

O novo regime do agravo instituído pela Lei nº 11.187/05

Guilherme Dieckmann

*Advogado da Caixa no Rio Grande do Sul
Especializando em Direito Público pela PUC/RS*

RESUMO: A finalidade do presente artigo é a de repercutir as principais alterações promovidas pela Lei nº 11.187/2005 relativamente ao regime do agravo, em especial no que diz respeito à imposição da interposição do agravo retido como regra, e a irrecorribilidade das decisões do relator atinentes à agregação de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, e a conversão deste em agravo de instrumento.

Palavras-chave: Reforma processual. Agravo de instrumento e agravo interno. Conversão. Efeito suspensivo.

1 Introdução - A Lei nº 11.187/05 e as reformas processuais

A Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, deu nova redação aos arts. 522, 523 e 527, e revogou o § 4º do artigo 523, todos do CPC. A mudança sedimenta um novo regime para a interposição do agravo, e consiste em mais um capítulo das reformas implementadas recentemente no Código de Processo Civil para torná-lo apto a dar celeridade e efetividade à prestação jurisdicional¹.

Tornou-se lugar-comum entre os estudiosos a constatação de que o sistema recursal, na forma como consagrado no CPC, é um dos fatores primordiais da morosidade e do alto custo que envolve a prestação da jurisdição. É Ovídio Araújo Baptista da Silva² quem diz "que os recursos constituem um dos pontos que mais contribuem para a morosidade da justiça em nosso país"; mas, em que pese tal dado há muito conhecido, "ninguém está disposto a revisá-los, com o objetivo de reduzir-lhes o número ou dar-lhes disciplina que faça minimamente declinar o peso extraordinário de sua significação. Ao contrário, as modificações introduzidas no Código de Processo Civil visam a fortalecê-los ainda mais, pela transferência para os tribunais da modesta parcela de poder de que ainda desfrutavam, há alguns anos, os magistrados de primeira instância."

Cândido Dinamarco³, a respeito da *primeira reforma* do CPC introduzida pela Lei nº 9.139/95, revela:

As críticas da doutrina e reclamações dos juízes de segundo grau centram-se principalmente no grande volume de interposições, proporcionado pela apresentação direta dos agravos a estes e motivado pelo afã dos litigantes em buscar satisfação rápida para suas aspirações desatendidas pelo juiz inferior. Não é exagerado dizer que se chegou ao ponto de uma verdadeira demonização do novo agravo de instrumento, como o grande vilão responsável pela sobrecarga e lentidão dos trabalhos dos tribunais de segundo grau.

O doutrinador, ao tratar da *reforma da reforma* (Lei nº 10.352/01), entendia que "era tempo de ousar mais", pois "a situação caótica dos tribunais de maior movimento é uma emergência que está a clamar por soluções, senão radicais e drásticas, que sejam suficientemente severas e capazes de pôr cobro ao excesso de agravos de instrumento". O jurista sugeriu, então, que fosse positivada a vedação de utilização do agravo de instrumento contra decisões em matéria probatória, e também o apenamento expresso ao agravante que se valesse do agravo de instrumento contra decisão excluída pela lei, impondo-lhe multa em regime de responsabilidade objetiva⁴.

A respeito do problema de política legislativa no que concerne à recorribilidade ou não das decisões interlocutórias, José Carlos Barbosa Moreira⁵ esclarece:

Há duas soluções radicais, diametralmente opostas: uma consiste em negar a possibilidade de impugnar-se qualquer interlocutória, reservada ao recurso que couber contra a decisão final a função de acumular em si todas as impugnações, seja qual for a matéria sobre que versem; outra, em tornar desde logo recorríveis as interlocutórias, cada uma de per si, de modo que a revisão pelo juízo superior se faça também paulatinamente, questão por questão, à semelhança do que ocorre na primeira instância, e à proporção que o processo vai atravessando, nesta, as suas diferentes fases.

Percebe-se que a *política legislativa* adotada relativamente à recorribilidade das decisões interlocutórias, desde a Lei nº 10.352/01 até a recente Lei nº 11.187/05, é a de estabelecer um meio termo entre as soluções apontadas por Barbosa Moreira, distinguindo-se, assim, uma

classe de decisões interlocutórias recorríveis desde já por meio de agravo de instrumento, e outra classe de decisões interlocutórias, contra as quais é imperativo o manejo do agravo retido.

É oportuno destacar, neste passo, que a difusão do manejo do agravo é, de certa maneira, inerente ao processo civil praticado modernamente, sobretudo diante das exigências de celeridade da prestação jurisdicional para a solução da lide, que ensejou na autorização para concessão liminar de providências urgentes sob cognição superficial (através da nova redação do famigerado artigo 273 do CPC, promovida pela Lei nº 9.494/97)⁶ e, como decorrência natural, a proliferação de decisões interlocutórias passíveis de causar dano à parte.

Passa-se, então, a breves palavras a respeito das modalidades de agravo, seguidas de análise de algumas das modificações implementadas pela Lei nº 11.187/05 no regime dos agravos.

2 Modalidades do agravo

O agravo é o recurso previsto no CPC para, no prazo de 10 dias, *atacar* as decisões interlocutórias, ou seja, aquelas proferidas no curso do processo e que não põem fim à demanda. É manejável em processo de conhecimento (ritos ordinário, sumário ou especial, de jurisdição contenciosa ou voluntária), de execução ou cautelar⁷.

O agravo se submete a dois regimes distintos: (a) de instrumento, interposto diretamente no tribunal; (b) e o retido nos autos, interposto perante o magistrado prolator da decisão atacada. De modo geral, a escolha entre uma e outra modalidade, antes da Lei nº 11.187/05, ficava a critério do agravante⁸, com exceção das hipóteses nas quais o agravo retido era obrigatório (§ 4º do artigo 523, com a redação dada pela Lei nº 10.352/01 - decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e decisões posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida).

O agravo de instrumento, conquanto interposto diretamente no tribunal (artigo 524), não conta com o efeito suspensivo da decisão atacada. Com base no artigo 558 é que o agravante poderá pleitear - e o relator do agravo poderá conceder - o efeito suspensivo da decisão nos casos de lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação. Note-se que a interposição do agravo de instrumento, no regime anterior à Lei nº 11.187/05, não exigia maiores requisitos - bastava tratar-se de decisão interlocutória que não fosse referente àquelas previstas no § 4º do artigo 523.

O agravo retido, por sua vez, tem a função de evitar a preclusão sobre determinada questão e, pelo fato de ser interposto perante o magistrado prolator da decisão fustigada, somente será apreciado pelo tribunal na ocasião do julgamento da apelação eventualmente inter-

posta, desde que o agravante se reporte ao agravo expressamente nas razões de apelação ou nas contra-razões de apelação da parte adversa (artigo 523, caput, e seu § 1º).

3 A Lei nº 11.187/05

3.1 Agravo retido torna-se a regra geral

O regime instituído pela novel Lei nº 11.187/05 pretende fazer o agravo retido a regra, e o agravo de instrumento a exceção, e a intenção evidente é a de diminuir a quantidade de agravos de instrumento em trâmite nos tribunais¹⁰. Leonardo José Carneiro da Cunha¹¹ entende que essa modificação já havia sido introduzida, anteriormente, pela Lei nº 11.352/01:

Sempre se entendeu (...) que cabia à parte interessada a escolha entre a forma de interposição do agravo, optando por intentar o retido ou o de instrumento. Tal liberdade de escolha já havia sido eliminada pelas disposições contidas no Código de Processo Civil, desde o advento das mudanças levadas a cabo pela Lei nº 10.352/2001. Com efeito, a partir das modificações operadas por tal diploma legal, reservou-se o agravo de instrumento para casos de urgência, mantendo-se o retido para situações que não revelassem a necessidade de uma análise instantânea, imediata ou com brevidade pelo tribunal.

No entanto, era lícito concluir, pela redação do § 4º do artigo 523 do CPC conferida pela Lei nº 11.352/01, que a imposição do agravo retido dizia apenas com as decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e as posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida. Veja-se que o dispositivo legal trata (a) das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e (b) das posteriores à sentença, de modo que as exceções enumeradas em seguida se referem a estas decisões (as posteriores à sentença), e não a todas as decisões interlocutórias¹². O artigo 527, II do CPC, com a redação dada pela Lei nº 10.352/01, não pode ser invocado para sustentar o entendimento de que o agravo retido já ocupava a posição de honra na questão da recorribilidade das decisões interlocutórias, uma vez que dispõe expressamente que a conversão do agravo de instrumento em agravo retido era uma *faculdade* outorgada ao relator, e não uma imposição ao agravante. Assim, ainda no regime instituído pela Lei nº 10.352/01, podia-se dizer que a opção pela modalidade de agravo ficava ao encargo do agravante, a não ser nos casos ressalvados no dispositivo citado.

3.2 O novo artigo 522 e as três hipóteses de manejo do agravo de instrumento

A nova redação do artigo 522, dada pela Lei nº 11.187/05, dispõe, então, que caberá contra as decisões interlocutórias o agravo 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". Nestes casos, será admitida a interposição do agravo de instrumento. Essa nova redação do artigo 522 permite três conclusões: (a) cingem-se a três as hipóteses de interposição de agravo de instrumento¹³⁻¹⁴; (b) o agravo de instrumento, na primeira hipótese, conta com mais um requisito de admissibilidade, qual seja a suscetibilidade da decisão causar à parte lesão grave ou de difícil reparação; (b) o agravo de instrumento, caso admitido, terá, em regra, o efeito suspensivo.

3.2.1 *Decisão suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação*

Na primeira hipótese de interposição de agravo de instrumento, o agravante deverá fazer prova de que a decisão fustigada é suscetível de lhe causar lesão grave e de difícil reparação, não bastando que a decisão lhe imponha um gravame qualquer. Trata-se, pois, de mais um requisito de admissibilidade do recurso¹⁵, referente ao interesse em recorrer¹⁶, uma vez que em não se tratando de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, ou não sendo caso de inadmissão da apelação ou relativo aos efeitos em que a apelação é recebida, o relator *converterá* o agravo de instrumento em agravo retido, mandando remeter os autos ao juiz da causa (conforme redação nova do inciso II do artigo 527; na redação anterior, dada pela Lei nº 10.352/01, o relator *poderia* converter, e se falava que a conversão não era possível se se tratasse de provisão jurisdicional de urgência ou houvesse perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação)¹⁷.

Aqui se vê, na nova redação do artigo 522, o emprego de uma cláusula geral; ao invés de enumerar casuisticamente as situações nas quais caberia o manejo do agravo de instrumento, a Lei nº 11.187/05 se vale da cláusula geral "lesão grave e de difícil reparação". Como diria Karl Engisch¹⁸:

O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuismo está sempre exposto ao

risco de apenas fragmentária e <<provisoriamente>> dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais.

O jurista alemão adverte, ainda, que "as cláusulas gerais não contêm qualquer delegação de discricionariedade, pois que remetem para valorações objectivamente válidas"¹⁹.

Dessa forma, a Lei nº 11.187/05 impõe que os operadores do Direito convivam com essa cláusula geral, redigida com emprego de conceito jurídico indeterminado, que torna fundamental a interpretação e a valoração dos tribunais no tocante à admissibilidade do agravo de instrumento - e essa interpretação e valoração deve ser juridicamente válida, inadmissível que é a discricionariedade na verificação da ocorrência das hipóteses legais.

Se, por um lado, é tormentoso trazer exemplos jurisprudenciais de casos nos quais se entendeu que uma decisão interlocutória era, de fato, suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação, de outro, é tranqüila a localização de decisões monocráticas nas quais se disse que determinada decisão de primeiro grau *não* era suscetível de causar tal gravame *qualificado*. Os eminentes desembargadores do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já emitiram decisões monocráticas, ainda na vigência da Lei nº 10.352/01, nas quais restou entendido que não eram suscetíveis de causar lesão grave e de difícil reparação as decisões concernentes às seguintes questões: preliminar de carência de ação²⁰, ilegitimidade passiva²¹ e ativa²², indeferimento de produção de provas²³, preliminar de transação²⁴.

Ocorre que nem sempre o recorrente terá interesse em agravar retidamente contra decisão que não seja suscetível de causar-lhe lesão grave e de difícil reparação. Ao escrever sobre a possibilidade de conversão, pelo relator, do agravo de instrumento em agravo retido, ainda no regime da Lei nº 10.352/01, Fabiano Carvalho²⁵ já advertia que:

Em determinadas hipóteses, ainda que não estejam presentes os requisitos da conversibilidade ('provisão jurisdicional de urgência' ou 'perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação'), não será lícito ao relator aplicar a regra do artigo 527, II, do CPC. Assim, por exemplo, no caso de interposição de agravo de instrumento por parte de terceiro prejudicado, tendo em vista que a retenção do agravo seria inócua de sorte que não haveria possibilidade de reiterá-lo nas razões ou contra-razões de apelação, pois, em verdade, o terceiro não é parte na relação jurídica processual.

Há, ainda, outras decisões que são agraváveis por instrumento e que impedem a conversão de regime: rejeição liminar de reconvenção ou ação declaratória incidental (artigo 325, CPC); exclusão ou inclusão de herdeiro no inventário; reconhecimento de conexão entre causas; concessão de prazo em dobro; decisão sobre valor da causa; negativa de homologação de acordo; rejeição ou acolhimento de exceção de incompetência, impedimento ou suspeição etc.

No processo de execução, por sua própria natureza, também, não se afigura correto (sic) a aplicabilidade do artigo 527, II, do CPC. Primeiro porque o processo de execução tem por objetivo a prática de atos de expropriatórios (sic) que causam prejuízos imediatos à parte; segundo porque, embora haja decisão que a lei chama de sentença (artigo 795, CPC), existem muitas dúvidas acerca da natureza jurídica a respeito desta decisão, na qual raramente há apelação.

Leonardo José Carneiro da Cunha também traz o exemplo da decisão que indefere pedido de denunciação da lide que, para o jurista, "não exsurge, em princípio, uma situação de grave lesão ou de difícil reparação, devendo a decisão ser combatida por agravo retido"²⁶. Esclarece o jurista que "é, porém, firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, mesmo cabível a intervenção de terceiro, não se deve anular todo o processo no qual já haja sentença proferida, eis que atentaria contra a economia processual. Logo, o agravo retido estaria, certamente, fadado ao insucesso, não garantindo qualquer utilidade à parte agravante. Nesse caso, embora não haja urgência, não sendo a insatisfação da parte submetida desde logo ao conhecimento do tribunal, será mantida a falta de intervenção do terceiro, não lhe conferindo qualquer utilidade o agravo retido". Por fim, menciona, ainda, o articulista que também a decisão sobre a competência do juízo é atacável via agravo de instrumento, "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".

Dinamarco²⁷ também entende que o agravo de instrumento é o recurso cabível no processo de execução. Ao comentar a nova redação do § 4º do artigo 523, dada pela Lei nº 10.352/01, dizia o jurista:

No processo executivo, em que só se profere sentença para declará-lo extinto, praticamente sem nada decidir em substância (artigo 795), é razoável que não haja lugar para a restrição contida na

nova redação do parágrafo, porque só de sentença cabe apelação e só quando interposta esta o agravo retido pode ser devolvido ao tribunal (artigo 523, caput). Ficaria, por isso, exageradamente comprometida a utilidade dos agravos a serem interpostos nesse processo.

"Com relação aos incidentes que surgem na execução, e que são muitos, nada impede que o interessado agrave de instrumento contra as decisões que os julgarem" (Theotônio Negrão) - até porque essa disposição "deve ser entendida inteligentemente" (ainda, Negrão). A inteligência repele a exigência de espera por uma apelação que provavelmente nunca ocorrerá. Além do mais, como na execução não há audiência e praticamente nada a decidir após proferida a sentença prevista no artigo 795 do Código de Processo Civil, nem haveria como incidirem as hipóteses do § 4º do artigo 523.

Angelina Mariz de Oliveira²⁸, em atenção às decisões interlocutórias proferidas no curso de ações de execução fiscal, constata:

as decisões interlocutórias proferidas em sede de execuções fiscais somente poderão ser objeto de agravo de instrumento, nunca de agravo retido, a despeito da omissão da lei sobre tal aspecto.

Ao apreciar essa questão, que já era possível em decorrência do inciso II do artigo 527 do Código de Processo Civil com a redação dada pela Lei nº 10.352/01, o Superior Tribunal de Justiça entendeu nesse mesmo sentido:

"Sem bens em garantia, o processo executivo fica suspenso, não recebendo sentença ou apelação. Assim, a apreciação do agravo na forma retida restaria impossibilitada".

"O agravo retido deve ser feito referência, como preliminar, no recurso de apelação. Não havendo mais julgamento, por meio de sentença, a possibilitar a interposição do recurso apelativo - por se tratar de incidente em execução -, o agravo retido tornar-se-á inócuo, de nada valendo".

Estão corretos Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, ao averbarem que o risco de lesão referido pela nova redação dos arts. 522 e 527, II, diz respeito não

apenas aos danos materiais, mas, também aos danos eminentemente processuais²⁹, como, p. ex., no caso da decisão que rejeita exceção de incompetência relativa³⁰.

É oportuna, ainda, a lembrança de Rodrigo da Cunha Lima Freire³¹⁻³² a respeito da decisão interlocutória sobre as condições da ação e os pressupostos processuais: uma vez que a decisão sobre tais questões não preclui, podendo ser analisada novamente a qualquer tempo pelo juízo até a sentença, e diante da característica do agravo retido que é a de evitar a preclusão sobre determinada questão, percebe-se a ausência de interesse em agravar retidamente sobre tais questões.

Fácil constatar que a dicção legal não permite uma catalogação a priori das situações nas quais será cabível o agravo de instrumento. Assim, nos casos concretos, impõem-se aos relatores dos agravos de instrumento uma interpretação que leve em conta os princípios orientadores do processo civil (v.g., economia processual e celeridade processual), bem como a verificação da eventual ausência de interesse da parte em interpor o agravo retido, característica das hipóteses legais de cabimento do agravo de instrumento.

3.2.2 As outras duas hipóteses - já conhecidas - de interposição do agravo de instrumento

A segunda hipótese de agravo de instrumento, já tradicionalmente conhecida, diz com a inadmissão da apelação, e se presta para levar ao tribunal o conhecimento da decisão que não admitiu a interposição da apelação (v.g., por intempestividade ou deserção). Tem-se, então, o "efeito laxativo", mediante o qual o agravante pleiteia ao tribunal o destrancamento do processamento da apelação no juízo a quo. Com a mesma finalidade é possível interpor o agravo de instrumento junto ao STJ ou STF para "fazer subir" o recurso especial ou o recurso extraordinário que tiveram seguimento negado no tribunal *a quo* (artigo 544).

Por fim, a terceira hipótese de manejo do agravo de instrumento se dá nos casos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida. Via de regra, a apelação é recebida no duplo efeito (artigo 520), ressalvados os casos nos quais a apelação é recebida unicamente no efeito devolutivo (incisos do artigo 520), proporcionando a execução provisória da sentença. Havendo desconformidade de uma das partes com a decisão do juízo *a quo* relativamente aos efeitos em que recebe a apelação, deve aquela interpor o agravo de instrumento para reformar tal decisão. Tanto nesta terceira hipótese, como na segunda, percebe-se que o agravante não teria interesse em agravar retidamente, pois a questão deve ser levada imediatamente ao conhecimento do tribunal, de modo a determinar o processamento da apelação (na segunda hipótese), ou corrigir a atribuição de efeitos à apelação (na terceira hipótese).³³

3.3 Conversão do agravo de instrumento em agravo retido - e a irrecorribilidade da decisão monocrática do relator

A Lei nº 10.352/01 imprimiu nova redação ao inciso II do artigo 527, conferindo ao relator a possibilidade de conversão do agravo de instrumento em agravo retido, caso a decisão hostilizada não se tratasse de "provisão jurisdicional de urgência" ou não houvesse "perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação"; contra a decisão do relator caberia *agravo* "ao órgão colegiado competente".

A Lei nº 11.187/05, por sua vez, deu nova redação a esse dispositivo, impondo ao relator a dita conversão (o relator "converterá", é a fórmula legal); além disso, a decisão *liminar* que converter o agravo de instrumento em agravo retido somente será "passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar" (parágrafo único do artigo 527, com a redação dada pela Lei nº 11.187/05), de maneira que a letra da lei exclui a possibilidade de manejo do *agravo* "ao órgão colegiado competente".

Leonardo José Carneiro da Cunha³⁴ flagrou, com precisão, a impropriedade da sistemática imposta pelo parágrafo único do artigo 527, em relação ao inciso II do artigo 527. São dele as seguintes palavras:

A disciplina legal, no que concerne ao inciso II, não fosse despropositada, seria risível. Determinada a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, somente (...) será passível de reforma no momento do julgamento do agravo (!?).

Ora, convertido o agravo de instrumento em agravo retido, essa decisão que determinou a conversão somente será revista quando for julgado o agravo retido...!? Não tem sentido a dicção da norma! Julgado o agravo retido, não há mais como ser desfeita a conversão, subtraindo-se a utilidade do agravo de instrumento então interposto. A regra ofende o princípio da efetividade (...). Sua inconstitucionalidade é, portanto, manifesta. Além do mais, é sabido que a norma não pode positivar situações esdrúxulas, absurdas ou impraticáveis, devendo, então, ser desconsiderada.

Neste ponto, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina³⁵ entendem que "há uma certa dose de cinismo na redação da lei, que não diz expressamente que *não cabe recurso destas decisões*, mas fixa um momento para que se redecida o assunto", mas que a alteração da decisão, eventualmente operada no julgamento do agravo retido, seria "no mínimo, inteiramente inútil!".

Tem-se, assim, que se o relator converter o agravo de instrumento em agravo retido, essa decisão só será "passível de reforma no momento do julgamento do agravo", e o momento de julgamento do agravo retido (exceto reconsideração do relator ou retratação do juízo a quo) será o do julgamento da apelação eventualmente interposta (artigo 523, *caput*). É intuitivo que a reforma da decisão, apenas neste momento, em muitos casos será inútil ou, no mínimo, impertinente e despidianda. Prevalecendo o entendimento de que (v.g.) as decisões sobre os pressupostos processuais e as condições da ação não são suscetíveis de causar lesão grave e de difícil reparação, de modo que o recurso cabível contra elas seria o agravo retido, pode-se figurar a situação de um processo que se desenvolveu contra parte que ocupou ilegítimamente o pólo passivo da demanda, e que no julgamento do agravo retido, preliminarmente ao julgamento da apelação, seja reformada a decisão que converteu o agravo de instrumento em agravo retido, acolhendo-se a preliminar de ilegitimidade passiva. Trata-se de agressão inescusável ao princípio da efetividade e da celeridade da prestação jurisdicional, uma vez que aquela questão já poderia ter sido solvida pelo tribunal, impedindo o processamento de ação fadada ao insucesso contra parte ilegítima.

3.4 Decisão sobre a concessão de efeito suspensivo - e a irrecorribilidade da decisão monocrática do relator

A nova redação do parágrafo único do artigo 527 dispõe ainda que a decisão do relator atinente à atribuição de efeito suspensivo ou ao deferimento, total ou parcial, da pretensão recursal em antecipação de tutela (inciso III do artigo 527), é irrecorrível, ou melhor, somente será passível "de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar".

Fabiano Carvalho³⁶, conquanto referindo ao projeto de redação do inciso II do artigo 527, que resultou na Lei nº 10.352/01 (mas cuja pertinência se revela ainda hoje e também em relação ao inciso III do artigo 527, com a redação dada pela Lei nº 11.187/05), observa que:

não seria de se admitir a ausência de recurso contra esta decisão, tendo em vista que os pronunciamentos do relator (decisões isoladas) devem, necessariamente, ficar ao controle do órgão colegiado. Ao não se aceitar a possibilidade de se interpor recurso contra a decisão que converte agravo de instrumento em agravo retido (bem como contra a decisão sobre a atribuição de efeito suspensivo e de antecipação da tutela recursal), inevitavelmente, a parte prejudicada se valerá do

*manejo do mandado de segurança, a fim de impugnar este pronunciamento*³⁷.

Afigura-se, então, possível que os agravantes eventualmente prejudicados acabem se utilizando do mandado de segurança ou de medida cautelar contra a decisão do relator, reativando uma prática anterior à Lei nº 9.139/95, o que revelaria um verdadeiro retrocesso no sistema processual.³⁸

Acentua Cândido Dinamarco que "constitui fator legitimante da outorga desses poderes extraordinários ao relator a oferta de um recurso contra o ato deste, como meio de assegurar à parte contrariada um julgamento em colegiado (turma, câmara) - porque a colegialidade dos julgamentos superiores é inerente à fórmula ocidental da diversidade de graus jurisdicionais e de seu próprio fundamento sistemático"; no entanto, o processualista já adiantava a "fortíssima tendência jurisprudencial a negar" a possibilidade de *agravo ao órgão colegiado competente* contra as decisões sobre atribuição de efeito suspensivo ou efeito ativo pleiteado pelo agravante, e advertia para a "duvidosa constitucionalidade" dessa solução. Conforme Dinamarco³⁹,

vai contra a garantia constitucional do devido processo legal a imposição de medidas da competência desse órgão, sem possibilidade de revisão por ele, mesmo diante do silêncio da lei (nada dispõe a esse propósito o artigo 527, inc. III).

A negativa do agravo contra essas decisões do relator abre caminho para algo que a Reforma quis restringir muito que era o mandado de segurança contra ato jurisdicional. Na medida em que o ato do relator, positivo ou negativo, imponha lesão ou séria ameaça a um direito líquido-e-certo, da irrecorribilidade desse ato decorrerá a necessidade de impetrar o writ, que a Constituição Federal assegura ao sujeito lesado ou ameaçado (artigo 5º, inc. LIXX).

Seja como for, de fato, relativamente ao inciso III do artigo 527, já havia entendimento jurisprudencial no sentido da irrecorribilidade da decisão do relator quanto à atribuição ou não de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, e quanto ao deferimento ou não da antecipação de tutela recursal. Bem antes da Lei nº 11.187/05, o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já dava conta da irrecorribilidade dessas decisões⁴⁰.

De outra banda, caso o relator determine o processamento do agravo de instrumento contra decisão suscetível de causar lesão grave ou de difícil reparação à parte (bem como nas outras duas hipóteses de agravo

de instrumento referidas *supra*), é muito difícil que recuse a agregação de efeito suspensivo ao recurso, uma vez que se o agravante alega a suscetibilidade da decisão em provocar lesão grave e de difícil reparação, e o relator não converter em agravo retido é porque este entendeu plausível o pleito do recorrente, de modo que não lhe negará o efeito suspensivo da decisão hostilizada⁴¹. Ademais, a alegação de lesão grave e de difícil reparação é requisito para a concessão de efeito suspensivo, desde que relevante a fundamentação, conforme o artigo 558⁴².

3.5 Agravo contra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento

A forma de interposição do agravo retido quando da audiência de instrução e julgamento também sofreu alteração. Na redação anterior do § 3º do artigo 523 aludia-se simplesmente à audiência (qualquer audiência), e que seria *admitida* a interposição do agravo retido oralmente na própria audiência. Agora, tem-se com a nova redação que o agravo contra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento será cabível na forma retida, e, além disso, será *obrigatoriamente* interposto na ocasião da audiência de forma oral - *oral e imediatamente* segundo a nova redação do § 3º do artigo 523. Não é mais possível, desta forma, a interposição de agravo retido por petição contra decisão proferida em audiência, após a realização desta, no decêndio.

Entretanto, é lícito concluir, como o fazem Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina, que a decisão proferida em audiência preliminar (artigo 331, § 2º) pode ser alvo de agravo retido *por escrito*.⁴³

A Lei nº 11.187/05 não tratou das contra-razões do agravado: serão elas manifestadas oral e imediatamente na mesma ocasião da interposição do agravo retido, logo após as razões do agravante, ou o agravado poderá contra-arrazoar, por petição, no prazo de dez dias? Tudo indica que a intenção é a de fazer valer o princípio da oralidade, de modo que a resposta do agravado deverá, também, ser oral e imediata, na audiência de instrução e julgamento.

4 Conclusão

O novo regime do agravo exigirá dos operadores do direito a resolução de muitas questões que já nascem controvertidas, como se tentou demonstrar *supra*, sem a contrapartida de melhorias substanciais em relação à efetividade e celeridade da prestação jurisdicional. Afinal, conforme aduz Angelina Mariz de Oliveira⁴⁴:

Existe uma "aparência" de que o volume de decisões será menor e de que será mais privilegiada a

decisão de primeiro grau, mas é uma ilusão. Isso porque o fato é que o recurso - quer seja retido, quer seja em instrumento - deverá ser julgado pela segunda instância em algum momento. A Lei nº 11.187/05 apenas modificou o momento em que este julgamento ocorrerá, esta é a mudança substancial dessa norma.

A melhor sistemática, em comparação com esta propugnada pela Lei nº 11.187/05, era a da Lei nº 10.352/01, uma vez que ao relator era *facultada* a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, e cabia *agravo* "ao órgão colegiado competente", permitindo a interposição do agravo de instrumento contra decisões que, conquanto não fossem suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, tratassem de questões relevantes para o andamento do processo, ou que impedissem seu desenvolvimento infrutífero.

Seja como for, a Lei nº 11.187/05, de modo geral, deixou frustrados e insatisfeitos aqueles que clamam por reformas no CPC que o tornem apto a proporcionar efetividade e celeridade à prestação jurisdicional.

A reforma processual que, efetivamente, poderá ser *levada a sério*, será aquela que viabilizar a modificação do sistema processual como um todo; reformas pontuais servem apenas para, quando muito, amenizar os problemas enfrentados pelos operadores do direito em questões pontuais.

Nesse sentido, é pertinente encerrar com as palavras vigorosas e lúcidas de Ovídio⁴⁵:

O máximo que nos permitimos, quando praticamos o sistema recursal, é lamentar a morosidade de justiça. Se o sistema tem como alicerce o procedimento ordinário; se a Constituição assegura aos litigantes a "plena defesa" e a conseqüente plenariedade de todas as demandas; se a lei tem sentido unívoco, portanto uma "vontade" invariável, parece natural que estejamos enviando, anualmente, às duas Cortes Superiores, mais de trezentos mil recursos. Devemos, no entanto, insistir: os recursos são a espinha dorsal do sistema; é o viés burocrático que funciona como um instrumento de poder, hoje globalizado. Conseqüentemente, mesmo que todos o lamentem não teremos forças para transformá-lo.

Mesmo que pareça surpreendente, temos de aceitar como natural que o Superior Tribunal de Justiça julgue numa única sessão o que muitos tribu-

nais europeus e a própria Suprema Corte americana julgam em um ano.

Embora o procedimento recursal exija mais de um ano, às vezes mais, para ser apreciado pelo respectivo tribunal do recurso, isto poderá ser, quando muito, motivo para lamentações e talvez desesperança que acabe dando-nos coragem para decretar a falência da jurisdição estatal, privatizando-a ainda mais, nunca transformá-la, afeiçoando-a às exigências de nossa contemporaneidade.

Notas

- 1 Conforme HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *"Na década de 1990 mais de uma dezena de leis se ocupou de alterar o texto do Código de 1973, todas com o declarado intuito de simplificar seus procedimentos, com vistas à maior celeridade na realização da tutela jurisdicional. (...) Nada obstante toda essa modernização processual, a justiça brasileira continua desacreditada aos olhos da sociedade pela excessiva demora na solução dos litígios. É a dura e lastimável realidade."* ("Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais". **Revista de Processo** 125/67. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2005, p. 67/68).
- 2 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p.252. Muito embora não seja aqui o espaço apropriado para maiores investigações a esse respeito, convém divulgar o entendimento do referido jurista, para quem *"o fundamento que preside nosso interminável sistema de recursos é (...) a crença iluminista de que o legislador possa produzir um texto com tal simplicidade e transparência capaz de gerar univocidade de sentido"* (*Op. cit.*, p. 255).
- 3 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**, 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 177/178.
- 4 *Op. cit.*, p. 178/179.
- 5 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil - Volume V**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 479.
- 6 CARNEIRO, Athos Gusmão. Do Recurso de Agravo ante a Lei nº 11.187/2005. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, 21 mar. 2006, Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/>>. Acesso em: 28 jul.2006.
- 7 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Novo Processo Civil Brasileiro (Exposição Sistemática do Procedimento)**. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 143.
- 8 Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, *Op. cit.*, p. 146; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC Brasileiro**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 164.
- 9 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 265.
- 10 CARNEIRO, *Op. cit.*

- 11 "As Recentes 'Modificações' no Agravo". **Revista Dialética de Direito Processual** 33:64-72. São Paulo: Dialética, p. 65.
- 12 CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO resume a questão, do seu modo, com as seguintes palavras: "Resumidamente, pois, no direito vigente, exclui-se o agravo de instrumento, sendo admissível somente o retido, (a) contra decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento e (b) contra decisões proferidas depois de publicada a sentença. São, porém, ressalvados: a) no tocante a ambas essas hipóteses, as situações em que o retardamento pelo tribunal possa acarretar dano à parte; b) no tocante às decisões proferidas depois da sentença, as que indeferem o processamento da apelação e as que declaram o efeito, ou efeitos, em que é recebida. Nos casos assim ressalvados, tem admissibilidade o agravo de instrumento, não se aplicando, portanto, o veto contido no § 4º do artigo 523 do Código de Processo Civil." *Op. cit.*, p. 166.
- 13 Nesse sentido, OLIVEIRA, Angelina Mariz de. "O Regime do Agravo Instituído pela Lei nº 11.187/05 e suas Repercussões". **Revista Dialética de Direito Processual** 34:9-17 janeiro/2006. São Paulo: Dialética, 2006. p. 9.
- 14 RODRIGO DA CUNHA FREIRE lembra que o artigo 475-H e o § 3º do artigo 475-M, acrescentados pela Lei nº 11.232/2005, dispõe que contra a decisão da liquidação de sentença e a decisão que resolver a impugnação à execução, salvo quando esta for extinta, é cabível o agravo de instrumento. NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. Reforma do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 43.
- 15 Ao tratar do inciso II do artigo 527, no regime da Lei nº 10.352/01, FABIANO CARVALHO averbou que "A expressão *poderá converter* (agravo de instrumento em agravo retido) deverá ser interpretada como faculdade ou autorização ao relator. *Caso contrário, estar-se-ia dando existência a novos requisitos de admissibilidade ao agravo de instrumento: provisão jurisdicional de urgência e periculum in mora. Somente nas hipóteses em que houvesse perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação é que seria permitida a interposição do agravo de instrumento*". ("A Conversão do Agravo de Instrumento em Agravo Retido na Reforma do Código de Processo Civil". Revista de Processo 111:113-126. jul/set 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 118). As duas últimas sentenças foram grifadas, uma vez que agora com a Lei nº 11.187/05 o que era faculdade do relator virou imposição, de modo que se operou o "caso contrário" - *deu-se existência a novos requisitos de admissibilidade do agravo de instrumento*.
- 16 NELSON RODRIGUES NETTO sustenta que a questão se aproximaria mais de uma *prejudicial*. Essas são suas palavras: "*parece razoável afirmar-se que o julgamento sobre a possibilidade de a decisão recorrida causar lesão grave e de difícil reparação soluciona uma questão prejudicial, revelando uma qualidade especial do interesse recursal, que permite a interposição sob a forma de instrumento. Ausente o risco de lesão grave e de difícil reparação, resta o interesse recursal diferido, de modo que o juízo de admissibilidade, e eventualmente, de mérito do recurso ficam postergados no tempo, para o momento do julgamento do recurso de apelação*" ("Recurso de Agravo: Generalização de sua Interposição sob a Modalidade Retida". **Revista Dialética de Direito Processual**

- 33:73-90. Dez/2005. São Paulo. 2005, p. 82).
- 17 Em decisão monocrática noticiada no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (www.tj.rs.gov.br, acessado em 31/01/2006), a desembargadora ELAINE HARZHEIM MACEDO referiu que "para a admissibilidade do recurso como sendo de instrumento, não basta que o recorrente preencha apenas os pressupostos recursais genéricos e os requisitos formais dos artigos 524 e 525 do Código de Processo Civil. (...) Cumpre-lhe também demonstrar a presença da *cláusula da lesão grave e de difícil reparação*". (...) "Firmar o conceito do que representa esta cláusula [da lesão grave e de difícil reparação] na atual formação do agravo de instrumento será tarefa árdua a ser enfrentada pelos doutrinadores e, em especial, pela jurisprudência, na medida em que se trata de cláusula de natureza de mérito e não tão somente processual". (...) "São as peculiaridades fáticas do caso concreto que deverão fornecer os parâmetros para formação do juízo de convicção que, naquele caso específico, torna necessária a intervenção do segundo grau, por óbvio em caráter sumário de conhecimento e provisória porque pendente a causa de decisão final, isto é, a sentença". (...) "Para que a parte se beneficie do agravo [de instrumento] deverá demonstrar ao juízo recursal que o insucesso de sua pretensão provocará, em nível dos fatos, isto é, vida regulada pelo direito, efeitos que extrapolam as próprias circunstâncias dos autos" (70014138176).
- 18 ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 8ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 233/234.
- 19 *Op. cit.*, p. 233.
- 20 Agravo de Instrumento N°. 70014069025, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 17/01/2006; Agravo N°. 70011345188, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 20/04/2005.
- 21 Agravo de Instrumento N°. 70013903596, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário José Gomes Pereira, Julgado em 02/01/2006; Agravo de Instrumento N°. 70013540414, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário José Gomes Pereira, Julgado em 22/11/2005; Agravo de Instrumento N°. 70013311725, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 03/11/2005.
- 22 Agravo de Instrumento N°. 70013708672, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 13/12/2005; Agravo de Instrumento N°. 70011634284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 09/06/2005.
- 23 Agravo de Instrumento N°. 70013890595, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 27/12/2005; Agravo de Instrumento N°. 70013888136, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 27/12/2005; Agravo de Instrumento N°. 70013772603, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 14/12/2005; Agravo de Instrumento N°. 70013708128, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,

Relator: Mário José Gomes Pereira, Julgado em 13/12/2005.

- 24 Agravo de Instrumento N°. 70011675634, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 16/05/2005.
- 25 *Op. cit.*, p. 116/117.
- 26 *Op. cit.*, p. 68.
- 27 *Op. cit.*, p. 167.
- 28 *Op. cit.*, p. 12. A articulista cita dois precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça: REsp 670.485/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª Turma do STJ, DJU 1 de 03/10/2005, p. 195; e REsp 756.236/SC. Rel. Min. José Delgado, 1.ª Turma do STJ, DJU 1 de 09/09/2005, p. 209.
- 29 *Op. cit.*, p. 264.
- 30 *Op. cit.*, p. 255.
- 31 *Op. cit.*, p. 48.
- 32 *Op. cit.*, p. 46.
- 33 FREIRE, *op. cit.*, p. 44.
- 34 *Op. cit.*, p. 71.
- 35 *Op. cit.*, p. 271.
- 36 *Op. cit.*, p. 271.
- 37 *Op. cit.*, p. 119.
- 38 Nesse sentido e defendendo a impetração do mandado de segurança nessas hipóteses: WAMBIER, *et al. Op. cit.*, p. 272 e 274-275.
- 39 *Op. cit.*, 192/193.
- 40 Agravo Regimental N°. 70003464633, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 22/11/2001; Agravo Regimental N°. 70014085195, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 19/01/2006).
- 41 Contra: WAMBIER, *et al. Op. cit.*, p. 272.
- 42 Para FABIANO CARVALHO (*Op. cit.*, p. 118), que escreveu sob o regime da Lei nº 10.352/01, "o relator do agravo de instrumento não poderia se esquivar de atribuir efeito suspensivo ou antecipar os efeitos da pretensão recursal (=efeito ativo) ao recurso" se a conversão fosse impositiva ao relator (como acabou restando consolidado pela Lei nº 11.187/05).
- 43 *Op. cit.*, p. 260-261.
- 44 *Op. cit.*, p. 16.
- 45 *Op. cit.*, p. 246.

Referências

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil - Vol. V**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro (Exposição Sistemática do Procedimento)**. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do Recurso de Agravo ante a Lei nº 11.187/2005. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, 21 mar. 2006, Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>>. Acesso em: 28 jul.2006.

CARVALHO, Fabiano. A Conversão do Agravo de Instrumento em Agravo Retido na Reforma do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, 111, 113-126, jul/set 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As Recentes 'Modificações' no Agravo. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, 33, 64-72.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**, 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 8ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

NETTO, Nelson Rodrigues. Recurso de Agravo: Generalização de sua Interposição sob a Modalidade Retida. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, 33, 73-90, Dez/2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção *et al.* **Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Angelina Mariz de. O Regime do Agravo Instituído pela Lei nº 11.187/05 e suas Repercussões. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, 34, 9-17, janeiro/2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, 125, 67, julho/2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC Brasileiro**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.