

CONVERSA SOBRE PROCESSO:
A TAXATIVIDADE DO ART. 1.015 DO CPC
QUEM TEM MEDO DE MANDADO DE SEGURANÇA?

José Roberto de Albuquerque Sampaio
Advogado. Mestre em Direito Processual
Pela UERJ. Professor de Pós-Graduação da
FGV (*Law Program*)

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 pretendeu mudar, significativamente, o sistema recursal. Dentre outras disposições, com o propósito de reduzir o número de recurso nos Tribunais, restringiu o cabimento do agravo de instrumento e extinguiu o agravo retido, conforme então disciplinados nos arts. 522 a 529 do CPC de 1973.

Para adequar a nova ordem processual a estas mudanças, foram editados, de um lado, o art. 1009, parágrafo 1^o, que, como regra geral, acabou com a preclusão das decisões proferidas na fase de conhecimento, não impugnáveis por agravo de instrumento, e, de outro, o art. 1015² que limitou as hipóteses de cabimento deste recurso (subsistindo, nestes casos restritos, o efeito preclusivo).

A intenção do legislador foi, claramente, reduzir as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, sem que fosse ceifado o direito da parte de se insurgir contra as decisões proferidas no curso do processo de conhecimento. Para tanto, em contrapartida à limitação ao cabimento do agravo de instrumento, foi eliminado o efeito preclusivo das decisões interlocutórias, não mencionadas no art. 1015 do CPC.

Tem prevalecido o entendimento de que a lista do art. 1015 do CPC é taxativa. A nosso sentir, não há como ser de outro modo. Sob pena de se abrir espaço para a

¹ Dispõe o art. 1009, parágrafo 1º do CPC: "Art. 1009. Da sentença cabe apelação. Parágrafo 1º. As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões."

² Expressa o art. 1015 do CPC: "Cabe agravo de instrumento, contra as decisões interlocutórias que versem sobre: I- Tutelas provisórias; II- mérito do processo; III- rejeição de alegação de convenção de arbitragem; IV- incidente de descon sideração da personalidade jurídica; V- rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI- exibição ou posse de documento ou coisa; VII- exclusão de litisconsorte; rejeição do pedido de limitação de 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, parágrafo 1º; (...); XIII- outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único: Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário"

incerteza, em prejuízo da segurança jurídica. Ora, se se admitisse que a lista fosse exemplificativa, não haveria como se saber, de antemão, quais decisões, proferidas no curso do processo de conhecimento, estariam ou não sujeitas à preclusão, nos termos do art. 1009, parágrafo 1º.

Com efeito, se não se sabe, com certeza, quais decisões estão ou não sujeitas à preclusão, como se orientar, no momento de decidir, se se irá agravar ou não? Uma resposta indesejada, porém conservadora e, por conseguinte, aceitável, seria agravar sempre que a decisão causar prejuízo. Agindo assim, a parte estaria preservando seu direito de rever a decisão a ela danosa, independentemente da extensão que vier a ser dada, no futuro, pela jurisprudência, ao rol do art. 1005, o que poderá demorar anos ou décadas. Com efeito, neste cenário conservador, ou Tribunal conhece do agravo e decide, desde logo, a questão ou posterga seu posicionamento, não conhecendo do agravo, por não estar a decisão sujeita a este recurso. Em ambas as hipóteses estarão asseguradas à parte a revisão da decisão a ela gravosa.

Na mesma conjuntura, se a parte preferir não agravar, poderá ser surpreendida com o não conhecimento de sua irresignação, formulada nos termos do art. 1009, parágrafo 1º, no tocante às decisões interlocutórias proferidas no curso do processo de conhecimento, quando sua apelação ou resposta a esta vier a ser apreciada. Dependerá do entendimento do Tribunal acerca da extensão da lista do art. 1015 do CPC.

Os Tribunais, é imperioso admitir, poderão ser tolerantes. Poderão relevar a preclusão em casos em que seja reconhecida a existência de polêmica acerca do cabimento do agravo de instrumento. Esta possibilidade, por si só, a nosso sentir, não é garantia suficiente. A incerteza remanesce. Como saber quais as hipóteses serão consideradas polêmicas? Como se ter a certeza de que, em todos os casos, eventual preclusão será relevada? Estes questionamentos demonstram a insegurança jurídica que se instaura ao não se considerar exaustiva a lista do art. 1015 do CPC.

De outro lado, o problema que se avulta, à vista do entendimento de que a lista do art. 1015 do CPC seria exaustiva, é o de se deixar sem remédio ilegalidades flagrantes ou abusos de direito. Há decisões que, se não combatidas imediatamente, tornam-se irreversíveis e consumam prejuízo irreparável ao direito da parte.

Como pretendemos demonstrar neste trabalho, considerar-se taxativa a lista do art. 1015 do CPC, não significa tornar imune à revisão do tribunal ilegalidades ou abusos de direito. Há outros instrumentos legais, disponíveis no arcabouço legislativo processual, como, *v.g.*, o mandado de segurança, aptos a corrigir decisões deste jaez.

Iremos mais além! O agravo de instrumento poderá ser até mesmo aceito, pelo princípio da fungibilidade, como explicitaremos adiante, ainda que não haja tipificação legal, quando cabível outro instrumento processual hábil a veicular a

irresignação da parte, nos termos da legislação extravagante, sem prejuízo da aplicação da regra do art. 1.009, parágrafo 1º.

2. A TAXATIVIDADE DA LISTA DO ART. 1015.

Pelo regime anterior, o agravo de instrumento era cabível contra qualquer decisão de conteúdo decisório, que pudesse gerar prejuízo à parte. Aquelas decisões interlocutórias que não fossem aptas a gerar dano, seja de natureza material ou processual, desafiavam agravo retido. Cabia à parte, primeiramente, a escolha de qual modalidade de agravo seria interposta. A lei, contudo, facultativa ao Tribunal converter o agravo de instrumento em retido, quando verificasse não estar presente nenhum risco de prejuízo.

Era imposto à parte, em todos os casos em que não se conformasse com a deliberação do juiz, o ônus de recorrer.

Esta sistemática gerava um grande quantidade de agravos de instrumento interpostos, muitos deles, por dever de ofício do advogado, sem reais chances de êxito, assoberbando ainda mais as prateleiras dos Tribunais. E ainda, a interposição de agravo retido, na primeira instância, era, recorrentemente, causa de atraso no processamento de inúmeras demandas.

Com o propósito de reduzir o número de recursos nos Tribunais e, ao mesmo tempo, destravar o andamento dos processos em primeira instância, a nova ordem processual restringiu as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e extinguiu o agravo retido.

O novo Código de Processo Civil, através de seu art. 1015, passou a elencar, s.m.j., taxativamente, as hipóteses de decisões interlocutórias contra as quais seria cabível o agravo de instrumento. Para as demais, na forma do art. 1009, parágrafo 1º, foi retirado o efeito preclusivo, de modo que a matéria possa vir a ser reapreciado, como preliminar, em sede de apelação. Basta, para tanto, que a parte afirme seu interesse de revê-las, em suas razões ou contrarrazões de recurso.

Observamos, comparativamente ao regime anterior, que a lei, de antemão, delimita as decisões que, potencialmente, poderiam causar prejuízo à parte. Nestas hipóteses, há uma presunção *iuris tantum* de que haveria eventual dano decorrente da decisão interlocutória proferida. O exemplo que melhor evidencia esta proposição, previsto logo no inciso I do art. 1.015, é o da decisão que defere ou indefere o requerimento de tutela antecipada. Não cabe mais a parte, nem aos Tribunais, portanto, avaliar em que situações haveria prejuízo e, por conseguinte, seria cabível o agravo de instrumento. A lei já o faz.

A crítica que tem sido feita a esta parte do novo sistema recursal é a de que seria humanamente impossível prever, *numerus clausus*, todas as hipóteses de decisões interlocutórias, potencialmente causadores de dano à parte. Destarte, a lista do art. 1.015 seria necessariamente incompleta. E desta incompletude resultaria antinomias e situações em que o prejuízo à parte seria irreparável.

A solução encontrada por muitos doutrinadores³⁴ tem sido no sentido de que a lista do art. 1.015 do CPC deve ser interpretada de forma flexível, por extensão ou por analogia. Outros vão mais além. Entendem que havendo prejuízo, os Tribunais, indistintamente, devem tomar conhecimento, deste logo, da matéria, seja por meio de mandado de segurança, seja por meio de correção parcial⁵.

A nossa ver, a lista do art. 1.015 do CPC é taxativa. A lei tipifica exhaustivamente quais as hipóteses em que as decisões interlocutórias podem ensejar a interposição do agravo de instrumento. São hipóteses de sua interposição: tutelas provisórias, deferidas ou indeferidas; mérito do processo, julgado parcialmente; rejeição de alegação de convenção de arbitragem; incidente de desconsideração da personalidade jurídica; rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; exibição ou posse de documento ou coisa; exclusão de litisconsorte; rejeição do pedido de limitação de litisconsórcio; admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, parágrafo 1º; (...); outros casos expressamente referidos em lei.

³ **Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero**, Novo Código de Processo Civil Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.074, ensinam : "O fato de o legislador construir um rol taxativo não elimina a necessidade de interpretação para sua compreensão: em outras palavras, a taxatividade não elimina a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação."

⁴ **Alexandre Freitas Câmara**, O Novo Processo Civil Brasileiro, 2017, Editora Atlas, p. 527-530)"Assim, só é impugnável por agravo de instrumento a decisão interlocutória que, proferida por juízo de primeira instância, venha a se enquadrar em alguma das hipóteses previstas nos incisos do art. 1.015 ou que seja declarada agravável por alguma outra disposição legal. Registre-se, porém, que a existência de um rol taxativo não implica dizer que todas as hipóteses nele revistas devam ser interpretadas de forma literal ou estrita. É perfeitamente possível realizar-se, aqui – ao menos em alguns incisos, que se valem de fórmulas redacionais mais "abertas" -, interpretação extensiva ou analógica.(...)Taxatividade não se confunde com vedação à interpretação, a qual, muitas vezes, não poderá ser literal, sob pena de se construir um sistema jurídico verdadeiramente esquizofrênico."

⁵ "Agravo de instrumento em hipóteses taxativas (*numerus clausus*). O dispositivo comentado prevê, em *numerus clausus*, os casos em que a decisão interlocutória pode ser impugnada pelo recurso de agravo de instrumento. As interlocutórias que não se encontram no rol do CPC 1015 não são recorríveis pelo agravo, mas sim como preliminar de razões ou contrarrazões de apelação (CPC 1009 § 1º). Pode-se dizer que o sistema abarca o princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias em regra. Não se trata de irrecorribilidade de interlocutória que não se encontra no rol do CPC 1015, mas de recorribilidade diferida, exercitável em futura e eventual apelação (razões ou contrarrazões). Entretanto, se a interlocutória tiver potencialidade de causar imediato gravame de difícil ou impossível reparação, de tal sorte que não se possa esperar seja exercida a pretensão recursal como preliminar da apelação, pode ser, desde logo, submetida ao exame do tribunal competente para conhecer da apelação, pelo exercício do mandado de segurança e da correção parcial; **Nelson Nery Junior**, Código de Processo Civil Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.078.

Fora destas hipóteses, não é cabível esse recurso, salvo, a nosso ver, casos em que aplicável o princípio da fungibilidade, como será demonstrado adiante. As decisões não desafiadas por agravo de instrumento, entretanto, não estão imunes à reapreciação pelo Tribunal. Poderão ser revistas no julgamento de eventual apelação, nos termos do art. 1009, parágrafo 1º ou por mandado de segurança, como será explicitado a seguir.

Entendemos não ser recomendável aceitar uma interpretação analógica ou extensiva da lista do art. 1.015, sob pena de se criar enorme insegurança jurídica. Ou pior, estimular a interposição indiscriminada de agravo instrumento - o que, sabidamente, não foi o propósito da reforma processual - para assegurar à parte seu direito de revisar a decisão judicial que lhe venha a ser danosa. A incerteza acerca das hipóteses, em que seria empregado o agravo de instrumento, poderá gerar, no advogado, dúvida sobre o cabimento ou não desta espécie recursal. E na dúvida, de forma conservadora, poderá o advogado optar pela interposição do agravo de instrumento. Nem que seja para resguardar sua responsabilidade profissional.

Mas não é só! Interpretar de forma extensiva a lista do art. 1.015, é, em alguma medida, legislar sobre matéria processual. Se o legislador preferiu presumir, de antemão, quais as decisões interlocutórias gerariam prejuízo à parte, não pode o julgador, como regra, criar novas hipóteses.

Especialmente nos casos em que a opção legislativa foi, claramente, a exclusão da decisão à sujeição ao agravo de instrumento. Se a lista faz menção apenas à decisão que rejeita à convenção de arbitragem, não cabe agravo de instrumento contra a decisão que acolhe, ainda que se entenda que não há justificativa para esta distinção de tratamento. Se a lista faz menção à arbitragem e não faz à competência, conquanto se trate, ao nosso ver, de contextos similares, senão idênticos do ponto de vista ontológico, s.m.j., não cabe o agravo de instrumento contra a decisão que fixa a competência rejeitando a sua impugnação. Mais ainda, se esta arguição vier a ser acolhida. Neste caso, não haveria como se cogitar sequer de simetria.

Para nós, a interpretação do art. 1.015 deve ser rigorosa, o quanto possível, literal, em prol da segurança jurídica. Esse aparente radicalismo interpretativo não elimina, contudo, o direito da parte de se insurgir contra as decisões interlocutórias que lhe causem dano.

Ao limitar as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, o legislador fechou a porta, mas deixou uma janela aberta. Referimo-nos a Lei 12.016/09 (Lei do mandado de segurança).

3. O CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

O art. 5º, incisos II e III⁶, da Lei do Mandado de Segurança, *contrario sensu*, admite a impetração de mandado de segurança contra decisão judicial. A jurisprudência há muito, consagra esse entendimento. Como lembra Eduardo Arruda Alvim, desde pelo menos o trabalho de Galeno Lacerda, na década de 70, sobre o tema⁷.

Já expressava a súmula 267 do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da edição da Lei 12.016/09, que “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”. Logo, cabia quando não houvesse recurso ou correição.

A jurisprudência, embora admitisse, sempre foi muito restritiva em relação ao mandado de segurança contra decisão judicial. Os tribunais têm limitado esse remédio processual às hipóteses de teratologia, abuso ou ilegalidade flagrante⁸. Não basta, pois, tratar-se de decisão judicial não sujeita a recurso sem efeito suspensivo. Impõe-se que esteja presente também a teratologia ou manifesto abuso ou ilegalidade

Na prática, somente em situações excepcionais, o mandado de segurança tem sido admitido. Uma observação sobre o ponto. Sempre existiu, um verdadeiro temor, que ronda os Tribunais: que o mandado de segurança se transforme em uma panaceia contra todas as ilegalidades, assoberbando, ainda mais, as já abarrotadas prateleiras dos cartórios dos Tribunais (*rectius* memórias de computadores, na era do processo eletrônico). Esta preocupação, que não é nova, criou, não diria uma antipatia, mas sim um sentimento de rejeição ao mandado de segurança, como uma alternativa recursal.

Essa rejeição parece-nos ter levado a jurisprudência a criar, defensivamente, óbices não previstos em lei, ao cabimento do *mandamus* contra decisão judicial. Ora, onde está escrito na lei que somente caberia o mandado de segurança contra decisões judiciais teratológicas, manifestante ilegais ou abusivas? Para nós, do ponto de vista literal, a Lei 12.016/09, em seu art. 1º, e antes dela, a Lei 1.533/51, também em seu art. 1º, apenas exige ou exigia que haja ilegalidade ou abuso, sem qualquer adjetivação⁹. A

⁶ Dispõe o art. 5º da Lei 12.016/09: “Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: (...) II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; III - de decisão judicial transitada em julgado”.

⁷ Vide www.conversasobreprocesso.com, “Meios de impugnação a decisões monocráticas”.

⁸ “Agravo regimental em mandado de segurança. Mandado de segurança impetrado contra ato jurisdicional. Agravo regimental não provido. 1. A jurisprudência da Suprema Corte é firme no sentido de ser inadmissível a impetração de mandado de segurança contra ato revestido de conteúdo jurisdicional. Incide, na espécie, a Súmula STF nº 267. 2. O mandado de segurança somente se revelaria cabível se no ato judicial houvesse teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante, o que não se verifica na espécie.” (MS 31831 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 17.10.2013, DJe de 28.11.2013)

⁹ Dispõe a lei 12.016, em seu art. 1º: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

restrição jurisprudencial, contudo, é uma realidade consolidada ao longo de décadas, que sobreviveu até mesmo a edição de novo regulamento, que tal qual o anterior, não fazia menção a estes adjetivos.

A simples promulgação do novo Código de Processo, s.m.j., não mudou esta conjuntura legal e jurisprudencial. A Lei 13.105/15 não revogou nenhum dispositivo da Lei 12.016/09. Não há razão, portanto, para limitar, e muito menos ampliar, o âmbito de incidência do mandado de segurança contra decisão judicial.

É inegável, destarte, o cabimento do mandado de segurança contra decisão judicial não sujeita a recurso com efeito suspensivo, nos termos e nos limites da jurisprudência já consolidada acerca do tema.

Lembramos, que contra decisões transitadas em julgado não se cogita de impetração de mandado de segurança, conforme expressa o art. 5º, III, da Lei 12.016/09. O mesmo podemos dizer sobre as decisões preclusas, equiparadas às transitadas em julgado para este efeito.

4. O PRAZO PARA A IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Questão que merece reflexão mais aprofundada, diz respeito ao prazo para impetração do mandado de segurança contra decisão judicial. Antes da reforma, o Superior Tribunal de Justiça havia firmado o entendimento de que o prazo para impetração seria o mesmo prazo para o recurso cabível¹¹. O mandado de segurança poderia ser impetrado enquanto não houvesse preclusão ou trânsito em julgado.

¹⁰ Determinava o art. 1º da Lei 1.533/51: "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça."

¹¹ Em regra, o prazo para a impetração de mandado de segurança em face de decisão que converte agravo de instrumento em agravo retido é de 5 dias, a contar da data da publicação da decisão. Segundo precedentes do STJ, é cabível a impetração de mandado de segurança contra decisão judicial irrecurável, desde que antes de gerada a preclusão ou ocorrido o trânsito em julgado, o que, à primeira vista, soa paradoxal, porquanto, em princípio, a decisão irrecurável torna-se imutável imediatamente à publicação. Então, dessa conclusão, reiteradamente invocada nos precedentes do STJ que tratam do tema, emerge importante questão a ser definida: que prazo efetivamente tem a parte para ajuizar a ação mandamental contra a decisão judicial irrecurável? Em outras palavras, se a decisão é irrecurável, quando se dá o respectivo trânsito em julgado, termo *ad quem* para a impetração? A decisão que converte o agravo de instrumento em retido é irrecurável. Ainda assim, será sempre admissível, em tese, a interposição de embargos de declaração - cuja natureza recursal é, inclusive, discutida -, a fim de que o Relator possa sanar vício de omissão, contradição ou obscuridade quanto aos motivos que o levaram a decidir pela ausência do risco de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, cuja existência ensejaria o processamento do agravo de instrumento. Nesse contexto, é razoável que, em situações como a em análise, o trânsito em julgado seja certificado somente após o decurso do prazo de 5 dias da data da publicação da decisão, prazo esse previsto para a eventual interposição de embargos de declaração que visem ao esclarecimento ou a sua integração. Na ausência de interposição dos aclaratórios, os quais, por sua própria natureza, não são indispensáveis, terá a parte o prazo de 5 dias para a impetração do *writ*, sob pena de tornar-se imutável a decisão, e, portanto, inadmissível o mandado de segurança, nos termos do art. 5º, III, da Lei 12.016/2009 e da Súmula 268 do STF. Acaso interpostos os embargos de declaração, esse prazo fica interrompido, considerando que o *mandamus* é utilizado, na espécie, como sucedâneo recursal. RMS 43.439-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/9/2013.

Na nova ordem processual, as decisões não elencadas no art. 1.015 somente precluem, quando interposta a apelação ou apresentadas as contrarrazões e a parte não houver se rebelado contra elas. Podemos concluir, então, que a parte poderia impetrar mandado de segurança até a interposição de apelação ou apresentação das contrarrazões? A nosso ver a resposta é negativa.

A própria Lei 12.016 limita o prazo de impetração¹² a 120 dias. Não poderia, de todo modo, qualquer impetração ultrapassar este prazo.

O prazo para impetração do *mandamus* seria, então, de 120 dias? A resposta a esta indagação, mais uma vez, deve ser negativa. Em reverência ao princípio da isonomia, a nós nos parece que o prazo deve ser aquele estipulado para o recurso equivalente. O recurso que o mandado de segurança faz às vezes, nesta conjuntura, é o agravo de instrumento.

Não faz sentido lógico ou jurídico estipular o prazo de 15 dias úteis para o recurso contra as decisões elencadas, exaustivamente, no art. 1.015, e deixar para as demais hipóteses, em que cabível outro remédio processual, prazo superior.

Lembramos que o prazo de 120 dias, estipulado na lei do mandado de segurança, nunca serviu de parâmetro legal para definição do momento da impetração, quando se trata de decisão judicial. Como acima visto, a jurisprudência, antes da edição do novo Código de Processo Civil, entendia que o prazo seria o do recurso cabível. Pela nova ordem processual, a nosso ver, na ausência de um prazo específico, previamente definido, para interposição de recurso – a interposição de apelação ou a apresentação de contrarrazões não tem data certa - deve-se se socorrer a analogia. E o melhor parâmetro parece-nos ser o do prazo para o agravo de instrumento.

5. O MANDADO DE SEGURANÇA E O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

O princípio da fungibilidade é corolário do princípio da instrumentalidade das formas (arts. 277 e 283 do CPC¹³¹⁴). Hodiernamente, o conteúdo se sobrepõe. Não se aceita mais a ideia de que a má escolha do caminho processual, a opção pelo recurso inadequado ou o emprego de uma palavra equivocada, como em idos tempos, possam impedir a parte de ter acesso à justiça.

¹² Dispõe o Art. 23 da Lei 12.016/09: "O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado".

¹³ Determina o art. 277 do CPC: "Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade".

¹⁴ O art. 283 disciplina: " O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais".

Em sede recursal, o princípio da fungibilidade possibilita o aproveitamento de recurso impropriamente interposto. Para tanto, faz-se necessária a presença de três condicionantes: i) dúvida quanto à natureza jurídica ou a recorribilidade da decisão a ser impugnada (divergência doutrinária ou jurisprudencial); ii) inexistência de erro grosseiro por parte do advogado; e iii) interposição do recurso equivocado dentro do prazo do recurso correto para que seja atendido o pressuposto recursal da tempestividade.

A dúvida, a que nos referimos, é aquela que paira sobre a natureza jurídica da decisão recorrida, o que quer dizer, *v.g.*, se a decisão é interlocutória e, por conseguinte, desafia agravo ou se é sentença e, em consequência, suscita apelação. Na nova ordem processual, a dúvida pode surgir sobre a possibilidade ou não de interpor agravo de instrumento. Se a decisão estaria ou não listada no art. 1.015 do CPC.

É preciso também, em regra, para que se caracterize a dúvida apta a ensejar a aplicação do princípio da fungibilidade, que haja divergência doutrinária ou jurisprudencial sobre o tema. Não é qualquer dúvida que se presta a esta finalidade.

Desta premissa exsurge o segundo requisito. Não se pode invocar o princípio da fungibilidade, quando se cuidar de um erro grosseiro, assim entendido, *e.g.*, as hipóteses em que a jurisprudência já tiver se pacificado acerca do recurso cabível; em que não houver divergência doutrinária a respeito.

O terceiro requisito é objetivo. O instrumento recursal, equivocadamente escolhido, deve ter sido interposto dentro do prazo do recurso adequado. Caso não o seja, não há como se aplicar o princípio da fungibilidade à vista da sua inutilidade. Afinal, nestas circunstâncias, ainda que se admita o recurso errado, este seria intempestivo.

A nós nos parece que a interposição de agravo de instrumento, em lugar do mandado de segurança, nas hipóteses em que esse for cabível, conforme acima explicitado, à luz do princípio da fungibilidade recursal, pode ser aceita, atendidos os pressupostos legais que permitem a aplicação desse princípio.

Interposto o agravo instrumento no prazo para impetração de mandado de segurança, na forma supra esposada; existindo dúvida fundada sobre o cabimento do agravo de instrumento ou do mandado de segurança, nas hipóteses não elencadas no art. 1.015 do CPC, o que é inegável no tocante ao tema, nos dias atuais; não sendo o caso de erro grosseiro, o que se evidencia, inquestionavelmente, da polêmica sobre esta *vexata quaestio*, nada obsta a aplicação do princípio da fungibilidade à espécie.

A nosso ver, o entendimento de que seria cabível o agravo de instrumento, nestas circunstâncias, em lugar do mandado de segurança, atendidos os pressupostos que permitam a impetração deste, diferentemente daquele entendimento que flexibiliza ou estende a lista do art. 1.015 do CPC a outras hipóteses não expressamente previstas em

lei, embora tenha o mesmo resultado final, traz, em si, a vantagem de eliminar a insegurança jurídica.

Por este entendimento não há dúvida sobre as hipóteses em que cabe o agravo de instrumento e, por conseguinte, incide a preclusão. Não haverá dúvida, também, sobre os casos em que a decisão não preclui, nos termos do art. 1009 do CPC.

Como a rigor o que cabe é o mandado de segurança e não o agravo de instrumento, por não estar presente nenhuma das hipóteses previstas, não há dúvida de que a decisão alvejada não estaria sujeita à preclusão. Não haveria dúvida da parte. Não haverá, pois, dilema a enfrentar, de modo a estimular a interposição desnecessária do agravo de instrumento, para apenas garantir o direito a revisão da decisão, em nome do conservadorismo.

Outra vantagem. Temos observado que muitos magistrados, que rejeitam o cabimento do mandado de segurança contra decisão judicial, têm vivido também seu dilema, diante de decisões teratológicas ou manifestamente ilegais e que, ao mesmo tempo, trazem prejuízo irreparável à parte. Ou aceitam o cabimento do agravo de instrumento, fora das hipóteses listadas no art. 1.015 do CPC ou deixam consumir o dano. Muitos, intuitivamente, e, no mais das vezes, sem nenhum critério científico, preferem, nesta situação, receber o agravo de instrumento e ponto!

A adoção do entendimento de que o agravo de instrumento seria cabível com base no princípio da fungibilidade, pode ajudar a estes magistrados na difícil tarefa de fazer justiça e, ao mesmo tempo, respeitar a lei. E mais ainda! Pode auxiliar na delimitação das hipóteses em que seria aceitável o agravo de instrumento, fora da lista do art. 1.015 do CPC, dentro de critérios legais claramente preestabelecidos, fugindo, destarte, da perigosa saída intuitiva.

Dá justificar-se o caminho sinuoso, sinalizado pela adoção do entendimento que defende a aplicação do princípio da fungibilidade, em lugar do retilíneo, pronunciado por aqueles que pregam uma interpretação extensiva da lista do art. 1.015, para se chegar ao mesmíssimo lugar.

6. CONCLUSÃO

A lista do art. 1.015 do CPC, a nosso ver é taxativa. Somente é admissível o agravo de instrumento, nas hipóteses expressamente previstas na lei. Qualquer interpretação que se distancie do sentido literal da norma expressa neste dispositivo legal deve ser evitada, especialmente aquelas inspiradas na analogia, que tornam ilimitadas as possibilidades de cabimento do recurso, dado seu alto grau de subjetividade.

A incerteza acerca das hipóteses que estariam sujeitas ao agravo de instrumento traz insegurança jurídica e, em consequência, pode servir como estímulo

para o incremento no número de recursos, inspirados no conservadorismo. Não se pode olvidar, que a reforma da ordem processual, que resultou na edição do citado art. 1.015, pretendeu exatamente o contrário: a redução dos recursos.

A insegurança jurídica decorrente da ausência de uma definição clara a respeito das hipóteses em que caberia o agravo de instrumento também pode representar prejuízo para parte que preferir não recorrer de uma decisão, que posteriormente venha a ser considerada sujeita a este recurso.

Para nós, a melhor alternativa será aceitar o cabimento do mandado de segurança contra decisão judicial, quando presentes seus pressupostos legais, quais sejam i) violação de direito líquido e certo, ii) inexistência de outro recurso, com efeito suspensivo e iii) o *periculum in mora*, além de, cumulativamente, do requisito jurisprudencial, a saber, teratologia, manifesto abuso ou flagrante ilegalidade da decisão impugnada.

O agravo de instrumento também poderá ser aceito, fora das hipóteses previstas no art. 1.015 do CPC, à luz do princípio fungibilidade, em lugar do mandado de segurança, quando houver dúvida fundada sobre qual a natureza da decisão recorrida; não houver erro grosseiro e o prazo do recurso adequado estiver respeitado.

A nosso ver, não há porque se temer a proliferação do mandado de segurança como sucedâneo recursal. Como acima vista, a lei e a jurisprudência, ao lado de autorizarem a sua impetração, restringem, em grande medida, seu cabimento contra decisão judicial.

Ademais, como lembra Eduardo Arruda Alvim¹⁵, antes da cognominada minirreforma processual da década de 1990, não havia previsão legal para atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Empregava-se o mandado de segurança, quando demonstrada teratologia, manifesta ilegalidade ou abuso de poder e, no caso de ser necessária liminar, o *periculum in mora*. Embora comum, não era significativo o número de mandados de segurança impetrados para esta finalidade. Menor ainda os casos de concessão de liminar. Em verdade, os casos de efeito suspensivo ao agravo de instrumento ganharam magnitude quando passou a ser possível a concessão de liminar em sede recursal, nos termos da lei processual revogada. Dada a facilidade que o antigo sistema proporcionava, a regra passou a ser a postulação de efeito suspensivo.

Assim, não será novidade, nem muito menos nada indesejado, s.m.j., o mandado de segurança como sucedâneo recursal, na forma que era no passado, antes da minirreforma. Mesmo porque, sua impetração terá uma abrangência ainda menor. Hoje a lei já prevê agravo com efeito suspensivo para um grande número de casos, conforme expressa o art. 1.015 do CPC.

¹⁵ Vide www.conversasobreprocesso.com, conversa número 2.

O mandado de segurança, destarte, será um instrumento subsidiário, de cabimento restrito, mas necessário para suprir as lacunas da nova ordem processual, sem colocar em xeque a segurança jurídica.

De todo modo, a nós nos parece que se não prevalecer a ideia de que o mandado de segurança é a melhor alternativa para suprir a lacuna da lei, outra solução, que atinja a mesma finalidade, deverá ser encontrada. O que não se pode é deixar teratologias, manifestas ilegalidades e abusos, notadamente quando gerarem prejuízos irreparáveis, sem qualquer remédio processual.