
O ROL TAXATIVO (?) DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

*THE EXHAUSTIVE LIST (?) OF HYPOTHESES OF
INTERLOCUTORY APPEAL*

Rodrigo Frantz Becker

Advogado da União. Mestre em Direito pela UnB.

Ex-Procurador-Geral da União.

Diretor da Escola Superior de Advocacia do DF.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Agravo de Instrumentos no CPC/2015; 2 Posições Divergentes Quanto á Interpretação do Rol do Art. 1015 do CPC/2015; 3 Análise Crítica Acerca das Interpretações do Rol De Hipóteses do Agravo de Intrumento; 4 O Mandado de Segurança Como Sucedâneo do Agravo de Instrumento; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Diversas mudanças vieram com o novo Código de Processo Civil brasileiro, que entrou em vigor em março de 2016. Dentre essas mudanças, algumas afetaram o sistema recursal, instituindo uma forma de vinculação aos precedentes formados em alguns tipos de recursos, e outras modificaram os próprios recursos existentes no código. O agravo de instrumento, utilizado para impugnar decisões interlocutórias, foi um dos atingidos pela mudança, seja porque se alterou o seu prazo de interposição, seja porque, de forma mais intensa, desenvolveu-se uma nova forma de agravar, em que não há mais hipóteses abertas para o seu cabimento, restringindo-se a um rol disposto no código. Nesse passo, o objetivo do artigo é discutir se esse rol é taxativo, ou se ele admite interpretação extensiva para abranger hipóteses não contempladas, mas necessárias diante das dinâmicas processuais.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Recursal. Agravo de Instrumento. Hipóteses de Cabimento.

ABSTRACT: Several changes came with the new Brazilian Civil Procedure Code, which came into force in March 2016. Among these changes, some affected the appealing system, instituting a form of linkage to the precedents formed in some types of appeals, and others modified the own ones appeals in the code. The interlocutory appeal, used to challenge interlocutory decisions, was one of those affected by the change, either because its deadline was changed, or because, more intensely, a new form of appeal was developed, in which there is no longer hypotheses open hypotheses to it, restricting itself to a list set forth in the code. For this reason, the purpose of the article is to discuss whether this list is exhaustive or whether it admits extensive interpretation, to encompass hypotheses not contemplated, but necessary due to procedural dynamics.

KEYWORDS: Appeal System. Interlocutory Appeal. Exhaustive Hypothesis.

INTRODUÇÃO

Passados mais de um ano de vigência do novo Código de Processo Civil, tema que ganha contornos divergentes e que tem enfrentado debates acalorados na doutrina e nos Tribunais é a taxatividade ou não das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, delineadas no art. 1.015 do código.

No Código de 1973, em razão de uma expressão aberta de cabimento – contra decisões que causem lesão grave ou de difícil reparação –, não havia esse debate, na medida em que tal expressão comportava uma interpretação discricionária acerca do que era lesão grave ou de difícil reparação, a fim de enquadrá-la como agravável.

Já no diploma processual de 2015 não há mais essas expressões, e, no lugar delas, o legislador normatizou diversas situações específicas em que são cabíveis o agravo de instrumento.

A partir dessas situações, e por não haver mais expressões abertas, passou-se a debater se esse rol de hipóteses seria taxativo, exemplificativo, ou, ainda, taxativo passível de interpretações extensivas.

1 AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC/2015

Para uma melhor compreensão do que se analisará no decorrer deste trabalho, cabe a transcrição do art. 1.015/CPC, que trata do cabimento do agravo:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Da leitura do texto legal, de inopino, percebe-se que foi disposto um rol com hipóteses de cabimento taxativamente arroladas, sem nenhuma expressão aberta, como fazia o CPC/73, ao afirmar que cabia agravo de instrumento contra decisões que causassem dano grave ou de difícil reparação.

Ainda que bastante amplas, todas as situações descritas no CPC/15 são objetivas, levando a uma mudança de paradigma quanto ao uso do agravo de instrumento.

Essa mesma observação foi feita por Cristiane Druve Tavares Fagundes, ao estatuir que:

de forma diametralmente contrária, o CPC/1973 previa uma cláusula geral de cabimento do recurso de agravo, preceituando que, das decisões interlocutórias caberia agravo na modalidade retida (que era a regra) ou na modalidade por instrumento (art. 522, *caput*). (FAGUNDES, 2017, p. 374).

Ressalte-se que também pode ocorrer de uma lei específica prever o cabimento de agravo de instrumento contra determinada decisão. Contudo, repete-se, isso não retira a taxatividade do rol de cabimento do recurso, na medida em que não se confere poder discricionário ao magistrado para verificar, diante de conceitos vagos, se é o caso ou não de decisão agravável.

2 POSIÇÕES DIVERGENTES QUANTO À INTERPRETAÇÃO DO ROL DO ART. 1015 DO CPC/15

Em decorrência dessa mudança na forma de o CPC/15 dispor sobre o rol do agravo, já se prenunciava essa divergência, quando da sanção do diploma processual, com diversos autores, antes mesmo de março de 2016, defendendo (MEDINA, 2015, p. 1230), criticando (RUBIN, 2016, p. 876) ou estendendo (CUNHA; DIDIER, 2015, p. 275-284) o rol citado acima.

Após a entrada em vigor do Código, o debate acentuou-se, sobretudo porque a prática diária viu acender luzes sobre o problema, deixando ele de ser meramente teórico, para ocupar espaço nos Tribunais brasileiros.

A propósito, algumas decisões interlocutórias, recorrentes em primeira instância, ficaram de fora das hipóteses de cabimento do agravo, fazendo com que se inflamasse a perplexidade de parte dos operadores do direito acerca da medida cabível para combater tais decisões. Como exemplo, citem-se as decisões que versam sobre competência do juízo, que (in) deferem a produção de provas e que decidem o valor da causa.

Discute-se, no que se refere à taxatividade, se é possível, dentre outras hipóteses acima citadas, a interposição de agravo de instrumento contra decisão que declina da competência, com base em interpretação extensiva do inciso III, do art. 1.015:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

[...]

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

A justificativa dos defensores de tal tese é que a decisão relativa à convenção de arbitragem é uma decisão que trata de competência *lato sensu*, daí por que a premissa de que se a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é agravável, também deve ser agravável a que declina da competência relativa ou absoluta.

A respeito da divergência, na prática, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal possui acórdãos nos dois sentidos indicados, admitindo e negando o agravo de instrumento nessas hipóteses. Confirma-se argumentação dos julgados:

Pelo não cabimento do agravo de instrumento

O rol do art. 1.015 do NCPC é taxativo ou *numerus clausus* conforme preconizado pela balizada doutrina. Por conseguinte, fora das hipóteses ali elencadas, ou a decisão é irrecurável ou contra ela será cabível meio de impugnação diverso (artigo 1.009, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil).

Se o réu pretendeu o reconhecimento da incompetência absoluta do Juízo e por conta disso, teve seu Agravo de Instrumento não conhecido monocraticamente pelo Relator, qualquer insurgência contra essa decisão deveria abarcar tão somente o desacerto dos fundamentos lançados naquele momento. Pretender rever a decisão desse último ato judicial, invocando fatos ou fundamentos diversos,

assim como dissociados da decisão vergastada, viola o princípio da dialeticidade, causa de conhecimento do recurso (Súmula 182/STJ). (20160020424003AGI, Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, 8ª TURMA CÍVEL, DJE: 03/02/2017)

Pelo cabimento do agravo de instrumento

- I. O Código de Processo Civil de 2015 não contempla a decisão que acolhe a preliminar de incompetência no rol dos pronunciamentos que podem ser impugnados por meio de agravo de instrumento descrito em seu artigo 1.015.
- II. Não obstante o caráter exaustivo do catálogo do artigo 1.015, não é vedado o recurso à interpretação extensiva ou analógica de alguma das hipóteses nele listadas, sobretudo com o propósito de favorecer a segurança jurídica e a razoável duração do processo.
- III. Se, por um lado, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento são dispostas *numerus clausus*, de outro, mostra-se imperioso transigir quanto à possibilidade de extensão de alguma delas a situações dirimidas por decisões substancialmente similares.
- IV. Se é agravável a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem e, por via de consequência, estabelece a competência do órgão jurisdicional, não há razão para excluir da abrangência recursal do agravo de instrumento a decisão que estabelece a competência interna, isto é, a competência de um órgão jurisdicional em face dos demais.
- V. De acordo com a inteligência do parágrafo único do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, no cumprimento de sentença a decisão sobre a competência do juízo da execução, argüida por meio de impugnação na forma do artigo 525, inciso VI, do mesmo diploma legal, pode ser impugnada mediante agravo de instrumento.
- VI. O mesmo pode ocorrer até mesmo no processo de execução, tendo em vista que a incompetência absoluta, muito embora em regra deva ser suscitada por meio de embargos à execução, nos termos do artigo 917, inciso V, do Código de Processo Civil, por

força do artigo 64, § 1º, do mesmo Estatuto Processual, “pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício”.

VII. A interpretação analógica, também em função desse quadro processual, parece inelutável: se é cabível agravo de instrumento contra decisão acerca de competência no cumprimento de sentença e no processo de execução, deve sê-lo também na fase cognitiva. (20160020344135AGI, Relator Designado: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, 4ª TURMA CÍVEL, DJE: 17/11/2016)

Por coerência acadêmica, consigne-se que a maioria dos acórdãos proferidos pelo TJDFT é no sentido de negar o agravo de instrumento, nos casos de incompetência, mantendo a taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC.

A partir desse apanhado jurisprudencial, no âmbito do TJDFT, que serve como moldura fática da tese que aqui se examina, constrói-se o terreno para o debate acerca da referida taxatividade, ressaltando-se que, até o momento, a questão não chegou ao Superior Tribunal de Justiça.

Cabe, portanto, analisar qual das duas linhas de raciocínio é a mais correta, não apenas no tocante à decisão que analisa a competência, mas no tocante à interpretação de todas as hipóteses de cabimento do agravo, se taxativas ou não.

Aqui neste trabalho não se pretende isolar e tão somente examinar o problema da decisão acerca da competência; pelo contrário, esse exemplo apenas acende as luzes sobre outras hipóteses, que também não foram abarcadas, mas possuem defensores de uma interpretação passível de admitir o cabimento de agravo instrumento contra elas.

Não há dúvidas de que o objetivo do Código, ao elaborar um rol taxativo de cabimento do agravo de instrumento, e é isso que se pretende demonstrar.

Entretanto, imperioso destacar que isso não tornou as demais decisões interlocutórias – não abrangidas no art. 1015 – irrecorríveis. Deixou apenas para momento posterior a sua impugnação, quando da interposição da apelação ou da apresentação das contrarrazões, conforme expressa dicção do art. 1.009, § 1º, do CPC/15¹.

1 Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 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.

Assim, tais decisões são efetivamente passíveis de recurso, contudo, têm a sua preclusão alterada para momento posterior, após ultrapassado o prazo da apelação ou das contrarrazões, caso o prejudicado pela decisão interlocutória tenha obtido êxito ou não na sentença.

3 ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DAS INTERPRETAÇÕES DO ROL DE HIPÓTESES DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

É na própria preclusão que reside um dos grandes óbices à interpretação extensiva propugnada por parte da doutrina e por parcela da jurisprudência. Isto porque, havendo dois momentos distintos de preclusão para as decisões interlocutórias, a depender do cabimento ou não de agravo, deixar ao alvedrio do juiz (desembargador) a definição sobre o tipo de decisão que se pretende recorrer (agravável ou não), é transformar a parte em apostador num jogo em que as cartas são dadas pelo Judiciário.

Imagine-se uma situação em que a parte está diante de uma decisão interlocutória, a princípio, não agravável, mas que, naquela hipótese, alguns Desembargadores admitem o agravo de instrumento, por interpretação extensiva, e outros não – a exemplo da incompetência. Se a parte não recorrer e cumprir a lei, poderá acontecer de, posteriormente, quando da apelação, o capítulo referente à incompetência não ser conhecido, por preclusão, na medida em que a parte não se utilizou do recurso cabível à época. Por outro lado, se a parte recorrer, poderá obter uma negativa no agravo, haja vista o rol taxativo não aceitar interpretação extensiva.

Poder-se-ia alegar que, uma vez definido o cabimento pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial repetitivo, ou mesmo pelo Tribunal de Justiça em IRDR, não haveria mais dúvida para a parte. A afirmação tem meia verdade, e não abrange o problema na sua extensão, mas apenas no particular. É que, aceitar uma interpretação extensiva quanto ao agravo de instrumento, significa admitir outras interpretações também no tocante aos demais incisos do art. 1.015 do CPC.

A propósito, já há quem defenda o cabimento de agravo de instrumento para impugnar decisão que indefere negócio jurídico processual:

Convenção de arbitragem é um negócio processual. A decisão que a rejeita é decisão que nega eficácia a um negócio processual. A eleição de foro também é um negócio processual. Como vimos, a decisão que nega eficácia a uma cláusula de eleição de foro é impugnável por agravo de instrumento, em razão da interpretação extensiva. Pode-se ampliar essa interpretação a todas as decisões que negam eficácia ou não homologam negócio jurídico processual – seriam, também por extensão, agraváveis. (CUNHA; DIDIER, 2015, p. 279).

Há, ainda, quem admita a interposição do recurso de agravo contra o indeferimento de provas, por interpretação extensiva dos incisos VI e XI do art. 1.015 (VI - exibição ou posse de documento ou coisa e XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;) (RUBIN, 2016, p. 886).

A criatividade pode levar, e tem levado, a muitas outras situações. Daí se pergunta: o Superior Tribunal de Justiça deverá regulamentar todas as situações em sede recurso especial repetitivo para evitar o problema da identificação da preclusão?

Certamente, a intenção do legislador não foi deixar esse espaço interpretativo de um rol normativo, notadamente porque, quando quis fazê-lo, o fez de forma expressa, liberando o intérprete a estender hipóteses previstas em lei.

Veja-se os seguintes artigos, todos eles com espaço interpretativo de rol normativo:

Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno *dentre aqueles* responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, **tais como** taxas e despesas de condomínio;

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, **tais como**:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. (destaque nosso)

Em todas essas situações, o legislador estabeleceu um rol de hipóteses, mas deixou que esse rol fosse ampliado pelo intérprete, com expressões (“dentre aqueles” e “tais como”) designadas para tal fim.

Bem ou mal, o rol é taxativo. A razão disso pode ser verificada em duas frentes: celeridade e instrumentalidade.

Quanto à celeridade, a taxatividade do rol impede a proliferação de agravos, que acontecia no CPC/73. Como havia expressões abertas para justificar o cabimento do agravo de instrumento, a maioria das decisões interlocutórias era agravada sob a justificativa do grave dano ou de difícil reparação (art. 522 do código de 73).

Com a nova roupagem do agravo, somente aquelas hipóteses que o legislador entendeu passíveis de recurso imediato, via agravo, abrirão a segunda instância, deixando as demais para o julgamento de apelação. Certamente o processo ganha celeridade, impede proliferação de recursos e obsta o trabalho desnecessário do Tribunal, que, se não verificasse grave dano ou de difícil reparação, deveria converter o agravo de instrumento em retido.

Ademais, limitando as hipóteses de cabimento, o legislador deixou todas as demais situações para a apelação, aproveitando o ato processual de apelar para que haja impugnação das decisões interlocutórias. Anteriormente, o agravo de instrumento contra decisões de interpretação aberta, como visto, poderia ser convertido em retido e ficava no Tribunal aguardando a chegada da apelação.

Havia, ainda, o agravo retido, como regra, que deveria ficar adormecido nos autos, até que, na apelação (ou nas contrarrazões) o agravante requeria seu prosseguimento. Com o rol taxativo, já se sabe quais decisões interlocutórias poderão ser julgadas pelo Tribunal imediatamente, via agravo de instrumento, e quais serão decididas apenas na apelação.

Lemos (2016, p. 75) faz interessante análise acerca do rol do agravo de instrumento, afirmando que o legislador imputou ao sistema anterior, de ampla recorribilidade das interlocutórias, um atraso ao processo em geral, e por essa razão estabeleceu hipóteses taxativas.

Pode se dizer, e talvez com razão, que mais hipóteses deveriam estar abarcadas, e que o legislador acabou por prejudicar o processo. Todavia, essa foi a opção da lei. Critiquemos a lei, se for o caso, mas não podemos legislar por via transversa, pretendendo que o rol não seja taxativo.

Nem se diga, como fizeram Cunha e Didier (2015, p. 276), apesar da propriedade das palavras, que se trata de interpretação extensiva de rol taxativo, e não de ampliação do referido rol.

No ponto, vale a lição de França (2015, p. 51), ao afirmar que “a interpretação extensiva não faz senão reconstruir a vontade legislativa

existente para a relação jurídica que só por inexata formulação parece à primeira vista excluída”.

Para Bustamante (2007, p. 255-275), na mesma linha, a interpretação extensiva há que se manter “dentro dos limites semanticamente estabelecidos pelo texto objeto da interpretação”, enquanto a analogia “envolve uma tomada de decisão não feita originalmente pelo legislador, pois a hipótese ventilada não pode ser reconduzida a qualquer enunciado normativo em vigor nem mesmo se este for interpretado extensivamente”.

Destarte, para se concluir da forma como pretenderam Cunha e Didier, dever-se-ia afirmar que a intenção do legislador não foi restringir o rol do art. 1015, e que, por equívoco semântico, algumas hipóteses acabaram por expressar menos do que queriam (caso da convenção de arbitragem). Todavia, isso seria interpretar analogicamente o rol, e não extensivamente, como pretendem.

A advertência de Romão (2016) é adequada à hipótese: “atribuir sentidos inexistentes ou extrapolar significados semânticos sob a justificativa de interpretação extensiva equivale conferir caráter exemplificativo ao rol, ainda que sob outro arranjo ou fundamento.”

Maranhão defende posição semelhante, no tocante à interpretação extensiva, sem, contudo, aprofundar as razões pelas quais entende que algumas hipóteses devessem ter tal tipo de interpretação. Diz o autor:

Tem-se esse rol como taxativo. Contudo, adiante-se que não são descartáveis situações concretas em que demonstrar-se-á o cabimento de interpretação conforme a Constituição, frente ao postulado da isonomia e da paridade de armas entre os litigantes, bem assim a necessidade de interpretação extensiva do texto para hipóteses análogas conducentes ao entendimento pelo qual o legislador *dixit minus quam voluit*. (MARANHÃO, 2016, p. 147-168).

Na sua visão, não há outras razões para que seja admitida tal interpretação, de modo que permanecem aqui as observações já deduzidas anteriormente. Acrescente-se, apenas, que das hipóteses sugeridas como autorizativas de uma extensão na forma de interpretar, em verdade, trata-se de mudança de sinal tão-somente, como é caso, do art. 1.015, IV, do CPC. Nessa situação, deve-se interpretar que a expressão “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, inclui tanto o acolhimento quanto a rejeição.

Vale referir, por outro lado, que Maranhão (2016, p. 147-168) expressamente rechaça o cabimento de agravo de instrumento contra as decisões que versem sobre “competência” por interpretação extensiva da

autorização dada para o recurso contra decisão que trate de convenção de arbitragem.

A propósito da expressão “convenção de arbitragem”, por certo não é ela uma expressão aberta, que deixa margem de dúvidas ao intérprete, ou ainda, que possibilite uma gama de situações possíveis, como são os casos de “admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros”, ou “no processo de execução”, constante no art. 1.015, parágrafo único do CPC/15.

Essas duas últimas expressões, de fato, admitem que se faça uma interpretação extensiva para incluir na sua concepção outras hipóteses, seja para, no primeiro exemplo, adicionar uma intervenção de terceiros não prevista no CPC² (intervenção anômala da Fazenda Pública prevista na Lei 9.649/97), seja, na segunda hipótese, para se definir as decisões proferidas no processo de execução passíveis de impugnação por agravo de instrumento.

Extraír de “convenção de arbitragem” a ideia de que o legislador quis dizer menos do que deveria, e que a intenção dele não foi limitar à arbitragem as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, com o devido respeito aos que defendem tal ideia, é um exercício de construção normativa que não encontra espaço no texto legal, nem nos métodos interpretativos.

Isso porque, como visto acima, a intenção do legislador foi, de fato, restringir as hipóteses, pois, se de outra forma quisesse, poderia ter usado expressões exemplificativas para deixar margem ao intérprete.

Ademais, ainda que se entenda que se trata de mera “interpretação extensiva”, não se pode utilizar esse método interpretativo com o objetivo de subverter a ideia inicial do legislador.

As ponderações de Lênio Streck, com base no pensamento de Eros Grau, são fundamentais acerca do perigo da interpretação como fonte justificadora de ideias doutrinárias:

A existência de diversos cânones de interpretação – que é agravada pela inexistência de regras que ordenam, hierarquicamente, o seu uso (Alexy), faz com que esse uso resulte *arbitrário*. Esses métodos, diz Grau, funcionam como justificativa para legitimar resultados que o intérprete se propõe a alcançar. (STRECK, 2011, p. 138).

Por fim, ainda que se ultrapassasse todos os obstáculos acima, o que se verifica é que a expressão “convenção de arbitragem” não dá margem a dúvidas razoáveis ou espaços interpretativos para se alcançar a ideia que

2 É o caso da intervenção anômala da Fazenda Pública, regulada na Lei 9.649/97.

o legislador quis abarcar “competência” em sua hipótese. Tratar dessa forma a questão é dar ao intérprete o poder de legislar.

Nesse contexto, Wambier (2016, p. 551) é categórica em não admitir interpretação extensiva para a expressão “convenção de arbitragem”, ao asseverar que diferente é a situação em que se discute sobre a competência para a arbitragem, pois nessa hipótese não caber agravo de instrumento, devendo a questão ser objeto de recurso apenas quando da decisão final do processo. Perceba-se que a autora não admitiu interpretação outra que não fosse o cabimento de agravo contra a alegação de convenção de arbitragem.

A interpretação extensiva não serve para ampliar o rol previsto em lei; somente permite que determinada situação se enquadre no dispositivo, a despeito de o texto ser mais restrito. Não se amplia o conteúdo da norma, apenas há o reconhecimento de que dada hipótese é regida pela regra.

Assim, taxatividade não significa literalidade ou interpretação gramatical. Embora o caso não se identifique com as expressões postas no texto legal, deve-se analisar a teleologia do dispositivo, de modo a alcançar a finalidade das normas que devem ser construídas a partir do texto.

4 O MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Argumento que subsiste é que, “se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária.” (CUNHA; DIDIER, 2015, p. 278).

No mesmo sentido:

Esta opção do legislador de 2015 vai, certamente, abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz. A utilização desta ação para impugnar atos do juiz, no ordenamento jurídico ainda em vigor, tornou-se muito rara. Mas, à luz do novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento, que não podem aguardar até a solução da apelação. Um bom exemplo é o da decisão que suspende o andamento do feito em 1º grau por prejudicialidade externa. Evidentemente, a parte prejudicada não poderia esperar. (WAMBIER, 2015, p. 1453).

Não se pode fazer juízo interpretativo a partir de argumento consequencialista. Se não há como impugnar imediatamente a decisão, que se use o mandado de segurança.

Todavia, aqui vale a advertência de Maranhão (2016, p. 147-168), para quem permitir simplesmente o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial, com fundamento no art. 5.º, II, da Lei 12.016/2009³, implicaria numa subtilização de uma garantia constitucional, rebaixando o mandado de segurança a mero sucedâneo recursal.

Para o autor, uso do *mandamus* teria ainda o óbice da Lei do MS, que assevera ser incabível o *writ* contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo. De fato, se toda decisão interlocutória é recorrível, seja por agravo de instrumento, seja pela via diferida da apelação, eventual impetração de mandado de segurança merecerá indeferimento liminar da petição inicial.

O próprio Maranhão (2016, p. 147-168) traz uma ressalva, que serve para justificar o uso do *writ* em casos excepcionais, afirmando que deve-se utilizar a *ratio decidendi* do RE 76.909 (art. 926, § 2.º), por meio do qual a Suprema Corte abrandou o rigor da Súmula 267 e alargou a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial nos casos em que, a despeito da recorribilidade do ato judicial, tal instrumento não puder ter eficácia suspensiva e a parte estiver diante de situação de dano efetivo ou potencial.

Destarte, a conclusão do autor é precisa e coaduna-se com a ideia de taxatividade do rol de cabimento do agravo de instrumento. Havendo dano irreparável ou de difícil reparação, a parte pode utilizar o MS, desde que justifique concretamente a situação excepcional, cabendo ao Tribunal admitir ou não a sua argumentação.

E, caso o uso do MS seja excessivo, que isso sirva para se modificar a lei, como já se fez, aliás, com a inclusão de recursos especiais repetitivo e a repercussão geral, em 2006, como forma de diminuir o número de recursos que chegava às Cortes Superiores. Não se pretendeu, à época interpretar extensiva ou restritivamente o recurso especial para impedir que chegasse ao STJ, mas buscou-se no legislativo a solução.

5 CONCLUSÃO

O debate em torno do rol taxativo de cabimento do agravo de instrumento persistirá por muito tempo, seja porque há muitas hipóteses, não previstas, de decisões que geram anseios acerca da necessidade de serem impugnadas imediatamente, seja porque é da essência da academia jurídica intensificar discussões sobre temas polêmicos e que atraem interpretações diversas.

3 Art. 5o Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

[...]

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

O legislador, bem ou mal, fez uma opção: trazer um rol sem hipóteses abertas para o cabimento do agravo de instrumento.

Ao intérprete cabe extrair do texto a norma, desde que coerente com aquilo que o legislador pretendeu ao editar tal texto.

Portanto, interpretar não pode ter por função modificar, mas sim, extrair o melhor significado dentro do âmbito de possibilidade oferecida pela norma legal. Se não é a melhor norma, cabe perseguir uma forma de corrigir o problema, dentro das opções democráticas que oferecidas pela Constituição.

É o que se deve fazer: não havendo solução imediata, busquemos a modificação da lei pela via adequada, e não por vias transversas.

REFERÊNCIAS

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Analogia jurídica e argumento a contrario: um caso típico de argumentação por princípios: uma explicação a partir de uma controvérsia sobre a aplicação do art. 1.122 do CPC brasileiro. In *Revista de Direito Privado*, v. 29/2007, jan./mar./2007.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER, Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC-2015 In: *Revista de Processo*, v. 242, abr./2015.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Novo Código de Processo Civil comentado*, Tomo III (comentário ao art. 1.015). São Paulo: Lualri, 2017.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*, 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEMOS, Vinicius Silva. *O agravo de instrumento no novo CPC*. São Paulo: Lualri, 2016.

MARANHÃO, Clayton. Agravo de instrumento no CPC/15: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial In: *Revista de Processo*, v. 256; 2016, jun.2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROMÃO, Pablo. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCP: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? In: *Revista de Processo*, v. 259, set./2016.

RUBIN, Fernando. Cabimento do agravo de instrumento em matéria probatória: crítica ao texto final do novo CPC (Lei nº 13.105/2015, art. 1015) In: *Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada*, v. 6. Salvador: Jus Podivm, 2016.

SILVA, Beclaute Oliveira; SILVA, Ivan Luiz da; e ARAÚJO, José Henrique Mouta. Eficácia do agravo de instrumento na decisão antecipada parcial de mérito. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 10, volume 17, n. 2, julho a dezembro de 2016.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo CPC*. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Do agravo de instrumento. In: *Temas essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.