	121
5.3.4 O princípio da relevância das decisões: identificando os critérios possíveis utilizados pelo legislador na definição das hipóteses do artigo 1.015 do CPC.....	130
5.4 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 5.....	134
6 A IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO AGRAVÁVEIS DE INSTRUMENTO.....	136
6.1 O AGRAVO DE INSTRUMENTO COM INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DOS INCISOS DO ART. 1.015 DO CPC.....	137
6.1.1 A interpretação extensiva e a analogia.....	139
6.1.1.1 A definição de alguns conceitos preliminares.....	139
6.1.1.2 A interpretação extensiva em sentido amplo.....	141
6.1.1.3 Doutrina da Teoria Geral do Direito que considera interpretação extensiva e interpretação analógica como sinônimos.....	142
6.1.1.4 Doutrina da Teoria Geral do Direito que considera interpretação extensiva e interpretação analógica com distinção.....	144
6.1.1.5 Conclusões parciais.....	149
6.1.2 A (in)compatibilidade de um rol taxativo com a interpretação extensiva/interpretação analógica.....	150
6.1.2.1 A interpretação extensiva na Lei Complementar nº 116/03 (ISSQN) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ).....	151
6.1.2.2 A interpretação extensiva do cabimento do Recurso em Sentido Estrito (art. 581, CPP) e o STJ.....	155
6.1.2.3 Conclusões sobre a interpretação extensiva/interpretação analógica no STJ em outras matérias e sua relação com o art. 1.015 do CPC.....	159
6.1.3 As hipóteses de interpretação extensiva do art. 1.015 discutidas pela doutrina.....	161

6.1.3.1 As tutelas provisórias (inciso I).....	161
6.1.3.2 Rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação (inciso V) e rejeição do pedido de limitação de litisconsórcio (VIII).....	163
6.1.3.3 - Concessão, Modificação ou Revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução (inciso X).....	164
6.1.3.4 Mérito (inciso II).....	167
6.1.3.5 Rejeição da alegação de convenção de arbitragem (inciso III).....	168
6.1.4 Conclusões sobre a interpretação extensiva do art. 1.015 do CPC.....	174
6.2 O MANDADO DE SEGURANÇA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO AGRAVÁVEIS.....	175
6.2.1 Os vestígios das fases do mandado de segurança contra ato judicial refletidos na atual jurisprudência.....	179
6.2.1.1 A 1ª fase e a teratologia das decisões judiciais.....	179
6.2.1.2 A 2ª fase e a súmula 267 do STF.....	182
6.2.1.3 A 3ª fase e o artigo 5º, II, da Lei 12.016/09.....	183
6.2.2 Os requisitos do mandado de segurança contra ato judicial.....	185
6.2.2.1 A ilegalidade que viole direito líquido e certo.....	185
6.2.2.2 A presença de dano irreparável ou de difícil reparação.....	189
6.2.2.2.1 <i>O princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5, XXXV, CF) frente às interlocutórias não agraváveis e o interesse recursal.....</i>	<i>193</i>
6.2.2.2.2 <i>O princípio do juiz natural (art. 5, LII, CF) frente às interlocutórias não agraváveis – competência.....</i>	<i>195</i>
6.2.2.2.3 <i>O princípio da razoável duração do processo frente às interlocutórias não agraváveis (art. 5. LXXVIII, CF) – o risco da invalidação de demasiados atos processuais em primeira instância.....</i>	<i>198</i>
6.2.2.2.4 Conclusões sobre o dano irreparável e de difícil reparação.....	208
6.2.2.3 Que não esteja coberta pela coisa julgada.....	210
6.2.3 Conclusões sobre o mandado de segurança como meio de impugnação imediato das decisões interlocutórias não agraváveis.....	211
7 UMA ANÁLISE SOBRE A FUNGIBILIDADE DE MEIOS: AGRAVO DE INSTRUMENTO COM INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA E MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL.....	212
7.1 A FUNGIBILIDADE DE MEIOS.....	213
7.1.1 Um breve estudo sobre o termo “fungibilidade” no direito processual.....	213
7.1.2 A fungibilidade recursal.....	214
7.1.3 Fungibilidade de meios ou conversão de meios?.....	218
7.1.4 Fungibilidade de mandado de segurança e agravo de instrumento.....	219
7.2.4.1 A competência.....	222
7.2.4.2 Os requisitos de admissibilidade e os meios probatórios.....	222
7.2.4.3 As custas processuais e intimações necessárias.....	224
7.3.4.4 A tempestividade.....	224
7.3.4.5 Da apreciação do pedido de antecipação de tutela de urgência (art. 300, CPC) e da liminar do mandado de segurança (art. 7, II, lei 12.016/09).....	226
7.3.4.6 Uma última reflexão: a desconsideração do <i>nomen juris</i>	227
7.3.5 Conclusão.....	229
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	231
REFERÊNCIAS.....	238

INTRODUÇÃO

As reformas processuais, sejam elas de grande ou pequena magnitude, são sempre capazes de gerar crises de certeza. Esse resultado não poderia ser diferente, diante de uma drástica mudança no sistema de impugnação das decisões interlocutórias no código de processo de civil de 2015¹.

A história nos revela que esse é mais um capítulo de um embate sempre esteve presente, ao longo dos anos, no sistema recursal brasileiro: restringir a recorribilidade imediata a algumas interlocutórias ou admiti-las a partir da adoção conceito jurídico determinado “dano irreparável ou de difícil reparação”, deixando o ônus argumentativo para as partes?

Como se sabe, saímos de um modelo recente que determinava a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias com “lesão grave ou de difícil reparação” (art. 522, CPC/1973), para a adoção de um sistema híbrido de recorribilidade, que por sua vez, elege expressamente um rol de hipóteses temáticas em que o agravo de instrumento poderá ser utilizado (art. 1.015, art. 1.015, parágrafo único, CPC/2015), sendo as demais interlocutórias recorríveis em sede de preliminares de Apelação ou de contrarrazões de Apelação (§1, art. 1.009).

Com mais uma mudança de rumos – idas e vindas que a pesquisa demonstrará -, é natural que os reflexos já estejam sendo sentidos pelo dia a dia do foro e revelados, continuamente, pela doutrina e pela jurisprudência que buscam respostas para uma série de indagações.

A dúvida matriz está diretamente relacionada à taxatividade ou não da enumeração das hipóteses casuísticas que autorizam o cabimento do agravo de instrumento (art. 1.015, do CPC).

A partir dessa definição, o problema apresentado é que o legislador deixa sem recurso de apreciação imediata, uma série de decisões interlocutórias tão mais caras ao procedimento e ao desfecho da lide, quanto àquelas contempladas pelo rol do art. 1.015, assumindo o

¹ “(...) Tendo em vista sua amplitude, um novo Código de Processo Civil tem o potencial ilimitado de gerar incertezas. Com as reformas, as incertezas surgidas eram sempre pontuais e seguidas. Com o novo código, as novas incertezas serão absolutamente gerais, tal como o próprio código, de modo que a jurisprudência levará anos para assentar precedentes e permitir o retorno ao estado de segurança.” MACHADO, Marcelo Pacheco. **Incerteza e Processo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 108.

seríssimo risco da invalidação de muitos atos processuais, caso acolhida, mais à frente, pelo juízo *'ad quem'*².

Do mesmo modo, merece consideração o fato de que o rol eleito não dá conta (e jamais conseguirá!) de contemplar todas as decisões interlocutórias que possam causar dano irreparável ou de difícil reparação imediato às partes, seja pela própria natureza da decisão que se consuma tão logo que é proferida, seja por uma urgência material ou mesmo processual.

Aliás, há algum critério utilizado pelo o legislador para a definição do cabimento do agravo de instrumento que nos permita dizer que outras hipóteses também mereceriam o mesmo tratamento? Se sim, qual o meio de impugnação e quais os requisitos de sua utilização?

Sobre a inevitável discussão sobre o meio (instrumento) de impugnação imediata, dois são aqueles que mais chamam atenção: o próprio agravo de instrumento com interpretação extensiva e o mandado de segurança contra ato judicial.

Ocorre que, pouco aprofundamento tem se dado ao tema. Não sabe ao certo o que é a interpretação extensiva, quais são seus limites e os seus critérios de aplicação, e, sobretudo, acerca de sua compatibilidade com um rol taxativo, prova disso é a recente afetação do tema pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a partir do *Resp. n. 1.704.520 - MT*³.

Nesse ponto, o trabalho pretende contribuir com a sistematização da matéria, avaliando, principalmente, os recentes posicionamentos do própria sobre a questão, e ainda sobre em outras matérias que também adotam interpretação em enumerações taxativas.

² “Postergar para o momento de julgamento da apelação o julgamento da impugnação da decisão interlocutória é armar uma verdadeira “bomba-relógio” no processo. Não é difícil imaginar o estrago que o acolhimento de uma impugnação da decisão interlocutória nesse momento procedimental ocasiona ao procedimento, ao anular todos os atos praticados posteriormente à decisão interlocutória impugnada. (...) É realmente concernente com os princípios da economia processual e da duração razoável do processo tal ocorrência?” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. São Paulo: JusPodvum, 2017, p. 1560.

³ProAfR no REsp 1704520/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/02/2018, DJe 28/02/2018. São também os citados julgados pela proposta de afetação e que serão citados ao longo do trabalho: REsp 1.700.500/SP; REsp 1.701.691/SP; REsp 1.686.393/MG; e AREsp 1.174.675/RS; Resp. 1.679.909/RS.

De igual maneira, um estudo do mandado de segurança contra ato judicial se faz necessário, estabelecendo uma correta disciplina teórica sobre o tema, com vistas aos princípios constitucionais afetos ao processo, e, por conseguinte aos requisitos fundamentais para sua aplicação. Nesse ponto, há um paradoxo que merece enfrentamento: como admitir o mandado de segurança contra ato judicial contra as decisões interlocutórias não agraváveis sem tornar “letra morta” a regra de recorribilidade diferida em sede de apelação (art. 1.009, §1, CPC/2015)?

Por último, não se nega que em muitas hipóteses de cabimento estaremos em uma “zona de penumbra” diante da própria incerteza, ante os posicionamentos totalmente distintos da doutrina e da jurisprudência. Nesse momento, é mais que necessário evitar, diante da dúvida objetiva, a penalização da parte pelo meio escolhida, cabendo a nós a utilização de técnicas processuais que visem mitigar esse ônus e evitar a surpresa para elas.

Essa é a “espinha dorsal” do trabalho a ser desenvolvido. A partir da exposição do problema, a pesquisa foi estruturada em duas partes.

Na primeira delas, a recorribilidade no tempo (capítulos 1, 2, 3, 4), cada capítulo está dedicado a um momento histórico que pretende subsidiar um diagnóstico para possíveis causas e soluções para os problemas do presente.

Dentre os objetivos principais, destaca-se: estudar as experiências vivenciadas diante das limitações ao direito de recorrer das interlocutórias, identificando os efeitos sentidos pelo sistema diante uma restrição, procurando aprender com o passado, e identificar se o retorno a uma recorribilidade taxativa é (in) compatível com o processo civil brasileiro, sendo uma boa ou má escolha pelo legislador; e ainda, o estudo sobre a figura do “dano irreparável ou de difícil reparação”, importante conceito jurídico indeterminado que, na maioria dos momentos da história, definiu a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, e diante da restrição, também parece como requisito no mandado de segurança contra ato judicial;

Já na segunda parte, adentramos ao estudo do código de processo civil de 2015. Com isso, analisamos criticamente, a partir dos próprios dados históricos fornecidos pela primeira parte do trabalho, fundamentos teóricos, e dados empíricos indicativos, para dizer se foi feliz pelo

legislador à uma recorribilidade restrita e temática. Após, diagnosticarmos os impasses deixados por esse sistema, estudando profundamente a interpretação extensiva do agravo de instrumento, e o mandado de segurança como meios possíveis meios de atenuar essas falhas deixadas pelo legislador.

Finalizamos, pois, com uma análise sobre a fungibilidade de meios, como medida de garantia a segurança jurídica das partes.

PARTE 1

AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS E SUA RECORRIBILIDADE NO TEMPO

1 - DO DIREITO PORTUGUÊS À INDEPENDÊNCIA DO BRASIL: A ORIGEM DAS IMPUGNAÇÕES ÀS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS.

Muito embora não seja o principal escopo deste estudo, um breve resgate histórico do surgimento dos agravos no Direito Romano, perpassando sob sua influência no Direito Português, até chegarem às codificações brasileiras, oferece-nos uma visão evolutiva da recorribilidade das decisões, bem como dos meios de impugnação que resultam no panorama atual do ordenamento jurídico brasileiro.

Por conseguinte, podemos encarar os principais problemas do CPC/2015, no que diz respeito à recorribilidade das decisões interlocutórias, amadurecendo com as lições do passado, e transportando para a realidade soluções já apresentadas outrora, ou ao menos, que nos oferecem diretrizes para tanto. É o que passa a ser feito.

1.1. A INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO NA CLASSIFICAÇÃO E NA RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO DIREITO LUSITANO.

Delimita-se o processo civil romano, em regra, em três grandes períodos: o da *legis actiones*, o *per formulas* e o da *extraordinaria cognitio*⁴.

No sistema da *ordo iudiciorum privatorum*, que abrangem tanto a *legis actiones*, quanto o direito formular, o processo se desenvolvia em duas fases distintas: a primeira *in iure*, destinada a propor a lide, e encerrada pela *litis contestatio*. E a segunda, *apud iudicem*, destinada a decidir a lide, encerrando-se com o pronunciamento do *iudex*⁵.

Quanto a natureza das decisões, vale ressaltar que embora fossem classificadas as decisões finais como *sententia*, e aquelas proferidas no curso feito, como *interlocutiones*, pode se dizer que nesse lapso temporal, assim como no período do processo formulário, não se poderia

⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 39.

⁵ BUZAID, Alfredo. **Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 18.

afirmar a existência, à época, de uma autêntica decisão interlocutória anterior à sentença definitiva, justamente porque a cognição realizada no processo se esgotava em um único pronunciamento do *iudex privatus*⁶.

Assim, somente no período da *extraordinária cognitio* (de 209 d.C até 568 d.C), tornou-se possível uma distinção mais nítida entre a chamada sentença definitiva e sentença interlocutória⁷, o que, por conseqüência, ensejou a discussão sobre o meio correto para se insurgir em cada uma delas.⁸

Com mais precisão, o que se diz ser a primeira notícia de impugnação contra as sentenças interlocutórias, é na Dinastia dos Severos (193 a.C até 235 a.C), por meio de Apelação.⁹ É o que leciona Moacyr Lobo da Costa: “parece que o recurso contra as *interlocutiones* teria sido admitido no tempo dos *Severos*, tendo em vista dois fragmentos, que se refere, a essa questão, um de Scevola, pouco anterior àquele período, e outro de Macer, próprio daquele período¹⁰”

A regra que prevalecia, entretanto, era a proibição de se poder apelar das interlocutórias, “porque o Juiz as podia revogar livremente, e se não as revogava, nunca passavam em

⁶ COSTA, Moacyr Lobo da. **Agravo no Direito Lusiano**. In: Estudo de histórica do processo: recursos/Luiz Carlos de Azevedo e Moacyr Lobo da Costa – Osasco: FIEO, 1996, p.134.

⁷Explica-se, preliminarmente, que não havia a utilização do termo “decisão interlocutória”, tal como se apresenta no rigor teórico atual. No Direito Romano a “sentença” era gênero das quais eram espécies: as definitivas e as interlocutórias. COSTA, Moacyr Lobo da. **Agravo no Direito Lusiano**. In: Estudo de histórica do processo: recursos/Luiz Carlos de Azevedo e Moacyr Lobo da Costa – Osasco: FIEO, 1996, p.133. Em sentido oposto, com apoio na doutrina de Chiovenda, Alfredo Buzaid expõe que haveria sim uma distinção clara entre a *sententia* e a *interlocutio*, “quer quanto ao nome, quer quanto ao conteúdo, quer quanto aos efeitos. Antes de tudo, nas duas rubricas do Digesto (42.1) e do Código (7.45), a *sententia* é contraposta à *interlocutio*. Quanto ao tratamento jurídico, observa-se que a *interlocutio* é inapelável. Apelável só a *sententia*. E, finalmente, enquanto efeito característico da *sententia iudicis* é a *res iudicata*, seria absurdo falar de *res iudicata* a propósito de *interlocutio*, porque a questão da que esta decide não opera preclusão, nem produz coisa julgada. Portanto, o processo civil romano, tendo em vista o seu objeto, que é o julgamento da lide, não admite apelação senão da sentença definitiva, desconhecendo a categoria da sentenças interlocutórias. **Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 20.

⁸ COSTA, Moacyr Lobo da. **Agravo no Direito Lusiano**. In: Estudo de histórica do processo: recursos/Luiz Carlos de Azevedo e Moacyr Lobo da Costa – Osasco: FIEO, 1996, p.133.

⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 34

¹⁰ Scevola, Dig. 49, 5, 4; Macer, Dig. 49, 5, 4. O autor ainda continua: “Conquanto restritos à singularidade dos casos contemplados, não ensejando o entendimento de um critério geral, Orestano é de opinião que esses dois fragmentos parecem revelar a possibilidade de se apelar contra as *interlocutiones*, no tempo dos Severos (*L'Apello* cit. p. 267). **Agravo no Direito Lusiano**. In: Estudo de histórica do processo: recursos/Luiz Carlos de Azevedo e Moacyr Lobo da Costa – Osasco: FIEO, 1996, p. 134.

julgado, e a apelação da definitiva ia emendar os erros ou gravames delas; exceto se as interlocutórias tinham força de definitivas ou continham dano irreparável.”¹¹

Aliás, já adentrando ao sistema de impugnações no Direito Português, a doutrina atribui uma ligação bem direta da forma em que a recorribilidade das decisões no direito lusitano se dava com o direito clássico, principalmente no que se refere à impugnação das decisões não apeláveis, sendo essas, “as raízes” do agravo.

É que no sistema romano, havia certas decisões finais que ao serem proferidas por indivíduos do último escalão de autoridade no exercício da função judiciária, não desafiavam qualquer meio de se insurgir contra elas.¹²

Com o tempo, todavia, esse rigor foi sendo atenuado pelas chamadas *supplicationes*, que funcionavam da seguinte forma: embora a parte vencida reconhecesse a autoridade e justiça da decisão, realizava um verdadeiro suplício, implorando que a mesma autoridade reexaminasse o julgado para que fossem diminuídos os efeitos danosos daquela decisão.¹³

A *supplicatio* se apresentava, assim, como verdadeiro meio de impugnação extraordinário em face de sentenças definitivas que não comportavam a *appellatio*, sendo esse caráter a principal distinção desse último recurso. Era destinada sempre ao imperador a fim da correção de erros *in judiciando* pelo juízo *a quo*.¹⁴

A recorribilidade das decisões no Direito Português, por sua vez, em similitude com o direito romano, era limitada a determinadas autoridades judiciárias. Assim, por exemplo, aquelas decisões proferidas por os corregedores da civil da corte, pelo juiz da Índia e Minas, ficavam sem qualquer remédio.¹⁵

¹¹PINTO, Joaquim Gouvêia. **Manual de Apellações e Aggravos**. Ed. Eduardo&Henrique Laemmert, Rio de Janeiro, 1872, p. 4.

¹²Ibid. p. 36

¹³ Ibid. p. 37.

¹⁴ Sobre todas as características da *supplicatio* vide a obra de José Rogério Cruz e Tucci, *Jurisdição e Poder*. O autor recupera a origem deste recurso, passando pelo direito romano, direito visigótico, direito comum, direito hipano-lusitano e, por fim, sua influência direta no direito brasileiro. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Jurisdição e Poder: contribuição para a história dos recursos cíveis**. 1ª ed., Saraiva. São Paulo, 1987.

¹⁵WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aggravos no CPC brasileiro**. 4ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 36

Para esses casos, a praxe acabou por criar um meio de se insurgir contra essas decisões, as chamadas “soprições”, substituídas, posteriormente, pelo agravo ordinário, que em nada se assemelhava ao agravo dos contornos atuais.¹⁶

De toda forma, o que nos importa é que, com inspiração do Direito Romano, as “soprições” surgiam à época também como uma medida extraordinária (fora da previsão recursal ordinária existente), aceita para se insurgir contra decisões irrecorríveis até então pelo sistema português.

1.2. A CLASSIFICAÇÃO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS E RECORRIBILIDADE NOS SÉCULOS XIII/XIV, NAS ORDENAÇÕES AFONSINAS, E NAS ORDENAÇÕES MANUELINAS.

Quanto às espécies de sentença durante o século XIII, época do reinado de D. Afonso III (1248-1279¹⁷), tinha-se: as sentenças definitivas e as sentenças interlocutórias, e independente da classificação dessas decisões, o único recurso cabível para ambas era a Apelação.¹⁸

Em especial, também sob influência do Direito Romano, a concepção de decisão interlocutória encampada à época, distinguindo-as das sentenças, se dava no sentido de que eram interlocutórias aquelas que *abrangiam todos os pronunciamentos do juiz, emitidos no curso do processo, mas sem lhe resolver o mérito*¹⁹. A sentença definitiva, por sua vez, era aquela a partir da qual se esgotava toda a atividade processual com a resolução do mérito, uma solução definitiva.

¹⁶ Esses agravos se assemelhavam mais com o atual recurso de Apelação, vez que eram interpostos de algumas sentenças definitivas e das interlocutórias com força de definitiva. Importante dizer, todavia, que com a Apelação, da época, não se confundia. Martinho Garcez estabeleceu importantes diferenciações entre esses recursos: “O agravo ordinário apenas se distinguia da apelação, em que: 1º, o agravo era de direito restricto, não assim a apelação; 2º, a appellação devolvia ao júizo superior o conhecimento inteiro da causa e aproveitava mesmo á parte que não tivesse appellado; 3º o appellante podia aproveitar-se do beneficio da restituição na hypotese da Ord 3, 68, §6; no agravo ordinário, só em favor dos menores se dava a restituição.” **Dos Aggravos**, 1913, p. 1; BUZAID, Alfredo. *Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 32.

¹⁷ MONTEIRO, João. **Programma do curso de processo civil ou apontamentos para as lições da 3ª cadeira do 4º anno da Faculdade de Direito de S.Paulo**. 2ª ed, São Paulo, Suprat&Comp., 1905, v. III.p. 69.

¹⁸ Assim dispôs Luiz Carlos Azevedo. *Origem e Introdução da Apelação*. In: **Estudos de Histórica do Processo: recursos**. AZEVEDO, Luis Carlos; COSTA, Moacyr Lobo da. Ed. FIEO, São Paulo, 1996.p. 90. BUZAID, Alfredo. *Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 31.

¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 102;

Já no reinado de D. Afonso IV (1325-1357), ganha relevância para o presente estudo, a proibição das Apelações e “Sopricações” em face das sentenças interlocutórias, com exceção para dois casos: **quando a decisão tivesse caráter de terminativa do processo, e, por consequência, ficasse o juiz impedido de proferir sentença definitiva; ou no caso de ocorrer dano proveniente da interlocutória, que não pudesse ser reparado pela decisão definitiva (Livro III, Tit. 72, nº5)²⁰.**

Nas palavras de Martinho Garcez, “*reduziram a apelatio das interlocutórias a dois casos únicos, de dano irreparável e terminação do processo*²¹”.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci são a partir daí que doutrinariamente se “*diferenciou as decisões interlocutórias simples daquelas decisões interlocutórias com força de definitiva*.”²²”.

Nesse mesmo sentido, Luiz Carlos de Azevedo diz ser no reinado D.Afonso IV que “irá distinguir as decisões interlocutórias simples daquelas decisões interlocutórias com força de definitiva para o fim de se conceder apelação tão-só para estas, revelando tal pratica indiscutível selo do Direito Romano; desta distinção, irão se originar, primeiramente, os extormentos de agravo ou cartas testemunháveis e, mais tarde, as várias modalidades de agravo.”²³,

Assim, considerando, sobretudo, que a própria lei passou a definir consequências distintas (recorribilidade) a depender das características da decisão interlocutória proferida, uma classificação uniforme dessas decisões já não se mostrava suficiente.

Em suma, como se verá de maneira mais profunda, a decisão interlocutória mista ou com força de definitiva era aquela que, ao decidir sobre uma questão incidente ou emergente do

²⁰TUCCI, José Rogério Cruz e. *Jurisdição e Poder: contribuição para a história dos recursos cíveis*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva 1987, p. 163. Nesse sentido, Carlos Silveira Noronha, **O Agravo na História do Processo Português como Gravame e como Recurso**. RePro nº 78, p.71; COSTA, Moacyr Lobo da. *Agravo no Direito Lusitano*. In *Estudo de histórica do processo: recursos/Luiz Carlos de Azevedo e Moacyr Lobo da Costa* – Osasco: FIEO, 1996, p. 149.

²¹ GARCEZ, Martinho. **Dos Aggravos: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos. 1914, p.10.

²²TUCCI, José Rogério Cruz e. **Jurisdição e Poder: contribuição para a história dos recursos cíveis**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva 1987, p. 163.

²³AZEVEDO, Luiz Carlos. *Origem e Introdução da Apelação*. In: **Estudos de Histórica do Processo: recursos**. AZEVEDO, Luis Carlos; COSTA, Moacyr Lobo da. Ed. FIEO, São Paulo, 1996, p. 84.

processo, prejudicava a apreciação da sentença definitiva; ao contrário das interlocutórias simples, que decidiam uma questão incidente ou emergente sem prejudicar na apreciação da sentença definitiva²⁴.

Adianta-se que classificação das decisões interlocutórias entre mistas (com força de definitiva) e interlocutórias simples, perdurou por todas as Ordenações, passando pela Consolidação das Leis do Processo Civil de Antônio Joaquim Ribas (1871), até o Código de Processo Civil de 1939.

O ponto que chama a atenção para o objeto do trabalho, desde já, é que não obstante as decisões interlocutórias simples não permitissem a interposição de um recurso imediato, havia desde logo uma preocupação e um reconhecimento de que algumas delas pudessem causar algum tipo de dano irreparável ou difícil reparação.

Isto é, ainda que a ideia fosse restringir o máximo a recorribilidade das interlocutórias, não se fechou o sistema para possíveis decisões incidentais, que precisariam ser reparadas de imediato, sob pena de injustiças.

1.2.1 – As querimônias nas Ordenações Afonsinas.

Dando seguimento, se de um lado as decisões interlocutórias com força definitiva possuíam como remédio o recurso da apelação, por outro, como as decisões interlocutórias simples, sem dano irreparável, ficaram sem qualquer meio de impugnação, sobreveio, antes mesmo das Ordenações Afonsinas, como alternativa, as chamadas “querimas” ou “querimônias” destinadas ao rei.

Em síntese, as querimônias eram verdadeiras reclamações, realizadas por carta direta, apresentadas aos príncipes ou ao magistrado superior pelas partes sucumbentes em determinadas decisões do juízo *a quo*. Continham e eram acompanhadas, dessa forma, de informações acerca do prejuízo sofrido pelo *decisum* e das razões para sua reforma²⁵.

²⁴PINTO, Joaquim Gouvêia. **Manual de Apelações e Aggravos**. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, Rio de Janeiro, 1872., p. 14. RIBAS, Antônio Joaquim. **Consolidação das Leis do Processo Civil**. Volume II. Ed. Dias da Silva Junior, Rio de Janeiro, 1879, p.347.

²⁵BUZUID, Alfredo. **Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 35.

Em resposta, os príncipes emitiam “cartas de justiça”, dizendo que se os fatos ocorreram tal como relatado, que a decisão proferida fosse modificada²⁶.

Com o tempo, todavia, já na vigência das Ordenações Afonsinas (1.500-1514²⁷), como os próprios magistrados colocavam, por vezes, em dúvida a veracidade das informações transmitidas pelas partes, que nem sempre coincidiam com o que constava dos autos, passou-se a exigir que tivessem a intervenção de um funcionário público que “*coordenavam suas peças, numerando-as, cosendo-as e nela apondo seus sinais e a assinaturas.*”²⁸.

As informações deveriam ser necessariamente instruídas com os estormentos públicos ou carta testemunhável, além da intimação do juízo *a quo* e da manifestação da parte contrária. Formava-se, assim, o instrumento necessário para a apreciação das querimônias.²⁹

Embora haja controvérsias, começou a se delinear ali a forma do atual agravo de instrumento.³⁰

É importante que se diga que, também nas Ordenações Afonsinas, a regra continuava a ser a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias simples, que poderiam ser apreciadas no julgamento da apelação, tal como ocorre no atual sistema do CPC/2015, e ou ainda *ex officio* pelo magistrado até o momento que profira a sentença definitiva.³¹

²⁶ BUZAID, Alfredo. **Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva 1956, p. 36,

²⁷ Origem e Introdução da Apelação. In: **Estudos de Histórica do Processo: recursos**. AZEVEDO, Luis Carlos; COSTA, Moacyr Lobo da. Ed. FIEO, São Paulo, 1996.p. 90.p. 95

²⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 41.

²⁹ Se elaborado pelos escrivãos recebiam o nome de “cartas testemunháveis”; se elaborado por tabelião se chamava “estormentos públicos.” Ibid. p. 41.

³⁰ GARCEZ, Martinho. **Dos Aggravos**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1913, p. 3;

³¹ Moacyr Lobo da Costa realiza uma crítica àqueles, como Alfredo Buzaid, que consideram a presença dos agravos antes ou já nas Ordenações Afonsinas. Segundo o dispõe o autor, que o entendimento, a seu ver, equivocado, na medida em que: “as Ordenações Afonsinas tratam, em diversos textos do Livro Primeiro e do Livro Terceiro, do “Estormento d’Agravo”, que ainda não é o recurso de “agravo de instrumento” – denominação jamais encontrada em qualquer de seus textos – e com o qual o “Estormento” não pode ser confundido. No direito lusitano o Agravo, como recurso próprio contra sentença interlocutória simples, com as qualificações que o distinguiam em agravo “de petição” ou “de instrumento” e “nos autos”, surge, no mesmo período histórico, no regime das Ordenações Manuelinas, nas quais encontram-se delineadas as suas respectivas características. COSTA, Moacyr Lobo da. *Agravo no Direito Lusitano*. In *Estudo de histórica do processo: recursos/Luiz Carlos de Azevedo e Moacyr Lobo da Costa* – Osasco: FIEO, 1996, p. 157. Embora não se despreze a pesquisa precisa do mencionado autor, fato é que a partir desse momento, ao nosso sentir, se delineia senão o próprio agravo de instrumento, mas, ao menos, um esboço do que foi criado logo após.

1.2.2 As Ordenações Manuelinas e o surgimento dos agravos de instrumento e de petição.

No que tange às Ordenações Manuelinas (1514-1605³²), já no ano de 1521, mantinha-se a definição clara dos três tipos de sentença: as interlocutórias (simples e mista) e as definitivas. A apelação ainda era o recurso cabível para as interlocutórias mistas e definitivas, e em alguns casos o recurso de “sopricação” (agravo ordinário).

A novidade ficou por conta da recorribilidade das decisões interlocutórias simples, que desafiavam, a depender da distância entre juízo *a quo* e *ad quem*, agravo de instrumento ou agravo de petição.

Pelo critério territorial, cabia agravo de petição se a distância fosse menos de 5 (cinco) léguas, e agravo de instrumento, caso essa metragem fosse ultrapassada.

O motivo era simples: quando os juízos ficavam próximos, não havia a necessidade da formação de um instrumento, sendo perfeitamente possível o encaminhamento dos próprios autos do juízo *ad quem*. Caso contrário, a formação do instrumento era a via necessária e precípua para apreciação do agravo interposto.

Nesse sentido, com a consolidação dessas inovações no âmbito recursal, foram desaparecendo, aos poucos, as *querimas*.

Nas palavras do jurista Alfredo Buzaid: “No decurso de três séculos, que se protraem até a Codificação Manuelina, a figura da “querima” vai lentamente caindo em desuso, mas o “agravo” ganha vulto e passa a ser qualificado, a princípio, com a adição de “de instrumento”, mais tarde de “petição”, e por último, no “auto do processo³³”.

³²AZEVEDO, Luis Carlos. Origem e Introdução da Apelação. In: **Estudos de História do Processo: recursos**. AZEVEDO, Luis Carlos; COSTA, Moacyr Lobo da. Ed. FIEO, São Paulo, 1996. p. 95

³³BUZOID, Alfredo. **Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 47.

2 - DA INDEPENDÊNCIA DO BRASIL ATÉ O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939: A RECORRIBILIDADE CASUÍSTICA E “A FIGURA DO DANO IRREPARÁVEL E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO”.

Superada as primeiras ordenações genuinamente portuguesas, passa a se analisar as decisões interlocutórias relacionadas com as primeiras legislações processuais a partir da independência do Brasil, em 1822.

Nesse aspecto, em primeiro lugar, não se pode negar a grandiosa influência das *Ordenações Filipinas* no ordenamento jurídico processual brasileiro.

Principalmente porque, a partir da Lei de 20 de outubro de 1823, ficou estabelecido que “as Ordenações, Lei, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções” pelos quais o Brasil se governou até 25/04/1821, continuariam em vigor naquilo que não fossem revogados³⁴.

Desse modo, o direito processual civil brasileiro, após a independência, continuou a ser regido pelo Livro III das Ordenações Filipinas.³⁵

2.1 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO PROCESSO CIVIL – ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS.

Mais tarde, por incumbência do poder executivo e com subsídio no art. 29, §14, da Lei n. 2033 de 20 de setembro de 1871³⁶, surge à primeira compilação de leis processuais vigentes no país, a “Consolidação das leis do Processo Civil”, escrita por Antônio Joaquim Ribas. Essa consolidação tornou-se obrigatória em virtude da aprovação do Poder Executivo, pela Resolução Imperial de Consulta de 28-12-1876³⁷.

³⁴ GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**, JusPodivm, Salvador, 2016, p.29

³⁵ COSTA, Moacyr Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 3.

³⁶ Art. 29, § 14. O Governo poderá, no regulamento que der para a execução da presente Lei, impôr prisão até tres mezes e multa até 200\$; e fará consolidar todas as disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil e criminal.

³⁷ PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 61.

Tal necessidade se deu por existirem tantas leis complementares e modificativas do período, “que se impôs a necessidade de reuni-las num só corpo, que abrangesse toda a legislação referente ao processo civil”³⁸.

Nas próprias palavras de Ribas, seria “uma codificação sistemática de teses legislativas, deduzidas do nosso Direito nacional, bem como do subsidiário – o romano e o consuetudinário - científico³⁹, com objetivo de preencher – regularizar e uniformizar a nossa praxe judiciária, e banir do foro as numerosas corruptelas que neles se tem introduzido”⁴⁰.

Não obstante, para Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

O trabalho de Ribas, na verdade, não se limitou a compilar as disposições processuais então vigentes. Foi além, reescrevendo-as muitas vezes como tal interpretava; e, como fonte de várias disposições na sua Consolidação, invocava a autoridade não só de textos romanos, como de autores renomados, em lugar de regras legais constantes das Ordenações ou leis extravagantes⁴¹.

Considerada a devida crítica, no que tange à recorribilidade das interlocutórias e a classificação das sentenças, não se identifica, *prima facie*, qualquer prejuízo desse feito.

Isso porque, já adentrando as classificações das sentenças e sua recorribilidade naquele tempo, muito se seguiu do que havia previsto as ordenações portuguesas anteriores.

Destacam-se a previsão do Título LVX do Livro III das Ordenações Filipinas, dispondo que se classificava como sentença interlocutória “*qualquer sentença, ou mandado, que o Juiz dá, ou manda, em algum feito, antes que dê sentença definitiva*”⁴²

³⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 3º Volume, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad: 1967, p. 52.

³⁹ RIBAS, Antônio Joaquim. **Consolidação das Leis do Processo Civil**. Volume II. Ed. Dias da Silva Junior, Rio de Janeiro, 1879, p. 1.

⁴⁰ Ibid. p. 1

⁴¹ **Teoria Geral do Processo**, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 106. Trecho também citado na obra “Código de Processo Civil do Espírito Santo: texto legal e breve notícia histórica”, pelo professor Rodrigo Reis Mazzei, 2014, p. 11.

⁴² BRASIL. **Ordenações Filipinas**. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>> acesso em: 03/04/2017.

Inobstante à definição legal, ainda permanecia a necessidade da divisão das decisões interlocutórias entre simples e “mistas”, conforme visto anteriormente quando da restrição à recorribilidade das interlocutórias determinadas por D. Afonso IV, e com contornos bem semelhantes.

Fazendo a distinção entre as interlocutórias simples e “mistas”, Gouvêa Pinto dizia que *“aquela a que não se estender além dos limites sobre que é proferida; esta a que prejudica a questão principal, por isso se diz que tem força de definitiva⁴³”*.

Em relação às interlocutórias “mistas” (com força definitiva), sob a ótica Antônio Joaquim Ribas *“é a que participa da natureza interlocutória e da definitiva, porque decidindo uma questão incidente ou emergente, prejudica ao mesmo tempo a questão fundamental e põe fim ao juízo e a instância; tais são as mencionadas no art. 502 da consul⁴⁴”*. Já a interlocutória simples, *“é a que decide somente alguma questão incidente ou emergente do processo, e só relativa à ordem deste”⁴⁵* - dizia-se “questão incidente o que sucede antes da contestação da lide, e emergente o que depois dela ocorre⁴⁶.”

As decisões interlocutórias simples, portanto, eram consideradas aquelas proferidas antes da decisão definitiva, no ínterim do processo, mas que não tinham o condão de impedir o prosseguimento do feito.

De outro lado, as interlocutórias mistas eram aquelas que uma vez proferidas, prejudicavam uma decisão posterior com caráter definitivo, encerrando desde logo a atividade jurisdicional. Embora o rol não fosse exaustivo, por meio da redação original do art. 502 da Consolidação de Ribas, seguindo a previsão das Ordenações Filipinas (Livro II, título 69), torna-se possível a identificação clara de alguns exemplos:

Art. 502. Tem força de sentença definitiva, e como tal é considerada, a interlocutória, quando por ela for o feito acabado de modo que o juiz, a que a deu,

⁴³ PINTO, Joaquim Gouvêa. **Manual de Apelações e Aggravos**. Rio de Janeiro: Eduardo&Henrique Laemmert, Rio de Janeiro, 1872., p. 14.

⁴⁴ RIBAS, Antônio Joaquim. **Consolidação das Leis do Processo Civil**. Volume II. Ed. Dias da Silva Junior, Rio de Janeiro, 1879, p.347.

⁴⁵ Ibid. p. 347.

⁴⁶ PINTO, Joaquim Gouvêa. **Manual de Apelações e Aggravos**. Rio de Janeiro: Eduardo&Henrique Laemmert, Rio de Janeiro, 1872, p. 14

não possa mais proceder nele por aquela citação, nem dar sentença definitiva ou principal. Tais são:

§ 1º As que absolvem o réu da instância e da ação, na forma do art. 145.

§ 2º As que julgam a citação nula, ou determinam que o réu não há de ser citado, ou que não é obrigado a resposta a ação.

§ 3º As que julgam que o autor não é parte legítima para mover a ação, ou que o libelo ou a petição não procede.

§ 4º As que contem dano irreparável.⁴⁷

Quanto à recorribilidade para essas decisões o recurso cabível, em regra, continuou a ser a Apelação⁴⁸.

Entretanto, o próprio sistema previa alguns casos de interlocutórias com força de definitiva, sobre as quais não se podia apelar, em que cabia o recurso de agravo ordinário, e até mesmo, em outras, o agravo de petição.⁴⁹ Ou seja, não havia uma completa correspondência entre a natureza da decisão e o recurso cabível.

Já em consideração às interlocutórias simples, o agravo de petição e o agravo de instrumento se deram, em regra, como os recursos cabíveis. Manteve-se o mesmo critério de 5 (cinco) léguas de distância entre o juízo a quo e o juízo *ad quem*, para definir a necessidade ou não da formação de um instrumento.

Também compunham o sistema recursal, outros dois tipos de agravo: o agravo de ordenação não guardada, cabível quando o magistrado não seguia a disposições normativas estabelecidas pelas ordenações, gerando um dever indenizatório à parte prejudicada; e ainda o agravo nos autos, em algumas hipóteses específicas⁵⁰.

⁴⁷ Também se consideravam sentenças interlocutórias com força de definitiva: “a que recebe a apelação da sentença definitiva, pois que o juiz não a póde revogar; 2º a que revoga o atentado. Vid. Art. 911 da Consol.” RIBAS, Antônio Joaquim. **Consolidação das Leis do Processo Civil**. Volume II. Ed. Dias da Silva Junior, Rio de Janeiro, 1879, p. 369.

⁴⁸ Sobre as hipóteses de cabimento da Apelação: PINTO, Joaquim Gouvêia. **Manual de Apelações e Aggravos**. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, Rio de Janeiro, 1872., p. 19-52.

⁴⁹ SOUZA, Joaquim Caetano Pereira e. **Primeiras linhas sobre o processo civil**. Accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro, H. Garnier, 1907, p. 269/270.

⁵⁰ São as hipóteses que se retira da Consolidação de Ribas: Art. 1558. Os Aggravos no auto do processo somente terão lugar nos seguintes casos: §1 Da rejeição dos artigos de subordinação, falsidade, nulidade, restituição, contraditas e atentado, quando deles se trata incidentalmente (2055); 2§ Da decisão sobre expções dilatórias, exepcto as de incompetência (2056); §3 Da sentença que despesa, ou julga não provada, a exepção peremptória (2057); 4§ Da regeição da contrariedade, replica ou treplica, por não se terem juntado aos autos, ou escripturas publicas, mencionadas nos artigos, ou por serem estes taes que se não possam provar senão por essas escripturas (2058); §5 Do recebimento dos artigos de opposição (2059); §6 Da Condemnação das custas de retardamento, por ter sido decidido não ser necessaria escriptura publica, quando a parte alega sê-lo (2060); §7 Da sentença que veda a inquirição das testemunhas, nos casos do art. 385 e condemna a parte a custas do retardamento (2061 –

De toda forma, novamente chama a atenção pelo objeto da pesquisa ser a recorribilidade das decisões interlocutórias, é que embora as hipóteses para os agravos fossem casuísticas, mais uma vez o “dano irreparável” (§4), se presente em algumas dessas decisões, lhes conferiam um tratamento diferenciado, sendo recorríveis por meio de Apelação⁵¹. Em razão da previsão, José Maria Frederico Pinto chegou até a classificar a sentença interlocutória com dano irreparável como mixta⁵².

2.2 – DO DECRETO 763 DE 1890 (EXTENSÃO DO REGULAMENTO N. 737 DE 1850 ÀS CAUSAS CÍVEIS) ATÉ O CPC/1939.

Também o Regulamento n. 737, de 25 de Novembro de 1850, sobretudo, a partir do Decreto n 763, de 19 de setembro de 1890, que mandou observá-lo também em causas cíveis, ocupou um importante papel na evolução do direito processual brasileiro. Em alguns estados, inclusive, sobreviveram até mesmo à competência destes para legislar com a autorização da Constituição de 1891.⁵³

Lopes da Costa salienta que “pela sistemática de distribuição das matérias, pela concisão e precisão na linguagem técnica, pela ausência de antinomias e de germinações, pela redução dos prazos, por uma melhor organização dos recursos, o regulamento marcou sem dúvida uma fase de progresso em nosso direito processual.⁵⁴”.

C.CXCVI); 8§ Do recebimento da apelação à parte contrária (2062). §9 Da sentença que julga alguém habilitado, não sendo em execução (2063). §10 De todos os despachos sobre incidentes de inventário.

⁵¹ As Ordenações Filipinas (Livro II, título 69, pr. e.) eram claras nesse sentido: “Por tanto mandamos, que em todo o caso, em que depois da sentença interlocutória o Juiz não póde mais proceder a sentença definitiva, ou o dano não pode ser emendado, seja recebida a appellação da sentença interlocutória, e seja atempada às partes, para a irem seguir perante os Juizes da appellação”. PINTO, Gouvêa. **Manual de Apelações e Aggravos**. Rio de Janeiro, 1872, p.16.

⁵² PINTO, José Maria Frederico de Souza. **Primeiras Linhas sobre o processo civil**. 2ªed., Rio de Janeiro: Eduardo&Henrique Laemmert, 1875, T.I, p. 189.

⁵³ COSTA, Moacyr Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. Ed. RT, 1970, p. 51

⁵⁴ Direito Processual Civil brasileiro (Código de Processo Civil de 1939), vol. I, nº4, Rio de Janeiro: José Konfino, 1946, p. 22; utilizando o mesmo trecho: PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Ed. Borsoi. Rio de Janeiro, 1972, p. 59.

Do mesmo modo, Moacyr Amaral dos Santos: “não só pela linguagem clara e precisa, como ainda pela simplificação dos atos processuais, redução dos prazos e melhor disciplina dos recursos, não obstante fiel às linhas mestras do direito filipino”.⁵⁵

Todavia, é inegável que em relação à definição das sentenças e a recorribilidade das interlocutórias, o mesmo não pode ser dito, visto que muitas controvérsias surgiam.

Em primeiro lugar, porque o Regulamento n. 737/1850 não diferenciou expressamente, quanto à classificação, as sentenças definitivas e daquelas interlocutórias, subdivididas em simples e mistas até então pelas Ordenações Filipinas. Por isso, ao fazer referência ao art. 231 daquele diploma, João Monteiro definia as sentenças elencadas naquele rol simplesmente como *a decisão final da causa*⁵⁶.

Não obstante, o próprio doutrinador deixava claro que se tomado o termo “sentença” em sentido amplo, assim como na concepção de Francisco Paula Baptista⁵⁷, a classificação apresentada anteriormente, a qual dividia as sentenças em definitivas e interlocutórias (simples e mistas), não havia perdido a sua aplicabilidade⁵⁸. Até mesmo porque, esse critério permanecia útil para a definição dos recursos cabíveis das sentenças, conforme se demonstra.

É que a Apelação continuou a ser o recurso destinado à impugnação das sentenças definitivas e também as sentenças interlocutórias com força de definitiva (mistas), conforme o art. 646 do Regulamento n. 737/1850 consagrava expressamente. Já as sentenças interlocutórias simples, permaneceram, em regra, sendo impugnáveis por agravo de instrumento e agravo de petição, ainda sob o critério territorial, nos termos do art. 688 do Regulamento n. 737/1850.

⁵⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**, vol. 1, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 52.

⁵⁶ MONTEIRO, João. **Programma do curso de processo civil ou apontamentos para as lições da 3ª cadeira do 4º ano da Faculdade de Direito de S.Paulo**. 2ª ed, São Paulo, Suprat&Comp., 1905, v. III, p. 21/28.

⁵⁷ BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de teoria e pratica do processo civil comparada com o comercial e de hermenêutica jurídica para uso das faculdades de direito do império**, 5ª ed, Rio de Janeiro,: H. Garnier, 1898, p. 240. Trechos considerados também por Gabriel Araújo Gonzalez, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC/2015**, p. 47.

⁵⁸ “(...) Ocorre, porém, não perder de vista que effectivamente, as sentenças, tomando-se esse vocábulo em sua acepção lata, se devem distinguir em definitivas e interlocutórias, e ainda estas em simples e mistas, ou com força de definitivas (...).MONTEIRO, João. **Programma do curso de processo civil ou apontamentos para as lições da 3ª cadeira do 4º ano da Faculdade de Direito de S.Paulo**. 2ª ed, São Paulo, Suprat&Comp., 1905, v. III, p. 27/28.

Embora devidamente previstas as espécies recursais mencionadas, chega-se, a partir daí, em outra inconsistência apresentada pelo regulamento importantíssima: não havia uma compatibilidade precisa, em todos os casos, entre a natureza da decisão e o recurso cabível, de forma que o esforço doutrinário para classificá-las não era por si só, suficiente.

Toma-se por base a própria histórica eleição casuística das hipóteses de agravo de instrumento e agravo de petição, que “trouxe consigo a inviabilidade de enumeração de todos os casos possíveis e certa dificuldade na definição da natureza das decisões impugnáveis por este recurso⁵⁹”. Havia no sistema, inclusive, sentenças definitivas impugnáveis por agravo.

Diante dessa imprecisão, João Monteiro optava por definir o cabimento dos agravos não pela natureza da decisão impugnada, mas pelo simples critério de autorização legal, “defendendo que a expressão ‘casos expressamente determinados na lei’ tornava dispensável a menção à natureza das sentenças interlocutórias”.⁶⁰

De outro lado, o cabimento da apelação se dava por um critério residual: a sentença definitiva ou com força de definitiva que não fosse impugnável por agravo, assim o era pela apelação⁶¹.

Neste aspecto, destaca-se que o critério da enumeração casuística para as hipóteses de agravo de petição e de instrumento, adotado pelo Regulamento n. 737, estava disposto em 17 (dezessete) casos no art. 669. Dentre eles, inclusive, a decisão interlocutória com dano irreparável (art. 669, §15, Regulamento n. 737⁶²).⁶³

⁵⁹GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016. p. 48.

⁶⁰ MONTEIRO, João. Programma do curso de processo civil ou apontamentos para as lições da 3ª cadeira do 4º anno da Faculdade de Direito de S.Paulo. 2ª ed, São Paulo, Suprat&Comp., 1905, v. III, p. 136; GONZALEZ, Gabriel Araújo. **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 48/49.

⁶¹*Idem. Idem. Idem.*

⁶²Art. 669. Os agravos somente se admittirão: (...) §15 Dos despachos interlocutorios que contêm damno irreparavel.

⁶³ Quanto ao Agravo no auto do processo, embora alguns doutrinadores considerem sua extinção a partir do Regulamento n. 737 de 1850, João Monteiro, assim como Francisco de Paula Baptista entendiam essa espécie de agravo se enquadrar na exceção disposta no art. 1º, parágrafo único, do Decreto 763 de 1890, em que “as disposições legais que regulam os processos especiaes”, não compreendidos no Regulamento n. 737 de 1850. Desta feita, como o recurso possuía como objetivo a observância das regras de organização de cada ação em particular, encaixava-se perfeitamente na exceção, continuando a possibilidade de sua utilização. João Monteiro, **Programma do curso de processo civil ou apontamentos para as lições da 3ª cadeira do 4º anno da Faculdade de Direito de S.Paulo**, p. 110; Francisco de Paula Baptista. ob. cit, p. 351/352; GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016. p. 48/49.

Com efeito, se outrora o recurso cabível era a Apelação, e, nesse momento, cabia o agravo, fato é que a recorribilidade dessas decisões sempre foi garantida, perpetuando um critério nascido desde o Direito Romano, que sobreviveu ao reinado de D. Afonso IV e às Ordenações, até o Regulamento n. 737, como se viu.

Por fim, chega-se a Constituição de 1824, que por sua vez, estabeleceu a competência dos Estados-membros da federação para legislar sobre o direito processual comum.

Assim, facultou-se aos Estados a atividade legiferante, com arrimo nos artigos 63 e 64, “todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição”, desde que “respeitados os princípios constitucionais da União⁶⁴”.

Reservou-se à União, por conseguinte, apenas a atividade legislativa que tange à legislação processual aplicada à Justiça Federal⁶⁵.

Em razão disso, muitos foram os estados que rapidamente se mobilizaram criando seus próprios regulamentos⁶⁶.

No caso do estado do Espírito Santo, pelo menos 3 (três) legislações precisam ser destacadas: a) O Decreto 948, de 30 de Setembro de 1911; b) O Decreto 1.882, de 17 de setembro de 1914, c) Lei 1.055, de 23 de Dezembro de 1915.

É que antes mesmo de ser aprovado o texto legal pela Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, a própria Lei nº 3 de 24 de Dezembro de 1913 (Lei de Organização Judiciária), já previa nas disposições transitórias, em possível manobra política, que “os

⁶⁴MAZZEI, Rodrigo Reis. **Código de Processo Civil do Espírito Santo: texto legal e breve notícia histórica**, Vila Velha: ESM (Eppus Si Muove), 2014, p. 13.

⁶⁵Ibid, p. 13

⁶⁶ Entretanto, é importante que se diga, alguns estados sequer promulgaram um código próprio. É o caso do estado de Goiás, Alagoas, Mato Grosso e Amazonas. Ibid. p.13

códigos de processo, mandados organizar pelo Presidente do Estado, serão submetidos à aprovação do Congresso, sem prejuízo de sua execução imediata. (art. 2)”⁶⁷.

Desta feita, a redação do Decreto 1.822/1914 já era aplicada em momento anterior à aprovação da Lei 1.055/1915, que por sua vez, promulgou, de maneira definitiva, o Código de Processo Civil do Espírito Santo.

No que se refere ao objeto deste estudo, muito se seguiu a tendência das ordenações e do Regulamento n. 737 – aliás, vale a crítica de que as codificações estaduais, com raras exceções, reproduziram as regras e princípios já cristalizados no sistema legal⁶⁸ – prevalecendo à classificação das sentenças tal como as legislações pretéritas, e recorribilidade casuística das decisões interlocutórias.

Destaca-se, quanto à definição de sentença, que o Código de Processo Civil do Espírito Santo não se omitiu, tal como o art. 646 do Regimento n. 737, e foi além para dizer pelo art. 1858 que: “A sentença é definitiva quando decide a questão principal e, sendo interlocutória, tem força definitiva quando põe termo ao feito”. E ainda, que estava dentro das hipóteses casuísticas de recorribilidade das decisões interlocutórias, àquelas que “causassem dano irreparável à parte; isto é, que não possa ser reparado pela sentença definitiva, riem pela de apelação” (art. 1932, 8º).

Ressalta-se, por último, que o Código de Processo Civil do Espírito Santo, assim como as demais instauradas nesse período, não teve vida longa, pois foram revogados pela Constituição de 1934 (art. 5º, XIX), que reservou apenas ao legislador federal a competência para legislar sobre direito processual, seguida pelo Decreto-lei nº 1.608/39 que instituiu o Código de Processo Civil de 1939.

2.3 CONCLUSÕES PRELIMINARES DOS CAPÍTULOS 1 E 2 – A FIGURA DO “DANO IRREPARÁVEL”.

⁶⁷MAZZEI, Rodrigo Reis. **Código de Processo Civil do Espírito Santo: texto legal e breve notícia histórica**, Vila Velha: Ed. ESM (Eppus Si Muove). 2014. p. 15/16.

⁶⁸Ibid. p. 13/14.

A partir de todo esmero histórico realizado acerca da recorribilidade das decisões interlocutórias, desde o Direito Romano até o Código de Processo Civil de 1939, torna-se possível chegar em determinadas conclusões: *a) as sentenças foram classificadas como definitivas e interlocutórias, com subdivisão desta última em simples e mixta, por uma necessidade; b) prevaleceu neste interregno o sistema de recorribilidade casuística das decisões interlocutórias (definidas por lei); c) nestes últimos, em todos os ordenamentos, não ficou sem recurso as interlocutórias simples com “dano irreparável”;*

Sobre este último aspecto, viu-se que desde o Direito Romano, havia uma tendência forte à exceção da irreacorribilidade das interlocutórias, àquelas que causassem “dano irreparável”. Após um período de recorribilidade irrestrita no Direito Lusitano (Reinado de D. Afonso III), novamente vedou-se o recurso de interlocutórias (D. Afonso IV), com algumas exceções, dentre elas a que contivesse “dano irreparável”.

Do mesmo modo, já com o Brasil independente, as Ordenações Filipinas que continuaram em vigor no país, e a Consolidação das Leis de Processo Civil de Antônio Joaquim Ribas, havia expressa previsão de recorribilidade também das interlocutórias com danos irreparáveis (art. 502, §4), o que também foi seguido pelo Regimento n. 737 aplicável aos processos de natureza cível após o Decreto 763 de 1890 (art. 669, §15).

Diante disso, ficou claro e foi ponto comum nesses ordenamentos que adotavam um sistema de recorribilidade das interlocutórias de maneira casuística, reitera-se: uma preocupação precípua com interlocutórias que causassem dano irreparável.

Superada essa questão, uma indagação que inevitavelmente surge na pesquisa é sobre a identificação de quais as hipóteses que se enquadravam dentro do conceito de “dano irreparável” naquele contexto.

Nesse aspecto, torna-se importante trazer ao estudo a posição de Galeno Lacerda, para quem antes mesmo da restrição à recorribilidade das interlocutórias instituída por D. Afonso IV,

com exceção daquelas que causassem dano irreparável, D. Afonso X, o sábio de Castela, e avô de D. Afonso IV por meio da lei das Sete Partidas, já havia inaugurado essa tendência⁶⁹.

O que nos importa da pesquisa de Lacerda, em especial, é que o conceito de dano irreparável, introduzido na Península no século XIII, pelas Sete Partidas, que por sua vez, já constituía a noção de direito comum, era oriundo da decisão interlocutória sobre a prova, do processo germânico medieval⁷⁰.

É que “para os povos germânicos toda palavra do juiz era irretirável, e porque muito maior importância processual possuía a interlocutória sobre a prova, do que a sentença final, meramente declaratória do resultado da ordália.”⁷¹. Sob esse aspecto, teria dano irreparável toda decisão interlocutória proferida sobre as provas.

Não obstante, a Consolidação de Ribas, em especial, no artigo 503, consegue representar a herança do que se entendeu por dano irreparável à época das ordenações, como se vê:

Art. 503. Contem dano irreparável a sentença que, se dela não fora apelado, se executaria antes que o juiz proferisse a definitiva, e por esta ou pela apelação, que dela fosse interposta, se não poderia reparar o dano que a parte tivesse sofrido pela execução da interlocutória.

Tal é a sentença que manda:

§1º Citar alguém de fora da sua jurisdição, para aparecer em lugar em que haja grande peste, ou em que a vida do citado corre perigo.

§2º Restituir, ou não, a mulher ao marido, ou o filho ao pai, no caso de sevícias.

§3º Que nega alimentos no caso do art. 787.

Acerca desse rol, algumas considerações merecem ser feitas.

Em primeiro lugar, cabe acrescentar que a disposição do artigo mencionado representa um conjunto de retalhos das disposições contidas nas Ordenações Filipinas (Título LXIX, M – liv. 3, t. 53, §1 até M – liv. 3, t. 53, §3), que podem representar ou não o real sentido das disposições originárias, quando em sua literalidade são transcritas:

⁶⁹ LACERDA, Galeno. **Mandado de segurança contra interlocutória cujo recurso não tiver efeito suspensivo**. Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul., v. 2, n. 3, p. 42–60, mar., 1975. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/74728/7474e/748d3?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 08.06.2017. p. 43

⁷⁰ Ibid. p. 44.

⁷¹ LACERDA, Galeno. **Mandado de segurança contra interlocutória cujo recurso não tiver efeito suspensivo**. Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul., v. 2, n. 3, p. 42–60, mar., 1975. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/74728/7474e/748d3?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 08.06.2017.

(...) "E pode-se isso mesmo (2) apelar da sentença interlocutória, quando he tal, que se della não fosse appellado, se executaria, antes que o Juiz procedesse a definitiva, e pela sentença deffinitiva, que depois fosse dada, e pela appellação que della fosse interposta, senão poderia repairr o dano que pela execução da interlocutória a parte tivesse recebido, assi como se o juiz julgasse, que mettam algum a tormento (3), porque sendo feita execução de tal interlocutória, já nunca mais a parte poderá repairr o dano recebido. Por tanto mandamos, que em todo o caso, em que depois da sentença interlocutória o Juiz não pôde mais proceder a sentença definitiva, ou o dano não pode ser emendado (4), seja recebida a appellação da sentença interlocutória, e seja atempada as partes para a irem seguir perante os Juizes da appellação (3)."

Assim, muito embora não esteja conceituada a "interlocutória com dano irreparável" na ordem que fez Ribas, em uma primeira análise, não se pode negar que, nesse caso, consideravam-se dentro dessa concepção de "dano irreparável", aquelas decisões com cunho satisfativo, ou seja, que poderiam ser executadas antes de uma sentença definitiva. *Mutatis mutandis*, e com as devidas ressalvas, seriam, por exemplo, as tutelas provisórias atualmente previstas nos artigos 300 e seguintes do CPC/2015.

De outro lado, é possível também se extrair que o "dano irreparável" não se limitava aos efeitos da decisão dentro do próprio processo, à antecipação de tutela, mas também a fatores externos com o condão de causar algum dano à parte, como o exemplo citado por Ribas, e disposto expressamente nas ordenações filipinas de "citar algum fora da jurisdição, para parecer em lugar em que haja grande peste, ou que a vida do citado corre perigo"⁷².

Do mesmo modo, apesar de Ribas definir apenas 3 (três) hipóteses de representação, o rol apresentado era meramente exemplificativo, porque como o próprio legislador das Ordenações Filipinas reconhecia: "*E assim será recebida a apelação em todos os outros casos semelhantes (4), porque não podem ser todos declarados em esta Lei, mas procederão os Julgadores de semelhante à semelhante*". Ficava desta feita, ao contrário do que sugere a Consolidação de Ribas, o conceito de "sentença interlocutória com dano irreparável" completamente em aberto.

Em momento posterior, embora precedida da omissão quanto a definição do *dano irreparável*

⁷² É a redação original das Ordenações Filipinas (M.- Liv. 3, t. 53 §1): "E poder-se-há também apelar sentença interlocutória, se o Juiz manda citar a parte fora da sua jurisdição, para aparecer e responder perante ele a tempo, que em esse lugar andasse notoriamente grande peste, ou se o réu tivesse em esse lugar grandes e notórios inimigos (6); porque pois não pode vir a tal lugar sem perigo de sua pessoa, se o Juiz lhe não conhecer dessa razão, poderá apelar de tal mandado."

pelo Regulamento nº 737, sugere expressamente Eduardo Espínola, ao estudar o Código de Processo Civil da Bahia, que o *dano irreparável* deve ser entendido não só nos precisos termos da Ord. L. 3.º tit. 69 in princ.. e§ 1.º, mas também quando do despacho proferido resultar a nulidade insanável do feito⁷³”.

Com essas considerações acerca do dano irreparável desde o direito lusitano até o regulamento nº 737, passa-se para o próximo capítulo aos estudos do Código de Processo Civil de 1939.

⁷³ESPÍNOLA, Eduardo. **Código do processo do Estado da Bahia**. Salvador: Typographia de Cincinnato Melchiades, 1916, vol. 1, p. 256.

3 - O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939: UMA TENTATIVA FRUSTADA DE RESTRIÇÃO À RECORRIBILIDADE DAS INTERLOCUTÓRIAS.

3.1 A CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS JUDICIAIS.

O Código de Processo Civil de 1939 não destinou artigo específico para a classificação das decisões judiciais. Mais uma vez, ficou a cargo da doutrina a tarefa de distingui-las quanto a sua natureza, com escopo de caminhar para um sistema de recorribilidade que conferisse uma maior segurança aos jurisdicionados.

João Claudino e Cruz permaneceu a defender a posição tradicional, já adotada nos ordenamentos anteriores, definindo os atos jurisdicionais como: sentença definitiva e sentença interlocutória, subdividindo esse último em interlocutórias simples e interlocutórias mistas.

Segundo a visão do autor, a sentença definitiva seria a que solucionasse a controvérsia do objeto do litígio, resolvesse o conflito existente entre as partes, decidisse a questão principal e colocasse fim ao processo⁷⁴. Já sentença interlocutória é a que decidisse qualquer outra questão, algum ponto incidente ou emergente do processo, antes da definitiva, sendo a interlocutória simples aquela que não prejudicasse o andamento do processo, e a interlocutória mista a que impedisse o prosseguimento do feito.⁷⁵

Já Gabriel Rezende Filho classificava os atos jurisdicionais em dois: os despachos e as sentenças. Os despachos seriam aquelas ordens judiciais dispendo sobre o andamento do processo e, por isso, denominados também de despachos ordinatórios ou de expediente.⁷⁶

Já as sentenças eram subdivididas em: 1) interlocutórias – decidiam algum incidente no processo, sem lhe pôr fim, em substituição as sentenças interlocutórias simples⁷⁷; 2)

⁷⁴ ESPÍNOLA, Eduardo. **Código do processo do Estado da Bahia**. Salvador: Typographia de Cincinnato Melchiades, 1916, vol. 1, p. 104.

⁷⁵ Ibid. p. 105.

⁷⁶ REZENDE Filho, Gabriel. **Curso de Direito Processual Civil. Benvindo Aires (atualizador)**. 5ª ed, São Paulo: Saraiva, 1960, v. III, p. 15/16.

⁷⁷ Como exemplo, a sentença que não admite a intervenção de terceiro; a que julga competente ou incompetente o juízo; a que denega a produção de prova; a que concede ou denega medida preparatória de ação. Ibid. p. 15/16..

terminativas – colocavam fim ao processo, sem lhe resolver o mérito⁷⁸; 3) definitivas – colocavam fim ao processo, solucionando todo ou parte do mérito.

De outro lado, Moacyr Amaral Santos, em seguimento aos ensinamentos de Enrico Tullio Liebman, dizia serem as decisões finais ou interlocutórias⁷⁹.

As decisões interlocutórias poderiam ser: a) despachos interlocutórios simples, que diziam respeito estritamente à marcha do procedimento (o despacho citatório, juntada de uma contestação, etc.); b) decisões interlocutórias mistas, representada por outras decisões que resolviam uma questão processual, sem colocar fim ao processo. Assim, a controvérsia que dizia respeito a aspectos processuais, como decisão que rejeita pedido de exceção de competência, a rejeição de exceção de coisa julgada e litispendência, todas elas se enquadravam dentro dessa classificação⁸⁰.

Em complemento, as decisões finais estavam subdivididas em: a) sentenças terminativas – colocavam fim à relação processual, sem resolver-lhe o mérito. Não dizia respeito à relação substancial discutida em juízo, porque não decidiam o pedido formulado pelo autor, mas tão somente sobre questões processuais, suficientes, neste caso, a encerrar o processo; b) sentenças definitivas – solucionavam a relação de direito material discutida em juízo, decidindo acerca do mérito do processo, as chamadas sentenças por excelência.

A partir dessas novas classificações doutrinárias, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, tornaram-se convergente a concepção das interlocutórias como decisões que versassem sobre questões processuais, enquanto as decisões que embora não fossem definitivas, encerravam o processo (interlocutórias mistas ou com força de definitiva) foram deslocadas para a classificação de sentença, de espécie terminativa.

Sobre essa nova ideia, Lopes da Costa e José Frederico Marques, inclusive, cravavam que as interlocutórias apenas poderiam ser consideradas como tais, porque diziam exclusivamente

⁷⁸ Apresentava-se como exemplo a que julga procedente exceção de coisa julgada; a que absolve o réu da instância. Ibid. p. 15/16.

⁷⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 3º Volume, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad: 1967, p.13

⁸⁰ Ibid. p. 13/15

sobre questões processuais⁸¹. Inexistindo, assim, à época, maturidade suficiente para definir sobre possibilidade de essas interlocutórias versarem sobre parte mérito, como se identifica nos dias de hoje com o reconhecimento expresso das decisões parciais de mérito⁸² (art. 356, CPC/2015).

É importante que se diga também, embora não seja alvo do presente estudo, sobre a dificuldade da definição sobre o que era mérito das decisões judiciais. Esse ponto é relevante para o próximo tópico destinado a recorribilidade desse diploma processual, porque, ao contrário dos ordenamentos anteriores, a identificação de decisão de mérito passou a ser critério para a definição das espécies de agravo à disposição do jurisdicionado, como se verá a seguir.

3.2 A RECORRIBILIDADE DAS INTERLOCUTÓRIAS NO CPC/1939.

Quanto ao número de recursos disponíveis no sistema processual vigente, o diploma processual de 1939, não trouxe inovações, sendo eles: os Embargos de Declaração, a Apelação (art. 820), o Agravo de Petição (art. 846), o Agravo de Instrumento (art. 842), e o Agravo no auto do processo (art. 851).

No que tange à Apelação, não existiu grandes alterações, considerando que o mencionado recurso seguiu destinado a impugnações de sentenças definitivas, com resolução de mérito, como já ocorria nos diplomas processuais anteriores.

⁸¹ COSTA, Alfredo Lopes da. **Direito processual civil brasileiro (Código de 1939)**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946, vol. III. p. 176; MARQUES, José Frederico Marques. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, vol. IV, p. 149. Destacando essas mesmas passagens: GONZALEZ, Gabriel Araújo, *A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015*. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 67.

⁸² Uma doutrina que destoava das demais, nesse ponto, era a de Galeno Lacerda. Embora discordando de José Carlos Van Cleef de Almeida, para quem Galeno Lacerda já defendida, na época, a possibilidade de decisões parciais de mérito, Gabriel Araújo Gonzalez expõe que o objetivo de Lacerda, na verdade, seria apenas demonstrar que, em certas circunstâncias, não haveria a necessidade da realização de audiência de instrução e julgamento, para se proferir uma decisão interlocutória de mérito, o que baseado no princípio da oralidade, na doutrina de Enrico Tullio Liebman era expressamente vedado. Assim, segundo Gonzalez, as ideias de Lacerda se aproximariam mais da concepção de julgamento de julgamento antecipado da lide no CPC/73, do que propriamente de sentenças parciais de mérito. Há de se falar, porém, que o referido autor não nega em seus estudos a possibilidade de se defender, sob a doutrina de Lacerda, que no despacho saneador, haveria a possibilidade de instruir apenas alguns dos pedidos, e julgar outros que se mostrassem maduros para tanto, apesar de não ser um debate aprofundado à época. GONZALEZ, Gabriel Araújo, *A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015*. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 67/68.

Entretanto, no que tange aos critérios para o cabimento de Agravo, houve mudança significativa, que implicou diretamente, como visto, na classificação dos atos judiciais.

Aliás, diga-se que uma das maiores discussões no CPC/1939 se dava quanto à conceituação dos agravos. De um lado, um primeiro grupo que considerava o agravo como recurso específico de decisões interlocutórias, sendo a doutrina representada por Seabra Fagundes⁸³, Teixeira de Freitas⁸⁴ e Afonso Fraga⁸⁵. De outro, um segundo grupo que definia o agravo “como o recurso cabível nos casos expressos em lei”, tendo como representantes Odilon de Andrade⁸⁶, João Monteiro⁸⁷, Martinho Garcez⁸⁸.

Como razão, o primeiro grupo argumentava no sentido de que, embora se reconhecesse que o recurso de agravo, em determinadas hipóteses, era o meio de impugnação cabível contra sentenças definitivas, isso se daria em casos excepcionais, sem macular a predominância de sua recorribilidade relacionada às decisões interlocutórias⁸⁹. Outrossim, segundo Seabra Fagundes, todos os recursos de uma forma ou de outra possuem como base a lei, embora alguns de maneira genérica, como por exemplo, a apelação, recurso cabível das decisões definitivas de primeira instância, salvo disposição em contrário⁹⁰ (art. 820).

Já o segundo grupo, se apegava na insegurança pela definição do agravo como recurso cabível contra interlocutórias, na medida em que o próprio diploma processual trazia consigo hipóteses em que a natureza da decisão era de sentença definitiva, sendo, todavia, ainda assim impugnadas por agravo. João Claudino de Oliveira e Cruz cita algumas das hipóteses espalhadas pelo CPC/39: as decisões que julgarem os processos de habilitação incidente (art.

⁸³ Deixa claro que o recurso de agravo “tem lugar quando se trata de decisão interlocutória”. FAGUNDES, Miguel Seabra. **Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil**. Forense. Rio de Janeiro. 1946., p. 302-303.

⁸⁴ Apud CRUZ, João Claudino de Oliveira e. **Dos Recursos no Código de Processo Civil**. 3ª ed. Forense. Rio de Janeiro, 1968, p. 232.

⁸⁵ Ibid. p. 233.

⁸⁶ “Agravo é um recurso interposto para o juiz superior para que seja modificada ou reformada alguma sentença ou despacho nos casos expressamente previstos em lei.” **Comentários ao Código de Processo Civil**, São Paulo: Forense, 1946, vol. IX, p. 226.

⁸⁷ “Agravo é o recurso interposto para juiz superior a fim de que este modifique ou reforme algum despacho nos casos expressamente determinados na lei”. Apud CRUZ, João Claudino de Oliveira e. **Dos Recursos no Código de Processo Civil**. 3ª ed. Forense. Rio de Janeiro, 1968, p.232.

⁸⁸ GARCEZ, Martinho. **Dos Agravos**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1913, p. 15.

⁸⁹ CRUZ, João Claudino de Oliveira e. **Dos Recursos no Código de Processo Civil**. 3ª ed. Forense. Rio de Janeiro, 1968, p. 234.

⁹⁰ Ibid. p. 236.

746); de apreensão de embarcações (art. 757); das avarias (art. 765); dos salvados marítimos (art. 769)⁹¹.

Ademais, ressalta-se que até mesmo no rol de hipóteses casuísticas estabelecidas pelo art. 842, alguns doutrinadores, insistiam em afirmar que algumas dessas decisões possuíam natureza de sentença, tendo, porém, como recurso cabível para impugnação o agravo de instrumento, tal como ocorria com os incisos III e XII⁹².

Assim, ponderando sobre a controvérsia, nos parece mais adequada a definição de agravo no CPC/1939, aquela dada por João Claudino de Oliveira e Cruz, para quem conceituava o agravo, “*como recurso interponível contra decisões interlocutórias ou definitivas, nos casos expressamente previstos em lei, e contra as decisões que ponham fim ao processo principal sem lhe resolverem o mérito*”⁹³.

A partir dessa definição, abarcam-se as três espécies de agravo adotadas pelo sistema: o agravo de instrumento, o agravo no auto do processo, e o agravo de petição. Esse último, porém, outrora destinado às decisões interlocutórias, passou a ser cabível para as sentenças terminativas. Diferente, assim, do Agravo de Instrumento e do Agravo nos autos, que continuaram como recursos específicos, via de regra, de decisões interlocutórias, nas hipóteses previstas em lei (art. 842, art. 851, respectivamente), abandonando-se

⁹¹ CRUZ, João Claudino de Oliveira e. **Dos Recursos no Código de Processo Civil**. 3ª ed. Forense. Rio de Janeiro, 1968, p. 235.

⁹² Um primeiro exemplo é a controvérsia acerca da interpretação do art. 842, inciso XII, dispondo que cabia agravo de instrumento “contra a decisão que anulasse a arrematação, adjudicação, ou remição cujos efeitos legais já tivessem se produzido”. É justamente sobre a produção desses efeitos legais que Jorge Americano afirmava que a aplicabilidade do referido inciso estaria restrita às decisões tomadas em sede de embargos do executado (art. 1.009, II, e 1.011); de embargos de terceiro (art. 708) ou na hipótese do art. 979. Isso porque, segundo o autor, essas eram hipóteses típicas de que o efeito das condutas constritivas não haviam ainda se operado. Após, somente pela via de ação anulatória tal reversão seria possível (**Comentários a Código de Processo Civil do Brasil**. 4º Volume. Arts. 808 a 1.052. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1960, p.79). Discordando desse posicionamento, Pontes de Miranda ressaltava que, mesmo em sede de Embargos do Executado ou de terceiro, caso não houvesse efeito suspensivo, a anulação ocorreria após a produção dos efeitos (**Comentários ao código de processo civil**, 1960, p. 37). João Claudino e Cruz ia além, para afirmar que mesmo negativa a decisão proferida em ação ordinária de nulidade, mesmo sendo uma sentença definitiva, caberia o agravo de instrumento pelo “salvo em contrário”, disposto no art. 520 (Ob. cit. p. 276/277); Um outro exemplo é o art. 842, inciso III, que previa a recorribilidade, por agravo de instrumento, da decisão que denegasse ou concedesse medidas requeridas como preparatórias. Sobre essas, Alcides de Mendonça Lima (**A recorribilidade dos despachos interlocutórios no Cod. de Proc. Civil**. Revista Forense, ano 54, v. 173, 1957, p. 81) afirmava ser a hipótese de sentença definitiva recorrível por agravo de instrumento. Salienta Gabriel Araújo González, que também esse o entendimento de Lopes da Costa, ao utilizar o exemplo da decisão em arresto (**recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**, JusPodivm, Salvador, 2016, p. 84).

⁹³CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos Recursos no Código de Processo Civil*. 3ª ed. Forense. Rio de Janeiro, 1968, p. 237.

definitivamente o obsoleto critério de distância entre juízo ad quem e juízo a quo (15 léguas) para determinação das espécies de agravo.

Desta feita, por não se destinar mais à impugnação das decisões interlocutórias, não será abordado de maneira mais aprofundada o Agravo de Petição, deixando, desde já, consignado a dificuldade da doutrina à época de chegar a um consenso acerca do conceito de “mérito”⁹⁴.

Realizada a consideração, passaremos a enfrentar a questão das interlocutórias relacionadas com o agravo no auto do processo e o agravo de instrumento.

3.2.1. O princípio da taxatividade e a recorribilidade das decisões interlocutórias.

O Código de Processo Civil de 1939 optou expressamente pela adoção de um dos subprincípios do princípio da oralidade: a irrecorribilidade em separado das interlocutórias⁹⁵.

A justificativa para tanto, fica bem explícita na exposição de motivos para realização daquele diploma processual, na medida em que os recursos interpostos de decisões em separado, segundo ela: *“concorriam para tumultuar o processo, prolongá-lo e estabelecer confusão no seu curso. Fundamentavam-se na sua generalidade em matéria de caráter puramente processual, e só se justificariam em um sistema de um processo concebido de maneira rígida ou hierática, como tento por única finalidade a estrita observância de suas regras técnicas, sem atenção ao seu mérito e sua finalidade”*⁹⁶.

Nesse sentido, o legislador fez uma escolha por um procedimento, em regra, livre de interferências em seu curso por decisões dos tribunais. Embora, é bom que se diga, tenha mitigado o princípio da irrecorribilidade em separado, estabelecendo taxativamente as

⁹⁴ (...) “cabendo lembrar que a doutrina da época divergia sobre o conceito de mérito, e, por consequência, não convergia quanto à caracterização da decisão final que se baseava, sobretudo, na carência de ação.” GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 80.

⁹⁵ Sobre o princípio da oralidade; GUEDES, Jeferson Carús. **Princípio da Oralidade: procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro**. Ed. RT, 2003. Em especial, sobre relação com o subprincípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias, a mesma obra, p. 72/77.

⁹⁶ BRASIL. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em: 24/04/2017.

hipóteses casuísticas em que as interlocutórias poderiam ser atacadas por recurso, nesse caso, o agravo de instrumento (art. 842), e o agravo no auto do processo (art. 851, CPC/39).

É bem verdade também que no caso do agravo no auto do processo a sua recorribilidade não possuía o condão de interferir no curso feito, considerando que seu julgamento (agravo nos autos) apenas se dava após a interposição do recurso de Apelação, como se verá em seu procedimento. De toda a forma, o mais relevante para o presente estudo, é que, quanto ao rol estabelecido pelo legislador, apesar de alvo de divergências interpretativas, não havia dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais ser o mesmo *numerus clausus*, sendo essa consideração intangível.

Torna-se importante ressaltar, porém, que a rígida eleição das hipóteses em que essas espécies de agravo estavam autorizadas não saía ileso às críticas.

Na visão de Lopes da Costa, por exemplo, era natural que o critério de escolha das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento deveria necessariamente guardar relação com a influência da decisão interlocutória no provimento final⁹⁷.

Assim, para as questões relevantes ao mérito da causa, que poderiam gerar uma nulidade em todo o processo, não seria adequada a previsão de um recurso de julgamento postergado, sob pena de um desperdício de cognição. Por isso, a autonomia e o imediatismo do Agravo de Instrumento faziam desse recurso perfeito às decisões interlocutórias com essas características.

Diferente acontecia com aquelas decisões que possivelmente acarretariam a nulidade apenas de alguns dos atos processuais, cuja solução mais viável, portanto, era o cabimento de um meio de impugnação futuro. No caso do CPC/1939: o agravo no auto do processo, previsto pelo art. 851⁹⁸.

⁹⁷ COSTA, Alfredo Lopes da. **Manual Elementar de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 179-181.

⁹⁸ Art. 851. Caberá agravo no auto do processo das decisões:
I – que julgarem improcedentes as exceções de litispendência e coisa julgada;
II – que não admitirem a prova requerida ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado;
III – que concederem, na pendência da lide, medidas preventivas;
IV – que considerarem, ou não, saneado o processo, ressalvando-se, quanto à última hipótese o disposto no art. 846.

O problema apontado é que nem sempre havia uma coerência entre as premissas traçadas anteriormente e o rol *numerus clausus* eleito pelo legislador. Nesse sentido, alertava o jurista:

A questão processual, quando, evidentemente, irá influir na sentença de mérito, também deveria abrir margem a imediato recurso. Assim, por exemplo, com o despacho que admitisse a mudança do libelo.

De outras vezes, porém, essa influência só se pode verificar ao final, com a avaliação de todo o material do processo. O juiz, por exemplo, que nega o depoimento de uma testemunha ou não permite uma pergunta. Pode verificar-se a final que, apesar disso, a parte, com outras testemunhas que foram ouvidas ou com documentos que foram oferecidos, conseguiu fazer a prova que pretendia obter com a testemunha recusada. Nesse caso, deve prevalecer o interesse da brevidade do processo. A decisão do recurso deve ser diferida, adiada, para o momento em que, por outro recurso a que o primeiro fica subordinado, se possa examinar o resultado inteiro todo processo. O agravo no auto do processo será então um recurso de solução diferida (para o momento de julgar-se o outro recurso), mediato (que só se conhece pela interposição de outro), e subordinado (ao segundo recurso).

No entanto, o código dá agravo de instrumento da decisão sobre incompetência, que mesmo absoluta, invalida apenas os atos decisões, e agravo no ato do processo da decisão a exceção de coisa julgada, que invalida o processo inteiro.⁹⁹

Não obstante a crítica acerca da inconsistência do critério para a definição das hipóteses eleitas para cada espécie de agravo, levando em consideração à influência da decisão interlocutórias no provimento final, aos jurisdicionados restava o seguimento da previsão legislativa, dado o princípio da taxatividade. Desse modo, cabe ao trabalho, investigar a relação das interlocutórias com as mencionadas espécies de agravo, destacando a interpretação realizada de suas hipóteses naquele diploma processual, a fim de identificar se a intenção exposta pelo legislador em simplificar e “não tumultuar” o procedimento foi bem sucedida.

3.2.2As decisões interlocutórias e o agravo no auto do processo (art. 851, CPC/39).

Conforme rapidamente exposto no tópico anterior, o agravo no auto do processo representava um recurso totalmente coerente e compatível com o objetivo de aproximação do princípio da oralidade¹⁰⁰.

⁹⁹ COSTA, Alfredo Lopes da. **Manual Elementar de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 179-181.

¹⁰⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 3º Volume, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 195/196.

Isso, na medida em que a sua interposição não interferia no curso do procedimento, porque embora interposto no juízo *a quo*, a apreciação desse recurso só se dava no juízo *ad quem*, mais precisamente, de maneira preliminar ao julgamento do recurso de Apelação (art. 852)¹⁰¹.

Assim, permitia-se a maior concentração dos atos processuais na 1ª instância, sem ao mesmo tempo, deixar de resguardar a parte sucumbente de uma decisão interlocutória que, por sua vez, poderia ter influenciado no julgamento final pelo juízo singular.

Desse modo, em outras palavras, na visão de Teresa Arruda Alvim Wambier, ainda que imperfeitamente, “o recurso de agravo no auto do processo atendia a duas necessidades: 1ª) a não interrupção do desenvolvimento procedimental; 2ª) a indispensável necessidade de recorrer-se das interlocutórias”¹⁰², ressaltando ainda que, caso não fosse interposto esse recurso, se operaria a preclusão¹⁰³.

Ainda quanto ao julgamento, Gabriel Araújo Gonzalez menciona doutrinas na época que ampliavam a possibilidade de apreciação do agravo no auto do processo, mesmo que o recurso principal a ser julgado em grau recursal fosse distinto da Apelação¹⁰⁴. É o caso de Pontes de Miranda, que reconhecia a possibilidade de conhecimento do agravo no auto do processo nos julgamentos de agravo de instrumento e agravo de petição¹⁰⁵, e Pedro Batista Martins, apenas autorizando-o para o agravo de instrumento interposto contra sentença definitiva¹⁰⁶.

Ademais, o agravo no auto do processo se dava nas hipóteses casuísticas e autorizadas por lei de decisões interlocutórias estabelecidas pelo rol do art. 851 do CPC/39, todas que, em tese, poderiam esperar o julgamento da apelação para ser apreciadas preliminarmente, lembrando que também aqui vigorava o princípio da taxatividade, sendo o agravo no auto do processo um recurso restrito às hipóteses autorizadas pelo diploma processual.

¹⁰¹SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 3º Volume, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 195/196.

¹⁰²WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 74.

¹⁰³*Idem. Idem. Idem.*

¹⁰⁴GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016, p.99

¹⁰⁵MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960, t. XI, p. 409/411.

¹⁰⁶MARTINS, Pedro Batista. **Recursos e processos da competência originária dos tribunais**. Alfredo Buzaid (atualizador). Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 323/324.

Assim, sem maiores considerações acerca dos casos previstos para esse recurso diferido de despachos interlocutórios, passaremos a analisar mais a fundo as interlocutórias e sua relação com o agravo de instrumento.

3.2.3 – As decisões interlocutórias e o Agravo de Instrumento (art. 842, CPC/39).

Não obstante o princípio da taxatividade vir a atingir ambas as espécies de agravo, era natural que essa opção legislativa gerasse maiores repercussões para o Agravo de Instrumento, por justamente ser esse o recurso destinado a atender à recorribilidade imediata das interlocutórias, em uma mitigação clara ao sub princípio da irrecorribilidade em separado adotada pelo CPC/1939.

Dessa forma, o impacto da inexistência de uma cláusula geral para recorribilidade de interlocutórias com dano irreparável, e a ineficiência do rol estabelecido pelo art. 842 para abarcar todas as hipóteses em que o jurisdicionado necessitava de um meio de impugnação imediato, fizeram com que a doutrina debatesse exaustivamente o alcance das hipóteses casuísticas autorizadas por lei e suas consequências para o processo.

Partindo dessas premissas, houve a definição das hipóteses casuísticas de recorribilidade dos despachos interlocutórios, por meio do art. 842, senão vejamos quais eram:

Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões: (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

I, que não admitirem a intervenção de terceiro na causa; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

II, que julguem a exceção de incompetência; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

III, que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

IV, que receberem ou rejeitarem “*in limine*” os embargos de terceiro. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.672, de 1965).

V, que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade, (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

VI, que ordenarem a prisão; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

VII, que nomearem ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamentário ou liquidante; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

VIII, que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamentários; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

IX, que denegarem a apelação, inclusive de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

X, que decidirem a respeito de erro de conta ou de cálculo; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

XI, que concederem, ou não, a adjudicação, ou a remissão de bens; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

XII, que anularem a arrematação, adjudicação, ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

XIII, que admitirem, ou não, o concurso de credores, ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

XV, que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

XVI, que negarem alimentos provisionais; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

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. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

De início, ressalta-se que, assim como no atual sistema, a previsão taxativa não afastava outras disposições de lei extravagantes que previssem o agravo de instrumento como recurso cabível para determinadas decisões interlocutórias¹⁰⁷.

Assim, por exemplo, em análise à Lei de Falências da época (dec.-lei nº 7.661, de 21 de julho de 1945) encontravam-se vários casos de agravo de instrumento, como da sentença que declarar a falência (art. 17); da sentença que fixava ou retificava o termo legal da falência (art. 22, § único); da sentença que ordenava o sequestro de bens do falido em poder de terceiro no caso de ação revocatória (art. 56, §3). Da mesma forma, na Lei de Luvas (dec. 24.150, de 20 de abril de 1943), que regulava as condições e o processo de renovação de contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais ou industriais, existindo nessa legislação hipóteses autorizadas para interposição de agravo de instrumento¹⁰⁸.

Com relação às hipóteses previstas nos incisos, verifica-se que o legislador ora estabelecia o critério de recorribilidade unicamente pelo conteúdo da decisão proferida, tais como aquela que julgarem a exceção de incompetência (II), e as que decidirem a respeito de erro de conta ou de cálculo (X);

Quanto também, por vezes, cumulava-se o requisito do conteúdo como próprio sentido em que o juízo julgava a decisão (*secundum eventum*), como é exemplo o inciso I: “que não admitirem a intervenção de terceiro na causa”. Em interpretação literal ao dispositivo, a que

¹⁰⁷ REZENDE Filho, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de direito processual civil**. V. III, 3ª. Ed, Saraiva: São Paulo, 1953, p. 133.

¹⁰⁸ Ibid. p.133.

admitisse a intervenção de terceiro seria irrecurível; assim como acontecia nos demais nos incisos VI, XII, XVI, XVII.

Dessa maneira, a própria doutrina e a jurisprudência oscilavam quanto à interpretação da extensão dos incisos previstos pelo art. 842 do CPC/39.

A título de exemplo, havia divergência acerca da previsão para a recorribilidade da decisão que *julgava procedente ou não a exceção de incompetência (art. 842, II)*. De um lado, aqueles que defendiam a recorribilidade por esse inciso se estendendo também para a incompetência decretada de *ex officio* pelo juízo¹⁰⁹. De outro, àqueles que interpretavam restritivamente a hipótese, isto é, somente a decisão que declinava a competência por meio da exceção poderia autorizar a recorribilidade pelo agravo de instrumento, porque “exceção” não poderia ser entendida como “alegação do excipiente”, na medida em que aludiria ao direito objeto¹¹⁰.

Da mesma forma, acontecia com as decisões que *nomeavam ou destituíam inventariante, tutor, curador, testamentário ou liquidante (art. 842, VII)*. Seabra Fagundes, estendia a interpretação para outras decisões ditas implícitas, mas que atenderiam à finalidade do inciso, como o indeferimento de escusa de tutela ou curatela equivale à nomeação do tutor ou curador, a rejeição de impugnação da qualidade do inventariante tem o mesmo efeito da designação original e a nomeação de depositário para os bens do espólio equivale à destituição do inventariante.¹¹¹

Também sobre o inciso XI, que definia ser agravável a decisão que conceder ou não a adjudicação ou a remissão de bens, a possibilidade de extensão era controvertida. Desta vez, o próprio STF, em julgamento, estendeu a interpretação do referido inciso para a hipótese de impugnação que autorizaria a remissão não apenas de bens. Posição jurisprudencial, aliás, criticada por Odilon de Andrade, que defendia a interpretação restritiva do inciso, deixando

¹⁰⁹ FRAGA, Afonso. **Instituições do Processo Civil do Brasil**. Vol. III, São Paulo: Academica, p. 180.

¹¹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960, t.XI, p.317; FAGUNDES, Miguel Seabra. **Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil**. Forense. Rio de Janeiro. 1946, p. 319. GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**, JusPodivm, Salvador, 2016, p. 82.

¹¹¹ *Ibid.* p. 325-327. A mesma divergência não haverá no CPC/2015, ante a previsão expressa do parágrafo único do art. 1.015, que autoriza a recorribilidade de todas as decisões proferidas em processo de inventário.

também clara sua posição, sobretudo, contra a impugnação por agravo de instrumento de decisão que homologava um ato já concedido anteriormente¹¹².

Por último, o inciso X, que em sua disposição original tornava agravável por instrumento a decisão a respeito de erros de conta. A jurisprudência, todavia, interpretava o inciso, estendendo também para as hipóteses de erro de cálculo. Ressalta-se que, erros de contas eram aqueles decorrentes de operações meramente aritméticas, enquanto erro de cálculo fazia uma alusão direta à inclusão, exclusão de parcelas indevidas para o resultado final¹¹³. Com o Decreto-Lei 4.365/1962, a redação acrescentou os “erros de cálculos”, sendo, no entanto, digno de registro a extensão interpretativa até a mudança legislativa.

Diante disso, um sistema que originalmente privilegiou a celeridade processual, considerando a exposição de motivos do CPC/1939, acabou por sacrificar a segurança jurídica no que tange as hipóteses de cabimento de recurso das decisões interlocutórias, questão que será debatida no próximo tópico.

3.3 APRENDENDO COM AS LIÇÕES DO PASSADO: OS PROBLEMAS DECORRENTES DA ADOÇÃO DA RECORRIBILIDADE CASUÍSTICA DAS INTERLOCUTÓRIAS.

A ausência de uma correspondência precisa e segura entre a decisão interlocutória e interposição de agravo de instrumento, bem como as divergências interpretativas apontadas sobre as hipóteses previstas como recorríveis, deixava como rastro a insegurança no sistema de recorribilidade das interlocutórias no Código de Processo Civil de 1939.

Até por esse motivo, alguns doutrinadores defendiam o seguimento à risca e uma interpretação restritiva das hipóteses taxativas estabelecidas pelo legislador no art. 842¹¹⁴. Demonstra bem a posição mencionada, a passagem de João Claudino Oliveira e Cruz, em paráfrase à formula utilizada João Monteiro para definir quando caberia o recurso de Agravo, de maneira simplificada ilustrava:

¹¹² ANDRADE, Odilon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946, vol. IX, p. 254.

¹¹³ FAGUNDES, Miguel Seabra. **Dos recursos ordinários em matéria civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, vol. IV, p. 218.

¹¹⁴ Nesse sentido, De Plácido e Silva. **Comentário ao Código de Processo Civil**. Curitiba: Editora Guaíra. 1940. p. 561.

“Cabe ou não agravo” – Dizia.
 E concluía: A lei expressamente responderá. Eis tudo.”
 Fórmula que nós podemos emendar:
 Cabe ou não cabe agravo de instrumento?
 A lei expressamente responderá.
 Eis tudo.¹¹⁵

No mesmo sentido, Pedro Batista Martins assinalava que aquele Código procurava adotar um sistema simples e intuitivo, tendo como critério à *irrecorribilidade dos despachos interlocutórios simples*, ressalvadas as exceções expressas. Segundo o autor, o agravo de instrumento e o agravo no auto do processo exigiam interpretações restritivas, não cabendo senão nos casos expressamente previstos, na medida em que: “certo ou errado, o Código destinava-se a realizar a justiça rápida, admitindo que a decisão dos recursos interlocutórios não seria mais breve que a decisão do próprio mérito. Daí o critério do cerceamento dos recursos¹¹⁶.”

Importante também para o estudo é a posição de Jorge Americano, no sentido de que com a previsão casuística das hipóteses de Agravo de Instrumento, tornou-se expresso os casos de interlocutórias com dano irreparável, requisito adotado outrora como cláusula genérica nas Ordenações Filipinas, na Consolidação de Ribas (art.; 502, §4), e no Regulamento nº 737/59 (art. 669, §15)¹¹⁷.

Assim, ficava claro que embora não fosse novidade a adoção do critério da recorribilidade casuística das interlocutórias, posto que todos os ordenamentos processuais até então vigentes também seguiam essa regra, a diferença fundamental residia em que no CPC/1939, diferente dos demais, não havia a previsão de cláusula genérica que autorizasse a recorribilidade em separado das “decisões interlocutórias com danos irreparáveis¹¹⁸”.

¹¹⁵CRUZ, João Claudino de Oliveira e. **Dos Recursos no Código de Processo Civil**. 3ª ed. Forense. Rio de Janeiro. 1968. p. 226.

¹¹⁶ Em nota de rodapé, Pedro Batista Martins. **Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 225.

¹¹⁷ “No estado atual, segundo o Código, agravo é um recurso especial, iterativo nos casos de decisão interlocutória contendo dano irreparável definido expressamente, reiterativo nos casos em que vale como apelação, e de mera ressalva, quando para não passar em julgado o despacho de gravame.” **Comentários a Código de Processo Civil do Brasil**. 4º Volume. Arts. 808 a 1.052. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1960, p. 51.

¹¹⁸ Nesse sentido, Moacyr Amaral Santos, em tom de crítica ao critério do legislador de 1939: “Quando uma lei não satisfaz os fins a que se destina, ou lhe dá logo o corretivo legal de que precisa ou despontam muitos outros, até mesmo irregulares, mas tolerados pelo consenso geral, suprindo-lhes as deficiências. No direito processual pátrio anterior, em que não vigia o princípio da irrecorribilidade dos interlocutórios, mas ao contrário, a lei

Diante dessa realidade, as críticas ao critério de irrecurribilidade mista adotada pelo legislador do CPC/39 eram cada vez mais presentes.

José Frederico Marques, apontando os entraves da adoção desse critério, ia bem além da inconsistência levantada por Lopes da Costa para definir as espécies de agravo com base em sua influência para o provimento final¹¹⁹, e deixava claro que seria “fruto de excessivo simplismo afirmar que as interlocutórias, pelo seu predominante aspecto procedimental podem ser solucionadas irrecurribilmente, porquanto o interesse prevalecente no processo é a solução do litígio”.

O jurista ainda acrescentava que “um dos grandes méritos de Goldchmidt consistiu, justamente, em mostrar de como os atos processuais, com as expectativas, ônus, e perspectivas das partes, podem aumentar ou diminuir as possibilidades de decisão favorável ou desfavorável do mérito da causa, para o réu e autor, respectivamente. A atuação dos interessados, através de atos do procedimento, não é de pequena monta, como fato ou coeficiente da sentença que vai incidir sobre a pretensão, para lhe dar solução adequada. Ora, os despachos interlocutórios se atêm justamente a esses atos procedimentais cuja influência pode ser, em determinados casos, decisiva e fundamental para uma justa composição do litígio na sentença sobre o mérito¹²⁰.”

Nesse sentido, Frederico Marques demonstrava o quanto uma decisão interlocutória, sem previsão de recurso, poderia influenciar no provimento final, e do mesmo modo, não deixava de mencionar a ausência de recursos de decisões temporárias que embora causassem danos

estabelecia minuciosa casuística destes e seu correspondente recurso, admitindo o legislador a possibilidade de decisões interlocutórias outras, não expressamente impugnáveis, lhes concedia recurso sempre que dela resultasse dano irreparável. Os elaboradores do Cód. De Proc. Civil não atinaram com a sabedoria dessa providência, tanto mais aconselhável, senão necessária, em razão da adoção do princípio da irrecurribilidade das interlocutórias, não poucas das quais, uma vez inimpugnáveis, criam situações irreparáveis ou cuja reparação tardia não impede grande e inevitável prejuízo para o vencido; **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 2ª ed, p. 196.

¹¹⁹ COSTA, Alfredo Lopes da. **Manual Elementar de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 179-181.

¹²⁰ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 3ª Ed, Rio de Janeiro: Editora, 1969, vol. IV. p. 291

significativos ao jurisdicionado, como as providências liminares tomadas em interditos proibitórios, ficavam sem remédio¹²¹.

Também a doutrina de Moacyr Amaral Santos, ao dispor sobre a omissão quanto à recorribilidade de decisões que causassem dano irreparável, de maneira contrária aos ordenamentos anteriores, consignava que: “os elaboradores do Cód. De Proc. Civil não atinaram com a sabedoria dessa providência, tanto mais aconselhável, senão necessária, em razão da adoção do principio da irrecorribilidade das interlocutórias, não poucas das quais, uma vez inimpugnáveis, criam situações irreparáveis ou cuja reparação tardia não impede grande e inevitável prejuízo para o vencido¹²².”

Desta feita, ante a ausência de uma hipótese geral em que poderia ser enquadrada uma situação jurídica de dano irreparável gerado pelas interlocutórias, sem previsão casuística no rol do art. 842, aliada às críticas doutrinárias sobre o perigo de lesão, abriu-se espaço para os debates e a discussão de utilização dos chamados sucedâneos recursais¹²³.

3.3.1 – Os sucedâneos recursais e o CPC/1939

Dentro do contexto mencionado, as necessidades de meio de impugnação contra decisões que causavam danos irremediáveis fizeram surgir os chamados “sucedâneos recursais”.

A expressão foi pela primeira vez utilizada por José Frederico Marques, para designar “válvulas de escape” do jurisdicionado diante de uma falha do legislador, ao não contemplar,

¹²¹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 3ª Ed, Rio de Janeiro: Editora, 1969, vol. IV, p. 291.

¹²² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 3º Volume, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 196.

¹²³ Nesse aspecto, Moacyr Amaral Santos: “Da inadvertência do legislador nacional, olvidando o fenômeno, que o direito tradicional disciplinara, redundou, por força da necessidade, a tendência de suprir-se a omissão pro meio de medidas substitutivas do recurso, legalmente inexistentes mas que funcionam como se recurso fora. Á falta de recurso próprio para a impugnação de um sem número de decisões interlocutórias, causadoras ou suscetíveis de causar dano irreparável às partes, consente-se que estas, verificadas dadas circunstâncias, se valham, para desfazerem-se do gravame que as decisões lhe causam, ora do mandado de segurança, no que são frequentemente amparadas pela jurisprudência, ora da correição parcial, ou reclamação, figura exótica, sem caráter definido e de ilegalidade gritante, mas de prática generalizada em quase todos, senão todos, tribunais do país. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 3º Volume, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 196-197.

pela restrição à recorribilidade das decisões interlocutórias, todas as situações passíveis de causar dano irreparável à parte durante o processo¹²⁴.

Não que se defendesse/desejasse uma recorribilidade das interlocutórias por outros meios, até porque se reconhecia, com essas medidas, os males causados ao sistema.

Em primeiro lugar, porque além do mandado de segurança contra ato judicial, surgia como meio de impugnação aceito outras formas como a correição parcial ou as reclamações, que não obstante às críticas de sua utilização que serão enfrentadas, gerava era uma grande instabilidade, sob o ponto de vista da parte, de não se saber com qual meio se insurgir.

Ademais, dentro daquele contexto, os sucedâneos recursais eram utilizados sem o devido contraditório efetivo, apenas manifestavam-se o reclamante e o juiz reclamado, o que também gerava prejuízo pela incapacidade da parte beneficiada pelo *decisum* influenciar a decisão do Tribunal¹²⁵.

Porém, dos males o menor. Era mais adequado admitir um meio de impugnação que assegurasse o direito das partes, do que sacrificá-lo totalmente.

Assim, sobre os sucedâneos recursais, utilizados na época, merecem consideração a correição parcial e o mandado de segurança contra ato judicial.

3.3.1.1 Correição parcial ou reclamação

Como primeira alternativa imediata à restrição da recorribilidade das interlocutórias, a correição parcial, ou reclamação, como era chamada em alguns estados, ganhou à época,

¹²⁴ “E foi porque o Cód. de Proc. Civil não atentou para os fenômenos apontados, que se procurou uma válvula escapatória, destinada a ventilar a sufocante atmosfera oriunda do princípio da irrecurribilidade das interlocutórias, com os sucedâneos recursais”. MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 3ª Ed, Rio de Janeiro: Editora, 1969, vol. IV, p. 292.

¹²⁵ Em sugestão da restauração do agravo contra decisões que causem dano irreparável, José Frederico Marques: “talvez se pudesse abreviar, neste caso, os prazos e termos do procedimento recursal, mas sem abolir a apreciação contraditória das partes, para não se repetir o que geralmente acontece nos sucedâneos recursais hoje existentes, em que somente falam o reclamante e o juiz reclamado”.

extrema notoriedade, e inclusive, contendo reconhecimento expresso pelos tribunais brasileiros como um meio de impugnação imediato das interlocutórias irrecorríveis¹²⁶.

Esse meio de impugnação possui suas raízes no agravo de ordenação não guardada, previstos nas Ordenações, liv. 3º, tit. 20, §6, destinadas a atacar decisões interlocutórias que desrespeitavam as formalidades extrínsecas do processo, sem qualquer relação com o mérito da causa¹²⁷.

É, entretanto, na toada das previsões de agravo de instrumento de decisões genéricas com “dano irreparável”, já mencionadas no Reg. n. 737 (art. 668,§15), e repassadas aos demais códigos estaduais, que a correição parcial surge. Isso porque, o estado do Distrito Federal, ao contrário dos demais, não previa a forma genérica para interposição de agravo contra decisões com danos irreparáveis, cabendo ao jurisdicionado, prejudicado em sua esfera jurídica por uma interlocutória não prevista no rol casuístico estabelecido, a via da correição parcial¹²⁸.

Nesse sentido, embora após a Constituição de 1934 a competência para legislar sobre processo se dava de maneira exclusiva à União, ainda assim, o próprio Distrito Federal e outros estados-membros, como reação a adoção do princípio da irrecorribilidade dos interlocutórios pelo legislador de 1939, instituíram por leis de organização judiciária a correição parcial, que não obstante sua inconstitucionalidade visava atacar “erros ou abusos que importem na inversão da ordem legal do processo, quando para o caso não haja recurso.”¹²⁹,

Sem embargo a natureza de providencia disciplinar, posto que destinado a um órgão corregedor que não apenas aplicava a sanção disciplinar como também mandavam corrigir os erros, os abusos, reformando a decisão proferida, as correções parciais faziam de maneira inequívoca às vezes (função) de um recurso, como remédio pelo qual o vencido reclama o reexame e a reforma de uma decisão jurisdicional¹³⁰.

¹²⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 3º Volume, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 196-197.

¹²⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 3º Volume, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 196/197.

¹²⁸ Ibid. p. 196/197.

¹²⁹ Ibid..p. 198.

¹³⁰ Ibid. p. 199.

Sergio Bermudes ia além, ao dizer que: “A reclamação, utilizada em quase todos, senão todos os Estados brasileiros, e na Justiça Federal, tem por finalidade levar ao exame dos tribunais de segunda instância as decisões interlocutórias, para as quais o legislador não previu recurso. Portanto, não estará longe da verdade quem disser que, entre nós, a reclamação, ou correição parcial, é o recurso cabível das decisões irrecorríveis¹³¹” E ainda prosseguia: “a função da correição parcial e as suas características (interposição pelo prejudicado, reexame da decisão visando à sua reforma, impedimento da preclusão) impõem caracterizá-la como recurso. Ainda que contrária à Constituição, forçoso é reconhecer-lhe a natureza recursal¹³²”

Apesar de se não se pactuar com o consenso a que chega Sergio Bermudes, uma vez ausente a previsão desse instituto em lei federal (descumprimento ao princípio da taxatividade¹³³), a passagem serve como referência de como a jurisprudência aceitava “essa figura exótica, sem caráter definido e de ilegalidade gritante”¹³⁴.

De maneira bastante crítica, Moacyr Amaral dos Santos definia as correições parciais naquele contexto como “um instrumento, com vestes e função de recurso, criado por leis de organização judiciária e até mesmo por disposições inseridas em regimentos internos dos Tribunais, e, pois, flagrantemente inconstitucional, repellido pela doutrina, mas admitido e agasalhado pela jurisprudência, para suprir lacunas e obviar defeitos, muitas vezes insuperáveis, do sistema recursal estabelecido pelo Cód. De Proc. Civil¹³⁵”.

Por fim, classificando as correições parciais como “formas espúrias de reexame de interlocutórias”, José Frederico Marques sugeria, desde já, o abandono da taxatividade e a volta à cláusula geral de impugnação das interlocutórias, “As correições parciais e as reclamações, como em pouco demonstraremos, são formas espúrias de reexame de interlocutórias, que precisam ser definitivamente abolidas. Basta, para tanto, que o legislador

¹³¹ BERMUDES, Sergio. **Curso de direito processual civil (recursos)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 195-196). Passagem também destacada por Thiago Ferreira Siqueira, em nota de rodapé. O mandado de segurança como meio adequado para a impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis no novo CPC (texto não publicado). 2017, p. 16, nota de rodapé nº 17.

¹³²Ibid.. p. 98. Passagem referenciada por Thiago Ferreira Siqueira. *Idem. Idem.*

¹³³ ASSIS, Araken. **Introdução aos sucedâneos recursais**. In: Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais. Coord. Nelson Nery Jr, Teresa Arruda Alvim Wambier. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 6), p. 33

¹³⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 3º Volume, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 197.

¹³⁵ Ibid. p. 199.

abandone a rigidez de sua orientação, através de um expediente repristinatório: a restauração do agravo contra decisões que causem *dano irreparável*¹³⁶.

Diante da exaustiva colocação da doutrina acerca dos problemas decorrentes da utilização da correição parcial, mormente a sua flagrante inconstitucionalidade, passa a se estudar outro meio de impugnação utilizado e aceito pela jurisprudência da época como cabível para as decisões interlocutórias que causassem dano irreparável, o mandado de segurança contra ato judicial.

3.3.1.2 – O mandado de segurança contra ato judicial.

A utilização do mandado de segurança contra ato judicial, durante o Código de Processo Civil de 1939, em especial, para atacar as decisões interlocutórias irrecorríveis ou não recorríveis de imediato, possuem duas etapas com características distintas e bem definidas, que merecem ser enfrentadas. A primeira antes da Lei nº 1.533/51; e segunda, posterior a essa legislação.

3.3.1.2.1 – De 1934 até a Lei nº 1.533/51.

Como se sabe, nesse primeiro período (1934 – 1955), o mandado de segurança passa por mudanças legislativas bastantes repentinas: surge com a Constituição de 1934, e logo após é regulado pela lei nº 191/1936.

Em seguida, apesar da outorgada Constituição de 1937 tenha deixado de fazer previsão ao *writ*, o remédio continuou a existir, uma vez que ainda estava regulado em âmbito infraconstitucional pela própria Lei nº 191/1936, e de maneira conjunta, após 2 (dois) anos, também pelo CPC de 1939, arts. 319 a 331¹³⁷. Por derradeiro, com a promulgação da Constituição de 1946, o mandado de segurança volta a sua categoria constitucional¹³⁸.

¹³⁶ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**, vol. IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 293.

¹³⁷ PINTO, Teresa Arruda Alvim. **Mandado de Segurança contra ato judicial**. São Paulo: Editoria Revistas dos Tribunais, 1989, p. 16.

¹³⁸ *Ibid.* p. 16

Nesse momento inicial, a maior dificuldade a ser enfrentada se dava quanto a possibilidade de se enquadrar o juiz dentro do conceito de autoridade coatora¹³⁹.

Por isso, no princípio de vigência da Constituição de 1934 até a Lei nº 191/1936, a posição praticamente unânime da jurisprudência, com exceção do registro de um julgado pela Côrte de Apelação de São Paulo¹⁴⁰, era de que cabia o mandado de segurança exclusivamente contra atos administrativos, não se estendendo aos atos legislativos, e nem mesmo aos judiciais¹⁴¹.

A justificativa para tanto, nas palavras do Sr. Gabriel Passos, procurador-geral da República, citado por ex-ministro do STF, Carlos Nunes, seria de que: “para reparar erros de ofício de juiz e de legislador existem processos adequados; para reparar erros de administração – de juiz, legislador e de qualquer autoridade – é que existe, entre outros remédios, o mandado de segurança.¹⁴²” Dessa forma, temia-se que o *writ* substituísse todas as vias recursais ordinárias previstas até aquele momento no ordenamento jurídico brasileiro.

Com a vigência da Lei nº 191/1936, segundo Castro Nunes, além da redação que admitia mandado de segurança contra “*atos de qualquer autoridade, salvo os do presidente da república, ministros de Estados. Governadores e interventores*” ter sido alterada para “*atos de qualquer autoridade*”, tornando-a mais abrangente, parte da doutrina defendia ainda que “a sujeição dos atos judiciais ao mandado de segurança decorria indiretamente do art. 5, I, b e c, dessa mesma lei, que se definia a competência dos juízes e tribunais federais de primeira instância, *in verbis*: “*contra atos de quaisquer outras autoridade federais, inclusive legislativas*” (letra b) – “*contra ato de juiz ou tribunal* (letra c) – “*pressupostas as mesmas possibilidades de jurisdição comum, contra atos de autoridade locais, legislativas ou judiciárias* (III, a e parág. Único)”¹⁴³.

¹³⁹ PASSOS, J.J Calmon. **O Mandado de Segurança contra atos jurisdicionais: Tentativa de Sistematização nos cinqüenta anos de sua existência**. RePro v. 33, 1984, Jan – Mar, p. 50.

¹⁴⁰ É passagem do julgado: “em tese, verificada as condições legais, e não havendo qualquer outro recurso para evitar ou pôr termo à violência, nada impede a concessão da segurança contra atos de um juiz.” NUNES, Castro. **Do mandado de segurança contra ato judicial**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 5ª ed., 1956, p. 122/123.

¹⁴¹Ibid. p. 122/123.. Nesse mesmo sentido, Arnaldo Wald. **Mandado de segurança na prática judiciária**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito LTDA, 1958, p. 144/145.

¹⁴² NUNES, Castro. **Do mandado de segurança contra ato judicial**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 5ª ed., 1956, p. 122.

¹⁴³Ibid. p. 106.

Ainda assim, inclusive pela C orte Constitucional¹⁴⁴, continuava a predominar o entendimento de que não era cabível o mandado de segurança contra atos judiciais. Como a razão de decidir, os precedentes do Tribunal do Distrito Federal, e do Tribunal de Minas Gerais, reiteravam que ao “admitir essa anomalia, estariam em breve substituídos pelo mandado de segurança todos os recursos e a oes constantes da legisla o comum.¹⁴⁵”

Embora esse entendimento, via de regra, não tenha sido alterado no Supremo Tribunal Federal pela maioria dos ministros, conforme reconhece Castro Nunes¹⁴⁶, é importante considerar que a partir do ano de 1941, alguns foram os julgados daquela Corte Constitucional excepcionando essa jurisprudência, e concedendo a possibilidade de utiliza o da via mandamental em juízo. Destaque para algumas passagens dos julgados da do Pretório Excelso:

“Reputando manifestamente ilegal a decisão que determinou a penhora de rendas de um Estado da Federa o e **não havendo outro remédio eficaz para fazer cessar a anomalia**, concedo o mandado. (Ministro Costa Manso - Mandado de segurança não 319, julgado ela C orte Suprema em 2-10-1936, relator o Ministro CARLOS MAXIMILIANO)¹⁴⁷

“O mandado de segurança   são admissível contra atos judiciais excepcionalmente, **em falta de recurso ordinário e diante da manifesta incompetência por parte do indigitado autor.**” (Mandado de Segurança não 699 julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 11-8-1943, rel. Min. Philadelpho Azevedo, in Revista dos Tribunais, vol. 156, pág. 366.)¹⁴⁸

¹⁴⁴ Conforme mandado de segurança não 219, julgado pela C orte Suprema em 4-9-1936, relator Ministro CARVALHO MOURÃO. Embora haja um julgado no ano de 1936, em que a Corte Constitucional, reconheceu a possibilidade da utiliza o de mandado de segurança contra ato judicial em “um caso-líder de uma sentença que abalou todos os nossos princípios jurídicos, mandando que se fizesse a penhora das rendas do Estado de Minas Gerais. O Supremo houve então por bem conceder mandado de segurança impetrado pelo próprio Estado contra a sentença discrepante de toda a legisla o e jurisprudência pátria (Mandado de segurança não 319, julgado ela C orte Suprema em 2-10-1936, relator o Ministro CARLOS MAXIMILIANO, in Revista Forense, vol. LXX, pág. 481. Votou vencido o Ministro BENTO DE FARIA que são considerava id neo o mandado de segurança contra ato administrativo praticado pelo juiz mas não contra ato tipicamente judicial.” WALD, Arnaldo. **O Mandado de Segurança na Prática Judiciária**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito LTDA, 1958, p. 146/147.

¹⁴⁵ Mandado de Segurança não 38, C orte de Apela o do Distrito Federal, de 5-8-1936, relator Desembargaodr ANDRÉ FARIA FERREIRA, In Arquivo Judiciário, vol. 39, p. 369 e Revista Forense, vol. LXVIII, p. 120. No mesmo sentido, o acórdão do de Minas Gerais, de 19 de fevereiro de 1936, in Revista Forense, vol. LXVII, p. 365. Julgados citados, na rota de rodapé não 24, por Arnaldo Wald. **Mandado de segurança na prática judiciária**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito LTDA, 1958., p. 145

¹⁴⁶ “O Supremo Tribunal, por grande maioria, não tem admitido o mandado de segurança contra atos judiciais. Votos vencidos temos sido o Ministro ANIBAL FREIRE e eu (CASTRO NUNES), prestigiando-nos com a sua adesão o ministro FILADELFO AZEVEDO. Creio, porém, na mesma corrente, o eminente Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES.”

¹⁴⁷ Julgado citado na nota de rodapé não 30. WALD, Arnaldo. **Mandado de segurança na prática judiciária**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito LTDA, 1958, p. 147.

¹⁴⁸ Julgado citado na roda de rodapé não 32. Ibid. p. 148.

“Atos de autoridades judiciárias que, pelas **circunstâncias excepcionais** de que se reverterem, merecem a aplicação de um corretivo pronto que impeça a prossecução de violência ou de atentado à ordem pública (Ministro Anibal Freire – Acórdão do Recurso Extraordinário nº 4.564 de Santa Catarina não conhecido pela 1ª Turma em 21-8-1941)¹⁴⁹,”

Nesse sentido, caminhou a jurisprudência da mais alta Corte para conceder o mandado de segurança contra atos administrativos praticados por autoridade judiciária, em termos amplos; e a concessão contra ato judicial, diante da inexistência de remédio suficiente no sistema recursal que pudesse ser eficiente para sustar os efeitos prejudiciais do ato ilegal ou abusivo praticado pelo magistrado¹⁵⁰. Ademais, no caso de evidente incompetência do juiz prolator ou de violação de norma legal, desde que não houvesse efeito suspensivo¹⁵¹.

Em especial, quanto às interlocutórias proferidas em primeira instância, o Min. Castro Nunes deixava claro que:

“se se trata de decisão de primeira instância que não caiba recurso, mas retratável, estará na alçada do próprio juiz reconsiderá-la, e, nesse caso, inútil será o mandado de segurança. Se, porém, o juiz a mantém, abre-se aquela via na competência da instância superior. Se o despacho é do juiz federal, a este mesmo caberá reconsiderá-lo e, se o não o fizer conhecer da segurança requerida, cujo efeito prático será então o de operar como recurso, porque de outro modo possível não seria, em face da Constituição (v, cap. I, Tít. II), sujeitar o caso ao exame da Côrte Suprema.¹⁵²,”

Acrescentava ainda que: “tratando-se de sentenças recorríveis por apelação sem efeito suspensivo, o mandado de segurança estará em princípio admitido¹⁵³,”

Arnoldo Wald, por sua vez, enunciou que a excepcionalidade subjetiva da admissão do mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal passou a ser interpretada pela jurisprudência dos tribunais locais para admitir o mandado de segurança sempre que inexistente no sistema recurso com efeito suspensivo, conforme entendimento demonstrado pelo Min. Castro Nunes, embora também se reconhecesse que o Excelso Pretório continuava a exigir, ao lado da falta de recurso ordinário, as circunstâncias especiais do julgamento para

¹⁴⁹ Julgado citado na roda de rodapé nº 33. Ibid. p.148.

¹⁵⁰ WALD, Arnoldo. **Mandado de segurança na prática judiciária**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito LTDA. 1958. p. 148/149.

¹⁵¹ Ibid. p. 149.

¹⁵² NUNES, Castro. **Do mandado de segurança contra ato judicial**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 5ª ed., 1956, p. 124.

¹⁵³ Ibid.. p. 124.

que se revestissem em caráter excepcional, como no caso citado da penhora de bens do Estado¹⁵⁴.

A partir dos ensinamentos expostos, chega-se a conclusão de que do início de vigência do CPC/1939 até a promulgação Lei nº 1.533/55, que consignou expressamente o mandado de segurança contra despacho ou decisão judicial ao dispor que: “não se dará mandado de segurança quando se tratar: (...) de despacho ou decisão judicial quando haja recursos previstos nas leis processuais ou possa ser modificada por correição (art. 5, II)”, a via mandamental contra os despachos interlocutórios irrecorríveis passou por forte resistência da jurisprudência, admitindo-se, ao final, pelos tribunais locais desde que não houvesse recurso com efeito suspensivo, e com alguma característica excepcional – ou o que hoje se entende por teratologia - pelo Supremo Tribunal Federal.

3.3.1.2.2 – Da Lei nº 1.533/51 ao CPC/1973.

Com o advento da Lei nº 1.533/51 encerrou-se a discussão acerca da possibilidade de enquadramento do juiz dentro do conceito de autoridade coatora, e, por conseguinte, ficou pacífico o entendimento da jurisprudência de que cabia o mandado de segurança contra ato judicial. Isso, pela interpretação a contrário sensu, extraía do art. 5, II, *in verbis*:

Art. 5º Não se dará mandado de segurança quando se tratar:
II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção.

Não obstante, houve resquício da divergência sobre o alcance dessa norma, sobretudo, quais seriam os requisitos para a decisão judicial ser passível de ser atacada pelo *mandamus*, e quanto à utilidade da correição/reclamação.

Calmon de Passos destaca as 3 (três) correntes da época: 1) os radicais – admitiam o mandado de segurança apenas se ausente a previsão de recurso; 2) Os moderados, subdivididos 2.1) os que admitiam o *mandamus* para reexame da decisão quando inexistente recurso com efeito suspensivo, 2.2) os que apenas atribuíam ao writ a consequência menor de emprestar efeito suspensivo ao recurso ordinário dele desprovido, desde que configurada a ilegalidade do ato

¹⁵⁴WALD, Arnoldo. *Mandado de segurança na prática judiciária*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito LTDA, 1958, p. 149.

recorrido; Por fim, 3) os liberais, defendendo a admissibilidade da segurança, considerando apenas o problema da ilegalidade ou abuso de poder, sem dar maior relevo à existência ou inexistência de recurso, ou aos efeitos que por acaso lhe fossem atribuídos. Onde a ilegalidade, ou o abuso de poder, fossem aptos para gerar conseqüências práticas imediatas, aí se configuraria admissível o mandado de segurança, para obstá-las ou eliminá-las¹⁵⁵.

É dessa época da edição da Súmula 267 (“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”) e a Súmula 268 (“Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”), prevalecendo a corrente que fundamentava sua posição na literalidade do art. 5^a II, da Lei 1.533/51.

Desta feita, apesar das referidas súmulas não alteravam a situação jurídica das interlocutórias irrecorríveis (fora do rol do art. 842), as decisões interlocutórias que estavam previstas no rol do art. 851, tendo como o recurso de agravo no auto do processo, e precisavam ser modificadas de imediato, sob pena da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, continuavam a ficar sem meio de impugnação suficiente.

De toda maneira, o mandado de segurança se mostrava cada vez mais como meio adequado a impugnar as decisões interlocutórias não recorríveis de imediato, desde que demonstrado um perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, fazendo às vezes do recurso de agravo previsto pelos ordenamentos anteriores com base em uma cláusula aberta de “dano irreparável”. Em nosso sentir, assim, estava com a razão à jurisprudência e a doutrina em admitir um meio de impugnação que não deixasse o jurisdicionado desamparado.

3.4. O RESULTADO DA ADOÇÃO DA IRRECORRIBILIDADE EM SEPARADO DAS INTERLOCUTÓRIAS.

Como se viu, a recorribilidade das interlocutórias no Código de Processo Civil de 1939 foi o grande tema debatido e estudado no sistema recursal previsto naquele diploma.

De início, demonstrou-se que uma nova classificação dos atos judiciais, diferenciando as sentenças das decisões interlocutórias com base na capacidade de resolução do mérito e no

¹⁵⁵ PASSOS, J.J. Calmon. **O Mandado de Segurança contra atos jurisdicionais: Tentativa de Sistematização nos cinquenta anos de sua existência.** RePro v. 33, 1984, Jan – Mar, p. 49/50.

condão colocarem fim ao processo, se deu como uma necessidade imposta pelo próprio sistema, uma vez que o agravo de petição passou a ser o recurso cabível sentenças terminativas (sem resolução de mérito) e da apelação para as sentenças definitivas (com resolução de mérito).

Por conseguinte, demonstrou-se a dificuldade de conceituação do recurso de agravo, principalmente porque não se podia afirmar que o agravo de instrumento era recurso destinado apenas para atacar decisões interlocutórias, encontrando-se no sistema a recorribilidade por esse recurso de sentenças definitivas.

Ressalta-se também que o legislador, com o objetivo de impedir qualquer intervenção no procedimento de primeira instância e privilegiando uma das facetas do princípio da oralidade, estabeleceu um rol taxativo das hipóteses de recorribilidade das interlocutórias.

Todavia, isso gerou dois problemas: i) não se chegava a um consenso quanto a interpretação dos incisos do art. 842 do CPC/39; ii) as decisões interlocutórias que causassem dano irreparável, deixaram de ter previsão no ordenamento processual, tendo como saída os sucedâneos recursais.

Assim, a correição parcial e o mandado de segurança, como meios de impugnação, foram as saídas encontradas pelos jurisdicionados, sendo o primeiro um meio, extremamente criticado à época – mas aceito pela jurisprudência -, e a via mandamental, após a evolução na jurisprudência e a vigência da Lei 1.533/51, o meio mais adequado para se insurgir contra as interlocutórias irrecorríveis de imediato.

Desta feita, ficou claro que se intenção do legislador, conforme a exposição de motivos já mencionada, era de evitar “tumultos” no processo, a pretensão não foi bem sucedida, considerando que a segurança jurídica foi totalmente sacrificada, e a recorribilidade das interlocutórias acabou por ser realizada por outro meios de impugnação.

4 - O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973: A VOLTA DA RECORRIBILIDADE AMPLA E AS REFORMAS PROCESSUAIS NO REGIME DOS AGRAVOS.

Promulgado pela Lei nº5.869, de 11 de janeiro de 1973, o código de processo civil de 1973, teve como seu principal mentor o jurista Alfredo Buzaid. Dentro de um contexto de regime militar, o “Código Buzaid”, como era chamado, embora tenha sido alterado em alguns aspectos quando comparado o seu projeto original em 1964¹⁵⁶, manteve-se fiel à redação que conferiu a ampla recorribilidade das decisões interlocutórias, contrariando todos os diplomas processuais até então vigentes.

Segundo a visão de Buzaid, retirada da exposição de motivos, apesar de se reconhecer os benefícios da adoção do princípio da oralidade, era preciso limitar, em especial, o sub princípio da irrecorribilidade das interlocutórias, tendo em vista que “por amor aos princípios, não se deve sacrificar as condições próprias da realidade nacional”¹⁵⁷. Referia-se Buzaid à experiência mal sucedida do CPC/39, que em sua concepção, “provou que os litigantes, impacientes de qualquer demora no julgamento do recurso, acabaram por engendrar esdrúxulas formas de impugnação. Podem ser lembradas, a título de exemplo, a correição parcial e o mandado de segurança.”¹⁵⁸

De igual maneira, com objetivo de conferir maior coerência e segurança no sistema recursal, e minimizar ao máximo as remanescentes discussões acerca da definição da natureza das decisões judiciais, o próprio código, por meio do art. 162, definiu as sentenças, decisões interlocutórias, e os despachos.

A partir disso, destina-se o presente capítulo, antes de tudo, a expor a classificação das decisões judiciais no CPC/1973. Após, explicitar a recorribilidade das decisões

¹⁵⁶ “(...) Tal como a remessa necessária (tratada no CPC de 1939 como recurso ex officio), sendo tal figura repudiada taxativamente na Exposição de Motivos primitiva (1964) pelo (Professor) Buzaid. Como é curial, com pequenas alterações e retificando a denominação do instituto (pois não se valeu mais da antiga denominação da apelação necessária), a codificação de 1973 incorporou em seu ventre (art. 475 do CPC) a figura antes rejeitada pelo Professor Buzaid”. MAZZEI, Rodrigo. **Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973**. In: Novo CPC doutrina selecionada, v.1: parte geral/coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buriel de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvados: Juspodvm, p.50/51.

¹⁵⁷ BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973. p. 19. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/177828>. Acesso em: 12/05/2017.

¹⁵⁸Ibid. p. 19.

interlocutórias, identificando as dificuldades enfrentadas durante as modificações legislativas deste diploma até a data de promulgação do CPC/2015.

Nesse último aspecto, destaque especial para crise judiciária pelo abarrotamento de recursos nos tribunais, e as reformas legislativas que visavam interferir no regime de opção dos agravos (retido e de instrumento), bem como a sua relação com os sucedâneos recursais.

4.1 A CLASSIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CPC/1973.

Se nos diplomas anteriores ficou exclusivamente a cargo da doutrina distinguir a natureza das decisões judiciais, ao contrário disso, no CPC/1973, foi o próprio código quem as definiu. Não obstante à existência de críticas acerca dessa tomada de decisão pelo legislador¹⁵⁹, assim era a redação dos artigos 162 e 163, em sua versão original:

Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

Art. 163. Recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos tribunais.

Em que pese à má técnica do legislador no caput ao restringir “atos”, às sentenças, às decisões interlocutórias e aos despachos, sendo tal termo muito mais abrangente, abarcando outros, por exemplo, como a inquirição de testemunha (art. 413, CPC/73) e a realização de inspeção judicial (arts. 440/443), conforme sempre apontou doutrina¹⁶⁰, ao menos, não houve prejuízo à intenção de definir, na verdade, os *pronunciamentos judiciais*¹⁶¹, que passa a se ver a seguir.

¹⁵⁹ Alertando sobre os riscos assumidos pelo legislador em definir os atos judiciais, Egas Moniz de Aragão: “A conveniência das definições legais é assunto aberto, a cujo respeito as opiniões se dividem, em antagonismo inconciliável. Se para uns o trabalho de conceituar deve corresponder unicamente à doutrina, para outros pode a lei enfrenta-lo. Certamente o dispositivo em foco não visa a suprir lacunas, mas circunscrever conceitos, afastando noções dispare, cujo reflexo na jurisprudência é inevitável. Não cabe nestes comentários, é natural, debater a procedência ou improcedência da opção da lei, ao expor definições; mas os riscos que acarreta são evidentes.” Comentários ao código de processo civil. V. II. Arts. 152-269. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, 42.

¹⁶⁰ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. V. II. Arts. 152-269. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, 41/42.

¹⁶¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 105.

Para a definição de sentença, o legislador utilizou como critério exclusivo a função da decisão judicial no processo. Isto é, se essa colocasse “termo ao processo”, caracterizando-a como uma decisão final, estaríamos diante de uma sentença. Desse modo, independente de ter um condão de resolver o mérito da causa (julgando procedente ou improcedente o pedido, ou mesmo na homologação de um acordo), ou sem a resolução de mérito (por exemplo: a desistência, a falta de pressupostos processuais) eram consideradas sentenças, nos termos da lei, porque encerravam o processo¹⁶².

Teresa Arruda Alvim Wambier, antes mesmo da reforma promovida pela Lei nº 11.232/2005, criticava o dispositivo (art. 162, §1), ao dispor que tal definição implicava uma tautologia. Segundo a professora, se perguntassem qual o ato juiz que colocava fim ao processo, automaticamente se responderia: a sentença. De outro lado, se perguntassem o que é uma sentença, à luz do art. 162, §1, se diria: o ato que põe fim ao primeiro grau de jurisdição¹⁶³.

Nesse sentido, demonstrava-se, no seu ponto de vista, a insuficiência da definição legislativa, e, por conseguinte, sugeria que não seria “o colocar fim no processo que caracteriza essencialmente a sentença, mas o seu conteúdo. Nesses casos, são sentenças porque julgam o mérito. Pôr fim ao processo não é senão um efeito das sentenças, que, como se viu, nem sempre ocorre¹⁶⁴”. Defendia-se, portanto, a definição de sentença com base no conteúdo, expressa e minuciosamente nos artigos 267 e 269 do CPC/73¹⁶⁵, o que garantiria um caráter mutuamente excludente entre os conceitos de sentença e de decisão interlocutória¹⁶⁶.

Não obstante, também se reconhecia a existência de certas decisões, que embora tivessem um conteúdo de sentença (art. 267 e 269), não encerravam o processo, tão somente a fase cognitiva, como se dava nas sentenças executivas *lato sensu*¹⁶⁷. Do mesmo modo, outras decidiam definitivamente parte da lide, tal como a decisão que afastava um dos réus do

¹⁶² GONZALEZ, Gabriel Araújo. **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 110.

¹⁶³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 106 .

¹⁶⁴ Ibid. p. 106.

¹⁶⁵ Ibid. p. 106.

¹⁶⁶ GONZALEZ, Gabriel Araújo. **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016. p. 112.

¹⁶⁷ GONZALEZ, Gabriel Araújo. **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016. p. 110.

processo por ilegitimidade *ad causam*, a decisão que julgava um dos pedidos formulados antecipadamente (art. 273, §6), e ainda aquela que indeferisse a petição inicial para um dos réus, prosseguindo o processo quanto aos demais pedidos. Ou seja, também nessas hipóteses, as decisões apesar de terem um conteúdo exposto no art. 267 e art. 269, não encerravam o processo.

Interessante para o trabalho é que, na concepção desta doutrina, mesmo as decisões referidas tivessem um conteúdo de sentença, assim não era considerada para fins de recorribilidade, porque não havia se esgotado a atividade cognitiva realizada pelo juízo de primeiro grau de jurisdição, sendo o recurso de apelação destinado exclusivamente quando encerrada, por completo, a fase de conhecimento. Estar-se-ia, portanto, diante de uma sentença não recorrível por Apelação, e sim por agravo¹⁶⁸.

Com a promulgação da Lei nº 11.232/2005, ao consolidar o processo sincrético, adotou-se a premissa da doutrina exposta, e o conceito legal sentença (art. 162, §1) obteve nova redação, sendo considerada como o ato do juiz que implicava “*alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC/73*”.

Ainda assim, remanesceram uma série de dúvidas provocadas pela doutrina, justamente “pois nem toda decisão que aplicasse tais artigos (267 e 269) teria natureza jurídica de sentença e poderiam ser, na realidade, decisões interlocutórias, como as que indeferissem parcialmente a petição inicial, as que declarassem a decadência de parte dos pedidos ou as que excluíssem os litisconsortes”. Assim, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, em continuidade às ideias de José Henrique Mouta Araújo¹⁶⁹, defendiam que era considerada

¹⁶⁸ “Assim, a compreensão de que, no caso, se está diante de pronunciamento com o conteúdo de sentença, não obstante por razões de ordem pragmática o pronunciamento deva ser objeto de agravo, repercute, por exemplo, em relação à admissibilidade de outros meios de impugnação contra tal decisão. Assim, é cabível ação rescisória contra decisão que tenha conteúdo de sentença de mérito, mesmo que veiculada através de pronunciamento que, por não ter esgotado a atividade jurisdicional cognitiva, seja suscetível de ser impugnado por agravo de instrumento.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 113/114.

¹⁶⁹ Nesse sentido, enfrentando a questão o autor dispunha que: “(...) a diferenciação entre sentença e decisão interlocutória após a implementação desta etapa da reforma, arrisca-se a afirmar que esta resolve incidente processual (fazendo ou não coisa julgada material, resolvendo ou não parcialmente o mérito), enquanto aquela reflete o ponto final da fase de conhecimento do processo, a ponte da estrada que liga o capítulo de conhecimento ao de efetivação.” **O cumprimento da sentença e a 3ª Etapa da Reforma processual – Primeiras impressões**. RePro. nº 123, ano 30, maio/2005, p. 157.

sentença o ato que colocava fim à fase de conhecimento, e decisão interlocutória aquela que decidisse questão incidente¹⁷⁰.

Já as decisões interlocutórias foram definidas como aquelas pelas quais o juiz, no curso do processo, resolvia questão incidente (art. 162, §2).

Gabriel Araújo González, ao esmiuçar o artigo, deixa de forma clara, em seu entender, os dois critérios utilizados pela legislação para tal definição. “Assim, era decisão interlocutória o pronunciamento do juiz que, no curso do processo (sem encerrá-lo – critério da função), resolvia questão incidente (objeto da decisão). Logo, a definição legal de decisão interlocutória derivava da conjugação de dois fatores: *ser tomada no curso do processo (sem função de encerrá-lo) e decidir questão incidente (objeto da decisão)*.¹⁷¹”

Por questão incidente, José Frederico Marques entendia ser a dúvida ou a controvérsia surgida no curso do processo, que o juiz deveria resolver por meio de decisão interlocutória ou sentença terminativa, para que o processo seguisse sem irregularidade e sendo preparado à decisão final. Entendia-se, inclusive, que poderia ser considerada questão incidente àquelas ligadas ao mérito, como as questões prejudiciais¹⁷².

Nesse aspecto, porém, são valiosos os ensinamentos de Ergas Dirceu de Aragão afirmava que não se poderia confundir a questão incidente com a questão prejudicial, disposta no art. 5º¹⁷³, sendo a última solucionada sempre por sentença incidente, como preconizava o art. 325¹⁷⁴.

¹⁷⁰ “(...) Sendo assim, como conclusão deste tópico, tem-se que, a despeito das incorreções técnicas da lei e da reformar por que ela passou, decisão interlocutória é o pronunciamento pelo qual o juiz resolve a questão (incidente ou principal, pouco importa) sem pôr fim ao procedimento em primeira instância ou a qualquer de suas etapas. Já a sentença é o pronunciamento pelo qual o juiz, analisando ou não o mérito da causa, põe fim a uma etapa (cognitiva ou executiva) do procedimento em primeira instância. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 7ª ed., 2012, v. 2, p. 285/286.

¹⁷¹GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015.** Salvador: JusPodvm, 2016, p. 112.

¹⁷² MARQUES, José Frederico. **Manual de processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1975, vol. III, 2ª parte, p. 50.

¹⁷³ Era a redação do dispositivo: Art. 5º Se, no curso do processo, tornar-se litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender a decisão da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.

¹⁷⁴Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º).

Apesar da definição de “sentença”, nesse caso, o recurso cabível dependia de outros fatores¹⁷⁵.

Quanto aos despachos, o legislador utilizou o critério residual, para considerá-los como “todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma. (art. 162, §3)”. Importante ressaltar, todavia, que não existia uma unanimidade quanto à classificação e a natureza dos despachos no CPC/73.

A controvérsia se dava a partir da redação do art. 504¹⁷⁶, que por sua vez, tornavam irrecuráveis os despachos de mero expediente, e ainda o art. 522¹⁷⁷, que indicava serem agraváveis todas as decisões que não se encaixassem na previsão do art. 504 e do art. 513.

Com base nesse dispositivo, Ergas Dirceu Moniz de Aragão sustentava a coexistência de duas espécies de despachos no CPC/73: os de mero expediente, e os demais despachos, por critério de exclusão¹⁷⁸.

Assim, seriam os primeiros limitados a dar andamento ao feito, e por definição legal, irrecuráveis; e os segundos aqueles com forte ou certa carga decisória, sendo, desta feita, recorríveis. Era o caso do despacho saneador (art. 338), despacho de concessivo ou denegatório de “medida liminar” em ação de manutenção ou reintegração de posse (art. 930, parágrafo único) e o despacho de deliberação de partilha (art. 1.022).

Barbosa Moreira, por sua vez, discordava do posicionamento de Aragão. Optava o doutrinador por solução mais simples, considerando como “verdadeiros despachos” aqueles sem qualquer carga decisória (correspondendo os despachos de mero expediente), e aqueles

¹⁷⁵ A título de exemplo, Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim sustentavam que dependeria do momento em que a ação declaratória incidental fosse processada. Se antes da instrução, e sendo decidida nos próprios autos, o recurso cabível seria o agravo de instrumento. Porém, se a ação declaratória incidental fosse processada em autos apartados, porque ajuizada depois da instrução, o recurso cabível seria a apelação. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 800/801.

¹⁷⁶ Art. 504. Dos despachos de mero expediente não cabe recurso.

¹⁷⁷ Art. 522. Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, de todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento.

¹⁷⁸ ARAGÃO, Ergas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. V.II. Arts. 152-269. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 61.

implicitamente considerados no art. 522, como integrante de uma categoria maior (“decisões”), nomeadas erroneamente como “despacho” pelo legislador¹⁷⁹.

O próprio STJ encampava esse entendimento, no sentido de que a diferença entre despachos e decisões interlocutória se dava justamente na carga decisória e na capacidade de trazer prejuízos à parte¹⁸⁰. Com a Lei nº 11.276/2006, retirou-se a expressão “mero expediente” do art. 504, encerrando a controvérsia relatada acima.

Por último, posicionamento que merece consideração é aquele defendido por Flavio Cheim Jorge, ainda na vigência do CPC/1973. Na perspectiva do autor, a mera possibilidade de causar prejuízo à parte não seria, por si só, suficiente para identificar um despacho ou uma decisão interlocutória. Segundo o que pensou, o critério correto tinha como pedra de toque a atividade mental e intelectual do juiz na resolução das questões¹⁸¹. Desse modo, existindo um grau de cognição acentuado, estaríamos diante de uma decisão, em contrapartida, praticado um ato automático, sem considerável avaliação, restava caracterizado um despacho¹⁸².

Diante do exposto acerca da classificação das decisões judiciais, ficou consignado que o conceito de interlocutória, portanto, levava em conta dois fatores: o conteúdo decisório relevante (que as diferenciava dos despachos), e ainda a capacidade de não colocar fim à fase de conhecimento do processo (elemento de distinção das sentenças).

4.2 A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS E OS REGIMES DE AGRAVO.

Com desejo de evitar a utilização dos sucedâneos recursais, presentes e necessários durante a vigência do CPC/1939 para salvaguardar a parte de decisões interlocutórias com dano irreparável, o legislador de 1973 optou por adotar uma ampla recorribilidade das interlocutórias, como mencionado na introdução desse capítulo. Era preciso atender ao princípio da oralidade, sem, contudo, permitir a “invasão” de outros meios de impugnação.

¹⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, vol. V, p. 202.

¹⁸⁰ GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 120.

¹⁸¹ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 49.

¹⁸² *Ibid.* p. 49.

Por isso, o CPC/1973, em sua redação original, foi incisivo: das decisões que põem fim ao processo, com ou sem resolução do mérito caberia apelação¹⁸³; e das demais decisões que solucionam questões incidentes, o recurso adequado era o agravo de instrumento sem o efeito suspensivo “*ope legis*” para que não interferissem no curso procedimento (art. 522).

Poderia ainda, o próprio agravante, optar que esse mesmo agravo ficasse retido nos autos, para que fosse apreciado preliminarmente em eventual recurso de apelação, conforme o §1 do mesmo art. 522, sendo exigido, posteriormente, pela promulgação da Lei 5.925/73, que o agravante reiterasse esse pedido na realização da Apelação ou nas contrarrazões desse mesmo recurso.

Assim, não obstante se reconheça que o novo sistema conferiu maior unidade e coerência do binômio: natureza da decisão e recurso, uma vez que expressamente especificou o recurso cabível a partir da classificação da decisão judicial (art. 522 e art. 513), pode-se dizer, todavia, de antemão, que não foram, de maneira alguma, superadas todas as dúvidas relativas à impugnação das interlocutórias.

Desse modo, o estudo das inúmeras reformas legislativas destinadas à impugnação das interlocutórias que foram promovidas até o CPC/2015, que ora se propõe, procura demonstrar e analisar, de um lado, a necessidade de maior economia processual por meio de políticas judiciárias que não incentivassem a revisão irrestrita das decisões, e de outro, o desejo legítimo das partes prejudicadas por decisões irrecuráveis de se insurgirem contra as mesmas.

¹⁸³ Com esse critério, o agravo de petição e o agravo nos autos deixaram de existir neste sistema. Justificando tal adoção, o próprio Alfredo Buzaid na exposição de motivos demonstra a justificativa para tal mudança: “Duas razões principais nos levaram a eliminar o agravo de petição. A primeira é que deixou de ser um recurso próprio e específico, passando a recurso de conteúdo genérico e variável. Basta esta única circunstância para se ver que ele não deve subsistir no sistema geral, pelo menos com a função que atualmente exerce. Carecendo de precisão terminológica e de individualização científica, aplica-se indiferentemente a uma pluralidade de decisões, constituindo por isso fonte de graves incertezas. A segunda razão é que o Código vigente admitiu apelação de sentença definitiva (art. 820) e agravo de petição, de decisão terminativa (art. 846). O elemento que aproxima e, ao mesmo tempo, exclui os dois recursos é o mérito da causa. Quando o juiz o decide, cabe apelação; quando põe termo ao processo sem decidi-lo, cabe agravo de petição. O critério é lógico, mas não prático. Diversamente do Código vigente, o projeto simplifica o sistema de recursos. Concede apelação só de sentença; de todas as decisões interlocutórias, agravo de instrumento.” BUZOID, Alfredo. **Exposição de motivos do código de processo civil**. p. 11/12. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>> Acesso em: 09/06/2017.

4.2.1 Da redação original do CPC/1973 à Lei n. 9139/95 – O mandado de segurança para emprestar efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Conforme já introduzido, nesse período, não havia qualquer restrição à recorribilidade das interlocutórias. Todas elas eram recorríveis pelo recurso de “agravo de instrumento” (art. 522), podendo ser esse recurso de subida imediata, ou aguardar até o julgamento da apelação, com a necessidade de se reiterar o interesse no julgamento da questão em segunda instância.

Teresa Arruda Alvim Wambier já sustentava à essa época, que o recurso cabível era simplesmente o “agravo”, podendo a parte optar pela duas modalidades: de instrumento ou retido. Entretanto, somente com a Lei nº 8.950/94, a expressão “agravo de instrumento” foi substituída simplesmente por “agravo”, que passou a representar um gênero de recurso (agravo), do qual são espécies o agravo de instrumento e o agravo na forma retida¹⁸⁴;

O que importa ressaltar é que o agravo de instrumento era interposto, independente de preparo, em 5 (cinco) dias¹⁸⁵ na primeira instância, isto é, no próprio juízo prolator da decisão (art. 523, da redação original CPC/1973).

Cabia, assim, ao próprio cartório judicial, e não ao agravante, a formação do instrumento (art. 524, redação original do CPC/1973). Ademais, o agravo de instrumento não possuía o efeito suspensivo automático da decisão interlocutória (art. 497), ressalvados os casos previstos no art. 558.

A soma desses dois fatores (agravo interposto no juízo *a quo*, e ausência de efeito suspensivo) geraram consequências importantes.

A primeira delas é o aparecimento de um “sucedâneo” muito utilizado nesse período, o pedido de reconsideração¹⁸⁶. Isso porque, embora não houvesse previsão legal para sua utilização

¹⁸⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Novos contornos do recurso de agravo**. RePro. Ano 20. nº 80, 1995, p. 111.

¹⁸⁵ Durante esse período o prazo do agravo de instrumento foi alterado pela Lei nº 6.314/75 para 15 (quinze) dias.

¹⁸⁶ A classificação de sucedâneo recursal, por de Flavio Cheim Jorge, é mais fiel à concepção originária de “sucedâneo de recurso”, expressão utilizada originariamente por José Frederico Marques, para fazer referência a situações em que a utilização de um instituto de impugnação se dá em substituição aos recursos, na maioria das vezes em decorrência de uma falha do legislador. JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7 ed. São Paulo; Editora dos Tribunais, 2015, p. 278.

(não sendo, portanto, um recurso) a praxe forense fez com que as partes agravantes, prejudicadas pela demora da subida do agravo interposto ao tribunal, formulassem todas as vezes uma petição simples requerendo que a decisão interlocutória proferida fosse reconsiderada, antes mesmo da apreciação do juízo *ad quem*. Caso, entretanto, o magistrado não reconsiderasse a decisão, por ele mesmo prolatada, que então recebesse aquele “pedido de reconsideração” como um recurso de agravo de instrumento, determinando o seu regular processamento do feito¹⁸⁷. Por isso, esse sucedâneo ou instituto afim, a depender da classificação que se adota, tinham uma importância considerável até a Reforma de 1995.

A outra consequência importante foi que a ausência de efeito suspensivo no agravo de instrumento, fizeram com que muitos agravantes impetrassem o mandado de segurança diretamente no Tribunal com o exclusivo intuito de emprestar efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto no juízo *a quo*, sob a alegação de não conseguirem suportar os efeitos prejudiciais daquela decisão proferida até o julgamento definitivo do tribunal.

Na posição de Teresa Arruda Alvim Wambier, esse era sempre um sintoma evidente do abuso do emprego do mandado de segurança contra ato do juiz¹⁸⁸, principalmente porque o *writ*, nesses casos, cumpria função meramente acessória ou instrumental, típica das cautelares, quando, na verdade, o mandado de segurança deveria impugnar uma vez preenchido os seus requisitos, especificamente o ato judicial, visando cessar a ilegalidade praticada¹⁸⁹.

O sintoma natural, dessa forma, foi o abarrotamento de mandados de segurança nos tribunais de todo o país.

Sem contar, por último, na morosidade do trâmite do recurso de agravo de instrumento interposto em primeiro grau de jurisdição, que ocupava indevidamente os serventuários com extração de cópias, conferência de documentos, e atuação, prejudicando de maneira

¹⁸⁷JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7 ed. São Paulo; Editora dos Tribunais, 2015, p. 278.

¹⁸⁸WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 408.

¹⁸⁹JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7 ed. São Paulo; Editora dos Tribunais, 2015, p. 296.

considerável a parte (pelo dano marginal) não só do agravo, como também do processo principal¹⁹⁰.

A união desses fatores, assim, levaram a necessidade de uma reforma promovida pela Lei nº 9.139/95.

4.2.2 Da Lei nº 9.139/95 até a Lei nº 10.352/2001.

Com a Reforma de 1995, foram sensíveis e pontuais as alterações para melhor organização do sistema recursal. Em primeiro lugar, o recurso de agravo de instrumento, passou a ser chamado expressamente de “agravo” (art. 522, caput, CPC/73), podendo ainda ser utilizado na modalidade de instrumento ou retido.

Pode se dizer que ainda prevalecia a liberdade de escolha do regime de agravo, com algumas exceções, como é exemplo o caso do agravo retido obrigatoriamente utilizado após a sentença (art. 523, §4, CPC/73). Também outra exceção, originária da Lei n. 9246/1995, dizia que nas decisões versando sobre matérias probatórias ou proferidas em audiência, no procedimento sumário, o agravo seria sempre retido.¹⁹¹

A principal alteração, porém, dizia respeito ao local interposição do agravo de instrumento, que passou a ser diretamente do tribunal responsável pelo julgamento do recurso, deslocando ainda a responsabilidade pela formação do instrumento pelo próprio agravante (art. 524 e 525, CPC/73).

Além disso, conferiu-se a possibilidade de atribuição de agravo de instrumento o “efeito suspensivo” pelo tribunal (art. 527, I, CPC/73), evitando a impetração de mandados de segurança com esse objetivo.

Dessa maneira, é possível afirmar que os dois principais aspectos que geravam problema antes da Reforma de 1995 (*a impetração de mandado de segurança com intuito de emprestar*

¹⁹⁰ JORGE, Flávio Cheim. **A nova disciplina de cabimento do recurso de agravo: Lei nº. 11.187, de 19/10/2005.** In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 135.

¹⁹¹ GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**, JusPodivm, Salvador, 2016, p. 139.

efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento e a morosidade de processamento deste recurso) foram resolvidos¹⁹².

Todavia, embora fosse pensado, num primeiro momento, que a interposição do recurso diretamente no tribunal, aliada ao ônus de formação do instrumento atribuído ao próprio agravante, pudesse diminuir o número de agravos de instrumentos em trâmite, o efeito gerado foi justamente ao contrário¹⁹³.

Isso porque, a maior praticidade na conferência de efeitos suspensivo e a agilidade com que os agravos eram processados e julgados, fizeram com que os advogados, já acostumados com a impetração de mandado de segurança, apenas substituíssem o *writ* pelo próprio agravo de instrumento¹⁹⁴.

Do mesmo modo, é preciso considerar como fator paralelo relevante que, de maneira contemporânea, a reforma de 1994 (Lei 8.952/94) conferiu ao magistrado um “poder geral de antecipação”, permitindo a possibilidade ampla de concessão da antecipação de tutela (art. 273, do CPC/73). Com o aumento da quantidade de liminares proferidas, também cresceu, logicamente, o inconformismo e a recorribilidade dessas decisões interlocutórias pelo agravo de instrumento¹⁹⁵.

Assim, inobstante a essas considerações, a reforma que visou desafogar os tribunais de justiça dos inúmeros mandados de segurança com objetivo de efeito suspensivo, se por um lado, solucionou o problema originário, de outro, viu-se diante de um novo: o acúmulo de agravos de instrumento nos tribunais de justiça do país¹⁹⁶.

¹⁹² “O legislador atingiu seu objetivo. O processamento do agravo de instrumento tornou-se mais ágil e em contrapartida reduziu-se muito o seu tempo de julgamento. O mandado de segurança também deixou de ser utilizado em tais situações”. JORGE, Flávio Cheim. **A nova disciplina de cabimento do recurso de agravo: Lei nº. 11.187, de 19/10/2005**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 136.

¹⁹³ Ibid. p. 136.

¹⁹⁴ Ibid. p. 136.

¹⁹⁵ *Idem. Idem. Idem.*

¹⁹⁶ A título de exemplo: “No Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo em 1994, foram distribuídos 264 agravos. Já em 1996, um ano após a vigência da Lei nº 9.139/95 foram interpostos 1.197, ao passo que no ano de 2001, houve a interposição de 1.811 agravos. Estes números refletem uma realidade verificadas em todos os tribunais do país.” *Idem. Idem.*

Concluiu desse modo, Heitor Vitor Mendonça Sica: “fica claro que a reforma de 1995 procurou ampliar o acesso do agravante à segunda instância, e o legislador agora se da conta de que a porta ficou indesejavelmente escancarada, de modo que o julgamento dos recursos de agravo consome quase toda energia e tempo dos tribunais¹⁹⁷”.

Cumpru registrar ainda, que também nesse momento, discutiu-se a possibilidade de impetração de *writ*, nos casos de interposição de agravo de instrumento contra decisões de cunho negativo, nas quais a concessão de efeito suspensivo não resguardava o impetrante, sendo a tese, porém, vencida pela tese do “efeito ativo” do agravo¹⁹⁸.

4.2.3 – Da Lei n. 10.352/2001 à Lei n. 11.187/2005.

A Lei n. 10.352/2001, com o intuito da redução no número de agravo de instrumento nos tribunais, alterou consideravelmente a liberdade de escolha entre os agravos (retido e de instrumento) pelo jurisdicionado, interferindo no que a doutrina dizia ser um *regime de opção*¹⁹⁹.

Assim, o art. 523, §4, do CPC/73, que determinava a obrigatoriedade de se recorrer pelo agravo retido das decisões proferidas após a sentença, salvo na hipótese de admissão da apelação, foi alterado, ampliando as hipóteses de exceção.

Era a redação alterada pela Lei 10.352/2001: Art. 523, §4, “*Será retido o agravo das decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo nos*

¹⁹⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O agravo e o “mito de prometeu”:** considerações sobre a Lei 11.187/2005. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 194.

¹⁹⁸ Nesse sentido, Eduardo Talamini: “Há casos em que a decisão impugnada deixou de conceder uma providência (ativa) pleiteada pelo recorrente. Em certas situações, há urgência na obtenção de tal providência. O simples futuro provimento do recurso contra sua denegação poderia vir a ser inútil – vez que já concretizado o dano que se pretendia evitar. É precisamente o que se dá em relação às decisões que indefere liminares em cautelares, em mandado de segurança, em possessórias. Também se enquadra nessa hipótese a decisão que, no processo de conhecimento, nega a antecipação de tutela fundada em risco de dano irreparável (CDC, art. 84, §3; CPC, art. 273, I, e art. 461, §3). Enfim, é o que ocorre em todos os casos em que se nega uma tutela de urgência. (...) As mesmas razões que autorizam a suspensão da decisão impugnada, para que eventual provimento do recurso não venha a ser inservível, justificam que, desde logo, conceda-se o resultado prático de seu provimento, nos casos em que sua realização, no final do procedimento recursal, seria inútil.” **A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo.** RePro 80, p. 132. Também cita essa passagem, WAMBIER, Teresa Arrida Alvim. **Agravos no CPC brasileiro**, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 399.

¹⁹⁹ JORGE, Flávio Cheim. **A nova disciplina de cabimento do recurso de agravo: Lei n.º 11.187, de 19/10/2005.** In: Revista do Advogado n.º 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 136.

casos de dano de difícil e incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.”

Desta feita, em síntese, a parte deveria observar os casos em que a modalidade de agravo retido era obrigatória: a) proferidas em audiência de instrução e julgamento; b) aquelas posteriores à sentença, c) inadmissão da apelação e nos efeitos em esse recurso fosse recebido; e fora essas hipóteses, poderia interpor com liberdade o agravo de instrumento ou retido.

Importante ressaltar, porém, que o art. 527, II, do CPC/73²⁰⁰ passou a autorizar o próprio tribunal a realizar a conversão de agravo de instrumento em agravo retido, quando o relator não identificasse urgência ou perigo de lesão grave e de difícil reparação na recorribilidade da questão.

Desse modo, para parte da doutrina, como Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, que consideravam esse um *poder-dever* do relator, ou seja, que a conversão deveria ser obrigatória esteve extinta a liberdade de escolha pelo regime do agravo²⁰¹. De outro lado, a doutrina majoritária, permanecia com a posição de que a conversão do relator não seria necessariamente obrigatória²⁰².

De toda maneira, dessa decisão de conversão do relator de agravo instrumento para agravo retido, cabia o agravo interno, no qual a parte teria de demonstrar, não as razões de sua opção pelo agravo de instrumento, mas o motivo pelo qual se justificava a urgência

²⁰⁰ Art. 527, II: “poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente;”

²⁰¹ Gabriel Araújo Gonzalez destaca a posição de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, defendida que a Lei n. 10.252/2001, pusera fim à possibilidade de escolha, argumentando que para cada decisão interlocutória só seria aplicável um destes regimes recursais (retido e instrumento). Haveria, portanto, três critérios para se determinar se o recurso era de instrumento: a) a existência de urgência; b) situações nas quais, a despeito da presença de urgência, a lei determinasse a interposição do recurso por instrumento, c) hipóteses nas quais não houvesse compatibilidade do agravo retido com a situação concreta. Não haveria, assim, nenhuma decisão em que caberia a interposição de ambas as modalidades de agravo, motivo pelo qual tratava a hipótese de conversão de agravo de instrumento em agravo retido um poder dever para os casos em que não exigissem “análise breve ou imediata do tribunal”. **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015.**, p. 142.

²⁰² GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015.** JusPodivm, Salvador, 2016, p. 143.

invocada²⁰³. Ficava o jurisdicionado, assim, sempre com a possibilidade de se insurgir contra essa decisão que desqualificava o juízo de urgência realizado pelo agravante.

Ressalta-se, por fim, que mesmo que o legislador intervindo no regime de opção, a fim de tornar o sistema mais próximo ao agravo retido, principalmente porque essa modalidade de agravo não comprometia a rápida e célere prestação da tutela jurisdicional (permanecia nos mesmos autos; não carecia de intimação para contrarrazões; e ainda apenas era julgado no momento da apelação), ainda assim a quantidade de agravos de instrumento não foi diminuída²⁰⁴⁻²⁰⁵.

4.2.4 – A Lei n. 11.187/2005 até o CPC/2015.

Como parte do “pacote republicano”, apresentado pelo Presidente da República, em dezembro de 2004, e depois de ter sofrido alterações na Câmara dos Deputados e no Senado, a Lei 11.187/2005 foi promulgada com intuito claro de solucionar de vez o acúmulo de agravo de instrumento nos tribunais brasileiros²⁰⁶.

Para tanto, por não interferir diretamente no curso do procedimento da fase de conhecimento do processo, o legislador continuou a eleger o agravo em sua modalidade retida como a regra, e da mesma forma, permaneceu com as 3 (três) exceções de hipóteses autorizadoras para a interposição do agravo de instrumento: *a) decisão suscetível de causar à parte lesão grave e*

²⁰³ GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. JusPodivm, Salvador, 2016, p. 143.

²⁰⁴ “No Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo verificou-se até mesmo um aumento. De 1.811 agravos interpostos em 2001, passou-se para 2.630 em 2002 e para 2.618 em 2004. Identifico resultado é verificado no Tribunal de Justiça de São Paulo. Em 2001 foram interpostos 24966, ao passo que em 2002 foram interpostos 33.581 e em 2004 a quantidade foi de 30.206.” JORGE, Flávio Cheim. **A nova disciplina de cabimento do recurso de agravo: Lei nº. 11.187, de 19/10/2005**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 137.

²⁰⁵ Heitor Vitor Mendonça Sica apresenta como razões da insuficiência da lei 10.352/2001: “O primeiro, pela falta de hábito dos juízes em proferir decisões em audiência (exceto no tocante a indeferimento de reperguntas de advogados a testemunhas e à parte adversa que depõe pessoalmente, o que, claramente, tem importância secundária). O segundo porque, em nosso entender, mostrou-se mais fácil ao relator processar o agravo de instrumento e manda-lo à mesa de uma vez, do que se sujeitar ao agravo interno (previsto no próprio dispositivo), que implica novo relatório e designação de sessão para julgamento).” **O agravo e o “mito de prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Volume 9. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 194.

²⁰⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **O novo regime do agravo (Lei nº 11.187/2005)**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 160.

de difícil reparação, b) casos de inadmissão da apelação e c) relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

Antes dispostos no art. 523, §4 do CPC/73, após a reforma pela Lei 11.187/2005, as hipóteses passaram serem previstas pelo art. 552, *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.

Nesse sentido, embora, em nosso sentir, não fosse propriamente uma novidade para o sistema (considerando a previsão semelhante do art. 523, §4 na vigência da Lei n. 10.352/2001), como sustento à regra do art. 522 do CPC/73, houve um reforço legislativo importante: o art. 527, II, do CPC/73, determinando que o relator “converterá” o agravo retido em agravo de instrumento, inexistindo urgência.

Buscou-se, com isso, colocar uma pá de cal na liberdade do recorrente em decidir de maneira subjetiva o regime de agravo mais conveniente, e fim à discussão doutrinária acerca do *poder-dever* de conversão pelo relator, restando claro que a intenção do legislador era de que as partes não se utilizem do agravo de instrumento contra as interlocutórias, de forma indiscriminada²⁰⁷.

Contudo, com um olhar mais profundo acerca das mudanças, e a fim de compreendermos a interpretação doutrinária que se fazia do rol estabelecido pelo art. 522, do CPC/1973, torna-se oportuno, de início, trazer a crítica de Flávio Cheim Jorge no sentido de que, apesar do legislador ter modificado o requisito do cabimento dos agravos, não se atentou para a circunstância de o retido ser uma espécie de agravo que comporta particularidades quanto ao requisito do *interesse recursal*²⁰⁸.

Nesse sentido, seria “da *ratio essendi* do agravo retido ter a função precípua de impedir a preclusão, ser incompatível com as tutelas de urgência, e limitar-se a determinados

²⁰⁷ JORGE, Flávio Cheim. **A nova disciplina de cabimento do recurso de agravo: Lei nº. 11.187, de 19/10/2005.** In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 138.

²⁰⁸Ibid, p. 138.

procedimentos em que há a possibilidade de ser julgado como preliminar de apelação²⁰⁹.”. Mesmo que o legislador, assim, disciplinando o seu cabimento, procurasse ampliar sua utilização, tal pretensão seria absolutamente ineficaz, uma vez que outras limitações permaneceriam inalteradas.²¹⁰

Diante disso, todas as vezes em que uma decisão, embora não se encaixasse literalmente nas hipóteses de exceção do art. 522 do CPC/73, mas sua recorribilidade fosse incompatível com as características necessárias do regime retido, dever-se-ia conferir uma interpretação teleológica ao referido artigo, possibilitando a interposição, também nesses casos, por agravo de instrumento²¹¹.

A partir dessa crítica, alguns foram os exemplos de decisões interlocutórias incompatíveis com o regime do agravo retido, à época, e que encontravam amplo respaldo, tanto na doutrina como na jurisprudência.

No que diz respeito à presença urgência, afastavam-se da modalidade retida, logicamente, as decisões proferidas em sede liminar (antecipatória ou cautelar), art. 273, do CPC/73²¹².

Do mesmo modo, também com referência ao critério de urgência, e ainda, pela incompatibilidade com o procedimento do agravo retido (necessidade de reiterar o recurso em Apelação), foram exemplos difundidos as decisões interlocutórias proferidas em sede de execução, na fase de cumprimento de sentença, na fase de liquidação, e no processo de inventário²¹³.

Aliás, nesse último aspecto, duas foram as alterações importantes que merecem destaque: a) a extinção da regra que obrigava o recorrente interpor agravo retido de decisões posteriores à sentença (antigo art. 524, §4, do CPC/1973); b) A recorribilidade por agravo de instrumento das decisões que resolvem a liquidação de sentença (art. 475-H, CPC/1973) e daquela que

²⁰⁹ JORGE, Flávio Cheim. **A nova disciplina de cabimento do recurso de agravo: Lei nº. 11.187, de 19/10/2005**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 138

²¹⁰ Ibid. p. 138.

²¹¹ Ibid. p. 138.

²¹² SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Segundas reflexões sobre a nova lei do agravo**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 153.

²¹³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **O novo regime do agravo (Lei nº 11.187/2005)**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 166.

rejeita a impugnação do devedor na fase de cumprimento de sentença (art. 475-M, §3, CPC/1973).

Desse modo, o espírito da mencionadas modificações era de que, além da urgência intrínseca (por serem decisões interlocutórias com medidas coercitivas e expropriatórias), não haveria possibilidade de se reiterar o agravo retido em sede de Apelação²¹⁴. Por esse mesmo motivo, sustentou-se a regra do agravo retido não teria lugar no processo de execução.

A conclusão era coerente e lógica, já que o processo de execução apenas se extinguiria com a satisfação do crédito do exequente (fora as situações de procedência dos embargos do executado e de exceção de pré-executividade, renúncia ao crédito, e transação), com fundamento no art. 794 do CPC/1973²¹⁵. Assim, a sentença proferida na fase de execução teria eficácia meramente processual, sendo certamente inútil admitir-se o agravo retido, considerando que até aquele momento, certamente muitas das decisões interlocutórias proferidas, por se tratarem de medidas coercitivas ou expropriatórias, mereceriam uma revisão imediata²¹⁶.

Estendia-se também esse fundamento a todas as decisões proferidas na fase de cumprimento de sentença, não só aquela estabelecida pelo art. 475-M, §3, CPC/1973, e ainda no processo inventário, em que pelas peculiaridades do procedimento, necessitava de um recurso com apreciação imediata.

Nesses casos, é importante ressaltar que o risco de dano de difícil reparação emergiam, portanto, como elementos secundários, pois se apresentavam *in re ipsa*²¹⁷. Tanto é que, no Código de Processo Civil de 2015, essas hipóteses foram positivadas pelo art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015.

²¹⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Segundas reflexões sobre a nova lei do agravo**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 152.

²¹⁵ Era a redação do Art. 794. “Extingue-se a execução quando: I - o devedor satisfaz a obrigação; II - o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida; III - o credor renunciar ao crédito.”

²¹⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. Volume 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 38; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **O novo regime do agravo (Lei nº 11.187/2005)**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 166.

²¹⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Segundas reflexões sobre a nova lei do agravo**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 153.

O que nos importa, nesse aspecto, é demonstrar que independente do *animus* de restringir à recorribilidade imediata das interlocutórias pelo legislador, toda e qualquer regra estabelecida nesse sentido, não foge a necessidade do respeito a outros princípios e outras regras destinadas a conferir efetividade à jurisdição, como o atendimento ao interesse recursal e a inafastabilidade da jurisdição²¹⁸.

4.2.4.1 A “lesão grave e de difícil reparação” do art. 522 do CPC/73.

Fora essas hipóteses mencionadas em que o dano era presumido, a “lesão grave ou de difícil reparação” que fazia referência o art. 522 do CPC/1973, como ressalva para autorizar a interposição de agravo de instrumento, deveria ser aferida caso a caso.

Isso, na medida em que diante de *um conceito jurídico indeterminado*²¹⁹, ou *expressão jurídica indeterminada*²²⁰, para além do inconformismo e o pedido de reforma ou anulação, cabia à parte agravante contrastar as circunstâncias de fato e de direito que pudessem evidenciar a lesão grave ou de difícil reparação da decisão recorrida.

É em razão desse ônus argumentativo do recorrente, que embora, em um primeiro momento, Heitor Vitor Mendonça Sica acreditasse que o recorrente não poderia mais escolher a forma do agravo no ato de interposição²²¹, em uma segunda reflexão, alterou seu entendimento. A justificativa apresentada era a de que, justamente a “pedra de toque dessa nova disciplina legal

²¹⁸ Nesse sentido, concluiu Athos de Gusmão Carneiro: “Na realidade processual contemporânea, as interlocutórias multiplicam-se, muitas com efeitos os mais relevantes no andamento e na decisão da causa, impondo-se assim a previsão de um recurso que seja útil à parte que razoavelmente invoque prejuízos delas decorrentes. E neste passo é mister ponderar que, conforme o caso, o emprego do agravo retido poderá revelar-se ineficaz; realmente, é com frequência necessário que o (alegado) gravame seja de logo examinado e (se procedentes as alegações do recorrente) afastado, pois quaisquer providências mais tardias serão inoperantes naquelas hipóteses em que o dano venha a qualificar-se como irreparável ou de reparação difícil ou incompleta”. **Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005.** In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. Volume 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 38.

²¹⁹ Expressão empregada por Barbosa Moreira. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Orlando Gomes.** Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 610. Nesse sentido também, SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O agravo e o “mito de prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005.** In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. Volume 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 194.

²²⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **O novo regime do agravo (Lei nº 11.187/2005).** In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 163.

²²¹ “Pode-se afirmar, assim, que representa uma novidade a redação que a Lei 11.187/2005 deu ao art. 522 do CPC. A rigor, hoje, fica claro que o agravo retido é a regra, sendo a modalidade de instrumento meramente excepcional”. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O agravo e o “mito de prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005.** In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 196.

recairá sobre o poder argumentativo do advogado que subscrever as razões recursais²²²”, explorando os fatos da causa à luz do conceito impreciso de “lesão grave e de difícil reparação”. Desse modo, em seu sentir, não haveria qualquer risco dos litigantes em arriscar a interposição do agravo de instrumento, sendo a única diferença para o sistema anterior que “a escolha do agravante não necessariamente vincularia o órgão julgante²²³”.

Importante dizer que em torno da interpretação à cláusula aberta “lesão grave e de difícil reparação”, muitas foram as considerações casuísticas da doutrina e da jurisprudência²²⁴.

Destaca-se, de início, o posicionamento de que não seria propriamente a “gravidade” da lesão o ponto nodal para autorizar a interposição de agravo de instrumento, mas tão e somente a potencialidade ou a imediatidade do dano, de natureza material ou processual, sofrido pela parte²²⁵.

Em outras palavras, o que determinaria a “lesão grave ou de difícil reparação” seria a (in) capacidade da sentença de afastar o prejuízo sofrido com a decisão interlocutória em que a parte é sucumbente²²⁶.

²²² SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Segundas reflexões sobre a nova lei do agravo**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 151/152.

²²³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Segundas reflexões sobre a nova lei do agravo**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 151/152.

²²⁴ Justamente porque, nesses casos, cabia ao recorrente o ônus de demonstrar a “gravidade da lesão”.

²²⁵ “Usando-se da interpretação literal, poder-se-ia entender que as lesões que não fossem “graves” não seriam merecedoras de tutela pela via do agravo de instrumento. Parece-nos, contudo ser inviável essa interpretação, por conduzir situações absurdas. Imagina-se exemplo da ação de reparação de danos decorrente de acidente de trânsito movida contra uma empresa multinacional, cuja alegação inicial alega incapacidade laboral decorrente de sinistro, mas que não traz nenhum elemento probatório ou da verossimilhança da alegação do autor, e ainda assim, é deferida a antecipação de tutela. (...) Se reputássemos que a “gravidade” do dano seria requisito da interposição do agravo de instrumento, a empresa-ré estaria desprovida de meio eficaz de veicular sua pretensão recursal, sob o argumento de que o valor da pensão mensal arbitrada liminarmente apresenta valor insignificante em face de seu faturamento. (...) Tolher a possibilidade de o demandado, desde logo, recorrer dessa decisão antecipatória claramente mutila o contraditório, o qual ficaria limitado à possibilidade de retratação do prolator da decisão liminar. Desse modo, não seria exagero reputar contrário ao texto constitucional semelhante entendimento. A leitura que se deve fazer do art. 522 do CPC agora reformado é a de que o dano irreparável ou de difícil reparação enseja a interposição do agravo de instrumento, independentemente do seu grau de “gravidade”. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O agravo e o “mito de prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 194.

²²⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O agravo e o “mito de prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 194.

Quando o dano sofrido fosse de natureza material, ficava mais evidente a necessidade de reforma imediata do *decisum*, justificando a interposição do agravo de instrumento, como nos casos de qualquer antecipação dos efeitos de uma tutela jurisdicional. Não se negar, porém, que a dificuldade maior se dava quanto a definição dos danos processuais²²⁷. Afinal, quais deles seriam aptos a ensejar uma tutela jurisdicional imediata? Antecipa-se que essa é uma indagação importante também à luz do CPC/2015.

Diante da tormentosa questão, parte da doutrina²²⁸ buscou refúgio em um paralelismo com a jurisprudência do STJ acerca do regime de retenção estabelecido pelo art. 542, §3, do CPC/1973²²⁹. Nesse caso, o tribunal da cidadania, por vezes, mitigava a regra da retenção dos recursos especiais interpostos de “acórdãos interlocutórios” (decisão colegiada que julgavam agravos de decisões incidentes), permitindo a subida de alguns deles de imediato.

Em especial, havia casos em que o dano emergente de uma decisão interlocutória no plano processual afetava preponderantemente uma das partes, ao passo que em outros *a relação jurídica processual como um todo* poderia ser afetada²³⁰.

²²⁷ Considera-se dano processual aquele que se relaciona com unicamente o processo, não repercute de maneira direta na esfera do direito material da parte. Nesse sentido, Paulo Henrique dos Santos Lucon. **O novo regime do agravo (Lei nº 11.187/2005)**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 163/164.

²²⁸ **O agravo e o “mito de prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 200/205. No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier “O requisito constante dos dois dispositivos (perigo de lesão grave e de difícil reparação), segundo o que pensamos, deve ser entendido em sentido amplo, para abarcar tanto casos em que a lesão ou a ameaça de lesão possa atingir direito material da parte, como também aqueles que a interposição do regime de retenção contrarie o princípio da economia dos juízos, o que ocasionaria, assim, dano processual. É o que ocorre com a decisão que rejeita a exceção de incompetência relativa. Impor, no caso, um regime de retenção seria criar embaço contraproducente, visto que, caso a incompetência venha a ser admitida somente quando do julgamento da apelação (art. 523, caput), isso ocorrerá a decretação da nulidade de todos os atos decisórios realizados em primeiro grau. Nesse caso, se está diante de situação em que a adoção do regime de retenção é indesejável, já que pode ocasionar maior demora que a tramitação do agravo de instrumento. Pode se aplicar, *mutatis mutandis*, a construção jurisprudencial do STJ em relação ao regime de retenção do recurso especial (art. 542, §3), em que deve se julgar imediatamente o recurso especial em caso que a decisão possa causar dano material ou processual.” **Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.438/439.

²²⁹ Art. 542 (...) § 3º. O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões.

²³⁰ Classificação adotada por Heitor Vitor Mendonça Sica. **O agravo e o “mito de prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 203.

No primeiro caso, exemplo clássico era a exceção de incompetência relativa²³¹, considerando que dificilmente após a resolução do mérito, o tribunal decretaria a nulidade do processo em razão de ter sido processado em foro territorialmente incompetente; e ainda decisões que versassem sobre o valor da causa²³².

Quanto à segunda hipótese (prejuízo a toda relação jurídica processual), a consideração do STJ se dava em relação possibilidade de a decisão atacada por recurso retido, viesse a ser reformada adiante e provocasse a invalidade de uma grande quantidade de atos processuais, tornando-se claro um desperdício de cognição pelos órgãos judicantes²³³. Nesses casos, adentrava-se às razões do recurso e nas consequências de seu possível provimento para o processo, quando esse se mostrava de grande monta, admitia-se a subida imediata do recurso.

A partir disso, sustentou-se que para a interpretação do art. 522 do CPC/1973, para admissão do agravo de instrumento, fazia-se necessária a consideração acerca da plausibilidade da pretensão recursal. Ou seja, *“se houver razoável probabilidade da decisão recorrida vir a ser reformada, o relator acabará processando o recurso na forma instrumental, mesmo que não haja, própria e diretamente, risco de dano irreparável”*²³⁴.

A conclusão, portanto, seria de que o ponto decisivo para a admissão do agravo de instrumento seria o grau de risco de dano processual, e não propriamente sua reparabilidade, não apenas sob a ótica da parte sucumbente, mas de toda a atividade jurisdicional²³⁵.

Embora se reconheça que não havia unanimidade quanto às hipóteses casuísticas de dano processual na doutrina²³⁶, e que a jurisprudência do STJ, ao final da vigência do código

²³¹ Ag 448342/PR, rel. Min. Francisco Falcão; MC 2411/RJ, Min. Waldemar Zveiter; EDcl no AgRg na MC 9355/GO, rel. Min. Nancy Andrighi; MC 2647/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; REsp. 661145/ES Min. Jorge Scartezzini.

²³² “Outro exemplo estaria no recurso especial que se volta contra a decisão concernente à fixação do valor da causa. Em várias oportunidades do STJ assetou o entendimento de que, nesse caso, afasta-se a retenção determinada expressamente pelo art. 542, § do CPC. Argumentos para esse entendimento não faltam. É sobre o valor da causa que são calculadas diversas penalidades aplicáveis no curso do processo. Esse valor também serve de base, comumente, para cálculo do preparo da apelação, de sorte que, se for fixado pelo autor em patamar exagerado, pode dificultar o réu ao segundo grau de jurisdição” SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O agravo e o “mito de prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005.** In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 203. É a jurisprudência do STJ citada: AgRg no Sg 426684/SP, rel. José Arnaldo da Fonseca, j. 08.02.2002; Ag. 435.966/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, e REsp 194540/DF, rel. Min. Waldemar Sveiter.

²³³ Ibid. p. 205.

²³⁴ Ibid. 205/206.

²³⁵ Ibid. p. 207.

revogado, recuou quanto à aplicação mais mitigada do art. 543, §3, do CPC/1973²³⁷, as ponderações realizadas serão de extrema relevância para nossa análise do dano processual e dos meios de impugnação face ao sistema de recorribilidade híbrido adotado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, verifica-se que outras decisões interlocutórias eram apontadas como compatíveis somente com a modalidade de agravo de instrumento, por exemplo: a decisão que fixa os honorários periciais²³⁸, o indeferimento parcial da petição inicial²³⁹.

Nessas hipóteses, justifica Fredie Didier Jr., que são decisões do processo totalmente distintas/estranhas a resolução ao objeto da tutela pretendida, sejam elas de admissibilidade ou de mérito, que de nenhuma forma interferem diretamente na decisão sobre o objeto litigioso do processo. Desse modo, por essa independência de vínculo com a questão principal, a decisão embora seja classificada interlocutória, seria, na verdade definitiva.

Nas próprias palavras do autor, *“se a questão decidida por decisão interlocutória é autônoma em relação à sentença, não lhe afetando nem sendo por ela afetada, não há razão para impor o agravo retido, que seria, no caso, incompatível”*²⁴⁰.

4.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS DA PARTE 1.

²³⁶A título de exemplo, uma questão preliminar, como a ilegitimidade passiva, para Heitor Vitor Mendonça Sica seria recorrível por meio de agravo retido, porque não haveria preclusão quanto a elas, podendo o juiz voltar a apreciá-las, inclusive ex officio, na sentença. O dano processual, portanto, seria potencial (**O agravo e o “mito de prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005.** In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 200). Em sentido contrário, Flávio Cheim Jorge (**A nova disciplina de cabimento do recurso de agravo: Lei nº. 11.187, de 19/10/2005.** In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 139) considerando que se uma das funções do agravo retido era impedir a preclusão, e justamente por questões de ordem pública não ensejarem esse fenômeno, não haveria interesse recursal em utilizá-lo, sendo hipótese de agravo de instrumento.

²³⁷ É o que se constata pelos julgados: AgRg no REsp 1494314/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 29/03/2016); AgRg no AREsp 834.119/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 16/12/2016; AgRg no Ag 1265594/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 26/10/2016.

²³⁸DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais.** v. 3. 12ª ed., JusPodivm, 2014, p. 147.

²³⁹Ibid. p. 147.

²⁴⁰Ibid. p. 147.

A partir do estudo dos 4 (quatro) capítulos destinados à recorribilidade das decisões interlocutórias no tempo, podemos chegar em alguns lugares comuns, traçando as premissas necessárias, para enfrentarmos os problemas do Código de Processo Civil de 2015:

- a) No Direito Português, tradicionalmente, mesmo quando adotou-se a irrecorribilidade das decisões interlocutórias como regra, sempre ressaltou como hipóteses para o manejo de recurso para aquelas que causassem dano irreparável ou de difícil reparação às partes (D. Afonso IV e Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas, Ordenações Filipinas);
- b) As decisões interlocutórias (ou sentenças interlocutórias simples) não recorríveis ensejaram o surgimento das soprições, e, posteriormente, das querimas ou querimônias no Direito Português;
- c) O Direito Brasileiro, após a independência, herdou a tendência lusitana, e mesmo prevendo hipóteses casuísticas de decisões interlocutórias recorríveis, também ressaltou aquelas que causassem dano irreparável e de difícil reparação (Consolidação de Ribas (1891); Regulamento n. 737; Códigos de Processo Civil Estaduais);
- d) Não foi bem sucedida a experiência do Código de Processo Civil de 1939, ao impor um rol taxativo de hipóteses de recorribilidade das decisões interlocutórias, gerando enorme divergência interpretativa dos incisos do art. 842 daquele código, e ensejo outros meios de impugnação (“sucedâneos recursais”).
- e) Todas as vezes em que o legislador impôs uma restrição à recorribilidade das decisões interlocutórias os sucedâneos recursais foram a saída encontrada pelo sistema: d.1) No CPC/1939 com a previsão taxativa do rol estabelecido pelo art. 842; d.2) Na vigência do CPC/1973, antes da Lei n. 9.139/95 para emprestar efeito suspensivo ao agravo de instrumento;
- f) Não obstante a qualquer interferência do legislador, a impugnação imediata das decisões interlocutórias sempre estará atrelada à ao atendimento do interesse recursal, sob pena de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Desse modo, encerra-se a primeira parte deste trabalho, com uma alusão bastante pertinente da história dos agravos e do “mito de prometeu” realizada por Heitor Vitor Mendonça Sica²⁴¹.

²⁴¹SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O agravo e o “mito de prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 214.

Com um paralelo interessante, o autor demonstra que assim como nesse “mito”, em que Zeus impõe uma condenação a “Prometeu”, pela ousadia de ter levado fogo monopolizado pelos deuses aos mortais, também a origem dos agravos entre o Século XIII e XIV, que foi arraigada a nossa cultura processual, foi fruto de um inconformismo diante da lei que proibia a apelação de grande parte das interlocutórias²⁴².

Como se não bastasse, o próprio castigo imposto a Prometeu, de ficar acorrentado a uma montanha, onde um abutre diariamente comia parte do seu fígado, sem, entretanto, matá-lo (pela capacidade regenerativa desse órgão), também se assemelha com a história do agravo²⁴³.

Isso porque, ainda que o legislador jamais tenha “sacrificado” a sua existência (agravo), tenta enfraquecê-lo a todo o momento por meio de reformas processuais, como se fossem abutres enviados com esse fim. Todavia, esse recurso, do mesmo modo que o fígado de Prometeu possuía incrível capacidade de se regenerar (“distorcendo, na prática, as restrições “tirânicas” do sistema ou, quando não, travestindo-se em outros meios de impugnação sucedâneos, com o mandado de segurança e a correição parcial²⁴⁴”).

Embora a conclusão seja pertinente, merece ressalva, por último, que os sucedâneos recursais não merecem ser tratados como medidas oriundas meramente de uma “criatividade” dos advogados²⁴⁵.

Antes de tudo, são meios de impugnação, previstos pelo sistema constitucional, que visam suprir “falhas” do legislador, e quando aplicados sob uma disciplina teórica consistente (como é o caso do mandado de segurança), são legitimamente destinados a tutelar o direito da parte de não ser lesionada por uma opção infraconstitucional de política legislativa.

²⁴² SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O agravo e o “mito de prometeu”**: considerações sobre a Lei 11.187/2005. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 215

²⁴³ Ibid. p. 215.

²⁴⁴ Ibid. p. 215.

²⁴⁵ Nesse sentido, Vicente Greco Filho: “tem sido e, certamente será, frustrante no Brasil, porque, excluído ou inibido um recurso, imediatamente a criatividade dos advogados descobre um sucedâneo, às vezes muito mais complexo. E os Tribunais acabam aceitando!” **Questões sobre a Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998**, p. 599. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PARTE 2
O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

5 - A ADOÇÃO DE UM SISTEMA HÍBRIDO DE RECORRIBILIDADE.

Superada a primeira parte do trabalho, nos dedicamos a partir desse capítulo ao estudo específico do novo sistema de impugnação das decisões interlocutórias do Código de Processo Civil de 2015. Após conceituarmos a decisão interlocutória, com uma visão mais crítica, estudaremos as possíveis causas e os impasses gerados por esse novo sistema, principalmente àqueles relacionados ao princípio da duração razoável do processo.

A partir disso, adentramos ao estudo conjunto das próprias hipóteses previstas pelo legislador como passíveis de uma impugnação imediata com o objetivo de demonstrar a distinção daqueles sistemas que adotam o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias, sem a presença do agravo de instrumento, e ainda identificar uma possível *ratio* desejada pelo legislador pelas hipóteses eleitas.

Por último, definiremos se a enumeração do art. 1.015 é taxativa ou exemplificativa, traçando a premissa dos capítulos seguintes.

5.1 – A DEFINIÇÃO DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA (ART. 203, §2).

As decisões interlocutórias foram definidas pelo art. 203, §2, do CPC/2015, como “*todo o pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no conceito de sentença (art. 203, §1)*”.

Em uma primeira análise ao dispositivo legal, pode se dizer que o legislador mesclou pelo menos 2 (dois) critérios de fácil identificação: o primeiro relacionado a carga decisória do ato (*pronunciamento judicial de natureza decisória*), e o segundo de exclusão (*que não se enquadrem no conceito de sentença*).

5.1.1 A natureza decisória.

No que tange a força decisória do ato, tal critério é utilizado para diferenciar as decisões interlocutórias dos despachos (art. 203, §3).

É comum se dizer os despachos são pronunciamentos judiciais destinados exclusivamente a dar impulso ao feito, a conferir a marcha ao processo, sem, entretanto, conter qualquer conteúdo decisório suficiente e capaz de gerar prejuízo às partes²⁴⁶. Nesse sentido, já decidiu o STJ²⁴⁷, e também leciona Humberto Theodoro Jr²⁴⁸.

Mas é bem verdade que há outros critérios para distinção de despacho e decisão interlocutória na doutrina, como faz Daniel Assumpção Neves, que por sua vez, adota como premissa da identificação dos despachos: a impossibilidade de um ato processual resolver uma questão incidental em outro sentido²⁴⁹.

Em outras palavras, são considerados como despachos quando o pronunciamento do juiz decorre de expressa previsão legal, de um verdadeiro comando, não existindo ao magistrado qualquer margem de interpretação, diferente da aplicação literal da lei²⁵⁰.

Não obstante aos posicionamentos anteriores, adota-se o entendimento de Flavio Cheim Jorge no sentido de que causar ou não prejuízo não está ligado à concepção de decisão, e sim à possibilidade da utilização dos recursos²⁵¹. O critério que verdadeiramente diferencia as decisões interlocutórias dos despachos “encontra-se na existência de atividade intelectual relevante”²⁵². No caso dos despachos não há propriamente uma atividade uma exigência de cognição, diferente do que ocorre nas decisões interlocutórias, conforme também já exposto no tópico 4.1.

²⁴⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil. Volume Único**. JusPodvm, 2017, p. 348.

²⁴⁷ STJ, 1ª Seção, AgRg na PET na AR 4.824/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 14.05.2014, Dje 21.05.2014.

²⁴⁸ “Para tanto, devem se considerar despachos de mero expediente (ou apenas despachos) os que visem unicamente à realização do impulso processual, sem causar nenhum dano ao direito ou interesse das partes.” **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 58ª Ed., Forense, 2017, p. 508.

²⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. JusPodvm, 2017, p. 348.

²⁵⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. JusPodvm, 2017, p. 348.

²⁵¹ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7ª ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 69/70.

²⁵² Ibid. p. 69.

Por esse motivo, é importante ressaltar que não é pelo *nomen júris* conferido ao ato processual que se dará sua classificação. A atenção deve se dá, reitera-se, para quando esse ato judicial, embora denominado de despacho, contenha atividade cognitiva relevando, sendo considerado, assim, como uma decisão interlocutória.

Com isso, resta demonstrado que o primeiro critério do legislador utilizado na definição de decisão interlocutória não consegue ser preciso.

5.1.2 A ausência de conteúdo de sentença.

Em relação à segunda parte do art. 203, §2 (*que não se enquadrem no conceito de sentença*), com a utilização do critério residual pelo legislador, nossa atividade necessária passa a ser a de precisar o conteúdo de sentença no CPC/2015.

De início, o código também realizou a definição de sentença como o pronunciamento por meio do qual o juiz, “*ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução (art. 203, §1, CPC/2015)*”.

Quanto à ressalva realizada aos procedimentos especiais, essa se fez presente porque nem sempre o conceito estabelecido pelo art. 203, §1, do CPC/2015, em tese, será compatível com a realidade desses procedimentos.

Isso porque, em alguns casos, como na ação de exigir contas (art. 550, §§4, 5, CPC/2015), cuja sentença que julga a 1ª fase (apelável) e reconhece a obrigação de prestar as contas, não impede que, na 2ª fase (julgamento de contas), haja nova cognição²⁵³.

O mesmo ocorre com o procedimento de demarcação de terras, que prevê uma sentença para definir o traçado da linha demarcada (art. 581, CPC/2015), e outra para homologar o auto de

²⁵³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao artigo 203. In: **Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral**. GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos Roque; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. Ed. Método, São Paulo: Forense, 2015. p. 663.

demarcação (art. 587, CPC/2015)²⁵⁴. Desse modo, nem sempre a decisão denominada “sentença” teria o condão de pôr fim à fase cognitiva do procedimento comum, ou de extinguir a execução.

Ressalta-se que Fredie Didier Jr, Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira, discordam, todavia, de que haja uma incompatibilidade do art. 203, §1 com os procedimentos especiais, e, por conseguinte, mais de um conceito de sentença dentro do Código Processo Civil²⁵⁵.

Justificam os referidos autores a posição firmada, na medida em que também no procedimento comum, o processo pode se desdobrar em mais de uma fase. É o caso das obrigações de fazer ou não fazer, ou mesmo de sentenças ilíquidas, em que uma vez proferidas, se iniciará uma nova fase de liquidação²⁵⁶. Em especial, no caso do procedimento de exigir contas, existiriam duas sentenças, mas com objetos distintos, a primeira delibera sobre a existência do direito de exigir contas (art. 550, §5, CPC/2015) e há outra que delibera sobre as contas prestadas (art. 552, CPC/2015)²⁵⁷.

Superada a ressalva quanto aos procedimentos especiais, retoma-se a preferência do legislador em utilizar um conceito híbrido para qualificar a decisão como sentença: a) com base no conteúdo específico (*fundamento nos arts. 485 e art. 487*) e b) nos efeitos (*põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução*)²⁵⁸.

No tocante ao conteúdo necessário para que o ato seja considerado uma sentença, nada influencia o fato da decisão está fundamentada ou não nos artigos 485 e 487, com fonte de distinção para os demais pronunciamentos judiciais²⁵⁹.

²⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civi – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**, 58ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 505.

²⁵⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2, 12ª Ed., Salvador: JusPodvm, 2017, p. 347

²⁵⁶ Ibid. p. 247.

²⁵⁷ Eis a conclusão que chegam Fredie Didier Jr.; Paula S. Braga; Rafael A. de Oliveira: “sentença, no procedimento comum ou nos procedimentos especiais, é o pronunciamento do juízo singular que encerra uma fase do processo, seja ela cognitiva ou executiva. Haverá tantas sentenças quantas sejam as fases do procedimento que se encerram.” **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2, 12ª Ed., Salvador: JusPodvm, 2017, p. 348

²⁵⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil. Volume Único**. JusPodvm, 2017, p. 348.

²⁵⁹ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 7ª ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 63. DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. DIDIER JR., Fredie;

Isso porque, além das sentenças, as decisões interlocutórias reconhecidamente também podem ser fundamentadas nas mesmas hipóteses expostas neste rol (art. 485 e art. 487, CPC/2015). É que o nosso sistema processual, com o CPC/2015, rompeu com mito da unidade e da unicidade de julgamento da causa²⁶⁰, que trazia até então sérias repercussões sobre a formação da coisa julgada material e de sua invalidação por meio da ação rescisória²⁶¹.

Com a legislação atual, a decisão interlocutória não fica restrita a questões incidentais, meramente processuais, o próprio *meritum causae* pode ser decidido definitivamente com o julgamento de um dos pedidos formulados pelo autor ou por parcela deles, conforme reconhece o art. 356 do CPC/2015, com o chamado “julgamento antecipado parcial do mérito”, hipótese do art. 487, I, CPC.

Do mesmo modo, ocorre quando proferida uma decisão interlocutória que extingue um dos pedidos formulados ou parcela deles, sem a resolução do mérito, conforme permissão do art. 354, parágrafo único, do CPC/2015, hipóteses do artigos 485 e 487, incisos II e III.

Demonstrada, assim, a insuficiência do primeiro critério, o que distinguirá verdadeiramente a sentença das decisões interlocutórias, é o seu efeito. A capacidade de o pronunciamento judicial colocar fim ao próprio processo ou a uma de suas fases²⁶².

Tal critério finalístico, por sua vez, é suficiente para determinar quando se está diante de uma sentença e quando se está diante de uma decisão interlocutória. Nas palavras de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, “importa saber qual o seu efeito em

BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2, 12ª Ed., Salvador: JusPodvm, 2017, p. 346/349; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**, 58ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 503/504.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 119.

²⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol. III**. 50ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 507.

²⁶² DIDIER Jr., Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Ob. cit., p. 343/346; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**, 58ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 503/504.

relação ao procedimento em primeira instância: se põe fim a uma das suas fases, é sentença²⁶³.”

A partir dessas premissas, embora se reconheça que o conteúdo dos artigos 485 e art. 487 seja naturalmente relacionados às sentenças, torna-se impróprio, a nosso ver, denominar as hipóteses de julgamento antecipado parcial com ou sem resolução de mérito como “sentenças parciais”, conforme expõe Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero²⁶⁴, considerando que há a subsunção perfeita ao conceito das decisões interlocutórias (art. 203, §2, CPC/2015) às referidas hipóteses, justamente porque, reitera-se: não colocam fim ao processo ou a alguma de suas fases.

Ante ao esforço exercido para a definição de sentença, pode-se, finalmente, classificar a decisão interlocutória como aquele *pronunciamento judicial dentro do procedimento com cognição relevante que não encerre o processo ou qualquer de suas fases (cognitiva e executiva)*.

5.2 A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS.

5.2.1 Uma análise crítica: a adoção do princípio da irrecorribilidade das interlocutórias e a Crise Judiciária.

Embora na Exposição de Motivos do CPC/2015 não se faça menção expressa à adoção do princípio da oralidade no âmbito recursal²⁶⁵, limitando-se a comissão de juristas a dizer que a reforma na atuação dos recursos teria como objetivo principal redução da *complexidade deste sistema*(proporcionada pelas diversas reformas ao longo do CPC/73)²⁶⁶, não se pode negar

²⁶³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil, v. 2, 12ª Ed., Salvador: JusPodvm, 2017, p. 347. Nesse mesmo sentido, Humberto Theodoro Jr, para quem “o novo código adotou uma postura objetiva para qualificar os atos judiciais em sentença ou decisão interlocutória. Não se preocupou com a matéria decidida, mas com a finalidade do ato decisório e sua repercussão sobre o encerramento do procedimento cognitivo ou da execução.” **O Curso de Direito Processual Civi – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**, 58ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 503.

²⁶⁴ “Nessa linha, a sentença pode ser total – quando resolver toda a controvérsia posta em juízo – ou parcial, quando resolvê-la apenas em parte (como é o caso, por exemplo, da sentença que leva ao “julgamento antecipado parcial do mérito, art. 356”. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, Vol. II, 2ª ed., São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016, p. 118/119.

²⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 553.

²⁶⁶ É o que versa a passagem da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil 2015: “Se o sistema recursal, que havia no Código revogado em sua versão originária, era consideravelmente mais simples que o

que o principal impacto no procedimento de 1º grau de jurisdição, é proporcionado por um dos subprincípios da oralidade: o da *irrecorribilidade em separado das interlocutórias*.

O princípio da oralidade, na perspectiva de Giuseppe Chiovenda, visa exprimir uma fórmula simples e representativa de ideias e de caracteres, por meio da associação de outros 5 (cinco) princípios (princípios informantes)²⁶⁷: 1) *A prevalência da palavra como meio de expressão combinada com uso de meios escritos de preparação e de documentação* – visa expressar que a oralidade não exclui a forma escrita, essa é fundamental, principalmente para a preparação dos debates²⁶⁸; 2) *Imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deva apreciar* – o juiz que julga a causa deve ter contato direto com as partes, testemunhas, peritos e objetos do processo, de modo que possa formar o seu convencimento baseado na impressão imediata²⁶⁹; 3) *Identidade das pessoas físicas que constituem o juiz durante a condução da causa* – relacionado aos dois princípios anteriores, veda que pessoas físicas distintas conduzam o processo até a decisão final²⁷⁰; 4) *Concentração do conhecimento da causa num único período (debate) a desenvolver-se em uma ou em poucas audiências* – em uma mesma audiência, ou em audiência com curso espaço de tempo, deve se promover o debate do mérito do processo e decidir as questões incidentes²⁷¹; 5) *Irrecorribilidade das interlocutórias em separado* – a fim de pôr em prática a concentração exige-se que a decisão de incidentes não sejam recorríveis à parte da questão principal²⁷²

Sobre o princípio da irrecorribilidade interlocutória em separado, mais importante ao trabalho, Arruda Alvim o identifica em um sistema recursal, quando “as interlocutórias, proferidas, em curso o procedimento, não podem ser sujeitas a um recurso que interrompa ou paralise o curso do feito, especial e particularmente, se o mesmo estiver sendo instruído²⁷³”.

anterior, depois das sucessivas reformas pontuais que ocorreram, se tornou, inegavelmente, muito mais complexo.”

²⁶⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 1998, p. 61.

²⁶⁸ Ibid. p. 62.

²⁶⁹ Ibid.. p. 64/65.

²⁷⁰ Ibid. p. 65/66.

²⁷¹ Ibid. p. 66/67.

²⁷² Ibid. p. 67/68.

²⁷³ ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil**. 9 ed. São Paulo: RT, v. 2, p. 397-398.

Nesse sentido, em que pese os posicionamentos contrários²⁷⁴, ainda que o CPC/1973 adotasse um sistema de recorribilidade ampla das decisões interlocutórias, pelo fato da interposição do recurso de Agravo de Instrumento na égide do sistema revogado, em regra, não ensejar a paralização/suspensão do procedimento em primeira instância, dizia-se que o código revogado atendia ao princípio da oralidade, sob esse viés.²⁷⁵

Nessa mesma linha, Nelson Nery Jr determina que a locução “em separado”, significava unicamente a suspensão do processo²⁷⁶. Tanto é que, na égide do CPC/1939, embora existentes algumas hipóteses em que poderia se impugnar as interlocutórias em separado (art. 842, CPC/1939), não se questionava a existência do referido princípio da irrecorribilidade das interlocutórias à época²⁷⁷.

Todavia, embora não se negasse o atendimento ao referido princípio no plano teórico no âmbito do CPC/1973, após as sucessivas reformas processuais, principalmente aquela promovida pela Lei n. 11.187/2005, os problemas de ordem pragmáticos, ou seja: a demora no julgamento e o abarrotamento dos agravos de instrumento nos tribunais do país²⁷⁸, determinaram uma tendência para se estudar alternativas à recorribilidade determinada pelo art. 522²⁷⁹ do diploma revogado.

²⁷⁴ NEVES, Daniel Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed, ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p. 1499. Em síntese aos dois posicionamentos, Jeferson Carús Guedes: “Há entendimentos diferentes na doutrina quanto ao conteúdo do referido do princípio: o primeiro pugna por uma ambivalência do mesmo ao identifica-lo com a irrecorribilidade das decisões interlocutórias isoladas do mérito e também ao inadmitir tal recorribilidade com a suspensão do feito; e o segundo vendo o princípio não como circunscrito à impugnabilidade das interlocutórias com o mérito, mas ligado à relação entre recursos e seus efeitos.” **Oralidade e princípios processuais correlatos: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003. p 72/73.

²⁷⁵ “Como, entre nós, o agravo jamais tranca a marcha do processo (art. 497, segunda parte), e na pior das hipóteses o Relator somente inibirá os efeitos da própria decisão recorrida (art. 558), paralisando o processo em casos raríssimos e de forma indireta, tal princípio restaria consagrado no direito pátrio” ASSIS, Araken de. **Recorribilidade de interlocutórias no mandado de segurança**. Revista de Processo, São Paulo, v.21, n.84, p. 100.

²⁷⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 182.

²⁷⁷ Ibid. p. 182.

²⁷⁸ “Sabe-se que, embora em tese, o agravo tenha sido concebido como recurso que não devesse influir no curso do processo em 1º grau de jurisdição, o fato é que, mesmo desprovido de efeito suspensivo, sempre foi fator que contribuiu para que os processos fossem mais lentos. A interposição de agravos e mais agravos às vezes era causa de tumulto no curso do procedimento no juízo *a quo*”. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2006, p. 325.

²⁷⁹ Era a redação do Art. 522 dada pela Lei n. 11.187/2005. “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.”

Sustentou-se até mesmo, ao invés da adoção do princípio irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, o *princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias*, de espectro bem mais amplo²⁸⁰.

A justificativa inicial é de que a mera recorribilidade das interlocutórias, por si só, gerava um “tumulto processual”²⁸¹.

A respeito do tema, em tese de doutorado defendida no ano de 2006, pouco após a última reforma ao recurso de agravo de instrumento (Lei n. 11.187/2005), Carolina Bonadiman Esteves, por meio de uma pesquisa empírica realizada junto ao Tribunal de Justiça do estado do Espírito Santo (TJ/ES), com ajuda de estatísticas e gráficas, buscou demonstrar que a adoção da regra de irrecorribilidade imediata das interlocutórias contribuiria para a efetividade da jurisdição, como se vê em suas palavras:

[...]a evolução da quantidade de agravos por instrumento, mandados de segurança contra ato judicial e apelações cíveis interpostos desde 1993 até 2004, o resultado do julgamento e o tempo médio de demora do julgamento desse recurso em relação ao recurso de apelação e ao mandado de segurança, tanto na Justiça Comum quanto na Justiça do Trabalho. Demonstrados estes resultados e as tendências de crescimento para os anos seguintes, foram comparadas as conseqüências da aplicação da regra de irrecorribilidade imediata de decisões interlocutórias com as conseqüências da manutenção da situação atual, tanto em relação à projeção da quantidade de processos que entrariam nos anos seguintes quanto em relação à projeção do tempo que seria necessário para acabar com o estoque de processos pendentes que se acumularam ao longo do tempo aguardando julgamento. Em todos os cenários projetados – otimista, moderado ou pessimista, que representam os resultados previstos tanto para a proposta formulada quanto para a lei nº 11.187/05 –, a adoção da regra da irrecorribilidade imediata de decisões interlocutórias contribuiria para o alcance da eficiência do processo e da efetividade da tutela jurisdicional no processo civil brasileiro.²⁸²

Nesse aspecto, sob a premissa de que a vantagem de permitir um julgamento rápido de uma decisão interlocutória sem, contudo, interferir no desenvolvimento do processo não se

²⁸⁰ ESTEVES, Carolina Bonadiman. “(Ir)recorribilidade imediata de decisões interlocutórias: Análise crítica de suas conseqüências no processo civil brasileiro e proposta para o alcance da efetividade da tutela jurisdicional. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p.73.

²⁸¹ Nesse sentido, Carolina Bonadiman Esteves. “Apesar de se afirmar que o recurso de agravo por instrumento (por exemplo) tem a vantagem de permitir um rápido julgamento sem contudo interferir no desenvolvimento do processo, tal argumento não tem se aplicado na prática, pois o agravo – ainda que dotado de efeito meramente devolutivo – tem demorado a ser julgado nos tribunais e tem tumultuado o desenvolvimento do processo em primeiro grau.” (Ir)recorribilidade imediata de decisões interlocutórias: Análise crítica de suas conseqüências no processo civil brasileiro e proposta para o alcance da efetividade da tutela jurisdicional. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 72.

²⁸² ESTEVES, Carolina Bonadiman. (Ir)recorribilidade imediata de decisões interlocutórias: Análise crítica de suas conseqüências no processo civil brasileiro e proposta para o alcance da efetividade da tutela jurisdicional. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 72.

aplicava na prática (pela extrema morosidade do processo nos tribunais), defendeu-se a adoção de um sistema idêntico aquele utilizado pela Justiça do Trabalho, em que as interlocutórias eram recorríveis apenas ao final, simplificando sobremaneira o processo²⁸³.

Embora a pesquisa regionalizada²⁸⁴ tenha sido realizada há alguns anos, e não se tenha adotado no atual sistema de recorribilidade das interlocutórias os mesmos moldes da justiça trabalhista²⁸⁵, pode se dizer que as premissas pragmáticas utilizadas para a justificativa da tese de que a recorribilidade imediata das interlocutórias representaria um atraso no processo judicial, parece ter sido também incorporadas pelo legislador do CPC/2015, pelo menos em parte, como que se explicará adiante²⁸⁶.

Até porque, em que pese o posicionamento da autora capixaba, mesmo em sistemas em que há a vedação da recorribilidade imediata das interlocutórias, como a própria Justiça do Trabalho, nos Juizados Especiais Cíveis (Lei n. 9.099/95), e Justiça Eleitoral, o que se identifica é a maior ou menor incidência do próprio princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias, como corolário da oralidade, não se justificando, portanto, em nosso sentir, a sustentação de um novo princípio distinto ou com maior abrangência deste²⁸⁷.

No mesmo sentido de Carolina Bonadiman Esteves, também Teresa Arruda Alvim Wambier reforçava a necessidade de mudança no sistema de recorribilidade das interlocutórias, diante da insuficiência das reformas promovidas pela Lei 10.352/2001, e da até então recente reforma da Lei. 11.187/2005 para a redução do número de agravos, apesar de adotar solução distinta para tanto²⁸⁸.

²⁸³ “A irrecorribilidade imediata de decisões interlocutórias, além de permitir que tais decisões sejam impugnadas ao final – por meio do recurso de apelação –, apresenta a vantagem de simplificar o processo e permitir que ele se desenvolva sem tumulto e, em última análise, de forma mais célere”. Ibid. p. 72.

²⁸⁴ A pesquisa empírica e estatística de Carolina Bonadiman Esteves, como dito, se deu apenas quanto aos processos julgados pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJ/ES).

²⁸⁵ Art. 893, §1, CPC: § 1º - Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva.

²⁸⁶ É que embora o legislador do CPC 2015 não tenha adotado o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, ao menos, tornou a irrecorribilidade em separado, em seu sentido literal, a regra (art. 1.009, §1, do CPC/2015), sendo exceção, assim, as hipóteses previstas no art. 1.015 e art. 1.015, parágrafo único, ambos do CPC/2015.

²⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 87

²⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 87.

Segundo o que defendia a autora, não seria adequado conferir o mesmo tratamento (recorribilidade) para decisões interlocutórias com importância e influências distintas no processo judicial (*ex: decisão que defere a antecipação dos efeitos da tutela x decisão que indefere uma prova*). Desta feita, o cabimento do agravo de instrumento deveria restringir-se a poucas decisões interlocutórias, que em razão de sua natureza, exigiriam uma reapreciação imediata, enquanto, em outros casos, não se justificaria sequer a interposição de qualquer recurso, sendo que o tema deveria ser apreciado depois de proferida a sentença²⁸⁹.

Nesse sentido, a recorribilidade em separado excepcionada apenas para alguns casos, modelo que fazia referência Teresa Arruda Alvim Wambier, e que é atualmente adotado pelo CPC/2015, também vem sendo denominado de *sistema de irrecorribilidade temperada*²⁹⁰ *sistema de irrecorribilidade híbrido*, ou *sistema de recorribilidade misto*.

Quanto a primeira denominação, Cassio Scarpinella Bueno justifica seu posicionamento, na medida em que o CPC/2015, por justamente excepcionar a possibilidade de se recorrer imediatamente de algumas interlocutórias, bem como a possibilidade de se atribuir efeito suspensivo “*ope judicis*” (art. 1.019, I) ao recurso, seria mais apropriado sustentar um princípio diverso do princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias, de inspiração Chiovendiana, que mereceria ser enunciado como *recorribilidade temperada das interlocutórias*²⁹¹.

²⁸⁹ Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, “É duvidoso que devam merecer o mesmo tratamento, por exemplo, a decisão que rejeita exceção de incompetência relativa, a que indefere produção de uma prova e a que antecipa os efeitos da tutela (...). Pensamos, diante disso, que o cabimento do agravo de instrumento deve restringir-se a poucas decisões interlocutórias, escolhidas pelo legislador em razão de sua natureza, uma vez que algumas situações poderão exigir reapreciação imediata, impondo-se a interposição de agravo de instrumento, enquanto, em outros casos, não se justificará sequer a interposição de recurso, podendo o tema ser reapreciado quando do proferimento da sentença. **Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 87.

²⁹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 417

²⁹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 417. Nesse sentido, Daniel Assumpção Neves demonstra a dificuldade de se aceitar efetivamente a irrecorribilidade das interlocutórias como um princípio recursal: “No procedimento sumaríssimo vigente nos Juizados Especiais a existência do princípio é mais aceitável, sendo entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência o não cabimento de agravo contra a decisão interlocutória. (...) De qualquer forma, a doutrina que defende esse princípio afirma que a inexistência de efeito suspensivo no recurso de agravo faz com que sua interposição não interfira no andamento do procedimento em primeiro grau. (...) Ainda que sob esse argumento, é difícil concordar com a existência de tal princípio: (a) recorrer ou não tem ligação lógica e indispensável com a afetação do procedimento em primeiro grau (p.ex. o agravo retido não interfere no procedimento em primeiro grau, mas inegavelmente é um recurso); (b) a depender do resultado do agravo no tribunal, atos processuais praticados no primeiro grau poderão ser atingidos retroativamente; (c) existe a possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao caso concreto – efeito suspensivo impróprio (o que ocorre com relativa frequência da praxe forense).” NEVES, Daniel Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed, Salvador: JusPodvum, 2016, p. 1499.

Embora entendamos, assim como Humberto Theodoro Jr., que o novo Código valoriza o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias, mais que o CPC de 1973²⁹², reitera-se que ocorre, nesse caso, é a maior ou menor incidência do princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias²⁹³.

Não obstante a importância das considerações, a crítica que merece ser realizada ao sistema de recorribilidade do CPC/2015 deve ser bem mais ampla: *a adoção do princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias, ainda que mitigado, parece não ter sido uma opção muito feliz pelo legislador.*

Em primeiro lugar, porque independente do alcance que se dê ao princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias, não se pode negar, como já dito, que deve existir uma relação intrínseca deste com os demais princípios (imediatidade, identidade física do juiz, e principalmente com o princípio da concentração) para que se caminhe colhendo os benefícios de um processo oral.

Sobre essa necessidade, ainda no contexto do CPC/1973, Eduardo Talamini:

A irrecorribilidade das interlocutórias só se integra efetivamente à oralidade quando vigora o princípio da concentração: de um lado, porque então não há necessidade de recurso em separado das interlocutórias, vez que rapidamente advirá o ato final, ensejador de impugnação pela qual se apreciarão todas as questões durante o curso do processo; de outro, porque, aí sim, a interposição do recurso contra as decisões incidentais desconcentraria o procedimento²⁹⁴.

No mesmo sentido, Chiovenda preconizou que a proibição da recorribilidade das interlocutórias apenas era compreensível e útil se indispensável para assegurar a

²⁹² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. III. 50ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 974.

²⁹³ Utiliza-se a mesma justificativa de Humberto Theodoro Júnior. “O Código de 1073 previa o agravo retido para essas situações. Cujo procedimento previa a análise pelo tribunal, apenas se o juiz de primeiro grau não reconsiderasse sua decisão. O sistema do NCPC é um pouco diverso. Estabeleceu um rol das decisões interlocutórias sujeitas à impugnação por meio de agravo de instrumento que, em regra, não tem efeito suspensivo (NCPC, art. 1.015). Não há mais agravo retido para as decisões não contempladas no rol da lei. A matéria, se for o caso, será impugnada pela parte prejudicada por meio das razões ou contrarrazões da posterior apelação interposta contra sentença superveniente (art. 1.009, §1). Dessa forma, o novo Código valoriza o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias, mais do que o Código de 1973”. Ibid. p. 974.

²⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. **A nova disciplina do Agravo e os Princípios Constitucionais do Processo**. RePro 80, Dez/1995, p. 128.

concentração, fora daí, seria “desarrazoado e prejudicial”²⁹⁵. Barbosa Moreira também demonstra que o sistema recursal deve refletir a sua estrutura procedimental, de modo que num processo verdadeiramente concentrado a restrição aos recursos seria uma decorrência natural²⁹⁶.

A partir dessas considerações, deixa-se claro que não há como se compatibilizar um procedimento lento e desconcentrado com o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias (mesmo que mitigado). Não passaria de uma perigosa ilusão achar que possam se destacar institutos do processo oral, e aplicá-los, isoladamente, ao processo escrito, sob o pretexto de que poderiam ajudar na abreviação das lides²⁹⁷.

Essa mescla é contrária à própria concepção de processo oral, e acarreta menos benefícios e mais prejuízos ao sistema processual.

Dito de outro modo, o princípio de que as interlocutórias somente podem ser impugnadas apenas separadas do mérito, não é bom por si. Mas somente quando realizado, num conjunto, para a conservação do princípio da concentração, “porque construir o edifício processual baseando-o em uma pilastra, de que um momento para o outro pode desaparecer, arrastando tudo par a ruína, não é coisa em si, vantajosa.”²⁹⁸.

Assim, dentro da linha do que defende as doutrinas mencionadas, quando separado do processo oral, o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias conservaria todos os seus problemas, e sem conferir qualquer vantagem ao sistema de que faz parte²⁹⁹.

²⁹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 1998, p. 276.

²⁹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6ª ed. V. Rio de Janeiro: Forense. 1993, p. 434.

²⁹⁷ “Não pode haver, pois, meias medidas. Convém sobretudo guardarmo-nos, como de uma perigosa ilusão, da ideia de que se possam destacar do processo oral institutos singulares para coloca-los tais e quais no processo escrito. Cito um exemplo: a inapelabilidade das interlocutória. Eis um instituto que os amigos das meias medidas gostaram de adotar, seguidos pela esperança que êle possa contribuir efizamente para a abreviação das lides. Parece-me ser esse um grande erro. (...) Mas este instituto é necessário ao processo oral, como condição indispensável para assegurar a concentração que é necessária, e resgata os próprios inconvenientes com as vantagens do sistema a que pertence. Separado do processo oral conversa todos os seus defeitos...sem a vantagem do sistema de que faz parte”. CHIOVENDA, Giuseppe. **A Oralidade e a Prova**. In: *Processo Oral: coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros*. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 232.

²⁹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **A Oralidade e a Prova**. In: *Processo Oral: coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros*. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 232

²⁹⁹ *Ibid.* p. 232.

Dentre eles (os problemas), em um primeiro momento, seriam os mais visíveis: *a) a invalidação de atos processuais após anos de trâmite do feito, em contrapartida ao princípio da economia processual e da duração razoável do processo (art. 5, LXXVIII, CF); b) situações de decisões interlocutórias que geram prejuízos irreversíveis a parte, contrariando o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5, XXXV, CF)*³⁰⁰.

Transportando para o atual sistema de recorribilidade, se já na vigência do CPC/1973 havia uma dificuldade em enxergar a incidência de alguns dos princípios básicos da oralidade, por existir muitos traços no código revogado de um processo predominantemente escrito³⁰¹, com muito mais razão, essa parece ser essa a realidade do Código de Processo Civil de 2015.

Quanto ao procedimento, por exemplo, extinguiu-se o antigo rito sumário, que mais se aproximava do processo oral³⁰². Prevaleceu assim, como regra, o procedimento comum, que continua sendo desenvolvido em fases bem definidas (fase postulatória, fase de saneamento, fase de instrução, fase decisória), com longos períodos de intervalo³⁰³.

³⁰⁰ TALAMINI, Eduardo. **A Nova Disciplina do Agravo e os Princípios Constitucionais do Processo**. RePro 80, out.dez./1995, p. 128.

³⁰¹ Encontra-se, entretanto, alguns aspectos de um processo oral: “Assim, o Código de 1973, em suas duas fases (antes e depois do início das reformas em 1994), manteve um processo escrito, com alguns elementos orais: a identidade física do juiz (art. 132)51, a imediatidade (art. 446, II), a publicidade dos atos processuais e da audiência (art. 155 e 444), a realização de audiência preliminar conciliatória, com a fixação dos pontos controversos (art. 331); a produção de provas em audiência como regra (art. 336); a possibilidade de oitiva do perito ou do assistente técnico em audiência para prestar esclarecimentos (art. 435); a não interrupção da audiência como regra, os debates orais e a sentença proferida em audiência (em regra) (art. 453/456); a apresentação oral do agravo retido contra decisão interlocutória proferida em audiência (art. 523, § 3º); a suscitação oral de contradições na transcrição dos atos processuais praticados diante do juiz (art. 169, §§ 2º e 3º, inseridos pela Lei nº 11.419/2006); e a prevalência da oralidade no procedimento sumário, com a concentração de atos em audiência: a decisão oral da impugnação ao valor da causa ou de controvérsia sobre a natureza da demanda, a apresentação de resposta oral ou escrita pelo réu, os debates e a sentença oral. De outro lado, permite a substituição de memoriais orais por escritos, quando existir questões complexas de fato ou de direito (art. 454, § 3º).” CARDOSO, Oscar Valente. **A Oralidade (e a Escrita) no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Cadernos do programa de pós-graduação em direito - PPGDIR/UFRGS. v. 8, nº 1, janeiro/junho, 2013, p. 272/273.

³⁰² Nesse procedimento, a petição inicial já deveria ser formulada com a juntada de rol das testemunhas (art. 276, CPC/1973), a contestação, caso não houvesse êxito na conciliação, era apresentada na própria audiência, oportunidade em que também deveria especificar todas as provas que deverão ser produzidas (art. 278, CPC/1973). Do mesmo modo, também se definia prazos para a realização dos atos judiciais, embora, na maioria das vezes, não fossem cumpridos, como o de 30 (trinta) dias, contados a partir da primeira audiência, para a realização da audiência de instrução (art. 278, §3, CPC/1973).

³⁰³ Diga-se aqui dos fatores externos que dificultam a implementação de um processo oral. Barbosa Moreira, em estudo dedicado ao tema, relaciona a questão principalmente às características nacionais, como: a dimensão territorial; a má distribuição populacional; a dificuldade de deslocamento para audiência no interior do país; as razões de índole sócio-cultural; a insuficiência financeira para contratação de advogado; a falta de infraestrutura do Poder Judiciário, com pessoal insuficiente (juízes, servidores cartorários), estrutura defasada. **O Processo Civil Brasileiro e o Procedimento por Audiências**. In: Temas de Direito Processual: Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 100/102.

Na fase postulatória, em todos os casos, a contestação deve ser apresentada antes da audiência de instrução e julgamento (art. 335 do CPC/2015), do mesmo modo a possível réplica pelo autor quando alegado fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito pelo réu (art. 350, CPC/2015).

Já em análise à fase de saneamento e organização do processo, verifica-se a adoção, como regra, de um saneamento “de gabinete”, ou seja, apenas nos casos em que a complexidade da causa exigir será designada audiência para esse fim (art. 357, §3, CPC/2015³⁰⁴), nos demais, todas as questões incidentais relacionadas à preparação do feito, serão solucionadas por decisão fundamentada e escrita pelo juízo antes da fase instrutória.

Assim, fica nítido que o CPC/2015 na fase postulatória privilegia o processo escrito, e não os debates em audiência; e que na fase de saneamento, muitas das questões incidentais serão também decididas antes da audiência de instrução e julgamento, em ambos os casos mitigando o princípio da imediatidade e da concentração.

No que tange à fase decisória, verifica-se que não há previsão no CPC/2015 de dispositivo semelhante ao art. 132 do CPC/1973³⁰⁵. A partir dele, dizia-se que o código revogado privilegiava o *princípio da identidade física do juiz*.

Embora Marinoni, Arenhart e Mitidero digam que é possível se extrair o referido princípio do art. 366 do CPC/2015³⁰⁶, não se pode negar que a ausência de uma previsão expressa nesse sentido, enfraquece também um dos pilares da oralidade, dando menor importância, em tese, ao contato do juiz com as provas e com as partes no processo.

³⁰⁴Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

³⁰⁵Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

³⁰⁶MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil - Vol. 1, Teoria do Processo Civil**, 2016, p. 538. Nesse mesmo sentido, Fernando Rubin. “Polêmicas supressões encartadas pelo Novo CPC”. Disponível em: <<https://fernandorubin.jusbrasil.com.br/artigos/258939849/polemicas-supressoes-encartadas-pelo-novo-cpc>>. Acesso em: 13/07/2017.

Desse modo, não obstante o incentivo dos métodos autocompositivos, e outros institutos característicos do processo oral, que estejam presentes em alguns dispositivos no atual diploma processual, pode se dizer que o processo civil brasileiro, com exceção do rito dos Juizados Especiais (Lei. 9.099/95)³⁰⁷ continua a ser um processo eminentemente escrito.

Tal conclusão, somada à crítica da necessidade de um tratamento conjunto dos princípios corolários da oralidade, nos leva a crer que a adoção do princípio da irrecorribilidade em separado no CPC/2015, de maneira isolada dos demais princípios do processo oral, é uma das possíveis causas da instabilidade e dos impasses vividos pelo jurisdicionado quanto à impugnação das interlocutórias, das quais se destacam, pelo menos, 4 (quatro): *a) a invalidação de atos processuais após anos de trâmite do feito; b) situações de decisões interlocutórias que geram prejuízos irreversíveis a parte (p. ex., porque inexistente interesse recursal na apelação); c) insegurança jurídica com as interpretações extensivas/analógicas dos incisos do art. 1.015 do CPC/2015 suscitadas pela doutrina e recepcionadas pela jurisprudência; d) a utilização dos sucedâneos recursais como “válvula de escape” das decisões irrecorribíveis de imediato.*

Em relação ao primeiro problema levantado (invalidação de atos processuais após anos de trâmite), não se pode negar que postergar a impugnação de uma decisão interlocutória relacionada às nulidades processuais para somente após a sentença, apenas terá o mínimo de efeito pretendido pelo legislador (privilegiar a duração razoável do processo), se essa não for acolhida antes do julgamento da Apelação. Caso contrário, tem-se risco da invalidação de anos de trâmite processual³⁰⁸.

Assim, diante da opção em tornar como regra as decisões como irrecorribíveis de imediato (art. 1.009, §3), admitindo excepcionalmente o agravo de instrumento, também não há dúvidas de que o legislador assumiu esse perigo de invalidação dos atos processuais. Dessa forma, cabe a indagação: o risco assumido se adéqua à realidade da justiça cível brasileira? Em outras

³⁰⁷ CARDOSO, Oscar Valente. **A Oralidade (e a Escrita) no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Cadernos do programa de pós-graduação em direito - PPGDIR/UFRGS. v. 8, nº 1, janeiro/junho, 2013, p. 273.

³⁰⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual – Volume Único**. São Paulo: JusPodvum, 2017, p. 1560.

palavras, privilegiar o princípio da duração razoável processo é assumir ou deixar de assumir esse risco?

A premissa de que parte o legislador é a de que o número excessivo de agravos de instrumento interposto será mesmo a principal causa para o abarrotamento de recursos nos tribunais de 2ª instância, o que impediria a celeridade do processo. Todavia, esse fundamento merece considerações.

De início, com relação ao procedimento em 1º grau de jurisdição não haverá muita influência, considerando que já no CPC/1973 esse recurso, como regra, era desprovido de efeito suspensivo. Acrescenta-se, inclusive, que pouco convence o argumento de que, ainda assim, no sistema anterior, teríamos um prejuízo à celeridade causado por certo “tumulto processual” em decorrência a interposição desses agravos de instrumento³⁰⁹.

Primeiro porque nunca se soube ao certo o que seja esse “tumulto processual”³¹⁰, ademais, na prática, dificilmente uma sentença aguardava o julgamento de um agravo de instrumento, tal como se imaginou no processo oral, justamente pela desconcentração do procedimento e pela morosidade atual do feito.

Assim, apenas restaria como objetivo da medida de restrição em diminuir o tempo de tramitação dos feitos no âmbito dos tribunais, considerando que, em tese, o número de agravos de instrumento atrasaria o julgamento dos recursos de Apelação.

Mas mesmo que, tanto o argumento de suposta economia processual pela ausência dos “tumultos” gerados pelos agravos de instrumento, quanto da tentativa de redução de tramitação dos processos em 2º grau de jurisdição, fossem convincentes, todos eles são

³⁰⁹ ESTEVES, Carolina Bonadiman. **(Ir)recorribilidade imediata de decisões interlocutórias: Análise crítica de suas consequências no processo civil brasileiro e proposta para o alcance da efetividade da tutela jurisdicional**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 72.

³¹⁰ “Certo é que haveria o perigo de suceder o fenômeno já apontado por João Monteiro, nestas palavras tão incisivas: “O que seja dano irreparável, será difícil senão impossível firmar de modo peremptório, vista a incrível coleção de variegadas decisões que neste assunto abrilhanta o opulento museu da jurisprudência nacional.” Mas quem pode definir, também, o que seja o “tumulto processual” a que alude a legislação paulista para dizer qual pressuposto da “correção parcial”? MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 3ª Ed, Rio de Janeiro: Editora, 1969, vol. IV. p. 293.

desmentidos pelos dados da “Justiça em Números” realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2016 (ano base – 2015)³¹¹ e no ano de 2017 (ano base - 2016)³¹².

As pesquisas realizadas levaram em conta e registraram a porcentagem de recorribilidade externa³¹³, e recorribilidade interna³¹⁴ dos tribunais do país. E os resultados contrariam, ou, ao menos, diminuem a força do senso comum de que o volume de recursos e a ampliação de hipóteses de cabimento possuem uma relação direta com a morosidade processual ou de que toda decisão no Brasil é recorrível.

Na primeira vez em que o índice foi analisado, em 2016 (ano base – 2015), viu-se que o índice geral de recorribilidade das decisões na justiça brasileira era de 15% (quinze por cento), e na justiça estadual esse número era ainda menor (9,5%), percentual bem abaixo do esperado³¹⁵.

Assim, como o objeto do nosso estudo é a recorribilidade das decisões interlocutórias, a possibilidade ampla de se interpor o agravo de instrumento, adotada pelo CPC/1973, ao que parece, pelo menos no âmbito da justiça estadual, já contrariava a expectativa de que “tudo era recorrido pelo agravo de instrumento”, embora não se negue que o índice na justiça federal ainda pudesse ser considerado alto (20%)³¹⁶.

³¹¹ BRASIL. **Justiça em números 2016: ano base 2015/Conselho Nacional de Justiça** – Brasília: CNJ, 2016. Dados disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 16/07/2017.

³¹² BRASIL. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça** - Brasília: CNJ, 2017. Dados Disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 04/02/2018.

³¹³ “A recorribilidade externa reflete a proporção entre o número de recursos dirigidos a órgãos jurisdicionais de instância superior ou com competência revisora em relação ao órgão prolator da decisão e o número de decisões passíveis de recursos desta natureza. São computados, por exemplo, recursos como a apelação, o agravo de instrumento, os recursos especiais e extraordinários.” **Justiça em números 2016: ano base 2015/Conselho Nacional de Justiça** – Brasília: CNJ, 2016, p.46. Dados disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 16/07/2017.

³¹⁴ “A recorribilidade interna é o resultado da relação entre o número de recursos endereçados ao mesmo órgão jurisdicional prolator da decisão recorrida e o número de decisões por ele proferidas no período de apuração. Neste índice são considerados, por exemplo, os embargos declaratórios e infringentes, os agravos internos e regimentais.” **Justiça em números 2016: ano base 2015/Conselho Nacional de Justiça** – Brasília: CNJ, 2016. Dados disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 16/07/2017, p. 46.

³¹⁵ BRASIL. **Justiça em números 2016: ano base 2015/Conselho Nacional de Justiça** – Brasília: CNJ, 2016. Dados disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 16/07/2017, p. 382.

³¹⁶ Ibid. p. 48.

Destaca-se, inclusive, a disparidade existente entre os tribunais espalhados pelo país à época daquela pesquisa. Em alguns, o agravo de instrumento encontrava-se como uma das principais classes processuais registradas³¹⁷. Em outros estados, porém, sequer aparecia como os 10 (dez) primeiros³¹⁸.

Inobstante, na pesquisa de 2017 (ano base – 2016), após 10 (dez) meses de vigência do novo código, esse percentual de recorribilidade na justiça brasileira foi ainda mais baixo (12,7%)³¹⁹. Destaque especial também, para o índice de recorribilidade externa na justiça estadual que caiu de 7,3% (sete vírgula três por cento) para 6% (seis por cento), e em contrapartida, o índice da justiça federal que subiu de 19,4% (dezenove vírgula quatro por cento) para 20% (vinte por cento)³²⁰.

Não se pode dizer, porém, que a queda na recorribilidade externa da justiça estadual tenha oferecido os benefícios desejados pelo legislador.

Isso porque, como era de se esperar, quando se compara as duas pesquisas, constata-se a ausência de qualquer impacto relevante na redução do tempo de tramitação do feito em 1º grau de jurisdição, senão vejamos.

³¹⁷ (...) As tabelas processuais unificadas possuem seis níveis hierárquicos de classes. No grande grupo que aglomera os “processos cíveis e do trabalho” (nível 1), há a segmentação entre, por exemplo, “processos de conhecimento”, “processos de execução”, “recursos”, entre outros (nível 2). No próximo nível, no grupo de classes “processos de conhecimento”, é possível saber o tipo de procedimento, se é de conhecimento, de cumprimento de sentença, de liquidação etc. (nível 3). Após, os procedimentos de conhecimento são segregados pelo tipo, como procedimento do juizado especial cível ou ordinário ou sumário ou especial (nível 4). No próximo nível, são classificados os procedimentos especiais, como de jurisdição contenciosa ou voluntária ou regidos por outros códigos, leis esparsas e regimentos (nível 5). Chegando ao sexto e último nível, é possível saber se o processo é uma reclamação, uma ação civil pública, um habeas corpus, um mandado de injunção, etc. Justiça em números 2016: ano base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. Dados disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 16/07/2017, p. 144.

³¹⁸ Como o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, em que o agravo sequer aparece entre os 10 (dez) principais assuntos no âmbito daquela justiça estadual. Diferente, por exemplo, do estado de São Paulo, em que o agravo aparece como o principal assunto na aquela justiça. *Ibid.* p. 60. Ressalta-se que pesquisa de ano base - 2016 não apresentou esses dados.

³¹⁹ BRASIL. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça** - Brasília: CNJ, 2017, p. 85 Dados Disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 04/02/2018.

³²⁰ BRASIL. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça** - Brasília: CNJ, 2017, p. 85 Dados Disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 04/02/2018.

No caso da Justiça Estadual, os números relevam que, atualmente, o processo demora em média 2 (dois) anos e 1 (um) mês até a sentença. Já em segundo grau de jurisdição, o acórdão sai em média de 7 (sete) meses após o protocolo do recurso³²¹. Quando comparado esse resultado com aquele do ano anterior, que por sua vez, com tempo de 1 (um) ano e 11 (onze) meses de para a sentença, e 6 (seis) meses para se proferir acórdão, vê-se que nas duas instâncias houve um aumento no dispêndio de tempo para uma decisão final após as alterações promovidas pelo CPC/2015³²².

Essa é a mesma realidade da justiça federal.

Enquanto uma sentença em 1º grau de jurisdição sai em média de 2 (dois) anos, e 1 (um) ano e 10 (dez) meses nos tribunais (ano base-2016)³²³, na pesquisa anterior (ano base - 2015), a média era de 1 (um) ano e 8 (oito) meses para ser proferida a sentença, um ano e oito meses até um acórdão do tribunal³²⁴. Pois bem.

Se por um lado, não se pode precisar o grau de influência da alteração no regime da recorribilidade das interlocutórias na alteração do cômputo tempo de vigência do processo, de outro, se comprova que o suposto “tumulto processual” causado nunca foi motivo determinante de morosidade no procedimento comum.

Além disso, os dados da pesquisa de ano base 2016 seguem a tendência daqueles já demonstrados na pesquisa de ano base 2015, em relevar que o principal problema da duração razoável do processo não está nos tribunais brasileiros. Assim, além do tempo de tramitação do processo nos tribunais ser bem inferior ao de primeiro grau de jurisdição, ressalta-se que a

³²¹ BRASIL. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça** - Brasília: CNJ, 2017. Dados Disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 04/02/2018, p. 131/132.

³²² BRASIL. **Justiça em números 2016: ano base 2015/Conselho Nacional de Justiça** – Brasília: CNJ, 2016. Dados disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 16/07/2017, p. 48.

³²³ BRASIL. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça** - Brasília: CNJ, 2017. Dados Disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 04/02/2018, p. 131/132.

³²⁴ BRASIL. **Justiça em números 2016: ano base 2015/Conselho Nacional de Justiça** – Brasília: CNJ, 2016. Dados disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 16/07/2017, p. 48.

diferença na taxa de congestionamento entre as instâncias chega a 24 pontos percentuais (78,8% no 1º grau e 54,7% no 2º grau)³²⁵.

São tão preocupantes os números apresentados, que umas das partes abordadas do relatório final foi a importância da Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição pela Resolução CNJ n. 194, de 26 de maio de 2014, criada com objetivo de desenvolver iniciativas voltadas para a eficiência dos serviços de primeiro grau dos tribunais brasileiros. Destacou-se, principalmente, a Resolução CNJ n. 219, de 26 de abril de 2016, que determinou que a distribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo grau seja proporcional à demanda, criando critérios objetivos para cálculo da lotação paradigma das unidades judiciárias³²⁶.

Superada a questão, outros dados que merecem consideração nas pesquisas são aqueles relacionados à recorribilidade nos procedimentos em se adota o *princípio da irrecorribilidade das interlocutórias*.

A Justiça do Trabalho, por exemplo, atingiu o patamar de recorribilidade de 52,8% (cinquenta e dois, vírgula oito por cento), na pesquisa de ano base 2015³²⁷, e de 45,6% (quarenta e cinco vírgula seis por cento), na pesquisa de ano base-2016³²⁸.

Chama ainda mais a atenção quando se constata que, na pesquisa mais recente, o índice de recorribilidade externa nas Varas do Trabalho (44,8%) é mais de 7 (sete) vezes maior que na Justiça Estadual (6%)³²⁹.

Complementa-se, ainda, que embora a justiça do trabalho apresente um índice bem maior de recorribilidade que a justiça comum, por outro lado, o tempo de tramitação do feito é menor

³²⁵ BRASIL. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça** - Brasília: CNJ, 2017. Dados Disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 04/02/2018, p. 182.

³²⁶ Ibid., p. 89.

³²⁷ BRASIL. **Justiça em números 2016: ano base 2015/Conselho Nacional de Justiça** – Brasília: CNJ, 2016. Dados disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 16/07/2017, p. 47.

³²⁸ BRASIL. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça** - Brasília: CNJ, 2017. Dados Disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 04/02/2018, p. 84.

³²⁹ Ibid.. p. 84/85.

se comparado a justiça comum³³⁰. E essa constatação tem uma razão de ser: 39,7% (trinta e nove vírgula sete por cento) dos litígios na justiça trabalhista resultam em acordos, ou seja, quase a metade dos processos instaurados, diferente do que ocorre na justiça comum³³¹, permitindo um menor congestionamento de processos e, por conseguinte, menor tempo de tramitação³³².

Do mesmo modo, um dos grandes problemas identificados pelos resultados das pesquisas é que no âmbito dos Juizados Especiais, procedimento também que veda a recorribilidade imediata das interlocutórias. Já no ano base-2015 o índice de recorribilidade externa se apresentava maior, tanto em nível estadual como federal, que aquele identificado nas varas comuns, destaque para os juizados especiais federais, que apresentava na época um índice de 48,8%³³³. A mesma realidade se repete no ano base-2016, na medida em que embora os índices de recorribilidade externa tenham caído para 43% (quarenta e três por cento) na justiça federal e de 10% (dez por cento) na justiça estadual, apresentando índices bem maiores que na justiça comum³³⁴.

Assim, também a despeito de não sabermos precisamente o grau de influência das decisões interlocutórias na inconformidade das partes na sentença proferida, considerando que não há na pesquisa analisada o índice de reforma/anulação das decisões de primeiro grau, fica claro, ao menos, que o problema principal da morosidade processual não é o índice de recorribilidade externa, incluindo o das decisões interlocutórias. Do mesmo modo, que as características de cada justiça é determinante para o sucesso da implantação de um sistema de irreacorribilidade das interlocutórias. Caso fosse não dessa maneira, a tramitação do processo

³³⁰ Ibid. p. 131/132.

³³¹ “(...) apesar de o novo código de processo civil tornar obrigatória a realização de uma audiência prévia de conciliação e mediação, a resolução de casos por meio de conciliação ainda apresenta desempenho tímido, sendo que das 30,7 milhões de sentenças e decisões terminativas, apenas 11,9% foram homologatórias de acordo - crescimento de menos de 1 ponto percentual em relação ao ano de 2015. BRASIL, **Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça** - Brasília: CNJ, 2017. Dados Disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 04/02/2018, p. 182.

³³² BRASIL. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça** - Brasília: CNJ, 2017. Dados Disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 04/02/2018, p. 183.

³³³ BRASIL. **Justiça em números 2016: ano base 2015/Conselho Nacional de Justiça** – Brasília: CNJ, 2016. Dados disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 16/07/2017, p. 48.

³³⁴ BRASIL. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça** - Brasília: CNJ, 2017. Dados Disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 04/02/2018, p. 85.

deveria ser mais longa na Justiça do Trabalho, o que não encontra veracidade com os números apresentados.

Além das pesquisas realizadas pelo CNJ, vale mencionar que o próprio Ministério da Justiça, ainda na tramitação do projeto de lei (16.281) do atual código, também financiou uma pesquisa sobre os impactos da alteração legislativa no sistema de recorribilidade das interlocutórias³³⁵.

Tendo como base dados do TJ/MG e do TJ/BA, os pesquisadores desses estados chegaram à conclusão de que a esmagadora maioria das decisões recorridas na vigência do CPC/1973 estava contemplada pelo rol taxativo até então estabelecido, sendo que apenas 12% (doze por cento) das decisões estariam de fora³³⁶. Isso, por si só, já seria suficiente para desmentir os benefícios esperados de um menor índice de congestionamento de processo nos tribunais. Do mesmo modo, constatou-se que quase 1/3 (um terço) dos agravos tiveram provimento, o que reforçaria o argumento dos riscos da invalidação de muitos atos processuais, desmentindo um ganho na duração razoável do processo pela irrecorribilidade das interlocutórias³³⁷.

O que se pretende dizer, portanto, é que não há razões suficientes para que o legislador, pela opção da recorribilidade postergada como regra, assuma o risco de ter anos de tramitação invalidados pelo acolhimento de uma decisão interlocutória.

Concorda-se com a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves, para quem a medida faz criar consigo uma “bomba-relógio” dentro do processo, que após algum tempo, pode atrasá-lo, fazê-lo retroceder³³⁸.

³³⁵BRASIL. Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ). **Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC** / Secretaria de Reforma do Judiciário. -- Brasília : Ministério da Justiça, 2013. 88p., il. (Coleção Diálogos sobre a justiça).

³³⁶ Ibid. p. 43.

³³⁷ Ibid. p. 78.

³³⁸“Postergar para o momento de julgamento da apelação o julgamento da impugnação da decisão interlocutória é armar uma verdadeira “bomba-relógio” no processo. Não é difícil imaginar o estrago que o acolhimento de uma impugnação da decisão interlocutória nesse momento procedimental ocasiona ao procedimento, ao anular todos os atos praticados posteriormente à decisão interlocutória impugnada. Basta imaginar um processo no qual a prova pericial é indeferida, a parte não pode agravar e levou 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. Volta-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, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. São Paulo: JusPodvum, 2017, p. 1560.

Privilegiar o princípio da duração razoável do processo, nesse caso, é permitir a apreciação imediata de invalidades processuais que sejam devidamente demonstradas, “matando o mau pela raiz” em busca de um provimento de mérito. Deixar a solução definitiva de tais questões para momento posterior “seria inviabilizar a marcha processual, ressuscitando em segundo grau obstáculos que foram apenas provisoriamente removidos na primeira instância.”³³⁹

Dano seguimento às críticas pela adoção do princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias no CPC/2015, os problemas já levantados de que existirão decisões interlocutórias causadoras de prejuízos irreparáveis que ficaram sem remédio, e principalmente a insegurança jurídica que tem gerado as diversas interpretações analógicas suscitadas pela doutrina aos incisos do art. 1.015 do CPC/2015, nos remete a algumas técnicas que o legislador poderia ter utilizado.

Heitor Vitor Mendonça Sica, ainda sob a égide do CPC/1973, na discussão sobre o regime dos agravos (retido ou de instrumento), deixava consignada a constatação de que as decisões interlocutórias passíveis de causar dano de difícil reparação constituíam a regra (e não a exceção)³⁴⁰. Isso, levando em conta a própria natureza dessas decisões, que servem para “viabilizar a marcha do processo” e para remover “os obstáculos apostos a sua meta³⁴¹”, fazendo com que, na maioria das vezes, tragam riscos e danos não só para a parte sucumbente em si, mas também para a própria atividade jurisdicional, como já se viu³⁴².

A partir disso, sugeriu a implementação de um rol taxativo de decisões que *não* comportassem o agravo de instrumento, sempre como exceção³⁴³.

Nesse mesmo sentido, mas já em vistas à técnica distinta adotada pelo legislador e os problemas delas decorrentes, Daniel Amorim Assumpção Neves, dispõe que se a intenção do

³³⁹SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O agravo e o “mito de prometeu”:** considerações sobre a Lei 11.187/2005. **In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins.** Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 207/208.

³⁴⁰Ibid., p. 206.

³⁴¹ PARÁ FILHO, Tomás. **A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo Código de Processo Civil.** RePro, n. 2, n. 5, p. 5/22, jan-mar. 1977, p. 5/24.

³⁴²SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O agravo e o “mito de prometeu”:** considerações sobre a Lei 11.187/2005. **In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins.** Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 207.

³⁴³ Idem. Idem. Idem.

legislador era restringir a utilização do agravo de instrumento, seria muito mais adequado prever a situações em que a utilização do agravo estaria vedada, porque, em tese, estaria mais clara sob quais decisões o legislador deveria restringi-la³⁴⁴.

Embora defendemos que essa não seja a melhor alternativa, com essa medida, se poderia evitar as diversas interpretações ampliativas que a doutrina vem sugerindo dos incisos do art. 1.015, a exemplo do que ocorreu no CPC/1939 com o art. 842, que tanto afligem a segurança jurídica do jurisdicionado, no momento, o que também será objeto de estudo no trabalho. Pois bem.

A partir de todas as questões levantadas nesse tópico, vê-se que a lógica do sistema de recorribilidade das decisões interlocutórias atual, com um perfil temático de recorribilidade e a ausência de preclusão como regra, se mostra totalmente dissonante daquela que rege o processo de conhecimento³⁴⁵.

Essa incompatibilidade gera desde os riscos da invalidação de muitas decisões, como apontado, até a grave instabilidade das decisões interlocutórias vividas antes da confirmação pelo tribunal, depondo contra as próprias premissas que partiu o legislador de que estaria garantindo a duração razoável do processo.

Tal constatação, aliada à desmistificação proposta de que o grande problema do sistema recursal são as inúmeras hipóteses de cabimento previstas, nos faz refletir se o legislador não deu um tiro no alvo errado.³⁴⁶

Se por um lado nunca se negou a necessidade de uma simplificação no sistema recursal em atendimento à duração razoável do processo, de outro, a previsão de uma cláusula aberta/conceito jurídico determinado do CPC/73 (“lesão grave e de difícil reparação”), ao menos, não criava os impasses constatados no atual sistema, justamente por se adequar a um sistema desconcentrado que ainda prevalece no direito processual civil brasileiro.

³⁴⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. São Paulo: JusPodvum, 2017, p. 1560.

³⁴⁵ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco, e Flávio Quinaud Pedron. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 37/38.

³⁴⁶ Sobre a reflexão de grande importância sobre a restrição ao poder de recorrer, e ao senso comum de que “tudo é recorrido”: ARAGÃO, Ergas Dirceu Moniz de. **Demasiados Recursos?**. In: RePro n. 136, jun/2006, p. 09/31.

Por fim, nos parece que o novo sistema recursal, sob a ótica de suas normas fundamentais, aposta em mecanismos racionais de desincentivo a recorribilidade, diferente da diminuição das hipóteses de cabimento dos recursos, inerentes a modelo cooperativo, dentre eles: o fomento ao acesso ao mérito dos recursos (art. 4; art. 932, parágrafo único), a valorização dos debates colegiados pela ampliação da técnica de julgamento (art. 942); o primor pela qualidade das decisões proferidas (art. 489, §1), pela formação de precedentes (art. 927, art. 928), sendo, nesse contexto, o sistema de recorribilidade das interlocutórias “um ponto fora da curva”,³⁴⁷.

A partir dessas considerações, demonstrou-se as razões pelas quais não consideramos como feliz a técnica implementada pelo legislador do CPC/2015. Porém, não nos furtaremos de estudar o atual sistema, enfrentando os problemas dele decorrentes, o que passa a ser feito a partir do próximo tópico.

5.3. O MODELO DE RECORRIBILIDADE HÍBRIDO DAS INTERLOCUTÓRIAS.

O legislador do CPC/2015, como dito, adota um sistema de recorribilidade das interlocutórias *híbrido*, na medida em que não confere ampla recorribilidade das decisões interlocutórias, tal como no CPC/1973, e, em contrapartida, não restringe totalmente a possibilidade de recorribilidade imediata de algumas dessas (com a utilização de agravo de instrumento) de outros sistemas processuais, como na justiça eleitoral, na justiça do trabalho, ou nos juizados especiais.

Importante dizer, portanto, com exceção da decisão sobre *amicus curiae* (art. 138), que absolutamente todas as demais decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015 são recorríveis³⁴⁸.

³⁴⁷ Nesse sentido, são interessantes os apontamentos de Humberto Theodoro Jr., Diele Nunes, Flávio Bahia, e Flávio Quinaud Pedron, na obra “Novo CPC: fundamentos e sistematização”, ao explorarem toda a racionalidade que se direciona a um modelo cooperativo, deixando clara a incompatibilidade da irrecorribilidade das interlocutórias com esse sistema. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**; 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 37-39.

³⁴⁸ “É impróprio afirmar que há decisões irrecorríveis no sistema do NCPC, apenas pelo fato de ter se abolido o agravo retido e de o agravo de instrumento não abranger todas as decisões interlocutórias proferidas pelos juízes. Com efeito, todas as interlocutórias são passíveis de impugnação recursal. O que há são decisões imediatamente atacáveis por agravo de instrumento (NCPC, art. 1.015) e outras que se sujeitam, mais remotamente, ao recurso de apelação (art. 1.009, §1, NCPC).” THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. III. 50ª ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 1049.

Todavia, aquelas decisões que se enquadrem: *a) dentro das situações genéricas art. 1.015, parágrafo único do CPC; b) outras hipóteses previstas por lei (art. 1.015, XIII) do CPC; ou c) situações casuísticas estabelecidas pelo rol do art. 1.015, do CPC*, serão recorríveis de imediato, por agravo de instrumento; enquanto as demais decisões interlocutórias serão recorríveis em sede preliminar de Apelação (art. 1.009, §1, do CPC).

Ressalta-se que diante da possibilidade de se impugnar as decisões interlocutórias de forma diferida por meio de Apelação, não houve lugar para a previsão no CPC/2015 do agravo retido, principalmente porque que no código revogado, o julgamento desse recurso também se dava no momento que a Apelação era apreciada.

Todavia, para além dessa “substituição” do agravo retido pela impugnação da interlocutória na apelação (art. 1.009, §1), o verdadeiro impacto desta mudança se deu mesmo para o regime de preclusões³⁴⁹.

No antigo código, a impugnação pelo agravo retido deveria ser imediata (sob pena de preclusão). Já no que tange à previsão de impugnação postergada das interlocutórias pela Apelação (art. 1.009, §1, CPC), não houve qualquer disposição do legislador que obrigasse a parte a assinalar que irá se insurgir posteriormente daquela decisão interlocutórias, inexistindo até a realização da Apelação preclusão temporal³⁵⁰.

5.3.1 As hipóteses genéricas do art. 1015, parágrafo único do CPC.

³⁴⁹ Nesse sentido, a exposição de motivos: “Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, alterado-se o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 22.06.2017.

³⁵⁰ Em caso de vícios nos atos processuais, cabe aqui as considerações de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha acerca da compatibilidade da impugnação diferida por apelação com o art. 278 do CPC. “Assim, proferida uma decisão interlocutória não agravável que contenha algum vício, cabe à parte suscitá-lo na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, sob pena de preclusão (art. 278, CPC). Se suscitar, poderá impugná-la na apelação. Se não suscitar, a matéria estará preclusa, não podendo constar da apelação.” **Curso de Direito processual: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais**. Volume 3. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 263.

No que se refere às hipóteses previstas pelo art. 1.015, parágrafo único, do CPC, o legislador estabeleceu, de forma genérica, a possibilidade de agravo de instrumento de todas aquelas decisões interlocutórias proferidas na *fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário*³⁵¹.

Quanto a elas, é possível se extrair razões suficientes para a previsão legislativa.

Em primeiro lugar, em razão da urgência. Não há como se negar que, a grande maioria das decisões senão todas em sede de execução, e do mesmo modo na fase de cumprimento de sentença, possuem uma urgência intrínseca. Isso porque, além de representarem procedimentos em que o credor, portando um título executivo, deseja satisfazer sua pretensão o quanto antes, é natural que todas as decisões interlocutórias proferidas nessas fases e contrárias ao devedor, afetem diretamente ou indiretamente o seu patrimônio. Tratam-se necessariamente de medidas coercitivas ou expropriatórias.

Em segundo lugar, em razão da *incompatibilidade* dessas decisões proferidas nas referidas fases do processo ou desse procedimento (inventário) com uma impugnação posterior pelo recurso de Apelação³⁵². Afinal, nesses casos, a parte sucumbente não terá *interesse recursal*, ou se tivesse seria tardio, para impugnar uma decisão interlocutória em sede de Apelação.

Não é por outro motivo que no CPC/1939, como já mencionado, a interpretação extensiva do art. 842, inciso VII (nomearem ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante) tenha sido alvo de tanta divergência, exemplificada pela recorribilidade da hipótese de rejeição da impugnação ao inventariante³⁵³, assim como na interpretação dos incisos referentes atos processuais de execução (X, XI, XII).³⁵⁴

³⁵¹ Art. 1.015, 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”.

³⁵² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **O novo regime do agravo (Lei nº 11.187/2005)**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 166.

³⁵³ Vide a divergência entre a doutrina de Seabra Fagundes, defendendo a interpretação extensiva para atingir casos de decisões que implicitamente ocorreria a destituição do inventariante, como a própria rejeição da impugnação ao inventariante (**Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil**. Forense. Rio de Janeiro. 1946, p. 319.) e João Claudino de Oliveira e Cruz, para quem “não caberia, pois, o agravo da decisão que os mantém no cargo, ou da decisão que repele o pedido de destituição” (**Dos Recursos no Código de Processo Civil**. 3ª ed. Forense. Rio de Janeiro, 1968, p. 261).

³⁵⁴ Em especial, quanto ao inciso XII, também Seabra Fagundes e Jorge Americano questionavam o interesse recursal do agravo, na medida em que os efeitos legais da arrematação, adjudicação ou remissão apenas se produziriam quando trancada a instância de execução. Depois de transcorrido esses efeitos, nada poderia ser feito

Com o atual art. 1015, parágrafo único, portanto, o diploma processual procurou não repetir os mesmos erros.

Imagina-se, por exemplo, uma decisão dentro de um processo execução que determine a penhora um bem de família ou qualquer daqueles no rol de impenhorabilidade (art. 822, CPC/2015), ou mesmo, no caso de um procedimento de inventário, uma decisão que destitui o inventariante por qualquer dos motivos elencados no art. 622 do CPC/2015. O recurso de Apelação, guardando relação com exemplos referidos, se daria tão somente após a consolidação de medidas coercitivas e expropriatórias de um bem impenhorável, ou no caso do inventário, após todo este ser conduzido por outro inventariante. O que o legislador deseja, portanto, e não poderia ser diferente, é oferecer um recurso que seja necessário e verdadeiramente útil aquela decisão.

São situações que exigem, necessariamente, um recurso com apreciação imediata, como o agravo de instrumento (art. 994, II, CPC/2015).

Menciona-se que essa previsão legislativa também, é, na verdade, uma resposta à crítica realizada outrora, no CPC/1973, a respeito da incompatibilidade do agravo retido com essas hipóteses previstas no art. 1.015, par. único, do CPC/2015. Diga-se, aliás, que quanto a elas, a própria doutrina³⁵⁵ e o STJ³⁵⁶ já haviam pacificado a necessidade de interposição de agravo de instrumento nesses mesmos casos. O que o CPC/2015 fez foi apenas positivá-las.

Destaca-se, por último, que o ponto alto dessa previsão legislativa, diferente do que aparentemente ocorrem com as hipóteses estabelecidas nos incisos do art. 1.015, é que o interprete consegue extrair uma *ratio*, um fundamento em comum que justifique a previsão de

senão uma ação anulatória (**Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil**. Forense. Rio de Janeiro. 1946, p. 319.)

³⁵⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 146; MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 544; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais**. v. 3. 12ª ed., JusPodvm, 2014, p. 147.

³⁵⁶ AgRg no AREsp 5.997/RS. Primeira Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. DJe: 16/03/2012; RMS 27.227/RS, Rel. Min. Laurita Vaz. DJe: 24/02/2012; RMS 27.194/RS. Quinta Turma. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJe: 15/03/2010.

uma impugnação imediata pelo agravo de instrumento, conferindo coerência e lógica ao dispositivo.

5.3.2 As outras hipóteses definidas por lei (art. 1.015, XIII, do CPC).

Como norma de fechamento, o art. 1.015, XIII, do CPC, estabeleceu que cabem agravo de instrumento em outras hipóteses previstas por lei.

Alexandre de Freitas Câmara, antecipando questão que será debatida, determina que o inciso XIII prova que o rol do art. 1.1015 é taxativo, não sendo, porém, exaustivo, justamente por existirem outras hipóteses definidas por lei em que se permite a utilização do agravo de instrumento³⁵⁷.

Com a previsão, o legislador buscou guardar coerência com outras normas esparsas, fora daquelas estabelecidas pelo artigo 1.015, dentro do próprio diploma processual, que autorizavam a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias por agravo de instrumento.

Podem ser mencionadas, a título de exemplo: a decisão terminativa que diminui objetivamente a demanda (art. 354, parágrafo único, CPC); a decisão que indeferir pedido de afastamento da suspensão do processo determinada em razão do julgamento de repetitivo de recurso especial ou extraordinário (art. 1.037, §13, I, CPC); decisões interlocutórias proferidas nas ações internacionais (art. 1.027, §1).

Além dessas, outras previsões até desnecessárias, por se enquadrarem perfeitamente em hipóteses já previstas pelo art. 1.015, do CPC, como é o caso da decisão interlocutória que resolve parcialmente o mérito (art. 356, §5, CPC), abrangida pela hipótese do art. 1.015, II, do CPC; e da decisão que indefere o pedido de assistência judiciária gratuita (art. 101, caput, do CPC), que também se encontra alocada no art. 1.015, V, do CPC.³⁵⁸

Do mesmo modo, o legislador visou abarcar as outras hipóteses que desafiam o agravo de instrumento previsto por leis extravagantes. É exemplo a decisão que decreta a falência na

³⁵⁷ CAMARA, Alexandre de Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 527.

³⁵⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 1559.

sociedade empresarial, conforme art. 100 da Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial e Falência)³⁵⁹, e a decisão que recebe a petição inicial em ação de improbidade administrativa (art. 17, §10, da Lei 8.429/1992)

Merece destaque, por último, a previsão da Lei da Ação Popular, considerando que por essa legislação especial são recorríveis por agravo de instrumento todas as decisões proferidas no curso da ação (art. 19, da Lei n. 4.717/1965). O interessante é que essa recorribilidade ampla se deu em meio ao CPC de 1939, que assim como o de 2015, estabelecia as hipóteses específicas que permitiam a interposição do agravo de instrumento³⁶⁰.

Daniel Amorim Assumpção Neves, sobre a última hipótese, chega a sustentar que por essa regra dos procedimentos na ação popular, a norma deveria ser aplicada e estendida a todos as outras espécies de processos coletivos e não apenas à ação popular, valendo para decisões interlocutórias no mandado de segurança coletivo, no mandado de injunção coletivo, na ação civil pública, e na ação de improbidade administrativa. Isso, por uma interpretação conjunta do art. 1.015, XIII, do CPC, e o art. 19, §1, da lei 4.717/1965, inspirada no microsistema coletivo³⁶¹.

5.3.3 As hipóteses casuísticas estabelecidas no rol do art. 1.015 do CPC.

O art. 1.015 do CPC estabeleceu hipóteses específicas em que está autorizada a interposição imediata do recurso de Agravo de Instrumento, como exceção à regra de recorribilidade diferida ou postergada em Apelação (art. 1.009, §1, CPC), sendo elas as situações de: *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*

³⁵⁹ Sobre essa previsão específica, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha dispõem tratar-se de hipótese uma sentença agravável. “A decisão que decreta falência reconhece a presença dos pressupostos materiais de existência do direito afirmado na petição inicial, acolhe o pedido formulado e encerra a fase de conhecimento do processo da falência, dando início a fase executiva. A decisão encarta-se, portanto, na definição de sentença, contida no art. 203, §1, do CPC. É, enfim, uma sentença. Embora se trate de sentença, o recurso cabível é o agravo de instrumento (...). Por expressa opção legislativa, há aí uma sentença agravável. O agravo de instrumento é, via de regra, o recurso interposto contra decisões interlocutórias. Nada impede, porém, que o legislador eleja hipóteses de sentenças agraváveis e decisões interlocutórias apeláveis. No caso específico da g\ f2falência, há uma sentença agravável.” **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 3, 14ª ed., Salvador: JusPodvm, p.240.

³⁶⁰ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais**. Vol 3, 14ª ed., Salvador: JusPodvm, p.261/262.

³⁶¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. Salvador: JusPodvm. 2016, p. 1559.

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.

É preciso deixar claro, *prima facie*, que por um corte metodológico, não há a pretensão de analisarmos de maneira criteriosa e individual as hipóteses dos incisos estabelecidos pelo artigo 1.015, considerando que nossa pesquisa é destinada aos casos das decisões interlocutórias não recorríveis de imediato, e quanto às decisões agraváveis, estabelecidas pelo art. 1.015 do CPC, o jurisdicionado possui meio ordinário de se insurgir de uma decisão que lhe causa prejuízo imediato.

Isso não quer dizer, porém, que o rol do artigo 1.015 não será estudado.

Em primeiro lugar, em conjunto, porque se torna pressuposto fundamental da pesquisa estabelecer a taxatividade ou não do rol. Ademais, a fim de auxiliar na atividade interpretativa que vem sendo discutida pela doutrina, pela necessidade do estabelecimento de pontos de contato entre os incisos, conferindo maior segurança e os limites de uma interpretação analógico-extensiva que guarde foros de coerência.

Em segundo lugar, a análise individual, como exceção, será realizada apenas nos casos em que se tem questionado a possibilidade de interpretação extensiva das hipóteses específicas previstas no rol.

5.3.3.1 O rol do artigo 1.015 do CPC: taxativo ou exemplificativo?

A controvérsia que merece ser enfrentada, antes de qualquer ponderação sobre alternativa à impugnação das decisões interlocutórias não recorríveis de imediato, como tido, passa necessariamente por saber se rol do art. 1.015 do CPC é taxativo ou exemplificativo.

O princípio da taxatividade em âmbito recursal, por sua vez, denota que todos os recursos devem estar previsto por lei³⁶². Como se sabe, o art. 22, I, da Constituição Federal prevê que compete a União legislar sobre processo, e sendo o recurso matéria estritamente ligado ao direito processual, é possível que extraia a razão de ser do referido princípio.

Não podem, portanto, as partes, por exemplo, através da celebração de um negócio jurídico processual (art. 190, CPC), criarem novos recursos dentro do processo que resolverá o litígio entre ambas, justamente pela vedação constitucional.

É preciso ressaltar, porém, que a doutrina trata deste princípio, na maioria das vezes, para demonstrar a vedação para se criar novos recursos, sendo atos processuais dessa natureza somente aqueles previstos pelo art. 994 do CPC, ou em outras hipóteses criadas por lei federal, como o recurso inominado nos juizados especiais (art. 41, Lei n. 9.099/95)³⁶³. De maneira distinta, o que merece ser analisado, nesse caso, é se o princípio da taxatividade também impossibilita a criação ao invés de novos recursos, de novas hipóteses recursais. No caso do agravo de instrumento, hipóteses diferentes daquelas estabelecidas pelo art. 1.015 do CPC.

Sobre a questão, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha são firmes em dizer que também o princípio da taxatividade, para além de limitar a criação dos recursos sem a lei federal, também determinariam a necessidade de lei para estabelecer hipóteses de decisões agraváveis na fase de conhecimento, sujeitando-se, assim, o rol a uma “taxatividade legal.”³⁶⁴

Por necessidade de maior esclarecimento, a Filosofia do Direito ajuda a compreender, a partir da análise de hipóteses enumeradas, se um rol é exemplificativo ou taxativo. Trata-se de um

³⁶² JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 266.

³⁶³ “Com efeito, fora do sistema codificado do CPC existem outros recursos. O importante, como destacado, é que estejam previstos por lei federal. Por isso, é que devem ser considerados recursos o recurso inominado previsto no art. 41m da Lei 9.099/95 (Juizados Especiais) ou mesmo o recurso de embargos infringentes previsto na Lei 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais).” JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 267.

³⁶⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais**. Vol 3, 14ª ed., Salvador: JusPodvm, p.242.

dos exemplos mais característicos de equívocos de um texto normativo no ordenamento jurídico³⁶⁵.

Enxergando a questão como um problema interpretativo central, Giovanni Tarrello considera como uma enumeração taxativa aquelas que o intérprete não pode adicionar outras hipóteses que não estão elencadas, já a exemplificativa são aquelas que estão suscetíveis de complementação³⁶⁶.

Como maneira de reduzir a indeterminação, o doutrinador italiano propõe regras que são características de cada enumeração. Dentre elas, destaca-se aquela que diz expressamente que se um membro do rol é uma indicação de “outros casos estabelecidos por lei”, ou seja, uma reserva de lei, a enumeração é de maneira inequívoca taxativa³⁶⁷.

Nesse mesmo sentido, Carlos Maximiliano nos auxilia ao dispor que:

[...] quando se depara com uma enumeração de hipóteses, cumpre distinguir: se os motivos e os fins do dispositivo se restringem aos casos expressos, ou se o próprio texto deixa perceber claramente que a linguagem é taxativa, dá-se a exegese estrita; o contrário se pratica em verificando fortes presunções de ser a especificação feita com o intuito de esclarecer, isto é, de exemplificar apenas... Esmera-se que sempre o legislador em tornar evidente o propósito de restringir o alcance da normas; até usa, não raro, das palavras só, apenas, unicamente e outras de significado semelhante, ou do vocábulo, seguinte, precedendo a enumeração de casos³⁶⁸.

Sobre esses indícios e características, embora no rol do art. 1.015 não haja as expressões que o autor brasileiro faz referência (“só”, “apenas”, “unicamente”), pode se dizer que o inciso XIII, ao reconhecer a possibilidade de agravo de instrumento em outras hipóteses definidas *por lei*, cumpre perfeitamente a característica de um rol taxativo, deixando claro que somente nas hipóteses dos incisos anteriores, além dos casos em que expressamente a lei permitir (seja dentro do próprio CPC ou por lei extravagante), será possível a interposição de agravo de instrumento.

³⁶⁵ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar Y Argumentar**. Centro de Estudos Políticos Y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 58/59.

³⁶⁶ TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la Ley**. Tradução de Diego Dei Vecchi, Palestra Editores: Lima/Peru, 2015, p. 137.

³⁶⁷ “Primeira regra. Si um mímembro de la enumeración es una indicación de << otros casos estabelecidos por la ley >> o uma reserva de ley, la enumeración es compatible solo com outros membros que estén previstos por la ley y, así completada, resulta taxativa. Ibid. p. 138.

³⁶⁸ **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 233.

Não há como se negar, portanto, que o inciso XIII cumpre o papel de fechar o rol estabelecido no art. 1.015, e condiciona à previsão legal novas hipóteses recursais, enquadrando-se nas características de um rol taxativo.

Ademais, a taxatividade mostra-se mais coerente com a intenção do legislador de restringir, no atual sistema, a recorribilidade imediata das interlocutórias. Caso contrário, não haveria motivos suficientes para enumerar as hipóteses em que a interposição de agravo de instrumento estaria autorizada. Bastaria utilizar, por exemplo, a antiga fórmula de recorribilidade irrestrita do art. 522 do CPC/1973 anteriores às reformas Leis nº 10.352/2001 e nº 11.187/2005, ou mesmo após essa última, excepcionando-as para aquelas que causem “lesão grave e de difícil reparação”. O legislador de 2015 adotou rumo distinto destes.

Enfim, a doutrina majoritária, define que o rol do art. 1.015 do CPC é taxativo, adotando que regime atual do CPC é o do casuísmo em *numerus clausus*³⁶⁹. Nesse sentido, Humberto Theodoro Jr.³⁷⁰, Humberto Dalla Bernardina de Pinho³⁷¹, Cassio Scarpinella Bueno³⁷², Flávio Cheim Jorge³⁷³, Alexandre de Freitas Câmara³⁷⁴, Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero³⁷⁵, Marcelo Abelha Rodrigues³⁷⁶, José Miguel Garcia Medina³⁷⁷, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha³⁷⁸.

Do mesmo modo, é a jurisprudência consolidada até o momento pelos diversos tribunais de justiça (TJ/ES³⁷⁹, TJ/SP³⁸⁰, TJ/RJ³⁸¹, TJ/MG³⁸², TJ/RS³⁸³) e tribunais regionais federais (TRF 2^a³⁸⁴, TRF 4^a³⁸⁵, TRF 5^a³⁸⁶) do país.

³⁶⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. III. 50ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 1051.

³⁷⁰ Idem. Idem. Idem.

³⁷¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. **Direito Processual Civil Contemporâneo: processo de conhecimento, procedimentos especiais, processo nos tribunais e disposições finais e transitórias**. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 919.

³⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 3ª ed., 2017, p. 728/729.

³⁷³ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7ª ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 288.

³⁷⁴ CAMARA, Alexandre de Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 527.

³⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutelas dos direitos mediante procedimento comum**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 543.

³⁷⁶ ABELHA, Marcelo. **Manual de Processo Civil**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.439/1.440.

³⁷⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1230.

³⁷⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais**. Vol 3, 14ª ed., Salvador: JusPodvm, p.241.

³⁷⁹ TJES, Classe: Embargos de Declaração AI, 24169012119, Relator : EWERTON SCHWAB PINTO JUNIOR, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 13/06/2017, Data da Publicação no Diário: 22/06/2017; TJES, Classe: Agravo AI, 49169000160, Relator: ÁLVARO MANOEL ROSINDO

Essa também parece ser a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pelo menos nas poucas oportunidades em que já se manifestou sobre o tema³⁸⁷.

Em que pese à manifestação da maioria da doutrina e da jurisprudência pela consideração do rol taxativo, não nos furtaremos de enfrentar os argumentos de quem defende a posição diversa: o rol exemplificativo do art. 1.015.

Em obra dedicada à recorribilidade das interlocutórias no CPC/2015, Gabriel Araújo Gonzalez defendeu essa posição, de maneira isolada, ao fundamentar que: a) a inaptidão da apelação para tutelar o direito possivelmente violado foi um parâmetro utilizado pelo

BOURGUIGNON - Relator Substituto : DELIO JOSE ROCHA SOBRINHO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 31/01/2017, Data da Publicação no Diário: 15/02/2017; TJES, Classe: Embargos de Declaração AI, 49169000061, Relator : DAIR JOSÉ BREGUNCE DE OLIVEIRA, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 16/05/2017, Data da Publicação no Diário: 26/05/2017.

³⁸⁰ TJ/SP, Relator(a): Osvaldo de Oliveira; Comarca: Olímpia; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 14/06/2017; Data de registro: 22/06/2017; TJ/SP, Relator(a): Edgard Rosa; Comarca: Barueri; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/06/2017; Data de registro: 30/06/2017; TJ/SP, Relator(a): Jonize Sacchi de Oliveira; Comarca: Santos; Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/06/2017; Data de registro: 30/06/2017.

³⁸¹ TJ/RJ, AI 0006179-52.2017.8.19.0000 , Rel. Des (a). Andre Emilio Ribeiro Von Melentovytych, 21ª Câmara Cível , jul. 17/02/2017; TJ/RJ, AI nº 0004691-62.2017.8.19.0000, Rel. Des (a) RENATA MACHADO COTTA - Julgamento: 10/05/2017 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. TJ/RJ, AI nº 0062234-57.2016.8.19.0000, Des(a). ISABELA PESSANHA CHAGAS - Julgamento: 08/02/2017 - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR.

³⁸² TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0479.16.016382-6/001, Relator(a): Des.(a) Valdez Leite Machado , 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/05/0017, publicação da súmula em 07/06/2017; TJMG - Agravo Interno Cv 1.0000.16.024669-0/002, Relator(a): Des.(a) Luiz Artur Hilário , 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/05/2017, publicação da súmula em 01/06/2017; TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0511.13.002749-9/001, Relator(a): Des.(a) Antônio Bispo , 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/04/2017, publicação da súmula em 12/05/2017.

³⁸³ Agravo de Instrumento Nº 70072765944, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 25/05/2017; Agravo de Instrumento Nº 70073436388, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 28/06/2017; Agravo Nº 70073713315, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Julgado em 28/06/2017.

³⁸⁴ TRF 2ª, 0010519-80.2016.4.02.0000, 7ª TURMA ESPECIALIZADA, Rel. José Antônio Neiva, Dje 03/03/2017; TRF 2ª, 0008598-86.2016.4.02.0000, Vice-Presidência, Rel. José Antônio Neiva, Dje 30/11/2016.

³⁸⁵ TRF4, AG 5030999-03.2017.404.0000, SEGUNDA TURMA, Relator SEBASTIÃO OGÉ MUNIZ, juntado aos autos em 29/06/2017; TRF4, AG 5032205-52.2017.404.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 28/06/2017; TRF4, AG 5030246-46.2017.404.0000, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 29/06/2017.

³⁸⁶ TRF 5ª, PROCESSO: 08011995220174050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE, 4ª Turma, JULGAMENTO: 25/05/2017; PROCESSO: 08007899120174050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, 2ª Turma, JULGAMENTO: 23/05/2017; PROCESSO: 08026980820164050000, MS/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI, 3ª Turma, JULGAMENTO: 08/09/2016.

³⁸⁷ REsp 1679909/RS Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 01/02/2018; REsp 1695936/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017; REsp 1694667/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 18/12/2017.

legislador ao elaborar o art. 1.015³⁸⁸, devendo ser agraváveis todas as decisões interlocutórias que o exame postergado for incapaz de oferecer uma tutela satisfatória³⁸⁹, b) necessidade de se rever a interpretação analógica para estender o alcance dos incisos³⁹⁰ e ainda as consequências para o sistema da volta do mandado de segurança como meio de impugnação³⁹¹; c) o legislador não quis consagrar o princípio da irrecurribilidade das interlocutórias, porque só fez ampliar as hipóteses já consagradas pela jurisprudência, ao final do código revogado, ao interpretar o art. 522 do CPC/1973³⁹².

Quanto ao primeiro fundamento, não obstante seja importante o critério da “inaptidão” para analisar a presença de interesse recursal em futura impugnação de uma decisão interlocutória, fora do rol do art. 1.015, por meio do recurso de Apelação (art. 1.009, §1, CPC), ou mesmo a presença de prejuízos imediatos que não se coadune com um recurso prospectivo, ressalta-se

³⁸⁸ Seriam exemplos de decisões que seguem esse critério no artigo 1.015: a) aquelas de tutelas provisórias (art. 1.015, I), b) que julgam o mérito de forma antecipada e parcial (art. 1.015, II), c) que excluem o litisconsorte (art. 1.015, VII), d) que indeferem ou revoga o pedido de gratuidade de justiça (art. 1.015, V), e) concedem, modificam, revogam, o efeito suspensivo aos embargos à execução (art. 1.015, X), dentre outras assinaladas pelo autor; Fora do rol do artigo 1.015: a) que resolvem parcialmente a demanda (art. 352, parágrafo único); b) decidem o requerimento de distinção do previsto no artigo 1.027, §9 (art. 1.037, §13). **A recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC/2015**. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 370.

³⁸⁹ Com relação às decisões consideradas inaptas, seriam retiradas das seguintes indagações: a) a decisão interlocutória pressupõe o reexame imediato, isto é, a sujeição ao agravo de instrumento é uma decorrência da decisão interlocutória?; b) faltaria interesse recursal à futura apelação, isto é ela seria incapaz de promover um resultado útil ao recorrente?; c) a postergação do reexame implicaria a assunção de riscos processuais relevantes ou poderia impor prejuízo considerável às partes? GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 370.

³⁹⁰ Com relação à decisão consideradas inaptas, seriam retiradas das seguintes indagações: a) a decisão interlocutória pressupõe o reexame imediato, isto é, a sujeição ao agravo de instrumento é uma decorrência da decisão interlocutória?; b) faltaria interesse recursal à futura apelação, isto é ela seria incapaz de promover um resultado útil ao recorrente?; c) a postergação do reexame implicaria a assunção de riscos processuais relevantes ou poderia impor prejuízo considerável às partes? GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 370.

³⁹⁰ Gabriel Araújo González realiza uma crítica à possibilidade de interpretação extensiva ao inciso III, do art. 1.015, do CPC, para justificar a possibilidade de se recorrer das decisões que versam sobre competência, ou ainda para a recorribilidade das decisões que negam eficácia aos negócios jurídicos processuais, hipóteses sustentadas em artigo científico por Fredie Didier Jr., e Leonardo Carneiro da Cunha. “Diante dessas considerações, pode-se afirmar que defender a taxatividade deixa em aberto a impugnação de decisões interlocutórias que demandam reexame breve, como as que versam sobre competência e determinados negócios jurídicos processuais, bem como que o raciocínio por analogia, nos moldes defendidos por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, deve ser reformulado.” GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 369.

³⁹¹ “Assim, a alternativa ligada à inadmissão do agravo de instrumento e do mandado de segurança deve ser afastada quando se considera os procedimentos regulados pelo CPC/2015, pois seria uma solução radical e incompatível com o sistema.” Idem. p. 373.

³⁹² “Por outro lado, viu-se que o legislador ampliou deliberadamente as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, o que demonstra que não foi de seu interesse dar tratamento mais rigoroso do que aquele que marcou o período final do CPC/1973. Se nesta época, cujo dispositivo era tão silente quanto o art. 1.015 no que diz respeito à taxatividade, já se defendida a existência da regra supletiva do cabimento do agravo de instrumento, não há razão para agir de forma diferente na vigência do CPC/2015.” Idem. p. 375.

que o argumento apenas demonstra, e reforça a crítica de que o sistema recursal previsto pelo CPC/2015 é falho.

Isso porque, ele (o sistema recursal) não consegue contemplar todas as situações que a parte, prejudicada por uma decisão interlocutória não prevista no rol do art. 1.015, do CPC, inclusive, aquelas em que não haja interesse recursal prospectivo, consiga se insurgir³⁹³. Isso, todavia, em se relaciona com o fato de ser taxativo ou não do rol estabelecido pelo legislador, somente dispõe, na verdade, das consequências da taxatividade como opção do legislador.

No que tange a impossibilidade da interpretação analógica, ou mesmo diante dos possíveis resultados negativos de se aceitar o mandado de segurança (já vividos no CPC/1939) na adoção de um rol taxativo³⁹⁴, embora sejam pontos que merecem e serão enfrentados, mais uma vez, independente das críticas sobre sua posição, verifica-se que autor trata das consequências da adoção de uma enumeração taxativa para justificar que o rol é exemplificativo, argumento “consequencialista” que não deve prosperar.

Por derradeiro, analisa-se o argumento de que o legislador de 2015, ao invés de restringir, ampliou deliberadamente as hipóteses de agravo de instrumento já consagradas pela jurisprudência ao final do CPC/1973.

Esse fato demonstraria, em tese, que não foi intenção restringir a recorribilidade das interlocutórias de imediato, mas tão e somente extinguir sua impugnação pelo agravo retido³⁹⁵. Com efeito, haveria apenas uma sistematização dessas decisões interlocutórias, de

³⁹³ Sobre interesse recursal prospectivo, vide o artigo de Willian Santos Ferreira: **Cabimento do Agravo de Instrumento e a ótica da prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade das decisões interlocutória**. RePro vol. 263, Ano 42, Jan. 2017, p. 193/203.

³⁹⁴ “O estudo sobre o tema deve partir de uma primeira consideração: a utilização de sucedâneos recursais, como o mandado de segurança, é mais prejudicial ao andamento do processo em primeiro grau do que a tramitação do agravo de instrumento. Tomando como base o mandado de segurança contra ato judicial, são perceptíveis algumas diferenças básicas que tornam o remédio constitucional mais grave do que o recurso: a) a notificação da autoridade coatora para prestar informações em dez dias; b) cientificação da pessoa jurídica; c) intervenção do Ministério Público em qualquer hipóteses. Nota-se que o agravo de instrumento tem uma tramitação mais simples (art. 1.019), ligado somente às partes originais (ressalvados o terceiro interessado e Ministério Público recorrente como fiscal da ordem jurídica), não envolve diretamente o magistrado ou a pessoa jurídica à qual ele está vinculado e só exige intimação do Ministério Público nos casos em que ele ordinariamente intervém.” GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 373/374.

³⁹⁵ “(...) o legislador não quis consagrar a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, mas evitar um recurso (agravo retido) que, na sua visão, prejudicaria o andamento do processo em primeiro grau e comportaria

modo que “se na vigência do CPC/1973, não se extraia que as hipóteses de cabimento do art. 522 eram taxativas, não há razão para fazê-lo na vigência do CPC/2015³⁹⁶”, sendo esse dispositivo tão sugestivo quanto o anterior.

Sobre a questão, é importante reconhecer que de fato, conforme exposto no tópico 4.2.4, a jurisprudência ao final do CPC/1973 reconhecia a possibilidade de interpor agravo de instrumento, interpretando as exceções à regra do agravo retido estabelecido pelo artigo 522, de maneira teleológica, abarcando os casos em que inexistir *interesse recursal e urgência*³⁹⁷.

Não obstante, cumpre ressaltar que todo o entendimento, sob a égide do código revogado, decorria diretamente de uma cláusula aberta, uma expressão indeterminada³⁹⁸, ou conceito jurídico indeterminado³⁹⁹ contido no dispositivo: “*lesão grave e de difícil reparação*”.

Nos casos, por exemplo, das decisões positivadas pelo parágrafo único do CPC/2015 (proferidas em execução, cumprimento de sentença, e inventário), reconhecidas amplamente pela jurisprudência ao final do código revogado como hipóteses em que o agravo de instrumento era cabível, esse requisito (dano irreparável) estaria presente *in re ipsa*⁴⁰⁰. Incontestável era, portanto, a urgência e a incompatibilidade com o agravo retido, considerando as decisões interlocutórias coercitivas e expropriatórias características desta fase processual.

apresentação ao final.” GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 374.

³⁹⁶GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 371.

³⁹⁷JORGE, Flávio Cheim. **A nova disciplina de cabimento do recurso de agravo: Lei nº. 11.187, de 19/10/2005**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 138.

³⁹⁸LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **O novo regime do agravo (Lei nº 11.187/2005)**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 163.

³⁹⁹Expressão empregada por Barbosa Moreira. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 610. Nesse sentido também, SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O agravo e o “mito de prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005**. In: **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 194.

⁴⁰⁰“Esses exemplos vêm a demonstrar de modo cabal que a conversão do agravo de instrumento jamais poderá ser determinada se o recorrente carecer de interesse recursal para a forma retida. O risco de dano de difícil reparação emerge como elemento secundário nesses casos, pois se apresenta *in re ipsa*.” SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Segundas reflexões sobre a nova lei do agravo**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 153.

Nas demais hipóteses, a aferição dependia do ônus argumentativo do recorrente, em demonstrar, *in casu*, a presença de razões suficientes (dano irreparável) para utilizar-se da modalidade de instrumento do agravo com apreciação imediata⁴⁰¹. De toda maneira, de uma forma ou de outra, a interpretação exemplificativa que se tinha do rol estabelecido pelo art. 522 do CPC/1973, sem dúvidas, passava pelo crivo da “lesão grave e de difícil reparação”.

Definitivamente não foi essa a técnica implementada pelo legislador de 2015. Ao contrário de uma cláusula aberta, o novo diploma estabeleceu hipóteses casuísticas, baseadas no conteúdo e até mesmo na direção das decisões proferidas no processo, em que o agravo de instrumento é autorizado. Afinal, qual seria a razão classificar um rol como exemplificativo, se o legislador define até mesmo a direção em que uma decisão deve ser tomada para que seja recorrível por agravo de instrumento?

Com a devida vênia, não há como se chegar às mesmas conclusões, ou mesmo dizer que o rol do 1.015 é tão sugestivo quanto o do art. 522 do CPC/1973, tendo em vista uma enumeração legislativa com técnicas e características tão distintas.

Do mesmo modo, quando se estuda o trâmite do projeto de lei nº 166 do Senado Federal (Lei n. 13.105/2015), constata-se que o rol de decisões agraváveis de instrumento eram inicialmente 10 (dez), com o texto definitivo 9 (nove), após a ida à Câmara dos Deputados passou a ser 20 (vinte), sendo aprovada a lei com 12 (doze) hipóteses. Basta constatar que várias decisões interlocutórias que foram incluídas no Projeto de Lei na Câmara foram retirados pela revisão do Senado Federal, a saber: versar sobre competência, alterar valor da causa antes da sentença, indeferir prova pericial, não homologar ou recusar negócio jurídico processual celebrado entre as partes, etc.⁴⁰² Enfim, se o rol fosse exemplificativo não haveria importância, como se teve, nas discussões acerca de quais decisões estariam no rol do art. 969 do Projeto de Lei, consubstanciado no art. 1.015 do CPC/2015.

Ante ao exposto, de fato pode se constatar que o CPC/2015 reconheceu e positivou algumas das decisões já consagradas na égide do CPC/1973 pela jurisprudência e pela doutrina como hipóteses em que o agravo de instrumento deveria ser interposto. Isso não quer dizer, porém,

⁴⁰¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Segundas reflexões sobre a nova lei do agravo**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 151/152.

⁴⁰² JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 289.

que a intenção do legislador foi a de ampliar o cabimento deste recurso, porque do mesmo modo que reconheceu algumas das hipóteses outrora recorridas por agravo retido, conforme o próprio Gabriel Araújo Gonzalez expõe⁴⁰³, de outro lado, deixou de prever hipóteses já consagradas, como a própria decisão que versa sobre competência, anteriormente amplamente aceita pela jurisprudência do CPC/1973.

A partir disso, tem-se que independente de quais as consequências e dos riscos que o legislador tenha assumido (p.ex. o retorno do mandado de segurança contra ato judicial), diante das razões trabalhadas e refutadas nesse tópico, o rol do art. 1.015 do CPC/2015, em nosso sentir, é taxativo.

5.3.4 O princípio da relevância das decisões: identificando os critérios possíveis utilizados pelo legislador na definição das hipóteses do artigo 1.015 do CPC.

Quanto às hipóteses casuísticas dispostas no art. 1.015, em que houve a permissão para a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, o legislador, em tese, deveria se balizar pelo *princípio da relevância* das decisões para o provimento final.

Reitera-se, nesse sentido, a crítica de parte da doutrina, para quem nem todas as decisões interlocutórias deveriam ser recorríveis de imediato, apenas aquelas de *maior importância* para o procedimento⁴⁰⁴.

⁴⁰³ “Ao longo deste trabalho, já se viu que há decisões que poderiam ser recorríveis ao final e que, no último período do CPC/1973, estavam sujeitas ao agravo retido, mas que são impugnáveis por agravo de instrumento na vigência do CPC/2015. São exemplos aquelas que: a) rejeitam alegações de convenção de arbitragem (art. 1.015, III); b) deferem o pedido de desconsideração de personalidade jurídica formulado na fase de conhecimento (art. 1.015, IV); c) negam o requerimento de exibição incidental de documento ou coisa (art. 2.015, VI); d) admitem a intervenção de terceiros (art. 1.015, IX).” **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 369/370.

⁴⁰⁴ Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, “É duvidoso que devam merecer o mesmo tratamento, por exemplo, a decisão que rejeita exceção de incompetência relativa, a que indefere produção de uma prova e a que antecipa os efeitos da tutela (...). Pensamos, diante disso, que o cabimento do agravo de instrumento deve restringir-se a poucas decisões interlocutórias, escolhidas pelo legislador em razão de sua natureza, uma vez que algumas situações poderão exigir reapreciação imediata, impondo-se a interposição de agravo de instrumento, enquanto, em outros casos, não se justificará sequer a interposição de recurso, podendo o tema ser reapreciado quando do proferimento da sentença. **Agravos no CPC Brasileiro**, 4ª ed., São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 87; Heitor Vitor Mendonça Sica, elencava como solução dispor expressamente em um rol taxativo aquelas decisões que deveriam ser recorríveis por agravo retido, e a contrário senso, que o agravo de instrumento não poderia ser interposto. “Defendemos, sim, um rol taxativo e expresso, do qual constariam apenas determinadas matérias, como decisões em matéria probatória (seja qual for o tipo de procedimento do processo de conhecimento) e de decisões que indeferem preliminares de carência de ação e de falta de pressupostos processuais. Nesses casos, pode-se dizer que a “lesão irreparável” não passa de um “mito”, para fazermos uso das palavras do Prof. Dinamarco”. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Recorribilidade das interlocutórias e Reformas Processuais**. In: Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outros

Não obstante, o que se buscará extrair são critérios utilizados pelo legislador (se é que existem) para a eleição realizada, tal como a ausência de interesse recursal prospectivo e a urgência justificou a incidência das hipóteses do parágrafo único do art. 1.015, do CPC.

Barbosa Moreira já preconizava que a “utilidade prática da reunião de várias figuras sob o mesmo rótulo consiste em permitir o tratamento conjunto: o que se disser de substancial acerca de qualquer delas poderá dizer-se de todas. Subsistirão, é óbvio, as diferenças específicas, de alcance, contudo, accidental; nos pontos mais importante, haverá necessariamente comunhão. Destarte, fixado o regime genérico, bastará se afirmar, de tal ou qual espécie, que pertence o gênero, para que desde logo se saiba a disciplina a que se sujeita.⁴⁰⁵”

Em análise as hipóteses de recorribilidade do art. 1015, pode se dizer que há pelo menos duas técnicas de redação utilizada pelo legislador. A primeira delas define **exclusivamente** a hipótese de recorribilidade pelo conteúdo da decisão, de modo que o cabimento do Agravo de Instrumento é diretamente relacionado tão e somente com a matéria que versa a decisão. É o caso, por exemplo, das tutelas provisórias (inciso I). Dessa maneira, torna-se, para esses casos, indiferente se a respectiva tutela provisória foi concedida, rejeitada, revogada ou postergada, em todas as hipóteses caberá o recurso de Agravo de Instrumento.

De outro lado, a segunda técnica de redação utilizada leva em conta não somente o conteúdo da decisão, como também, em conjunto, a posição tomada pelo julgador. Assim, em interpretação literal ao dispositivo, caberá Agravo de Instrumento na hipótese de rejeição do pedido de gratuidade ou sua revogação (inciso III), mas não na hipótese de concessão. Da mesma forma, a recorribilidade das decisões de concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução (inciso X), não estariam extensas para as hipóteses de *negativa do efeito suspensivo* à defesa do executado.

meios de impugnação às decisões judiciais. Coord. NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. v. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 221.

⁴⁰⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Sobre Pressupostos Processuais**. Temas de direito processual civil: quarta série. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 93.

Visto as técnicas de redação utilizadas, pode se identificar alguns pontos em comum entre os incisos, estabelecendo possíveis critérios definidos pelo legislador para autorizar uma recorribilidade imediata das decisões interlocutórias.

Um primeiro grupo que poderia ser identificado é composto pela capacidade da decisão interlocutória produzir ou impedir os efeitos materiais à parte, tal como ocorre com aquelas que versam sobre a tutela provisória (I) e aquela que concede, modifica, ou revoga o efeito suspensivo aos embargos à execução (X). Haveria, dessa forma, nessas hipóteses, uma urgência em seu sentido material.

Outro critério utilizado seria a capacidade da decisão de colocar fim a parte da fase de conhecimento (com ou sem resolução de mérito), como naquelas em que se exclui o litisconsorte (VII), e aquelas que versam sobre mérito (II). São hipóteses que, caso não impugnado, fazem imediatamente coisa julgada formal e/ou material.

Por último, o que há de comum com as demais, quais sejam: a rejeição da alegação de convenção de arbitragem (III); as que versam sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IV); rejeição do pedido de gratuidade de justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação (V), exibição ou posse de documento ou coisa (VI), rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio (VIII), a admissão ou inadmissão de terceiro (IX), a distribuição do ônus da prova (XII), é o fato de apresentarem uma urgência processual, isto é, merecerem uma impugnação imediata, já que deixar para resolvê-las definitivamente apenas em sede de Apelação representaria um risco acentuado da invalidação de muitos atos processuais (urgência processual).

Todavia, a questão é que embora esses critérios possam ser vislumbrados, não se explica o motivo pelo quais outras decisões, tão urgentes e tão arriscadas para o desperdício de cognição quanto essas elencadas também não foram eleitas. Basta nos abstermos, novamente, àquelas que entraram e saíram da lista durante o trâmite do projeto de Lei n. 166 do Senado Federal, já mencionadas anteriormente⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7 ed. São Paulo; Editora dos Tribunais, 2015, p. 289.

Veja, por exemplo, que não há justificativa plausível para elencar a rejeição de convenção de arbitragem, e deixar de fora àquela decisão que versa sobre competência, ambas são capazes de, em tese, invalidar os atos processuais. Da mesma forma, não há razões para prever agravo de instrumento da decisão que distribui o ônus da prova, e não elencar o indeferimento de uma prova pericial.

Outro argumento que poderia ser vislumbrado é que algumas decisões, como aquela que rejeita ou acolhe a rejeição de gratuidade da justiça, são justificáveis pela ausência de interesse recursal prospectivo⁴⁰⁷. Ocorre que, mais uma vez, nada justifica a ausência no rol de outras decisões que carecem de interesse recursal, a exemplo daquela que indefere o pedido de segredo de justiça.

A partir dessa constatação, vislumbra-se mesmo com a possibilidade de se identificar critérios, assim como aqueles identificados nos parágrafos anteriores, fica claro que o que se sobressai na eleição das hipóteses da enumeração taxativa é a mera conveniência política, uma vez que termos de conteúdo, importância ou mesmo eficácia, a distinção entre as interlocutórias arroladas no art. 1.015 (recorríveis) e as mencionadas acima (irrecorríveis) é basicamente nenhuma⁴⁰⁸.

O efeito disso, assim, é a necessidade de identificar uma via de impugnação que seja teoricamente adequada para tutelar as hipóteses que possuem essas mesmas características daquelas que estão previstas pelo rol, mas que, por uma falha do legislador, não foram contempladas.

Diante desse cenário, a crítica de Lopes da Costa, elencada nos tópicos anteriores, relacionada à incoerência do legislador do CPC/1939 na eleição das hipóteses de agravo de instrumento e

⁴⁰⁷ Sobre interesse recursal prospectivo, vide o artigo de Willian Santos Ferreira: **Cabimento do Agravo de Instrumento e a ótica da prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade das decisões interlocutória**. RePro vol. 263, Ano 42, Jan. 2017, p. 193/203.

⁴⁰⁸ Nesse sentido, concorda-se com Flávio Cheim Jorge: “Seja em termos de conteúdo, importância ou mesmo eficácia, qual a distinção entre as interlocutórias no art. 1.015 (recorríveis) e as mencionadas acima (irrecorríveis)? A resposta é simples: basicamente nenhuma.” **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 290.

agravo nos autos naquela oportunidade vistas à luz da relevância das decisões para o procedimento, torna-se perfeitamente atual e adequada ao CPC/2015.⁴⁰⁹

5.4 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 5.

- São decisões interlocutórias os pronunciamentos judiciais dentro do procedimento que não encerrem o processo ou qualquer de suas fases (cognitiva e executiva).
- O sistema de recorribilidade híbrido ou misto não é idêntico ao sistema da justiça do trabalho ou de outros sistemas que adotam o princípio da irreCORribilidade das interlocutórias, diferente de todos eles, no sistema de impugnação das interlocutórias no CPC/2015, há o agravo de instrumento.
- O princípio da irreCORribilidade das interlocutórias se não aplicado, em conjunto, com os demais princípios corolários da oralidade: concentração, imediatidade, identidade física do juiz, não acarretam nos benefícios de um processo oral. Ao contrário, gera-se o risco da invalidação de muitos atos processuais, e de decisões que causem danos irreparáveis por serem irreversíveis.
- As pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em especial, o índice de recorribilidade externa, demonstram que não são os recursos o principal vilão da morosidade do judiciário.
- Cumprir o princípio da duração razoável do processo não é correr o risco da invalidação de muitos atos processuais, e sim permitir uma impugnação imediata das decisões interlocutórias.
- O sistema de recorribilidade das interlocutórias do CPC/1973 não criava os impasses atualmente vividos: insegurança jurídica na realização de interpretações extensivo-analógicas, necessidade de impugnação por sucedâneos recursais.

⁴⁰⁹ Vide item 4.2.1 do trabalho. COSTA, Alfredo Lopes da. **Manual Elementar de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 179-181

- Nas hipóteses do art. 1.015, parágrafo único do CPC/2015, consegue se extrair uma *ratio*, qual seja: a ausência de interesse recursal prospectivo.
- A enumeração das hipóteses autorizadas para interposição de agravo de instrumento do art. 1.015 do CPC/2015 é taxativa.
- O que se sobressai na eleição das hipóteses da enumeração taxativa é a conveniência política, uma vez que termos de conteúdo, importância ou mesmo eficácia, a distinção entre as interlocutórias arroladas no art. 1.015 (recorríveis) e as que ficaram de fora do rol (irrecorríveis de imediato) é basicamente nenhuma.
- Por uma falha no sistema de recorribilidade das decisões interlocutórias, sobrevém a necessidade de se utilizar outras vias impugnação imediatas para tutelar decisões com essa mesma urgência material ou processual.

6 - A IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO AGRAVÁVEIS DE INSTRUMENTO.

A partir das premissas traçadas nos capítulos anteriores, o que se pretende discutir nesse capítulo é qual o meio de impugnação imediata cabível diante de decisões interlocutórias não agraváveis.

Identificamos, de início, que o rol do art. 1.015 do CPC é taxativo. Quanto as hipóteses específicas previstas por essa enumeração, ficou claro que embora se possa vislumbrar alguns critérios estabelecidos pelo legislador para a sua eleição – como aqueles que já foram definidos – o que fica mais forte é a mera conveniência política para o seu estabelecimento, visto que inúmeras são as hipóteses com a premissas identificadas, mas não foram contempladas pelo legislador.

Isso quer dizer que existem decisões fora do rol que não merecem aguardar uma impugnação futura pela apelação, sob pena de se arriscar a jurisdição exercida pela invalidação de muitos atos processuais após anos de trâmite.

Assim, diante de um sistema de impugnação das decisões interlocutórias visivelmente falho, não há como se sacrificar os direitos dos jurisdicionados, de forma que é natural o surgimento de meios de impugnação destinados a suprir esse vácuo deixado pelo legislador.

Nesse contexto, sem desprezo a algumas alternativas propostas isoladamente⁴¹⁰, não se pode negar que duas maneiras são as maneiras que a doutrina e a jurisprudência tem discutido para se impugnar imediatamente as decisões interlocutórias não agraváveis, são elas: o próprio

⁴¹⁰ A título de um posicionamento que foge a essa dualidade (interpretação extensiva x mandado de segurança), Willian Santos Ferreira sustenta, em síntese, que a taxatividade do art. 1.015 é fraca, de forma que caberia agravo de instrumento em casos da necessidade de uma recorribilidade imediata por inutilidade prospectiva do recurso de apelação. **Cabimento do Agravo de Instrumento e a ótica da prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade das decisões interlocutória.** RePro vol. 263, Ano 42, Jan. 2017, p. 193/203. Outro posicionamento que pode ser mencionado é de Ana Beatriz Ferreira Rabello Presgrave, que por sua vez, sustenta, por meio do poder geral de cautela do art. 300 do CPC para tutelar as situações que evidenciem o risco ao resultado útil do processo, que se utilize um pedido antecipatório antecedente recursal, solicitando um pronunciamento imediato do próprio Tribunal sobre a decisão interlocutória não contemplada pelo art. 1.015 do CPC. **O problema do rol taxativo do 1015: há uma solução no CPC?.** 2017, disponível no endereço eletrônico: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/460956892/o-problema-do-rol-taxativo-do-1015-ha-uma-solucao-no-cpc>>. Acesso em: 21/02/2018.

agravo de instrumento com interpretação extensiva e o mandado de segurança contra ato judicial.

A impugnação imediata, entretanto, não pode ser realizada a qualquer custo.

É preciso que se investigue uma premissa teórica que justifique, por exemplo, o emprego de uma interpretação extensiva sem ferir a taxatividade do rol e o sistema de preclusões, e do mesmo modo, uma utilização racional do mandado de segurança contra ato judicial. Tendo como norte esses objetivos, é que passamos a nos dedicar aos próximos tópicos.

6.1 – O AGRAVO DE INSTRUMENTO COM INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DOS INCISOS DO ART. 1.015 DO CPC.

Assim como ocorreu com artigo 842 do CPC/1939, também o rol do artigo 1.015 tem despertado na doutrina importantes considerações acerca da interpretação de seus incisos.

A história se repete: de um lado, uma parcela da doutrina que defende a interpretação restritiva do rol estabelecido pelo legislador⁴¹¹. De outro, parcela da doutrina que admite interpretações extensivas e/ou analógicas de hipóteses específicas da enumeração taxativa⁴¹².

É justamente sobre os fundamentos teóricos daqueles que buscam o auxílio na hermenêutica, afim de que se atinja um espectro maior de hipóteses de recorribilidade imediata retiradas do dispositivo legal, para além daquelas tidas por uma interpretação literal, e daqueles que rejeitam a hipótese, que o estudo desse tópico será direcionado.

⁴¹¹ Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3. p. 1.040; CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2017. p. 538; NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais**, 2015, p. 2078.

⁴¹² A discussão acerca da (in) diferença da interpretação extensiva para interpretação analógica é tema que será abordado nos tópicos seguintes. De toda forma, adotando expressamente a nomenclatura interpretação extensiva: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Agravo de Instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento**. RePro 242. Revista dos Tribunais, Abr.2015, p. 276/277. Adotando a nomenclatura interpretação analógica: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 544

Afirma-se, por conseguinte, que embora o rol do art. 1.015 seja de fato taxativo, não haveria incompatibilidade com uma interpretação extensiva⁴¹³.

Tal método de interpretação tem sido aceito por grande parte dos doutrinadores que se dedicam à análise do artigo 1.015 do CPC, que inclusive veem com bons olhos essa solução para alguns casos⁴¹⁴.

A preocupação que parece ser unânime, todavia, reside nos limites dessa interpretação extensiva⁴¹⁵.

É certo que pela sede de se propor alternativas às hipóteses não previstas no rol do artigo 1.015, não se deve sacrificar o princípio da legalidade. Por isso, é preciso que se fixe em quais condições estar-se-á diante de uma interpretação extensiva, de modo que o sentido mais amplo da norma sempre esteve implícito. E quando há uma sobreposição desse limite, em verdadeiras interpretações, travestidas de extensivas, que ao contrário, inovam no ordenamento jurídico, usurpando a competência do legislador.

Do mesmo modo, soma-se, ainda, a necessidade de se garantir um mínimo de segurança jurídica na interpretação das hipóteses de recorribilidade. Nesse sentido, Alexandre de Freitas Câmara⁴¹⁶, bem com os autores André Roque Vasconcelos, Luiz Dellore, Marcelo Pacheco Machado, Fernando da Fonseca Gajardoni, e Zulmar Duarte⁴¹⁷ chamam a atenção para os efeitos da interpretação extensiva relacionadas ao regime de preclusão estabelecido pelo CPC/2015.

⁴¹³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Processual Civil**. Vol. III. Salvador: JusPodvum, 2017, p. 242.

⁴¹⁴ Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de Processo Civil-Volume Único**. Salvador: JusPodvum, p.1561; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 544; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. Salvador: JusPodvum, 2017, p. 243/245.

⁴¹⁵ “Não nego, contudo, que é muito bem-vinda a devida e correta interpretação das hipóteses do art. 1.015, ampliativa, até mesmo, explorando as suas reais possibilidades. É necessário, contudo, preservar a razão de ser de cada uma de suas hipóteses para não generalizá-las indevidamente”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 729.

⁴¹⁶ CAMARA, Alexandre de Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 530/531.

⁴¹⁷ Tema abordado por André Roque Vasconcelos, Luiz Dellore, Marcelo Pacheco Machado, Fernando da Fonseca Gajardoni, e Zulmar Duarte, em artigo sob o título “Hipóteses de agravo de instrumento no novo CPC: os efeitos colaterais da interpretação extensiva”, disponível em < <https://jota.info/colunas/novo-cpc/hipoteses-de-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc-os-efeitos-colaterais-da-interpretacao-extensiva-04042016>>.

É que ao se admitir a interpretação extensiva de determinada hipóteses pelo juízo *ad quem*, a decisão deverá ser impugnada imediatamente, não se aguardando até o recurso de apelação, para alegá-la em sede de preliminares (art. 1.009, §1, CPC). A não impugnação, por sua vez, resultará na preclusão temporal. Daí resulta o extremo cuidado para que não haja generalizações indevidas e interpretações que extrapolem os limites da própria norma, a fim de que o jurisdicionado não seja surpreendido pela preclusão de uma decisão interlocutória, que em sua ótica não poderia ser impugnada imediatamente, mas que na concepção do tribunal comportaria uma interpretação mais elástica⁴¹⁸.

A partir dessas indagações, passa a se desenvolver nos tópicos seguintes, um estudo sobre a interpretação extensiva e sua relação com a analogia sob a ótica da teoria geral do direito, a (in) compatibilidade com a interpretação extensiva com enumerações taxativas, e, por último, uma investigação sobre a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a questão, em especial: na Lei Complementar nº 116/03, relacionada ao direito tributário, e na interpretação das hipóteses taxativas do recurso em sentido estrito (art. 581, CPP), relacionada ao direito processual penal.

6.1.1 – A interpretação extensiva e a analogia.

6.1.1.1 A definição de alguns conceitos preliminares.

Antes de adentrar às considerações acerca da interpretação extensiva e a analogia, é preciso que fixe as premissas os significados de interpretação, e sobretudo, da diferenciação entre texto e norma.

O termo “interpretação” é utilizado de duas formas: interpretação-atividade e interpretação-produto⁴¹⁹. No primeiro caso, faz-se referência ao processo mental pelo qual o intérprete

⁴¹⁸ CAMARA, Alexandre de Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 530/531. Nesse mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves f: “Mas mesmo essa interpretação mais ampla das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento tem uma consequência funesta: a insegurança jurídica. Basta imaginar uma parte que deixa para impugnar a decisão interlocutória na apelação ou na contrarrazões e tem sua pretensão recursal rejeitada com o fundamento da preclusão temporal por não ter agravado de instrumento contra a decisão. Até os tribunais definirem os limites dessa interpretação a segurança jurídica imperará.” **Manual de Processo Civil-Volume Único**. Salvador: JusPodvum, p.1561.

⁴¹⁹GUASTINI, Riccardo. **Interpretar Y Argumentar**. Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 131/132; TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la Ley**. Tradução de Diego Dei Vecchi, Palestra Editores: Lima/Peru, 2015, p. 61/62.

atribui significado a um texto normativo, já no segundo, ao resultado obtido pelo processo interpretativo⁴²⁰.

A partir disso, se revela que os textos/documentos normativos serão justamente o objeto da interpretação (atividade).

A norma, por sua vez, é a referência adequada do resultado da interpretação, o sentido que o texto normativo possui na perspectiva do intérprete⁴²¹. Desse modo, deve-se rechaçar a impressão deixada pela expressão de se “interpretar normas” que elas (as normas) possuem um significado pré-constituído.

Do mesmo modo, é importante dizer que a interpretação-atividade pode significar um ato de conhecimento, um ato de decisão, ou um ato de criação normativa. A partir da referência a essas atividades, com apoio em Kelsen⁴²², tem-se a metáfora do “marco”, como um conjunto de possíveis significados de um texto, tidos a partir das regras da língua, de métodos interpretativos, teses dogmáticas, etc.⁴²³.

Nesse sentido, a interpretação cognitiva consistiria em justamente em apresentar todos os possíveis significados de um texto, identificando o “marco”. Já a interpretação decisória consistiria em escolher um dos significados inclusos dentro desse “marco”. E, por último, a interpretação criadora consistiria em atribuir ao texto de um significado que não estava incluído nesse “marco”⁴²⁴.

Com isso, toda a atribuição de significado estejam fora dos significados admissíveis constituem não propriamente interpretação, mas uma criação de uma obra nova.

⁴²⁰TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la Ley**. Tradução de Diego Dei Vecchi, Palestra Editores: Lima/Peru, 2015, p. 60.

⁴²¹“Por otra parte, el fin de la norma es, en un sentido, no premissa, sino resultado de la actividad interpretativa.” GUASTINI, Riccardo. **Interpretar Y Argumentar**. Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 275; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 266..

⁴²²KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado – 8ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 390.

⁴²³ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar Y Argumentar**. Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 74.

⁴²⁴ Ibid. p. 75.

Não se quer dizer, entretanto, que não se possa dar significados fora do marco, bem como que, com a distinção, se separará as interpretações corretas, aceitáveis, boas, das incorretas, inaceitáveis e ruins, e sim para distinguir no âmbito da ciência do direito, a interpretação genuína/normal da criação de novas normas⁴²⁵.

Já no caso da interpretação-produto, existem vários adjetivos que a doutrina utilizada para designá-la a de pender do sentido dado ao texto normativo, dentre elas: a interpretação literal, evolutiva, e principalmente a interpretação corretora, que por sua vez, possui como espécie a interpretação extensiva⁴²⁶.

A partir das breves considerações, e principalmente atentos que não raras vezes toma-se o termo “norma” por “texto”, podemos avançar no estudo da interpretação extensiva e da interpretação analógica com maior segurança teórica.

6.1.1.2 A interpretação extensiva em sentido amplo.

A interpretação extensiva se apresenta, em sentido lato, como uma das espécies do gênero interpretação corretora, em especial, quando o objetivo do interprete é de ampliar o sentido literal e intuitivo do dispositivo interpretado⁴²⁷.

Tércio Sampaio Ferraz Jr., trata a interpretação extensiva como um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra⁴²⁸. Torna-se necessária para

⁴²⁵ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar Y Argumentar**. Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 76.

⁴²⁶ CHIASSONI, Pierluigi. **Técnica de Interpretación Jurídica (Breviario pra Juristas)**. Tradución de Pau Luque Sánchez, Maribel Narváez Mora. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 148/149. GUASTINI, Riccardo. **Interpretar Y Argumentar**. Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 111/112.

⁴²⁷ Interpretação corretora, por Riccardo Guastini, é toda aquela que se contrapõe a interpretação declarativa, ou seja, uma interpretação que não se limita a atribuir a um texto normativo o seu significado intrínseco, sem alterá-lo. **Interpretar Y Argumentar**. Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 112; Já visão de Pierluigi Chiassoni a interpretação corretora é apresentada como uma forma de reinterpretação substitutiva. Em síntese, todas as vezes em há uma divergência entre o significado literal-original do dispositivo com o significado genético/teleológico, a interpretação corretora deve ser utilizada para substituir todo ou parcialmente o mencionado significado literal-original pelo segundo significado genético/teleológico. A missão da interpretação corretora (incluindo a interpretação extensiva), assim como outros tipos de interpretação é a redução da vagueza e da indeterminação das normas jurídicas.

⁴²⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2015. p. 258/259.

prever casos, que por uma interpretação meramente especificadora, não seriam atingidos, respeitando e chegando mais próximo à *ratio legis*⁴²⁹.

Não obstante, se por um lado, genericamente, seja inequívoco que a interpretação extensiva signifique a ampliação de um sentido literal de um texto, de outro, não é consenso na doutrina que esse mesmo conceito abarque as chamadas interpretações analógicas (*analogia legis*)⁴³⁰.

É preciso dizer que a necessidade de se traçar ou não essa diferenciação, vai além de meras discussões doutrinárias, nasce, sobretudo, em razão da proibição de alguns ordenamentos quanto ao uso da analogia. É assim, por exemplo, no direito penal, em normas especiais, ou mesmo em interpretações de enumerações taxativas⁴³¹ (quando se admite uma interpretação mais ampla do texto legal), como é o foco do presente estudo.

Dessa forma, como auxílio ao debate, passa a se expor, sistematicamente, a posição da doutrina da teoria geral do direito que considera a interpretação extensiva e a interpretação analógica (*analogia legis*) como sinônimos, e aquela que as diferencia, identificando os critérios para tanto.

6.1.1.3 – Doutrina da Teoria Geral do Direito que considera interpretação extensiva e interpretação analógica como sinônima.

A partir da doutrina do italiano Giovanni Tarello, identifica-se que, historicamente, a expressão “interpretação extensiva” sempre foi utilizada para designar a extensão do significado de um dispositivo de lei em duas situações: i) quando o intérprete atribuía um significado mais amplo que o comum a uma palavra de um texto normativo; ii) quando o intérprete, sob razões

⁴²⁹FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 258/259.

⁴³⁰ Ressalta-se, desde já, que a discussão se restringe à *analogia legis*, que por sua vez, não se confunde com a *analogia iuris*. Segundo Bobbio, entende-se por *analogia iuris* “o procedimento com que se extrai uma nova regra para um caso imprevisto não a partir de uma regra que se refere a um caso singular, como ocorre na analogia legis, mas a partir de todo o sistema ou de parte dele: esse procedimento não difere em nada daquele empregado nos recursos aos princípios gerais do direito.” BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 294.

⁴³¹ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar Y Argumentar**. Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 275; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 261.

equitativas, estenderia o alcance do documento de lei a cobertura de casos análogos (*interpretatio* analógica, *interpretatio* equitativa) que a mesma lei aparentemente se refere⁴³².

É de se notar, inclusive, que a expressão ‘interpretação extensiva’ continua a ser utilizada para indicar o uso do argumento analógico. Nesse sentido, uso moderno da expressão, de maneira indistinta, designa o resultado de um processo interpretativo que a atribui a um documento de lei um significado diverso do que poderia sugerir num primeiro momento⁴³³.

Assim, seriam imprecisos e pouco rigorosos os critérios para diferenciação da interpretação extensiva da interpretação analógica, motivo pelo qual tal distinção não seria oportuna e não produtora de verdadeiras classificações⁴³⁴.

Do mesmo modo, embora Guastini estabeleça uma diferenciação entre a interpretação extensiva e analógica, como será trabalhado mais à frente, não deixa de afirmar que linha de demarcação da interpretação extensiva e da construção de uma norma implícita (utilização do argumento analógico) é muito tênue⁴³⁵. Afinal, quando se analisam ambas as situações constata-se que a consequência jurídica será sempre a mesma: a extração de um sentido que não estava no significado literal do dispositivo.

Por esse motivo, não se pode desconsiderar aqueles que alegam que a diferença substancial entre a interpretação extensiva e a construção de uma nova norma (analogia), pode ser reduzida simplesmente a um modo distinto de argumentar. Por exemplo, pode se aplicar uma lei em matéria de religião ao movimento chamado de Cienciologia, alegando de maneira indiferente que: a) Cienciologia é similar a uma religião; ou b) A Cienciologia é uma religião em sentido amplo. No primeiro caso, se criaria uma nova norma (que não estava dentre as

⁴³²“Se consideraba estar frente a *interpretatio extensiva* toda vez que el intérprete procedía a una *extensio* del significado del documento de ley, sea atribuyendo a una palabra un significado más lato que el común, sea extendiendo el alcance de la ley a la cobertura de casos analogos respecto al caso al que el alcance de la ley refiere, sobre la base de razones equitativas (*interpretatio analogica*, *interpretatio equitativa*) TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la Ley**. Tradução de Diego Dei Vecchi, Palestra Editores: Lima/Peru, 2015, p. 58.

⁴³³ TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la Ley**. Tradução de Diego Dei Vecchi, Palestra Editores: Lima/Peru, 2015, p. 58/59.

⁴³⁴ TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la Ley**. Tradução de Diego Dei Vecchi, Palestra Editores: Lima/Peru, 2015, p. p. 59.

⁴³⁵ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar Y Argumentar**. Centro de Estudos Políticos Y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 275.

interpretações possíveis do texto), no segundo se estende o significado do termo religião a área de penumbra do conceito, chegando ambos os raciocínios a um mesmo resultado⁴³⁶.

6.1.1.4 – Doutrina da Teoria Geral do Direito que considera interpretação extensiva e interpretação analógica com distinção.

Como já mencionado, Riccardo Guastini, também identifica a manifestação da interpretação extensiva de duas formas distintas.

O autor italiano parte do pressuposto de que toda norma é indeterminada, isto é, não se sabe exatamente e previamente quais fatos estão compreendidos e regulados pelo seu campo de aplicação⁴³⁷.

Entretanto, dada um texto normativo qualquer, há casos em que a mesma é seguramente aplicável, outros que seguramente não se aplica, e, por último, casos em que há dúvidas, situações que se encontram em uma zona de penumbra⁴³⁸.

É nesse campo, de zona cinzenta, que se identifica a atuação da primeira interpretação extensiva, propriamente dita, como mecanismo de redução da vagueza dos predicados⁴³⁹.

Diferente disso, é quando se utiliza do argumento analógico, com o pressuposto de que o texto normativo não reflete a real vontade do legislador ou se esse tivesse levado em consideração determinado fato, também teria regulado a hipótese que se pretende alcançar. Nesses casos, estaríamos diante de uma construção de uma norma implícita⁴⁴⁰.

A construção de uma norma implícita passa pela identificação da *ratio legis* de uma norma explícita. A partir dessa identificação, investiga-se se o caso que se deseja regular possui essa mesma *ratio*. Existindo, assim, identidade, o caso estará regulado por meio do uso do argumento analógico⁴⁴¹.

⁴³⁶ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar Y Argumentar**. Centro de Estudos Políticos Y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 275.

⁴³⁷ Ibid. p. 74.

⁴³⁸ Ibid. p. 112.

⁴³⁹ Ibid. p. 112.

⁴⁴⁰ Ibid. p. 113.

⁴⁴¹ Ibid. p. 274.

Guastini busca a ilustrá-las, justificando sua diferenciação nos tempos atuais, com o seguinte exemplo:

Suponhamos que nos encontremos com uma norma que aplica o <vivendas>>. Suponhamos também que concordamos que a palavra << vivendas >> denota o apartamento em que um vive, se estendendo, portanto, sem dúvida, à cozinha; não compreende seguramente ao escritório em que se trabalha; é duvidoso se aplica ao sótão eventualmente anexado a um apartamento. Contudo:

(i) Em um primeiro sentido (podemos dizer, rigoroso), constitui:

(a) Interpretação extensiva que aplica a norma também ao sótão;

(...)

(ii) Em um segundo sentido (digamos, lato), constitui:

(a) Interpretação extensiva - ou, mais precisamente, aplicação analógica - o que também se aplica ao escritório.

[tradução nossa]

Não obstante regidas pela mesma expressão, a diferença residiria, portanto, que na primeira frase a interpretação extensiva seria utilizada para reduzir uma indeterminação para estender a aplicação da norma a um caso duvidoso, isto é, que exista uma “zona de penumbra”.

Já no segundo caso, denota uma extensão se dá pela produção de uma norma nova com auxílio de um argumento analógico, que por sua vez, pressupõe semelhança entre a *ratio legis* de apartamento e escritório⁴⁴².

Desse modo, embora designadas sobre a mesma expressão, quanto aos efeitos nota-se, segundo Guastini, em seguimento a Bobbio⁴⁴³, que a interpretação extensiva do primeiro tipo seria uma operação meramente interpretativa que consiste em determinar os significados dos predicados usados pela autoridade normativa para abarcar o suposto fato. Em contrapartida, as do segundo tipo são operações construtivas que consistem em expressar uma norma nova não expressada pelo texto⁴⁴⁴.

⁴⁴² GUASTINI, Riccardo. **Interpretar Y Argumentar**. Centro de Estudos Políticos Y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 112/113.

⁴⁴³ “(...) compreender a diferença em relação aos diversos efeitos, respectivamente, da extensão analógica e da interpretação extensiva: o efeito da primeira é a criação de uma nova norma jurídica; o efeito da segunda é a extensão de uma norma a casos não previstos por ela.” BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 294.

⁴⁴⁴ Baseado na doutrina kelseniana, o autor busca traçar limites conceituais à interpretação. Para tanto, apresenta a metáfora do “marco”, como um conjunto de possíveis significados de um texto. Nesse sentido, a interpretação cognitiva consistiria em justamente em identificar esse marco, apresentando todos os possíveis significados de um texto. A interpretação decisória consistiria em escolher um dos significados inclusos dentro desse marco. E,

Ressalta-se que o argumento analógico (*a simili*) é a razão/justificativa pela opção do sujeito a uma determinada tese interpretativa⁴⁴⁵ pela qual, uma vez colocado dois termos relacionados entre si por uma similaridade relevante (precisamente analogia), deve ser atribuído também ao segundo termo, a mesma disciplina jurídica do primeiro⁴⁴⁶.

Desta forma, a analogia nos usos legais parte de duas relações de identidade, fundando-se no princípio geral de que deva dar tratamento igual a casos semelhantes⁴⁴⁷. Por exemplo: se p é A e q também é A (A é o elemento que acompanha p e q); então, se p é Z, q também deve ser Z⁴⁴⁸.

Assim, o argumento analógico é produtor de novas normas, na medida em que consegue extrair que uma norma q é Z, enquanto só havia a existência expressa de uma norma de que p era Z⁴⁴⁹.

Também é necessário dizer que não é qualquer relação ou semelhança entre os supostos fáticos que são considerados suficientes para uma interpretação analógica.

É preciso considerar que há níveis relacionais entre dois fatos, um elemento mais essencial e outro menos intenso, que assume por critério características mais secundárias⁴⁵⁰.

A essencialidade, nesse caso, se define pelo que é a característica mais importante, o que confere identidade ao objeto relacionado, a própria razão de ser do objeto, sendo os demais, por exclusão, os elementos secundários⁴⁵¹.

por último, a interpretação criadora consistiria em atribuir al texto de um significado que não estava incluído nesse marco. Com isso, toda a atribuição de significado estejam fora dos significados admissíveis constituem não propriamente interpretação, mas uma criação de uma obra nova. Não se quer dizer, entretanto, que não se possa dar significados fora do marco, bem como que, com a distinção, se separará as interpretações corretas, aceitáveis, boas, das incorretas, inaceitáveis e ruins, e sim para distinguir no âmbito da ciência do direito, a interpretação genuína/normal da criação de novas normas. Ibid. p. 75/76.

⁴⁴⁵Ibid. p. 261.

⁴⁴⁶ TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la Ley**. Tradução de Diego Dei Vecchi, Palestra Editores: Lima/Peru, 2015, p. 319.

⁴⁴⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 265.

⁴⁴⁸ TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la Ley**. Tradução de Diego Dei Vecchi, Palestra Editores: Lima/Peru, 2015, p. 319.

⁴⁴⁹ Idem. Idem. p. 320.

⁴⁵⁰ HARET, Florence. **Analogia e interpretação extensiva: apontamento desses institutos no Direito Tributário brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da USP. v.105, jan/fev. 2010, p. 1.000.

Por isso, também há doutrina no sentido de que essa distinção é de grande relevância, na medida em que no processo analógico, olha-se sempre e exclusivamente para a similitude das características essenciais, independente se ocorram diferenças secundárias. Diferente do que ocorre na interpretação extensiva, em que os elementos secundários também serão importantes para o processo. Nesse sentido, Florence Haret:

Diferentemente da extensão analógica, na interpretação extensiva, o alargamento se dá-se com base no próprio termo, a partir de redefinição daquilo indicado em lei. A modificação (extensiva) acontece nos próprios critérios que definem a coisa. Logo, é ela mais restritiva em face da analogia, pois o gênero, aqui, não é uma classe mas o objeto em si, ou melhor, a descrição ou demarcação da coisa. Aquilo que se quer abraçar no conceito regulado, deve estar dentro dele – conceito – sendo necessário, portanto, que todos os critérios essenciais que definam um sejam definíveis ao outro. A semelhança deve se dar na ordem essencial, principalmente, mas também em nível secundário pois o objeto que se quer ver regulado deve estar *dentro* e *no* conceito daquele outro indicado em lei. Fora dessas ocasiões, encontrando-se diferenças da ordem essencial e/ou secundária, deve-se excluí-los do conceito regulado com base em argumento *a contrario*. Logo, a diferença – essencial e/ou secundária – é fator, e justificativa, de exclusão de um objeto ao conceito do outro, não podendo-se juridicizar aquele com base neste.”⁴⁵²

Dessa maneira, fica claro que na interpretação extensiva as semelhanças devem ser mais profundas, com base na extensão de um próprio termo, de forma que o objeto que se quer ver regulado deve estar contido no conceito daquele indicado pela lei. Diferente do que ocorreria na analogia, em que a relação de identidade exigida deve ser efetivamente essencial e não necessariamente secundária. De toda forma, prevalece que no “nexo associativo deve existir relevância jurídica e não um mero sabor ao interesse dos intérpretes”⁴⁵³.

Além disso, é preciso dizer que, naturalmente, a força persuasiva do argumento analógico para que seja aceito dependerá do auditório e do grau de semelhança entre os termos, por isso, o argumento analógico tende a ser mesclado com outros tipos de argumentos⁴⁵⁴.

A questão é que nem sempre é de fácil distinção esses limites que separam a interpretação extensiva e o uso da analogia *legis*.

⁴⁵¹HARET, Florence. **Analogia e interpretação extensiva: apontamento desses institutos no Direito Tributário brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da USP. v.105, jan/fev. 2010, p. 1001.

⁴⁵²Ibid., p. 1002.

⁴⁵³ HARET, Florence. **Analogia e interpretação extensiva: apontamento desses institutos no Direito Tributário brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da USP. v.105, jan/fev. 2010, p. 1.001.

⁴⁵⁴ TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la Ley**. Tradução de Diego Dei Vecchi, Palestra Editores: Lima/Peru, 2015, p. 320.

Um exemplo prático colocado pela doutrina é a interpretação correta do art. 116, parágrafo único, do CTN⁴⁵⁵⁻⁴⁵⁶. O dispositivo confere poderes à autoridade administrativa para desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador do tributo ou natureza dos elementos constitutivo da obrigação tributária. Em analogia, faz-se referência ao art. 170 do Código Civil⁴⁵⁷, que por sua vez, confere poderes ao juiz de não só de declarar o negócio jurídico nulo, como também de, se estarem presentes os requisitos do outro negócio jurídico quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido se houvessem previsto a nulidade⁴⁵⁸.

Com a relação de semelhança com dos dispositivos, poderiam surgir duas interpretações: a primeira elevando o termo “desconsiderar” do art. 116, parágrafo único, do CTN, a “declará-lo nulo”, mais próxima da interpretação extensiva, e outra, em alusão ao art. 170 do Código Civil bem mais profunda, no sentido de que a autoridade administrativa poderá, além disso, considerar o negócio jurídico realmente desejado e realizar a respectiva tributação competente⁴⁵⁹. Sem o propósito de já se determinar uma conclusão, não se pode negar que na primeira hipótese, mostra-se uma interpretação que se aproxima mais da extensiva pela redefinição do termo, e que, no segundo caso, bem mais da própria analogia.

Tércio Sampaio Ferraz Jr, embora reconhecendo que não há uma unanimidade na doutrina, diferencia as situações expondo que a primeira hipótese (interpretação extensiva) limita-se a incluir no conteúdo da norma um sentido que já estava lá, mas não havia sido explicitado pelo legislador. Já na segunda hipótese, o intérprete toma de uma norma e aplica-a um caso para o qual não havia preceito nenhum, pressupondo apenas a semelhança entre os casos⁴⁶⁰.

⁴⁵⁵ Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos.(...)

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

⁴⁵⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2015. p. 260/261.

⁴⁵⁷ Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

⁴⁵⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2015. p. 261.

⁴⁵⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 261.

⁴⁶⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2015. p. 260.

Carlos Maximiliano, em síntese, define que “a interpretação revela o que a regra legal exprime o que da mesma decorre diretamente, se a examinam com inteligência e espírito liberal; a analogia serve-se dos elementos de um dispositivo e com o seu auxílio forma preceito novo, quase nada diverso do existente, para resolver hipótese não prevista de modo explícito, nem implícito, em norma alguma⁴⁶¹.”

6.1.1.5 – Conclusões parciais.

Demonstrada a ampla divergência no campo doutrinário na teoria geral do direito⁴⁶², precisamos traçar a premissa utilizada no trabalho, com o objetivo de analisar a (in) compatibilidade de uma interpretação extensiva com a taxatividade, bem como analisar os acórdãos do STJ sobre o tema.

Nesse sentido, apesar da distinção entre a interpretação extensiva e a interpretação analógica (*analogia legis*) significar mais do que simplesmente discussões teóricas, com implicações importantes, principalmente quando as relacionamos com as enumerações taxativas, ainda não há, em nosso sentir, no âmbito doutrinário, critérios seguros e suficientes para justificar a distinção entre os dois institutos.

⁴⁶¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 175. Com maior detalhes, o próprio autor diferencia a analogia da interpretação extensiva: “Do exposto já ficou evidente não ser lícito equiparar a analogia à interpretação extensiva. Embora se pareçam à primeira vista, divergem sobre mais de um aspecto (1). A última se atém ao “conhecimento de uma regra legal em sua particularidade em face de outro querer jurídico, ao passo que a primeira se ocupa com a semelhança entre duas questões de Direito”. Na analogia há um pensamento fundamental em dois casos concretos; na interpretação é uma ideia estendida, dilatada, desenvolvida, até compreender outro fato abrangido pela mesma implicitamente. Uma submete duas hipóteses práticas à mesma regra legal; a outra, a analogia, desdobra um preceito de modo que se confunda com outro que lhe fica próximo (2). A analogia ocupa-se com uma lacuna no Direito Positivo, com hipótese não prevista em dispositivo nenhum, e resolve esta por meio de soluções estabelecidas para casos afins; a interpretação extensiva completa a norma existente, trata de espécie já regulada pelo Código, enquadrada no sentido de um preceito explícito, embora não se compreenda na letra deste (3). Os dois efeitos diferem, quanto aos pressupostos, ao fim e ao resultado: a analogia pressupõe falta de dispositivo expresso, a interpretação pressupõe a existência do mesmo; a primeira tem como escopo a pesquisa de uma ideia superior aplicável também ao caso não contemplado pelo texto; a segunda busca o sentido amplo de um preceito estabelecido; aquela de fato revela uma norma nova, esta apenas esclarece a antiga; numa o que se entende é o princípio; na outra, na interpretação, é a própria regra que se dilata (4)”. *Idem. Idem.*

⁴⁶² “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.” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2015. p. 261.

Por mais que não se deixe de considerar todos os argumentos em contrário, o que sobressai é que tanto a interpretação extensiva quanto a interpretação analógica, representarão, indistintamente, a atribuição de um significado mais amplo do que em um primeiro momento se sugere o texto legal.

Ademais, como se verá, dessa possível distinção, decorre consequências importantes para requisitos de admissibilidade como o cabimento, e para o regime de preclusões, no caso dos recursos, que por sua vez, também parece não encontrar caminho seguro pelo próprio STJ.

A partir da definição, podemos tecer considerações acerca da (in)compatibilidade da interpretação extensiva e da interpretação analógica com as enumerações taxativas.

6.1.2 A (in)compatibilidade de um rol taxativo com a interpretação extensiva/interpretação analógica.

Como já dito nos tópicos anteriores, o problema central da interpretação de uma enumeração, é identificar se essa é taxativa ou exemplificativa. São taxativas as enumerações completas, isto é, aquelas que o interprete não pode incluir outros membros, mas tão somente aquelas já contempladas⁴⁶³. Ao contrário disso, a enumeração exemplificativa, logicamente, representam aquelas consideradas incompletas, podendo ser complementada por outros membros⁴⁶⁴.

Nesse contexto, já dissemos que a própria teoria geral do direito nos oferece mecanismos para a identificação da taxatividade ou não de uma enumeração. Em especial, no caso do art. 1.015, do CPC, defendemos que o rol é, de maneira inequívoca, taxativo, pelas características identificadas. Pois bem.

Da mesma forma, também quando debatemos sobre a possibilidade de uma interpretação extensiva, devemos ser fiel às características de um rol taxativo. Nesse sentido, é cediço que, ao optar por elencar taxativamente o rol sobre a possibilidade de um exercício de direito, a intenção do legislador é, antes de tudo, de restringi-las às hipóteses ali identificadas. Nesse contexto, a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias pelo agravo de instrumento

⁴⁶³TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la Ley**. Tradução de Diego Dei Vecchi, Palestra Editores: Lima/Peru, 2015, p. 137.

⁴⁶⁴Ibid. p. 137.

(art. 1.015, CPC) é uma exceção à regra de que as demais interlocutórias serão recorridas em sede de Apelação (§1, art. 1.009, CPC).

Por ser exceção, portanto, é natural que a própria taxatividade nos leve a utilização do argumento *a contrário*, e de uma interpretação mais restritiva. Nesse aspecto, é que parte da doutrina da teoria geral do direito, acertadamente, afirma que, diante de leis excepcionais, esse tipo de interpretação (restritiva) se mostra mais conveniente, senão vejamos:

A interpretação restritiva, por vezes, se impõe por si como a mais conveniente, como é o caso das normas excepcionais. Com a extensiva isso não sucede, pois aí uma valoração, pelo intérprete, das situações é mais ostensiva e radical. De certo modo, a doutrina percebe que, nesses casos, o intérprete altera a norma contra o pressuposto de que a interpretação deve ser fiel – o mais possível – ao estabelecido na mensagem normativa. Esse reconhecimento cria dificuldades de justificação, e a própria dogmática costuma impor limitações ao uso da interpretação extensiva. **O contrário sucede com a restritiva, caso em que a doutrina, às vezes impõe o seu uso.** Assim, no caso dos direito fundamentais e das **normas excepcionais**, o intérprete deve interpretar restritivamente. No entanto, o caso de *facti species* que contém tipos cerrados, por exemplo, as normas penais, o princípio de que não há crime sem lei prévia obriga o intérprete a evitar interpretações extensivas, procurando cingir-se à mera especificação. Em consequência, para que seja admitida nesses casos, o intérprete deve demonstrar que a extensão do sentido está contida no espírito da lei⁴⁶⁵.

Nesse sentido, a interpretação restritiva se apresenta mais segura e adequada ao rol taxativo, trazendo, nesse aspecto, maior segurança jurídica à taxatividade desejada pelo legislador, sendo essa, portanto, a regra a ser seguida.

Com objetivo de reforçar nossa posição, passemos a analisar os julgados do STJ, a respeito de outras matérias estranhas ao processo civil, que embora se adotem também enumerações taxativas, tem-se admitido interpretações extensivas, mas não analógicas, são elas: o anexo de itens da Lei Complementar nº 116/03 (ISSQN) e as hipóteses de cabimento do recurso em sentido Estrito no direito processual penal (art. 581, CPP).

6.1.2.1 - A interpretação extensiva na Lei Complementar nº 116/03 (ISSQN) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

⁴⁶⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2015. p. 259.

Um dos argumentos para admissão da interpretação extensiva do rol taxativo estabelecido pelo art. 1.015 do CPC se dá base em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶⁶. Em especial, aqueles que se referem à interpretação da lista anexa da Lei Complementar nº 116/03 que regula o imposto sobre serviço de qualquer natureza, no âmbito do direito tributário. Há, entretanto, traços de distinção que merecem ser levados em consideração.

Florence Haret ressalta que o direito tributário, assim como o direito penal, trabalha com a noção de tipo. Isso exige que para subsunção dos fatos a hipóteses reguladas (construção do tipo no caso concreto) alguns requisitos de lei sejam cumpridos⁴⁶⁷. De acordo com a doutrina de Paulo de Barros de Carvalho, há dois modos de tipificação: a) forma de construção - em que se enuncia a característica ou as características que o indivíduo precisa ter para pertencer àquela classificação; b) forma tabular - em que se enumeram os indivíduos que fazem parte de uma classificação⁴⁶⁸.

O que nos importa é que na primeira (forma de construção) por se tratar de inclusão de classe admite-se, como regra, as normas gerais inclusivas; já na segunda a taxatividade inerente à forma tabular é auto exclusivista, admitindo apenas aqueles preceitos que já estão dispostos na lei⁴⁶⁹. Isso nos auxilia, de certa forma, a demonstrar que na forma de construção tem-se um campo aberto para as interpretações mais abrangentes estando às hipóteses mais próximas das interpretações analógicas, diferente da segunda hipótese tabular, em que a interpretação restritiva prevalece, e mesmo para aqueles que admitirão uma interpretação extensiva, essa será, sem dúvidas, mais cautelosa⁴⁷⁰.

Com base nessas premissas, seria natural, portanto, que no caso da Lei Complementar nº 116/09, por estabelecer taxativamente as hipóteses em que se deve dar a tributação do imposto sobre serviço de qualquer natureza, a regra a ser seguida seria da forma tabular, em que, reitera-se, a interpretação restritiva prevalece.

⁴⁶⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Agravo de Instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento.** RePro 242. Revista dos Tribunais, Abr.2015, p. 276/277.

⁴⁶⁷ HARET, Florence. **Analogia e interpretação extensiva: apontamento desses institutos no Direito Tributário brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito da USP. v.105, jan/fev. 2010, p. 995/998.

⁴⁶⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método.* São Paulo: Noeses, 3ª ed, 2009, p. 141.

⁴⁶⁹ HARET, Florence. **Analogia e interpretação extensiva: apontamento desses institutos no Direito Tributário brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito da USP. v.105, jan/fev. 2010, p. 995.

⁴⁷⁰Ibid. p. 996.

Entretanto, a expressão “e congêneres”, constante nos itens da lista anexa da mesma lei⁴⁷¹, modifica totalmente as premissas anteriores, senão vejamos alguns itens da lista anexa:

1 – Serviços de informática e congêneres.

1.03 - Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres.

1.04 - Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos, independentemente da arquitetura construtiva da máquina em que o programa será executado, incluindo tablets, smartphones e congêneres.

Nesse caso, “congêneres” significa “do mesmo gênero, idêntico, semelhante, similar”⁴⁷², o que contraria a tipicidade cerrada e modifica totalmente o raciocínio interpretativo utilizado e inerente às listas taxativas, se aplicando, ao contrário, à forma de construção, bem mais próxima à interpretação analógica.

Ressalta-se que quando a lei não utiliza essa a expressão, faz uso de outras que denotam maior abrangência, tais como: “qualquer natureza”⁴⁷³, ou ainda “e outros”⁴⁷⁴, enfim, expressões inclusivas que conferem amplitude aos serviços específicos e demanda a utilização do método analógico⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ A expressão aparece 94 (noventa e quatro vezes) na Lei Complementar nº 116/03.

⁴⁷² **Melhoramentos minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia melhoramentos, 1997, p. 123.

⁴⁷³ Exemplos: 2.01 – Serviços de pesquisas e desenvolvimento de qualquer natureza; 3.03 – Exploração de salões de festas, centro de convenções, escritórios virtuais, stands, quadras esportivas, estádios, ginásios, auditórios, casas de espetáculos, parques de diversões, canchas e congêneres, para realização de eventos ou negócios de qualquer natureza; 3.04 – Locação, sublocação, arrendamento, direito de passagem ou permissão de uso, compartilhado ou não, de ferrovia, rodovia, postes, cabos, dutos e condutos de qualquer natureza, etc.

⁴⁷⁴ Exemplos: 1.03 - Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre **outros** formatos, e congêneres; 7.03 – Elaboração de planos diretores, estudos de viabilidade, estudos organizacionais **e outros**, relacionados com obras e serviços de engenharia; elaboração de anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos para trabalhos de engenharia; 7.09 – Varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos **e outros** resíduos quaisquer, etc.

⁴⁷⁵ PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 10ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 92.

Em paralelo à essa consideração, deve-se analisar os julgados do STJ sobre a interpretação realizada à lista anexa da LC 116/03⁴⁷⁶. De forma exemplificativa, representa bem o entendimento, o REsp 920.386/SC, Rel. Min. Teori Zavascki, as razões de decidir:

“(…) não se pode confundir (a) interpretação extensiva que importa ampliação do rol de serviços, com inclusão de outros de natureza diferente dos indicados, com (b) interpretação extensiva da qual resulta simplesmente a inclusão, nos itens já constantes da lista, de serviços congêneres de mesma natureza, distintos em geral apenas por sua denominação. A primeira é que ofende o princípio da legalidade estrita. A segunda forma interpretativa é legítima.”⁴⁷⁷.

A partir da passagem, identifica-se justamente que a interpretação extensiva tratada pelo julgado, leva em consideração as relações de semelhanças essenciais (natureza) entre os itens, além de expressamente referenciar a expressão mencionada de serviços “congêneres”. Confirma, portanto, que a relação realizada e o método comparativo mais se aproxima de uma interpretação analógica, permitida pelo próprio texto legal⁴⁷⁸.

Outro julgado importante que complementa o estudo é o Recurso Especial Repetitivo n. 1.111.234/PR⁴⁷⁹. Nesse caso, além de se pacificar que, embora reconhecida a taxatividade da lista anexa da LC nº 116/03 seria admitida a “interpretação extensiva”, em especial, para fins tributação de serviços bancários não previstos expressamente pela lista, a Min^a. Eliana Calmon, relatora, utilizou outra razão de decidir, no sentido de que:

[...]embora a lista anexa ao Decreto-lei 406/68 e à Lei Complementar n. 116/2003 seja taxativa, permite-se a interpretação extensiva, devendo prevalecer não a denominação utilizada pelo banco, mas a efetiva natureza do serviço prestado por ele (...) A lógica é evidente porque, se assim não fosse, teríamos, pela simples mudança de nomenclatura de um serviço, a incidência ou não-incidência do ISS. Entretanto, é preciso fazer a distinção dos serviços que estão na lista, independentemente do nomen juris, dos serviços que não se enquadram em nenhum dos itens da lista, sequer por semelhança.”

⁴⁷⁶ Nesse sentido, são jurisprudências mais recentes: AgInt no AREsp 160.618/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 04/05/2017; AgInt no REsp 1627818/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 06/04/2017; AgInt no REsp 1627818/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 06/04/2017.

⁴⁷⁷ STJ, 1ª.T, REsp 920.386/SC, rel. Teori Albino Zavascki, j. 17.02.2009, DJe 04.03.2009.

⁴⁷⁸ Inclusive o acórdão do STF que deu origem aos entendimentos posteriores do próprio STJ (RE 75.952-SP – Rel. Min. Aliomar Baleeiro, Pleno – j. 19.10.73. RTJ 68/198) utiliza expressamente a nomenclatura interpretação analógica.

⁴⁷⁹ REsp 1111234/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 08/10/2009.

Com isso, fica nítido que outra característica inerente à lista anexa da LC nº 116/03 é a necessidade de a legislação acompanhar as constantes mutações na nomenclatura dos serviços tributáveis. Afinal, é comum que haja o surgimento de serviços cada vez mais especializados, que embora com *nomen juris* distinto, continua a ter a natureza jurídica de atividades já previstas.

Constata-se, portanto, que a interpretação extensiva para o STJ, no âmbito da LC nº 116/03, é sinônimo de interpretação analógica, não existindo qualquer distinção entre ambas.

Superada as considerações sobre as características peculiares da interpretação extensiva no direito tributário, passa a se enunciar sobre interpretação no direito processual penal do recurso em sentido estrito (art. 581, do CPP).

6.1.2.2 - A interpretação extensiva do cabimento do Recurso em Sentido Estrito (art. 581, CPP) e o STJ.

No direito processual penal a incidência do princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, como regra, não é de longe uma novidade. Não obstante, também nessa matéria, há exceções à regra estabelecida. Em especial, pelo cabimento do recurso em sentido estrito das decisões interlocutórias nas hipóteses expressamente dispostas do art. 581 do CPP⁴⁸⁰.

Em respeito ao princípio da taxatividade dos recursos, não se discute na doutrina especializada que é requisito, tanto no estabelecimento das espécies de recursais, assim como

⁴⁸⁰ Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: I - que não receber a denúncia ou a queixa; II - que concluir pela incompetência do juízo; III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição; IV - que pronunciar o réu; V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante; VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor; VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade; IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade; X - que conceder ou negar a ordem de habeas corpus; XI - que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena; XII - que conceder, negar ou revogar livramento condicional; XIII - que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte; XIV - que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir; XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta; XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial; XVII - que decidir sobre a unificação de penas; XVIII - que decidir o incidente de falsidade; XIX - que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado; XX - que impuser medida de segurança por transgressão de outra; XXI - que mantiver ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774; XXII - que revogar a medida de segurança; XXIII - que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação; XXIV - que converter a multa em detenção ou em prisão simples.

nas hipóteses de cabimento, que essas estejam prevista por lei⁴⁸¹. Por outro lado, a possibilidade de interpretação extensiva e/ou interpretação analógica do rol do art. 851 do CPP, por sua vez, gera intenso debate. Embora se reconhecendo extremos das doutrinas que defendam a total impossibilidade de interpretação extensiva⁴⁸² ou mesmo a possibilidade de interpretação analógica⁴⁸³, destacamos as visões ponderadas de Vicente Greco Filho e Tourinho Filho, respectivamente, ao deixarem claro que:

O rol legal, portanto, constante do art. 581 e lei especiais é taxativo, não comportando ampliação por analogia, porque é exceptivo da regra da irrecorribilidade das interlocutórias. Todavia, como qualquer norma jurídica, podem as hipóteses receber a chamada interpretação extensiva. Esta não amplia o rol legal, apenas admite que determinada situação se enquadra no dispositivo interpretado, a despeito de sua linguagem mais restritiva. A interpretação extensiva não amplia o conteúdo da norma; somente reconhece que determinada hipótese é por ela regida, ainda que a sua expressão verbal não seja perfeita; Assim, em diversos incisos do art. 581, serão apontadas situações por eles regidas, porque equivalentes às do texto literal, sem que isso signifique ampliação do rol legal⁴⁸⁴.

(...) Cremos que a matéria é de direito estrito e, assim, não pode comportar aplicação analógica. Ali não há enumeração exemplificativa, mas taxativa. Fosse exemplificativa e não haveria necessidade de se elencarem todas aquelas hipóteses. Tampouco se cuidaria da apelação como recurso residual para os casos de decisões definitivas ou com força de definitivas (CPP, art. 593, II).⁴⁸⁵

Quanto a interpretação judicial sobre o tema, foram analisados acórdãos do STJ de 2002 a 2017, a intenção da breve pesquisa é demonstrar sobre quais hipóteses e de que maneira a interpretação extensiva e/ou interpretação analógica do rol taxativo do art. 581 do CPP tem sido aplicada, a fim de nos auxiliar sobre o (possível) comportamento deste tribunal diante das hipóteses do art. 1.015 do CPC.

Nos julgados analisados de 2002 a 2008, fala-se expressamente em admissão da interpretação analógica e interpretação extensiva para contemplar algumas hipóteses não previstas

⁴⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal: Teoria geral dos recursos – recursos em espécie – ações de impugnação; revisão criminal; habeas corpus; mandado de segurança contra ato jurisdicional penal; reclamação aos tribunais**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

⁴⁸² Nesse sentido, Florêncio de Abreu. **Comentários ao Código de Processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v.5, p. 249.

⁴⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal: Teoria geral dos recursos – recursos em espécie – ações de impugnação; revisão criminal; habeas corpus; mandado de segurança contra ato jurisdicional penal; reclamação aos tribunais**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 133. Nesse sentido, LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. volume III, 2ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág. 331.

⁴⁸⁴ **Manual de Processo Penal**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 365.

⁴⁸⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 4, 34ª ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011 – São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 438

expressamente pelo rol. Destaque para as hipóteses de extensão do inciso XI (suspensão condicional da pena) para a suspensão condicional do processo⁴⁸⁶, e ainda para julgado interessante que admite a interpretação extensiva do inciso XV (denegar a apelação ou a julgar deserta a apelação) para decisão que julga “prejudicada” a apelação⁴⁸⁷. De um modo geral, pode se dizer que, naquele momento, admitia-se a interpretação extensiva ou analógica às hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, "desde que a situação a que se busca enquadrar tenha similitude com as hipóteses do art. 581 do CPP" (REsp 197.661/PR, 6.^a Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 01/12/2008).

A partir de 2013, viu-se uma tendência em se admitir que as hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito, trazidas no art. 581 do Código de Processo Penal e em legislação especial, seriam exaustivas, admitindo a interpretação extensiva, mas não a analógica (REsp 1.078.175/RO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 26/04/2013)⁴⁸⁸.

Uma das hipóteses recorrentes de admissão da interpretação extensiva é a do inciso V (conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante) para alcançar decisões que tenham revogado medidas cautelares diversas da prisão⁴⁸⁹. Além desta, há julgado aplicando o inciso XVI (ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial) também para a suspensão de inquérito policial⁴⁹⁰.

No primeiro caso, a interpretação se justificaria porque, antes da reforma realizada pela Lei 12.403/2011, as medidas preventivas cabíveis diversas da prisão eram aquelas expostas no inciso V do art. 581, do CPP. Após a reforma, e o acréscimo à possibilidade da concessão de

⁴⁸⁶ REsp 263.544/CE, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2002, DJ 19/12/2002, p. 457; REsp 601.924/PR, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2005, DJ 07/11/2005, p. 339; REsp 310.182/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2004, DJ 14/03/2005, p. 404.

⁴⁸⁷ RMS 15.470/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 09/11/2004, DJ 13/12/2004, p. 458

⁴⁸⁸ REsp 1.628.262-RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, por unanimidade, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016.

⁴⁸⁹ REsp 1575297/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017; REsp 1628262/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016

⁴⁹⁰ REsp 1550458/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016.

medida diversa da pena privativa de liberdade, seria natural que também a hipótese recursal acompanhasse a mudança. Já no segundo caso, não se poderia negar que a *ratio legis* do inciso XVI seria a de impedir que o processo fosse paralisado de maneira equivocada por uma decisão prejudicial, do mesmo modo, o inquérito policial, como procedimento pré-processual, mas que, da mesma forma, também pode ser prejudicado por uma decisão equivocada, mereceria uma revisão imediata.

É interessante notar, por último, que muito embora a tendência nos julgados mais recentes sejam aceitar a interpretação extensiva e não interpretação analógica, a possibilidade de uma interpretação mais elástica dos incisos continua a ser a essencialidade da semelhança entre o caso expressamente previsto pela norma e aquele não previsto, buscando-se sempre a compreensão finalística da norma⁴⁹¹.

Inexiste, portanto, na interpretação judicial analisada, um rigor teórico de um marco objetivo nessa diferenciação entre interpretação extensiva e a interpretação analógica, parece o tribunal diferenciá-lo, nesse caso, de maneira genérica: se o grau de semelhança é elevado, e se enquadra dentro da finalidade da norma, estamos diante de uma interpretação extensiva. Caso contrário, diante de uma semelhança que não relevante, considera-se essa interpretação analógica, o que contraria alguns dos preceitos doutrinários já mencionados, na medida em que mesmo na interpretação analógica as semelhanças entre os fatos devem ser essenciais para ser utilizada.

Ressalta-se, por último, o entendimento do STJ, reiterado recentemente, de que cabe recurso em sentido estrito da decisão que indefere a produção antecipada de provas. O que chama atenção é que não há qualquer inciso do art. 581 do CPP se assemelha a hipótese, sendo o entendimento pautado pura e simplesmente na necessidade de se impugnar a decisão (AgRg no REsp 1539695/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 12/06/2017)⁴⁹². Ou seja, o julgado é uma fissura e vai de encontro totalmente

⁴⁹¹ Conforme passagem do julgado observe-se que a Lei n. 12.403/2011 permitiu uma hipótese de privação da liberdade diversa do enclausuramento, pela imposição de outras medidas que se mostrarem também eficazes à condução do processo ou à proteção da sociedade, a qual não está prevista expressamente no art. 581, V, do CPP, mas insere na compreensão finalística da norma. (REsp 1575297/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017).

⁴⁹² Nesse mesmo sentido, outros julgados daquela casa: AgRg no REsp n. 1.618.145/RN, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 15/2/2017; REsp n. 1.630.598/RN, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 13/2/2017; REsp n. 1.633.337/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 24/11/2016; REsp n. 1.604.709/RN,

as contestáveis premissas traçadas pelo mesmo tribunal de que deveria existir um certo grau de similitude para a interpretação extensiva.

Ante ao exposto, embora o próprio STJ diga que diferencia interpretação extensiva e interpretação analógica, a faz com critérios escusos, e ainda, há julgados que reconhecem, sem qualquer indicação de similitude com as hipóteses indicadas nos incisos do art. 581 do CPP, tão e somente a necessidade de se impugnar a decisão interlocutória.

6.1.2.3 – Conclusões sobre a interpretação extensiva/interpretação analógica no STJ em outras matérias e a relação com o art. 1.015 do CPC.

A partir dos julgados analisados, viu-se que a interpretação extensiva realizada pelo STJ da lista anexa da LC nº 116/03 representa o mesmo que a interpretação analógica, principalmente tendo em vista as características peculiares da própria enumeração taxativa dessa mesma lei.

Do mesmo modo, identificou-se que o STJ, ao interpretar o rol do art. 581 do CPP, embora diga que faça interpretação extensiva e não interpretação analógica, os exemplos demonstram o contrário. As premissas utilizadas pelo tribunal, nesse sentido, são sempre o grau de similitude entre a hipótese já estabelecida por lei e aquela que se pretende regular, sem qualquer precisão teórica para tanto. Outrossim, que existem “interpretações analógicas” para admitir a impugnação sem menção a qualquer dos incisos regulados pelo art. 581, do CPP.

A grande interrogação, portanto, fica por conta da ausência de um critério seguro para definir os limites da interpretação extensiva e da interpretação analógica própria interpretação judicial dada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) em enumerações taxativas, principalmente pelos julgados sobre o cabimento do recurso em sentido estrito (art. 581, CPP).

Desse modo, podemos dizer que um dos objetivos desse trabalho já foi cumprido: demonstrar que o STJ não promove a segurança jurídica na interpretação de enumerações taxativas;

Ademais, é preciso destacar, nesse aspecto, que a pesquisa realizada sobre a interpretação extensiva sobre as enumerações taxativas estranhas ao código de processo civil, nos permite traçar, ao menos, algumas considerações que nos auxiliam na interpretação do art. 1.015 do CPC.

Em primeiro lugar, destacou-se algumas características peculiaridades da lista anexa da Lei Complementar nº 116/03, demonstrando a clara intenção do legislador, nesse caso, em abarcar o maior número possível de serviços tributáveis pela lei por meio de termos mais abrangentes (“congêneres, “e outros”, etc.).

Nesse ponto, em nosso sentir, há distinção relevante com o rol do art. 1.015 do CPC, conforme exposto no tópico 5.3.4.1, em que a intenção do legislador visivelmente é, ao contrário, de restringir as hipóteses de recorribilidade imediata das decisões interlocutórias.

Tal distinção é importante porque, sem dúvidas, a lista anexa da LC nº 116/03, admite e comporta interpretações muito mais abrangentes que aquelas das hipóteses de recorribilidade imediata pelo agravo de instrumento, não sendo, portanto, o paralelo que se vem fazendo entre o art. 1.015 do CPC e a mesma LC nº 116/03 seguro.

Ainda sobre a sobre a lista da LC nº 116/03, destaca-se a posição do STJ no sentido de que a utilização da interpretação extensiva é instrumento necessário para que legislação acompanhe a evolução do mercado com o surgimento de diversos serviços com a mesma natureza jurídica e com totalmente nomenclatura distinta. Essa mesma tendência também parece ser seguida na interpretação das hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito (art. 581 do CPP), a fim de que possam ser abarcadas pelo rol hipóteses acrescentadas por lei posterior, mas que se enquadra na finalidade da norma, daquela já exposta nos incisos anteriores.

Por esses motivos, reiteramos nossa posição, agora com base nas análises dos próprios julgados do STJ sobre a questão, de que não há critério suficiente para se sustentar a diferenciação entre interpretação extensiva e interpretação analógica, e ainda, a insegurança jurídica em se admitir em enumerações taxativas a interpretação extensiva.

6.1.3 – As hipóteses de interpretação extensiva do art. 1.015 discutidas pela doutrina.

Superada as definições preliminares, passemos a analisar as hipóteses em que a doutrina tem vislumbrado a possibilidade de interpretações extensivas, identificando, desde já, o posicionamento da jurisprudência, e principalmente o entendimento que pouco a pouco vem surgindo no Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema.

6.1.3.1 As tutelas provisórias (inciso I).

A primeira proposta de interpretação extensiva está relacionada às tutelas provisórias (art. 1.015, I, CPC/2015). Sobre o inciso, o legislador utiliza o termo genérico “tutelas provisórias”, sem, entretanto, estabelecer o sentido em que a decisão deverá proferida. Do mesmo modo, engloba todas as medidas cautelares, antecipatórias, sejam elas preparatórias ou incidentais, extirpando algumas dúvidas interpretativas outrora ventiladas no art. 842 do CPC/1939⁴⁹³.

No entanto, sabe-se que muitas das vezes o juízo posterga a análise do pedido de tutela provisória realizado pela parte, que por sua vez, diante da necessidade imediata da tutela não se satisfaz com o posicionamento.

É nesse sentido que se tem vislumbrado, de maneira acertada, a possibilidade de interpretar extensivamente o inciso I, para esses casos⁴⁹⁴.

Duvidoso, em primeiro lugar, que se trate necessariamente de interpretação extensiva, vejamos que a hipótese autoriza o agravo de instrumento em casos que “verse” sobre tutela provisória, o legislador não define o deferimento ou o indeferimento da tutela provisória. Assim, mesmo a decisão que posterga a análise do pedido, por qualquer motivo, não deixa de

⁴⁹³ No revogado diploma, havia espécies de hipóteses que hoje se enquadram nas tutelas provisórias, como o inciso XVI que dizia expressamente sobre o cabimento do agravo de instrumento nas hipóteses de se que negarem alimentos provisionais, e ainda o inciso III, que por sua vez, autorizava o agravo para a concessão de medidas preparatórias da ação. A segregação, gerou dúvidas sobre incompatibilidade dos incisos, pois, por exemplo, defendeu-se a recorribilidade da decisão que aceitava concessão de alimentos provisionais, com fundamento no inciso III. Seabra Fagundes, rejeitava a hipótese, na medida em que “se a lei destacou o processo de alimentos provisionais num caso especial de agravo, não há como fazer aplicação do texto genérico. Aplicá-lo importaria ter por ocioso o inciso especial (...)”. **Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil**. Forense. Rio de Janeiro. 1946., p. 341.

⁴⁹⁴ CAMARA, Alexandre de Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 527. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Civil-Volume Único**. Salvador: JusPodvum, p. 1562; ROMÃO, Pablo Freire. **Taxatividade do Rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?**. RePro n. 259. Setembro/2016, p. 267/268;

versar sobre a tutela provisória, o que por uma interpretação meramente especificadora a hipótese já seria atingida.

Não obstante, acertadamente, a doutrina deixa claro que quando se posterga a análise do pedido de tutela provisória, indiretamente, não está se deixando de versar sobre a hipótese⁴⁹⁵. Ademais, se a pretensão da parte é de uma liminar *inaldita altera parte*, quando o juiz decide pelo contraditório prévio, tal decisão equivale ao indeferimento da liminar⁴⁹⁶.

Em hipótese semelhante, o STJ já reconhece e interpreta extensivamente, por exemplo, a decisão, no direito processual penal, que não recebe a denúncia ou a queixa (art. 581, I, CPP) para alcançar as hipóteses de não recebimento do aditamento de denúncia ou queixa, trata-se de norma que visivelmente está contida dentre aquelas que é possível se extrair da hipótese⁴⁹⁷.

Por último, e, sobretudo, porque já vimos que um dos critérios identificados de utilização pelo legislador no estabelecimento das hipóteses do art. 1.015 do CPC/2015 é a capacidade da decisão interlocutória produzir ou impedir os efeitos materiais dela inerentes à parte.

Dessa forma, quando não analisado o pedido de tutela provisória, embora não se tome uma posição, a decisão tem como consequência o agravamento da situação de urgência ou evidência (dano marginal) vivenciada pela parte, sendo de direito que a situação seja levada imediatamente ao tribunal, sob o risco até mesmo de perecimento do direito.

É essa, portanto, uma interpretação segura e que guarda relação com as premissas já traçadas, conforme corrobora o enunciado nº 29 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis (FPPC)⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Civil-Volume Único**. Salvador: JusPodvum, p.1562;

⁴⁹⁶ CAMARA, Alexandre de Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 527.

⁴⁹⁷ REsp 48152/PE, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEXTA TURMA, julgado em 30.11.1994, DJ 06.02.1995; REsp 263.544/CE, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 12.03.2002, DJ 19.12.2002

⁴⁹⁸ Enunciado n. 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 pelo agravo de instrumento”.

Importante dizer também que as tutelas provisórias, sejam de urgência ou evidência, não se limitam à parte geral do código de processo civil, como medidas atípicas. Há previsões de tutela de urgência e de evidência típicas espalhadas por todo diploma processual⁴⁹⁹.

É o caso das liminares no procedimento possessório (art. 562, CPC), nos embargos de terceiro (art. 678, CPC), do mandado de segurança (art. 7, Lei 12.016/09); no procedimento monitório (art. 701, CPC). Todas são hipóteses que se enquadram no inciso I, do art. 1.015, sem que para tanto haja a necessidade de se dizer acerca de uma interpretação extensiva⁵⁰⁰.

6.1.3.2 Rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação (inciso V) e rejeição do pedido de limitação de litisconsórcio (VIII).

O que as hipóteses do inciso V e inciso VIII possuem em comum é que o legislador não se limitou a incluir apenas o conteúdo da decisão para que seja recorrida. Cumulativamente, determinou a direção em que a decisão deve ser dada para seja capaz de configurar uma hipótese de recorribilidade imediata pelo agravo de instrumento.

A respeito dessa distinção, tem-se sustentado a interpretação analógica desses dispositivos para atingir também as direções contrárias àquelas previstas pelo legislador, exigindo que essas mesmas hipóteses respeitem o princípio da isonomia, “não sendo viável se defender a recorribilidade a depender do conteúdo positivo ou negativo da decisão⁵⁰¹”.

Não concordamos com a posição. Isso porque as interpretações analógicas desejadas, nesses casos, ultrapassam totalmente os limites semânticos do texto, e contrariam expressamente o que é proposto pelo inciso. Afinal, quando o legislador diz expressamente que caberá na hipótese de rejeição ou de concessão de assistência judiciária gratuita, a interpretação a

⁴⁹⁹ ABELHA, Marcelo Abelha. **Manual de Processo Civil – volume único**. 6. ed, São Paulo: Forense, 2016, p. 395.

⁵⁰⁰ Nesse sentido, “A tutela concedida por meio do disposto no art. 711 do Código de Processo Civil se amolda ao inciso I do art. 1.015, autorizando o cabimento de recurso de agravo de instrumento. Não se trata, efetivamente, de se estabelecer interpretação ampliativa desta norma, pois o Código não restringe os casos de tutelas provisórias ao regramento da Parte Geral, existindo em outros procedimento especiais variados exemplos de tutelas de mesma natureza, como a liminar na possessória, nos embargos de terceiro e no mandado de segurança todas recorríveis”. MACHADO, Marcelo Pacheco. **Comentários ao código de processo civil: volume XIII – arts. 674 a 718**. José Ferreira Gouveia; Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 222.

⁵⁰¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 1.688-1.689.

contrário, deixa claro que não se estende às hipóteses de acolhimento. Pensar de modo oposto, é atentar contra a taxatividade do próprio rol estabelecido pelo art. 1.015 do CPC.

Inobstante, mesmo enfrentando o argumento de isonomia levantado, podemos dizer que, ainda assim, esse não seria suficiente. A justificativa se dá na medida em que o legislador toma em conta, *in casu*, a relevância da garantia constitucional da assistência jurídica integral (CF, art. 5.º, LXXIV)⁵⁰², condição necessária e primordial para muitos jurisdicionados para continuidade de seu direito de ação. Assim, diferente da hipótese de rejeição, quando se fala no acolhimento do pedido de assistência judiciária gratuita, ainda que não seja verdadeira a condição de hipossuficiência declarada pelo requerente, em nada prejudicará o processo um posterior acolhimento em sede de Apelação, sendo, portanto, na ótica do legislador, e sob um argumento racional, uma decisão que pode aguardar confirmação posterior pelo juízo *ad quem*.

O mesmo se diz em relação à rejeição da limitação de litisconsorte. Afinal, de que adiantaria um recurso diferido e uma eventual anulação por *error in procedendo*, se já houve o desenvolvimento regular de todo o processo? De outro lado, o acolhimento do pedido diz respeito, em regra, a questões meramente procedimentais e que não são capazes de provocar danos à parte contrária, não existindo razão de ser para o tratamento isonômico.

6.1.3.3 - Concessão, Modificação ou Revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução (inciso X).

Também nas hipóteses de concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução (inciso X) o agravo de instrumento foi previsto como recurso cabível.

A razão de ser da referida hipótese passam pelas peculiaridades do processo executivo, em que qualquer decisão gera consequências e efeitos materiais importantes para a parte. Assim, do ponto de vista do exequente, se o efeito suspensivo é concedido, todas as medidas de constrição deixam de ocorrer, contrariando o princípio da efetividade do processo executivo. De outro lado, sob a ótica do executado, se o efeito suspensivo aos embargos à execução é

⁵⁰² TALAMINI, Eduardo. **Agravo de instrumento: hipóteses de cabimento no CPC/15**. 2017, texto disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236240,41046Agravo+de+instrumento+hipoteses+de+cabimento+no+CPC15>, acesso em: 14/02/2018.

modificado ou revogado, automaticamente passa a se adotar medidas executivas contra seu patrimônio, independente da defesa formulada.

A partir disso, Alexandre de Freitas Câmara que assinala no sentido de que não haverá motivos suficientes para não se interpretar extensivamente o inciso X, para também alcançar o pedido de indeferimento de efeito suspensivo. A justificativa se dá, de início, pela razão dessa norma, como já exposto, relacionar-se diretamente com a capacidade da decisão produzir seus efeitos materiais. Não haveria, portanto, qualquer sentido em tratar de maneira distinta a decisão que revoga o efeito suspensivo, daquela que indefere tal efeito⁵⁰³.

Além disso, reitera-se que não haverá interesse recursal em interpor uma eventual apelação para recorrer dessa decisão interlocutória de indeferimento de efeito suspensivo, uma vez que todos os efeitos executivos, como as medidas constritivas e expropriatórias já terão sido realizadas.

Embora acreditamos que a hipótese merece impugnação, dentro da linha já traçada, o meio cabível não seria necessariamente a interpretação extensiva ao inciso X, de forma que se extirpa qualquer discussão acerca da *voluntas legislatoris* em deixar de fazer menção a hipótese.

Nesse caso, nos parece que a solução está no perfeito enquadramento da hipótese de indeferimento do efeito suspensivo ao inciso I, visto que não deixa de ser hipótese de tutela provisória típica prevista em uma defesa com natureza de ação de conhecimento, vejamos que o próprio art. 919, §1⁵⁰⁴, CPC, faz menção à hipótese. Nesse sentido, já se posicionam Eduardo Talamini⁵⁰⁵ e Daniel Assumpção Neves⁵⁰⁶.

⁵⁰³ “Duas observações, porém, impõe-se aqui. A primeira é que não há sentido em admitir agravo de instrumento contra a decisão que revoga o efeito suspensivo anteriormente diferido 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 do executado. Pois também esta decisão deve ser reputada agravável. E nem que se diga que isto seria contraditório com a afirmação, há pouco feita, de que o rol de decisões agraváveis é taxativo. Taxatividade não se confunde com vedação à interpretação, a qual, muitas vezes, não poderia ser literal, sob pena de se construir um sistema jurídico verdadeiramente esquizofrênico.” CAMARA, Alexandre de Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 527. Nesse mesmo sentido, ROMÃO, Pablo Freire. **Taxatividade do Rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?**. RePro n. 259. Setembro/2016, p. 268.

⁵⁰⁴ Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

(...)

Em julgado recente (*REsp 1694667/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 18/12/2017*), segunda turma do STJ se manifestou a favor da interpretação extensiva do inciso X, para alcançar o indeferimento do efeito suspensivo dos embargos à execução, não se descartando, entretanto, o paralelismo com o inciso I (tutelas provisórias). Além do relator, manifestaram-se também favor da interpretação extensiva o Min. OG Fernandes e ainda o Min. Mauro Campbell Marques.

Nas razões de decidir, sustentaram os votos a total ausência de interesse recursal em apelação futura⁵⁰⁷, além da dita necessidade de se manter a isonomia entre exequente e executado⁵⁰⁸. De tudo, o que ficou claro é a necessidade de impugnação da decisão, justamente por ser se relacionar diretamente com os efeitos materiais, motivo pelo qual, embora tenha se

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

⁵⁰⁵ “A atribuição pelo juiz de efeito suspensivo aos embargos, uma vez constatado o perigo de danos graves e a plausibilidade dos fundamentos da medida, é uma modalidade de tutela provisória urgente. Assim, a disposição é didática, de mera explicitação. O caso já se enquadraria no art. 1.015, I, aplicando-se as razões apresentadas para aquela hipótese.” TALAMINI, Eduardo. **Agravo de instrumento: hipóteses de cabimento no CPC/15**. 2017, texto disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236240,41046Agravo+de+instrumento+hipoteses+de+cabimento+no+CPC15>, acesso em: 14/02/2018.

⁵⁰⁶ “O pedido de efeito suspensivo aos embargos de declaração tem indubitavelmente natureza de tutela provisória de urgência, sendo, inclusive, exigidos os mesmos requisitos: probabilidade do direito e perigo de lesão em razão do tempo. Concordo que tal interpretação torna letra morta o inciso X do art. 1.015, do Novo CPC, porque todas as hipóteses nele previstas podem ser tipificadas no inciso I do mesmo dispositivo legal, mas essa parece ser uma consequência aceitável para se corrigir o absurdo legislativo operado em referido dispositivo legal.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil, volume único**. Salvador: JusPodivm, 9ª edição. p. 1666-1667

⁵⁰⁷ Nesse sentido, a passagem do julgado “No entanto, indaga-se: qual meio de impugnação adequado para atacar o decisum que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução? Teria aparte que aguardar a prolação da sentença para poder discutir tal matéria no bojo da Apelação? Entendo que a resposta para o segundo questionamento deve ser negativa, uma vez que não se mostra plausível, quando do julgamento da Apelação, a discussão sobre os efeitos em que deviam ter sido processados os embargos. A posterior constatação de que a execução realmente deveria ter sido suspensa não terá mais utilidade prática ao interessado. (Min. Herman Benjamin)”.

⁵⁰⁸ Nesse sentido, as passagens do julgado: “Sendo assim, como forma de preservar a isonomia entre os sujeitos do processo executivo, deve ser dada interpretação extensiva ao comando contido no inciso X do art. 1.015 do CPC/2015, para que se reconheça a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento nos casos de decisão que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução (...) (Min. Herman Benjamin)”;

“(…) Considero que o termo “concessão” de efeito suspensivo previsto no inciso X do art. 1.015 do CPC/2015 envolve toda e qualquer controvérsia relacionada ao deferimento ou não de efeito suspensivo aos embargos à execução, sendo incabível interpretação restritiva em sentido contrário. Isso por entender que é da própria natureza imediata do ajuizamento dos embargos à execução a possibilidade de se obter efeito suspensivo ao feito executivo até que a controvérsia seja solucionada naquela demanda. Isso, de fato, é o que imediatamente almeja aquele que legalmente pode se valer dos embargos à execução. (Min. Og Fernandes”;

“Nesse contexto, entendo que não é possível obstar o cabimento do agravo de instrumento levando-se em consideração o conteúdo da decisão (positivo ou negativo), sob pena de afronta ao princípio da isonomia (...) (Min. Mauro Campbell Marques).

reconhecido a interpretação extensiva do inciso X, em nosso sentir, mais se enquadrou no fundamento de urgência inerente as tutelas provisórias (inciso I).

6.1.3.4 – Mérito (inciso II).

Como também já identificado, um dos critérios identificados e utilizados pelo legislador ao estabelecer as hipóteses de recorribilidade por agravo de instrumento, é a capacidade da decisão em colocar fim ao processo (totalmente ou parcialmente), seja com ou sem a resolução do mérito.

É nesse sentido a previsão do inciso II do art. 1.015, a fim de compatibilizar a hipótese com outra previsão já expressa de interposição do agravo de instrumento em face da decisão que julga um dos pedidos formulados ou parte deles com resolução do mérito (art. 354, parágrafo único; art. 356, CPC/2015).

Partindo dessa intenção do legislador, é um típico exemplo que se enquadra na hipótese de decisão de mérito é aquela que versa sobre prescrição e decadência (art. 487, II, CPC). Dessa maneira, é cediço que acolhendo a hipótese de prescrição ou decadência de um ou de parte dos pedidos, será, logicamente, hipótese de decisão parcial do mérito, sendo recorrível expressamente pelo agravo de instrumento (art. 354, parágrafo único, CPC).

Em nosso sentir, fica claro que o contrário também é verdadeiro. Assim, rejeitada a hipótese de prescrição e decadência, cabe agravo de instrumento, com fundamento no inciso II (mérito), sendo, inclusive, uma das razões de sua positivação. Perceba que, nesse caso, o legislador não indica qualquer direção em que a decisão deve ser dada.

Apesar de parecer claro o enquadramento da hipótese de rejeição, o STJ teve de manifestar recentemente sobre a questão (REsp 1695936/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017). Embora também reconhecendo o enquadramento na interpretação literal do dispositivo, o julgado também acolheu pleito de “interpretação extensiva ao inciso II” para alcançar o enquadramento de rejeição do reconhecimento de prescrição e decadência, com fundamento na isonomia entre as

partes⁵⁰⁹. Reiteramos não existir razões para tanto, bastando uma interpretação literal do dispositivo.

Ademais, também se tem colocado a possibilidade de interpretar o inciso II, para alcançar as hipóteses de improcedência liminar parcial do pedido. Pelos mesmos motivos já expostos, a decisão tratará necessariamente de mérito, inclusive, nos casos em que se identifique a prescrição de um dos pedidos ou de parcela destes (art. 332, §1)⁵¹⁰.

Ressalta-se, por último, os posicionamentos de Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha vão além ao dispor que qualquer decisão interlocutória que tiver por conteúdo uma das situações descritas no art. 485 ou no art. 487 é impugnável por agravo de instrumento. Assim, por exemplo, seria agravável a decisão que indefere parcialmente a petição inicial ou a reconvenção, conforme Enunciado n. 154 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC)⁵¹¹⁻⁵¹².

6.1.3.5 – Rejeição da alegação de convenção de arbitragem (inciso III).

Do inciso III que estabeleceu o agravo de instrumento contra a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é que extrai as maiores polêmicas decorrentes dos limites da utilização da interpretação extensiva. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, sustentam que a partir dessa hipótese poderia ser recorrível por agravo de instrumento, interpretando a norma extensivamente, as decisões que versam sobre competência e que negam eficácia ou não homologam os negócio jurídicos processuais celebrado entre as partes (art. 190, CPC/2015)⁵¹³. Explica-se.

⁵⁰⁹ “A decisão sobre prescrição e decadência é, consoante o art. 487, II, de mérito, não havendo razão para somente permitir a interposição de Agravo de Instrumento da decisão que reconhece os dois institutos. (...) Não considero, pois, adequada a preclusão prematura da decisão que afasta as prejudiciais de mérito elencadas na contestação, razão pela qual, por meio de interpretação extensiva, reconheço a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento nesses casos, ou mesmo interpretação literal, diante do teor do art. 1.015,II, do CPC.” REsp 1695936/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017

⁵¹⁰ CAMARA, Alexandre de Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 528.

⁵¹¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. Salvador: JusPodvum, 2017, p. 260.

⁵¹² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. Salvador: JusPodvum, 2017, p. 243/245. Enunciado n. 154 do FPPC: “É cabível agravo de instrumento contra ato decisório que indefere parcialmente a petição inicial ou a reconvenção.”

⁵¹³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Agravo de Instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento**. RePro 242. Revista dos Tribunais, Abr.2015, p. 274/284.

Em relação à primeira hipótese (competência), segundo o que entendem os autores referenciados, todas as vezes em que o juiz decide acerca de conversão de arbitragem, seja ela estabelecida por quaisquer de suas espécies: cláusula compromissória ou compromisso arbitral, “trata-se inegavelmente de uma decisão sobre competência⁵¹⁴”. Isso porque, em síntese, “se o juiz rejeita a alegação de arbitragem, está decidindo sobre sua competência para julgar o caso. Se a acolhe, entende que o arbitro é competente⁵¹⁵”.

Assim, se a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é recorrível por agravo de instrumento, deveria receber o mesmo tratamento a decisão que versa sobre competência absoluta ou relativa, pelas semelhanças existentes entre ambas, sob pena de violação ao princípio da igualdade (art. 7, CPC/2015).

Ademais, em relação à segunda hipótese (extensão referente à decisão que nega eficácia ou não homologa os negócios jurídicos processuais), reconhecendo-se a convenção de arbitragem como um negócio jurídico processual, utilizou-se o mesmo raciocínio para permitir a recorribilidade de outras hipóteses que se enquadram no art. 190 do CPC, como a cláusula de eleição de foro, a suspensão do processo, e a decisão que recusa eficácia ou não homologa negócio jurídico processual.

Superada a questão, outro argumento em prol da interpretação extensiva na hipótese do inciso III, seria a de que, caso essa não fosse adotada, “correr-se-ia o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que seria muito pior, inclusive em termos de política judiciária.⁵¹⁶” Busca-se a partir disso a utilização de um método de interpretação consequencialista, em que “diante de várias interpretações possíveis, o interprete deve optar por aquela que conduza a resultados econômicos, sociais ou políticos mais aceitáveis, mais adequados e menos problemáticos.⁵¹⁷”

⁵¹⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Agravo de Instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento.** RePro 242. Revista dos Tribunais, Abr.2015, p. 279.

⁵¹⁵ Ibid. p. 279.

⁵¹⁶ Ibid. p. 281.

⁵¹⁷ Ibid. p. 281.

Quanto ao posicionamento da jurisprudência, a questão já é alvo de aparente divergência no Superior Tribunal de Justiça, no que tange à extensão para as hipóteses de competência. Em decisão monocrática, no Resp. 1.700.500, o Min. Relator Marco Bellizze, decidiu pelo não cabimento de agravo de instrumento em decisão que versou sobre conexão entre demandas.

Em oposição, entretanto, a segunda decisão do STJ no REsp 1679909/RS (Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 01/02/2018) se deu pelo cabimento do agravo de instrumentos de decisão que versa sobre competência, cujo fundamentos são: a) a *ratio* da decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é a mesma daquela que versa sobre competência, qual seja, “*afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda.*”⁵¹⁸; b) as consequências de se aguardar a revisão da competência em sede de apelação e o risco da invalidação de muitos atos processuais⁵¹⁹;

Com a devida vênia, consoante o auxílio de parte da doutrina, o raciocínio utilizado não nos parece condizente com um rol taxativo.

Quando se analisa a possibilidade de interpretação extensiva do art. 1.015, III, do CPC, para alcançar as hipóteses de competência e de realização de negócios jurídicos processuais, constata-se que, nesses casos, se ultrapassaria todos os limites semânticos que sugere o dispositivo legal e que são característicos da taxatividade de um rol.

Vejamos que reconhecer a convenção de arbitragem como um negócio jurídico processual que versa sobre competência, não significar dizer que o interprete está autorizado a aplicar, indistintamente, todos os institutos inerentes a essa mesma decisão, como a própria recorribilidade imediata, às competências judiciais (relativas ou absolutas) ou mesmo a todos os negócios jurídicos processuais.

⁵¹⁸ REsp 1679909/RS Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 01/02/2018.

⁵¹⁹ São citados pelo Relator Min. Luis Felipe Salomão: “Evitam-se, por essa perspectiva: a) as inarredáveis consequências de um processo que tramite perante um juízo incompetente (passível até de rescisória - art. 966, II, CPC); b) o risco da invalidação ou substituição das decisões (art. 64, § 4º, primeira parte); c) o mal ferimento do princípio da celeridade, ao se exigir que a parte aguarde todo o trâmite em primeira instância para ver sua irresignação decidida tão somente quando do julgamento da apelação; d) tornar inócua a discussão sobre a (in)competência, já que os efeitos da decisão proferida poderão ser conservados pelo outro juízo, inclusive deixando de anular os atos praticados pelo juízo incompetente, havendo, por via transversa, indevida “perpetuação” da competência; e) a angústia da parte em ver seu processo dirimido por juízo que, talvez, não é o natural da causa”.

Sobretudo, porque apesar da existência de uma semelhança (versar sobre competência), há distinções que podem ser suficientes o bastante para ensejar um tratamento distinto pelo legislador, sem qualquer mácula ao princípio da igualdade.

A título de exemplo, embora, em nosso sentir, ambas as hipóteses mereçam uma impugnação imediata, não se pode negar que as consequências de uma posterior decisão pelo juízo ‘*ad quem*’ aceitando o juízo arbitral são bem mais graves do que de uma competência relativa. No primeiro caso, isso significaria o desperdício de absolutamente todos os atos processuais. Já no segundo, por mais que não se concorde com a norma, pode se, ao menos, aproveitar alguns dos atos processuais, consoante ao art. 64, §4, CPC⁵²⁰.

Nesse sentido, ao se admitir uma interpretação desse modelo, nega-se essa e todas as características que, claramente, distinguem a convenção de arbitragem da competência judicial ou ainda da mesma convenção de arbitragem de uma decisão que não homologa um negócio jurídico processual.

É oportuno lembrar, inclusive, a discussão já versada no CPC/1939, em relação a possibilidade de extensão do art. 842, inciso II (julgar exceção de incompetência) para as competências declinadas *ex officio*, sendo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se inclinou pela interpretação restritiva do rol⁵²¹.

Ademais, como já se estudou, não se mostra adequado ter como parâmetro ao art. 1.015 do CPC, a “interpretação extensiva” que o STJ tem conferido à lista anexa da Lei Complementar n. 116/03, ante às características extremamente específicas desta enumeração.

⁵²⁰ 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.

⁵²¹ Nesse sentido, “Não cabe agravo - decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal – em caso de mero indeferimento da remessa do feito de um para outro juízo, mas unicamente em caso de exceção de incompetência. CRUZ, João Claudino e. **Dos Agravos**, p. 252)”. Não obstante, próprio STF previa exceção para a hipótese de quando a matéria alegada em preliminar de defesa, o juiz decidia, sob forma de preliminar e sem resolver o mérito (FAGUNDES, Seabra. **Dos Recursos Ordinários**, p. 319). Havia também jurisprudências de tribunais locais que não seguiam a posição do STF, conforme o julgado do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 4 de outubro de 1950, D. da J. de 20 de setembro de 1951, e outros citados por Pontes de Miranda, em Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo XI (arts. 808-852). 2ª ed., Forense, 1960, p. 316/317.

Não obstante nossa posição vejamos o que a doutrina tem dito a respeito dessa interpretação.

Quanto a interpretação isolada do dispositivo, Clayton Maranhão entende que a eleição da rejeição de convenção de arbitragem como situação a permitir o recurso de agravo de instrumento se deu tão somente pelo reconhecimento do legislador de um *periculum in mora* em se deixar para analisar a questão em sede de apelação, assim como nas demais hipóteses eleitas⁵²².

Pablo Freire Romão, por sua vez, que o “motivo do legislador ter incluído a sua rejeição como hipótese agravável se deve ao fato de o seu acolhimento acarretar do processo sem resolução do mérito⁵²³”. Deveria ser interpretada a norma, assim, para alcançar “1) decisão que não homologa desistência da ação, pois se trata de ato processual voluntário que objetiva por fim na demanda; 2) decisão interlocutória sobre competência quando o processo tramita em Juizado Especial ou envolver competência internacional, porquanto, nessas hipóteses, o seu acolhimento, pelo tribunal, pode levar à extinção do processo sem resolução do mérito”⁵²⁴.

Gabriel Araújo Gonzalez, por sua vez, dá justificativa distinta para impossibilidade da interpretação extensiva. O autor não compartilha a tese de que a decisão sobre convenção de arbitragem trata de competência. Ela cuidaria, na verdade, de elemento anterior à análise da competência do órgão, ou seja, sobre a possibilidade de o Poder Judiciário processar e julgar a demanda. A competência é apenas discutida após a afirmação da sujeição da demanda à jurisdição estatal⁵²⁵.

Ademais, leva-se em consideração que as próprias consequências de ambas são também distintas, enquanto a rejeição de convenção de arbitragem traria consigo os seguintes inconvenientes: possibilidade de prática de atos processuais inúteis, chance de concorrência de processo arbitral e possíveis decisões contraditórias, a postergação do reexame da questão

⁵²² MARANHÃO, Clayton. **Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial**. RePro n. 256, jun/2016, p. 159.

⁵²³ ROMÃO, Pablo Freire. **Taxatividade do Rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?**. RePro n. 259. Setembro/2016, p. 266.

⁵²⁴ Ibid. p. 266.

⁵²⁵ GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 367.

relativa à competência gera problemas ligados a utilidade da recorribilidade após a sentença e à possibilidade de se obrigar a parte a litigar em foro incorreto por longo período⁵²⁶.

Já em relação à extensão aos negócios jurídicos processuais, o fator determinante do dispositivo não é versar sobre esse assunto, e sim a sua junção do possível desperdício dos atos processuais, e do alegado risco de desrespeito a convenção arbitral, fatores que não estão presentes, necessariamente, em todas as negativas de eficácia ou de homologação de negócios jurídicos processuais⁵²⁷.

A partir dos argumentos expostos, entende-se que independente da precisão sobre os motivos do legislador ao eleger a rejeição de convenção de arbitragem como hipótese agravável, o que nos parece ponto em comum entre as posições, é que, reitera-se, não há como se extrair entre os significados possíveis do texto legal a possibilidade da extensão dessa hipótese para todas as decisões que versem sobre competência ou nega eficácia ou não homologue negócios jurídicos processuais. Extrapolá-los, assim, “equivale conferir caráter exemplificativo ao rol, ainda que sob outro arranjo ou fundamento⁵²⁸”.

O que há, na verdade, conforme os próprios autores que defendem essa extensão reconhecem, são semelhanças ou pontos em comum entre a hipótese de rejeição de alegação de arbitragem e as decisões que versam sobre competência e de decisões que versam sobre negócio jurídicos processuais⁵²⁹, que, entretanto, não são suficientes para justificar qualquer interpretação extensiva, nesses termos.

Por último, quanto ao argumento de que a interpretação extensiva, nesses moldes, ante principalmente à importância das decisões que versam sobre competência, seria necessária para se evitar a utilização do mandado de segurança contra ato judicial, esse também não deve prosperar.

⁵²⁶GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 368.

⁵²⁷ Ibid. p. 368.

⁵²⁸ ROMÃO, Pablo Freire. **Taxatividade do Rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?**. RePro n. 259. Setembro/2016, p. 268.

⁵²⁹ “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.” DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Agravo de Instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento**. RePro 242. Revista dos Tribunais, Abr./2015, p. 280.

Assim, admitir as interpretações extensivas dos incisos do art. 1.015 do CPC/2015 dissociadas dos seus limites semânticos norma extraída dos incisos, em especial, diante das consequências relativas à preclusão temporal, unicamente pela ojeriza histórica à utilização do mandado de segurança contra ato judicial, é além se distanciar de qualquer disciplina teórica, pagar um preço muito mais caro: a insegurança jurídica⁵³⁰.

Nesse sentido, concorda-se totalmente com Pablo Freire Romão ao deixar claro que a aplicação desse consequentialismo sem limites objetivos, põe em risco o Estado de Direito, o caráter democrático da elaboração do texto legislativo⁵³¹.

Reitera-se que os jurisdicionados não podem ficar apenas a mercê de consciência política, ideologia, econômica do julgador, sob o argumento de uma falsa economia processual pelo cabimento do *writ*, “é preciso se reconhecer que o Direito é, acima de tudo, garantia⁵³²”, principalmente a segurança jurídica.

6.1.4. – Conclusões sobre a interpretação extensiva do art. 1.015 do CPC.

- A interpretação extensiva e a interpretação analógica, representam, indistintamente, a atribuição de um significado mais amplo do que em um primeiro momento se sugere o texto legal.
- A interpretação extensiva ou interpretação analógica é incompatível com um rol taxativo, devendo se admitir, a interpretação restritiva como mais adequada e segura.

⁵³⁰ “O que não se pode admitir é que, por meio de “interpretação”, sejam incluídas no rol das decisões agraváveis pronúncias 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 agravo de instrumento. E há uma razão importante para isso, diretamente ligada ao direito fundamental à segurança jurídica (Constituição da República, art. 5º, caput).” CAMARA, Alexandre de Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 531. Nesse mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves: “ (...) Mas mesmo essa interpretação mais ampla das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento tem uma consequência funesta: a insegurança jurídica. Basta imaginar uma parte que deixa de impugnar a decisão interlocutória na apelação ou contrarrazões e tem sua pretensão recursal rejeitada com o fundamento da preclusão temporal por não ter agravado de instrumento contra a decisão. Até os tribunais definirem os limites dessa interpretação a insegurança jurídica imperará”. **Manual de Processo Civil-Volume Único**. Salvador: JusPodvum, p. 1561;

⁵³¹ ROMÃO, Pablo Freire. **Taxatividade do Rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?**. RePro n. 259. Setembro/2016, p. 269.

⁵³² *Ibid.* p. 269.

- O Superior Tribunal de Justiça não tem promovido a segurança jurídica na interpretação de enumerações taxativas (LC nº 116/03; art. 581 do Código de Processo Penal).
- Não é uma comparação segura a “interpretação extensiva” conferida na LC nº 116/03 e aquela pretendida no art. 1.015 do CPC.
- Algumas das hipóteses de interpretação extensiva levantadas pela doutrina podem ser solucionadas por interpretação literal (incisos I, II, X).
- Não se admite interpretação extensiva do inciso III (rejeição de convenção de arbitragem) para se atingir as hipóteses que versem sobre competência absoluta ou relativa, ou ainda à homologação de negócios jurídicos processuais.
- A previsão de um rol taxativo das hipóteses de recorribilidade das decisões interlocutórias cria embaraços que não estavam presentes no código revogado;

6.2 – O MANDADO DE SEGURANÇA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO AGRAVÁVEIS DE INSTRUMENTO.

Superado o estudo do agravo de instrumento com interpretação extensiva, o outro meio de impugnação, diferente dos recursos, vislumbrado para se insurgir imediatamente contra uma decisão interlocutória não agravável, é o mandado de segurança contra ato judicial.

Toma-se como premissa a concepção de que os recursos não são elementos destinados apenas ao convencimento ou persuasão do magistrado, mas, sobretudo, indispensáveis à ampla defesa⁵³³.

Assim, excluída a possibilidade de utilização de um recurso ordinário, via natural de impugnação das decisões judiciais, pela lei infraconstitucional, a utilização de outros meios de impugnação, como o mandado de segurança, são “extremamente relevantes para, ainda que por vias transversas, garantir a incidência do princípio da ampla defesa.”⁵³⁴

⁵³³ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**, ed. RT, 2015, p. 287

⁵³⁴ Ibid. p. 287. Nesse mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves dispondendo sobre a opção do legislador em adotar um rol taxativo de recorribilidade das interlocutórias: “(...) não vejo possível justificar-se o

A grande dificuldade consiste, entretanto, em compatibilizar a necessidade do cumprimento ao princípio da ampla defesa (art. 5, LV, CF), além da promessa constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5, XXXV, CF), na medida em que haverá necessariamente decisões interlocutórias que poderá causar dano irreparável ou de difícil reparação à parte, e o respeito à restrição infraconstitucional utilização de um recurso ordinário, tal como o art. 1.015 c/c 1009, §3 do CPC/2015.

Para tanto, o que se propõe é o estabelecimento de requisitos para a realização do juízo de admissibilidade do mandado de segurança. Com isso, embora consiga se insurgir contra uma decisão interlocutória não agravável impede-se, ao mesmo tempo, a sua banalização para todas as situações concretas, que acabe ignorando a regra infraconstitucional restritiva aos recursos estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015.

Sobre a possibilidade da utilização do *writ*, a doutrina tem se posicionado.

Humberto Theodoro Jr. dispõe que diante da ausência de recurso capaz de atacar, de imediato, a ilegalidade ou o abuso de poder praticado em decisão interlocutória, parece irrecusável o enquadramento das decisões não agraváveis ao permissivo especial do mandado de segurança (art. 5, II, Lei 12.016/09), “haja vista que não será admissível, dentro do processo justo e efetivo, garantido pela ordem constitucional, deixar desamparado o titular de direito líquido e certo.”⁵³⁵ Do mesmo modo, admitindo a via mandamental, José Miguel Garcia Medina justifica que “a riqueza de situações que podem surgir no dia a dia do foro, porém, escapam da inventividade do legislador”⁵³⁶.

Notariano Jr e Gilberto Gomes Bruschi, afirmam que “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

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.” **Manual de Direito Processual Civil – Volume único**. São Paulo: JusPodvum, 2017, p. 1560.

⁵³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. III, 50ª ed, Rio de Janeiro: Forense, p. 1.051.

⁵³⁶ “(...) Nesses casos, a falta de recurso que possa ser usado imediatamente contra a decisão, poderá ser o caso de se fazer uso do mandado do segurança MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1398-1399.

agravo de instrumento, será cabível o mandado de segurança.⁵³⁷”, nesse mesmo sentido, Daniel Assumpção Neves⁵³⁸.

Cassio Scarpinella Bueno, em posição mais conservadora, num primeiro momento, deseja aguardar para verificar se, de fato, o rol prevaiente no art. 1.015, corresponde ou não às necessidades do dia a dia do foro, e somente a partir disso, emitir uma posição acerca da admissão do *writ*⁵³⁹. Todavia, deixa claro que, se a posição tomada pelos tribunais for de admissão irrestrita à via mandamental, merecerá a indagação, inclusive, sobre a inconstitucionalidade da restrição à recorribilidade das interlocutórias estabelecida pelo legislador⁵⁴⁰.

Não obstante às posições, o tratamento sobre o tema, via de regra, tem se dado de maneira genérica, com pouco aprofundamento acerca dos requisitos necessários para a admissão do mandado de segurança contra as decisões interlocutórias não agraváveis, o que pretende ser realizado nesse trabalho.

Ademais, quanto a recepção da medida mandamental pela jurisprudência, verifica-se que a admissão do mandado de segurança das decisões interlocutórias não agraváveis, como era de se esperar, tem dividido vários tribunais do país.

⁵³⁷ NOTARIANO JR. Antônio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Agravo contra as decisões interlocutórias de primeiro grau**. 2. Ed, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015, p. 125.

⁵³⁸ Admitindo o mandado de segurança contra as decisões interlocutórias não agraváveis: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume único**. São Paulo: JusPodvum, 2017, p. 1560; ROMÃO, Pablo Freire. **Taxatividade do Rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?**. RePro n. 259. Setembro/2016, p. 271/272.

⁵³⁹ “Antes de aceitar a generalização do mandado de segurança contra ato judicial (...), talvez tenha chegado o momento de refletir e verificar na prática do foro se sobrevive a compreensão de que toda a interlocutória proferida na fase de conhecimento do processo na primeira instância tem de ser recorrível imediatamente ou se a redução, tal como a empreendida pelo CPC de 2015, não é senão legítima opção política.” BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil- Volume único**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 729.

⁵⁴⁰ “(...) Se, não obstante essas considerações, a prática do foro se direcionar-se para orientação oposta, prevalecendo nos Tribunais a compreensão de que, para além das hipóteses do art. 1.015, a hipótese desafia o mandado de segurança, a questão, como já escrevia no meu Curso sistematizado de direito processual civil e como indiquei acima, merecerá questionamento de ordem diversa, indagando se a iniciativa do CPC de 2015 não terá violado o “modelo constitucional de processo civil” e, mais especificamente, a compreensão do “duplo grau de jurisdição”, que dele merece ser extraído. Não para admitir em todo e qualquer caso aquele sucedâneo recursal, mas para afastar, porque inconstitucional, a tentativa do legislador de restringir a revisão imediata de outras interlocutórias além daquelas previstas no art. 1.015, o que é bem diferente.” Ibid. p. 729.

Se de um lado, há julgados que aceitam a utilização do *writ* como via adequada para evitar prejuízos irreparáveis à parte⁵⁴¹. Por outro, não é uma surpresa que parte da jurisprudência fosse, num primeiro momento, favoráveis a rechaçar a utilização do mandado de segurança contra as decisões interlocutórias não agraváveis⁵⁴².

Nega-se o cabimento do *mandamus*, como sucedâneo recursal⁵⁴³, sob os mesmos fundamentos apresentados antes da vigência do CPC/2015: *a) A vigência súmula 267 do STF⁵⁴⁴ b) a existência de recurso com efeito suspensivo da decisão (art. 5, II, Lei 12.016/09); c) a necessidade de teratologia/excepcionalidade da decisão.*

Mas será que esses são fundamentos suficientes para não admitir o mandado de segurança em face das decisões interlocutórias ou são frutos de uma mera jurisprudência defensiva pelos tribunais?

Não se pode negar que a utilização do mandado de segurança contra ato judicial sempre foi vista, como já demonstrado no trabalho, com muito receio e cautela pela doutrina e pela jurisprudência. Temia-se, com razão, que a via mandamental possa ser utilizada como forma de substituição dos recursos ordinários, via natural e própria à impugnação das decisões judiciais⁵⁴⁵.

⁵⁴¹TJ/SP, Relator(a): Marcelo L Theodósio; Comarca: São Sebastião; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 08/11/2016; Data de registro: 09/11/2016; TJ/SP, Relator(a): José Carlos Ferreira Alves; Comarca: Limeira; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/10/2016; Data de registro: 11/11/2016; TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.16.070586-9/000, Relator(a): Des.(a) Roberto Vasconcellos, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/03/2017, publicação da súmula em 21/03/2017; TJ/RS, Mandado de Segurança Nº 70070700984, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 30/03/2017; TJES, Classe: Mandado de Segurança, 100160045751, Relator: ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON - Relator Substituto : DELIO JOSE ROCHA SOBRINHO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 18/04/2017, Data da Publicação no Diário: 27/04/2017.

⁵⁴²TJ/SP, Relator(a): Marcos Pimentel Tamassia; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 19/07/2016; Data de registro: 20/07/2016; (TJ-SP, Relator(a): Carlos Violante; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 01/07/2016; Data de registro: 01/07/2016). TJ-RS, Mandado de Segurança Nº 70070100342, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 01/07/2016).

⁵⁴³ Adota-se a posição de Flavio Cheim Jorge (**Teoria Geral dos Recursos cíveis**, 2015, p. 275), mais fiel à concepção originária de “sucedâneo de recurso”, expressão utilizada originariamente por José Frederico Marques, para fazer referência a situações em que a utilização de um instituto de impugnação se dá em substituição aos recursos, na maioria das vezes em decorrência de uma falha do legislador.

⁵⁴⁴ Enunciado da súmula 267 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

⁵⁴⁵ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 282.

Como efeito colateral desse temor, sobreveio a má compreensão do instituto e da importância da utilização do *mandamus* para os jurisdicionados, de forma que se estabelecer uma disciplina teórica para sua utilização, também no caso das decisões interlocutórias não agraváveis, é combater e eliminar “da prática judiciária, a praga dos casuísmos e dos oportunismos, ambos perigosos pelo que trazem em si, de subjetivo e arbitrário, os primeiros, de imoral e condenável, os segundos.”⁵⁴⁶.

A partir disso, para que se compreenda e sejam avaliados os fundamentos de inadmissão do mandado de segurança contra as decisões interlocutórias não agraváveis no atual cenário, é preciso retornar às fases históricas do *mandamus* com o objetivo de identificar os rastros deixados por essa evolução e o reflexo destes últimos na jurisprudência atual relacionada à admissibilidade deste meio de impugnação. Somente após, conseguiremos prosseguir na identificação dos requisitos necessários para a utilização da via mandamental contra decisões judiciais.

6.2.1 – Os vestígios das fases do mandado de segurança contra ato judicial refletidos na atual jurisprudência.

6.2.1.1 A 1ª fase e a teratologia das decisões judiciais.

Viu-se no item 3.3.1.2.1 que a primeira fase do mandado de segurança (Constituição de 1934, até a Lei 1.533/51), foi marcada pela dificuldade da doutrina e dos Tribunais enquadrarem a figura do juiz na condição de autoridade coatora, na medida em que tanto a Constituição de 1934, quanto a Lei 191/36 e o CPC/1939, eram até então silentes quanto a essa possibilidade.

Na visão de J.J Calmon de Passos, a dificuldade maior consistia em se admitir que aquele que terceiro imparcial investido de jurisdição, ou seja, que produzia a legalidade ao caso concreto, pudesse, ao mesmo tempo, incorrer na própria ilegalidade⁵⁴⁷. De fato, poderia até se afirmar que a contradição era verdadeira quando a decisão final tornava-se imutável e norma jurídica a ser obrigatoriamente seguida pelas partes. Não se poderia esquecer, entretanto, que as demais decisões proferidas no curso processo eram perfeitamente passíveis de controle, seja

⁵⁴⁶ PASSOS, J.J Calmon. **O Mandado de Segurança contra atos jurisdicionais: Tentativa de Sistematização nos cinquenta anos de sua existência**. RePro v. 33, 1984, Jan – Mar, p. 50.

⁵⁴⁷ Ibid., p. 52/53.

do ponto de vista de sua validade (produção segundo o processo visto) ou de sua justiça (exata verificação dos fatos e sua tipificação correta⁵⁴⁸).

Ademais, a mesma lei responsável por conferir a jurisdição, também definiria os limites de atuação do magistrado, não sendo tal conduta, portanto, discricionária, segundo os seus critérios pessoais do juiz, e sim segundo um modo de proceder que a própria lei impõe⁵⁴⁹. Daí poder se dizer que “a ilegalidade é possível de ser identificada no ato do magistrado⁵⁵⁰”.

O que nos importa, na verdade, é que embora a controvérsia tenha sido superada por disposição expressa da Lei 1.533/51 (art. 5, II), essa fase deixou vestígios importantes, já que desde aquela época, justamente pela dificuldade de se enxergar o juiz como agente capaz de incorrer em ilegalidade, começa a se exigir para que a decisão controlada pelo *writ* certa excepcionalidade/teratologia⁵⁵¹.

Em outras palavras, é como se houvesse uma hierarquia de ilegalidade. A “normal” corrigida pelos recursos, e a “teratológica”, impugnada pelo mandado de segurança⁵⁵².

Não obstante já se apresentasse absurda tal interpretação, considerando que sempre “ficou sem resposta, nem poderia tê-la, a indagação do que faz teratologia uma ilegalidade⁵⁵³”, com muito mais razão, quando inexistente no sistema a possibilidade de interposição de recurso daquela decisão judicial, sendo o fundamento de “teratologia”, ainda mais grave, por impedir totalmente que uma ilegalidade seja afastada por outro meio de impugnação.

Reitera-se que além do importante estudo de Castro Nunes sobre a evolução desse pensamento junto à Corte Constitucional⁵⁵⁴, Arnaldo Wald concluiu, em seus estudos sobre o tema, que o critério essencialmente subjetivo da excepcionalidade das decisões para admissão do *mandamus* exigidos pelo Excelso Pretório, havia sucumbido diante da jurisprudência formada pelos tribunais locais que exigia apenas a ausência de efeito suspensivo do recurso

⁵⁴⁸PASSOS, J.J Calmon. **O Mandado de Segurança contra atos jurisdicionais: Tentativa de Sistematização nos cinqüenta anos de sua existência**. RePro v. 33, 1984, Jan – Mar., p. 53

⁵⁴⁹ Ibid. p. 53;

⁵⁵⁰ Ibid. p. 53.

⁵⁵¹ Ibid.. p. 50.

⁵⁵² Ibid. p. 50.

⁵⁵³ Ibid. p. 50.

⁵⁵⁴NUNES, Castro. **Do mandado de segurança contra ato judicial**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 5ª ed., 1956, p. 124.

interposto. Na concepção deste autor, essa última corrente teria sido vencedora, consoante comprova a própria redação final do art. 5, II, da Lei 1.533/51⁵⁵⁵⁻⁵⁵⁶. Ledo engano.

Em análise à jurisprudência dos nossos tribunais, Flavio Cheim Jorge, revela acertadamente que a ausência de “teratologia da decisão” continua a ser causa para denegar – em julgamento meritório – o mandado de segurança, criando a falta compreensão de que o cabimento do *writ* estaria sempre e irrestritamente vinculado a esse tipo de decisão. Conclui, dessa forma, que “existem apenas dicionários jurídicos que a conceituam como algo monstruoso, aberrante ou extraordinário”⁵⁵⁷.

Não obstante, parte da doutrina, sem maiores questionamentos, replica a teratologia como requisito fundamental à admissão do mandado de segurança contra ato judicial⁵⁵⁸, porém, “a indagação continua sem resposta: o que faz uma decisão, que padece de um vício, ser considerada teratológica?”⁵⁵⁹,

A partir da exposição, vê-se que o fundamento da teratologia/excepcionalidade para inadmissão do mandado de segurança das interlocutórias não agraváveis, além de não possuir qualquer embasamento legal ou teórico, gera o que se vê na jurisprudência atual: a instabilidade e a insegurança do jurisdicionado, proporcionada por um entendimento que ainda privilegia o subjetivismo e o casuísmo⁵⁶⁰.

⁵⁵⁵ Era a redação: “Art. 5.º Não se dará mandado de segurança quando se tratar: (...) II – de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previstos nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição.”

⁵⁵⁶ “A evolução da jurisprudência, diante do critério essencialmente subjetivo da excepcionalidade, a que se referem os acórdãos do Supremo Tribunal, foi no sentido de admitir o mandado de segurança contra atos judiciais sempre que não houvesse outro recurso previsto pela lei e que, tivesse efeito suspensivo. Esta última corrente estava se impondo na jurisprudência local, embora o Excelso Pretório continuasse a exigir para que fosse concedido o mandado que, ao lado da falta de recurso, as circunstâncias especiais do julgamento se revestissem de caráter excepcional, como no caso citado da penhora de bens do Estado. A Lei n.º 1.533 veio pôr fim à polêmica abraçando a tese vitoriosa nos tribunais locais, de acordo com a qual, cabe mandado contra decisões judiciais não havendo outro recurso ordinário suspensivo.” WALD, Arnaldo. **Mandado de segurança na prática judiciária**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito LTDA, 1958, p. 149.

⁵⁵⁷ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**, São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2015, p. 287.

⁵⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 16; ARAÚJO, José Henrique Mouta. **A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema**. RePro v. 251, Jan/2016, p. 213.

⁵⁵⁹ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**, São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2015, p. 287.

⁵⁶⁰ PASSOS, J.J Calmon. **O Mandado de Segurança contra atos jurisdicionais: Tentativa de Sistematização nos cinquenta anos de sua existência**. RePro v. 33, 1984, Jan – Mar, p. 52/53.

6.2.1.2 A 2ª fase e a súmula 267 do STF.

Após a edição da Lei 1.533/51, deu-se início à segunda fase do mandado de segurança ato judicial, admitindo-se expressamente pela letra da lei a sua utilização contra ato judicial (art. 5, II).

A controvérsia passou a ser então em quais condições o *writ* poderia ser utilizado. Formou-se, assim, 3 (três) correntes: a) Os radicais que defendiam a admissibilidade do *writ* apenas se inexistente um recurso ordinário; b) Os moderados, que vinculavam a possibilidade de impetração diante da inexistência de recurso ordinário com efeito suspensivo. E por último, c) os liberais que, independente de qualquer circunstância, se existente a ilegalidade e o abuso de poder, estaria preenchido o requisito do cabimento⁵⁶¹.

Prevaleceu, assim, a interpretação literal do dispositivo realizada pelos radicais, replicada na Súmula 267 e na Súmula 268 ambas do STF.⁵⁶²

Não obstante a fixação da súmula é preciso constatar que sua edição se deu dentro do contexto do CPC/1939, em que se adotava o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias. Todavia, com a edição do Código de Processo Civil de 1973, que estabeleceu a recorribilidade ampla das decisões interlocutórias, a admissão da interpretação original da Súmula 267 do STF, tornava praticamente sem utilidade o mandado de segurança contra ato judicial, visto que para toda decisão existia um recurso ordinário⁵⁶³.

Diante dessa questão, a terceira fase é inaugurada então a partir do julgamento paradigma do RE 76.909/RS, de relatoria do Min. Xavier de Albuquerque. O *leading case* fixou que seria admissível o *mandamus contra ato judicial*, desde que não houvesse no sistema de impugnações recurso com efeito suspensivo ou o recurso que fosse incapaz de obstar a ilegalidade. Realizou-se, assim, um abandono a interpretação literal da Súmula 267 do STF.

⁵⁶¹ PASSOS, J.J Calmon. **O Mandado de Segurança contra atos jurisdicionais: Tentativa de Sistematização nos cinquenta anos de sua existência**. RePro v. 33, 1984, Jan – Mar, p. 52/53.

⁵⁶²Ibid. p. 50. Sobre a incidência da Súmula 267 e 268 do STF vide: BUZAID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 139/150.

⁵⁶³ BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 92.

Era a maneira encontrada de interpretar o antigo art. 5, II, da Lei 1.533/1951, sem inutilizar o caput⁵⁶⁴.

Diante disso, já se demonstra que a interpretação atual do enunciado da Súmula 267 do STF não é suficiente para considerar a inadmissão mandado de segurança das decisões não agraváveis, ante a inexistência de um recurso capaz de obstar a ilegalidade do ato de imediato⁵⁶⁵, fundamento que se complementa nos tópicos seguintes.

6.2.1.3 A 3ª fase e o artigo 5º, II, da Lei 12.016/09.

Com a edição da Lei 12.016/09, a ausência de efeito suspensivo dos recursos, foi incorporada como requisito de inadmissibilidade do mandado de segurança, pela redação do art. 5, inciso II, o que é replicado em muitas das decisões que não conhecem do mandado de segurança contra as decisões interlocutórias não agraváveis⁵⁶⁶.

A *ratio* do dispositivo é estabelecer uma condição do exercício de ação – interesse de agir – para que o mandado de segurança contra ato judicial seja admitido. Existindo, portanto, recurso ordinário que possa, em tese, obstar os prejuízos com a decisão proferida com o efeito suspensivo, não haveria necessidade da impetração do mandado de segurança⁵⁶⁷.

A despeito disso, fato é que a jurisprudência desvia o foco para os efeitos, e deixa de enfrentar o problema central: a ausência de recurso capaz de impedir os prejuízos imediatos de uma decisão interlocutória não agravável de instrumento proferida curso processo.

⁵⁶⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 290.

⁵⁶⁵ Ressaltando a necessidade de resgate da *ratio decidendi* da Súmula 267 do STF, a partir do precedente contido no RE 76.909, no atual contexto da recorribilidade das interlocutórias: MARANHÃO, Clayton. **Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial**. RePro n. 256, jun/2016, p. 166/167.

⁵⁶⁶ Entendimentos já dispostos na nota de rodapé nº 433.

⁵⁶⁷ “Cabíveis os recursos indicados no sistema processual e desde que a ilegalidade ou a abusividade que fundamenta sua interposição não tenha aptidão para produzir qualquer efeito imediato em prejuízo do recorrente, não cabe o mandado de segurança. Não há necessidade – interesse jurídico – na impetração, na exata medida em que o recurso descrito e sistematicamente cabível tiver condições de tutela eficaz e prontamente o direito do recorrente”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67)

Nesse sentido, se a impugnação prevista para as interlocutórias não agraváveis (recurso de Apelação, art. 1.009, §3, CPC), se releva incapaz e insuficiente para proteger um direito subjetivo violado durante o curso do processo e, que merece reparo imediato, não há que se falar qualquer em impedimento gerado pelo art. 5, II, da Lei 12.016/09, seja pela ausência de recurso suspensivo “*ope legis*” do recurso de apelação, seja principalmente pela correta interpretação que passou a se fazer deste dispositivo a partir do julgamento do RE 76.909/RS pelo STF, admitindo o *mandamus* quando a impugnação pelo recurso não garantir proteção suficiente a evitar um prejuízo efetivo com a decisão proferida⁵⁶⁸.

Ademais, vale ressaltar que a disposição deste artigo (art. 5, II, da Lei 12.016/09) tornou-se sem grandes efeitos no contexto do CPC/2015, diante da previsão art. 995, parágrafo único, do CPC/2015⁵⁶⁹, que por sua vez, autoriza a concessão de efeito suspensivo a qualquer recurso por petição simples. Dessa forma, pouco passou a representar a ausência de efeito suspensivo ao recurso interposto para a inadmissão do *writ*⁵⁷⁰.

Do mesmo modo, é preciso considerar que a grande discussão também inaugurada pelo RE 76.909/RS, girava em torno da presença do dano irreparável ou de difícil reparação como requisito para a concessão do mandado de segurança, ainda que existente a ilegalidade do ato.

Por isso, com a devida vênia a posição de Teresa Arruda Alvim Wambier ao defender a existência de uma 4ª fase, decorrente das mudanças promovidas pela Lei n. 9139/1995, e ainda uma 5ª fase, oriunda da Reforma promovida pela Lei 11.187/2005⁵⁷¹, ambas as reformas trabalhadas nos tópicos 4.2.3 e 4.2.4, respectivamente, estamos com a posição de

⁵⁶⁸ Nesse sentido, a conclusão de Leonardo Carneiro da Cunha: “À evidência, sendo recorrível o ato judicial, não se admite o mandado de segurança. Caso, todavia, o recurso cabível *não seja suficiente* para solucionar o problema ou não *contenha aptidão* para combater, *com eficiência*, o prejuízo suportado pela parte, admite-se, então, o mandado de segurança contra ato judicial.” **Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança**. FILHO, Napoleão Nunes Maia; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (Orgs.). Art. 5º. 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 86.

⁵⁶⁹ Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

⁵⁷⁰ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 285.

⁵⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 435.

Marcelo Abelha Rodrigues e Flávio Cheim Jorge para quem as mudanças legislativas não são suficientes para se considerar a existência de outras fases⁵⁷².

Isso porque, acredita-se que ainda não houve uma mudança significativa de compreensão dos requisitos do mandado de segurança suficiente à sugerir-las. Continuamos, por exemplo, com a dificuldade de compreensão acerca da dimensão do que seja o dano irreparável e de difícil reparação para fins de cabimento do *writ*, o que será tratado mais à frente.

A partir dessa exposição, procurou-se demonstrar que nenhum dos requisitos utilizados pela jurisprudência para inadmitir o *writ* como meio de impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis são convincentes e razoáveis para sua inadmissão. Nesse sentido, o trabalho pode caminhar para identificação dos requisitos do mandado de segurança contra ato judicial das interlocutórias não agraváveis.

6.2.2 – Os requisitos do mandado de segurança contra ato judicial.

6.2.2.1 – A ilegalidade que viole direito líquido e certo.

A Constituição Federal prevê que o mandado de segurança será concedido nas hipóteses de ato ilegal ou praticado com abuso de poder (art. 5.º, LXIX, da CF/1988).

A partir do mandamento constitucional, a dimensão do que seja a ilegalidade ou abuso de poder é ponto central da teoria do mandado de segurança contra ato judicial. Nesse sentido, com o cuidado de analisar os estudos sobre o tema de acordo com contexto legislativo vivido à cada época, alguns foram os autores que se dedicaram ao tema.

Conforme já demonstrado, J.J Calmon de Passos preconizou que ausência de disciplina teórica para a utilização do mandado de segurança contra ato judicial sempre se deu porque nunca havia se enfrentado, verdadeiramente, o conceito de legalidade e de abuso de poder corrigível pelo *mandamus*⁵⁷³.

⁵⁷² RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Cheim. **Mandado de segurança contra ato judicial no processo eleitoral**. In: Revista Brasileira de Direito Eleitoral, v. 6, n. 10, p. 75–100, jan./jun., 2014.

⁵⁷³ “(...) Somente no momento em que se tenha exata noção teórica da ilegalidade ou do abuso de poder na atuação do magistrado, ter-se-á obtido o fundamental para solução do problema da admissibilidade ou inadmissibilidade do *mandamus* contra ato jurisdicional.” ⁵⁷³ PASSOS, J.J Calmon. **O Mandado de Segurança contra atos jurisdicionais: Tentativa de Sistematização nos cinquenta anos de sua existência**. RePro v. 33,

Assim, sem nunca ter encarado o principal problema relativo ao tema, não haveria motivos, na visão de Calmon de Passos, de se admitir uma teoria geral do mandado de segurança contra ato judicial diferente de uma teoria geral do mandado de segurança para atos administrativos, na medida em que ambas provinham de mesma fonte legislativa⁵⁷⁴. Ainda assim, existia o reconhecimento de que do confronto entre o ato administrativo e a ilegalidade e o ato judicial e a ilegalidade, poderia ser encontrado além de pontos comuns, peculiaridades de cada um deles⁵⁷⁵.

É importante dizer, nessa toada, que a ilegalidade lecionada por Calmon de Passos ocorre quando o juiz viola preceito de que é destinatário, seja por deixar de agir de acordo com o que a norma o vincula a fazê-lo (violação *in omiciendo*), ou quando age em desacordo com o que a norma prescreve (violação *in faciendo*)⁵⁷⁶.

Nesses casos, torna-se evidente que é dever o juiz agir *secundum jus*, ou seja, segundo as normas de direito objetivo. Assim, todas as vezes que o magistrado o faz de maneira distinta, usurpa o poder alheio (legislativo) e/ou viola a soberania do indivíduo, atuando com abuso de poder⁵⁷⁷.

Todavia, a grande questão é que, na concepção do autor, nem todas as vezes que o juízo não age *secundum jus*, seria possível a correção do vício da decisão judicial pelo mandado de segurança.

1984, Jan – Mar, p. 51. Na perspectiva de Alfredo Buzaid, a “multiplicidade de casos, para cuja solução se invocou o mandado de segurança, abrangeu decisões e pleitos de variada natureza, não permitindo aos tribunais, elaborar uma jurisprudência sistemática, que definisse os princípios gerais do instituto relativos à admissibilidade contra atos judiciais. **Do mandado de segurança**. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 138/139.

⁵⁷⁴ Ibid. p. 51

⁵⁷⁵“(…) De específico, mesmo, só o problema do ato administrativo e sua ilegalidade e do ato jurisdicional e sua ilegalidade, para que, desse confronto, ou se retirem normas comuns, ou se defina o que seja peculiar de cada qual deles.” Ibid. p. 51.

⁵⁷⁶ PASSOS, J.J Calmon. **O Mandado de Segurança contra atos jurisdicionais: Tentativa de Sistematização nos cinquenta anos de sua existência**. RePro v. 33, 1984, Jan – Mar, p. 53.

⁵⁷⁷ Ibid. p. 56.

Apoiado na doutrina de Carnelluti, o que definiria a possibilidade de controle pelo *writ* seria bem menos o conteúdo e mais a direção em que a decisão se dará. Por direção, entende-se a intenção do juízo na consecução de um fim não judicial⁵⁷⁸.

Dessa forma, se o juiz, intencionalmente, visa apartar-se do direito, estar-se-á diante de uma ilegalidade corrigível pelo *writ*. Caso contrário, ainda que não seja a melhor decisão para o caso concreto, se essa possui foros de coerência e honesto esforço hermenêutico, poderia ser corrigida por um recurso ordinário, mas não pelo mandado de segurança⁵⁷⁹.

Sobre a questão, cabem duas considerações importantes. A primeira é que se deve atentar para o contexto legislativo em que Calmon de Passos se baseou: a recorribilidade ampla do CPC/1973. Certamente esse contexto ensejava o pensamento sobre a necessidade de se segregar o vício capaz de ser corrigível pelos recursos ordinários e aquele vício capaz de configurar uma ilegalidade corrigível pelo mandado de segurança.

Não obstante a essa posição, o autor deixava claro que “decisão judicial liberada de controle é, por isso mesmo, terremoto, catástrofe, dilúvio, o juízo final do direito⁵⁸⁰”, o que nos leva a crer que a ausência de um recurso ordinário imediato capaz de estancar um vício na decisão judicial que cause prejuízo às partes, como é o caso do CPC/2015, o conceito de “ilegalidade” empregado pelo autor, quem sabe, poderia ser outro.

A outra consideração é que caso se faça, dentro do atual contexto legislativo, a distinção entre ilegalidade corrigível por *writ* e ilegalidade corrigível pelo recurso ordinário, ainda que essa recorribilidade seja diferida, certamente a “intenção” do juiz ao proferir a decisão seria aferida subjetivamente. Com isso, correr-se-ia o sério de risco de cairmos na tentação de se admitir a via mandamental apenas de decisões “teratológicas”, o que pelos motivos já apresentados não é desejável para o sistema.

A partir dessas considerações, nos parece mais adequada a doutrina de Marcelo Abelha Rodrigues e Flávio Cheim Jorge, que ao discorrerem acerca da utilização da via mandamental

⁵⁷⁸ PASSOS, J.J Calmon. **O Mandado de Segurança contra atos jurisdicionais: Tentativa de Sistematização nos cinquenta anos de sua existência**. RePro v. 33, 1984, Jan – Mar, p. 57.

⁵⁷⁹ Ibid. p. 47.

⁵⁸⁰ Ibid. p. 47.

no processo eleitoral, sistema em que vigora o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias, sustentam uma teoria própria do mandado de segurança contra ato judicial. Em especial, quanto ao aspecto da “ilegalidade” e do “abuso de poder”⁵⁸¹.

Isso porque, na concepção dos autores, os conceitos de “ilegalidade” e “abuso de poder” descritos na Constituição Federal se adequam perfeitamente ao direito administrativo. O mesmo não pode ser dito, no entanto, quando o ato acatado possui a natureza jurisdicional⁵⁸².

É que nesses casos, a intenção do jurisdicionado com via mandamental será inevitavelmente reformar ou anular uma decisão judicial proferida em seu desfavor. Assim, sendo o mandado de segurança utilizado de maneira inequívoca como um meio de impugnação de uma decisão judicial, deve-se aplicar aos requisitos para a concessão da segurança os institutos próprios e inerentes a natureza de ato impugnado⁵⁸³.

Desta feita, o ato será ilegal na medida em que se identifica a presença dos vícios admitidos pela teoria geral dos recursos para autorizar a revisão/anulação de uma decisão judicial, quais sejam: os *errores in iudicando* e os *error in procedendo*⁵⁸⁴.

Por fim, quanto à liquidez e a certeza do direito exigida para a impetração do mandado de segurança contra a decisão interlocutória, adota-se o entendimento desse requisito ser representado pela apresentação de prova pré-constituída do direito alegado. Isto é, independente da complexidade da matéria recorrida, que não haja a necessidade de dilação probatória para a demonstração de violação ao direito.⁵⁸⁵ Assim, em termos semelhantes ao próprio Agravo de Instrumento (art. 1.017, CPC⁵⁸⁶), há a necessidade da apresentação dos

⁵⁸¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Cheim. *Mandado de segurança contra ato judicial no processo eleitoral*. In: Revista Brasileira de Direito Eleitoral, v. 6, n. 10, p. 75–100, jan./jun., 2014, p. 85/87.

⁵⁸² Ibid. 85/87.

⁵⁸³ Ibid. 85/87.

⁵⁸⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Cheim. **Mandado de segurança contra ato judicial no processo eleitoral**. In: Revista Brasileira de Direito Eleitoral, v. 6, n. 10, p. 75–100, jan./jun., 2014, p. 85/87.

⁵⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15-17. Nesse sentido também: ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de Segurança**. 6ª. Ed, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 48;

⁵⁸⁶ Art. 1.017. A petição de agravo de instrumento será instruída: I - obrigatoriamente, com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; II - com declaração de inexistência de qualquer dos documentos referidos no inciso I, feita pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal; III - facultativamente, com outras peças que o agravante reputar úteis.

documentos necessários para se justificar e demonstrar a alegação de *error in procedendo* ou *error in iudicando* da decisão impugnada.

6.2.2.2 – A presença de dano irreparável ou de difícil reparação.

Embora o conceito de ilegalidade baseada nos vícios de julgamento (*in iudicando*) e de atividade (*in procedendo*) seja adequado à teoria do mandado de segurança contra ato judicial, é preciso que se discuta a necessidade da presença de outro elemento fundamental: o dano irreparável ou de difícil reparação.

A necessidade deste requisito (inaugurado pelo RE 76.909/RS, rel. Min. Xavier de Albuquerque), porém, nunca foi unanimidade pela doutrina para admissão do mandado de segurança contra ato judicial.

Segundo o que entendia J.J Calmon de Passos, a presença da ilegalidade, por si só, já seria suficiente para ensejar a impetração do mandado de segurança. O dano, nesse caso, seria *ex jure*, de modo que o grau de reparabilidade discutido pela doutrina apenas se restringiria ao campo da extensão do dano, e nunca sobre sua ocorrência ou não⁵⁸⁷.

Para justificar o posicionamento mencionado, ressalta o autor que a concepção de dano irreparável ou de difícil reparação foi construída em uma época em que o direito subjetivo, como categoria jurídica, não tivera ainda o tratamento teórico exigido, justamente porque os sistemas políticos e jurídicos vigentes a tanto não estimulavam⁵⁸⁸. Não se cogitava, portanto, um direito subjetivo público, e sim se partia, pois, do objetivo, daquilo que se traduzia, na prática, em injustiça ou prejuízo intolerável⁵⁸⁹.

A partir do Estado Democrático de Direito, o direito subjetivo se fez o núcleo da ordem jurídica, de modo que todo o ordenamento jurídico foi construído a partir do indivíduo isolado ou associado, e nos conflitos existentes. É por isso, no confronto das situações de vantagem e desvantagens impostas pela ordem jurídica na relação dos indivíduos (proprietários/não proprietários; empregador/empregado, dentre outras), que se constitui todo o sistema

⁵⁸⁷PASSOS, J.J Calmon. **O Mandado de Segurança contra atos jurisdicionais: Tentativa de Sistematização nos cinquenta anos de sua existência**. RePro v. 33, 1984, Jan – Mar, p. 66/77.

⁵⁸⁸Ibid. p. 66.

⁵⁸⁹ Ibid. p. 66.

normativo disciplinador da conveniência social. Assim, todo o direito elevado à condição de direito subjetivo mereceria reparo imediato⁵⁹⁰.

De todo modo, o que Calmon de Passos deixava bem claro é que o dano irreparável não estava diretamente atrelado ao aspecto econômico ou material, mas, sobretudo, a todas as vezes que de alguma forma se interferia na esfera jurídica do sujeito, privando-o ou limitando-lhe algum direito ou lhe impondo um dever, uma sujeição, um ônus ou uma obrigação sem apoio em lei. A presença da ilegalidade, portanto, é o que bastava para fins de impetração do *writ*.

Apesar da respeitável posição do autor baiano, o dano irreparável ou de difícil reparação permanece a ser requisito do mandado de segurança para outros autores⁵⁹¹. Esse seria um “conceito vago” ou “juridicamente indeterminado”, impossível de se conceituar. A técnica, por sua vez, seria até mesmo desejável, na medida em que se o ato de conceituar, de um lado, confere segurança jurídica, de outro, limita o alcance da expressão⁵⁹², o que não é a intenção.

Essa indeterminação, porém, não veda que se estabeleça determinadas características que aproximam uma decisão interlocutória desse conceito. Assim, em que pese também se tenha reconhecido que haveria uma marcada tendência, na jurisprudência, de se considerar o *writ* cabível de conceder a segurança *quanto mais concreta, fática e palpavelmente (no plano real) fosse de difícil reparação o prejuízo causado pela eficácia da decisão (efetiva produção de efeitos), impugnada* “⁵⁹³, viu-se nos capítulos anteriores que o conceito de dano irreparável e de difícil reparação, de fato, sofreu mutações ao passar o tempo, não se limitando, por vezes, ao aspecto econômico, como sugeriu Calmon de Passos.

Recapitulando: no século XIII, o dano irreparável decorria da noção de prova; No século XIV, o dano irreparável passou a ser decisão cujo gravame por ela produzido não pudesse ser reparado pela sentença final, nem pela apelação, ou só fosse reparável com grande dificuldade

⁵⁹⁰PASSOS, J.J Calmon. **O Mandado de Segurança contra atos jurisdicionais: Tentativa de Sistematização nos cinquenta anos de sua existência**. RePro v. 33, 1984, Jan – Mar, p. 67.

⁵⁹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 432; JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 296.

⁵⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 429.

⁵⁹³ALVIM, Teresa Arruda. **Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial**, 3 ed., São Paulo, 1994, p. 69.

ou parcialmente; Já nas Ordenações Filipinas até as codificações quando a decisão pudesse ser executada antes da definitiva;

Muito embora sempre ter tido a característica de ser um conceito aberto, as próprias hipóteses exemplificativas apresentadas pelas codificações anteriores ilustram que havia uma ligação direta do conceito de dano irreparável à questões relativas, por exemplo, ao direito de família: como no caso de restituição da mulher ao marido, ou aos pais pelo filho, em razão de maus tratos, ou mesmo risco de peste quando necessário que o citado comparecesse em local infestado, exemplos retirados da Consolidação de Ribas⁵⁹⁴.

Não obstante a dificuldade de conceituação viu-se também que vigência do CPC/1973 a noção de dano irreparável e de difícil também esteve estendida aos chamados “danos processuais”, aqueles que se relacionam com unicamente o processo, e não repercutem de maneira direta na esfera do direito material da parte⁵⁹⁵. Nesse sentido, para José Miguel Garcia Medina, a expressão “perigo de lesão grave ou incerta reparação” deveria ser entendida em sentido amplo, abarcando tanto os casos que se possibilitava a lesão ou ameaça de lesão a direito *material* da parte, como também aqueles que o regime de retenção contrariasse o princípio da economia processuais, o que ocasionaria, assim, dano *processual*⁵⁹⁶. Nesse mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier⁵⁹⁷, Heitor Vitor Mendonça Sica⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ RIBAS, Antônio Joaquim. **Consolidação das Leis do Processo Civil**. Volume II. Ed. Dias da Silva Junior, Rio de Janeiro, 1879, p. 369.

⁵⁹⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **O novo regime do agravo (Lei nº 11.187/2005)**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 163/164.

⁵⁹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **A Recentíssima reforma do sistema recursal brasileiro – análise das principais modificações introduzidas pela Lei. 10.352/2001, e outras questões**. v. 6. In: Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 354.

⁵⁹⁷ “O requisito constante dos dois dispositivos (perigo de lesão grave ou de difícil reparação), segundo pensamos, deve ser entendido em sentido amplo, para abarcar tanto os casos em que a lesão ou ameaça de lesão possa atingir *direito material* da parte, como também aqueles que a imposição do regime de retenção contrarie o princípio da economia dos juízos, o que ocasionaria, assim, *dano processual*. É o que ocorre, por exemplo, com a decisão que rejeita exceção de competência relativa. Impor, no caso, o regime de retenção seria criar embaraço contraproducente (...). Nesse caso, se está diante de situação em que a adoção do regime de retenção é indesejável, já que pode ocasionar maior demora que a tramitação do agravo de instrumento.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Agravos no CPC Brasileiro**. 4ª ed, 2006, p. 438.

⁵⁹⁸ **O agravo e o “mito de prometeu”:** considerações sobre a Lei 11.187/2005. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Volume 9. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 202.

Com base nessa concepção, já fora exposto que o próprio STJ mitigava a disposição do art. 542, §3, CPC/1973, a fim de permitir a subida imediata de recursos especiais e extraordinários contra acórdãos que versavam sobre decisões interlocutórias proferidas no processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução e que, pela regra, deveriam ficar retido nos autos.

Por último, já em análise aos sistemas em se adota o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias, como o eleitoral, Flavio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues reforçavam o sentido relativo do “dano irreparável ou de difícil reparação”, não restritos à repercussão financeira no patrimônio pessoal da parte.

Nesse caso, a mera impossibilidade pelo sistema de se interpor um recurso ordinário imediato de uma decisão ilegal, já configuraria dano suficiente para a impetração do *writ*, na medida em que representaria “obstáculo ao exercício do direito de ação e de defesa dos litigantes, tal como expressamente garante o texto constitucional⁵⁹⁹”. Pois bem.

Ainda que já tenhamos diferenciado os sistemas que adotam o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias (eleitoral, trabalhista) daquele que vigora no código de processo civil de 2015, nos parece que também aqui, na interpretação do mandado de segurança contra as decisões não agraváveis, o sentido relativo do dano irreparável, em parte, também deve prevalecer observado alguns requisitos.

Não apenas porque os recursos são elementos indispensáveis ao direito de ação e defesa dos litigantes⁶⁰⁰, mas, sobretudo, em razão de que muitas as decisões não contempladas pelo rol do art. 1.015, caso não recorridas de imediato, podem representar uma violação frontal a outros princípios constitucionais.

⁵⁹⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Cheim. **Mandado de segurança contra ato judicial no processo eleitoral**. In: Revista Brasileira de Direito Eleitoral, v. 6, n. 10, p. 75–100, jan./jun., 2014, p. 95.

⁶⁰⁰ Nesse sentido, Flávio Cheim Jorge: “Como tivemos oportunidade de sustentar, acreditamos que os recursos sejam elementos indissociáveis à ampla defesa, exatamente porque a mesma não deve ser vista unicamente com o intuito de persuasão ou convencimento do magistrado quanto aos argumentos e alegações das partes. (...) Daí se pode concluir que para a incidência real e efetiva do princípio constitucional da ampla defesa é imperativo que a legislação infraconstitucional disponibilize sempre às partes o poder e o direito de recorrer das decisões judiciais, isto é, de controlar as decisões proferidas no curso do processo. Desta feita, em situações onde a legislação infraconstitucional não garante às partes a recorribilidade das decisões judiciais, a utilização do mandado de segurança como ação autônoma de impugnação e sucedâneo recursal é extremamente relevante para, ainda que por vias transversas, garantir a incidência do princípio da ampla defesa”. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 287.

Destaca-se, no trabalho, três deles: o princípio da inafastabilidade (art. 5, XXXV, CF) e o perigo de consumação dos danos provenientes de uma decisão interlocutória; o princípio do juiz natural (art. 5, LII, CF) relacionadas as decisões que versam sobre competência; e o princípio da duração razoável do processo (art. 5, LXXVIII, CF) relacionada ao risco da invalidade de muitos atos processuais.

6.2.2.2.1 O princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5, XXXV, CF) frente às interlocutórias não agraváveis e o interesse recursal.

O primeiro princípio que se relaciona com as decisões interlocutórias não agraváveis é o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5, XXXV, CF).

Quando o legislador constitucional dispõe que “*a lei não excluirá de apreciação pelo judiciário lesão ou ameaça a direito*”, certamente contempla, indistintamente, todas as decisões judiciais que causam danos à parte, sejam elas decisões finais ou decisões interlocutórias.

A partir desse mandamento, não obstante a dificuldade de se definir características de uma decisão com dano irreparável ou difícil reparação, é preciso reconhecer que há no sistema processual brasileiro certas decisões interlocutórias que, se não impugnadas imediatamente, fazem com que inexista um interesse recursal prospectivo⁶⁰¹.

Isto é, ainda que o sistema ofereça um recurso de posterior apreciação para atacar a decisão interlocutória proferida, a medida, nesses casos, se mostra intempestiva e se dará apenas quando o dano produzido pela decisão interlocutória já se consumou.

Desse modo, diante da falha do sistema processual ao não prever recurso ordinário para essas decisões, torna-se necessário que outro meio de impugnação (mandado de segurança) seja imediatamente aceito para que a decisão possa ser reapreciada, sob pena de negativa de prestação jurisdicional pelo Estado.

⁶⁰¹ FERREIRA, Willian Santos. **Cabimento do Agravo de Instrumento e a ótica da prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade das decisões interlocutórias**. RePro vol. 263, Ano 42, Jan. 2017, p. 194.

Basta nos atermos a decisão que versa sobre segredo de justiça. Não abarcada pelo rol do art. 1.015 do CPC, qual seria razão de se impugná-la em sede de Apelação (art. 1.009, §3, CPC) já tendo todo o processo tramitado por anos sem qualquer restrição de acesso⁶⁰²? Não haveria sentido algum!

Aliás, diga-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o interesse recursal sempre estiveram (e continuará a estarem) entrelaçados quando analisadas as restrições ao poder de recorrer das interlocutórias. Exemplo disso, são os vários trabalhos publicados após a Lei 9.756/98, que estabeleceu a retenção dos recursos especiais e extraordinários interpostos de decisões interlocutórias no processo de conhecimento, cautelar e embargos à execução (art. 543, §3, CPC)⁶⁰³, ou mesmo aqueles já citados na interferência dos regime de agravo pela Lei 11.187/2005⁶⁰⁴, fazendo essa mesma relação. Desse modo, mais uma vez, a lição se repete: de nada adianta o legislador restringir a apreciação imediata de recursos de decisões interlocutórias, se o dano possui uma consumação imediata, esvaziando completamente um interesse recursal prospectivo.

Vejamos que além de casos em que esse dano pode ser identificado de maneira abstrata (como o exemplo do segredo de justiça), o dia a dia do foro pode nos mostrar situações concretas, em que caso não impugnada a decisão naquele momento corre se o risco de se operar os efeitos materiais que se deseja ou se quer evitar.

Imagine-se, por exemplo, o caso envolvendo um edifício em que há a controvérsia sobre as condições de estrutura. Por se convencer, de um laudo emitido por algum órgão público

⁶⁰²SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **O mandado de segurança como meio adequado para a impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis no novo CPC.** (Texto não Publicado), 2016, p. 11.

⁶⁰³“(…) se a mesma Constituição garante a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5, XXXV), é lícito afirmar que, nos casos previstos pela Constituição, privar-se o julgamento daqueles recursos é violar o princípio de que a lei não poderá subtrair do julgamento do Judiciário qualquer alegação de lesão, ou ameaça de lesão, a direito. Isso tudo, aliás, está à base da ideia de preservação do interesse recursal, conforme exposto.” YARSHELL, Flávio Luiz. **Ainda sobre a retenção dos recurso extraordinários e especial: meios de impugnação da decisão que a determina.** In: Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 169. Nesse mesmo sentido, GUEDES, Jefferson Carús. **Recursos retidos e a “aplicação” dos subprincípios da oralidade.** In: Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 313/14.

⁶⁰⁴ Passagem já citada e que reflete bem o exposto: “(…) é da ratio essendi do agravo retido ter a função precípua de impedir a preclusão, ser incompatível com as tutelas de urgência, e limitar-se a determinados procedimentos em que há a possibilidade de ser julgado como preliminar de apelação”. JORGE, Flávio Cheim. **A nova disciplina de cabimento do recurso de agravo: Lei nº. 11.187, de 19/10/2005.** In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 138.

alguns meses antes o julgamento da ação, com base art. 464, §1, II, do CPC⁶⁰⁵, o juízo nega a realização de uma perícia judicial, entretanto, não realiza de imediato o julgamento antecipado do mérito, indo concluso o processo para sentença. Nesse caso, a decisão merece ser revista imediatamente, considerando o sucumbente não pode ficar à mercê pelo risco de um dano irreparável, que é o desmoração do próprio edifício.

Ora, se aquele momento é o único momento em que a questão deverá ser revista, sem que haja a consumação ou risco de consumação próprio dano, estamos diante do que mais se aproxima do dano irreparável, devendo, nesses casos, ser considerado presumido (*in re ipsa*).

6.2.2.2.2 O princípio do juiz natural (art. 5, LII, CF) frente às interlocutórias não agraváveis - competência.

O princípio constitucional do juiz natural (art. 5, LII, CF) também merece ser considerado quando relacionado às decisões não agraváveis.

Lembra-se, de início, das decisões judiciais que versam sobre a competência seja essa absoluta ou relativa. Nesse ponto, o legislador produziu sensível alteração nas consequências do reconhecimento do juízo incompetente, o que influenciará diretamente na necessidade de uma impugnação imediata dessa decisão.

Como se sabe, no CPC/1973, pela regra estabelecida pelo art. 113, §2, se a competência fosse absoluta, a consequência seria a anulação automática de todos os atos decisórios praticados por esse juízo incompetente, já no caso de competência relativa, haveria a conservação de todos os atos processuais sejam eles decisórios ou não.

No CPC/2015, a disposição foi alterada. Independentemente de ser a competência absoluta ou relativa, passa a ser regra a conservação de todos os atos processuais proferidos pelo juízo incompetente, conforme disposição do art. 64, §4, que por sua vez, prevê que: “*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*”.

⁶⁰⁵ Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. § 1o O juiz indeferirá a perícia quando:
II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

Assim, adotou-se totalmente a chamada *translatio iudicci*, de maneira que o juízo destinatário e competente ao receber os autos possui duas opções: a) pode anular todos ou alguns dos atos decisórios; ou b) manter hígidos todos os atos proferidos por um juízo incompetente⁶⁰⁶. Pois bem.

O problema é que as decisões que versam sobre competência também não foram contempladas pelo rol do art. 1.015 do CPC, e a parte diante de uma decisão de indefira *equivocadamente* a alegação de incompetência terá de conviver com os atos processuais de um juízo incompetente até que a questão seja apreciada em sede de apelação ou contrarrazões de apelação no Tribunal⁶⁰⁷.

Assim, somente diante do julgamento pelo órgão *ad quem*, após anos de trâmite processual, poderá se rever ou não a decisão que versa sobre competência. Se acatá-la, conforme já dito, os autos serão para o juízo competente, que poderá aproveitar ou não os atos proferidos pelo juízo incompetente.

Esse conjunto de regras merece considerações importantes.

Em primeiro lugar, do ponto de vista da duração razoável do processo, se o juízo competente invalidar todos os atos processuais anteriormente proferidos pelo juízo que o antecedeu, restaria nítido um desperdício de cognição. Afinal, a questão poderia já ter sido solucionada definitivamente pelo juízo *'ad quem'* ainda na fase postulatória, imediatamente após o momento em que a alegação de incompetência fora aceita ou rejeitada, pelo próprio mandado de segurança contra ato judicial.

De outro lado, se o juízo mantém hígidos todos os atos processuais e decisórios praticados anteriormente, a anulação pelo tribunal da decisão de incompetência se mostra totalmente sem relevância prática à cognição realizada nos autos, coloca-se em xeque, assim, a importância

⁶⁰⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A *translatio iudicci* no Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro**. RePro nº 208, junho/2012, p. 257/263. Nesse sentido, CRAMER, Ronaldo. Art. 64. In: STECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 121/122.

⁶⁰⁷ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **O mandado de segurança como meio adequado para a impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis no novo CPC**. (Texto não Publicado), 2016, p. 12/13.

das regras de distribuição de competência estabelecida no título III do Código de Processo Civil (art. 42 ao art. 53).

Nesse último aspecto, é impossível não tratar da eventual violação ao princípio do juiz natural estabelecido pelo art. 5, LII, da Constituição Federal, no sentido de que “*ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente*”.

É importante dizer que embora a jurisdição seja una, o princípio do juiz natural se traduz em alguns conteúdos, como maior destaque: i) exigência de determinabilidade, consistente na prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais; ii) o estabelecimento de critérios objetivos da fixação de competência; iii) a garantia de justiça material (independência e imparcialidade dos juízes); iv) a observância das determinações de procedimento referentes à divisão interna⁶⁰⁸.

A partir disso, Nelson Nery Jr. dispõe que: “antes de afirmadas e confirmadas a competência e a imparcialidade do juiz para julgar a causa, não pode o magistrado ingressar no exame de questões processuais ou de mérito, sob pena violar-se a garantia do juiz natural”⁶⁰⁹. Por esse motivo, em nosso sentir, a confirmação da competência do juízo pelo tribunal deve se dá imediatamente após a decisão proferida pelo juízo ‘*a quo*’.

Evita-se, com isso, uma série de consequências que acabam por prejudicar o processo, quais sejam: a prevalência por anos decisões que violam flagrantemente as regras de competência estabelecidas pelo legislador (principalmente as competências absolutas); a contaminação do juízo competente por atos processuais praticados por juízos incompetentes; o risco da invalidação de atos de trâmite processual; prejuízos materiais à parte por litigar em território diferente daquele fixados anteriormente; prejuízo à própria cognição do próprio juízo quando o litígio se der em local que dificulte o maior acesso à produção da prova, como no caso das ações civis públicas. Enfim, são esses alguns dos desdobramentos que também justificam nossa posição pela impugnação imediata dessas decisões.

⁶⁰⁸ NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 148.

⁶⁰⁹ Ibid. p. 148.

Nesse sentido, por tratar diretamente do princípio do juiz natural, e pelos riscos abstratos já demonstrados, os casos que versam sobre competência sempre foram tratados como hipóteses em que a impugnação deve ser imediata⁶¹⁰, também possuindo um dano de difícil reparação presumido (*in re ipsa*).

6.2.2.2.3 O princípio da razoável duração do processo frente às interlocutórias não agraváveis (art. 5. LXXVIII, CF) – o risco da invalidação de demasiados atos processuais em primeira instância.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 é responsável por consolidar o princípio da razoável duração do processo como um direito fundamental de todo cidadão, ao dispor que expressamente pelo art. 5, LXXVIII, da Constituição Federal que “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*”

Fala-se em consolidação porque já havia entendimento bastante difundido, extraído da correta interpretação do princípio do devido processo legal, bem como do art. 8, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, que elevava a tempestividade da tutela jurisdicional como fator indissociável da justiça produzida no processo⁶¹¹.

⁶¹⁰Mesmo quando a hipótese não foi tratada como de “dano irreparável ou de difícil reparação”, diante de alguma restrição ao poder de recorrer das interlocutórias, sempre ficou clara a necessidade de impugnação imediata da decisão. “(...) De igual modo, proferida decisão sobre competência do juízo, deverá ser interposto agravo de instrumento, e não agravo retido, muito embora não haja uma urgência em sentido estrito, nem se possa, rigorosamente, definir essa situação como caracterizadora de uma lesão grave ou de difícil reparação. Caso a questão seja atacada por agravo retido e vindo este a ser posteriormente provido, haverá um mal maior: serão anulados todos os atos decisórios, remetendo-se os autos ao juízo competente.” CUNHA, Leonardo Carneiro. **Evoluções ou involuções do agravo**. v. 9. In: Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 307. Nesse mesmo sentido, “Com efeito, é sedimentada a orientação de que se deve dar julgamento imediato ao recurso especiais nos casos sem que a retenção possa causar dano material ou processual. Exemplo de tal situação se dá em casos como o exemplificativo retro, relativo à decisão que indefere exceção de incompetência relativa.” MEDINA, José Miguel García. **A Recentíssima reforma do sistema recursal brasileiro – análise das principais modificações introduzidas pela Lei. 10.352/2001, e outras questões**. v. 6. In: Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 354.

⁶¹¹ O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), de 22.1.1969, foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 27/92 e mandado executar pelo Dec. 678/92. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 226/330. Além do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), de 22/11/1969, outros textos internacionais devem ser lembrados como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo 226/1991, e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981. ROQUE, André; DUARTE, Francisco Carlos. **As dimensões do tempo no processo civil: tempo quantitativo, qualitativo, e a duração razoável do processo**. RePro 218, abril/2013, p. 339.

Tornou-se clara, desde então, a concepção de que não há processo justo se a sua duração for excessiva.

Segundo Luis Guilherme Marinoni, “a tutela jurisdicional dos direitos é certamente indissociável da dimensão do tempo, pois tutelar de forma intempestiva equivale a não proteger ou proteger de maneira indevida⁶¹²”. No mesmo sentido, para Cruz e Tucci, atribuindo a frase ao antigo Conselheiro de Bruyere, “a demora na administração da justiça constitui, na verdade, pura denegação da justiça⁶¹³”.

As passagens e a positivação deste princípio retratam a ideia de que um processo sem dilações indevidas foi elevado à condição de um direito constitucional subjetivo, autônomo, responsável por garantir à parte não apenas o acesso à justiça (art. 5, XXXV, CF), mas, sobretudo, uma tutela jurisdicional adequada, efetiva, e tempestiva⁶¹⁴.

Em outras palavras, isso significa dizer que a garantia da duração razoável do processo passou a somar, de maneira inequívoca, como mais um dos pilares do modelo constitucional de processo na busca da produção de resultados⁶¹⁵.

Não obstante esteja fixada a premissa constitucional, a questão que se direciona nosso estudo, passa a ser a última parte da norma fundamental. Afinal, quais seriam os “meios para alcançar a celeridade da sua tramitação”? É justamente o alcance do vocábulo “meio” para definir os instrumentos de garantia a “celeridade” (na verdade, “efetividade”) que merece uma boa reflexão⁶¹⁶.

De início, quando o legislador constitucional fala em “meios” para se garantir a celeridade, não se pode desconsiderar as prestações positivas de todas as ordens que se espera do Estado, sejam elas emanadas pelo legislativo (na produção de normas que auxiliam na diminuição do

⁶¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo**. Revista Jurídica n. 379, Porto Alegre/RS: Notadez, Maio/2009, p. 17.

⁶¹³ TUCCI, José Rogério Cruz. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 15.

⁶¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata de sentença**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 20.

⁶¹⁵ CAMARA, Alexandre Freitas. **O Direito à Duração Razoável do Processo: entre eficiência e garantias**. RePro vol. 233, setembro/2013. p. 43.

⁶¹⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. **A Reforma do Judiciário e a promessa de “duração razoável do processo**. Revista da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), ano XXIV, nº 75, abril/2004, p. 28.

dano marginal), pelo judiciário (na aplicação das normas de maneira mais adequada ao princípio da razoável duração do processo), ou pelo executivo (no direcionamento de verbas adequadas ao funcionamento da justiça)⁶¹⁷.

Nesse último caso, estão os fatores externos que assolam a justiça brasileira, como a ausência de infraestrutura administrativa: contingente pessoal qualificado, de tecnologia, materiais idôneos para o trabalho, mas que não entram no objeto deste estudo, restrito ao estudo das normas jurídicas existentes e direcionadas para combater os efeitos deletérios do tempo no processo.⁶¹⁸

É importante ressaltar, nesse contexto, que o estudo do tempo do processo não se restringe a uma realidade nacional, muitos são os ordenamentos por todo o mundo que também elevam o direito a razoável duração do processo e buscam mitigar a todo custo os efeitos deletérios da tramitação processual⁶¹⁹. A título de exemplo, a Constituição de Portugal, art. 20, número 4 e 5, concede a todos o direito a uma decisão em prazo razoável. Do mesmo modo, a Constituição espanhola, art.24, assegura um processos sem dilações indevidas⁶²⁰. Também na Alemanha a Corte Constitucional já decidiu que a duração do litígio em prazo razoável é componente de um direito de uma tutela efetiva, a partir do §19.4 da *Grundgesetz*⁶²¹. No direito norte-americano, a 6ª emenda constitucional garante o chamado *spedy trial*, assegurando julgamento célere aos litigantes⁶²².

Cumprir citar, por último, o ordenamento italiano. A Constituição do país também consagra, no artigo 111, também o direito a tramitação razoável do processo. Sem contar, em âmbito infraconstitucional, na *Legge Pinto* italiana (Lei 89, de 24.03.2001) que alterou o art. 375 do

⁶¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo**. Revista Jurídica n. 379, Porto Alegre/RS: Notadez, Maio/2009, p. 13/16.

⁶¹⁸ Ibid. p. 13/16.

⁶¹⁹ Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira elenca a supervalorização dos modelos estrangeiros como um dos mitos criados em prol do aperfeiçoamento da justiça. Demonstra o autor que o problema da duração razoável do processo não está restrito ao Brasil, faz-se um paralelo, em especial, com o sistema do *trial* norte-americano. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O futuro da justiça: alguns mitos**. In: Temas de Direito Processual, oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 7/10.

⁶²⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 328.

⁶²¹ CABRAL, Antônio do Passo. **A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no projeto de novo Código de Processo Civil**. In: Novas tendências do Processo Civil. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA Pedro Miranda de. (organizadores). Salvador: JusPodvm, p. 75/76.

⁶²² Ibid. p. 75/76.

Codice di Procedura Civile e criou uma ação de indenização por *équiva riparazione* dos danos causados pela dilação indevida do processo⁶²³.

Nesse sentido, o direito italiano é um excelente gancho para retornar à análise do ordenamento pátrio, na medida em que há, reconhecidamente, uma forte influência e reflexos da doutrina daquele país no desenvolvimento do estudo da duração razoável aqui no Brasil⁶²⁴.

Em primeiro lugar, pela ligação direta se dá no estudo do “dano marginal por indução”, inaugurado por Italo Andolina, a fim de demonstrar os prejuízos com a exclusiva demora pela concessão da tutela jurisdicional⁶²⁵. Em relação ao conceito de dano marginal, é importante se fixar que esse não se confunde com aquele dano que emerge da impossibilidade ou risco de não cumprimento futuro da sentença, suprida pelas cautelares, decorre tão e somente pela demora excessiva do processo⁶²⁶, isto é, em razão da deficiência na tramitação de processos, atingindo tanto o autor quanto o réu.

Não obstante o dano atinja ambas as partes, é inegável que o ônus do tempo poderá ser menos ou mais prejudicial para as partes a depender de quem será vencedor ou vencido⁶²⁷. Por isso, torna-se necessário que também, no curso do processo, haja uma adequada distribuição do ônus do tempo do processo a depender de circunstâncias como a natureza do direito material envolvido, a postura do réu, a plausibilidade do autor, dentre outras circunstâncias.

⁶²³ ROQUE, André; DUARTE, Francisco Carlos. **As dimensões do tempo no processo civil: tempo quantitativo, qualitativo, e a duração razoável do processo**. RePro 218, abril/2013, p. 339/340. Sobre a duração razoável do processo no processo civil italiano, vide VIGORITI, Vicenzo. **Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália**. In RePro n. 43, julho-setembro/1986.

⁶²⁴ CABRAL, Antônio do Passo. **A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no projeto de novo Código de Processo Civil**. In: Novas tendência do Processo Civil. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA Pedro Miranda de. (organizadores). Salvador: JusPodvm, p. 76.

⁶²⁵ ANDOLINA, Italo. **“Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema dela tutela giurisdizionale**. Milano, Giuffrè, 1883, p. 20. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni **Tutela Antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 22.

⁶²⁶ TUCCI, José Rogério Cruz. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 113.

⁶²⁷ CABRAL, Antônio do Passo. **A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no projeto de novo Código de Processo Civil**. In: Novas tendência do Processo Civil. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA Pedro Miranda de. (organizadores). Salvador: JusPodvm, p. 76.

É preciso, portanto, que haja mecanismos processuais como meios de garantir o combate ao dano marginal, sob duas frentes: a) para redução do tempo do processo; b) para gestão e distribuição do ônus tempo no processo.

É nesse contexto que surge a outra influência do direito italiano com o estudo das tutelas jurisdicionais diferenciadas, introduzida por Andrea Proto Pisani⁶²⁸. Incorporadas pela doutrina brasileira, essa representa: *i) a reunião de vários procedimentos – estruturados a partir de certas peculiaridades de certas categorias de situações substanciais – (procedimentos especiais, e ainda ii) técnicas que, com base em cognição sumária, permitem a prestação da tutela jurisdicional*⁶²⁹.

A partir dessa apresentação, não se nega que a tutela jurisdicional diferenciada é um dos “meios” estabelecidos pelo legislador e aplicados pelo judiciário para a garantia da razoável duração do processo, conforme consagrado constitucionalmente. Busca-se com essas medidas mitigar, reduzir ou mesmo eliminar o dano marginal existente no processo⁶³⁰.

Como exemplo, são sempre lembradas: as tutelas provisórias de urgência (art. 300, CPC) e de evidência (art. 311, CPC), a técnica monitória (art. 700, CPC), os títulos executivos extrajudiciais (art. 771, CPC) o julgamento antecipado do mérito (art. 355, I, II, CPC), enfim, todos mecanismos que, na verdade, distribuem do ônus do tempo no processo e reduzem do dano marginal para uma das partes⁶³¹.

⁶²⁸ PISANI, Andrea Proto. **Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata. Appunti sulla giustizia civile**. Bari: Caccuci, 1982, p. 216.

⁶²⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil**. Revista de Informação legislativa. n 190, Brasília, abr./jun. 2011, p. 182. Importante ressaltar, porém, que não há um conceito unânime sobre “tutela jurisdicional diferenciada”. Humberto Theodoro Júnior (“As liminares e a tutela da urgência”, in Tutela jurisdicional de urgência - medidas cautelares e antecipatórias, 2ª ed., América-Jurídica, Rio de Janeiro, 2001, p.4) e José Roberto dos Santos Bedaque (Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009, p.25) também adotam essa dupla significação. Cândido Dinamarco (Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009, p.768.) prefere associar o conceito à proteção por via jurisdicional “mediante meios processuais particularmente ágeis e com fundamento em uma cognição sumária. Nesse mesmo sentido, constando a divergência, GRECO, Leonardo. **Os juizados e a tutela jurisdicional diferenciada**. Revista Eletrônica e Direito Processual, v.III, Disponível em: < http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/os-juizados-especiais-como-tutela-diferenciada#_ftn23>. Acesso em: 27/10/2017.

⁶³⁰ CABRAL, Antônio do Passo. **A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no projeto de novo Código de Processo Civil**. In: Novas tendências do Processo Civil. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA Pedro Miranda de. (organizadores). Salvador: JusPodivm, p. 82.

⁶³¹ Sobre as tutelas jurisdicionais diferenciadas adotadas pelo Código de Processo Civil de 2015, vide RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Processo Civil – volume único**. 6. ed, São Paulo: Forense, 2016, p. 387

Todavia, com o atual cenário de recorribilidade híbrida estabelecida pelo legislador (art. 1.015, art. 1.009, §3, CPC), nos parece que também o mandado de segurança contra ato judicial, como tutela jurisdicional diferenciada, cumprirá um importante papel no cumprimento do princípio da duração razoável do processo⁶³².

Justifica-se a assertiva, na medida em que, já se identificou no trabalho que um dos principais problemas da adoção deste sistema, ao deixar de apreciar as decisões interlocutórias não agraváveis em sede de apelação, é o risco da invalidação de muitos atos processuais após anos e anos de trâmite. É a “bomba-relógio” no processo que o próprio sistema de impugnação das interlocutórias criou⁶³³.

Dessa forma, se o próprio legislador nos oferece técnicas jurisdicionais diferenciadas para a adequação do direito processual ao direito material visando mitigar o ônus do tempo, porque não se admitir o mandado de segurança contra ato judicial quando há risco eminente de invalidação de atos processuais por uma decisão interlocutória com *error in procedendo* ou *error in iudicando* que possa causar um grave dano processual?

A norma estabelecida pelo artigo 1.009, §1, do CPC, que prevê o recurso de Apelação contra as interlocutórias não agraváveis, portanto, deve ser compatibilizada com o mandado de segurança contra ato judicial, por oferecer uma via alternativa que siga ao modelo constitucional do processo civil brasileiro, em que a tempestividade da tutela jurisdicional, de maneira inequívoca, é requisito fundamental para a garantia de um processo justo.

⁶³² “O mandado de segurança, a rigor, refere-se a técnica de cognição restrita e com tutela provisória liminar. Em última análise, trata-se de tutela jurisdicional diferenciada nos planos horizontal e vertical.” ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de Segurança**. 6ª. Ed, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 39.

⁶³³ “Postergar para o momento de julgamento da apelação o julgamento da impugnação da decisão interlocutória é armar uma verdadeira “bomba-relógio” no processo. Não é difícil imaginar o estrago que o acolhimento de uma impugnação da decisão interlocutória nesse momento procedimental ocasiona ao procedimento, ao anular todos os atos praticados posteriormente à decisão interlocutória impugnada. Basta imaginar um processo no qual a prova pericial é indeferida, a parte não pode agravar e levou 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. Volta-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, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. São Paulo: JusPodvum, 2017, p. 1560.

Entretanto, a ponderação necessária ao caso é que admitir o mandado de segurança com fundamento exclusivo na duração razoável do processo representaria tornar sem efeito a previsão do art. 1.009, §1, em conjunto com o art. 1.015 do CPC, deixando aberta a via do mandado de segurança para toda e qualquer hipótese não prevista no rol taxativo.

Nesse sentido, a única maneira de se compatibilizar essas regras, e ao mesmo tempo, não fechar a via de impugnação pelo *writ* para situações que mereçam ser tutelada pela via mandamental, é se exigir a demonstração de um perigo concreto da invalidação de muitos atos processuais, o que nos conduz, necessariamente, a aferição da plausibilidade das alegações do impetrante.

Isso porque, é inevitável que o julgador, ao realizar o juízo de admissibilidade, deixe de aferir as razões expostas em juízo para a ilegalidade do ato judicial questionado. Assim, mesmo diante de uma cognição sumária, demonstrada que há razões suficientes para que ato judicial seja revisto naquele momento, sob pena de um desperdício de cognição, a via mandamental deve ser admitida.

Outros fundamentos também nos levam a esse raciocínio.

O primeiro é que já defendemos a posição de que cumprir a duração razoável do processo é viabilizar uma impugnação imediata das decisões interlocutórias, considerando o risco de deixá-las por serem confirmadas somente em sede de apelação. Soma-se a isso, o fato de que a razoável duração do processo é um direito fundamental que compõe, necessariamente, da concepção de um processo justo. Assim, diante de um processo judicial extremamente moroso, não é de pequena monta deixar de apreciar imediatamente um ato judicial que se mostra eivado de *error in procedendo ou error in judicando*, ainda que por vias transversas, uma vez demonstrado concretamente esse risco ao processo diante das alegações realizadas.

Além disso, em nosso sentir, o que parece conduzir a jurisprudência para considerar como requisito do mandado de segurança contra ato judicial a “teratologia” das decisões judiciais, é justamente a necessidade de ter um “grau de probabilidade acentuado” de ilegalidade (*error in procedendo e error in judicando*) do ato judicial, justificando, assim, ser a medida

excepcional. Ou seja, é cediço o reconhecimento de que, ainda no juízo de admissibilidade, adentra-se (alegações) do mandado de segurança impetrado.

Todavia, já demonstramos no tópico 6.2.1.1, as razões pelas quais não consideramos a exigência teratologia como de direito. Em especial, no caso das interlocutórias não agraváveis, não é o ato judicial ser “aberrante” ou “anormal” que fará jus à admissão da via mandamental, e sim a existência plausibilidade suficiente para que uma via de impugnação alternativa e imediata seja aceita a fim de evitar um desperdício de cognição. E isso muda parte da compreensão acerca dos requisitos exigidos para a admissão do *writ*.

Não estaremos, nesse caso, “trocando seis por meia dúzia”. Dizer que um ato judicial deve ser teratológico para ser atacado pelo mandado de segurança pressupõe a realização de pelo menos dois juízos de cognição: i) sobre as alegações do impetrante, a probabilidade que o ato possa ser considerado ilegal; ii) que a decisão judicial proferida parece ser absurda/aberrante. Ao contrário disso, consideramos como de direito apenas o primeiro juízo, o segundo é irrelevante, senão vejamos a diferença por meio de exemplo a seguir.

Suponhamos que após a realização de um prova pericial, uma das partes considere o laudo pericial inconclusivo, requerendo ao juízo nova realização de prova, consoante ao art. 480 do CPC/2015⁶³⁴. Em seus fundamentos, o magistrado entende pela desnecessidade da medida, por entender que o laudo produzido é suficientemente claro para o convencimento do juízo. Insatisfeita, a parte sucumbente impetra um mandado de segurança. Se adotarmos um juízo de admissibilidade apenas baseado na plausibilidade das alegações, verificado motivos fortes para a insatisfação da parte, a via mandamental será admitida, sem maiores questionamentos. Em contrapartida, considerando a necessidade de teratologia, a decisão deveria ser absurda, isto é, fica sem resposta o quão o laudo deveria ser inconclusivo para que o *writ* fosse admitido.

Dessa forma, embora não se negue que em ambos os casos se estará diante juízos subjetivos, a exigência de teratologia exige do juízo que não possui qualquer relação com a necessidade de garantia do direito à duração razoável do processo, não se sustentando. Ademais, ainda dentro da aferição da plausibilidade, não se exclui a possibilidade de se estabelecer algum parâmetro

⁶³⁴Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida.

objetivo, como, por exemplo, a violação pelo juízo *a quo* a precedentes dos tribunais superiores pela decisão interlocutória proferida⁶³⁵.

Ressalva-se, que mesmo adentrando as alegações de mérito do impetrante, o juízo de admissibilidade fica restrito à admissão da via, ainda em sede de cognição sumária. A concessão ou não da segurança apenas será aferida em cognição exauriente ao final do procedimento.

De modo semelhante, Heitor Vitor Mendonça Sica já defendeu que diante da lesão grave e de difícil reparação do art. 522 do CPC/1973, quando da análise do dano processual, o que definiria o processamento pela via de impugnação imediata (o agravo de instrumento), e não pela diferida (agravo retido), seria a plausibilidade da pretensão recursal, ou seja, a razoável probabilidade de reforma da decisão, ainda no juízo de admissibilidade⁶³⁶. *Mutatis mutandis*, pensamos que o mesmo raciocínio pode ser aplicado também a impugnação das interlocutórias não agraváveis pelo mandado de segurança que não causem risco à invalidação de muitos atos processuais.

Sendo assim, demonstrado o risco de invalidação de muitos atos processuais por uma decisão interlocutória com vícios, aliada a plausibilidade das alegações, resta cumprida a premissa necessária para permissão de utilização de uma via mandamental, não tendo óbice a previsão do art. 5, II, da Lei. 12.016/09.

⁶³⁵ Fazendo referência à relevância na fundamentação no caso de liminar (art. 7, II, Lei 12.016/09) com relação à manifestação da jurisprudência, Cássio Scarpinella Bueno: “Diante da verificação que a tese do impetrante é acolhida pelos diversos tribunais brasileiros, inclusive (senão principalmente) pelo tribunal competente para apreciar aquela ação em grau recursal, a liminar deve ser concedida, pela necessidade de reconhecimento da relevância da fundamentação. Este, com efeito, parece-nos ser um critério de verificação objetiva da ocorrência dos elementos exigidos pelo legislador para fins de concessão de liminar em mandado de segurança, nos termos do art. 7.º, inc. II, da Lei 1.533/51.” **Liminar em mandado de segurança: um tema com variações**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 117.

⁶³⁶ “Diante disso, parece-nos que o único modo para que o art. 522 do CPC possa surtir algum efeito prático é englobar, na análise da admissibilidade do agravo de instrumento, a consideração à *plausibilidade da pretensão recursal*. E, na prática, é lógico e razoável que isso aconteça (ainda que não haja previsão legal nesse sentido). Ou seja, se houver razoável probabilidade da decisão recorrida vir a ser reformada, o relator acabará processando o recurso na forma instrumental, mesmo que não haja, própria e diretamente, risco de dano irreparável. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O agravo e o “mito de prometeu”**: considerações sobre a Lei 11.187/2005. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Volume 9. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 206.

A tutela de segurança, desse modo, se dará no sentido da “concessão de provimento imediato, satisfativo e realizador⁶³⁷”, a um direito eminentemente processual, que buscará, em nome do princípio da duração razoável do processo, evitar dilação indevida do processo que geraria a anulação/reforma dessa decisão apenas em sede de Apelação pela regra do art. 1.009, §3, do CPC.

A título de ilustração do risco de invalidade de muitos atos processuais, lembra-se das próprias decisões que versam sobre o indeferimento de prova pericial. Sabe-se que essa é uma prova estritamente técnica e que requer um procedimento minucioso com diversos atos processuais, tais como a escolha do perito, o arbitramento de honorários, a apresentação de quesitos, a indicação de assistentes técnicos, a emissão de pareceres, pedidos de esclarecimentos acerca dos quesitos apresentados, alegações finais. Enfim, todo esse trâmite disposto nos artigos 464 e art. 480 do CPC, demanda tempo e é capaz de atrasar por anos um processo judicial, caso a decisão de indeferimento seja anulada apenas pelo tribunal *ad quem* em sede de Apelação (art.1.009, §3, CPC).

Caso existisse plausibilidade suficiente para admissão da prova, esse seria, portanto, um típico caso em que o mandado de segurança seria medida adequada, demonstrado cabalmente o risco da invalidade de muitos atos processuais e a necessidade de realização da prova para o desfecho da lide.

É bom que se diga, aliás, que o mandado de segurança, como medida de garantia ao princípio da duração razoável do processo, já vem sendo utilizado demasiadas vezes para que o judiciário fixe prazo determinado para que a autoridade, em mora, julgue o processo em âmbito administrativo ou penal. Em consonância, já há algum tempo, parte da doutrina tem sustentado a possibilidade da utilização da via mandamental para os casos de processos judiciais em matéria cível com excesso de prazo para decisão, fim de que instância superior considere a mora jurisdicional, e também determine que seja a decisão proferida em tempo pré-fixado⁶³⁸.

⁶³⁷ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 309.

⁶³⁸ CABRAL, Antônio do Passo. **A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no projeto de novo Código de Processo Civil**. In: Novas tendências do Processo Civil. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA Pedro Miranda de. (organizadores). Salvador: JusPodvm, p. 76

Desse modo, se para a demora excessiva na tomada de decisões já há doutrina que a considera suficiente para se vislumbrar a impetração do mandado de segurança, com muito mais razão, quando se demonstra que determinada decisão interlocutória possui plausibilidade suficiente para ser reformada/anulada imediatamente por representar risco na invalidação de muitos atos processuais. Com isso, nesses casos, não se poderá excluir da apreciação imediata, invocando-se a regra infraconstitucional das decisões interlocutórias, como regra, serem impugnadas apenas em sede de Apelação (art. 1.009, §3, CPC), sob pena de descumprimento a um princípio constitucional (*art. 5, LXXVIII, CF*).

Vale lembrar também, embora não sendo de longe o principal argumento para a admissão do *writ*, que a mora jurisdicional excessiva, atualmente, é motivo suficiente para pretensões indenizatórias em face ao Estado. E, sem dúvidas, se uma decisão interlocutória não agravável proferida no curso do processo for anulada apenas em Apelação pelo juízo ‘*ad quem*’, representando grave atraso no processo, essa pode ser considerada uma dilação indevida do processo para fins de indenização⁶³⁹.

6.2.2.2.4 Conclusões sobre o dano irreparável e de difícil reparação.

Após passar por toda a evolução da concepção de dano irreparável e de difícil reparação e a sua relação com os princípios constitucionais, constata-se que não obstante seja esse o critério utilizado, de início, como balanço entre a admissibilidade ou não do mandado de segurança contra as decisões interlocutórias não agraváveis, em respeito à restrição infraconstitucional estabelecida pelo legislador, praticamente (senão todas) as decisões interlocutórias poderiam ser alvo da impetração do mandado de segurança.

No entanto, essa constatação em nada desmerece a utilização da via mandamental, que não se dará em substituição ao recurso de agravo de instrumento⁶⁴⁰, e sim na atuação como verdadeiro remédio para suprir as falhas deixadas pelo legislador⁶⁴¹.

⁶³⁹ Sobre a possibilidade de indenização do Estado pela dilação indevida do processo, TOALDO, Adriane Medianeira; TOALDO, Andréia Maria. **A responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional em face à EC 45/2004 garantidora da duração razoável do processo**. RePro n. 202, dezembro/2011.

⁶⁴⁰ “Em outros termos, o Mandado de Segurança não deve ser desfigurado de sua missão constitucional, substituindo recursos previstos no sistema processual. Deveras, o Mandado de Segurança poderá ser manejado contra decisão judicial somente se o sistema não oferecer mecanismo recursal eficaz para afastar os efeitos da decisão ou, de acordo com alguns precedentes do STF, se a decisão for causadora de dano irreparável ao impetrante da medida”. FUX, Luiz. **Mandado de Segurança**. 1. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 40.

Nesse sentido, resta claro que é em vão a escolha do legislador apenas por algumas decisões interlocutórias serem recorríveis de imediato, quando, na verdade, é impossível contemplar em um rol todas as aquelas que são capazes de causarem dano irreparável ou de difícil reparação, deixando claro o papel o mandado de segurança suprir essa “falha”, conforme já apontado anteriormente.

Isso porque, não é de hoje que se identifica que as decisões interlocutórias que produzirem dano irreparável ou de difícil reparação são a regra e não a exceção, motivo pelo qual, já na vigência do CPC/1973, temia-se a alteração do regime de preclusão das decisões interlocutórias, tal como acabou ocorrendo⁶⁴².

São lúcidas, nesse sentido, as palavras de Heitor Vitor Mendonça Sica ao expor que a verdade é que o legislador não pode fugir da natureza das coisas. As decisões interlocutórias, em essência, servem para “viabilizar a marcha do processo” e para remover “os obstáculos opostos a essa meta”⁶⁴³.

Desse modo, deixar a solução definitiva de tais questões para momento posterior poderia inviabilizar a marcha processual, ressuscitando em 2º grau obstáculos que foram apenas *provisoriamente* removidos na 1ª instância⁶⁴⁴.

Por serem, portanto, a regra das decisões interlocutórias, não há como se fechar o conceito de dano irreparável ou de difícil reparação. O que pode ser feito, no máximo, é dispor de maneira

⁶⁴¹ Desse modo, o mandado de segurança não pode ser utilizado como “um remédio alternativo à livre opção do interessado, e sim como instrumento que completa o sistema de remédios organizados pelo legislador processual, cobrindo falhas neste existentes no diz com a tutela de direitos líquidos e certos”. WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: RT, 1980. p. 67

⁶⁴² “A constatação de que as decisões interlocutórias passíveis de causar dano de difícil reparação constituem regra (e não exceção) serve também para descartar quaisquer propostas de se alterar o regime preclusivo do processo, com vistas a solucionar o tormentoso problema da recorribilidade das interlocutórias. A mudança seria drástica demais, sem visível benefício.” SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O agravo e o “mito de prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 207.

⁶⁴³ Ibid. p. 207.

⁶⁴⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O agravo e o “mito de prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006 *Idem. Idem.* p. 207/208.

exemplificada de algumas características fundamentais para que a decisão se aproxime desse conceito jurídico indeterminado.

No estudo apresentado, demonstrou-se como características aptas a demonstrar dano irreparável ou de difícil reparação, no caso das interlocutórias não agraváveis: a) a ausência de interesse recursal prospectivo, com o dano produzido pela decisão interlocutória consumado imediatamente; b) Em caso específico, por violação ao princípio do princípio do juiz natural nos casos que versam sobre competência; c) o risco de invalidade de muitos atos processuais;

No caso o item “a”, o dano irreparável ou de difícil reparação, em nosso sentir, se opera ‘*in re ipsa*’, sendo indispensável a sua demonstração em concreto. Do mesmo modo, todas aquelas decisões que versarem sobre competência, por serem questão indispensável ao deslinde do feito e sem a qual a jurisdição não pode operar.

Todavia, quanto aos riscos de invalidade de muitos atos processuais suficiente para admissão da via mandamental (item “c”), ainda que abstratamente os preceitos constitucionais mencionados sejam importantes, em prol de um sistema mais seguro e como forma de compatibilizar a utilização da medida com a restrição infraconstitucional (art. 1.009, §1, c/c art. 1.015, CPC), faz-se necessário a demonstração concreta de um dano processual de difícil reparação, inevitavelmente, a plausibilidade das alegações, nos termos da fundamentação já realizada.

Caso contrário, o mandado de segurança deve ser rejeitado liminarmente, com fundamento no art. 10, da Lei 12.016/09.

6.2.2.3 – Que não esteja coberta pela coisa julgada.

O art. 5, III, da Lei 12.016/09, é claro ao dispor que não caberá mandado de segurança de decisão transitada em julgado. No âmbito das decisões interlocutórias, por serem, em regra, decisões proferidas no curso do processo, sem encerrar uma fase ou todo o processo, a restrição pouco se aplica.

A exceção, porém, fica por conta das decisões interlocutórias que julgam parcialmente o processo com a resolução do mérito (art. 356, CPC) ou sem a resolução do mérito (art. 354, parágrafo único, CPC/2015),

Nesse sentido, sem maiores dificuldades, em seguimento à súmula 268 do STF⁶⁴⁵, editada na 2ª fase do mandado de segurança, não há como negar que a intenção do dispositivo, coerentemente, é inibir a substituição da ação autônoma e de interpretação restritiva típica para a desconstituição da coisa julgada: a ação rescisória.

6.2.3 Conclusões sobre o mandado de segurança como meio de impugnação imediato das decisões interlocutórias não agraváveis.

- O mandado de segurança contra ato judicial, assim como no CPC/1939, atuará na falha deixada pelo legislador.
- São os requisitos gerais do mandado de segurança contra ato judicial: a) ilegalidade ou abuso de poder (*error in procedendo ou error in iudicando*); b) direito líquido e certo; c) dano irreparável ou de difícil reparação; d) que não esteja coberta pela coisa julgada.
- Nas hipóteses em que inexistente interesse recursal prospectivo ou que os efeitos materiais de uma decisão se operará, o dano irreparável é considerado presumido (*in re ipsa*), por violação ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.
- Nas hipótese específica relativa à competência, caracteriza-se também o dano de difícil reparação *in re ipsa*, com fundamento no respeito ao princípio do juiz natural (art. 5, LV, CF).
- O dano processual de difícil reparação, com base no exclusivo risco da invalidação de muitos atos processuais e no princípio da duração razoável do processo, deve ser aferido em conjunto com a plausibilidade das alegações.

⁶⁴⁵ Enunciado da Súmula 268 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.”.

7 –UMA ANÁLISE SOBRE A FUNGIBILIDADE DE MEIOS: AGRAVO DE INSTRUMENTO COM INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA E MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL.

Por meio dos capítulos anteriores, trabalhamos com dois meios de impugnação que estão sendo os mais discutidos para a revisão imediata das decisões interlocutórias não agraváveis: o agravo de instrumento com interpretação extensiva e o mandado de segurança contra ato judicial.

De acordo com as ideias postas, traçamos a premissa de que somente a via mandamental poderia ser admitida.

Para tanto, traçamos os requisitos necessários para algumas hipóteses específicas (com dano irreparável ou de difícil reparação presumido) e outras com a necessária demonstração de plausibilidade. Nesse caso, não se fecha a via de imediata impugnação para as decisões interlocutórias que podem surgir do dia a dia do foro, e ao mesmo tempo, não se permite a total banalização da utilização do *writ*, em detrimento da regra estabelecida pelo art. 1.015 c/c art. 1.009, §1, do CPC.

Todavia, embora se tenha uma posição firme quanto ao meio de impugnação cabível, o que fica claro, durante toda a exposição, é a grande divergência doutrinária e jurisprudencial que prevalece sobre a admissão da interpretação extensiva determinadas hipóteses, repetindo um cenário de insegurança jurídica já vivido durante do Código de Processo Civil de 1939.

Ressalta-se que esse ambiente de “zona cinzenta” se agrava, ainda mais, por alguns fatores.

O primeiro deles é quando nos damos conta de que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) não tem provido a segurança jurídica na interpretação de enumerações taxativas, não se sabendo ao certo o que é interpretação extensiva, o que é interpretação analógica, e os critérios estabelecidos para admissão dos recursos nessas hipóteses. Retrata esse momento de

instabilidade a própria afetação pelo *Resp* n. 1.704.520/MT, nos termos do art. 1.036⁶⁴⁶, para uma definição sobre os caminhos que serão tomados acerca pelo órgão jurisdicional.

Ademais, já vimos que para cada escolha do meio cabível há consequências jurídicas relevantíssimas. Basta nos atermos, ao instituto da preclusão (no caso da utilização do agravo de instrumento com interpretação extensiva), e no juízo de admissibilidade totalmente distinto em ambos os casos, a título de exemplo, o prazo dilatado para a utilização do mandado de segurança de 120 (cento e vinte) dias.

Com base nessa pequena introdução, busca-se no último capítulo do trabalho discutir a aplicação de técnicas que sejam suficientes e aptas para mitigar os efeitos das divergências apontadas para as partes, de forma que garantam que não haja surpresas e prejuízos diante desse cenário, ainda nebuloso, na impugnação das interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015.

7.1 – A FUNGIBILIDADE DE MEIOS.

Nos tópicos seguintes, trabalharemos com o instituto da “fungibilidade de meios” como alternativa a garantir a segurança da parte e a possibilidade de se insurgir sem ônus de uma decisão interlocutória, optando um dos meios de impugnação desenvolvidos no trabalho. Para tanto, levaremos em consideração os diversos significados que tem se atribuído ao termo “fungibilidade”. Após, estudaremos a fungibilidade recursal como paradigma para adentrarmos à fungibilidade de meios, chegando, ao final, pela análise, em concreto, da fungibilidade ou conversão entre mandado de segurança e agravo de instrumento com interpretação extensiva.

7.1.1 Um breve estudo sobre o termo “fungibilidade” no direito processual.

O termo “fungibilidade”, por si só, sugere uma gama de significados, e não foram poucos os estudos que se dedicaram ao tema⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

Em comum, os estudos concluem que o sentido mais fiel e adequado de “fungibilidade”, decorre da concepção advinda do direito civil. São fungíveis prestações ou bens que se equivalem, que podem ser substituídos por outros de mesma espécie, qualidade ou quantidade⁶⁴⁸.

No direito processual civil, porém, nem sempre é esse “verdadeiro sentido” do termo fungibilidade é seguido. Aliás, essa não é a regra.

Demonstravam essa realidade, as próprias hipóteses legais de fungibilidade expressas no CPC/1973 - como a fungibilidade das cautelares e antecipatórias (art. 273, §7), fungibilidade das possessórias (art. 920) – que ao autorizarem a conversão da hipótese eleita pela parte por aquela tida como correta, pressupunham, logicamente, apenas uma via adequada para tutelar a hipótese⁶⁴⁹.

Logo, ficava claro que não havia indiferença quanto ao caminho adotado pela parte para tutelar o direito material, e sim aquele tecnicamente adequado. Essa mesma tendência também se revela parece na fungibilidade recursal, que por merecer um estudo específico, passa a se desenvolver no próximo tópico.

7.1.2 A fungibilidade recursal.

A fungibilidade recursal, por sua vez, tem sua origem na disposição expressa no art. 810 do CPC/1939⁶⁵⁰, e representa uma conquista doutrinária no início da vigência do CPC/1973, após muitos debates, para demonstrar que aquele sistema recursal não era perfeito⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ A título de exemplo: MACHADO, Marcelo Pacheco. **Incerteza e Processo**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. **O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2011; AMENDOEIRA JR., Sidney. **Fungibilidade de Meios**. São Paulo, Atlas: 2008

⁶⁴⁸ AMENDOEIRA JR., Sidney. **Fungibilidade de Meios**. São Paulo, Atlas: 2008, p. 1. MACHADO, Marcelo Pacheco. **Incerteza e Processo**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72.

⁶⁴⁹ MACHADO, Marcelo Pacheco. **Incerteza e Processo**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73-76.

⁶⁵⁰ Art. 810. Salvo hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento.

⁶⁵¹ O dispositivo não se repetiu no CPC/73, na medida em que, o próprio Alfredo Buzaid, afirmava não haver necessidade da utilização do referido princípio, ante a clareza daquele novo sistema processual, fato que levou a doutrina e a jurisprudência no início admitir a extinção do referido princípio. Entretanto, com o tempo, foram surgindo os problemas decorrente desse sistema, levando após muito debate, ao resgate desse princípio como auxiliador em hipóteses de crise de certeza, ou dúvida objetiva. Nesse sentido, JORGE, Flavio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7ª ed. Ed. RT, São Paulo, 2015, p. 219/220.

O significado mais claro da expressão – e não o único⁶⁵² - se dá quando o julgador, diante uma dúvida objetiva, recebe o recurso (que reputa inadequado) por outro (que reputa adequado), superando o juízo de admissibilidade.

Isso nos quer dizer que, também, nesse caso, subentende-se um caminho correto, e outro incorreto para alcançar o objetivo almejado⁶⁵³.

O CPC/15, embora também não faça previsão genérica do princípio tal com o CPC/1939, deixa clara a previsão da fungibilidade recursal em concreto, como, por exemplo, nos artigos 1.032⁶⁵⁴ e 1.033⁶⁵⁵ do CPC/2015. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao verificar que o recurso especial interposto versa sobre questão constitucional, deverá intimar o recorrente para demonstrar a repercussão geral e remeter ao Supremo Tribunal Federal (STF), sendo a recíproca verdadeira quando o STF, ao realizar o juízo de admissibilidade, verifique a ocorrência de inconstitucionalidade reflexa. A possibilidade vem colocar uma pá de cal na dúvida que muitas das vezes se tinha na distinção entre violação a Constituição Federal e violação à lei federal⁶⁵⁶.

Importante dizer que a fungibilidade recursal decorre do princípio da instrumentalidade das formas⁶⁵⁷, e possui como objetivo, principalmente, “que por um erro do sistema, quanto ao recurso cabível contra determinada decisão, não pode prejudicar a parte⁶⁵⁸”.

⁶⁵² Também reputa-se fungibilidade recursal quando não há qualquer hipótese de dúvida objetiva, simplesmente o julgador ao analisar o conteúdo do recurso interposto para recebê-lo de acordo com sua própria natureza, desconsiderando o seu *nomen juris*. Exemplo clássico é o recebimento dos embargos de declaração como agravo interno. MACHADO, Marcelo Pacheco. **Incerteza e Processo**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76-77. O CPC/15, por sua vez, admite a hipótese pelo art. 1.024, §3: “O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, §1”.

⁶⁵³ MACHADO, Marcelo Pacheco. **Incerteza e Processo**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77.

⁶⁵⁴ Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

⁶⁵⁵ Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

⁶⁵⁶ JORGE, Flavio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. São Paulo: RT, 2015, p. 328.

⁶⁵⁷ Nesse sentido, JORGE, Flavio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. São Paulo: RT, 2015, p. 317; YARSHELL, Flávio Luiz. **A fungibilidade recursal e a nova disciplina do agravo**. Revista do Advogado. nº 48, 1996, p. 60-61; LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da fungibilidade no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 148. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e ação**

Quanto aos requisitos necessários, como ditos já retratados pelo próprio significado atribuído, inicialmente, a dúvida objetiva e a inexistência de erro grosseiro continuam a ser o únicos considerados para a aplicação desse princípio, e para o abrandamento do cabimento recursal⁶⁵⁹.

Esses requisitos estão presentes todas as vezes que há divergência doutrinária, jurisprudencial, ou mesmo quando o texto legal possa levar o recorrente a interpor o recurso incorreto pelo correto⁶⁶⁰. O STJ, por último, tem entendido ainda ser possível a fungibilidade quando o próprio juízo ‘*a quo*’ induz o recorrente a erro nomeando o pronunciamento judicial equivocadamente⁶⁶¹.

A exigência da dúvida objetiva nasce da própria tipicidade dos recursos, que uma vez sendo possível o seu cabimento, exclui todos os demais meios. Por isso, somente quando há uma falha no sistema, gerando incertezas, tenho uma exceção ao requisito do cabimento⁶⁶².

Superado os requisitos, outra questão relevante que merece consideração se dá em relação ao procedimento de aplicação da fungibilidade recursal. Nesse ponto, há 2 (duas) correntes que facilmente são identificadas.

A primeira delas defende que se proceda a substituição do recurso inadequado pelo recurso correto, adotando o regime jurídico do recurso que substituiu o anterior. Nesse caso, o

rescisória. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70. Em sentido oposto, MACHADO, Marcelo Pacheco. **Incerteza e Processo**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 173/174.

⁶⁵⁸ Ibid. p. 320.

⁶⁵⁹ Nesse sentido, JORGE, Flavio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. São Paulo: RT, 2015, p. 321/322. Em discordância, Sidney Amendoeira Jr.: “Apenas par aque não paire qualquer dúvida, a exigência de dúvida objetiva para a aplicação do princípio corresponde a uma indevida limitação perpetrada pela doutrina e pela jurisprudência, por mero apego à letra da lei anterior, somada a um grande temor, injustificado, o que nos parece, que a aplicação ampla do princípio leve, certamente ao seu desvirtuamento. Não podemos concordar com isso, já que o princípio tem por mote principal, justamente, o pleno aproveitamento dos atos processuais praticados, desde que se prestem a exprimir sua finalidade, e não causem prejuízos à outra parte.” **Fungibilidade de Meios**. São Paulo, Atlas: 2008, p. 131.

⁶⁶⁰ “Assim, o que interessa para a aplicação do princípio da fungibilidade é que exista divergência ou na doutrina ou na jurisprudência, ou ainda que o próprio texto legal possa levar o recorrente a interpor o recurso tido como errado ao invés do correto.” JORGE, Flavio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. São Paulo: RT, 2015, p. 322.

⁶⁶¹ REsp 1631873/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 13/12/2016..

⁶⁶² “(...) A fungibilidade recursal, por sua vez, pressupõe a existência de um meio processual típico (cujo cabimento exclui o cabimento de qualquer outro meio)” MACHADO, Marcelo Pacheco. **Incerteza e Processo**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 80.

jugador realiza uma conversão do recurso adequado, necessitando ou não de adaptações⁶⁶³. Na mesma corrente, com relação ao requisito da tempestividade, já houve aqueles que defendessem que o prazo a ser considerado, é sempre aquele do recurso tido como correto. Dessa forma, se a parte interpõe erroneamente outro recurso cujo prazo é menor, isso implicaria necessariamente na impossibilidade de se admiti-lo, por ter transcorrido o prazo *in albis*⁶⁶⁴. Infelizmente, é o entendimento que ainda parece prevalecer na jurisprudência do STJ⁶⁶⁵.

A grande parte da doutrina, porém, entende que a interposição no prazo do recurso tido como correto é irrelevante. Isso porque, não há que se admitir a possibilidade da parte, diante da dúvida objetiva, mesmo após analisar a lei, a doutrina e a jurisprudência, confiando em sua análise, tenha de interpor o recurso correto no prazo daquele que se entende como errado⁶⁶⁶. Ademais, uma vez realizada a substituição de um recurso pelo outro, o procedimento e todos os requisitos de admissibilidade, incluindo o prazo recursal, devem ser alterados⁶⁶⁷.

Uma segunda corrente, por sua vez, defende que a dúvida objetiva faz com que ambos os recursos utilizados pelas partes sejam aceitos, afinal, se a própria jurisprudência e doutrina oscilam sobre a hipótese de cabimento, não haveria sentido em se exigir que a parte soubesse qual o recurso cabível, excluindo qualquer controvérsia acerca de aspectos procedimentais ou mesmo da tempestividade dos recursos⁶⁶⁸. Pois bem.

⁶⁶³JORGE, Flavio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. São Paulo: RT, 2015, p. 321/322;

⁶⁶⁴ Não por outro motivo, a questão atinente ao prazo era colocado no CPC/1939 como um terceiro requisito para a fungibilidade. Assim, a parte deveria interpor o recurso no prazo do recurso tido como correto, porque transcorrendo esse último, a decisão já teria transitado em julgado. NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 172.

⁶⁶⁵ Dentre os julgados: REsp 1631873/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 13/12/2016; AgRg no AgRg no AREsp 616.226/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 21/05/2015.

⁶⁶⁶ “Hoje, porém, a maior parte da doutrina já considera que nada há de errado com a utilização do prazo maior para a interposição de recurso que se acreditar ser o recurso adequado. É uma questão de lógica: não é nada razoável exigir-se que a parte utilize o menor prazo se o do recurso por ela considerado correto para impugnar o ato decisório é maior. O que o recorrente deve observar, sim, é o prazo do recurso por ele considerado como correto. Nada mais, nada menos. AMENDOEIRA JR., Sidney. **Fungibilidade de Meios**. São Paulo, Atlas: 2008, p. 131. Nesse sentido, NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 172/174.

⁶⁶⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 174.

⁶⁶⁸ “De fato, se há incerteza, devemos pautar como razoável a opção, feita pelo recorrente, em favor de qualquer um dos meios processuais colocados em dúvidas. Na falta de parâmetros objetivos, capazes de fornecer segurança aos sujeitos processuais, a escolha de um tipo recursal, em detrimento de outro, torna-se legítima, e, por este motivo, nem sequer poderia ser classificada como um “erro”, muito menos com um “erro grosseiro”. A dúvida objetiva, portanto, é requisito que, uma vez identificado, afasta por completo a possibilidade de “erro grosseiro” MACHADO, Marcelo Pacheco. **Incerteza e Processo**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 80. “Que fazer, porém, quando doutrina e jurisprudência, mesmo após sucessivas interpretações de determinado texto, não

As considerações são necessárias porque a fungibilidade recursal será um dos paradigmas necessários para adentrarmos ao tema da fungibilidade de meios⁶⁶⁹.

É que a complexidade do ordenamento processual, logo demonstrou outras situações em que a parte, dentro desse contexto de dúvida, se perguntava, por exemplo, sobre a possibilidade de manejar determinada ação rescindir coisa julgada formada sem citação do litisconsorte necessário; sobre qual o meio adequado para se atribuir efeito suspensivo aos recursos excepcionais; se diante determinada situação como as liminares concedidas no mandado de segurança, caberia o agravo de instrumento ou outro mandado de segurança⁶⁷⁰; enfim, logo se constatou que o espectro da fungibilidade bem mais amplo deveria ser aplicado para atingir os “meios”, como instrumentos de aplicação de uma tutela de direito material.

7.1.3 Fungibilidade de meios ou conversão de meios?

A expressão “fungibilidade de meios” é ambígua e designa situações totalmente distintas.

Em uma primeira acepção, a concepção do termo “fungibilidade de meios” pressupõe a diversidade de meios para que se chegue a um mesmo fim, bem mais próxima “a verdadeira fungibilidade” no direito civil. Trata-se de diversidade dos canais de acesso à tutela jurisdicional⁶⁷¹.

logram chegar a um consenso em torno do seu sentido normativo? Sobretudo em matéria processual – quando dessa interpretação depender a definição do meio adequado para a tutela de determinada posição jurídica -, como exigir das partes que o saibam ou que prevejam o desfecho do impasse hermenêutico, ainda irresoluto na doutrina e na jurisprudência? Em casos desse naipe, forçoso admitir que o litigante se valha – sem senões – de qualquer dos meios postulatórios envolvidos na disputa doutrinária e/ou jurisprudencial. Bastará perfilhar uma das linhas interpretativas e sua escolha resultará legítima, pois se a lei não pôde definir com precisão um único meio adequado à tutela da posição daquele, e se a doutrina tampouco a jurisprudência conseguiram fazê-lo, então o ato praticado estará protegido por aquele halo de indeterminação, dentro do qual as opções do indivíduo são livres e, pois, admissíveis.” OLIVEIRA, Bruno Silveira de. **O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 160.

⁶⁶⁹ “Mas não é só! As ideias inerentes ao princípio da fungibilidade recursal vêm sendo utilizadas por alguns doutrinadores como fundamento e paradigma pra extrapolar sua utilização para além dos recursos e dos casos prévios e expressamente previstos em lei.” AMENDOEIRA JR., Sidney. **Fungibilidade de Meios**. São Paulo, Atlas: 2008, p. 5.

⁶⁷⁰ Vários outros exemplos são trabalhados por Teresa Arruda Alvim Wambier, no artigo “o princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo”. In: Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005, p. 739/793.

⁶⁷¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 117

É o caso das tutelas jurisdicionais diferenciadas: a parte pode optar por utilizá-las ou não. Em tempos distintos, ambas levarão a mesmo objetivo. Vejamos, por exemplo, o procedimento monitorio. A sua utilização pode auxiliar a parte na formação de um título executivo de maneira mais célere, nada impede, porém, que por qualquer outro motivo, a mesma decida por ajuizar uma ação de conhecimento, renunciando a via rápida. Em suma, ambos os caminhos chegarão ao mesmo fim⁶⁷².

De outro lado, outra significação da fungibilidade meios representa a possibilidade de conversão de um meio pelo outro, pressupondo, mais uma vez, a utilização de um meio correto e outro incorreto para atingir um determinado objetivo⁶⁷³.

Diante dessa ambiguidade, Marcelo Pacheco Machado defende que, nesse caso, o termo mais adequado para se empregar à essa hipótese específica, seria “conversão de meios”, já que não se trataria propriamente de uma fungibilidade⁶⁷⁴.

Sidney Amendoeira Jr., por sua vez, embora reconhecendo que a “verdadeira fungibilidade” pressupõe indiferença quanto aos meios, permanece com a utilização da expressão “fungibilidade de meios, se justificando em razão do uso que a doutrina faz em geral do termo fungibilidade, e ainda porque o vocábulo “meios” é importante para designar todos os tipos de fungibilidade que podem existir: fungibilidade de demandas, de provimentos, outros de ritos, e até mesmo dos recursos⁶⁷⁵.

Demonstrada as divergências terminológicas, é justamente sob a ótica da fungibilidade de meios como conversão, que passamos a trabalhar na hipótese de mandado de segurança e agravo de instrumento, a partir de agora.

7.1.4 Fungibilidade de mandado de segurança e agravo de instrumento.

⁶⁷² “Essa concepção de fungibilidade se aproxima da fungibilidade estabelecida no direito material e permite tanto o uso de um meio, quanto de outro, indistintamente. Qualquer dos caminhos escolhidos terá a mesma aptidão de conceder a tutela jurisdicional a quem tem direito, muito embora em determinadas hipóteses um caminho possa ser mais longo e mais custoso.” MACHADO, Marcelo Pacheco. **Incerteza e Processo**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79.

⁶⁷³ MACHADO, Marcelo Pacheco. **Incerteza e Processo**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82.

⁶⁷⁴ Ibid. p. 82.

⁶⁷⁵ AMENDOEIRA JR., Sidney. **Fungibilidade de Meios**. São Paulo, Atlas: 2008, p. 134.

Não é novidade a discussão sobre a possibilidade da conversão de mandado de segurança e agravo de instrumento, e vice-versa.

Durante algum tempo houve controvérsia a respeito da possibilidade se impetrar mandado de segurança ou de se interpor recurso de agravo de instrumento da decisão que concede ou nega a liminar em sede do procedimento do próprio mandado de segurança.

Em análise à hipótese, Sidney Amendoeira Jr. dispôs sobre a verdadeira gangorra, vivida naquele momento pela jurisprudência dos Tribunais⁶⁷⁶, não existindo qualquer critério seguro para manejar um ou outro meio de impugnação. Da parte do autor, embora a interposição do agravo de instrumento seria a hipótese mais indicada, diante da instabilidade vivida, não se negava a necessidade da aplicação da fungibilidade, caso a parte impetrasse o *writ* em detrimento do recurso⁶⁷⁷.

No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier sempre destacou o impasse jurisprudencial e doutrinário sobre a questão, defendendo também o agravo de instrumento como meio correto, na oportunidade, mas deixando claro que, enquanto não se pacificasse no plano da doutrina e da jurisprudência, os tribunais, ainda se decidissem pelo descabimento do agravo, deveriam “recebê-lo como se tratasse de outro mandado de segurança e vice-versa⁶⁷⁸”.

Desse modo, embora a questão tenha sido superada por disposição expressa pelo art. 7, §1, da Lei 12.016/09⁶⁷⁹, abriu-se o caminho para a desmistificação da possibilidade de conversão de um recurso de agravo de instrumento em mandado de segurança, e também na hipótese contrária.

Isso não quer dizer, porém, que a fungibilidade entre mandado de segurança e agravo instrumento seja vista com tranquilidade pela jurisprudência, e a própria experiência com essa hipótese é que nos diz isso. Não raras vezes essa fungibilidade/conversão era negada em razão

⁶⁷⁶ AMENDOEIRA JR., Sidney. **Fungibilidade de Meios**. São Paulo, Atlas: 2008, p. 134. p.204-207.

⁶⁷⁷ Ibid. p. 207

⁶⁷⁸ **O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005, p. 784.

⁶⁷⁹ Art. 7º, § 1º: Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

de questões meramente procedimentais⁶⁸⁰, tais como: a mudança de competência interna do órgão julgador, intimações específicas do procedimento do mandado de segurança, tempestividade, etc.

A respeito dessa resistência, que insistia em aprisionar a necessidade de impugnação imediata pela parte, Teresa Arruda Alvim Wambier relutou que as figuras e os institutos processuais são todos frutos de convenções. Algumas delas para tornar o sistema mais operativo e funcional - como as regras relativas à competência - e outras representantes de verdadeiras conquistas, que traduzem um considerável avanço da civilização⁶⁸¹.

Nesse sentido, entre o choque dessas convenções, haveria, logicamente, que se sobressair àquelas consideradas como verdadeiras conquistas sobre aquelas destinadas a função meramente instrumental. Nesse sentido, dispõe a autora:

(...) significa atribuir equivocadamente valor diferenciado àquelas regras (meras convenções de função instrumental) em detrimento deste tipo regra (este último de que tratei: regras em que se consubstanciam em conquistas do homem), afirmar-se, por exemplo, que não se pode aplicar o princípio da fungibilidade entre mandado de segurança e reclamação, porque, pura, e simplesmente, não haveria como converter uma medida na outra!!

Imperativo, portanto, que se afaste de vez a ideia de a conversibilidade é pressuposto da possibilidade de incidência do princípio da fungibilidade, este sim que privilegia valores ligados à conquista do homem.⁶⁸²

Nesse aspecto, fica claro que a ordem procedimental não deve ser óbice à finalidade do ato processual, qual seja a impugnação de questões que fazem jus a revisão imediata pelo juízo *ad quem*.

Diante das divergências jurisprudenciais e doutrinárias acerca do meio de impugnação cabível das interlocutórias não agraváveis (sem interpretação extensiva), a fungibilidade de meios entre agravo de instrumento e mandado de segurança passa novamente a ser considerada. Nesse aspecto, as lições da autora passam a ser atuais, na medida em que possa se causar uma resistência ou mesmo “estranheza” pela atual jurisprudência sobre a aplicação dessa fungibilidade.

⁶⁸⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da Fungibilidade.** *Revista de Processo*, nº 137, ed. Revista dos Tribunais, Julh. 2006, p. 136/137.

⁶⁸¹ *Ibid.* p. 136/137

⁶⁸² *Ibid.* p. 136/137

Por esse motivo, passemos a enfrentar especificamente os aspectos procedimentais que, em tese, afastariam a possibilidade de fungibilidade de meios entre o agravo de instrumento com interpretação extensiva e o mandado de segurança impetrado contra as decisões interlocutórias que estejam literalmente fora do rol do art. 1.015 do CPC, senão vejamos.

7.2.4.1 A competência.

De início, não se identifica a dificuldade com relação à competência para a apreciação do juízo de admissibilidade, visto que tanto o mandado de segurança contra ato judicial, quanto o Agravo de Instrumento, após a Lei nº 9.139/1995, são interpostos em segunda instância.

A única dificuldade a ser enfrentada seria a distinção de competências dentro do próprio tribunal para julgamento. Entretanto, nem sempre isso ocorre. É exemplo a previsão do regimento interno do TJ/ES: o julgamento tanto do mandado de segurança contra ato judicial, quanto do agravo de instrumento são de competência das Câmaras Cíveis Isoladas (Art. 54, I, “f” c/c Art. 54, II, “a”)⁶⁸³.

De toda forma, ainda que haja distinção no procedimento, uma norma administrativa não deve se sobrepor ao direito da parte de ter sua impugnação apreciada pelo juízo *ad quem*.

7.2.4.2 Os requisitos de admissibilidade e os meios probatórios.

Quanto aos requisitos de admissibilidade, acreditamos que as lições da fungibilidade recursal servirão de paradigma também para a fungibilidade que estamos tratando. Nesse sentido, seguindo a corrente que admite, diante da dúvida objetiva, ambas as hipóteses vislumbradas, não haveria sequer, logicamente, a necessidade de conversão.

⁶⁸³ Art. 54 - Às Câmaras Cíveis Isoladas, compete: I - processar e julgar: (...) f) - o mandado de segurança contra o ato ou decisão de juiz de direito, quando se tratar de matéria cível; II - julgar: a) - os recursos contra decisões de juízes das Varas Cíveis e dos Juízes da Infância e da Juventude em matéria cível, abrangendo as hipóteses previstas nos artigos 148, incisos III a VII, e parágrafo único e 149, todos da Lei nº 8.069/90 (ECONOMIA). **Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.** Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br/corregedoria/wp-content/uploads/2016/06/REGIMENTO-INTERNO-TJES-ATUALIZADO-ATE-28-DE-AGOSTO-DE2017.pdf>>. Acesso em: 28/02/2018.

Entretanto, para a outra corrente, os requisitos a serem considerados serão daqueles do meio de impugnação tido como adequado para revisão imediata da decisão proferida⁶⁸⁴.

Não haverá, é bom que se diga uma mudança drástica na análise dos meios. Já vimos que o conceito de legalidade para aferição no mandado de segurança contra ato judicial, de maneira idêntica ao agravo de instrumento, passa pela aferição de *error in iudicando ou in procedendo*⁶⁸⁵. Identificamos também que a figura do dano irreparável ou de difícil reparação, implicitamente considerada no agravo de instrumento, também deve estar prevista no mandado de segurança.

Da mesma maneira, não haveria óbice ao requisito do direito líquido e certo, já esse conceito recai sobre a demonstração de prova documental, e tanto o mandado de segurança quanto o agravo de instrumento, em que somente as provas documentais ou já documentadas acompanham o writ, e no segundo caso, formam o instrumento do agravo.

Caso, entretanto, na hipótese de conversão do *writ* para o agravo de instrumento, faltasse alguma das peças dispostas no art. 1017, incisos I, II e III⁶⁸⁶, aplicar-se-ia o §3 do próprio art. 1.017⁶⁸⁷, intimando-se a parte para sanabilidade do vício apontado.

Por último, também na hipótese de conversão em agravo de instrumento, é preciso que a parte, na medida em que o procedimento será aquele previsto para esse recurso, também realize as informações de agravo, exigidas pelo art. 1.018, §3, do CPC/2015⁶⁸⁸, embora o

⁶⁸⁴ JORGE, Flavio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7ª ed, São Paulo: RT, 2015, p. 332; NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 175.

⁶⁸⁵ Ibid. p. 291.

⁶⁸⁶ Art. 1.017. A petição de agravo de instrumento será instruída:

I - obrigatoriamente, com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

II - com declaração de inexistência de qualquer dos documentos referidos no inciso I, feita pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal;

III - facultativamente, com outras peças que o agravante reputar úteis.

⁶⁸⁷ Art. 1.017. (...)

§ 3º Na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único.

⁶⁸⁸ Art. 1.018. O agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso. (...)

§ 2º Não sendo eletrônicos os autos, o agravante tomará a providência prevista no caput, no prazo de 3 (três) dias a contar da interposição do agravo de instrumento.

descumprimento do ônus continue não sendo hipótese de inadmissibilidade *ex officio* pelo julgador.

7.2.4.3 As custas processuais e intimações necessárias.

No que tange às custas processuais, existindo diferença entre o valor a prevista para o recurso em questão e aquela do mandado de segurança, o fato ensejaria, de imediato, a utilização do art. 1007, §2, CPC, para que a parte seja intimada para complementar as custas recolhidas, em caso de conversão para Agravo de Instrumento. Na hipótese contrária, não poderia se imaginar, novamente, que uma irregularidade de pequena monta, pudesse fulminar o exercício da parte em se insurgir sobre a questão.

Em relação às intimações necessárias, é cediço que também no procedimento do mandado de segurança contra ato judicial, tal como ocorre no agravo de instrumento, deve haver o contraditório da outra parte da relação processual. Logicamente, porque da decretação de ilegalidade do *decisium* tem como consequência imediata a inversão da sucumbência, sendo de direito a influência no julgamento, nos termos do art. 10 do CPC/2015⁶⁸⁹.

Quanto às intimações inerentes ao procedimento do mandado de segurança, a primeira do Ministério Público (art. 12, Lei 12.016/09), e da pessoa jurídica de direito público vinculada a autoridade coatora, também não haveria dificuldades.

7.3.4.4 – A tempestividade

Questão, porém, que merece maior atenção é com relação à tempestividade do meio de impugnação. Como se sabe, o prazo decadencial do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias (art. 23, da Lei 12.016/2009), diferente do recurso de Agravo de Instrumento que possui prazo de 15 (quinze) dias (art. 1.003, §5, CPC/2015).

Nesse ponto, acreditamos que também lições sobre consideração dos prazos na fungibilidade recursal, trabalhadas no tópico 7.1.2, deverão servir de paradigma para uma solução para a controvérsia.

⁶⁸⁹ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício

Assim, para a conversão do agravo de instrumento para o mandado de segurança não haveria qualquer problema, já que o prazo do último é maior que o do primeiro. Porém, mesmo na hipótese contrária, acreditamos que também não existirá óbice.

Isso porque, pelos mesmos motivos já apresentados, se diante da dúvida objetiva, opta a parte pela utilização do mandado de segurança é porque entendia, mesmo diante da incerteza, de que seria esse o meio de impugnação correto para a hipótese, é razoável, portanto, que seguisse friamente o prazo próprio daquela medida. Ademais, mesmo que se questione acerca da possibilidade de utilização do prazo maior como pela possível má-fé da parte, sabe-se da máxima do direito de que essa não se presume⁶⁹⁰.

Vale também a reflexão, nesse aspecto, o posicionamento do STJ, no *RMS 43.4239/MG*, *j. 24.09.2013*, *rel. Min. Nancy Andrighi*, com relação ao prazo do mandado de segurança impetrado contra decisão irrecorrível – decisão que convertida o agravo de instrumento em agravo retido (art. 527, II, CPC/1973) – decidindo que seria esse o mesmo para a interposição de embargos de declaração, ou seja, 5 (cinco) dias.

A razão de decidir utilizada no referido julgado foi a de que os embargos de declaração são sempre cabíveis contra qualquer decisão, assim, o trânsito em julgado seria certificado somente depois de transcorrido esse prazo. Portanto, caso a parte não impetrasse o *writ* dentro desse prazo de 5 (cinco) dias, a decisão estaria imutável pela qualidade da coisa julgada, e, por conseguinte, estaria impedida a via o *mandamus*, nos termos do art. 5, III, da Lei 12.016/09.

Flávio Cheim Jorge, ao comentar o julgado, apresenta as razões pelas quais não coaduna com o entendimento exposto⁶⁹¹. Em primeiro lugar, porque o *mandamus* como meio não recursal, mas como meio autônomo de impugnação, não impede o trânsito em julgado da decisão judicial. Assim, independente do prazo em que o mandado de segurança foi impetrado, por não ser fenômeno endoprocessual, a preclusão se operaria de qualquer maneira.⁶⁹²

⁶⁹⁰ “(...) Anota-se que o recorrente não precisa demonstrar boa-fé ao recorrer, já que esta é presumida. Ao contrário, a má-fé não se presume.” NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 174.

⁶⁹¹ JORGE, Flavio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7ª ed, São Paulo: RT, 2015, p.298/300.

⁶⁹² *Ibid.* p. 283.

Ademais, nada impede que o *writ* seja impetrado em face de última decisão proferida em processo, que caso não recorrida, venha a proporcionar o trânsito julgado, é o caso do mandado de segurança impetrado em face de decisão que julga os embargos de declaração intempestivos. Assim, a função principal do writ não é a desconstituir a coisa julgada, fazendo às vezes da ação rescisória. Tal desconstituição, por sua vez, é uma consequência da concessão da segurança pelo juízo.

As lições também podem ser adotadas, em parte, no caso da impugnação das interlocutórias pelo mandado de segurança, já que, de toda maneira, a utilização da via mandamental contra uma decisão interlocutória também não teria o condão de impedir a preclusão, não devendo o julgado servir de paradigma para barrar a fungibilidade de agravo de instrumento e mandado de segurança.

Por esses motivos, o prazo para impetração de mandado de segurança contra a decisão interlocutória não agravável é 120 (cento e vinte) dias.

Diante todo o exposto, desmistifica-se a impossibilidade de conversão entre meios de impugnação de natureza distinta, por questões de ordens meramente procedimentais. É preciso que a técnica seja sempre privilegiada em detrimento de equívocos provocados por momento de expectativa da posição jurisprudencial acerca do assunto.

7.3.4.5 – Da apreciação do pedido de antecipação de tutela de urgência (art. 300, CPC) e da liminar do mandado de segurança (art. 7, II, lei 12.016/09).

Sendo o ônus do tempo no processo a principal razão para o presente debate, não deve passar despercebida a necessidade de apreciação do pedido de antecipação de tutela (efeito suspensivo) no Agravo de Instrumento (art. 1.019, I, do CPC/2015) ou da liminar (art. 7, III, da Lei 12.016/09), quando realizado o procedimento de conversão.

Nesse cenário, embora o diploma processual traga como requisitos para a antecipação de tutela, a probabilidade do direito, e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, independente da natureza antecipatória, e a Lei 12.016/09 fale em fundamento relevante e risco de ineficácia do direito, não se deve conceber que há, entre os requisitos, graus diferentes de plausibilidade ou perigo de dano. Todos decorrem do *fumus boni iuris* e do

periculum in mora, e seguindo a mesma tendência que unificou os requisitos para tutela cautelar ou satisfativa⁶⁹³, aqui também deve se privilegiar a isonomia.

Desse modo, justificado pela urgência do provimento, o relator, antes mesmo de converter para o meio de impugnação tido como adequado pelo Tribunal, deve, antes de qualquer intimação para complementação ou adequação ao procedimento, deve apreciar o provimento antecipatório, seja ele a liminar do mandado de segurança, ou a antecipação de tutela para atribuir efeito suspensivo ou ativo ao Agravo de Instrumento.

7.3.4.6 – Uma última reflexão: a desconsideração do *nomen juris*.

Com intuito de fomentar o debate, propomos uma breve reflexão sobre a possibilidade de ‘desconsideração do *nomen juris*’ como maneira de salvaguardar a parte de ter sua impugnação das interlocutórias não agraváveis expressamente apreciadas, sem que isso lhe cause prejuízos⁶⁹⁴.

A partir dessa teoria, o juízo de identificação das demandas ou dos recursos devem ser realizado, predominantemente, por seu conteúdo em detrimento do *nomen juris* conferido a peça, no caso do trabalho, ao meio de impugnação. Fala-se, desse modo, de um juízo anterior ao juízo de admissibilidade realizado pelo órgão destinado ao ato postulatório, cujo objetivo é conhecê-lo/identificá-lo⁶⁹⁵. Para tanto, devem ser observados os seguintes elementos: a causa de pedir, o pedido, o tipo ônus apontado pelo ato processual⁶⁹⁶.

Uma vez identificado o ato postulatório, passa a se analisar os requisitos de admissibilidade que lhe são próprios. Nesse aspecto, torna-se irrelevante o nome que a parte confere ao ato, o juízo de admissibilidade sempre atrelado à sua anterior identificação diante de suas características.

⁶⁹³ GODINHO, Robson Renault. In: **Comentários ao Código de Processo Civil**. Org. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. Coord. Alexandre Freire. p. 471-474

⁶⁹⁴ A desconsideração do *nomen juris* é trabalhada, por Bruno Silveira de Oliveira, na obra “O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil”. São Paulo: Saraiva, 2011 (Coleção Theotônio Negrão).

⁶⁹⁵ “Sem lançar dúvida sobre a existência do binômio admissibilidade/mérito (longe disso!), queremos apenas alertar para a existência de um terceiro juízo, que na verdade – do ponto de vista lógico – antecede e condiciona ambos: é a *identificação*, em concreto, da espécie de postulação praticada” Ibid. p. 65.

⁶⁹⁶ Ibid. p. 79.

Com base nessas premissas, é que se admite, por exemplo, que um recurso nomeado de agravo de instrumento, mas que vise impugnar uma sentença deva ser conhecido. Defende-se que pouco importa que o nome da peça tenha sido erroneamente conferido, as características do ato postulatório (pedido de reforma/anulação de uma decisão final, endereçamento ao juízo a quo, etc) o identificam como Apelação, e como Apelação deve ser considerada⁶⁹⁷. Restaria integralmente cumprida, portanto, o artigo 1.009: “da sentença cabe Apelação”. Do mesmo modo, é o que ocorria com o agravo regimental e o agravo interno, pouco importa do que é chamado, todos seriam recursos de decisões monocráticas em segundo grau⁶⁹⁸. Pois bem.

Trazendo a desconsideração do *nomen juris* para o trabalho, algumas questões a título de reflexão merecem ser pontuadas.

A mais importante delas, em nosso sentir, é que a desconsideração do *nomen juris* é utilizada diante de hipóteses em que a lei claramente define um meio como instrumento de tutela para aquele direito. Em contrapartida, *in casu*, embora existam posições (como a nossa exposta no trabalho) sobre o meio cabível para impugnação, diante de algumas hipóteses de decisões interlocutórias não agraváveis, não podemos negar que ante as divergências jurisprudenciais e doutrinárias, estamos em alguns casos diante uma zona de incerteza/zona de penumbra.

Isso quer dizer que não há um meio (ato postulatório) claro para tutelar essas hipóteses. Há, portanto, uma dificuldade ou mesmo um impedimento que, por meio de algumas características próprias, se identifique o ato postulatório como próprio para a impugnação dessas decisões.

Com isso, na utilização da teoria, a alternativa adotada pelo julgador seria: *i) a desconsideração do nomen juris de qualquer meio de impugnação utilizado, reconhecendo existência de um ato postulatório (“recurso que vise impugnar decisões que estão fora do art. 1.015, do CPC”), sem regime jurídico específico. Desse modo, pairaria a dúvida se o regime jurídico utilizado seria aquele do meio de impugnação interposto, ou se criaria um regime jurídico específico, enfim...*

⁶⁹⁷ A hipótese relacionada ao agravo de instrumento e apelação é tratada especificamente no item 53 do capítulo V. Ibid. p. 217/220.

⁶⁹⁸ Ibid. p. 90.

A título de reflexão, é certo que a criação de um regime jurídico próprio para essa impugnação violaria expressamente o princípio da taxatividade dos recursos, ou mesmo a própria legalidade, diante inexistência lei que discipline um meio de impugnação específico, não seria simples.

De outro lado, admitir sempre o regime jurídico de todos os outros meios de impugnação utilizados, estendendo à reclamação, à correição parcial, ou qualquer outro, acabaria por deixar sem referência o exercício do juízo de admissibilidade e a previsibilidade de qualquer meio de impugnação para essas hipóteses, criando muito mais impasses e insegurança jurídica ao procedimento.

Por todos esses motivos que foram brevemente expostos – admitindo reflexões contrárias – acreditamos que a definição do “meio” continua a cumprir um importante papel na impugnação das interlocutórias, de forma que, diante de divergências jurisprudenciais e doutrinárias sobre aqueles mais ventilados (mandado de segurança e interpretação extensiva no agravo de instrumento), a técnica da fungibilidade/conversão de meios se mostra mais apta e suficiente para tutelar de forma mais segura os direitos da parte não ser prejudicada por sua escolha.

Assim, sem desconhecimento de entraves que já foram enfrentados, como, por exemplo, com relação aos prazos, o que não deve ficar à margem é a necessidade de se assegurar o direito das partes de se insurgirem sem qualquer ônus e surpresas.

7.3.5 – Conclusão.

Diante de todo o exposto, identificamos na possibilidade da fungibilidade como conversão de meios, uma medida que atenua possíveis prejuízos às partes, ante a dúvida jurisprudencial e doutrinária que tem sido travada em torno de algumas decisões interlocutórias que não são expressamente agraváveis, entre o mandado de segurança contra ato judicial e o próprio agravo de instrumento com interpretação extensiva.

Tendo ciência, entretanto, de que haverá resistência da jurisprudência, principalmente por questões procedimentais, estudamos a fundo os possíveis entraves, concluindo que o mandado de segurança e o agravo de instrumento são institutos que se assemelham em muitos aspectos,

e mesmo algumas peculiaridades dos procedimentos adotados, podem ser facilmente superadas, principalmente porque um dos intuitos da fungibilidade é sempre de garantia de que a parte não pode pagar por um sistema de impugnação das interlocutórias que é reconhecidamente falho.

Por último, buscamos demonstrar que, embora a necessidade de impugnação imediata seja um elemento comum dessas decisões interlocutórias, a identificação do “meio” continua a ser importante para o nosso sistema, principalmente porque é a partir dele que se procederá ao juízo de admissibilidade e por trazer maior previsibilidade.

8 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Quando se fala em impugnação das decisões interlocutórias no direito processual civil brasileiro, conhecer a fundo o passado está longe de ser mero “cumprimento de tabela”. Nesse caso, o estudo da tradição evita (ao menos, deveria evitar) que os mesmos erros sejam cometidos no aperfeiçoamento de um sistema. Parece-nos que o legislador do Código de Processo Civil de 2015 - em parte - ignorou essa lição.

O estudo da impugnação das interlocutórias do Direito Romano, passando pelo direito luso-brasileiro, chegando até as primeiras codificações brasileiras, demonstrou que as próprias “raízes” do agravo de instrumento (“*supplicatio*”, “*soprições*”, “*querimas*”) – como reação à irrecorribilidade das interlocutórias - denotam a importância dessas decisões para as partes e para o procedimento.

Não é por outro motivo, que sua recorribilidade sempre esteve ligada ao conceito jurídico indeterminado “*dano irreparável ou de difícil reparação*”. Desse modo, mesmo quando o sistema procurou estabelecer casuisticamente as hipóteses de cabimento (Consolidação de Ribas- Art. 502, Regulamento n. 737 – Art. 668, §15, Codificações Estaduais - Art. 1.093, 8º - Espírito Santo) não se restringiu totalmente o sistema de impugnação para outras hipóteses não contempladas pelo legislador, sendo esse mesmo conceito (dano irreparável ou de difícil reparação) considerado como norma de fechamento.

Inobstante a dificuldade de delimitação gerada por esse termo, identificamos que representavam decisões de dano irreparável ou de difícil reparação, naquele momento, aquelas que poderiam ser executadas antes da sentença final (*mutatis mutandis*, espécie de tutela provisória) e até mesmo aquelas que representavam uma pereclitação extraprocessual, como curiosamente na hipótese em que o réu fosse citado em local de grande peste.

Superado esse estudo, fomos ao código de processo civil de 1939, aquele que, sem dúvidas, é o paradigma mais fidedigno para os atuais problemas que aqui discorreremos sobre do sistema de impugnação das interlocutórias no diploma processual civil em vigência. O grande impacto causado por essa codificação, se deu justamente porque muito embora tenha continuado a prever casuisticamente as hipóteses eleitas para recorribilidade das interlocutórias, a previsão foi taxativa, sem qualquer cláusula aberta de “dano irreparável ou de difícil reparação”. O

resultado dessa mudança total não foram boas: i) fortes divergências na interpretação dos incisos responsáveis por definir as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento; ii) surgimento de sucedâneos recursais, isto é, meios de impugnações (diferente dos recursos) que visavam suprir uma falha do sistema recursal ao não conseguir contemplar todas as hipóteses que poderiam causar dano irreparável ou de difícil reparação. Neste último aspecto, o momento também foi importante o desenvolvimento de teorias sobre o mandado de segurança contra ato judicial, que até hoje influenciam na jurisprudência atual.

Destinado a superar esses entraves, o código de processo civil de 1973 retomou à recorribilidade ampla das decisões interlocutórias pelo agravo de instrumento, bastando a demonstração da ocorrência de “*dano irreparável e de difícil reparação*”. Todavia, o maior acesso à justiça e a multiplicação de demandas, fizeram com que os agravos de instrumentos também aumentassem, e com eles, uma enxurrada de mandados de segurança com objetivo de emprestar efeito suspensivo. Logo, sobrevieram as reformas processuais (Lei nº 9.139/95, Lei nº 10.352/2001, Lei n. 11.187/2005), que interferiam no regime de opção do agravo (de instrumento ou retido).

Desse marco, tiramos lições importantes como: a incompatibilidade de determinado regime de agravo com determinadas decisões interlocutórias por ausência de interesse recursal; a consideração dos danos processuais, por vezes, como de irreparável ou de difícil reparação; a plausibilidade das alegações como elemento de determinação de dano irreparável ou de difícil reparação, tendo como paradigma o art. 522, §3, regra que embora determinasse a retenção de recursos especiais de acórdãos versando sobre decisões interlocutórias, era mitigada pelo STJ algumas vezes diante do risco da invalidação de muitos atos processuais.

Com o espírito reformista de um novo código e o intuito de buscar, cada vez mais, a celeridade nos julgamentos, logo surgiu a pressão de doutrinas justificavam o problema da morosidade pelo número de recursos, nesse caso, de agravos de instrumento interpostos nos tribunais. Com isso, baseados no exemplo de sistemas que adotavam o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias, como a justiça do trabalho, procedimento os juizados especiais, em tese, procedimentos mais céleres, o código de processo civil adota um sistema híbrido de recorribilidade, destinando a algumas decisões interlocutórias uma impugnação

imediate (art. 1.015, art. 1.015 parágrafo único) e a outras uma recorribilidade diferida em sede de preliminares de apelação (art. 1.009, §1).

Na segunda parte do trabalho, adentramos ao estudo do sistema de impugnação das interlocutórias no atual código. A partir da definição das decisões interlocutórias, buscamos analisar criticamente a posição adotada pelo legislador, deixando claro que o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias quando aplicado em um processo desconcentrado, não é capaz de produzir os benefícios desejados de um processo oral, ao contrário, são inúmeros os malefícios dessa combinação.

Não é coincidência, portanto, que esses mesmos malefícios sejam juntamente a razão da pesquisa considerando, sobretudo, que com menos de 2 (dois) anos de vigência do novo código já são sentidos, são eles: a) os riscos da invalidação de muitos atos processuais e o consequente atraso no processo; b) a insegurança jurídica na interpretação dos incisos de um rol taxativo; c) não se conseguir contemplar todas as decisões interlocutórias que causem dano irreparável ou de difícil reparação, e a invalidação de muitos atos processuais.

A partir de análise de pesquisas empíricas, questionamos os benefícios esperados pela reforma promovida, e se, de fato, o problema da morosidade do judiciário reside na ampla hipótese de cabimento dos recursos cíveis. Defendemos, desta feita, que diante desse argumento que não nos convence o real prestígio à duração razoável do processo seria não correr os riscos que o legislador assume ao estabelecer a restrição à recorribilidade das interlocutórias, indo de maneira oposta a tradição do nosso direito já demonstrada pelo esforço histórico realizado. Em síntese, teria o legislador dado “um tiro no alvo errado”.

Já adentrando ao estudo do sistema híbrido adotado pelo legislador, buscamos, em primeiro lugar, identificar uma *ratio* para as hipóteses previstas pelo *art. 1.015, parágrafo único (liquidação, cumprimento de sentença, execução, inventário)*, chegando a conclusão idêntica àquela que se chegou ao final do CPC/1973, quando discutida os regime de agravo (retido e de instrumento): a razão de ser dessas hipóteses é a urgência e a ausência interesse recursal em uma impugnação prospectiva.

Após, quanto às hipóteses previstas pelos incisos do art. 1.015, fixamos nossa defesa pela taxatividade da enumeração, fazendo uso da teoria geral do direito, para demonstrarmos as características desse rol que justificam a posição, sobretudo, a norma de fechamento e a reserva de lei deixada claramente pelo inciso XIII (“outros casos expressamente referidos em lei”), dando destaque também para posição da jurisprudência atual do STJ e os tribunais brasileiros.

Fixada a taxatividade, identificamos que alguns critérios podem ser vislumbrados como *ratio* dessa enumeração. Em nosso sentir, há um grupo de decisões que revelam uma urgência material, isto é, impedem os efeitos materiais de decisão interlocutória (I - tutela provisória; X - efeito suspensivo concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;), outro grupo que se referem a capacidade da decisão por fim a parte do processo com ou sem resolução do mérito (II – mérito; VII – exclusão de litisconsorte), e por último, as hipóteses remanescentes, que representam uma urgência processual – representam um risco ao processo se não impugnadas imediatamente. Não obstante, o que fica mais forte é que nada explica o motivo pelo quais outras hipóteses tão mais caras ao procedimento e sob o mesmo fundamento, tenham ficado de fora desse rol, sobressaindo à mera conveniência política, e a necessidade de que para essas hipóteses, em decorrência de uma falha do legislador, tenha de se buscar outras formas de impugnação imediata dessas decisões interlocutórias.

Com esse objetivo de maior aprofundamento nas hipóteses de impugnação mais vislumbradas pela doutrina e pela jurisprudência, é que dedicamos, no penúltimo capítulo, à possibilidade da utilização do próprio agravo de instrumento com a interpretação extensiva, e do mandado de segurança contra ato judicial com requisitos.

No primeiro caso, estudamos o conceito mais geral que tem se dado à interpretação extensiva, no sentido de que essa é identificada toda vez que o interprete alcança um significado mais amplo que aquele extraído de uma interpretação meramente literal. Após, buscamos na teoria geral do direito a (im)possível ou extremamente difícil missão de distinção de interpretação extensiva e interpretação analógica, colocando as posições e os critérios utilizados pela doutrina para tanto. Ao final, concluímos que tanto a interpretação extensiva quanto a interpretação analógica, representarão, indistintamente, a atribuição de um significado mais amplo do que em um primeiro momento se sugere o texto legal.

Definida essa premissa, discutimos a (in)compatibilidade dessas interpretações com as enumerações taxativas, chegando ao desfecho de que, a interpretação restritiva seria a única fiel à taxatividade que se propõe o legislador.

Não obstante, analisamos outras hipóteses de enumerações taxativas fora do direito processual civil – o rol da lista anexa da Lei Complementar nº 116/03 e a interpretação das hipóteses de recurso em sentido estrito (art. 581, CPP) – e a interpretação que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem conferido a elas. Chegamos à conclusão, com auxílio da doutrina especializada, de que características da lista anexa da LC nº 116/03 (como expressões “e congêneres”; “e outros”) conferem a possibilidade de interpretações mais elásticas. Com isso, não é um argumento fidedigno – como foi identificado – dizer que o STJ deve seguir o mesmo caminho para interpretação do rol do art. 1.015 do CPC/2015.

Quanto a interpretação do rol taxativo do art. 581 do CPP (recurso em sentido estrito), fica nítido, para nós, que embora o STJ diga que categoricamente admite a interpretação extensiva mas não a interpretação analógica, quando se analisa os julgados em si, constata-se que, ao final, o que determina a possibilidade de interpretação é sempre o grau de similitude da hipótese regulada expressamente pelo texto e aquela que se deseja regular. Existem até mesmo julgados que admitem interpretações extensivas, sem, ao menos, indicar a hipótese considerada como paradigma. De tudo, concluímos: o STJ não tem conferido segurança jurídica na interpretação de hipóteses taxativas.

Finalizando esse estudo, fomos direto às hipóteses que a doutrina tem defendido ser possível a interpretação extensiva dos incisos do art. 1.015, algumas delas já até mesmo com julgados do STJ. Da análise, deixamos claro que a interpretação extensiva não deva ser utilizada quando o legislador define expressamente o sentido em que a decisão deve ser dada para que seja aquela hipótese impugnável pelo agravo de instrumento. O argumento da isonomia, nesse caso, não se sustenta, ante às diversidades e pesos distintos a depender da posição que é adotada pelo julgador – portanto, não se admite, por exemplo, que o deferimento da assistência judiciária gratuita seja hipótese recorrível, ficando restrita à literalidade do inciso V (rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação).

Do mesmo modo, constatamos que muitas das hipóteses em que a doutrina tem discutido (postergar análise de tutela provisória, indeferimento de efeito suspensivo em embargos à execução, etc.) se enquadram perfeitamente em interpretações meramente literais. Por último, na mais polêmica das hipóteses, deixamos claros os motivos pelos quais não coadunamos com a posição de que o inciso III (rejeição da alegação de convenção de arbitragem) pode ser interpretado extensivamente para alcançar decisões que versam sobre competência e ainda que homologuem negócios jurídicos processuais, não sendo as semelhanças entre as hipóteses fidedignas para se sustentar essa possibilidade.

O segundo meio de impugnação que tratamos como dito é o mandado de segurança contra ato judicial. Nesse caso, fazendo jus a pesquisa histórica, percorremos por todas as fases do mandado de segurança com objetivo de demonstrar que os vestígios deixados por cada uma delas são refletidos na atual jurisprudência, que por sua vez, inadmitte a via mandamental para atacar as decisões interlocutórias não agraváveis. Enfrentamos um a um os fundamentos, com objetivo de demonstrar que muitos não se sustentam, e ainda, a ausência de disciplina teoria que existe sobre o tema.

A partir disso, definimos os requisitos do mandado de segurança contra as decisões interlocutórias não agraváveis: a) a ilegalidade ou abuso de poder que viole direito líquido e certo; b) dano irreparável ou de difícil reparação; c) ausência de coisa julgada. Quanto ao primeiro requisito, concluímos que, por se tratar de ato judicial, a ilegalidade estará presente na medida em que se demonstre o *error in iudicando* ou o *error in procedendo* na decisão. Em relação ao direito líquido e certo, acreditamos, sem dificuldades há tempos se reconhece que a liquidez e certeza se refere ao fato, que deve ser cabalmente provado por documentos pré-constituídos.

Quanto requisito do dano irreparável ou de difícil reparação, com o auxílio dos princípios constitucionais, defendemos que essa seja a balança, no juízo de admissibilidade, para a admissão da via mandamental. Não obstante a dificuldade se definir uma posição sobre o tema, acreditamos que o dano irreparável ou de difícil reparação estará presumido (*in re ipsa*) todas às vezes em que inexistir interesse recursal, sob pena de violação ao princípio na inafastabilidade da jurisdição (art. 5, XXXV, CF). Ainda sobre o dano presumido, incluímos a hipóteses abstratas relativas à competência, por violação do juiz natural (art. 5, LV, CF).

Por último, com um estudo sobre o princípio da duração razoável do processo, tratamos das demais hipóteses em que a parte possa se utilizar da via mandamental para evitar a invalidação de muitos atos processuais, e um conseqüente atraso no processo. Acreditamos, porém, que o dano marginal, por si só, não seria suficiente para sustentar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação. Inevitavelmente, o que deverá ser levado em consideração, ainda no juízo de admissibilidade, é demonstração de um risco concreto, o que nos leva a considerar como requisito auxiliar a plausibilidade das alegações, fugindo, desse modo, da tão exigida teratologia, como se a decisão tivesse de ser “absurda/aberrante”, para que o *writ* seja admitido.

No derradeiro capítulo, reconhecemos que as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, não podem/devem acarretar em ônus para as partes. Por mais que se possa tomar partido, há decisões interlocutórias que, de maneira inequívoca, estão em uma zona de penumbra quanto ao meio cabível de se impugnar imediatamente (mandado de segurança ou agravo de instrumento com interpretação extensiva), basta nos atermos àquelas que versam sobre competência. Por isso, trabalhamos com a noção de fungibilidade/conversão de meios, entre o mandado de segurança e o agravo de instrumento, e vice-versa. Com esse intuito, e tendo como paradigma a fungibilidade recursal, demonstramos que as dificuldades procedimentais (que não são tantas) não devem ser óbice à proteção das partes, destaque para a dificuldade com a tempestividade, e uma última reflexão sobre a possibilidade da ‘desconsideração do *nomen juris*’ nessa hipótese, concluindo que a definição do “meio” continua a cumprir um importante papel na impugnação das interlocutórias.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Processo Civil**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ABREU, Florêncio de. **Comentários ao Código de Processo penal**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

ALVIM, J.E. Carreira. **O agravo retido e o agravo de instrumento – nova mini-reforma do Código de Processo Civil**. RePro, n. 130, dez. 2005, p. 87-93.

ALVIM, Teresa Arruda Alvim. **Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial**, 3 ed., São Paulo, 1994.

ANDRADE, Odilon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946, vol. IX.

ANDOLINA, Italo. **Cognizione” ed “esecuzioneforzata” nel sistema dela tutela giurisdizionale**. Milano, Giuffrè, 1883, p. 20.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Fungibilidade de Meios**. Ed. Atlas, São Paulo, 2008.

AMERICANO, Jorge. **Comentários a Código de Processo Civil do Brasil**. 4º Volume. (Arts. 808 a 1.052). 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1960,

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. V. II. Arts. 152-269. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Demasiados Recursos?**. In: RePro n. 136, jun/2006, p. 09/31.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **O cumprimento da sentença e a 3ª Etapa da Reforma processual – Primeiras impressões**. RePro. nº 123, ano 30, maio/2005, p. 142-158.

_____. **A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema**. RePro v. 251, Jan/2016, p. 2013, p. 207/228.

_____. **Mandado de Segurança**. 6ª. Ed, Salvador: Juspodivm, 2017.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: RT, 2005, v.1, n.6.

_____; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ASSIS, Araken de. **Recorribilidade de interlocutórias no mandado de segurança**. RePro, v. 21, n. 84, p. 99–109, out./dez., 1996.

AZEVEDO, Luiz Carlos. **Origem e Introdução da Apelação**. In: **Estudos de Histórica do Processo: recursos**. AZEVEDO, Luis Carlos; COSTA, Moacyr Lobo da. Ed. FIEO, São Paulo, 1996.

BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de teoria e pratica do processo civil comparada com o comercial e de hermenêutica jurídica para uso das faculdades de direito do império**, 5ª ed, Rio de Janeiro,: H. Garnier, 1898.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2ªed, São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009.

BERMUDES, Sergio. **Curso de direito processual civil (recursos)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008

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

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil**, v. 5: recursos, processos, incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais, técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de Segurança**. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Exposição de motivos do código de processo civil**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>> Acesso em: 09/06/2017.

_____. **Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1956.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 1ed. São Paulo: Escala, 2015.

BRASIL. Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ). **Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC** / Secretaria de Reforma do Judiciário. -- Brasília : Ministério da Justiça, 2013. 88p., il. (Coleção Diálogos sobre a justiça).

CABRAL, Antônio do Passo. **A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no projeto de novo Código de Processo Civil**. In: Novas tendências do Processo Civil. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA Pedro Miranda de. (organizadores). Salvador: JusPodvm.

CAMARA, Alexandre de Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **O Direito à Duração Razoável do Processo: entre eficiência e garantias**. RePro vol. 223, setembro/2013, p. 39-53

CARDOSO, Oscar Valente. **A Oralidade (e a Escrita) no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Cadernos do programa de pós-graduação em direito - PPGDIR/UFRGS.** v. 8, nº 1, janeiro/junho, 2013.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005.**In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. Volume 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 34/48.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, linguagem e método.** São Paulo: Noeses, 3ª ed, 2009.

COSTA, Alfredo Lopes da. **Direito processual civil brasileiro (Código de 1939).** Rio de Janeiro: José Konfino, 1946, vol. III.

_____. **Manual Elementar de Direito Processual Civil.** Forense. Rio de Janeiro, 1956.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016: ano base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016.** Dados disponíveis em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 16/07/2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017.** Dados Disponíveis em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 04/02/2018.

COSTA, Moacyr Lobo da. **O Agravo no Direito Lusitano.** In: Estudo de histórica do processo: recursos/Luiz Carlos de Azevedo e Moacyr Lobo da Costa – Osasco: FIEO, 1996.

_____. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura.** Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança.** FILHO, Napoleão Nunes Maia; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (Orgs.). Art. 5ª. 1ª edição, São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2010.

_____. **A translatioiudicci no Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro.** RePro nº 208, junho/2012, p. 257-264.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Evoluções ou involuções do agravo**. v. 9. In: Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos. Nelson Nery; Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 289/315.

CHIASSONI, Pierluigi. **Técnica de Interpretación Jurídica (Breviario pra Juristas)**. Tradución de Pau Luque Sánchez, Maribel Narváez Mora. Marcial Pons, Madrid, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. **A Oralidade e a Prova**. In: Processo Oral: coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

CRAMER, Ronaldo. Art. 64. In: STECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 121/122.

CRUZ, João Claudino Oliveira e. **Dos recursos no código de processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 3ª Ed, Editora Malheiros, São Paulo, 1993.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processuais civil: meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais**. 13ª ed. JusPodvm, 2016.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito processual: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais**. 14ª ed. Salvador: JusPodvm, 2017.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Agravo de Instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico na fase de conhecimento**. RePro nº242, p.273-282, São Paulo, RT, 2015.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil, v. 2**, 12ª Ed., Salvador: JusPodvm, 2017.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Código do processo do Estado da Bahia**. Salvador: Typographia de Cincinnato Melchades, 1916.

ESTEVES, Carolina Bonadiman. ” **(Ir)recorribilidade imediata de decisões interlocutórias: Análise crítica de suas consequências no processo civil brasileiro e proposta para o alcance da efetividade da tutela jurisdicional**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **Dos recursos ordinários em matéria civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, vol. IV.

FERREIRA, Willian Santos. **Cabimento do Agravo de Instrumento e a ótica da prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade das decisões interlocutória**. RePro vol. 263, Ano 42, Jan. 2017, p. 193-203.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.

FORNICACIA Junior, Clito. **O renascer do mandado de segurança contra ato judicial**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 125-130.

FRAGA, Afonso. **Instituições do Processo Civil do Brasil**. Vol. III, São Paulo: Acadêmica, 1940.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Mandado de Segurança**. 1. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GARCEZ, Martinho. **Dos Aggravos**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1913.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao artigo 203. In: **Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015** – Parte Geral. GARJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos Roque; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. Ed. Método, São Paulo: Forense, 2015.

GODINHO, Robson Renault. In: **Comentários ao Código de Processo Civil**. Org. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. Coord. Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, p. 471-474.

GONZALEZ, Gabriel Araújo, **A recorribilidade das decisões interlocutórias no código de processo civil 2015**, Salvador: JusPodivm 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Questões sobre a Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO, Leonardo. **Os juizados e a tutela jurisdicional diferenciada**. Revista Eletrônica e Direito Processual, v.III, Disponível em: < http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/os-juizados-especiais-como-tutela-diferenciada#_ftn23>. Acesso em: 27/10/2017.

GUEDES, Jeferson Carús. **Princípio da Oralidade: procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 2003.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar Y Argumentar**. Madrid: Centro de Estudos Políticos Y Constitucionales, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal: Teoria geral dos recursos – recursos em espécie – ações de impugnação; revisão criminal; habeas corpus; mandado de segurança contra ato jurisdicional penal; reclamação aos tribunais**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HARET, Florence. **Analogia e interpretação extensiva: apontamento desses institutos no Direito Tributário brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da USP. v.105, jan/fev. 2010, p. 991/1.006.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos**. 7 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015.

_____. **A nova disciplina de cabimento do recurso de agravo: Lei nº. 11.187, de 19/10/2005**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 131–148.

LACERDA, Galeno. **Mandado de segurança contra interlocutória cujo recurso não tiver efeito suspensivo**. Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul., v. 2, n. 3, p. 42-60, mar., 1975. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/74728/7474e/748d3?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 08.06.2017. p. 43.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da fungibilidade no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil**. Revista de Informação legislativa. n 190, Brasília, abr./jun. 2011, p. 179-190.

LIMA, Alcides de Mendonça. **A recorribilidade dos despachos interlocutórios no Cod. de Proc. Civil**. Revista Forense, ano 54, v. 173, 1957.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **O novo regime do agravo (Lei nº 11.187/2005)**. In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 159/174.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Incerteza e Processo**. Coleção Theotonio Negrão. Ed. Saraiva, São Paulo, 2013.

_____. **Comentários ao código de processo civil: volume XIII – arts. 674 a 718**. José Ferreira Gouveia; Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**, vol. IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MARTINS, Pedro Batista. **Recursos e processos da competência originária dos tribunais**. Alfredo Buzaid (atualizador). Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil - Vol. 1, Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____.; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

_____. **Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo**. Revista Jurídica n. 379, Porto Alegre/RS: Notadez, Maio/2009.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata de sentença**. São Paulo: Malheiros, 1995,

MARANHÃO, Clayton. **Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial**. RePro n. 256, jun/2016, p. 147/168.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Código de Processo Civil do Espírito Santo: texto legal e breve notícia histórica**, Vila Velha: ESM (Eppus Si Muove), 2014.

_____. **Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973**. In: Novo CPC doutrina selecionada, v.1: parte geral/coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvados: Juspodvm, p. 35-61.

MEDINA, José Miguel Garcia. **A Recentíssima reforma do sistema recursal brasileiro – análise das principais modificações introduzidas pela Lei. 10.352/2001, e outras questões**. v. 6. In: Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 333-384.

_____. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 241/374.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960, t. XI.

MONTEIRO, João. **Programma do curso de processo civil ou apontamentos para as lições da 3ª cadeira do 4º ano da Faculdade de Direito de S.Paulo**. 2ª ed, São Paulo, Suprat&Comp., 1905, v. III.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 6ª ed., V, Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. **O Processo Civil Brasileiro e o Procedimento por Audiências**. In: Temas de Direito Processual: Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados**. Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Sobre Pressupostos Processuais**. Temas de direito processual civil: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **O futuro da justiça: alguns mitos**. In: Temas de Direito Processual, oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004

NASCIMENTO, Bruno Dantas. **Inovações na regência do recurso de agravo trazidas pela Lei nº 11.187/2005**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (coordenação Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed, ed. Juspodivm, Salvador, 2016.

_____. **Manual de direito processual civil**. 9ª ed, Juspodivm, Salvador, 2017.

_____. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodvm, 2016.

NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NORONHA, Carlos Silveira. **O Agravo na História do Processo Português como Gravame e como Recurso**. RePro nº 78, ed. Revista dos Tribunais, ano 20, Abril-Junho, p. 64-85.

NOTARIANO JR. Antônio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Agravo contra as decisões interlocutórias de primeiro grau**. 2. Ed, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Metodo, 2015.

NUNES, Castro. **Do mandado de segurança contra ato judicial**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 5ª ed., 1956.

PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi. 1972.

PARÁ FILHO, Tomás. **A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo Código de Processo Civil**. RePro, n. 2, n. 5, p. 5/22, jan-mar. 1977.

PASSOS, J.J. Calmon de. **O Mandado de Segurança contra atos jurisdicionais: Tentativa de Sistematização nos cinquenta anos de sua existência**. RePro v. 33, 1984, Jan – Mar.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 10ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PINTO, Joaquim Gouvêia. **Manual de Apelações e Aggravos**. Ed. Eduardo&HenriqueLaemmert, Rio de Janeiro, 1872.

PINTO, José Federico de Souza. **Primeiras Linhas sobre o processo civil**. 2ªed., Rio de Janeiro: Eduardo&HenriqueLaemmert, t.I, 1875.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. **Mandado de Segurança contra ato judicial**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 1989.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. **Direito Processual Civil Contemporâneo: processo de conhecimento, procedimentos especiais, processo nos tribunais e disposições finais e transitórias**. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

PISANI, Andrea Proto. **Problemidellac.d. tutela giurisdizionale differenziata. Appuntisullagiustiziacivile**. Bari: Caccuci, 1982.

RIBAS, Antônio Joaquim. **Consolidação das Leis do Processo Civil**. Volume II. Ed. Dias da Silva Junior, Rio de Janeiro, 1879.

REZENDE Filho, Gabriel. **Curso de Direito Processual Civil**. Benvidos Aires (atualizador), 5ª ed, São Paulo: Saraiva, 1960, v. III.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Cheim. **Mandado de segurança contra ato judicial no processo eleitoral**. In: Revista Brasileira de Direito Eleitoral, v. 6, n. 10, p. 75–100, jan./jun., 2014.

ROMÃO, Pablo Freire. **Taxatividade do Rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?**. RePro n. 259. Setembro/2016, p. 259/274.

ROQUE, André; DUARTE, Francisco Carlos. **As dimensões do tempo no processo civil: tempo quantitativo, qualitativo, e a duração razoável do processo**. RePro 218, abril/2013.

RUBIN, Fernando. **Polêmicas supressões encartadas pelo Novo CPC**. Disponível em: <<https://fernandorubin.jusbrasil.com.br/artigos/258939849/polemicas-supressoes-encartadas-pelo-novo-cpc>>. Acesso em: 13/07/2017.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**, vol. 1, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 3º Volume, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1967.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O agravo e o “mito de prometeu”:** considerações sobre a Lei 11.187/2005. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Volume 9. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 193/219.

_____. **Segundas reflexões sobre a nova lei do agravo.** In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 149–158.

SILVA, DePlácito. **Comentário ao Código de Processo Civil**, Curitiba: Editora Guaíra, 1940.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **O mandado de segurança como meio adequado para a impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis no novo CPC.** (Texto no prelo), 2016.

SOUZA, Joaquim Caetano Pereira e. **Primeiras linhas sobre o processo civil. Accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas.** Rio de Janeiro, H. Garnier, 1907.

TALAMINI, Eduardo. **A nova disciplina do Agravo e os Princípios Constitucionais do Processo.** RePro 80, Dez/1995, p. 125/146

_____. **Agravo de instrumento: hipóteses de cabimento no CPC/15.** 2017, texto disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236240,41046Agravo+de+instrumento+hipoteses+de+cabimento+no+CPC15>, acesso em: 14/02/2018.

TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la Ley.** Tradução de Diego Dei Vecchi, Palestra Editores: Lima/Peru, 2015

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **Teoria do Princípio da Fungibilidade.** Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 13. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

TOALDO, Adriane Medianeira; TOALDO, Andréia Maria. **A responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional em face à EC 45/2004 garantidora da duração razoável do processo.** RePro n. 202, dezembro/2011, p. 183/218.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** Vol. 4, 34ª ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011 – São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol. III.** 50ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Curso de Direito Processual Civi – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**, 58ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle; BAHIA, Flávio; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Jurisdição e Poder: contribuição para a história dos recursos cíveis**. 1ª ed., Saraiva. São Paulo, 1987.

_____. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Princípio da Fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo**. Ed. Revistas dos Tribunais, São Paulo, 2007.

VASCONCELOS, André Roque; DELLORE, Luiz; MACHADO, Marcelo Pacheco; GAJARDONI, Fernando da Fonseca, e DUARTE, Zulmar. **Hipóteses de agravo de instrumento no novo CPC: os efeitos colaterais da interpretação extensiva**. disponível em < <https://jota.info/colunas/novo-cpc/hipoteses-de-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc-os-efeitos-colaterais-da-interpretacao-extensiva-04042016>>.

VIGORITI, Vincenzo. **Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália**. In RePro n. 43, julho-setembro/1986, p. 142/148.

WALD, Arnoldo. **Mandado de segurança na prática judiciária**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito LTDA, 1958.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da Fungibilidade**. Revista de Processo, nº 137, ed. Revista dos Tribunais, Jul 2006, p. 134/138

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: RT, 1980.

YARSHELL, Flávio Luiz. **A Reforma do Judiciário e a promessa de “duração razoável do processo”**. Revista da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), ano XXIV, nº 75, abril/2004, p. 28–33.

_____. **Ainda sobre a retenção dos recurso extraordinários e especial: meios de impugnação da decisão que a determina**. In: Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 157-171.

_____. **A fungibilidade recursal e a nova disciplina do agravo**. Revista do Advogado. nº 48, 1996, p. 60–64.