

ULTRA-ATIVIDADE DAS DECISÕES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO APÓS PROLAÇÃO DA SENTENÇA EM PRIMEIRO GRAU*

Terence Dornelles Trennepohl

*Diretor de Divisão no
Tribunal Regional Federal da 5ª Região*

1. Necessidade do reexame das decisões 2. Agravo de instrumento. Evolução e cabimento 3. Efeitos conferidos ao Agravo de Instrumento nos Tribunais 4. Mandado de segurança, provas pré-constituídas e demais ações 5. Conclusões.

1. NECESSIDADE DO REEXAME DAS DECISÕES.

O Direito é um sistema lógico.

Dentre os processos de adaptação social, para usar a linguagem de Pontes de Miranda¹, mostra-se o mais eficiente até então criado, possibilitando o regramento da conduta dos homens desde tempos remotos.

A norma jurídica, ao incidir, é infalível. O que pode vir a falhar é sua aplicação.

Portanto, para que as normas sejam aplicadas com o menor grau de erro e com garantia de segurança aos seus destinatários, é necessária sua condução por meio de um processo não menos lógico.

Essa condução, que se opera desde o momento da incidência da norma sobre os fatos, até sua efetiva aplicação, somente é possível com a ajuda de um processo substancial.

^{*}Trabalho apresentado como requisito da matéria Teoria Geral do Direito no Curso de Especialização em Processo Civil, promovido pelo Bureau Jurídico em Recife-PE.

¹ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, Tomo I, Parte Geral, pág. IX. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1974.

Leciona Pontes de Miranda² :

O fim do processo é aplicar a regra jurídica ao caso concreto. Preexiste ao processo a regra jurídica que, incidindo, dá ao interessado a pretensão à tutela jurídica. O Estado cumpre o que é o seu dever de tutela jurídica decidindo; mas cumpre-o, mais ou menos bem: se aplica como incidiu, ou diferentemente, é o ato dele que corresponde, ou não, à incidência, porém a prestação jurisdicional foi entregue.(...)

*Na determinação do conteúdo da regra jurídica, todo o trabalho do juiz é de ordem cognoscitiva, ainda quando repele o que antes não se revelara. O error, quanto à regra jurídica, não é diferente do error quanto a qualquer fato, porém, enquanto o princípio *Iura novit curia* faz do juiz toda a responsabilidade pelo erro quanto ao direito, as leis processuais deixam parte dessa responsabilidade aos interessados quanto à alegação e prova dos fatos. Razão bastante, sublinhe-se, para não se identificarem as duas atividades do juiz, no determinar qual a regra jurídica e o seu conteúdo, e no julgar quanto aos outros fatos.*

No momento que tocou aos magistrados guiar esse processo de revelação do direito, houve também a necessidade de se proporcionar uma reavaliação das decisões, sob o fundamento da falibilidade humana.

O sentimento de aversão às decisões desfavoráveis, seduz o homem ao menos a buscar um reexame de seu pleito, por um órgão jurisdicional diverso daquele primeiro.

As inúmeras formas de se impugnar uma decisão judicial, seja terminativa, seja incidental, conduz à figura do agravo de instrumento, desde o seu nascedouro até suas recentes alterações legislativas, bem como a particularidade de seus efeitos, adiante enfrentados.

Mais ainda, persegue-se os motivos de um fenômeno incomum na sistemática processual nacional, o da manutenção dos efeitos do agravo de instrumento contra uma decisão interlocutória, após o encerramento do feito, com a prolação da sentença, em primeiro grau de jurisdição.

² Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I, pág. XVII. Rio de Janeiro. 5ª edição. Ed. Forense. 1996.

Dessa feita, vejamos algumas características do recurso de agravo, sua evolução e seu cabimento, bem como a discussão acerca de seus efeitos.

2. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EVOLUÇÃO E CABIMENTO.

O agravo de instrumento comparece no ordenamento jurídico como meio de impugnar decisões interlocutórias que resolvem questões incidentes no processo³.

O sistema de processo civil atual reservou à figura do agravo a impugnação das decisões interlocutórias, que possam ou não interferir no julgamento final da lide, cabendo ao órgão superior, na ordem recursal, sua apreciação.

Registra Carreira Alvim⁴ a inexistência de recurso similar na Alemanha, na França, na Itália e na Espanha. Nesses países, as matérias que poderiam ser objeto de impugnação mediante o agravo de instrumento tal qual conhecemos, são realizados por meio de recursos de maior amplitude, como a *beschwerde*, na Alemanha, a *apelacion libre*, na Argentina, e a *reposición*, na Espanha, no Uruguai, na Venezuela e no México.

No entanto, o mesmo autor traz a informação da similitude com o agravo de *subida imediata*, existente em Portugal. Ali, esse recurso, com características próprias do agravo de instrumento nacional, possui a mesma variação do Brasil, com o agravo de subida diferida⁵.

Defendemos, com o escol de Carreira Alvim e Ada Pellegrini Grinover⁶, a criação de um sistema recursal mais enxuto, com a redução dos recursos existentes no país. Assim, seria mais eficiente e célere se houvesse somente a apelação, o agravo, o recurso especial, o extraordinário e os embargos de declaração.

O agravo de instrumento no Brasil, com a edição do Código de Processo Civil de 1973, era originalmente interposto no 1º grau de jurisdição,

³ Compreende-se desta leitura que o tratamento dado ao agravo somente diz respeito ao processo civil, haja vista este recurso inexistir em processo penal, e não ser possível recorrer das decisões (despachos) interlocutórias no processo do trabalho.

⁴ Carreira Alvim, José Eduardo. Novo Agravo, pág. 17, 2ª ed. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 1996.

⁵ Ibidem. p. 25

⁶ Grinover, Ada Pellegrini. Novas Tendências do Direito Processual Civil, pág. 182. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1990.

com a exposição dos fatos e do direito e as razões de reforma da decisão. Após a formação do instrumento do agravo, o agravado era intimado para apresentar contra-razões e, em apresentando peças novas (entenda-se documentos), o agravante novamente era instado a se manifestar. Após a contadoria verificar as custas e porte de retorno, os autos eram conclusos ao juiz para reformar ou manter a decisão. Somente após essa maratona procedimental, eram os autos do agravo remetidos ao Tribunal para sua apreciação.

Com a edição da Lei n.º 9.139/95, a interposição do agravo foi direcionada diretamente ao Tribunal, com a exposição do fato e do direito e a possibilidade de suspensão da decisão agravada pelo relator, o que já o era antes da reforma de 1995, porém com o acréscimo de outros casos dos quais pudesse resultar lesão grave e de difícil reparação, desde que relevante a fundamentação.

Através do manejo desse recurso, com precedentes no art. 740, n. 3, do Código de Processo Civil Português, era conferido ao juiz, já antevendo a necessidade de celeridade no trâmite do recurso, valer-se de seu poder geral de cautela, a aquilatar as situações que necessitavam de um provimento jurisdicional imediato

Ainda que a reforma de 1995 tenha sido de grande monta, importa mais a análise dos efeitos do agravo de instrumento em seu momento mais recente, com a edição das leis n.º 10.352 e 10.358, ambas do final do ano de 2001, e a lei n.º 10.444, de 2002.

3. EFEITOS CONFERIDOS AO AGRAVO DE INSTRUMENTO NOS TRIBUNAIS.

A doutrina nacional majoritária cita 2 (dois) efeitos principais, ao adentrar na seara dos recursos: devolutivo e suspensivo. O primeiro devolve ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada, para que seja reexaminada, tanto pelo relator do recurso, quanto pelo colegiado. O segundo garante que a decisão somente venha a produzir efeitos após a análise pelo órgão *ad quem* e o respectivo trânsito em julgado.

Nelson Luiz Pinto⁷ traz o magistério de que os efeitos são suspensivos e não-suspensivos, entendendo que somente deve ser considerado quando das classificações, uma vez que o devolutivo é comum a todos os recursos⁸.

⁷ Pinto, Nelson Luiz. Manual dos Recursos Cíveis, pág. 33. 2.ª ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2001.

⁸ Inclusive no caso de embargos de declaração, haja vista a matéria ser devolvida para novo julgamento, ainda que para o mesmo órgão que proferiu a decisão que originou o recurso.

Nelson Nery Junior⁹ menciona ainda a existência de três possíveis efeitos dos recursos no processo civil: o expansivo, o translativo e o substitutivo.

O efeito expansivo ocorre quando o julgamento do recurso pode ensejar decisão mais abrangente que o reexame da matéria impugnada. Isso se dá, por exemplo, com o acolhimento de alguma preliminar em apelação, não necessitando o magistrado de segundo grau sequer adentrar no mérito, pois a apreciação da preliminar o torna despiciendo.

Já o efeito translativo ocorre quando o órgão *ad quem* julga fora do que foi pedido, apreciando matérias de ordem pública, conhecidas de ofício pelo juiz. Diga-se de passagem, não se trata de extrapolar o pedido (casos de julgados *extra, ultra e citra petita*), mas sim de averiguar as questões que comportam essa decisão. Assim, essa apreciação transcende o aspecto formal e proporciona ao magistrado a análise do que, neste caso, apresenta maior importância.

Quanto ao efeito substitutivo, este se dá depois de conhecido o recurso pelo Tribunal: a) em qualquer hipótese (*error in iudicando* ou *error in procedendo*) for negado provimento; b) em caso de *error in iudicando*, for dado provimento ao recurso. Isso acontece porque o Tribunal, ao apreciar o pedido do recorrente, substitui a decisão de primeiro grau, tanto pela sua manutenção quanto pela sua reforma.

Porém, importa particularmente falar do efeito suspensivo.

Falar dos efeitos da decisão proferida em agravo de instrumento pressupõe tratar, ainda que *en passant*, das reformas que antecederam sua atual disciplina.

O poder dado ao relator do agravo, de conferir o efeito ativo, através do deferimento da liminar outrora negada no juízo de origem, não constava da reforma ocorrida em 1995, onde somente havia previsão legal expressa da suspensão da medida (liminar) concedida.

Ocorre que a forte jurisprudência, outrora indecisa, firmou-se em admitir a reforma no sentido ativo, pelo relator do agravo, valendo-se do sistema processual como um todo e do poder geral de cautela do art. 798, bem como a já reconhecida antecipação de tutela do art. 273 e 461¹⁰.

⁹ Nery Junior, Nelson. Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos, pág. 361. 4ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1997.

¹⁰ Dinamarco, Cândido Rangel. A Reforma da Reforma, pág. 190. São Paulo. Malheiros Editores. 2002.

Esse reconhecimento expresso da possibilidade de antecipar os efeitos da tutela no segundo grau foi reconhecido pela Lei n.º 10.352//01. Porém, os doutrinadores já vinham admitindo essa providência no sentido de que a *lex minus dixit quam voluit*, haja vista o pioneirismo da jurisprudência em reconhecê-la¹¹.

Assim, tornou-se corrente nos Tribunais não só a suspensão da liminar pelo relator, mas também da medida cautelar, para assegurar o provimento final, ou a própria antecipação dos efeitos da tutela, já adentrando no resultado da decisão final.

É este o cerne do trabalho. Estudar as hipóteses em que o efeito suspensivo ativo dado ao agravo de instrumento deve ser mantido, a despeito da decisão que encerra o feito em primeiro grau.

Por que somente a restrição ao efeito suspensivo ativo?

Parte da doutrina entende que a análise de uma decisão interlocutória pelo segundo grau, quando já superada, entenda-se analisada, com a prolação da sentença, não merece mais acolhida, encontrando-se preclusa, acarretando a perda do objeto do agravo de instrumento antes mesmo de sua apreciação pelo órgão colegiado.

Pensamos diversamente. Vejamos alguns exemplos:

1) Indeferida uma liminar em primeiro grau e manejado o agravo, o relator poderá negar efeito suspensivo ativo (mantendo a denegação da liminar) quando de seu recebimento, e, em se mantendo a decisão na sentença, em primeiro grau, estará configurada a perda do objeto daquele; como decorrência de seu processamento, ainda pode o relator levar à Turma, que, mantendo esse posicionamento, em nada alterará a decisão de primeiro grau, que terá seus efeitos mantidos.

2) Ocorre diferentemente se a liminar for concedida em primeiro grau, confirmada após o uso do agravo em segundo grau, e cassada, reformada, com a prolação da sentença. Dessa maneira, haverá uma ratificação, pelo magistrado de segundo grau, da decisão proferida no juízo *ad quem*. Neste caso, está caracterizado o já citado efeito substitutivo, pois o juiz de segundo grau substitui a decisão do juízo *a quo* tanto pela sua reforma quanto pela sua manutenção.

¹¹ Alves, Francisco Glauber Pessoa. Concessão generalizada do efeito suspensivo (liminar) no agravo de instrumento e paradigmas que não devem ser perpetuados, pág. 253. *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos Cíveis – de acordo com a lei 10.352/2001*. Nelson Nery Jr. E Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.). Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.

3) Também assim quando negada a liminar em primeiro grau, e concedida em segundo, tanto pelo relator, quanto pela Turma, e proferida sentença de mérito em sentido diverso, entendo que devem prevalecer os efeitos atribuídos em segundo grau, pelas razões e nos específicos casos que passaremos a analisar.

4. MANDADO DE SEGURANÇA, PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS E DEMAIS AÇÕES.

Inicialmente cabe falar do meio constitucional posto à disposição das pessoas físicas e jurídicas com o intuito de coibir abusos e proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesão ou ameaça de lesão, quando praticada por ato de autoridade, de qualquer categoria e *status*, ou que nestes poderes esteja investido por norma legal.

A discussão acerca do manejo de agravo de instrumento em sede de mandado de segurança parece superada pelas reiteradas decisões do STJ no sentido de seu cabimento, principalmente após a edição da Lei n.º 9.139/95. O antigo TFR dava pela sua impossibilidade, prestigiando a celeridade do rito da ação. Porém, a evolução da jurisprudência¹² hoje torna discussão inócua perseguir seu descabimento.

Ainda antes da inovação legislativa, Barbosa Moreira¹³ já expunha suas razões pelo cabimento do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias em sede de mandado de segurança, julgando errôneas doutrina e jurisprudência que opinavam em sentido contrário.

Não compete aprofundar o estudo sobre as peculiaridades do *mandamus*. O trabalho se justifica pelo alargamento do uso do mandado de segurança preventivo, principalmente em matéria tributária, comumente contra abusos na cobrança de tributos inconstitucionais. Não se trata de impetração contra lei em tese, o que seria ofensivo à posição já sumulada do STF (Súmula 266), mas sim o manejo contra a eventual cobrança, quando o

¹² Aceitando o cabimento do agravo de instrumento em sede de mandado de segurança: REsp n.º 120.530-SP, Rel. Min Adhemar Maciel, RSTJ 103/132; REsp. N.º 108.026-PR, Min. Rel. Milton Luiz Pereira, DJU, 22.06.98; REsp n.º 218.382-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 29.11.99, p. 131; REsp n.º 213.716-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, RDR 15/214.

¹³ Barbosa Moreira, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo V, pág. 485. 7.ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1998.

contribuinte encontra-se na hipótese de incidência tributária, gravada na lei¹⁴.

Como o mandado de segurança prescinde de dilação probatória, estando para o juiz de primeiro grau, no momento da liminar, com as informações tal qual estas se apresentam para o juiz de segundo grau, não vemos razão, pela lógica impregnada aos recursos, de prevalecer aquela, em detrimento desta. Senão, vejamos.

O que se exige para a impetração do mandado de segurança é a prova pré-constituída dos fatos que justificam o direito invocado pelo impetrante. Ainda que sejam questões e matérias de complexo desate, estando bem documentadas e não necessitando de dilação probatória, cabe ao juiz conhecer e julgar o *mandamus*¹⁵.

Assim, frente à falibilidade de análise do juiz que primeiro tocou conhecer da matéria, e da possibilidade de reversão do provimento final, entendemos legítima a manutenção dos efeitos do agravo frente à prolação da sentença de primeiro grau, ainda que posterior às informações prestadas pela autoridade coatora.

Pensamos que o mesmo raciocínio não deve prevalecer nas ações de rito ordinário, pois carecem de uma análise de provas, ainda pendentes de produção, que certamente influenciam e são determinantes na decisão final, tendo em vista o magistrado de primeiro grau se socorrer de mais elementos de prova para que possa decidir com melhores subsídios.

Destarte, como a finalidade dos recursos é exatamente oferecer, a quem busca o Poder Judiciário, a faculdade de reapreciação, por outro ór-

¹⁴ Assim, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, atualizando a obra de Hely Lopes Meirelles (Mandado de segurança, pág. 24. 23ª ed. Malheiros editores. São Paulo. 2001) citam exaustivos precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido do cabimento de mandado de segurança ante a ameaça real e iminente da cobrança pelo fisco de tais tributos. Resp n.º 38.268-8-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 19.09.94, p. 24.655, nos EDREsp. n.º 18.424-CE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, RDR 5/126, e no REsp n.º 80.578-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, RDR 5/175; REsp n.º 90.089-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 6.4.98, p. 78.

¹⁵ Os mesmos autores mencionados citam decisão da lavra do Min. Humberto Gomes de Barros que na ementa assim se resume:

PROCESSUAL - MANDADO DE SEGURANÇA - EXAME DE PROVA - VIABILIDADE.

- Não é correta a assertiva de que, em sede de Mandado de Segurança, o Poder Judiciário não examina provas. Tal exame é necessário, para que se avalie a certeza do direito pleiteado.

- Vedada, no processo de Mandado de Segurança é a coleta de outras provas, que não aquelas oferecidas com a inicial, as informações e eventuais pronunciamentos de litisconsortes.

- A prova há de ser pré-constituída. No entanto, por mais volumosa que seja, ela deve ser examinada.

- Não é lícito indeferir-se pedido de Segurança, sob o argumento de ser necessário o exame da prova.

ção, da decisão que não lhe favoreceu, mediante a tentativa de evitar erros de julgamento, haja vista ser realizada por um único juiz, não há de se falar em ultra-atividade da decisão de agravo de instrumento, pois as provas que corroboram qualquer pretensão serão melhores apreciadas em primeiro grau, após a dilação probatória cabível.

O que indica ao juiz os elementos que lhe possibilitam aferir se é possível ou não conceder a antecipação da tutela são as provas carreadas aos autos. No momento em que, dada aferição encontra divergência nos juízos *a quo* e *ad quem*, entendemos, por amor à boa lógica, que deve prevalecer, ou seja, haver ultra-atividade da decisão suspensiva ativa, em virtude do magistrado *ad quem* ter vislumbrado algum prejuízo à parte acaso seu direito não seja resguardado.

Ademais, o já referido Carreira Alvim¹⁶, citando *Nicola Framarino dei Malatesta*, menciona os juízos de probabilidade, formadores da convicção, afirmando que se dividem em: probabilidade máxima, próxima do probabilíssimo; probabilidade média, que seria o provável; e probabilidade mínima, que seria verossimilhança.

Dessa feita, não há como desconsiderar a existência, ao menos de uma probabilidade mínima, sinônimo de verossimilhança, capaz de provocar o juízo de segundo grau a conceder uma liminar e antecipar os efeitos da tutela.

Dizer o contrário seria possibilitar o *periculum in mora inverso*, pois, no mais das vezes, a antecipação de tutela se mostra pertinente como via menos penosa apta a reverter uma situação de fato ou direito.

Vejamos um caso.

Sendo exigida a cobrança de um tributo cuja constitucionalidade ainda se discute, menos penosa será a via percorrida pela Fazenda Nacional para cobrar os valores atrasados que a escolhida pelo contribuinte para repetir os valores pagos, que se dará por meio de precatório.

Assim, havendo divergência de opiniões quanto à decisão interlocutória guerreada, e negada no juízo inferior, há de se prevalecer os efeitos conferidos em segundo grau, após a análise do relator, ou mesmo da Turma.

Inúmeros são os casos de ultra-atividade das liminares em mandado de segurança. Mais um exemplo.

¹⁶ Carreira Alvim, José Eduardo. Ação Monitória e Temas Polêmicas da Reforma Processual, pág. 166. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2001.

Ao postular a segurança, um contribuinte busca sua recondução ao parcelamento celebrado com uma autarquia federal, o INSS - Instituto Nacional de Seguro Social, que a rejeitou.

A justificativa da recusa pela autarquia tem por fundamento a adesão do contribuinte ao REFIS – Programa de Recuperação Fiscal (lei n.º 9.964/00), que impede, após seu ingresso, qualquer outra forma de parcelamento (art. 3.º, § 1.º). Ocorre que o contribuinte, desistindo da adesão, ainda em tempo, tem impossibilitada a continuidade de seu parcelamento com o INSS. Após o manejo do *mandamus*, e indeferida a liminar em primeiro grau, o juiz denega a segurança, entendendo ter razão o órgão previdenciário.

Contudo, nesse ínterim, que medeia o indeferimento da liminar e a denegação da segurança, a parte manejou agravo de instrumento e obteve o efeito suspensivo ativo. Dessa forma, o juiz de segundo grau prognosticou maior prejuízo para o contribuinte, que certamente incorreria em inadimplência no seu parcelamento, acaso não fosse mantida a ultra-atividade dos efeitos do agravo.

Neste caso específico, como a apelação em mandado de segurança, pelo rito célere que o acompanha, é recebida em seu efeito meramente devolutivo, há de prevalecer a decisão que resguarda o melhor direito, aparente até então.

Quanto ao perigo da possível lesão ao contribuinte em ação cautelar, assim a doutrina de Ovídio Baptista¹⁷ :

“As liminares devem perdurar eficazes, mesmo que a sentença cautelar do mérito julgue improcedente a ação, assim como, em princípio, deve a medida decretada, ou confirmada, na sentença cautelar final, conservar-se eficaz, mesmo que a sentença no processo principal decida contra a parte que obtivera a proteção cautelar, também não pode deixar o direito litigioso sem qualquer proteção assegurativa durante a tramitação dos recursos, em muitos casos extremamente demorada, de tal modo que a reforma da sentença, nos graus superiores de jurisdição, poderia deparar-se com uma situação de prejuízo irremediável ao direito somente agora reconhecido em grau de recurso”

¹⁷ Baptista da Silva, Ovídio Araújo. Curso de Processo Civil, Vol. III, pág. 123. Porto Alegre. Ed. Sérgio Fabris. 1993.

5. CONCLUSÕES

Tecer conclusões definitivas acerca da ultra-atividade das decisões de segundo grau emanadas de agravo de instrumento mesmo após a sentença, proferida em primeiro grau, e em sentido contrário, merece alguns cuidados. Pois bem.

Segundo Pontes de Miranda¹⁸, a incidência da norma sobre os fatos é infalível.

Ocorrendo um acontecimento no mundo dos fatos - fato gerador, tal qual previsto na legislação, automaticamente a norma jurídica o subsume e colore essa realidade, como se fora uma impressão gráfica.

Contudo, a norma jurídica, quando descumprida, somente terá efeitos após sua aplicação, pelo homem. A aplicação dessas normas se efetiva pelo correr de uma linha, que conduz o direito material, que é o processo.

Tratando-se da ultra-atividade das decisões de agravo de instrumento, onde as liminares, deferidas ou indeferidas, e as antecipações, concedidas ou não, contém elementos formadores de opinião ainda pálidos, frente a um juízo de probabilidades, qualquer assertiva merece ressalva. Nesse sentido, caso a caso deve ser cuidadosamente apreciado pelo magistrado quando da concessão dos efeitos ao agravo.

Ao lidar com hipóteses que contém conceitos jurídicos indeterminados, como *lesão grave e de difícil reparação*, Barbosa Moreira¹⁹ adverte que cumpre ao relator a tarefa de atuar com alto grau de subjetividade, cuja determinação *in concreto*, caso a caso, lhe compete aferir.

Dessa feita, concluímos que há de preponderar a decisão na qual foi visto, ainda que num juízo de verossimilhança, o menor prejuízo com a qual terá de arcar uma das partes.

Assim, há de prevalecer, leia-se, ter ultra-atividade, a decisão de agravo de instrumento, toda vez que o juiz de segundo grau antever a necessidade da concessão da liminar (efeito suspensivo ativo), ou confirmá-la, a despeito do juízo de primeiro grau não mais reconhecê-la quando do encerramento de sua função, em primeira instância.

¹⁸ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, Tomo I, Parte Geral, pág. 7. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1974.

¹⁹ Barbosa Moreira, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo V, pág. 646. 7.ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1998.

Portanto, na dúvida, momento em que a inteligência vacila entre o certo e o errado, o sim e o não, o branco e o preto, predomina o menos prejudicial ao processo, às partes e à sociedade, qualquer que seja o lado para a qual se incline a decisão final.

BIBLIOGRAFIA

1. *Alves, Francisco Glauber Pessoa*. Concessão generalizada do efeito suspensivo (liminar) no agravo de instrumento e paradigmas que não devem ser perpetuados. *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos Cíveis – de acordo com a lei 10.352/2001*. Nelson Nery Jr. e Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.). Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.
2. *Baptista da Silva, Ovídio Araújo*. Curso de Processo Civil, Vol. III. Porto Alegre. Ed. Sérgio Fabris. 1993.
3. *Barbosa Moreira, José Carlos*. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo V. 7.^a ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1998.
4. *Carreira Alvim, José Eduardo*. Novo Agravo. 2.^a ed. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 1996
5. _____ Ação Monitória e Temas Polêmicas da Reforma Processual. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2001.
6. *Dinamarco, Cândido Rangel*. A Reforma da Reforma. São Paulo. Malheiros Editores. 2002
7. *Grinover, Ada Pellegrini*. Novas Tendências do Direito Processual Civil. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1990.
8. *Meirelles, Hely Lopes*. Mandado de segurança. 23.^a ed. Malheiros editores. São Paulo. 2001. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes.
9. *Nery Junior, Nelson*. Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. 4.^a ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1997.
10. *Pinto, Nelson Luiz*. Manual dos Recursos Cíveis. 2.^a ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2001.

11. *Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti*. Tratado de Direito Privado, Tomo I, Parte Geral. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1974.
12. _____. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I. Rio de Janeiro. 5ª edição. Ed. Forense. 1996.

