

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

RONALDO TAZONIERO MACHADO

LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

**CURITIBA
2008**

RONALDO TAZONIERO MACHADO

LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Monografia apresentada como requisito parcial
Para conclusão do Curso de Preparação à
Magistratura em nível de Especialização. Escola da
Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Rui Portugal Bacellar Filho

CURITIBA
2008

TERMO DE APROVAÇÃO**RONALDO TAZONIERO MACHADO****LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura, em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, ____ de _____ de 2008.

1. INTRODUÇÃO	1
2. RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS.....	4
A. DIREITO PROCESSUAL	4
B. COGNIÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL	5
C. SENTENÇA E APELAÇÃO	6
D. RECORRIBILIDADE DAS INTERLOCUTÓRIAS.....	7
3. BREVIDADES HISTÓRICAS DO AGRAVO DE INSTRUMENTO.....	9
A. CÓDIGO VISIGÓTICO E ORDENAÇÕES AFONSINAS	9
B. ORDENAÇÕES MANUELINAS	12
C. PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	14
D. CÓDIGO DE 1939	16
E. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 – REDAÇÃO ORIGINÁRIA.....	20
F. PRIMEIRA REFORMA PROCESSUAL – LEI 9.139/1995.....	23
G. SEGUNDA REFORMA PROCESSUAL – LEI 10.352/2001	26
H. TERCEIRA REFORMA PROCESSUAL – LEI 11.187/2005.....	27
I. SITUAÇÃO ATUAL.....	29
4. O CONCEITO DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO DO ARTIGO 522 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	32
A. DELIMITAÇÃO DO CONCEITO	34
B. LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO – DIRETRIZES INTERPRETATIVAS.....	36
C. CRITÉRIOS PARA ANÁLISE DA LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO.	43
D. ANÁLISE CASUÍSTICA DA LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO	45
5. CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS.....	58
ANEXOS – EXCERTOS DE LEIS QUE TRATARAM DO AGRAVO.....	61
A. DECRETO 737/1850.....	61
B. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939.....	62
C. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.....	66
D. LEI 9139/1995	68
E. LEI 10352/2001	71
F. LEI 11187/2005.....	75

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo primordial buscar algumas interpretações possíveis ao conceito de lesão grave e de difícil reparação constante no artigo 522 do Código de Processo Civil, ou seja, enquanto requisito de admissibilidade ao processamento do recurso de agravo na forma por instrumento.

Importante salientar que a análise tem por vista o agravo interposto em face das decisões do juiz de primeiro grau e que é dirigido ao Tribunal, não se tendo cotejado deste conceito no uso de outros recursos, em especial naqueles dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, não se predispõe a analisar a lesão grave e de difícil reparação constante em outros momentos do ordenamento jurídico, em especial processual, como quando colocada no artigo 273 do Código de Processo Civil, como requisito parcial à concessão da tutela antecipada, ou quando colocada no artigo 558 do Código de Processo Civil, para atribuição de efeito suspensivo ao recurso de agravo, ou ainda, quando colocada no processo cautelar, sob a tradicional forma de *fumus boni iuris*.

Embora importantes comentários e aproximações sejam traçados, não é nosso objetivo traçar qualquer linha divisória entre *as lesões graves, receio de dano irreparável, e fumaça do bom direito* elencadas pelo legislador processual, e, por ora é suficiente considerar que são figuras assemelhadas, mesmo que, tampouco, seja nossa premissa de que se tratam dos mesmos conceitos e se analisam sob a mesma ótica.

Assim, a análise aqui proposta visa deitar luz sobre o agravo de instrumento e, tendo vista a recente alteração legislativa, buscar uma interpretação possível ao

conceito de *lesão grave e de difícil ou irreparável reparação*, colocado na lei como requisito de admissibilidade subjetivo para que seja possível o processamento do agravo pelo Tribunal, e, desde logo, não o converta o relator em agravo retido.

Com isso, busca-se cotejar algumas hipóteses em que, ainda em abstrato e fora das particularidades do caso concreto, seja possível dizer-se que, a princípio, não haveria lesão grave e de difícil reparação e seria possível a conversão do recurso em retido.

A metodologia proposta, antes de entrar na análise de hipóteses processuais em que presente ou ausente a lesão, buscou visualizar o aspecto histórico do agravo de instrumento, resgatando, ainda que brevemente, suas origens lusitanas, e sua evolução no processo civil português, para que, então fosse analisado seu uso em terras brasileiras, até sua plena utilização, por vezes taxada de abusiva, nos dias atuais.

Entende-se que somente tendo em vista a evolução legislativa do agravo é possível buscar alguma orientação interpretativa ao conceito de lesão grave e de difícil reparação.

Ademais, a análise histórica deste recurso é indispensável na medida em que se manifestam nela variadas contradições, que apontam para os limites do ordenamento processual. É dizer, é neste momento que pesa e tem repercussão grandiosa o “embate”, ou em outros termos, a falta de conciliação entre segurança e celeridade, tendo-se em vista que os interesses que ambas defendem neste momento são muito diversos.

É com isso em mente que se inicia a análise do presente trabalho.

Por fim, vale ponderar que, face às inúmeras modificações legislativas e referências a ela existentes neste trabalho, foi incorporado, na forma de anexo, as

partes que se entenderam pertinentes das Leis mencionadas, sem deixar de se manter a referência ao dispositivo legal no corpo do texto.

2. Recorribilidade das Decisões Interlocutórias

A. Direito Processual

Confrontando nosso ordenamento jurídico atual, surge, desde logo, uma diferenciação ao intérprete, entre direito processual e direito material.

O direito material cuida de instuir normas que contenham critérios de julgamento para a solução dos conflitos de interesses que ocorrem entre os entes sociais. Nesse sentido, “as normas substanciais dirigem-se aos sujeitos viventes em sociedade e estabelecem critérios para atribuição de bens a eles”¹.

Todavia, não se trata de tarefa simples dizer qual norma substancial é aplicável ao conflito existente, nem de escolher quais fatos são relevantes para deles se abstrair um comando normativo. Sem contar na infinita complexidade das situações sociais, que não podem ser abarcadas em sua totalidade pelo direito material, e, assim, abrem margem a discussões e interpretações.

Exatamente por não ser tarefa simples abstrair-se dos fatos qual a norma substancial aplicável, é que o Estado, quando se organizou de modo suficiente a impor-se de modo coercitivo a todos os cidadãos, elegeu para si, em caráter de exclusividade, realizar esta atividade, pois reputada de extrema relevância.

E, na mesma medida em que se torna complexa, esta atividade de dizer o direito substancial aplicável, ganha toda uma regulamentação própria, que passa a ser denominada de direito processual, surgindo o processo, nesta interpretação, como a própria atividade de dizer o direito.

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 1, p. 40.

A norma processual, portanto, é “todo preceito jurídico regulador do exercício da *jurisdição* pelo Estado, da *ação* pelo demandante e da *defesa* pelo demandado – três atividades que se desenvolvem num só ambiente comum, que é o processo”².

Não menos simples que o direito material é o direito processual em relação à atividade interpretativa. Várias e complexas questões emergem da relação judicial em litígio. Adiante-se a intrincada questão entre a busca de celeridade processual – tempestividade do processo – e a efetivação da garantia do contraditório, que, como se verá, é um dos pontos problemáticos que se tenta resolver com as subseqüentes reformas do recurso de agravo, objeto de nosso estudo.

B. Cognição no direito processual

Aprofundando a análise do direito processual, é comum dizer-se que o processo constitui-se de dois momentos (quer sejam fases de um mesmo processo ou processos autônomos), o cognitivo – em que o Estado-juiz analisa a aplicação do direito material em face dos fatos que lhe foram apresentados – e a fase executiva – em que se realizam atividades para que o direito daquele que tem a norma abstrata a seu favor seja garantido.

A complexidade moderna do processo nos permite falar ainda, em um momento cautelar – sempre adjetivo aos outros dois citados – no qual se efetivam medidas, antes ou no curso de uma demanda cognitiva ou executiva, para garantia provisória de que o direito alegado vai poder ser efetivado.

A cognição no processo, como inicialmente estruturado pelo Código, encerra-se com uma sentença – sem querer aqui adentrar-se no polêmico conceito de sentença, recentemente alterado.

² DINAMARCO, C. R. *Idem*, p. 66.

C. Sentença e Apelação

A sentença é o ato jurisdicional que entrega a tutela cognitiva judicial em relação ao bem da vida pleiteado. Mas também é o ato que põe ponto final à demanda e não entrega a tutela, seja porque não há nada a ser entregue, seja porque a demanda não possui condições – não cumpre regra processuais mínimas – para se dizer se há algo a ser entregue.

O modelo abstrato de processo, portanto, envolve uma situação em que o autor propõe uma demanda, o demandado se defende, produzem-se provas, as partes se manifestam quanto a estas, e então, o juiz, em face dos fatos que lhe foram expostos, julga, dizendo o direito, por meio de uma sentença. Após, se a tutela for positiva ao autor, e ainda houver resistência do perdedor, realizam-se atos judiciais de execução para que o direito seja efetivado.

Poderia-se, na parte que aqui nos importa, se resumir a fase cognitiva na seguinte estrutura: demanda apta – provas – sentença.

Todavia, a complexidade do processo quase nunca permite que o modelo abstrato desenvolva-se sem maiores percalços. O juiz não vem ao processo apenas na hora da sentença, para então sair de sua inércia e manifestar a vontade abstrata da lei. Manifesta-se constantemente no curso da lide, seja para cumprir seu dever de impulso oficial do processo, seja para evitar que as partes, em uso abusivo de seus direitos processuais, distanciam-se do modelo previsto e, com isso, prejudique-se o litigante que tem razão, e que precisa do processo para ter seu direito efetivado.

Neste momento, torna-se complexa ainda mais a relação processual, tendo-se em vista o aspecto atinente a este trabalho, que é o ponto de vista recursal.

Das sentenças, a partir do Código de Processo Civil de 1973, cabe apelação. É este o recurso previsto para que as impugnações ao comando judicial sejam revistas, tendo-se previsto esta revisão como garantia de efetiva justiça do julgado.

Bem certo que as apelações são fruto deste fenômeno apontado como complexização do direito processual. Nos primórdios do direito romano o julgamento ocorria por agente que “representava” o povo romano, e, sua decisão era irrecorrível, porque era inconcebível apelar-se da decisão do povo romano.

Em certo momento, optou-se por permitir um recurso em face da sentença do magistrado, presume-se porque a experiência deve ter demonstrado que, dadas as várias interpretações possíveis, seria medida de justiça possibilitar-se rever o ato judicial³.

D. Recorribilidade das Interlocutórias

A complexização dos atos processuais criou novas situações em que, tantas passaram a ser as decisões judiciais anteriores à sentença, com vistas a garantir o correto impulso processual, que se tornou necessário que estas decisões – que passaram a ser chamadas interlocutórias, porque ocorriam no decorrer do processo e antes da sentença – precisassem ser revistas.

A possibilidade de recorrer-se de decisões interlocutórias é, portanto, o ponta-pé inicial para a criação do atual recurso de agravo – que só ocorreu, com os mínimos contornos por que é conhecido hoje, no direito lusitano.

³ “Tanto no período da *legis actiones* quanto no período do processo *per formulas*, considerando que a decisão que encerrava o processo era oriunda de um juiz privado, escolhido pelas partes, não era possível recorrer contra a sentença. No sistema da *extraordinaria cognitio*, no entanto, a sentença era proferida por um funcionário do Estado, e as partes poderiam contra ela apelar. Segundo Ulpiano, ‘a prática das apelações serve para emendar a injustiça ou a imperícia dos juizes’ (*Digesto* 49, 1)”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 28-29.

Confira-se passagem em que a professora WAMBIER resume a cronologia recorribilidade das interlocutórias até o direito português:

“Com relação ao direito romano, há que se ressaltar que a estrutura do procedimento formulário não permitia a existência de uma verdadeira decisão interlocutória, anterior à sentença, pois o processo como que se esgotava no pronunciamento único do pretor. No período pós-clássico, ao se fazer a distinção entre a sentença definitiva e a *interlocutio*, colocava-se a indagação do meio de vulnerar cada uma. Esse período corresponde, aproximadamente, à época da *extraordinaria cognitio*.

Nos períodos da República e primórdios do Principado, a sentença do *iudex* é inapelável.

A primeira notícia que se tem de recurso das interlocutórias é da época dos Severos, quando se permitia a apelação.

Com a legislação justinianéia, e mesmo antes, no Código Theodosiano, surge a proibição de apelar, a não ser de sentença definitiva.

No direito canônico, encontramos, contemporaneamente à época em que havia essa restrição no direito secular, a admissibilidade de apelação contra as decisões proferidas no curso do processo.

Pelo Concílio de Trento (1563), passou o direito canônico a acompanhar o secular, proibindo-se as apelações antes da sentença definitiva⁴.

⁴ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 34.

3. Brevidades Históricas do Agravo de Instrumento

A. Código Visigótico e Ordenações Afonsinas

Das breves considerações apontadas, é de se ver que, ao longo da história, o sistema jurídico oscilou entre permitir a recorribilidade das interlocutórias ou suprimir tal possibilidade.

Tal situação não deixou de ser observado ao iniciar-se a consolidação do Estado Português e o surgimento do processo moderno, onde deitam raízes nossos atuais institutos.

Anteriormente ao surgimento do Estado Moderno, com suas conseqüentes instituições jurídicas, vigia em Portugal, em grande medida, o direito comum dos grupos “bárbaros”, que deita raízes no Código Visigótico, “promulgado pelo rei visigodo Recesvindo no século VII”⁵, também conhecido como *Fuero Juzgo*.

Embora tenham os árabes-muçulmanos dominado a Península Ibérica por cerca de sete séculos, não exerceram grande influência no direito em vigor, visto que aos muçulmanos aplicavam-se as leis islâmicas e os cristãos continuaram sob a tutela do direito visigótico.

Portanto, desde a queda do poder romano na região, suas instituições jurídicas continuaram sendo aplicadas, tendo-se em vista que o Código Visigótico tem fortes influências do direito romano e canônico.

Quanto à recorribilidade das decisões há de se ver que “ao tempo da vigência do *Fuero Juzgo*, o que, a nosso ver, havia de mais interessante, segundo consta da

⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *O novo recurso de agravo e outros estudos*, p. 7.

doutrina, era o uso ilimitado das apelações, direito este que foi limitado por uma lei posterior, a Lei das ‘Siete Partidas’, já no século XIII”⁶.

Assim, somente no século XIII, se iniciam as instituições jurídicas modernas, com a consolidação do Estado Português, sob a forma de reinado.

Quanto a esta transição, é de interesse salientar:

“É com o reinado de Afonso II (1221 a 1223) que o Código Visigótico passa a não mais ser invocado como fonte de direito, certamente em virtude do fortalecimento da justiça do Rei.

No século XIII havia, no direito português, duas espécies de sentença – a definitiva e a interlocutória -, divisão esta admitida doutrinária e legislativamente. O único recurso cabível destas sentenças era o de apelação”⁷.

No início do direito português, portanto, havia ampla apelabilidade de todas as decisões, quer sejam interlocutórias, quer definitivas, e esta recorribilidade era, a princípio, ilimitada, só muito mais tarde sofrendo esta restrição.

Tal situação somente foi alterada em 1446, quando Dom Afonso V instituiu as Ordenações Afonsinas, e, de modo inédito, instituiu a restrição à possibilidade de apelação das decisões interlocutórias, salvo se valessem como definitivas, é dizer, se depois delas o juiz não mais pudesse proferir sentença definitiva, ou se ocasionassem dano que não pudesse ser reparado pela sentença definitiva.

Neste ponto, compensa a leitura do texto das Ordenações Afonsinas, embora em português arcaico:

“Estabelecemos, e Ordenamos por Ley, que da Sentença Interlocutoria, que feja dada per qualquer Juiz, do qual devem appellar fem outro mêm, ou per algum mêm, que nenhuuma das partees, contra que for dada, nom poffa appellar: falvo fe (...) : ou fe per ventura foffe o Feito, fobre que he dada Sentença Interlocutoria, de tal natura, que deve fer dada a dita Sentença

⁶ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 36.

⁷ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 36.

Interlocutoria á execuçam, ante que venha Defenitiva, affy como fe o Juiz julga, que metam alguu a tormento ; ca em todos eftes cafos sobreditos, e em todos os outros a elles femelhantes, Mandamos que feja recebida a appellaçam da Sentença Interlocutoria, fe a parte appellar quifer, porque o dapno, que a parte por ella recebeffe, nom fe poderia cobrar pola Defenitiva: ou que o Feito he de tal natura, que depois da dita Interlocutoria nom pode vir a Defenitiva, ou fe vir pode, nom fe poderia ja mais recobrar o dapno, que jaa foffe feito por execuçam da Interlocutoria feita ante a Defenitiva (...)⁸.

De se ver, portanto, que, embora não tivesse as implicações que tem hoje, o conceito de dano ao litigante como critério para se permitir recorrer das decisões interlocutórias, já estava presente nas Ordenações Afonsinas.

Nas mencionadas hipóteses em que cabia apelação das decisões interlocutórias, é necessário ter em mente que a apelação não se trata de um recurso autônomo, como temos hoje, e também, que, embora interlocutórias, as decisões do juiz recebiam o nome de sentença.

Em verdade, cabia à parte que sofresse o “tormento”, o dano, pleitear a revogação da decisão interlocutória. Somente se o juiz não quisesse revogá-la é que caberia “ir queixar-se ao Rei”, utilizando-se das querimas ou querimônias, as quais, após lei de D. Duarte I (1433 a 1438), precisaram se fazer acompanhadas de instrumento escrito, o estormento ou carta testemunhável (conforme elaborados pelo escrivão ou pelo tabelião) que “tinham por função garantir a veracidade das informações prestadas pelas partes”⁹, impedindo-se, com isso, as “cartas diretas” ao Rei, pois “as querimas passaram a ser encaminhadas à autoridade judiciária superior, com a resposta do magistro inferior”¹⁰.

⁸ Ordenações Afonsinas. Livro III, Título LXXII: Das Appellaçoens das Sentenças Interlocutorias, e quando poderam appellar dellas. Acesso do fac-símile pelo sítio <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/> em 12.09.2008.

⁹ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 40.

¹⁰ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 41.

Necessário ter em mente também, que agravo aqui igualmente não era um recurso autônomo, mas “usado o termo no sentido de *gravame*, feito às partes pela sentença interlocutória simples”¹¹.

Nascia aí, nas Ordenações Afonsinas, o embrião do agravo de instrumento, que passaria por profundas modificações até atingir a forma que temos hoje.

B. Ordenações Manuelinas

As Ordenações Afonsinas não chegaram a ser aplicadas no Brasil, tendo sido substituídas pelas Ordenações Manuelinas em 1521.

Manteve-se quase que a mesma sistemática. Definia-se o que se entendia por decisões interlocutórias, e eliminou-se a referência genérica a danos às partes. Cabia apelar ao juiz da causa que revogasse a decisão interlocutória, e, se este não o fizesse, retirar estormento de agravo ou carta testemunhável, e remetê-la à autoridade superior¹².

De inovação houve a diferenciação entre formar instrumento para recorrer da sentença interlocutória, ou por recorrer por petição nos próprios autos. “Cabia este ou aquele conforme *critério territorial*, que era o da *distância entre juízos ‘a quo’ e ‘ad quem’*. Sendo de menos de cinco léguas, o agravo seria de petição; maior a distância, seria de instrumento”¹³. O agravo de petição subia com os próprios autos, ante a facilidade de locomoção deste pela proximidade territorial. O agravo de instrumento mantinha a necessidade de formação de documentação apartada e certificada pelo escrivão ou tabelião.

¹¹ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 40.

¹² Saliente-se ainda, que cabia o recurso de suplicação ou sopricação, denominado agravo ordinário pelas Ordenações, se a decisão fosse da autoridade superior. Cf: WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 43.

¹³ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 43.

A disciplina das Ordenações Manuelinas previa ainda o agravo no auto do processo¹⁴. Era “o meio de que a parte se valia para se insurgir contra sentença ou despacho interlocutório, e seria conhecido pelo magistrado superior quando os autos subissem porque qualquer outro recurso tinha sido interposto”¹⁵, e também “contra a decisão de recebimento da apelação ou da soprocação¹⁶, tratando-se, portanto, dos primórdios do agravo retido.

Cinco eram os agravos, portanto: agravo de instrumento, agravo de petição, agravo nos autos do processo, e agravo ordinário. Havia ainda o agravo de ordenação não-guardada, antecedente da correição parcial, que visava “fazer com que as autoridades judiciárias da época indenizassem a parte por nulidades cometidas, originadas de desrespeito à lei processual vigente”¹⁷⁻¹⁸.

De se ver também que “a palavra *agravo* significa *lesão ou prejuízo*”¹⁹, e, “por uma figura de linguagem denominada *metonímia*, alterou-se o sentido da palavra, trocando-se a causa pelo efeito, *com a transposição do nome do mal para o remédio que se destinava a curá-lo*”²⁰.

As Ordenações Filipinas, instituídas em 1603, e únicas a terem efetiva aplicação no território brasileiro, são herdeiras desta sistemática tendo a mantido

¹⁴ Necessário salientar que a Professora Wambier (WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 44), acompanhada de Pontes de Miranda, expressa opinião de que o agravo nos autos do processo surgiu somente com a Carta Régia de 1526 de D. João III, enquanto Moacyr Amaral Lobo da Costa e Alfredo Buzaid expressam opinião de que já constava na forma original das Ordenações Manuelinas (livro III, Título LXXVIII, item 17, veja-se em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/ordemanu.htm>). A propósito: SICA, Heitor Vito Mendonça. *A recorribilidade das interlocutórias e reformas processuais. Novos horizontes do agravo retido*, p.166, nota de rodapé: 11. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 8*)

¹⁵ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 44-45.

¹⁶ SICA, H. V. M. *Idem*, p. 166

¹⁷ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 42.

¹⁸ Embora, deva-se apontar, a prof^a. WAMBIER distinga agravo nos autos e agravo nos autos do processo. Cf: WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 43.

¹⁹ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 44.

²⁰ CARNEIRO, A. G. *Idem*, p. 10.

completamente, e, merece especial atenção o fato de terem vigorado por quase 200 anos sem modificação, “no que diz respeito aos recursos”²¹.

C. Processo Civil Brasileiro

Este sistema continuou em vigor no Brasil, mesmo após a independência de 1822, posto que a Assembléia Cinstituente de 1823 promulgou uma lei que “determinava que estaria vigente no País o sistema positivo português então em vigor, na medida em que seus dispositivos não ofendessem a nova situação de independência brasileira”²².

A primeira modificação neste sistema recursal ocorreu somente em 1832, quando se restringiu os recursos cabíveis das interlocutórias apenas ao agravo no auto do processo, desaparecendo o agravo de petição, o agravo de instrumento e o agravo ordinário, por meio de um capítulo - “Disposições Provisórias Acerca da Administração da Justiça Civil” - constante no Código de Processo Criminal do Império.

Todavia, logo em 1836 e 1837, restabeleceu-se o agravo de instrumento, e em 1841 voltou a existir o agravo de petição²³, separados pelo critério territorial²⁴.

Em 1842, pelo Decreto 143 baniram-se do sistema processual brasileiro o agravo ordinário e o agravo de ordenação não-guardada, visto que não cabiam somente das interlocutórias e, portanto, continuavam a existir.

Em 1850 entrou em vigor o Regulamento 737, que, em seu artigo 668, previa apenas o agravo de petição e o agravo de instrumento, não cotejando, portanto, do

²¹ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 45.

²² WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 50.

²³ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 45.

²⁴ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 50.

agravo nos autos do processo. Embora inicialmente regulando apenas as causas comerciais, foi estendido às causas cíveis em 1890, pelo Decreto 763.

Em 1876 passou a ter força de lei a Consolidação das Leis do Processo Civil, organizada pelo Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, na qual “mantiveram-se os agravos de instrumento, de petição e no auto do processo, remanescendo como critério distintivo entre os dois primeiros, o territorial”²⁵.

Em 1891 promulgou-se a Constituição Republicana, transferindo-se aos Estados Federados a competência legislativa a respeito de processo civil, e enquanto não legislassem a respeito, valeria, novamente, o Decreto 737 de 1850, por força do Decreto 763 de 1890, e, de conseqüência, voltou-se a ter somente o agravo de instrumento, o agravo de petição, sem o agravo nos autos do processo.

Os Códigos Estaduais “acabaram sendo profundamente influenciados pelas Ordenações Filipinas e pelo Regulamento 737, instituindo sistema recursal similar ao de ambos”²⁶

Especificamente em relação ao tema deste trabalho, há de se salientar que “todos os ordenamentos processuais (códigos, regulamentos etc.) que passaram a ter vigência nos Estados previam a figura do agravo de instrumento”²⁷. Todavia, “no Brasil independente o agravo retido, em geral, não foi aplicado, não sendo previsto pelos decretos no jovem império nem mesmo por quase todos os códigos de processo estaduais”²⁸.

²⁵ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 51.

²⁶ SICA, H. V. M. *Idem*, p.167.

²⁷ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 52.

²⁸ CALMON, Petrônio. *Reflexões em torno do agravo de instrumento*, p. 27 (in: Revista de Processo, nº 150, 2007).

D. Código de 1939

Ao longo da década de 30 várias agitações sociais percorram o Brasil, e o panorama político foi palco de diversas e infindáveis disputas, citando-se como exemplo das diversas linhas atuantes os grupos anarquistas, comunistas, integralistas, fascistas, federalistas, republicanos.

O cenário jurídico, como não poderia deixar de ser, não ficou imune a estas influências, sendo de especial ressaltar a disputa entre as influências federalistas, que pregavam diluição do poder entre os Estados Federados, a exemplo dos Estados Unidos da América do Norte, e aquelas linhas mais autoritaristas, que buscavam concentração de poderes nas mãos da União.

Por razões que fogem ao âmbito deste trabalho, pode-se afirmar que prevaleceu a linha mais autoritária.

De conseqüência, era de se esperar que a competência dos Estados para legislar sobre processo fosse mitigada, quando não, abolida por completo. Não se pode deixar de acreditar que razões de ordem prática tenham contribuído para a criação de um ordenamento processual unitário para a Nação. Afinal, a variedade de procedimentos e filigramas do direito processual decerto não contribuem para uma boa administração da justiça.

Todavia, a edição de um Código de Processo Civil Brasileiro, insere-se num contexto político em que a União toma para si poderes maiores, em detrimento de uma maior pulverização de poderes entre os Estados Federados.

O Código de 1939 remonta à promulgação da Constituição de 1934, marcadamente liberal-democrata, com inspiração na Constituição Alemã da República de Weimar, possuindo um Poder Executivo forte. Previu-se em seu artigo 5º, inciso XIX, alínea 'a' que "compete privativamente à União (...) legislar

sobre (...) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registro públicos e juntas comerciais”.

Assim montaram-se comissões de análises e estudos, que culminaram na elaboração de um projeto, apresentado por Pedro Martins Barbosa, que, revisto pelo Ministro da Justiça Francisco Campos, por Guilherme Estellita e por Abgar Renault, transformou-se no Código de Processo Civil de 1939.

Especificamente no ponto referente ao recurso de agravo o Código foi inovador: “*Grosso modo*, no regime anterior [CPC de 1939], cabia apelação de todas as sentenças que *definissem* o mérito da causa, ou seja, das sentenças *definitivas*. Cabia recurso de agravo de petição das sentenças que não resolvem a lide e, finalmente, irrecuráveis eram muitas interlocutórias e, se ressalvavam alguns casos em que delas cabia ou agravo de instrumento ou agravo no auto do processo”²⁹.

É dizer, pelo sistema do Código de 1939, cabia apelação das sentenças que resolvessem o mérito; agravo de petição das sentenças que não o resolvessem; e, as interlocutórias eram, a princípio, irrecuráveis, salvo se estivessem expressamente previstas no artigo 842, ou no artigo 851 do Código, quando seriam passíveis de impugnação por agravo de instrumento ou ‘agravo no ‘auto do processo’ (pela redação do Código)³⁰. Das decisões que cabia agravo, portanto, “o rol era taxativo e não admitia interpretação extensiva”³¹.

Vale mencionar alguns dispositivos, para se ter idéia de algumas hipóteses em que se pode afirmar que a urgência da re-análise imediata da decisão era prevista em abstrato pelo legislador, ante a probabilidade de dano ao litigante.

²⁹ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 57.

³⁰ Mais correto seria agravo nos autos do processo. Cf. CARNEIRO, A. G. *Idem*, p. 11.

³¹ SICA, H. V. M. *Idem*, p.167.

Admitia-se agravo de instrumento (artigo 842 do Código de Processo Civil 1939)³² da decisão que não admitisse a intervenção de terceiro na causa (inciso I); que julgasse a exceção de competência (inciso II); que denegassem ou concedessem medidas preparatórias à ação (inciso III); que denegassem ou revogassem os benefícios de gratuidade (inciso V); que denegassem ou julgassem deserta a apelação, ou que relevasse a deserção (inciso IX); que negasse alimentos provisionais (inciso XVI).

Em compensação, outras hipóteses havia que, embora fossem excepcionais – pois delas se admitia recorrer, quando a regra era a irrecorribilidade das interlocutórias – não desafiavam pronta re-análise da matéria, visto que, pode-se cotejar, a existência de dano ao litigante era afastada em abstrato pelo legislador.

Nestes termos, cabia agravo no auto do processo (artigo 851 do Código de Processo Civil de 1939), das decisões que julgassem improcedentes as exceções de litispendência e coisa julgada (inciso I); das decisões que não admitissem a prova requerida, ou cerceassem a defesa do interessado (inciso II); que concedessem medida preventiva, na pendência da lide (inciso III); que considerassem ou não saneado o processo (inciso IV) – nesta última hipótese, caberia agravo de petição se, além de considerado não saneado, implicasse “terminação do processo principal” (artigo 846 do mesmo diploma).

Foi em face da redação deste artigo 846 que se iniciou entre nós a discussão relativa a “mérito”, visto que saber se havia ou não resolução (ou julgamento) deste, era essencial para saber qual recurso era cabível, questão que só restou

³² “não se entenda com isso que só eram previstos em lei os casos de agravo de instrumento enumerados no art. 842 e seus incisos, pois havia casos previstos em leis extravagantes”. WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 70.

‘legislativamente’ resolvida com o Código de Processo Civil de 1973, que especificou quando haveria ou não resolução de mérito (artigos 267 e 269 do CPC de 1973).

De se ver, portanto, que, embora as hipóteses dos agravos fossem taxativas, situações havia em que litigante restava confuso, sem saber que recurso interpor, e, assim, adquiria especial importância o princípio da fungibilidade, expressamente previsto no artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939.

Vale salientar, ainda, que o agravo de instrumento devolvia ao juiz de primeira instância o conhecimento da questão recorrida, aflorando a possibilidade de reformá-la ou mantê-la (artigo 845, §5º do CPC 1939). E, caso o juiz a reformasse, podia o agravado, requer o prosseguimento do instrumento, sendo remetido a superior instância (artigo 845, §6º do mesmo diploma) – regra que adquiria sentido à época, na medida em que a formação das peças era feita pelo cartório, e não pelos próprios advogados, quando hoje cabe ao agravado recorrer da decisão do juiz que revoga a anterior decisão, sem que maiores atrasos processuais decorram desta situação.

Também, é digno de nota que o agravo de instrumento não possuía efeito de suspender o processo (artigo 843 do Código de Processo Civil de 1939), salvo algumas hipóteses (ordem de prisão; concessão ou não de adjudicação ou remissão de bens; autorização para entrega de dinheiro, alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento - §2º do artigo citado), em que só se suspenderia o processo se não fosse possível sua continuidade apenas com a suspensão da execução da ordem, em face do compromisso do Código com o princípio da oralidade.

Todavia, “inúmeras outras decisões, que podiam ter como efeito dano irreparável, ou de difícil reparação, ao direito das partes ou influenciar o teor da

sentença final, ficavam, teoricamente, imunes a ataques recursais. Foi precisamente esta circunstância que fez com que os advogados acabassem por se valer de outros meios, que não recursais, com o fito de tentar modificar estas decisões³³, ou mesmo de tentar impor efeito suspensivo ao recurso.

Em síntese, era esta a sistemática vigente no Código de Processo Civil de 1939:

Apelação das sentenças que resolviam o mérito, e agravo de petição das sentenças terminativas – decisões que extinguíam o processo sem resolver o mérito. As interlocutórias só eram recorríveis em hipóteses *numerus clausus*, situações expressas, previstas pelo legislador ou em leis esparsas. Do recurso em face das interlocutórias podia se formar instrumento (o cartório o formava, com autenticação das peças), e teria-se imediata remessa e análise pelo órgão superior, porém, de regra, sem efeito suspensivo; ou então, manter-se o agravo nos autos do processo, servindo apenas para representar uma insurgência da parte com o fito de evitar a preclusão.

E. Código de Processo Civil de 1973 – redação originária

O sistema de recursos que passou a vigorar a partir do novo e atual Código de Processo Civil teve modificações importantes em relação ao sistema anterior.

Primeiramente, estabeleceu-se de modo expreso a ampla recorribilidade das decisões interlocutórias³⁴. “Agravo de instrumento e retido eram cabíveis de decisões interlocutórias. Na verdade, era o mesmo recurso, com dois

³³ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 81.

³⁴ Artigo 522 “Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, [que disciplinam que das sentenças cabe apelação, e dos despachos de mero expediente não cabe recurso] de todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento”.

regimes jurídicos, embora a lei sugerisse que ‘o agravo de instrumento’ seria o gênero de que o agravo retido seria a espécie”³⁵.

Logo, deixou de existir situações legais previstas quanto ao conteúdo que as decisões deveriam ter para ser admitido recurso, e, passou-se a admitir recurso pela forma com que a decisão teria. Se mero despacho de expediente não cabia recurso – embora não houvesse qualquer critério legal preciso para saber-se o que seria este despacho. Se sentença, cabia apelação. Se decisão interlocutória, admissível o recurso de agravo.

Os dois regimes aludidos não diferiam muito da sistemática anterior do Código de Processo Civil de 1939. O agravo no auto do processo virou o agravo retido, embora a proposta inicial contivesse somente o agravo de instrumento, tendo-se inserido o §1º do artigo 504³⁶, por emenda no Senado Federal inspirada em sugestão do prof. Egaz Moniz de Aragão³⁷.

À época, todavia, o recurso continuava sendo interposto no juízo de primeiro grau, e, somente se o agravante requeresse a “imediate subida”³⁸ do recurso é que se trasladariam as peças necessárias, abria-se o contraditório, e, o juízo de retratação³⁹. Ao contrário de hoje, quando o agravo de instrumento é interposto diretamente pela parte na instância superior.

Todavia, não caberia ao juízo *a quo* fazer o exame de admissibilidade do agravo⁴⁰, o qual somente era feito pelo relator singular no

³⁵ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 82.

³⁶ Artigo 504, §1º “Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação”.

³⁷ CARNEIRO, A. G. *Idem*, p. 11.

³⁸ Artigo 504, §2º.

³⁹ “Havia retratação no agravo de instrumento, num momento específico, depois de formado o instrumento, com contraditório. Quanto ao agravo retido, havia dúvidas. A doutrina e a jurisprudência também não eram unânimes no que respeitava à possibilidade de o agravo retido ser interposto oralmente”

⁴⁰ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 82.

Tribunal, e que tinha poderes para indeferi-lo por despacho⁴¹ – cabendo recurso de agravo para o órgão a quem competia julgá-lo⁴² – ou convertê-lo em diligência, se o entendesse insuficientemente instruído.

Na mesma medida em que se permitiu a ampla recorribilidade das interlocutórias, permitiu-se, efeito suspensivo no agravo de instrumento, a princípio, em restritivas e fechadas hipóteses previstas em lei⁴³.

Porém, “o fato de o agravo, como regra geral, ser desprovido de efeito suspensivo (salvo nos casos do art. 558 do CPC, modificado no regime atual) acabou por dar azo ao uso ‘deformado’ do mandado de segurança contra ato do juiz, com o objetivo, inconcebível, de ‘dar efeito suspensivo ao recurso’.”⁴⁴. “Sustentava-se que a ausência de recurso com efeito suspensivo (e que, portanto, pudesse obstar de imediato, o ato impugnado) equivaleria à falta de recurso”⁴⁵.

Ademais, da mesma forma que no regime anterior, se o juiz exercesse o juízo de retratação antes da remessa ao Tribunal, caberia ao escrivão trasladar esta nova decisão aos autos, e, podia o agravado, então, requer a remessa deste instrumento ao órgão superior, não cabendo recorrer em separado da decisão de reforma⁴⁶.

Por fim, cumpre indicar que o agravo retido dependia de reiteração após o recurso de apelação para ser analisado pelo órgão superior e que, a escolha entre agravo retido e agravo de instrumento era da parte, e, portanto, havia

⁴¹ Artigo 557, *caput*.

⁴² Artigo 557, §1º - conhecido por agravo interno ou inominado, e que por ser interposto em face de decisão do Tribunal colegiado não é objeto de análise neste trabalho.

⁴³ Artigo 558: “O agravante poderá requerer ao relator, nos casos de prisão de depositário infiel, adjudicação, remissão de bens ou de levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea, que suspenda a execução da medida até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara”.

⁴⁴ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 82.

⁴⁵ SICA, H. V. M. *Idem*, p.192.

⁴⁶ Artigo 527, §5º.

fungibilidade plena entre estes, pois “a lei não continha dispositivo que estabelecesse, em algum caso, não poder a parte escolher”⁴⁷.

F. Primeira Reforma Processual – Lei 9.139/1995

Em 1995, veio a lume a primeira modificação do agravo de instrumento, em parceria a outras reformas pontuais no Código de Processo Civil.

Não se chegou a criar novos recursos em face das decisões de primeiro grau, apenas aperfeiçoando-se o sistema existente.

A primeira modificação que avulta é o fato de que o agravo de instrumento passou a ser interposto diretamente no Tribunal⁴⁸, mantendo-se o agravo retido no juízo singular, o qual deveria ser reiterado no julgamento da apelação, sob pena de não conhecimento⁴⁹.

Porque interpoto diretamente no Tribunal⁵⁰, incumbiu-se a própria parte recorrente de instruí-lo com cópias das peças que julgasse essenciais à análise de seu pleito, sendo indispensável, todavia, cópia da decisão, da certidão de intimação, e das procurações dos advogados de ambas as partes⁵¹.

Ainda, permitiu-se ao relator do agravo de instrumento no Tribunal que atribuísse efeito suspensivo conforme preenchidos os critérios legais⁵². Como houve alteração do artigo 558 do CPC, a possibilidade de efeito suspensivo deixou de ser *numerus clausus*, e passou-se a admitir uma cláusula geral para atribuição de efeito

⁴⁷ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 82.

⁴⁸ Artigo 524: “O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao Tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos: (...)”

⁴⁹ Artigo 523, §1º: “Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal”

⁵⁰ “Foi a técnica moderníssima de reprografia instantânea que, permitindo a dispensa de longos trâmites cartoriais, possibilitou a apresentação de agravo diretamente ao tribunal *ad quem*”. CARNEIRO. A. G. *Idem*, p. 60.

⁵¹ Artigo 525.

⁵² Artigo 527, inciso II: “o relator (...) poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), comunicando ao juiz tal decisão”.

suspensivo: “O relator poderá nos (...) casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara”.

Ainda, “inspirado no modelo do mandado de segurança, manteve o legislador o sistema de o juiz prestar informações, ocasião em que pode manter sua decisão ou exercer juízo de retratação”⁵³.

Já o agravo retido também sofreu modificações, podendo ser interposto oralmente em audiência⁵⁴, porém, de pouco adiantava, pois “continuava a ser faculdade do litigante interpô-lo desta forma e, ademais, (...) o excesso de feitos e a cultura dos magistrados tornavam raras as decisões proferidas em audiência”⁵⁵.

Algumas hipóteses havia em que o agravo seria obrigatoriamente retido, como quando tomadas decisões sobre matéria probatória ou em audiência, especificamente no procedimento sumário⁵⁶, ou, ainda, das decisões posteriores à sentença, salvo, inadmissão da apelação⁵⁷.

Não obstante, a obrigatoriedade de agravo retido nestes casos era, mitigada pela interpretação dada à Lei. Casos há em que a parte possui “manifesto interesse processual na interposição do agravo de instrumento, *pois somente este ser-lhe-á processualmente útil !* O princípio maior da instrumentalidade do processo impõe, destarte, que também nesta hipótese, não rara, seja possível o uso do agravo de

⁵³ WAMBIER, Luiz Rodrigues e outros. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, p. 305.

⁵⁴ Artigo 523 §3º: “Das decisões interlocutórias proferidas em audiência admitir-se-á interposição oral do agravo retido, a constar do respectivo termo, expostas sucintamente as razões que justifiquem o pedido de nova decisão”.

⁵⁵ SICA, H. V. M. *Idem*, p.197.

⁵⁶ Artigo 280, inciso III, adicionado pela Lei 9.245/1995 (posteriormente alterado pela Lei 10.444/2002).

⁵⁷ Artigo 523, §4º.

instrumento, sob pena de darmos novamente azo à anômala utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal”⁵⁸.

A partir desta sistemática há de se ver que houve proliferação de agravos de instrumento. Três fatores contribuíram nesta disseminação, “a simplificação do procedimento do agravo de instrumento e o incremento em sua eficácia, com a possibilidade de concessão de efeito suspensivo”⁵⁹ e, também a generalização da tutelas de urgência, em face da introdução do artigo 273 do Código de Processo Civil⁶⁰.

Este artigo representou considerável alteração do sistema processual, possibilitando-se que, em variado número de situações, houvesse antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo requerente. Todavia, o Código “continuou a dar tratamento similar a todas as decisões interlocutórias, permitindo que quaisquer delas – independentemente de seu conteúdo – pudessem ser impugnadas por agravo de instrumento ou agravo retido”⁶¹.

E, em face desta proliferação de agravos, logo em 2001 há nova modificação da Lei, com o específico propósito de reduzir a utilização do agravo de instrumento.

⁵⁸ CARNEIRO, A. G. *Idem*, p. 27.

⁵⁹ SICA, H. V. M. *Idem*, p.196.

⁶⁰ Introduzido pela Lei 8.952/1994 com a seguinte redação – mais tarde modificada, com a inclusão de novos parágrafos:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.”.

⁶¹ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 82.

G. Segunda Reforma Processual – Lei 10.352/2001

A Lei 10.352/2001 trouxe algumas inovações ao recurso de agravo. Já anteriormente⁶² – a parte agravante interpunha, no juízo *a quo*, petição informando da interposição do recurso e, portanto, dava-lhe conhecimento de suas razões de insurgência, mas esta petição foi transformada em requisito de admissibilidade *sui generis*, verificável *a posteriori* e dependente de provocação do agravado⁶³⁻⁶⁴. Além de ter-se ampliado o prazo para que o juiz reformasse sua decisão para dez dias⁶⁵.

Ademais, tentou-se restringir o uso de agravos de instrumento, ainda que de forma tímida, especificando casos em que o agravo necessariamente seria na forma retida⁶⁶ (decisões proferidas em audiência e posteriores à sentença, mas com variadas exceções), e possibilitando ao relator converter o agravo de instrumento em agravo retido “salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação”⁶⁷.

Esta possibilidade de conversão, todavia, era pouquíssimo utilizada, pois “é mais fácil ao relator processar o agravo de instrumento e mandá-lo à mesa de uma vez, do que se sujeitar ao agravo interno, que implica novo relatório, e designação de sessão para julgamento (o relator teria de relatar dois recursos, em vez de um só). Estamos, pois, diante de um instrumento fraco e inapto a atingir os efeitos pretendidos pelo legislador reformista”⁶⁸.

⁶² Artigo 526, com redação pela Lei 9.139/1995.

⁶³ Artigo 526, Parágrafo Único.

⁶⁴ Manifestando opinião de não se tratar de requisito de admissibilidade Cf: WAMBIER, L. R. e outros. *Idem*, p. 292.

⁶⁵ Artigo 523, §2º.

⁶⁶ Artigo 523, §4º: “Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das 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”.

⁶⁷ Artigo 527, inciso II.

⁶⁸ SICA, H. V. M. *Idem*, p.203

Ainda, a Legislação de 2001 esclareceu a possibilidade de o relator em segundo grau também poder deferir antecipação da tutela recursal⁶⁹, ao mencioná-la expressamente. Tal possibilidade já era defendida há muito pela doutrina, interpretando extensivamente o efeito suspensivo que podia ser conferido ao agravo de instrumento (incluído em 1995), e nomeando-lhe efeito ativo.

Esta antecipação de tutela é apenas desdobramento do artigo 273 do Código de Processo, todavia, em fase recursal. A propósito: “O texto novo do art. 527 do CPC pôs definitivamente fim a uma controvérsia que se instalou no plano da doutrina e no da jurisprudência: poderia o relator, com base nos arts. 527 e 558, conceder não propriamente efeito suspensivo ao recurso (obstando provisoriamente a *produção positiva* de efeitos da decisão agravada), mas, ainda que provisória e efemeramente, a própria providência (positiva) pleiteada pelo recorrente? (...) Hoje, a lei resolve e autoriza expressamente que assim seja, servindo-se da expressão ‘antecipação da tutela recursal – que pode ser parcial ou total’.”⁷⁰.

H. Terceira Reforma Processual – Lei 11.187/2005

A Lei 11.187/2005 trouxe pequenas modificações no processamento do recurso de agravo, apenas aprofundando a tendência de se restringir o cabimento do recurso de agravo⁷¹.

⁶⁹ Artigo 527, inciso III.

⁷⁰ WAMBIER, L. R. e outros. *Idem*, p. 301.

⁷¹ “O que se apercebe, após uma primeira leitura, é que a intenção do legislador, com esta alteração, foi a de reduzir drasticamente a possibilidade de utilização do recurso de agravo na forma instrumental. A regra, agora, seria a forma retida. E, ao que parece, isto se deu, principalmente, sob a alegação de que o agravo de instrumento é utilizado de forma indiscriminada, inviabilizando os tribunais brasileiros, em face do elevado número de interposições”. BORGES, Flávio Buonaduce. *Meios de impugnação dos atos judiciais no direito processual brasileiro : o recurso de agravo na sistemática processual brasileira*, p. 189 (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 9*)

Com ela, revogou-se o artigo 523, §4º, em verdade, sendo incorporado ao texto do *caput* do artigo 522. Os efeitos disto foram que a exigência de lesão grave ou de difícil reparação deixou de ser requisito apenas para admissão das decisões proferidas em audiência, como a antiga redação, sem interpretação sistemática, levava a crer, e, passou a ser requisito de admissibilidade de todas as decisões interlocutórias.

No sistema vigente, salvo decisão suscetível de causa lesão grave ou de difícil reparação, decisão de inadmissão da apelação ou decisão que declara os efeitos com que a apelação é recebida, o agravo deve ser retido.

As decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento, que antes obrigatoriamente deveriam ser recorridas pelo agravo na forma retida, salvo dano de difícil ou incerta reparação, agora passarem, além disso, a ter que ser recorridas imediatamente e na forma oral, constando do termo da audiência.

Além disso, em face da pouca aplicabilidade do artigo 527, inciso II, determinou-se que a conversão do agravo de instrumento em retido quando não presentes as exceções legais, seria obrigação do relator, e, tal decisão seria irrecorrível, dela não cabendo mais o agravo interno (artigo 557, §1º do CPC), assim como a concessão de efeito suspensivo ou antecipação de tutela recursal, só seria passível de alteração no momento do julgamento (em outras palavras, irrecorrível).

Este específico comando (parágrafo único do artigo 527 do CPC) tem sido objeto de inúmeras discussões. Muitos são os que defendem sua manifesta inconstitucionalidade, tratando-se de dispositivo que suprime a competência do órgão colegiado. Outros, com visão mais prática, clamam por sua inaplicabilidade,

pleiteando a admissão do agravo regimental, vez que a possibilidade de mandado de segurança em face desta decisão⁷².

I. Situação Atual

Resumindo-se as diversas andanças processuais pela qual passou o agravo de instrumento e o agravo retido, tem-se hoje a seguinte situação:

A regra é total recorribilidade das decisões interlocutórias, mediante recurso de agravo, salvo se estas se configurarem em despacho, hipótese na qual, a rigor, não há de se falar em cunho decisório do ato do juiz (artigo 504 do Código de Processo Civil). A interposição do agravo é, a princípio, pelo regime retido nos autos, a ser analisado somente quando do julgamento de eventual recurso de apelação e, se for requerida sua análise pela parte que o interpôs. Vale lembrar aqui que tais considerações não valem para o Juizado Especial.

Ainda, obriga a legislação que, das decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento, o agravo não só seja retido como seja oral. Esta disposição, inicialmente trazida apenas para o procedimento sumário (antiga redação do artigo 280, inciso III), agora vale em qualquer procedimento, e, a outra hipótese que o acompanhava – decisões relativas a matéria probatória – foi retirada do sistema legislativo.

O agravo de instrumento fica reservado a três hipóteses. Duas delas são objetivas, das decisões de inadmissão do recurso de apelação e das decisões que dizem qual o efeito – meramente devolutivo ou devolutivo e suspensivo – é aplicável

⁷² “A se admitir o mandado de segurança contra ato judicial para impugnar tais decisões, pensamos que melhor será admitir o agravo interno, em que pese o enunciado do parágrafo único do art. 527 do CPC”. CARREIRA ALVIM, José. Eduardo, e CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. Nova Mexida nos agravos retido e de instrumento, p. 287. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 9)

ao recurso de apelação, é expressamente consignado o uso do recurso de agravo de instrumento (artigo 522 do Código de Processo Civil).

A outra delas é subjetiva, é dizer, tem certa dose de flexibilidade, em que se admite interpretação para se saber se cabível ou não o regime instrumental. É a hipótese em que a decisão for suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação. Tal conceito será mais bem analisado adiante.

O recurso de agravo de instrumento é interposto diretamente no Tribunal *ad quem*, confiando-se ao advogado o encargo de extrair as peças essenciais ao entendimento da controvérsia, e de autenticar a veracidade das peças, sob sua responsabilidade pessoal.

Caso não seja uma das hipóteses objetivadas na lei, ou entenda o relator que não há lesão grave e de difícil reparação, poderá, monocraticamente – é dizer, em decisão que não é votada pelo Colegiado – converter o agravo de instrumento em agravo retido, e, esta decisão é irrecorrível, embora numerosos julgados admitam contra ela o mandado de segurança.

O relator pode ainda negar ou dar provimento de plano ao mérito do recurso, caso seja hipótese de manifesta inadmissibilidade, improcedência, prejuízo, ou confronto com Súmula ou jurisprudência dominante (artigo 557).

Não sendo hipótese de conversão por ausência de lesão, provimento de plano ou negativa de seguimento, pela análise do mérito, caso requerido pela parte, pode-se atribuir efeito suspensivo (artigo 558), em quatro hipóteses objetivas – prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea – e uma subjetiva – lesão grave e de difícil com relevante fundamentação.

Ou, ainda, pode-se atribuir tutela antecipada, outrora denominada efeito ativo, pois concedido sem expressa previsão legal. Dessa maneira, antecipam-se os

efeitos da tutela pretendida, em recurso de agravo, acaso exista sempre prova inequívoca que convença da verossimilhança conjugada com fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou com abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu.

Caso admita-se o processamento do recurso, o agravado é chamado para apresentar contra-razões, salvo na hipótese de não ter sido ainda citado nos autos em primeiro grau.

Então, julga-se o agravo pelo Colegiado do Tribunal, dando-se ou negando-se o mérito do recurso, reformando-se ou mantendo-se a decisão de primeiro grau, e, confirmando-se ou revogando-se os efeitos antecipados.

São estes os elementos das reformas do recurso de agravo que precisavam ser retomados.

4. O Conceito de lesão grave e de difícil reparação do artigo 522 do Código de Processo Civil.

Do exposto, pensamos que claro ficou que a nova Lei do Recurso de Agravo, com o intuito de restringir os casos em que é possível o regime de instrumento para se recorrer das interlocutórias, estabeleceu o conceito aberto de *lesão grave e de difícil reparação*, como requisito de admissibilidade deste recurso. Ao mesmo tempo, repete o conceito para atribuição de efeito suspensivo pelo relator, e, por expressão análoga, exige *dano irreparável ou de difícil reparação* para atribuição da tutela antecipada no recurso.

Todavia, como se viu, a lesão grave como requisito de admissibilidade foi a última a ser introduzida na legislação, que primeiro estabeleceu os requisitos da tutela antecipada, depois de atribuição de efeito suspensivo, e, só então, trouxe-a como requisito de admissibilidade do agravo.

Importa notar que, com as modificações legislativas de 2001, já havia se introduzido conceito similar, prevendo-se no artigo 527, inciso II as hipóteses em que o relator do agravo de instrumento não poderia convertê-lo em retido. A fórmula empregada era equívoca, mas traz importantes elementos para compreender-se o atual requisito de admissibilidade do artigo 522 do Código de Processo Civil.

Dizia o artigo 527, inciso II do CPC, até a reforma de 2005, que o relator poderia converter o agravo de instrumento em retido, salvo quando se tratasse de *provisão jurisdicional de urgência ou houvesse perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação*.

Comentando este dispositivo, já entendia a doutrina que nenhuma distinção se deveria fazer entre a fórmula *lesão grave e de difícil ou incerta reparação* para se

afastar a possibilidade de conversão em retido antes da Reforma de 2005, e a *lesão grave e de difícil reparação* para atribuição de efeito suspensivo⁷³, recentemente adotada.

De se salientar também que embora tenha sido melhorada a redação do artigo 527, inciso do CPC, e o conceito de *lesão grave e de difícil reparação* tenha sido trazido, de modo expresso, como requisito de admissibilidade no artigo 522, continua se tratando de uma cláusula geral que depende de delimitação no caso concreto, e que, ademais, não é novidade legislativa:

“Seja para o deferimento de tutela cautelar (liminar ou final – art. 798), seja para o deferimento da tutela antecipatória (art. 273, I), seja para concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou à apelação (art. 558), o juiz deve sempre examinar se há ‘receio de dano irreparável ou de difícil reparação’ (art. 273, I); se há ‘fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação’ (art. 798); ou se está diante de ‘casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação’ (art. 558, *caput*). Portanto, o perigo de ‘lesão grave e de difícil reparação’ é circunstância a que o Código recorre amiúde, para autorizar esta ou aquela providência”⁷⁴.

Assim, embora seja recorrente a opinião de que lesão grave e de difícil reparação é um conceito indeterminado⁷⁵, vago ou uma cláusula geral aberta e que

⁷³ “A diferenciação dos perigos dos arts. 527, II, e 558, *caput*, conduziria à distinção de algo que é uno (...) O relator não deverá fazer qualquer distinção entre dano de difícil e o de incerta reparação, desconsiderando a má redação daquele dispositivo”. PINTO, Strobel Rodrigo. *Arts. 527, II e 558, caput, ambos do CPC – conexões necessárias*. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais* – v. 8).

⁷⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Considerações sobre a Lei 11.187, de 19.10.2005, que altera a disciplina do agravo de instrumento*. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais* – v. 10)

⁷⁵ “Interpretar um conceito vago (= termo cujo conteúdo seja indeterminado) é pressuposto lógico da aplicação de uma norma ou de um princípio jurídico. Na verdade, a interpretação integra o processo de aplicação da norma visto como um todo e consubstancia-se em seu núcleo. Os conceitos,

não se pode formular uma definição *apriori* que a abarque, compensa a análise de algumas hipóteses concretas para que se possa, minimamente estabelecer linhas interpretativas a respeito do que se pode entender por lesão grave e de difícil reparações.

A. Delimitação do conceito

Antes de se realizar a análise de algumas hipóteses, porém, cumpre brevemente realizar-se uma explanação visando delimitar a *lesão grave e de difícil reparação*.

Primeiro, há de se ver que própria recorribilidade das decisões interlocutórias está condicionada a existência de lesão.

O Código de 1973, em sua redação originária, pretendia que, dos despachos de mero expediente não coubesse recurso (artigo 504); da sentença, apelação (artigo 513); e de todas as demais decisões caberia agravo de instrumento (artigo 522⁷⁶).

Hoje, sentenças são as decisões que impliquem nas situações do artigo 267 e 269⁷⁷, interlocutórias são decisões que resolvem questão incidente e, exatamente por solucionarem controvérsia, tem conteúdo decisório e potencial de causar

frisamos, têm uma estrutura interna: um círculo de certeza; um círculo pouco maior que este, que seria a zona cinzenta ou zona de 'penumbra'; e outro, ainda maior, que seria uma outra zona de certeza. O núcleo do conceito é a área de certeza positiva (*é*, com certeza) e o círculo maior, a zona de certeza negativa (*não é*, com certeza. Conceitos vagos são, por exemplo, conceitos de valor (como, *v.g.* honesto) e conceitos de experiência (como, *v.g.*, imprudente). Conceitos precisos são, por exemplo, meses, numerais, graus de parentesco". WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 372.

⁷⁶ Redação originária de 1973: "Art. 522. Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, de todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento".

⁷⁷ Artigo 162, §1º, de acordo com a Lei 11.232/2005 – embora muitas discussões surjam desta alteração e que não são objeto deste estudo.

prejuízo às partes⁷⁸, e, despachos são todos os demais atos, aos quais a lei não estabelece outra forma.

É incito, portanto, ao próprio conceito de decisão interlocutória que haja lesividade, ou seja, que haja potencial lesão à parte, pois do contrário, se trata de mero despacho, o qual não é recorrível, nem por meio de agravo, quer seja de instrumento ou retido, e, portanto, não há que se falar em conversão em retido de eventual agravo de instrumento interposto nesta hipótese.

Cumprido citar alguns exemplos de situações em que é comum dizer-se, não há lesividade: não cabe recurso do ato do juiz que manda remeter os autos ao contador; que determina a distribuição por dependência; que determina a regularização do instrumento de procuração; que determina a emenda ou a complementação da inicial; que fixa liminarmente os honorários advocatícios na ação de despejo por falta de pagamento; que concede prazo para complementar depósito na consignação em pagamento; que se limita a determinar às partes que especifiquem provas; que determina a manifestação da parte contrária sobre documento; que defere extração de peças e remessa ao Ministério Público; que considera a apelação tempestiva.⁷⁹⁻⁸⁰ Embora, seja de se salientar, a determinação de emenda, em certas circunstâncias, pode sim ser recorrível por agravo, pois depende muito do contexto em que se vê inserida.

⁷⁸ “Enquanto os despachos são pronunciamentos meramente ordinatórios, que visam impulsionar o andamento do processo, sem solucionar controvérsia, a decisão interlocutória, por sua vez, ao contrário dos despachos, possui conteúdo decisório e causa prejuízo às partes”. (STJ – REsp 195.848 / MG – 4ª. Turma – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo – Publicação no Diário de Justiça em 18.02.2002, p. 448).

⁷⁹ NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 644-645.

⁸⁰ Registre-se que controversas são as hipóteses de possibilidade de recurso do ato que posterga apreciação de tutela antecipada e do que ordena a citação. A propósito: MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. *É admissível recurso contra o “cite-se”?*, p. 367 e ss. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais* – v. 8).

Para ser admissível o recurso de agravo, portanto, deve haver decisão, ou seja, o ato do juiz tem que solucionar alguma controvérsia entre as partes. Haverá aí lesão, e, dessa forma, recorribilidade. Porém, o regime de recurso desta decisão só poderá ser o instrumental se esta lesão for grave e de difícil reparação.

O que se pode entender por este qualificativo? O que torna a lesão grave e dificulta sua reparação?

B. Lesão Grave e de Difícil Reparação – Diretrizes Interpretativas

Primeiramente, é de se atentar que o vocábulo lesão é empregado no artigo 522 de uma forma não técnica. Lesão é sinônimo de prejuízo⁸¹, de sofrimento de dano, perda, suplício, aflição, tormento. Tal prejuízo abarca qualquer interesse das partes, quer seja processual, que seja material⁸².

Dessa maneira, a lesão referida no Código de Processo Civil em muito se diferencia daquele referida no Direito Penal ou mesmo no Direito Civil e Comercial. Não se aproxima da lesão enquanto figura delituosa, em que há intenção de causar mal físico ao ofendido (artigo 129 do Código Penal), nem da lesão enquanto causa de anulabilidade dos negócios jurídicos (artigo 157 do Código Civil de 2002).

Em segundo lugar, deve-se atentar que “quem tem real condição de analisar os efeitos ocasionados pela decisão é a parte prejudicada. A lesão que a decisão pode gerar é experimentada pela parte, e não pelo legislador. Quem pode se submeter ao ato de difícil reparação é a parte, e não o legislador. Assim, somente

⁸¹ SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico. Verbetes: Lesão.*

⁸² “O requisito constante dos dois dispositivos (perigo de lesão grave e de difícil reparação), segundo pensamos, deve ser entendido em sentido amplo, para abarcar tanto os casos em que a lesão ou ameaça de lesão possa atingir direito *material* das partes, como também aqueles em que a imposição do regime de retenção contrarie o princípio da economia dos juízos, o que ocasionaria, assim, dano *processual*”. WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 438.

ela poderia determinar se a interposição do agravo deve ser de instrumento ou de forma retida. A análise dos casos, feita por pessoa que não sofra os efeitos da decisão, não possibilita o verdadeiro entendimento da extensão do ato praticado. Só quem terá que se sujeitar ao ato é que pode compreender a necessidade de sua reforma, se imediata ou não”⁸³.

Não obstante, o legislador elenca a lesão grave e de difícil reparação como requisito de admissibilidade do agravo de instrumento, e, portanto, obriga o relator do recurso a analisar sua existência no caso. E, com isso “impõe ao julgador a missão de efetivamente adentrar as razões recursais para verificar se ele pode ser processado sem a conversão”⁸⁴.

Em segundo lugar, é importante frisar que aquilo que na lei é tido por exceção – a interposição do agravo por instrumento – é mais amplo que a regra – interposição do agravo retido.

Veja-se que, numa primeira análise, raras serão as hipóteses em que haverá interesse processual na interposição de agravo retido nos processos cautelares ou de execução (ou mesmo no regime de cumprimento de sentença).

A necessidade de urgência dos procedimentos cautelares afasta a possibilidade de que eventual decisão do juiz seja recorrida pela forma retida, porque, há maior possibilidade de ofensa à tutela pretendida, o que, em regra, recomenda a utilização do agravo de instrumento.

Por outro lado, o procedimento da execução extrajudicial afasta o agravo retido, vez que não haverá sentença que analise as questões processuais

⁸³ BORGES, Flávio Buonaduce. *Meios de Impugnação dos atos judiciais no direito processual brasileiro: o recurso de agravo na sistemática processual brasileira*, p.190. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 9*).

⁸⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O agravo e o “mito de prometeu”*: considerações sobre a Lei 11.187/2005, p. 197. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 9*).

para que o agravo retido possa ser posteriormente admitido e analisado. “É que embora este tenha que se findar, necessariamente, com uma sentença (art. 795), esta normalmente é proferida apenas após a exaustão das atividades executivas, com a satisfação do direito objeto de execução, não sendo comum a interposição de apelação contra tal decisão. Ademais, os atos executivos, pelo menos em tese, quase sempre serão hábeis a ocasionar lesão grave à parte”⁸⁵. Tanto é que três hipóteses que, a rigor, só deviam ocorrer na execução, estão elencadas como causas de atribuição de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento no artigo 558 do Código de Processo Civil, o que, por óbvio, pressupõe a lesão grave e de difícil reparação como requisito de admissibilidade.

Ainda, de se ver que não há, na execução apartada e no cumprimento de sentença, superveniência de sentença de julgamento da lide, pois se busca aí apenas a satisfação do credor. “Igualmente decisões proferidas em incidente processual, a ser decidido mediante interlocutória agravável”⁸⁶, não admitem que eventuais atos do juiz, que não analisem o pedido, sejam agravados na forma retida.

Portanto, é no processo de conhecimento, ou, na fase de conhecimento, entendido como o momento no processo enquanto ainda não há sentença, é que se encontra real possibilidade de uso pelo relator do disposto no artigo 522 do Código de Processo Civil, para que se possa converter em retido aos agravos de instrumento interpostos.

Por outro lado, é de se atentar que a nova fórmula empregada após a reforma de 2005 para o artigo 527, inciso II, trazida para o artigo 522 como

⁸⁵ WAMBIER, T. A. A. *Idem*, p. 437

⁸⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do Recurso de Agravo ante a Lei 11.187/2005*, p. 45 (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais* – v. 10)

requisito de admissibilidade, também é equívoca, como análise mais acurada faz demonstrar.

Ocorre que aquilo que a lei elenca como requisitos cumulativos – lesão grave e de difícil reparação – deve ser lido como requisitos alternativos – lesão grave ou de difícil reparação.

Pense-se na hipótese de concessão de tutela antecipada para atribuir pensão mensal de um salário mínimo ao autor, o qual pleiteia reparação de danos decorrentes de acidente de trânsito em face de uma grande multinacional⁸⁷. “Se reputássemos que a ‘gravidade’ do dano seria requisito para interposição do agravo de instrumento, a empresa-ré estaria desprovida de meio eficaz de veicular sua pretensão recursal, sob o argumento de que o valor da pensão mensal arbitrada liminarmente apresenta valor insignificante em face de seu faturamento”⁸⁸.

Retirar-se a possibilidade de recorrer por meio de agravo de instrumento, sob argumento de que a lesão não é grave, na hipótese mencionada, é claramente ofensiva ao próprio texto constitucional, visto que se antecipam os efeitos da tutela sem contraditório. Logo, dizer-se que a lesão deve ser grave não acrescenta nada, para fins de escolha do regime do recurso de agravo.

Lesão há em qualquer decisão judicial que resolve controvérsia nos autos e não tem força de solucionar a lide. A gravidade de lesão e sua difícil reparação, como alude o Código, deve, em verdade, ser lida na fórmula empregada para antecipação de tutela do artigo 273, inciso I do Código de Processo Civil. “A leitura que se deve fazer do art. 522 do CPC agora reformado é a de que o dano

⁸⁷ A hipótese quem traz é SICA, H. V. M. *O agravo e o “mito de Prometeu”: Considerações sobre a Lei 11.187/2005*, p. 197-198. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 10*).

⁸⁸ SICA, H. V. M. *Idem*, p. 197. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 10*).

irreparável ou de difícil reparação enseja a interposição do agravo de instrumento, independentemente do seu grau de ‘gravidade’.”⁸⁹

Portanto, o que importa do requisito elencado, é o dano, e se de irreparável ou difícil reparação. Esta irreparabilidade, não se trata de elemento novo, visto que já estava prevista nas Ordenações Afonsinas de 1446 (item 3.72.6). Trata-se das hipóteses em que há mero prejuízo potencial. E porque potencial? Porque é aferível e sentido apenas na sentença⁹⁰.

Dessa forma, a disposição empregada nas Ordenações Afonsinas: “dano que não se possa cobrar pela definitiva”, lido hoje como “dano não passível de reparação pela sentença”, é “parâmetro mais seguro e menos vago do que o efetivamente adotado pela Lei 11.187/2005⁹¹.

O que conta, portanto, na exegese do artigo 522, é o dano causado, e se potencial ou iminente, ou seja, se pode ser reparado futuramente, com a sentença, ou não.

Todavia, mais do que sua possível reparação ou não pela sentença, deve-se avaliar o grau de risco do dano, o que efetivamente adentra o mérito, e aproxima o *perigo de demora* deste artigo com a *fumaça do bom direito* das alegações, ainda no momento de se analisar a admissibilidade do recurso.

Melhor explicitando esta idéia, deve-se atentar que o dano, a lesão que a decisão judicial pode causar pode ser classificada em material ou processual.

⁸⁹ SICA, H. V. M. *Idem*, p. 198. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 10*).

⁹⁰ SICA, H. V. M. *Recorribilidade das Interlocutórias e Reformas Processuais: Novos Horizontes do agravo retido*, p. 220-221. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 8*).

⁹¹ SICA, H. V. M. *O agravo e o “mito de Prometeu”*: Considerações sobre a Lei 11.187/2005, p. 198. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 10*).

Material é o dano que “ocorre nos casos de provimentos de urgência, que antecipam os efeitos da tutela jurisdicional. A esfera jurídica da parte é imediatamente atingida, sendo inaceitável que se obste o imediato acesso à instância superior”⁹².

Dano processual, por seu turno, pode ser sentido somente pela parte ou pela relação jurídica como um todo.

Sentido apenas pela parte ocorre, por exemplo, quando se decide exceção de incompetência relativa. Várias decisões no STJ determinam destrancar o recurso especial para análise das questões atinentes à competência relativa⁹³. Nestas hipóteses entende-se que há efetiva lesão grave e de difícil reparação caso a reparação venha apenas com a sentença.

Embora a revisão pelo Tribunal da decisão que julga a exceção de incompetência pudesse ser relegada para ser apreciada apenas com a apelação, neste momento, outros valores entrariam em pauta, como a efetividade e celeridade processual, e “depois de proferida a sentença de mérito, dificilmente o tribunal decretaria a nulidade do processo em razão da incompetência relativa, a menos que houvesse exuberante prova de que o excipiente sofreu prejuízo daí decorrente”⁹⁴.

Assim, mesmo que o dano seja eminentemente da esfera processual e, a princípio, sentido apenas pela parte excipiente, o grau de risco envolvido, ante a “possibilidade de um processo ter trâmite perante um juízo incompetente, o que acarretará a sua eventual anulação, após uma exaustiva atuação jurisprudencial,

⁹² SICA, H. V. M. *Idem*, p. 198. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 10*).

⁹³ A propósito: RESP 227.787 / CE e MC 7195 / RJ.

⁹⁴ SICA, H. V. M. *Idem*, p. 203. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 10*).

causando prejuízos a ambas as partes litigantes”⁹⁵, recomenda a análise por meio de agravo de instrumento, tanto quanto o Superior Tribunal de Justiça destranca recurso especial para analisar a questão. A lesão que pode ocorrer tem forte risco: desperdiçar toda a atividade jurisdicional envolvida, e, por isso, o processamento imediato do recurso é de medida.

Por outro lado, o dano atinente à esfera processual pode envolver não apenas a parte, mas toda a relação jurídica, como nas hipóteses de intervenção de terceiro, em que se indefere denunciação à lide ou chamamento ao processo. “A possibilidade de tais decisões virem a ser reformadas traz consigo o risco de que todo o processo seja anulado, para que o denunciado à lide ou o chamado ao processo integrem a relação processual”.⁹⁶

Portanto, há de se atentar que, o que envolve o artigo 522 é não a gravidade da lesão, mas sua possibilidade de ser reparada a posterior sem risco de prejuízos. Neste sentido, a gravidade da lesão é, em verdade, o grau de risco de a reforma da decisão recorrida vir apenas com a sentença. Claramente, aí, adentra-se o mérito, a plausibilidade das razões invocadas, mesmo que sem autorização legal, para que se tenha formado o juízo de conversão do agravo de instrumento. Vale transcrever:

“Na imensa maioria dos casos, as decisões interlocutórias versam questões que, reformadas *a posteriori*, implicarão declaração de nulidade de muitos atos processuais praticados após seu proferimento, dentro dos limites dos arts. 248 e 249 do CPC. Diante disso, parece-nos que o único modo para que o art. 522 do CPC possa surtir algum efeito prático é englobar, na

⁹⁵ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. ROCESSAMENTO DE RECURSO ESPECIAL RETIDO (ART. 542, § 3º, DO CPC). POSSIBILIDADE. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE RISCO DE DANO IRREPARÁVEL. Acórdão em Medida Cautelar nº 7195 / RJ – Relator. Min. Teori Albino Zavascki – 1ª. Turma – Publicação: 19.04.2004.

⁹⁶ SICA, H. V. M. *Idem*, p. 205. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 10*).

análise da admissibilidade do agravo de instrumento, a consideração à *plausibilidade da pretensão recursal*. E, na prática, é lógico e razoável que isso aconteça (ainda que não haja previsão legal nesse sentido). Ou seja, se houver *razoável probabilidade* da decisão recorrida vir a ser reformada, o relator acabará processando o recurso na forma instrumental, mesmo que não haja, própria e diretamente, risco de dano irreparável⁹⁷.

C. Critérios para análise da lesão grave e de difícil reparação.

Assim, forma-se um primeiro critério para admissibilidade do recurso de agravo de instrumento, que é o referido risco de dano, não passível de ser saneado de modo efetivo pela sentença.

Em outras palavras, trata-se de verificar a urgência de a decisão ser analisada e reformada de imediato, ou seja, a necessidade de pronta manifestação jurisdicional.

Esta urgência, pode ser de duas ordens “ela pode compor a causa de pedir do pedido que foi negado ao agravante em primeira instância [ou] ela pode ‘aparecer’ em grau de recurso, trazida pelo recorrente para justificar o cabimento do seu agravo de instrumento”⁹⁸. No primeiro caso entram as hipóteses de antecipação de tutela, em que a urgência decorre da causa trazida em juízo, e, no segundo caso subsumem-se as hipóteses referidas atrás como dano processual em que a possibilidade de reforma implicaria o desperdício da atividade jurisdicional, visto que “também há *urgência* porque a parte não deve suportar uma decisão que pode estar fulminada de nulidade. Ela tem o direito de exigir que tal decisão seja examinada o

⁹⁷ SICA, H. V. M. *Idem*, p. 205-206. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 10*).

⁹⁸ SOUZA, André Pagani de . *O regime de retenção do agravo como regra geral*, p.20-21. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 10*).

mais rápido possível por meio de interposição de agravo de instrumento em vez de retido”⁹⁹.

Ainda, como segundo critério para a conversão, deve-se analisar se não é hipótese em que a lei expressamente previu a forma instrumental como obrigatória. Nos casos de decisão de inadmissão da apelação, da decisão que declara os efeitos em que é recebida a apelação, nas hipóteses do artigo 558 do Código de Processo Civil, ou da decisão que admite a petição inicial na Lei de Improbidade Administrativa, por exemplo, são situações em que se exige o agravo por instrumento¹⁰⁰.

Por fim, deve o relator atentar-se, se não há hipótese de incompatibilidade do regime de agravo retido. São situações em que falta interesse recursal ao recorrente, seja porque há risco de dano inverso¹⁰¹, seja porque são questões incidentes e estranhas ao objeto do processo, sobre a qual a decisão judicial que se lhes dê em nada afetará a futura decisão sobre o objeto do processo, como a exemplo: a decisão de exclusão do litisconsorte; indeferimento parcial da petição inicial; aplicação de multa àquele que cria embaraços à efetivação de provimento jurisdicional (artigo 14, parágrafo único); fixação de honorários periciais; substituição do perito por negligência; condenação da testemunha a responder pelas despesas do adiamento da audiência; resolução de incidente de impugnação do perito;

⁹⁹ SOUZA, A. P. de. *Idem*, p. 22 (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 10*).

¹⁰⁰ SOUZA, A. P. de. *Idem*, p. 22-23 (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 10*).

¹⁰¹ “O tribunal ver-se-á constrangido a permitir o trânsito de recurso que, a rigor, deveria ficar retido para evitar que a nulidade ficasse ‘plantada’, com chances de pôr a perder tudo o que tiver nele sido feitos após o ato inválido”. SICA, H. V. M. *Idem*, p. 206. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 9*).

prestação de contas do administrador judicial; decisão que condena o advogado, que, intimado, não devolve os autos em cartório¹⁰².

Resumidamente, verificado não se tratar de hipótese obrigatória de regime instrumental, ou ausente interesse processual no regime retido, cumpre ao relator pesquisar o conceito de lesão grave e de difícil reparação, o qual é mais útil se compreendido como possibilidade de risco de dano da decisão que não pode ser revertido com a sentença, ou só pode mediante prejuízos inexigíveis em face da efetividade e celeridade que se esperam do processo.

D. Análise casuística da lesão grave e de difícil reparação

É de se ver, portanto, que a legislação de 1973 fugiu à técnica de cláusulas fechadas constante no Código de Processo Civil de 1939, e, embora inicialmente não restringisse a possibilidade de agravo de instrumento, hoje o prevê excepcionalmente, somente quando presente *decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação*.

Neste sentido, as modificações havidas com as legislações de 2001 e 2005 são um retorno à enunciação casuística: “De certa forma, voltamos ao passado, o que nem sempre significava retrocesso. Como no sistema do Código de 1939, a nova lei prevê as hipóteses de cabimento do agravo retido e as do agravo de instrumento. A diferença é que o faz de forma mais inteligente, pois a enumeração casuística do velho Código deixava sempre o risco de a ela não se subsumir determinada situação concreta”¹⁰³.

¹⁰² Souza, A. P. de, mencionando trabalho do prof. Fredie Didier Jr. *Idem*, p. 24 (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 10*).

¹⁰³ FERREIRA FILHO, M. C.. *Considerações sobre a Lei 11.187, de 19.10.2005, que altera a disciplina do agravo de instrumento*, p. 321. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson,

Neste particular, importa analisarmos as hipóteses constantes na legislação de 1939, apenas no tocante às situações em que se previa o agravo retido, para podermos concluir ou não pela maior inteligência do disposto na nova lei processual.

Lembre-se que em 1939 previa-se expressamente de que hipóteses caberiam agravo retido e de quais caberiam agravo de instrumento, e, se não previstas, as situações seriam irrecorríveis.

Em seu artigo 851 previam-se hipóteses em que o recurso cabível era o agravo retido, e, importa vermos a aplicabilidade de tais disposições ao ordenamento vigente¹⁰⁴.

O inciso I previa agravo retido das decisões que rejeitassem exceção de litispendência e coisa julgada, e não parece aplicável na disciplina atual. Tais exceções deixaram de ser instrumentalizadas em apartado, e hoje são argüidas com a contestação, e, portanto, serão analisadas quando nos debruçarmos sobre o inciso IV, que trata das hipóteses em que se considera ou não saneado o processo. Em relação às exceções que hoje seguem em autos apartados – incompetência, suspeição e impedimento – apenas a de incompetência é agravável.

As argüições de suspeição e impedimento, se acolhidas de plano, implicarão remessa dos autos ao juiz substituto, ou, se não acolhidas, remessa dos autos ao Tribunal para julgar a exceção.

A argüição de incompetência, a princípio, parece ser recorrível e na forma instrumental. É que, ainda que relativa – incompetência territorial e pelo valor da causa – corre-se o risco de dificultar o acesso da parte ao processo. Ademais, gera-

(coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 10)*

¹⁰⁴ Seguindo a linha de análise presente em VICA, H. V. M. *A recorribilidade das interlocutórias e reformas processuais: novos horizontes do agravo retido. p. 205 e ss. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 8).*

se o risco de que toda a atividade jurisdicional se perca, e, pesando-se vantagens e desvantagens, a retenção do recurso não parece de boa medida. “O prejuízo, aqui, não é reparável pela sentença, mas sim apenas eventualmente pelo tribunal, se e quando for julgar recurso de apelação”¹⁰⁵.

O inciso II do artigo 851 do CPC de 1939 continha duas disposições: decisões que não admitirem prova, ou que, de qualquer modo, cercearem a defesa do interessado.

Em relação às decisões que não admitirem a prova, é de se adiantar, parece plenamente aplicável na legislação atual. De certa forma, havia sido adotada pelo artigo 280, inciso III, que determinava a retenção dos agravos sobre matéria probatória, mas acabou suprimido pela Lei 10.444/2002. E, parece aplicável porque não há como o agravante interessado sustentar prejuízo em face da decisão que indefere produção de provas. É que a necessidade da prova só se revela na sentença e, assim, “a posição de vantagem processual que a produção da prova geraria ao litigante pode vir a revelar-se absolutamente desnecessária à vista do resultado do processo”¹⁰⁶.

Ademais, os poderes probatórios do juiz admitem a reconsideração desta decisão antes da sentença, e, o julgamento do agravo retido admite a conversão do feito em diligência para sanar o vício de nulidade relativa (artigo 560, parágrafo único do Código de Processo Civil).

Porém, há de se ver, há evidente prejuízo quando, por exemplo, a prova indeferida corre o risco de se perder, a exemplo da testemunha que se encontra em

¹⁰⁵ VICA, H. V. M. *A recorribilidade das interlocutórias e reformas processuais: novos horizontes do agravo retido*. p. 206. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 8*).

¹⁰⁶ VICA, H. V. M. *Idem*, p. 208. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 8*).

estado terminal, e, a imediata reforma da decisão é medida que se impõe. Para esta hipótese específica, a regra geral insculpida no artigo 522 é salutar, todavia, não se afasta a conclusão de que matéria probatória, a princípio, deve ser recorrida via agravo retido.

Em relação às decisões que causam cerceamento de defesa (segunda parte do artigo 851, inciso II do CPC de 1939), sua imprecisão dificulta que seja aplicada no regime atual, mormente já existir cláusula geral que limita a interposição de recursos das interlocutórias. É que os pontos encontrados na doutrina a respeito de hipóteses de cerceamento de defesa, à exceção do destaque especial dado à matéria probatória, são todas de evidente gravame e prejudiciais à relação processual¹⁰⁷. Assim, por não poderem ser supridas na sentença, mas em eventual recurso de apelação, e, causando nulidade dos atos praticados com perda da atividade jurisdicional, não é recomendável que haja agravo retido das decisões que causarem cerceamento de defesa¹⁰⁸.

E, em relação à hipótese do inciso III do artigo 851 – decisões que concederem, na pendência da lide, medida preventiva – igualmente, não é aplicável ao regime atual. Em primeiro, deve-se atentar que o Código melhorou profundamente o sistema de medidas preventivas por meio da ação cautelar autônoma, à qual é aplicável inteiramente o regime de recursos, cabendo agravo das interlocutórias, e sentença da apelação. Ademais, “difícil imaginar *medidas preventivas* concedidas no curso da lide que não interferem, de imediato, na esfera jurídica da parte adversa. Basta pensar em algumas medidas cautelares nominadas

¹⁰⁷ A exemplo: decisões sobre intervenção de terceiros, conexão e continência, ingresso de litisconsortes. VICA, H. V. M. *Idem*, p. 210 e ss. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais* – v. 8).

¹⁰⁸ Lembrando que o cerceamento de defesa por conta de indeferimento de provas não é tratado aqui, mas em separado.

em nosso atual Código de Processo Civil, como o arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, arrolamento de bens etc.”¹⁰⁹.

Por fim, o inciso IV do artigo 851 previa a hipótese da decisão que considera saneado ou não o processo, salvo se o extinguir sem resolução de mérito. Em relação à decisão que considera saneado o processo o dispositivo parece aplicável, sendo de medida o regime retido contra esta decisão. Veja-se que todas as matérias do despacho saneador são matérias de ordem pública, e, portanto, podem ser conhecidas de ofício posteriormente, e sua decisão neste momento não gera preclusão. Independente da interposição de agravo retido e da reiteração em razões de apelação, se chegar ao conhecimento do Tribunal, a matéria pode ser analisada sem requisição das partes.

Assim, em face de tal decisão poder ser revista a qualquer tempo, não é recomendável a admissão do agravo de instrumento. Ademais, a mera existência de um processo não pode ser considerada como hipótese de ocorrência de *lesão grave e de difícil reparação*. Portanto a via instrumental não se afigura razoável em face da decisão que julga saneado o processo, uma vez que “o litigante pode consignar e reiterar sua irresignação contra tal decisório por várias outras formas mais simples e por expressa determinação legal, a matéria haverá de ser revista posteriormente”¹¹⁰.

Todavia, não se deve deixar de atentar que, pelas mesmas razões – que a matéria é de ordem pública e deve ser revista a qualquer tempo – é possível argumentar-se que não há interesse na interposição de agravo retido, vez que sua

¹⁰⁹ VICA, H. V. M. *Idem*, p. 213. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 8*).

¹¹⁰ VICA, H. V. M. *Idem*, p. 215. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais – v. 8*).

única função – evitar preclusão – é afastada do caso porque a questão é de ordem pública.

Por fim, é de se ver que a decisão que não declara saneado, na hipótese de constituir decisão interlocutória, deve ser recorrida pelo agravo de instrumento. Hoje, quando o juiz declara não saneado o processo haverá uma das seguintes hipóteses em seu lugar: determinação da correção das irregularidades (artigo 327); extinção do processo, sem julgamento do mérito, artigo 267, ou com julgamento, mas apenas nas hipóteses dos incisos II a V do artigo 269 (conforme artigo 329); ou julgamento antecipado da lide (artigo 330).

Das duas últimas hipóteses cabe apelação, visto que há julgamento da lide. E, na hipótese de determinação de correção de irregularidades o recurso cabível é o agravo de instrumento. Nessas hipóteses “se a parte não levar, imediatamente, ao tribunal a sua irrisignação, a providência determinada na instância *a quo* restará desatendida, acarretando-se, conforme o caso, a extinção do feito sem exame de mérito, ou a revelia. (...) Trata-se, pois, de prejuízo *iminente*, cuja reparação não poderia ocorrer na sentença”¹¹¹.

Assim, conclui-se que, das hipóteses elencadas no Código de Processo Civil de 1939 como interposição obrigatória do agravo retido, apenas aquela relativa a matéria probatória e aquela que considera o feito saneado, são transmudáveis ao regime atual e podem ser trabalhadas, com alicerce, como situações em que se deve converter eventual agravo de instrumento interposto no Tribunal.

¹¹¹ VICA, H. V. M. *Idem*, p. 215. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais* – v. 8).

5. Conclusão

Do exposto, concluímos, é de se pesar o fato de que a previsão taxativa de hipóteses em que cabível o agravo de instrumento ou o agravo retido, como era no sistema recursal de 1939, não é a mais adequada, e a fórmula constante no atual artigo 522, embora não possua a redação mais inequívoca, e não faça referência expressa ao verdadeiro fenômeno que se deve ter em conta, é, de fato, mais prática.

Todavia, acreditamos, se a intenção da legislação é restringir o uso do agravo de instrumento, de melhor técnica seria a previsão de hipóteses em que o agravo deve, necessariamente, ser na forma retida, salvo se demonstrado o risco de dano que não pode ser reparado na sentença. A fórmula atual, caso não seja bem empregada pela doutrina e jurisprudência importará em sua completa inutilidade, visto que a interpretação sem critérios levará a situações de insegurança e injustiça ao recorrente, que verá em duas situações assemelhadas o recurso ser convertido ou admitido pelo Tribunal.

Ademais, a disposição para que a decisão do relator que converte o recurso em agravo retido não ser recorrível, e o ressurgimento do uso anômalo do mandado de segurança, podem ocasionar a admissibilidade de vários recursos como agravo de instrumento, apenas para não se correr o risco de sofrer impetração de mandado de segurança. Neste sentido, a análise das situações pela doutrina, e eventual previsão no Código de hipóteses em que necessariamente o agravo deverá ser retido, além de comportar critérios mais seguros para o relator determinar a conversão importará numa maior efetividade da regra que expressa a intenção do legislador de reduzir o uso indiscriminado do agravo de instrumento.

Assim, após analisarmos as idas e vindas históricas por que passou o agravo de instrumento, pendulando entre sua inadmissibilidade, quando irrecuráveis eram as interlocutórias, e sua irrestrita admissibilidade, acreditamos que a fórmula geral empregada hoje, alicerçada na técnica de conceitos gerais, cujo conteúdo é preenchido pelo intérprete conforme o caso concreto, afigura-se, verdadeiramente, como uma melhor conciliação entre os interesses em jogo.

Concilia-se, assim, segurança, ao se permitir que o pleito do agravante seja de imediato re-analisado, o que se afigura importantíssimo, em especial nas hipóteses em que há antecipação dos efeitos da tutela – porque o sistema processual, alicerçado na forma, não distingue esta decisão daquela que indefere a perícia, por exemplo – e celeridade, pois, cabível a recusa à análise do recurso, quando não exista lesão.

Vale frisar, não se trata de discricionariedade dada ao relator. Ele não opta, ao menos não o faz explicitamente, quando analisará e quando converterá o recurso. As hipóteses são taxadas legalmente, e sem lesão não se deve conhecer do recurso. Todavia, saber se a hipótese é ou não de lesão abre campo à interpretação do relator, e, por aí, situações que para uns há evidente lesão, para outros parece não existir – e, frise-se, pensa o Código, esta análise é a mais simples possível, tendo-se em vista que irrecurável é a decisão que converte em retido o instrumento.

Ou seja, o dispositivo de conversão foi endereçado, parece-nos, a hipóteses teratológicas, em que evidente a falta de lesão, e o mau uso do instrumento que faz o advogado. Porém, a própria análise do que é evidente ou não depende de interpretação, e, novamente, o que é evidente para uns, não o será para outros.

Por isso, é fundamental que a doutrina debruce-se sobre certos casos e possa alicerçar o relator na tarefa de determinar monocraticamente a conversão do recurso, afirmando a inexistência da lesão grave e de difícil reparação.

Conforme expusemos, como mera possibilidade interpretativa, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, a fórmula empregada pelo legislador não nos parece adequada, porque não expressa o que verdadeiramente precisa ser analisado para saber se converte-se ou processa-se o instrumento.

Neste sentido, a fórmula empregada na antecipação de tutela – receio de dano irreparável ou de difícil reparação – certamente semelhante, afigura-se mais adequada. O simples fato de a fórmula ser semelhante, e não igual, já aponta a mais dúvidas interpretativas. O que se vê como receio de dano à antecipação da tutela é diferente daquilo que se vê para admitir o processamento do agravo? E, se após esta fase, se analisa o pedido de antecipação de tutela recursal, ou efeito suspensivo, o que se vê aí, é diferente daquilo que foi analisado como requisito de admissibilidade? Volta a ser a mesma ótica necessária para a antecipação da tutela pelo juízo singular, ou já é de um terceiro perigo que se trata? E como isto se correlaciona com o *periculum in mora* das cautelares?

Perguntas certamente difíceis de serem respondidas, visto que o legislador, e nem é sua tarefa, não explicita como tais conceitos poderão se relacionar, e, se o emprego de um termo diverso traz também conseqüências diversas para o intérprete.

Mas, não foi tarefa deste trabalho delimitar tais conceitos. Aqui se deteve a análise apenas na lesão grave e de difícil reparação enquanto requisito de admissibilidade do recurso de agravo, e, se proposta interpretativa pudesse ser feita, seria definida como receio de que o dano produzido pela decisão não possa ser

reparado pela sentença. E, nada obsta que este dano seja produzido no seio de uma relação de direito material, quando a decisão antecipa efeitos da tutela, ou seja, produzido no seio de uma relação de direito processual, quando, por exemplo, acolhe-se a exceção de incompetência.

Os danos que podem ser produzidos no seio de uma relação de direito material, parecem, desde logo, insuscetíveis de serem reparados pela sentença, sendo impertinente que se converta em retido agravo oriundo de decisão que antecipa os efeitos da tutela. Aqui, frise-se, não pesa a importância econômica do dano, ou seja, o valor daquilo que foi antecipado. A simples possibilidade de que alguém usufrua direito de forma indevida, e, alicerçado por decisão judicial, recomenda, por meio do valor segurança, que se analise o conteúdo do que é necessário a esta antecipação, e, portanto, autoriza, sempre, a recorribilidade desta decisão.

Os danos produzidos no seio de uma relação processual, todavia, podem ou não serem reparados a contento pela sentença.

Aqueles danos oriundos de uma decisão que julga exceção de incompetência, por exemplo, não parece que possam ser reparados devidamente pela sentença. E, aqui porque pesa a teoria das nulidades dos atos. Sendo o Código expresso a determinar a nulidade dos atos produzidos pelo juízo incompetente, não se pode aguardar a produção de vários atos, os quais podem inclusive podem ter cunho decisório, e, aguardar-se até a sentença para saber se válidos ou não.

Por outro lado, e, foram hipóteses trabalhadas ao longo do trabalho, decisão de indeferimento de provas ou decisão que considera saneado o processo são hipóteses reparáveis pela sentença.

Conforme analisado, as decisões tratadas no saneador são todas de ordem pública e podem ser revistas a qualquer tempo. Salvo se tratar-se da exclusão de litisconsorte, hipótese que, embora extinga o processo com resolução de mérito em relação a este, não será apelável porque ainda há processo, e, portanto, configura-se situação de admissibilidade do agravo de instrumento, porque não se pode admitir pessoa no processo apenas na sentença, tolhendo-se o direito desta se manifestar ao longo dos autos.

Ainda, as situações em que se indefere ou não prova também não parecem ser agraváveis por instrumento. Veja-se que a prova é endereçada ao juiz, o qual deve analisar sua pertinência e relevância para o caso. Em face disto, tem o magistrado a possibilidade de, a qualquer momento nos autos, determinar de ofício a produção de provas, o que também, embora pouco usado, parece-nos possa ser feito pelo Tribunal (artigo 515, §4º do CPC), com a baixa dos autos em diligências, sendo analisada esta prova apenas pelo Colegiado. Salvo se a hipótese for de perecimento da prova, em que o dano não poderá ser reparado pela sentença, é que se permite o agravo em face da decisão que indefere sua produção, porque aí a análise da pertinência e relevância pelo Tribunal é indispensável.

Assim, busca-se dar efetividade maior a conceito subjetivo de admissibilidade de recurso, lembrando-se sempre que a vontade da legislação, o movimento histórico faz-nos a concluir neste sentido, é de restrição dos agravos de instrumento. Parece-nos, entretanto, que se a vontade é esta mesma de restrição o intento não foi conseguido na forma proposta.

É que os conceitos abertos, sem margem enfática de determinação, como o é a lesão grave e de difícil reparação, por gerarem dúvidas interpretativas não concedem a segurança necessária ao relator para negar processamento do recurso.

E, de se lembrar que a reforma concedeu grandes poderes ao relator ao fazer esta análise, visto que, para fins de celeridade, concedeu irrecurribilidade a esta decisão.

Porém, não nos parece que o conservadorismo do Judiciário possa sacrificar a recorribilidade da decisão, ou seja, sacrificar a segurança pela celeridade, sem estar bem apoiado. É dizer, o Judiciário não confia em si próprio, em seus membros que atuam em primeiro grau. Fora das hipóteses teratológicas o Tribunal precisa segurança interpretativa para tolher segurança jurídica às partes e prestigiar a celeridade, tornando inadmissível a imediata análise das razões de insurgência em face de decisão monocrática.

Nesta ótica, os conceitos abertos não servem ao prestígio da celeridade, visto que, a margem de discussão que podem gerar faz com que recursos sejam recebidos, e a eles concedido efeito suspensivo, quando a hipótese seria de conversão. Pensamos que melhor seria se, além da cláusula geral de admissibilidade dos recursos de agravo, constante do artigo 522, a legislação fosse expressa ao apontar os casos em que irrecorríveis seriam as interlocutórias, baseadas neste momento no conteúdo do que é decidido, e não na forma com que expressa a decisão.

É dizer, a forma da decisão serve para separar o recurso cabível, se nenhum, se agravo, ou se apelação, mas o regime do agravo, se instrumental ou retido, necessariamente deve prever o conteúdo da decisão. Assim, a previsão de hipóteses em que expressamente o recurso deva ser retido, salvo risco de dano que não possa ser reparado pela sentença, afigura-nos de melhor técnica, visto que hoje a situação é inversa: prevêm-se as hipóteses em que o recurso necessariamente deverá ser por instrumento, como exceções à regra da interposição na forma retida. Todavia, a análise do conteúdo das decisões interlocutórias levou à sensação de

que as hipóteses em que há *lesão* são mais amplas daquelas que não há e, portanto, corre-se hoje o risco de tornar inútil a previsão legal constante do artigo 522 do Código de Processo Civil, pois se trata como exceção a regra comum.

Talvez o legislador tivesse em mente os despachos ordinatórios ao pensar a existência de *lesão* como exceção nos atos do juiz. Todavia, sendo esta hipótese irrecorrível, o que há é a presença de lesividade em todas as decisões judiciais. Ou seja, a regra é a *lesão*.

E, pelo exposto, pouco importa o grau de gravidade, que não se afigura como conceito prático para estabelecer o regime do recurso. O que vale é a possibilidade de o dano causado pela decisão do juiz poder ou não ser reparado até a sentença, e, estas hipóteses, como se viu, são minoria.

Assim, se nossa ótica estiver correta, e se o objetivo do legislador for ajudar o juiz no momento da análise do regime recursal optado pela parte, mais valeria a previsão das hipóteses em que o regime retido é obrigatório, pois, com isso, maior segurança haveria no momento de se converter o recurso de instrumento em retido, e, também, sustentável se tornaria a irrecorribilidade desta decisão de conversão.

Referências

AFONSINAS, Ordenações. Livro III, Título LXXII: Das Apelaçoens das Sentenças Interlocutorias, e quando poderam appellar dellas. Acesso do fac-símile disponível pelo sítio <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/> em 12.09.2008.

BORGES, Flávio Buonaduce. *Meios de impugnação dos atos judiciais no direito processual brasileiro : o recurso de agravo na sistemática processual brasileira*. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e assuntos afins*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006; v. 9)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Medida Cautelar nº 7195 – RJ. Relator: Min. Teori Albino Zavascki – 1ª. Turma – DJ 19.04.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial 227.787 – CE. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes de Direito. DJ 18.06.2001.

CALMON, Petrônio. Reflexões em torno do agravo de instrumento in: Revista de Processo, nº 150, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do Recurso de Agravo ante a Lei 11.187/2005*. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins – v. 10*).

_____. *O novo recurso de agravo e outros estudos*. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

CARREIRA ALVIM, José. Eduardo, e CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. *Nova mexida nos agravos retido e de instrumento*. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006; v. 9)

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª. Edição. vol. 1. São Paulo : Malheiros, 2003

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Considerações sobre a Lei 11.187, de 19.10.2005, que altera a disciplina do agravo de instrumento*. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins* – v. 10).

MANUELINAS, Ordenações. Livro III, Título LXXVIII, item 17. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/ordemanu.htm>. Acesso em 12.09.2008.

MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. *É admissível recurso contra o “cite-se”?*. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005; v. 8).

NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39ª. Edição. São Paulo : Saraiva, 2007.

PINTO, Strobel Rodrigo. *Arts. 527, II e 558, caput, ambos do CPC – conexões necessárias*. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005; v. 8).

SICA, Heitor Vito Mendonça. *A recorribilidade das interlocutórias e reformas processuais. Novos horizontes do agravo retido*. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005; v. 8)

_____. *O agravo e o “mito de prometeu”:* *considerações sobre a Lei 11.187/2005*. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006; v. 9).

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. NAGIB, Slaibi Filho e CARVALHO, Gláucia (atualizadores). 27ª. Edição. Rio de Janeiro, 2006.

SOUZA, André Pagani de . O regime de retenção do agravo como regra geral. (in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e NERY JR, Nelson, (coord). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins – v. 10*).

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil : emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do Judiciário); Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro – 4ª. Edição*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Anexos – Excertos de Leis que trataram do agravo.

A. Decreto 737/1850

CAPITULO IV

Dos agravos

Art. 668. Os agravos admissiveis no Juizo Commercial são somente os de -
Petição e Instrumento.

Art. 669. Os agravos somente se admittirão:

§ 1º Da decisão sobre materias de competencia, quer o Juiz se julgue competente
quer não;

§ 2º Das sentenças de absolvição de instancia;

§ 3º Da sentença que não admitte o terceiro que vem oppor se á causa ou á
execução, ou que appella da sentença que o prejudica;

§ 4º Das sentenças nas causas de assignação de dez dias, ou de seguro, quando
por ellas o Juiz não condemna o réo, porque provou seus embargos, ou lhe recebe
os embargos e o condemna por lhe parecer que os não provou;

§ 5º Do despacho que concede ou denega carta de inquirição, ou que concede
grande ou pequena dilação para dentro ou fóra do Imperio;

§ 6º Dos despachos pelos quaes se ordena a prisão;

§ 7º Das sentenças que julgão ou não reformados os autos perdidos ou
queimados em que ainda não havia sentença definitiva (Assento de 23 de Maio de
1758);

§ 8º Dos despachos de recebimento ou denegação de appellação, ou pelo qual se
recebe a appellação em ambos os elleitos, ou no devolutivo somente;

§ 9º Das decisões sobre erros de contas ou custas;

§ 10. Da absolvição ou condenação dos Advogados por multas, suspensão ou prisão;

§ 11. Dos despachos pelos quaes: 1º se concede ou denega ao executado vista para embargos nos autos ou em separado: 2º se manda que os embargos corraõ nos autos ou em separado: 3º são recebidos, ou rejeitados in limine os embargos oppostos pelo executado ou pelo terceiro embargante;

§ 12. Das sentenças de liquidação (Art. 506);

§ 13. Das sentenças de exhibição (Art. 356);

§ 14. Das sentenças ou habilitação (Art. 408);

§ 15. Dos despachos interlocutorios que contêm damno irreparavel.

§ 16. Da sentença que releva ou não da deserção o appellante (Art. 659), ou julga deserta e não seguida a appellação (Art. 660);

§ 17. Dos despachos pelos quaes se concede ou denega a detenção pessoal ou o embargo;

O agravo nos casos de concessão de embargo ou detenção não he suspensivo.

§ 18. Da sentença que julga procedente ou improcedente o embargo (Art. 335).

Art. 670. O processo dos agravos será regulado pelo Capitulo VII do Regulamento nº 143 de 15 de Março de 1842 e decisões relativas.

Art. 671. Ficão restabelecidas as cartas testemunhaveis que os Escrivães sob sua responsabilidade tomavão, conforme o Direito Civil.

B. Código de Processo Civil de 1939

Dos agravos

Art. 841. Os agravos serão de instrumento, de petição, ou no auto do processo, podendo ser interpostos no prazo de cinco (5) dias (art. 28).

Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões;

I – que não admitirem a intervenção de terceiro na causa;

II – que julgarem a exceção de incompetência;

III – que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação;

IV – que não concederem vista para embargos de terceiro, ou que os julgarem;

V – que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade;

VI – que ordenarem a prisão;

VII – que nomearem, ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante;

VIII – que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamenteiros;

IX – que denegarem a apelação, inclusive a de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção;

X – que decidirem a respeito de êrro de conta;

XI – que concederem, ou não, a adjudicação ou a remissão de bens;

XII – que anularem a arrematação, adjudicação ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido;

XIII – que admitirem, ou não, o concurso de credores. ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos;

XIV – que julgarem, ou não, prestadas as contas;

XV – que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas;

XVI – que negarem alimentos provisionais;

XVII – que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens.

Art. 843. O agravo de instrumento não suspenderá o processo.

§ 1º O recurso interposto do despacho referido no nº V do artigo anterior suspenderá apenas a obrigação do pagamento das custas.

§ 2º Nos casos previstos nos ns. VI, XI e XVII, o juiz suspenderá o processo, si não puder suspender apenas a execução da ordem.

Art. 844. O agravo de instrumento será interposto por petição, que conterà:

I – a exposição do fato e do direito;

II – as razões do pedido de reforma da decisão;

III – a indicação das peças do processo que devam ser trasladadas.

Art. 845. Serão trasladadas a decisão recorrida e a respectiva certidão de intimação, si houver.

§ 1º O traslado será extraído, conferido e concertado no prazo de cinco (5) dias.

§ 2º Formado o instrumento, dele se abrirá vista, por quarenta e oito (48) horas, para oferecimento de contraminuta, ao agravado, que poderá pedir, a expensas próprias, o traslado de outras peças dos autos.

§ 3º Essas novas peças serão extraídas e juntas aos autos no prazo de três (3) dias.

§ 4º O agravante e o agravado podarão, com documentos novos, instruir respectivamente a petição e a contraminuta, não se abrindo vista do processo ao agravante para dizer sobre os documentos oferecidas pelo agravado.

§ 5º Preparados e conclusos os autos dentro em vinte e quatro (24) horas depois da extinção do prazo para a contraminuta, ou para o traslado de peças requeridas pelo agravado, o juiz dentro em quarenta e oito (48) horas, reformará ou manterá a decisão agravada, podendo, si a mantiver, ordenar a extração e juntada, no prazo de dois (2) dias, de outras peças dos autos.

§ 6º Mantida a decisão, o escrivão remeterá o recurso à superior instância, dentro em quarenta e oito (48) horas, ou, si fôr necessário tirar traslado, dentro em cinco (5) dias.

§ 7º Si o juiz reformar a decisão e couber agravo, o agravado poderá requerer, dentro de quarenta e oito (48) horas, a remessa imediata dos autos à superior instância.

Art. 846. Salvo os casos expressos de agravo de instrumento, admitir-se-á agravo de petição, que se processará nos próprios autos, das decisões que impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito.

Art. 847. Interposto o agravo de petição, na forma do artigo 844, ns. I e II, dar-se-á logo ciência ao agravado, para que, dentro em quarenta e oito (48) horas, apresente em cartório a contraminuta. Findo esse prazo, serão os autos conclusos ao juiz, que responder', dentro em quarenta e oito (48) horas, mantendo ou reformando a decisão.

Art. 848. Si a contraminuta do agravo for instruída com documentos novos, o juiz ouvirá o agravante dentro em quarenta e oito (48) horas.

Parágrafo único. Se o juiz não reformar a decisão, o escrivão remeterá os autos, dentro de vinte e quatro (24) horas, à superior instância; si a reformar, observar-se-á o disposto no art. 845, parágrafo 7º.

Art. 849. O agravo que, no juízo recorrido, não fôr preparado dentro das vinte e quatro (24) horas seguintes à entrega da contraminuta do agravado, e, na superior instância, dentro de cinco (5) dias (art. 870), será havido como renunciado e deserto pelo só vencimento do prazo.

Parágrafo único. A renúncia e a deserção não dependem de julgamento, e os autos baixarão a cartório, si o interessado o requerer e o agravo tiver sido de petição.

Art. 850. Se o juiz indeferir o agravo de petição, ou lhe negar seguimento, o agravante poderá requerer ao escrivão, nas quarenta e oito (48) horas seguintes, que promova a formação do instrumento, observado o disposto nos arts. 844 e 845 e seus parágrafos.

Art. 851. Caberá agravo no auto do processo das decisões:

I – que julgarem improcedentes as exeções de litispendência e coisa julgada;

II – que não admitirem a prova requerida ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado;

III – que concederem, na pendência da lide, medidas preventivas;

IV – que considerarem, ou não, saneado o processo, ressalvando-se, quanto à última hipótese o disposto no art. 846.

Art. 852. O agravo no auto do processo, reduzido a termo, poderá ser interposto verbalmente ou por petição em que se mencionem a decisão agravada e as razões de sua ilegalidade, afim de que dela conheça, como preliminar, o Tribunal Superior, por ocasião do Julgamento da apelação (arts. 876 a 878).

C. Código de Processo Civil de 1973

(...) Art. 504. Dos despachos de mero expediente não cabe recurso. Art. 513. Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269). (...)

DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

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

§ 1º Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§ 2º Requerendo o agravante a imediata subida do recurso, será este processado na conformidade dos artigos seguintes.

Art. 523. O agravo de instrumento será interposto no prazo de cinco (5) dias por petição, que conterà:

I - a exposição do fato e do direito;

II - as razões do pedido de reforma da decisão;

III - a indicação das peças do processo que devam ser trasladadas.

Parágrafo único. Serão obrigatoriamente trasladadas a decisão recorrida, a certidão da respectiva intimação e a procuração outorgada ao advogado do agravante, salvo se outra instruir a petição de agravo.

Art. 524. Deferida a formação do agravo, será intimado o recorrido para, no prazo de cinco (5) dias, indicar as peças dos autos, que serão também trasladadas, juntar documentos novos e contraminutar.

Art. 525. Será de quinze (15) dias o prazo para a extração, a conferência e o concerto do traslado, prorrogável por mais dez (10) dias, mediante solicitação do escrivão.

Parágrafo único. Se o recorrido apresentar documento novo, será aberta vista ao recorrente para dizer sobre ele no prazo de cinco (5) dias.

Art. 526. Concluída a formação do instrumento, o recorrido será intimado para responder.

Art. 527. O agravante preparará o recurso no prazo de dez (10) dias, contados da publicação da conta, subindo os autos conclusos ao juiz para reformar ou manter a decisão agravada.

§ 1º O agravante efetuará o preparo, que inclui as custas do juízo e do tribunal, inclusive do porte de retorno, sob pena de deserção.

§ 2º O juiz poderá ordenar a extração e a juntada aos autos de peças não indicadas pelas partes.

§ 3º Mantida a decisão, o escrivão remeterá o recurso ao tribunal dentro de dez (10) dias.

§ 4º Se o juiz a reformar, o escrivão trasladará para os autos principais o inteiro teor da decisão.

§ 5º Não se conformando o agravado com a nova decisão, poderá requerer, dentro de cinco (5) dias, a remessa do instrumento ao tribunal, consignando em

cartório a importância do preparo feito pela parte contrária, para ser levantado por esta, se o tribunal negar provimento ao recurso.

Art. 528. O juiz não poderá negar seguimento ao agravo, ainda que interposto fora do prazo legal.

Art. 529. Se o agravo de instrumento não for conhecido, porque interposto fora do prazo legal, o tribunal imporá ao recorrente a condenação, em benefício do recorrido, no pagamento do décuplo do valor das custas respectivas.

(...)

Art. 557. Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferi-lo por despacho. Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído.

Parágrafo único. Do despacho de indeferimento caberá recurso para o órgão a que competiria julgar o agravo.

Art. 558. O agravante poderá requerer ao relator, nos casos de prisão de depositário infiel, adjudicação, remissão de bens ou de levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea, que suspenda a execução da medida até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

D. Lei 9139/1995

Art. 1º Os arts. 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528 e 529 do Código de Processo Civil, Livro I, Título X, Capítulo III, passam a vigorar, sob o título "Do Agravo", com a seguinte redação:

"Art. 522 - Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento.

Parágrafo único - O agravo retido independe de preparo.

Art. 523 - Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§ 1º - Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

§ 2º - Interposto o agravo, o juiz poderá reformar sua decisão, após ouvida a parte contrária, em 5 (cinco) dias.

§ 3º - Das decisões interlocutórias proferidas em audiência admitir-se-á interposição oral do agravo retido, a constar do respectivo termo, expostas sucintamente as razões que justifiquem o pedido de nova decisão.

§ 4º - Será sempre retido o agravo das decisões posteriores à sentença, salvo caso de inadmissão da apelação.

Art. 524 - O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos:

I - a exposição do fato e do direito;

II - as razões do pedido de reforma da decisão;

III - o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo.

Art. 525 - A petição de agravo de instrumento será instruída:

I - obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

II - facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis.

§ 1º - Acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela que será publicada pelos tribunais.

§ 2º - No prazo do recurso, a petição será protocolada no tribunal, ou postada no correio sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, interposta por outra forma prevista na lei local.

Art. 526 - O agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso.

Art. 527 - Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, se não for caso de indeferimento liminar (art. 557), o relator:

I - poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;

II - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), comunicando ao juiz tal decisão;

III - intimará o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes; nas comarcas sede de tribunal, a intimação far-se-á pelo órgão oficial;

IV - ultimadas as providências dos incisos anteriores, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único - Na sua resposta, o agravado observará o disposto no § 2º do art. 525.

Art. 528 - Em prazo não superior a 30 (trinta) dias da intimação do agravado, o relator pedirá dia para julgamento.

Art. 529 - Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo."

Art. 2º Os arts. 557 e 558 do Código de Processo Civil passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 557 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior.

Parágrafo único - Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Interposto o agravo a que se refere este parágrafo, o relator pedirá dia.

Art. 558 - O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único - Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520."

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

E. Lei 10352/2001

Art. 1º Os artigos da (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), que instituiu o Código de Processo Civil, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos,

bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente."(NR)

"Art. 498. Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos.

Parágrafo único. Quando não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de início aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos."(NR)

"Art.515....."

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento."(NR)

"Art. 520"

VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

....."(NR)

"Art.

523....."

.§ 2º Interposto o agravo, e ouvido o agravado no prazo de 10 (dez) dias, o juiz poderá reformar sua decisão.

.....

§ 4º Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das 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."(NR)

"Art. 526

Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que argüido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo."(NR)

"Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557;

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

III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

IV - poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;

V - mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes; nas comarcas sede de tribunal e naquelas cujo expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante a publicação no órgão oficial;

VI- ultimadas as providências referidas nos incisos I a V, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias.

....."(NR)

"Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência."(NR)

"Art. 531. Interpostos os embargos, abrir-se-á vista ao recorrido para contra-razões; após, o relator do acórdão embargado apreciará a admissibilidade do recurso."(NR)

"Art. 533. Admitidos os embargos, serão processados e julgados conforme dispuser o regimento do tribunal."(NR)

"Art. 534. Caso a norma regimental determine a escolha de novo relator, esta recairá, se possível, em juiz que não haja participado do julgamento anterior."(NR)

"Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões.

....."(NR)

"Art. 544

§ 1º O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópias do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

§ 2º A petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender conveniente. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental.

....."(NR)

"Art. 547

Parágrafo único. Os serviços de protocolo poderão, a critério do tribunal, ser descentralizados, mediante delegação a ofícios de justiça de primeiro grau."(NR)

"Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes.

§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

§ 2º A qualquer juiz integrante do órgão julgador é facultado pedir vista por uma sessão, se não estiver habilitado a proferir imediatamente o seu voto."(NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a data de sua publicação.

F. Lei 11187/2005

Art. 1º Os arts. 522, 523 e 527 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

....." (NR)

"Art. 523....."

§ 3º Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante." (NR)

"Art. 527....."

II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, 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, mandando remeter os autos ao juiz da causa;

.....

V - mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial;

VI - ultimadas as providências referidas nos incisos III a V do caput deste artigo, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar." (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 90 (noventa) dias de sua publicação oficial.

Art. 3º É revogado o § 4º do art. 523 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.