

AGRAVO DE INSTRUMENTO¹

Alexandre Costa de Luna Freire

Juiz Federal

Sumário: I. Crítica; II. Dúvida e Transição do Agravo; III. Alteração e Quadro Comparativo; IV. Conclusão

I. CRÍTICA

Sempre foi complicado, trabalhoso e também custoso. Os deslocamentos, fila de atendimento, autos a serem localizados. Embora não seja o principal recurso do elenco dos recursos previstos no Processo Civil, não perde de importância no cenário das irresignações frente a atos judiciais. O principal nó tem como ponto de partida (causalidade) desvendar a natureza dos atos judiciais, as chamadas “resoluções judiciais”² no dizer de Pontes de Miranda. Tinha ele uma “teoria” frente aos provimentos judiciais: despachos, decisões e sentenças [acórdão é decisão colegiada, decisão de tribunal]. A Apelação é recurso frente à sentença e o Agravo é das decisões interlocutórias e não cabe de despacho de mero expediente. Em palavras simples, das decisões sobre as interlocuções em

¹ Trata-se de uma versão modificada e compilada de três artigos de minha autoria intitulados “A nova sistemática do agravo (retido e de instrumento)”, “Dúvida e transição do agravo de instrumento” e “Ainda o agravo, pela urgência”, publicados no jornal Contraponto, João Pessoa, de 30.10.2005, 06.11.2005 e 13.11.2005, p. A-4, respectivamente. Também transcrição parcial de artigo intitulado “Liminar e tutela antecipada”, publicado no mesmo jornal, em 21.03.2004, p. A-2.

² A Lei nº 11.232, de 22.12.2005 (DOU de 23.12.2005), com vigência a partir de 06 (seis) meses de sua publicação, entre outras alterações, estabelece que: “Art. 162...§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.....; “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:”.....; “Art. 269. Haverá resolução de mérito:.....”.

juízo: entre as partes, entre uma parte e o juiz, ou resultantes de interlocuções entre juízos.

Trabalhoso para o advogado, para o serventuário e para o juiz. Localizar os autos, selecionar as peças legalmente indispensáveis, escolher as que parecem úteis e acrescentar, talvez, algumas de necessário esclarecimento. Há alguns anos, a regra era a tramitação na primeira instância. A regra mudou com a Lei nº 9.139, de 30.11.1995³, e a preferência foi a tramitação na segunda ins-

³ 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.”

tância, ou seja, nos tribunais. A modificação legal assoberbou os serviços das Cortes, do relator ao processá-lo dando ou não seguimento; decidindo, de pronto, medidas urgentes e relevantes, que possam causar ou não dano irreparável ou de difícil reparação.

A complicação era, e ainda vai persistir, de duas ordens: o trabalho físico e a objetividade intelectual. Juntou-se ao instituto da tutela antecipada do artigo 273 do CPC, criado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, com a alteração da Lei nº 10.444, de 07.05.2002⁴ [que foi uma vacina ante a inadequação da sistemática processual em face da litigiosidade pós-moderna⁵], porquanto o Código de

⁴ 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: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

⁵ A propósito, observei que:

“(…) Na verdade, a liminar ou a tutela antecipada visam, a partir da argumentação sobre relações jurídicas, a declaração de emergência de direitos subjetivos [individuais ou coletivos] mediante uma resolução judicial – despachos, decisões e sentenças/acórdãos – onde se verificam juízos ou declarações valorativas, racionais e metódicas, de verificação das situações de fato, diante de um sistema ou ordenamento jurídico.

No plano processual, uma distinção, diante da imensidão de tutelas judiciais, migrou na expectativa de encontrar-se um “um bom direito” para dois planos distintos. A tutela cautelar que visa assegurar a sobrevivência da tutela principal, desde que no Século XIX encontrou-se e criou-se a autonomia do direito de ação, mediante o processo principal. Essa autonomia contextualiza-se quando definiu-se que o direito de ação é pré-processual, é autônomo. Substituiu a autotutela, a justiça de mão própria, que existe apenas excepcionalmente, como na legítima defesa ou na manutenção de posse imediata.

A tutela cautelar busca, na dissecação da relação jurídica, uma garantia prévia de que um direito subjetivo será, na ação principal objeto de verificação, constituição, declaração ou reparado pela condenação ou por um mandamento. Visa a garantia da ação principal.

Processo Civil brasileiro permanece, em parte, com “três processos” [conhecimento, execução⁶ e cautelar] e, às vezes, com os Embargos à Execução [por quantia certa contra devedor solvente, contra devedor insolvente, obrigação de fazer, obrigação de não fazer, etc.]; para não falar em ação anulatória, embargos à arrematação e por aí vai.

A tutela antecipada tem por objeto a antecipação dos efeitos do provimento final, uma sentença confirmatória ou mesmo específica (tutela) ou, diversamente desconfirmada, mas, de todo modo, produz efeitos precoces, venham a ser, em parte, desfeitos; a evitar, sem verificação pelo decurso do tempo, a sua existência

A tutela antecipada considera fundante a verossimilhança das alegações. Em linhas gerais, pode-se considerar a verossimilhança como base do raciocínio que se expõe para delimitar e preencher a relação jurídica de seus elementos ou termos. Elementos, de fato e de direito, que, à primeira vista, sejam razoáveis; isto é configuram componentes racionais, na exposição dos fatos, na causalidade jurídica que moldura os institutos, poda os direitos e deveres, e, finalmente demonstram proporcional e logicamente, a emergência de um direito subjetivo.

Na cautelar, a circunstância é mais limitada. O escopo é evitar que a proposição da ação principal [aquela voltada para a tutela de mérito, a que estabelece o fundo da questão] seja inócua, intempestiva ou imprópria. No entanto, as questões jurídicas, probatórias e as questões de fato, apresentam-se de forma diversa. O tratamento lógico é específico para cada situação.

Com o instituto da antecipação da tutela, a minimizar a importância da ação cautelar, os efeitos práticos no sentido da efetividade da Justiça se fazem implementar e notar com mais evidência.

Dilema que, às vezes, ocorre é a possibilidade de ser satisfativa, em casos comuns, quando visa à proteção, declaração e constituição de direitos subjetivos em formação na ação principal. No entanto, quando isto acontece é porque prepondera supradireitos ou sobredireitos, ou em termos mais simples, de conteúdos mais relevantes que se norteiam pela instrumentalidade do processo. “ In: Liminar e tutela antecipada. João Pessoa: Contraponto, 21.03.2004, p. A-2.

⁶ A Lei nº 11.232, de 22.12.2005 (DOU de 23.12.2005), com vigência após 06 (seis) meses de sua publicação, entre outras providências, alterou substancialmente o processo de execução quando o litígio se dá entre particulares, unificando, em parte, com o de conhecimento. No pertinente dispõe que:

“Art. 4º O Título VIII do Livro I da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 475-I, 475-J, 475-L, 475-M, 475-N, 475-O, 475-P, 475-Q e 475-R, compondo o Capítulo X – “DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA”:

“LIVRO I

.....
TÍTULO VIII

.....
CAPÍTULO X

DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.

§ 1º É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

§ 2º Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

§ 2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo.

§ 3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

§ 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte.

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II – inexigibilidade do título;

III – penhora incorreta ou avaliação errônea;

IV – ilegitimidade das partes;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

§ 2º Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação.

Art. 475-M. A impugnação não terá efeito suspensivo, podendo o juiz atribuir-lhe tal efeito desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

§ 1º Ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos.

§ 2º Deferido efeito suspensivo, a impugnação será instruída e decidida nos próprios autos e, caso contrário, em autos apartados.

§ 3º A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação.

Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;

II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;

III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;

IV – a sentença arbitral;

V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;

VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo e as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou nos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

§ 1º No caso do inciso II do deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada:

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade;

A tutela antecipada⁷ teve o mérito de eliminar angústias em relação à celeridade e a eventual perecimento de direito. A da parte – e do advogado – diante de situações que “urgem” providências. Por isso acompanham o rol da urgência. Tudo bem se assegurado ao juiz o prazo mínimo de 48 (quarenta e

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

§ 3º Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado valer-se do disposto na parte final do art. 544, § 1º:

I – sentença ou acórdão exequendo;

II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo;

III – procurações outorgadas pelas partes;

IV – decisão de habilitação, se for o caso;

V – facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias.

Art. 475-P. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

I – os tribunais, nas causas de sua competência originária;

II – o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição;

III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira.

Parágrafo único. No caso do inciso II do caput deste artigo, o exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

§ 1º Este capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor.

§ 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.

§ 3º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação.

§ 4º Os alimentos podem ser fixados tomando por base o salário-mínimo.

§ 5º Cessada a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas.

Art. 475-R. Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial.” (NR)

⁷ Sobre a controvérsia acerca da possibilidade de concessão de ofício de tutela antecipada, enfoca Napoleão Nunes Maia Filho que: “A concessão de tutela antecipada independentemente de pedido expresso da parte, ou seja, de ofício pelo Juiz que preside o processo, não se conforma, no rigor das coisas, nas oportunidades processuais de aplicação desse instituto, configurando-se mais como uma circunstância do seu regime procedimental, a merecer menção por causa da amplitude dos poderes do Juiz, no processo civil contemporâneo. Não há dúvida consistente quanto à assertiva de que o deferimento da tutela antecipada se encarta no chamado princípio dispositivo do autor, daí se admitir, mas não sem a oposição adversa de alguns doutrinadores, que se trata de provimento que sempre depende de pedido expresso da parte; em outras palavras, seria vedada a sua concessão de ofício.” In: Estudo sistemático da tutela antecipada. Fortaleza: O Curumim sem Nome Biblioteca e Editora, 2003, p. 151.

oito) horas⁸ para as decisões que reclamam mais que leitura, uma reflexão. Não é uma decisão sobre algo que se possa subscrever ao correr da pena. E nisso, embora não se fale em unanimidade, refletir é atitude do bom senso. A tutela antecipada teve o mérito de esvaziar certas dúvidas, incertezas quanto ao proveito real da ação judicial que será proposta e julgada. A decisão sobre a tutela ou sobre um pedido de liminar ou sobre uma providência é, por analogia, uma provisão urgente e de alta relevância, tanto quanto uma sentença. Esta é a “resolução judicial” definitiva, quando transita em julgado e apreciou o mérito da ação. Quando não aprecia o mérito – a pretensão de direito material –, ainda pode permitir, se for a hipótese, reingressar com outra ação.

A tutela antecipada veio renovar a perspectiva de uma prestação jurisdicional, ao menos provisória e/ou parcial, antes do término da relação processual [processo], de modo que após os trâmites legais seja confirmada ou não, mas a evitar uma incerteza constante. Sucede, porém, que há muitos aspectos pouco conhecidos. Um deles, na verdade, é que pouca gente sabe que o exame de um

⁸ Dispõe o art. 189 do CPC: “O juiz proferirá: I – os despachos de expediente, no prazo de 2 (dois) dias; II – as decisões, no prazo de 10 (dez) dias.” Isso era a sistemática do Código antes da Globalização e da Internet. O que ocorre é que a padronização atinge grande parte dos despachos de expediente, com uma descentralização de certos serviços como os atos de cumprimento e comunicação processual. No entanto, com relação à tutela antecipada, que é verdadeira e substancialmente um juízo antecipado sobre o objeto da ação, onde há uma antecipação provisória dos efeitos da sentença, não são poucas as situações em que não há sequer espaço de 12 (doze) horas para exame de uma liminar ou de um pedido de tutela antecipada. A pleora processual parece ser o problema e a raiz da solução. A crise como o caminho para a solução. Ou, como diz Menna Barreto, a criatividade surge quando você encontra um grande problema. O cenário que se verifica na realidade forense, já em domínio público, aponta para a “impossibilidade” de simplificação das rotinas processuais, da necessidade de elaboração de formulários objetivos, simplificados e eficientes, para que o Judiciário dê vazão à demanda de pretensões, de variados matizes e contornos, exauridas as possibilidades de solução de problemas estruturais [legislativos, orçamentários e alocação de medidas sistêmicas]. Entretanto, as inovações tecnológicas, a cientificidade de instrumentos, métodos e diretrizes tendem a promover mudanças, de hábitos e rotinas [estes os grandes entraves cotidianos] com vistas à eficácia. Em linhas gerais, o que está em discussão não são meramente medidas inovadoras. São transplantes interdisciplinares que auxiliem e subsidiem tarefas rotineiras e com isso atingir resultados antes inexplorados. Com efeito, inovações têm espaço no plano das teses e idéias jurídicas. O percurso processual, por seu turno, convive com essas duas realidades. O plano das idéias, onde a abstração é o espírito do julgamento. O plano material [ou tautologicamente: a materialização dos julgamentos], se for considerado com objetividade, tenderá a minimizar esforços, poupar recursos materiais e os agentes do processo. A padronização e o armazenamento dos textos podem ser ferramentas bastante úteis para consecução dos objetivos propostos. Com certeza, contribui para eliminar tarefas repetitivas, quer pela supressão de rotinas [encurtamento] ou por evitar superposição [revisões e supervisões] e pela economia de tempo e redução de custos [trabalho, material e pessoal], contribuindo para a especialização e progresso funcional.

pedido de liminar, de uma providência cautelar⁹ ou uma tutela antecipada é ato e tarefa complexos. Tanto para o advogado, como para o juiz¹⁰.

Para o advogado, em primeiro lugar, há que considerar a formulação do juízo seletivo da plausibilidade do pedido diante da urgência e da complexidade da matéria. Para o juiz considerar que a liminar, a cautelar ou a tutela antecipada

⁹ Sobre a minimização da relevância do procedimento cautelar com o advento do instituto da tutela antecipada, observa Clito Fornaciari Júnior que: “A medida vem atender àqueles casos em que a cautelar era auto-satisfativa, garantindo o resultado final do processo, ao invés de simplesmente protegê-lo. A vantagem do instituto liga-se à dispensa do processo cautelar, muito embora nada impeça que o demandante o promova. A existência desse, logicamente, impede o pedido de antecipação da tutela. Caso, porém, a parte tenha pedido a antecipação da tutela mas não a tenha obtido, pode valer-se da cautelar. É bem verdade que a partir da criação desse instituto, a cautelar deixou de ser o remédio apropriado para os casos em que se objetive a antecipação da tutela, mas hipóteses existirão, localizadas em zona cinzenta, viabilizando, dessarte, a duplicidade de meios.” In: A reforma processual civil (artigo por artigo). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 38.

¹⁰ A respeito, ponderei que:

“(…) No curso das últimas reformas processuais civis vem a novidade: a prestação jurisdicional que demorava anos, após a confirmação nas instâncias superiores poderia ter seus efeitos totais ou parciais antecipados.

O que? O Código de Processo Civil permitiu que sob certas circunstâncias não mais estaria submetido o cidadão a ver restabelecida a ordem jurídica somente com odiosa demora?

Como? Se a sentença pressupõe um processo: de conhecimento, execução, cautelar e às vezes liquidação? A tutela ficava antecipada.

Quando? Em que fase processual será possível se, às vezes há recurso, necessidade de confirmação em várias instâncias?

Como? Se também é possível a reparação da ordem jurídica pela via liminar ou em sede cautelar?

Por quê? Havendo circunstâncias, pressupostos e nuances materiais e legais que possam confundir os efeitos?

A tutela antecipada é um deslocamento dos efeitos de uma sentença a ser proferida em processo de conhecimento. Há uma satisfação provisória tanto como ocorre na execução provisória da sentença. O que a difere da execução provisória é que, presentes os requisitos previstos na lei processual dá-se no curso do processo de conhecimento, sem exaurir no grau de jurisdição o ofício do juiz.

Não é passível de embargos de declaração porquanto é decisão (agravável, no processo civil, e atacável por correção ou mandado de segurança, no processo trabalhista, conforme o caso) e não sentença provisória.

Há quem sustente que a tutela antecipada limita-se à sentença condenatória. Mas a lei não estabelece distinção enquadrando-a no processo de conhecimento, cuja sentença pode ser condenatória, constitutiva ou meramente declaratória. A conveniência do direito de ação e a tutela pretendida é que definirá o cabimento uma vez que os efeitos da sentença estão vinculados à tutela pretendida e não à natureza da sentença proferida em processo de conhecimento.

Assim, a tutela antecipada visando à satisfação provisória não se confunde com a cautelar em que há satisfatividade, e é apenas para garantir a eficácia da ação principal.

Como também nas liminares mandamentais, possessórias e processos especiais: DL 911 e Código do Consumidor (ver JOÃO BATISTA LOPES).

Importante relembrar que a sentença cautelar têm efeitos próprios e distintos da ação principal. Aquela garante a efetividade desta.

A provisoriedade é inerente à tutela antecipada, às liminares possessórias e às liminares cautelares.

A satisfatividade é propriedade da tutela antecipada inerente à ação principal, das liminares possessórias

não são uma “simples decisão”, embora tenha por base ou a antecipação dos efeitos de uma sentença ou a possibilidade de esvaziar a sentença que vier a ser proferida. Aí a necessidade de reflexão, sem os elementos que uma instrução contraditória permite, e daí a quantidade de reformas de liminares, dissensos de opiniões [juízos] sobre as matérias.

II. DÚVIDA E TRANSIÇÃO DO AGRAVO

O Agravo de Instrumento, por sua vez, vem ocupar espaço inesperado na sistemática dos Recursos vigentes no Processo em decorrência de um fator ainda pouco estudado no Brasil de forma técnica: a litigiosidade da sociedade pós-

e das liminares cautelares no que tange aos efeitos das cautelares e não aos da ação principal.

No entendimento ainda de JOÃO BATISTA LOPES que é o nosso: a instrumentalidade, a referibilidade e a dependência não são inerentes à tutela cautelar.

Tem causado tímidas colocações os conceitos de verossimilhança da alegação e prova inequívoca havendo autores confundindo-os ou até antagonizando-os.

Ao que indica a interpretação útil e razoável da lei a verossimilhança da alegação por ancorar-se em fundamentação de fato e de direito e a prova inequívoca permitam a cognição sumária como ocorre no processo de execução.

Contra a Fazenda Pública torna-se inócua a questão doutrinária que já havia permeado o impedimento à concessão de liminares. O Estado é mais parte do que o cidadão, assim o disse a Lei nº 9.494, de 10.9.97, seja para não haver antecipação de tutela seja para recorrer ex officio, além de suspensão de segurança pelo Presidente do Tribunal.

ADIN 1.576-DF e ADC-4-DF aceitam as teses que tornam pouco relevantes a discussão. Roma locuta causa finita.

Não comporta confundir a não concessão de tutela antecipada diante do Poder Público quando as funções jurídicas nos diversos tribunais regionais e/ou superiores não são unânimes. Aí sim, a não concessão decorre de que não há verossimilhança das alegações (porque estas compreendem fundamentos de fato e de direito) com o dissenso doutrinário e/ou jurisprudencial.

Como ocorre a cognição sumária é de se dar relevo que haja a verossimilhança do direito para a tutela provisória; o que não ocorre quando há forte dissenso pretoriano.

É com o pedido de tutela antecipada desde a inicial verberando contra o abuso do direito de defesa. Este é em cada caso concreto, em cada relação jurídica. Não cabe à parte ou ao juiz substituir-se na função volitiva da outra parte que não emitir declaração de ontade explícita e no contraditório no sentido de manifestar intuito. O abuso é acessório do exercício do direito de defesa, é desvio de finalidade.

A ação cautelar tem objeto distinto da ação principal. Naquela a tutela é a garantia da ação principal. A tutela antecipada visa antecipar, provisoriamente, os efeitos da sentença que vier a ser prolatada. Não implica em prejudicialidade da tutela cautelar que visa unicamente a tutela em sede principal. A cautelar é que poderia refletir na ação principal e não o inverso.

Não vejo possibilidade, na linha desenvolvida, de que havendo manifesto abuso seja concedida a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária isto porque a verossimilhança e o contraditório lhe são característicos.

Prova inequívoca é a suficiente para atestar a verossimilhança das alegações. Pouco importa as espécies. Não dispõe a lei sobre tal ou qual prova nem exclui aquelas que, de certo modo, impliquem a elaboração da prova inequívoca. Não há tarifamento probatório nem supressão para que seja antecipada a tutela.” In: Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. São Paulo: Informativo Dinâmico IOB, nº 75, out/1998.

moderna. Após a Constituição de 1988, houve uma exponencial demanda por serviços judiciais e uma também exponencial renovação legislativa nos níveis federal, estadual e municipal.

A transição econômica da sociedade agrícola e industrial para a sociedade de informação e serviços teria que projetar seus reflexos e conseqüências para quase todos os rincões do planeta. A chamada “terceira revolução industrial”, com efeito, veio encontrar um figurino velho para novas necessidades a serem “amparadas” pela ordem jurídica.

O Estado, em sentido lato, foi tomado de refém pelo entrechoque das forças econômicas subjacentes aos interesses econômicos [exemplo: o capital financeiro, o capital tecnológico e o capital intelectual instrumentalizado nas telecomunicações, energia, água e outras atividades essenciais no século vinte e um]; com densidade e especificidade nos modelos adotados pelas diferentes nações. Intervencionismo de maior ou menor grau com a onda de privatizações, o cenário projetou ressonâncias distintas nos serviços legislativos e judiciais.

A obsolescência e até a extinção de ocupações habituais [tipografia, datilografia, agrimensur, etc.] ou as novas preocupações e focos do Administrador moderno [estratégia, competitividade, qualidade de vida no trabalho] são tópicos exemplificativos de uma mudança radical no mercado de trabalho que, com certeza, refletem no próprio mercado laboral [o outro lado do desemprego estrutural] e no cenário dos serviços que estejam ou não no quadro das ocupações formais. A terceirização como exemplo.

A comunicação móvel ou pela Internet “desorganizou” o *status quo*. Isso suscitou, de forma nunca vista – nos últimos dez anos –, a estrutura dos serviços como gênero e, evidentemente, assoberbou a estrutura estatal no tocante aos serviços judiciais. É lugar comum considerar que a Internet “ajuda” a obter “rapidez”, porém o que não se enfrenta é que ela é uma rede de relacionamentos e não apenas um suporte unilateral na prestação de serviços. Se a prestação de serviços pressupõe oferta o outro lado é o da velha lei: a demanda [também dispõe da Internet]. Portanto, o equilíbrio significa uma possibilidade de otimização.

O Agravo de Instrumento, recurso que visa resolver situações processuais as mais diversas, não consideradas as Apelações [recurso contra sentença definitiva ou terminativa], abrange objetos exponencialmente distintos. Para situar a enormidade do problema basta ver que com a adoção do Instituto da Tutela Antecipada de um certo modo passou a ocupar parte do cenário tradicional das Apelações, além do extenso objeto que detinha o Agravo tradicionalmente.

Explico melhor e repetindo: em linhas gerais, o Agravo de Instrumento tinha por foco as decisões interlocutórias propriamente ditas. E não era fácil o deslinde. Basta ver pelas dificuldades em delimitar o campo dos institutos atinentes ao elenco dos “pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo”; a observância do devido processo legal no deferimento ou no indeferimento das provas; o contraditório, a ampla defesa, entre outros princípios constitucionais processuais que se refletem no Processo, hoje [princípios constitucionais e tratados internacionais válidos no Brasil].

Para situar as fronteiras das situações de cabimento dos recursos, ainda que na tênue linha processual, qualquer que seja a tutela antecipada reportada numa petição inicial ou na postulação do Agravo de Instrumento no Tribunal, quase sempre são considerados os seguintes aspectos processuais¹¹, ainda mais que, em sua grande maioria, as tutelas antecipadas são requeridas sem audiência da parte contrária:

1) PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS (ver nota de rodapé 11): A) Juiz; B) Juiz competente¹²; C) Capacidade processual; D) Defeito da citação. Antes do exame do pedido de tutela antecipada questões relativas ao exame do juiz competente se resolvem constitucionalmente em obediência ao princípio constitucional do juiz natural e dispositivos previstos em leis especiais, em consonância com a distribuição da jurisdição. O exame da capacidade processual inerente ao primeiro exame da petição inicial precede, em “cognição imperfeita”. De regra, sem audiência da parte contrária porque são requisitos da Constituição.

¹¹ Extraído de “quadro esquemático de defesas no processo, elaborado com propósito didático, que, à falta de outro mais completo, aqui reproduzimos, com algumas modificações adaptado ao novo Código, por permitir, num relance, a visão da extensão da defesa” produzido por José Olympio de Castro Filho, em “Prática Forense”, vol. I, Rio de Janeiro, Editora Forense, s/d, mas elaborado após o Código de Processo Civil de 1973. Refere-se quanto ao teor, nas páginas 174/176, aos que foram elaborados por Lopes da Costa e José da Silva Pacheco. As modificações que acrescentou são adaptadas do seu clássico “Abuso do Direito no Processo Civil”, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 139.

¹² José da Silva Pacheco relaciona os critérios de competência na órbita do processo civil brasileiro da seguinte forma: “De conformidade com as lições de CHIOVENDA, BETTI, REDENTI, WACH, GOLDSCHMIDT, KISCH, SCHÖNKE, ROSENBERG, deve a competência ser distribuída segundo critério objetivo, territorial ou funcional. AMARAL SANTOS, com a clareza que o caracteriza, expôs e defendeu essa orientação. O Código de Processo Civil de 1973 veio a adotá-la, classificando a competência interna em competência objetiva, em razão do valor e da matéria (arts. 91 e 92): competência funcional (art. 93) e competência territorial (arts. 94 a 111).” In: Curso de Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 270.

2) FATOS IMPEDITIVOS DO PROCESSO (ver nota de rodapé 11): A) Litispêndência; B) Coisa julgada; C) Inépcia da petição inicial; D) Conexão ou continência das ações; E) Extinção do processo. Verificam-se, então, os requisitos explícitos da petição inicial relativamente ao nome e à qualificação das partes e os demais que estão prescritos nos arts. 282 e 282 do CPC. Nas situações onde a folha de movimentação processual, como na Justiça Federal, indica a existência de ações propostas, envolvendo as partes e de acordo com a natureza da causa, onde possa transparecer repetição ou reflexos de ações já existentes com perspectivas plausíveis de litispêndência, coisa julgada, conexão ou continência.

3) CONDIÇÕES DA AÇÃO (ver nota de rodapé 12): A) Possibilidade jurídica; B) Legitimidade para a causa, inclusive nomeação à autoria, denunciação da lide e chamamento ao processo¹³; C) Interesse de agir. Antes da introdução no sistema processual civil brasileiro do instituto da tutela antecipada e das reformas antecedentes às leis que sucederam à Reforma do Judiciário (EC nº 45, de 2004), as hipóteses de extinção do processo pela ausência de possibilidade jurídica, de falta de interesse de agir eram matérias circunscritas estritamente ao âmbito do recurso de Apelação. Sucede, porém, que a tutela antecipada veio “encobrir” pelo objeto da ação tais situações, quando se interpõe o Agravo de Instrumento no alvitre de concessão de “tutela substitutiva”. Com a nova “Lei do Agravo” (Lei nº 11.187, de 19.10.2005), ou seja, com a nova sistemática do processo civil alterando a disciplina do Agravo no Código de Processo Civil, a tutela substitutiva tende a reduzir seu foco no Tribunal. Isto porque limitar-se-á à concessão nas hipóteses de lesão grave e/ou de difícil reparação. Não se comportando em tal âmbito, a tendência do Agravo de Instrumento é ser convertido em Agravo Retido nos autos. Em outras palavras, será o Agravo nos autos do processo como existia antes na sistemática do Código de Processo Civil de 1939.

4) DEFESAS PRÉVIAS (ver nota de rodapé 12): A) Falta de caução ou outra prestação, que a lei exige como preliminar; B) Benefício de inventário; C)

¹³ Comentando o art. 297 do CPC – “O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção” -, observa Humberto Theodoro Júnior: “Breves comentários – Também no prazo aberto para a resposta deve o réu apresentar: a) nomeação à autoria (art. 64); b) denunciação da lide (art. 71); c) chamamento ao processo (art. 78); d) impugnação ao valor da causa (art. 261); e) ajuizamento da ação declaratória incidental (art. 325). A ausência de contestação impõe ao juiz a decretação da revelia. In: Código de Processo Civil Anotado. 2ª edição revista, ampliada e atualizada até fevereiro de 1996, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 140.

Falta de pagamento ou depósito de custas ou honorários de advogado; D) Falta de indicação de endereço do advogado; E) Falta na petição inicial dos requisitos dos artigos 282 e 283, defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito; F) Compromisso arbitral; G) valor da causa; H) Falta de indicação dos meios de prova. Tais defesas, especialmente, as letras A, B e C são matérias que vêm acompanhando as contestações, uma vez que a falta de pagamento de custas ou honorários de advogado parecem referir-se às hipóteses de preempção. Porquanto as custas do próprio processo, quando decorrentes do acolhimento da Impugnação ao Valor da Causa, constituem matéria prevista em regulamentos ou na Lei da Justiça Federal (nº 5.010, de 1966) ou ainda na Lei de Custas da Justiça Federal (nº 9.289, de 1996), e, portanto, resolvem-se nos termos dos artigos 258 e seguintes do CPC.

5) REQUISITOS ESPECIAIS (ver nota de rodapé 12): A) Impropriedade da ação ou falta de documentos essenciais; B) Outros exemplos. O exame da impropriedade da ação, a implicar na sentença de extinção do processo na sua fase inicial quando ficar evidenciado a olhos vistos tal ocorrência, somente será revisitado mediante recurso de apelação. A falta de documentos essenciais, que constituem requisitos da petição inicial, enseja, de plano, a concessão do prazo para que se instrua a inicial. Havendo indeferimento, de plano, o recurso de apelação com a apresentação de tais documentos por ocasião de sua interposição permitirá ao Tribunal, caso o juiz mantenha a sentença apelada, o reexame da petição inicial.

6) DEFESA CONTRA O MÉRITO (ver nota de rodapé 12): A) Reconhece o fato (ou um dos fatos), mas nega o Direito; B) Nega o fato e o Direito; C) Propõe ação própria (reconvenção). A defesa contra o mérito é matéria própria da sentença que a apreciará decidindo sobre o pedido, acolhendo ou rejeitando-o, no todo ou em parte.

Algumas questões são objeto de exame “superficial” no recebimento da petição. São aquelas que ao Juiz é dado conhecer de ofício.

Com a tutela antecipada [daí a plethora de Agravos atulhando os gabinetes dos tribunais e atormentando a elaboração das pautas de julgamento de questões prévias, embora relevantes e essenciais que neles se contêm e podem ser reabertas por ocasião das Apelações], o Agravo preservou seu objeto “tradicional” e assumiu um papel “transitório” de questões – excetuadas “preclusões”, perda de objeto e “desistências” – de uma “sentença transitória”, quando incorporou o papel de fornecer uma “resolução” a evitar perecimento, esvaziamento

ou ineficácia de uma ação futura. Ou, mesmo, e com maior gravidade, a perda ou irreparabilidade do direito individual.

A tutela antecipada veio por um lado “contornar” a resposta de serviços [a disparidade entre a possibilidade oferta e a explosão da demanda] de forma tópica embora crucial. Precisava-se abrir o acesso aos serviços nos pontos relevantes e fundantes da realização de direitos individuais e/ou coletivos, com a mesma estrutura legislativa [em referência aos modelos legais, ou seja, modelos processuais, Códigos e leis especiais existentes], a estrutura funcional em descompasso com as necessidades administrativas [diversidade e insuficiência de Varas na geografia brasileira] e, ainda, uma certa desproporção para a individualidade dos juízos a que são submetidas as milhares de ações em curso.

III. ALTERAÇÃO E QUADRO COMPARATIVO

A mudança no Agravo com a Lei nº 11.187, de 19.10.2005, entrando em vigor após 90 dias de sua publicação (D.O.U. de 20.10.2005¹⁴), isto é, em

¹⁴ 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.

19.01.2006, veio privilegiar o Agravo Retido invés do Agravo de Instrumento [que ficava retido nos autos]. Inverteu a relevância instrumental. As inovações no Código de Processo Civil são as seguintes:

1) Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 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 (artigo 522, *caput*).

2) 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, nele expostas sucintamente as razões do agravante (artigo 523, § 3º).

3) Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator (artigo 527, *caput*): I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do artigo 557; 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; III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso, 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 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 dias, 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 dias. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* do artigo 527, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar (parágrafo único).

4) Fica revogado o § 4º do artigo 523, o qual estabelecia que seria retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo nos casos de dano difícil e incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é admitida.

O quadro comparativo auxilia a compreensão das mudanças:

CPC (redação antiga)	CPC (redação nova)
<p>Livro I DO PROCESSO DE CONHECIMENTO Título DOS RECURSOS Capítulo III DO AGRAVO 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 justificarem 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;</p>	<p>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. (redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005) </p> <p>Art. 523.</p> <p>§ 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. (redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)</p> <p>Art. 527.</p> <p>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; (redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005) </p> <p>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</p>

CPC (redação antiga)

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 de 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.

ASrt. 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 § 2 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.

CPC (redação nova)

(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; **(redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)**

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. **(redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)**

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. **(redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)**

Além do cenário macro a fornecer a radiografia dos recursos e ações previstas na legislação vigente está por definir-se o micro-cenário heterogêneo das matérias sob julgamento a cargo individual. Este um problema científico a ser enfrentado em futuro próximo. Mas, à primeira vista, o que vai suscitar discussões técnicas é a delimitação do objeto do agravo, como etapa inicial do “processamento”, e o que vai definir os limites do Agravo é “a decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.” Quanto à inadmissão de Apelação ou aos efeitos em que é recebida as questões são resolvidas de forma clara uma vez que a taxatividade das hipóteses legais não deixa espaço para erros involuntários, talvez equívocos ocasionais¹⁵.

A lesão grave e de difícil reparação é a que vai separar o Agravo de Instrumento do Agravo Retido ou do Agravo “No Termo de Audiência” [instantâneo, e não mais *a posteriori*]. Lesão grave, em princípio, ofende o patrimônio jurídico da parte [ou de terceiro nas hipóteses que possa intervir] ou o patrimônio privado [a ser buscado nos efeitos da decisão, isto é, possa ser ou não reparado mais tarde]. A regra, a ter vigência em 19 de janeiro de 2006, aplicar-se-á aos processos ali pendentes – em face do princípio nonagesimal previsto na Lei nº 11.187, que reformou o recurso – e vai desafogar boa parte do fluxo dos recursos nos tribunais e, de certa forma, os serviços cartorários. O primeiro ponto será sempre delimitar o espectro das decisões interlocutórias¹⁶, hoje alentada com a definição das múltiplas invocações de tutela antecipada. É um dos pontos mais relevantes da Teoria Geral do Processo.

Desde janeiro de 2006, não mais haverá as férias coletivas [a não ser nos tribunais superiores – artigo 93, inciso XII da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, publicada em

¹⁵ Ver a Lei nº 11.276, de 07.02.2006 (DOU de 08.02.2006), entrando em vigor em 08.05.2006, que, entre outras providências, estabelece que: “Art. 518...§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. § 2º Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.”

¹⁶ Sobre natureza das decisões que podem ser objeto do Agravo, comenta Ovídio A. Baptista da Silva: “*Outra observação pertinente é a que diz respeito a uma imprecisão terminológica do próprio Código de Processo Civil, que às vezes denomina despachos provimentos judiciais que são verdadeiras decisões, como se dá com o chamado despacho saneador ou despacho de saneamento do processo (art. 331), que, não obstante a impropriedade do nome, na generalidade dos casos é agravável. Uma imprecisão similar encontra-se na ambígua distinção encontrável no Código entre despachos de mero expediente (art. 504) e os despachos definidos pelo art. 162, § 3º, a sugerir que estes – não sendo embora decisões – estariam excluídos da regra do art. 504.*” In: Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento. Vol. 1, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 442.

31.12.2004], estarão todos a postos para a adaptação à nova sistemática do recurso que tem seu leque de situações expandido desde a adoção do instituto da tutela antecipada, das “misturas” com as liminares e das “confusões” intermitentes com as providências cautelares do texto do código processual. E somente agora demos urgência normativa com a Lei nº 11.232 a uma das mais necessárias e prementes mudanças no sistema processual [talvez cogitada ali e acolá, mas sempre e invariavelmente de modo típico], que é uma variante da unificação do processo de conhecimento e de execução à semelhança da legislação europeia, dentre elas o Código de Processo lusitano.

O que verificamos é uma decorrência de que o nosso CPC [embora com uma tonicidade estrutural significativa] não mais “acompanha” o quadro da litigiosidade da “sociedade em rede”. Esse termo que reflete uma terminologia da globalização [Estados e grupos econômicos interligados mundialmente] e da Internet, cuja anatomia e fisiologia são da parcela mais esclarecida da população mundial mais conhecidas.

O alcance desse “acompanhamento” é mais compreendido por setores profissionais específicos. Porém, os resultados desse descompasso do quadro processual [sistemático e assistemáticos juntos], que é composto de Código e Leis Especiais e, também, as “Extravagantes” [em meio a alterações processuais no bojo de leis “provisórias” que quebram a técnica legislativa por versarem sobre matérias diversas, embora “incluam” provisões voltadas para segmentos específicos – de regra intrataestatais]. Exemplo: matéria administrativa ou tributária contendo um dispositivo processual.

O ponto crucial é a unificação do processo que se esboça com a Lei nº 11.232, já referida. É certo que as dificuldades da codificação nos tempos atuais são evidentes. A geopolítica conquanto não seja ciência nova não desperta a atenção em inúmeras áreas profissionais além da Ciência Política, da Sociologia e de outras importantes investigações vicinais. O profissionalismo do Foro devido à sobrecarga de trabalho não dispõe de tempo para tais cogitações.

Mesmo assim os maiores contingentes da população não deixam de deparar-se com uma incompreensão razoável. Como entrar com uma ação, desenvolver um “processo de conhecimento” sujeito a uma apelação, que pode gerar um recurso especial e/ou um recurso extraordinário para depois iniciar um “processo de execução”, que pode ensejar “embargos à execução”, apelação, recurso especial e, temerária ou não, a interposição de recurso extraordinário? Sem esquecer que desde a Petição Inicial está formulado um pedido de Tutela Antecipada que na prática esvaziou [de forma benéfica] um elenco de ações

cautelares. Um exemplo do abarrotamento de ações [conhecido por um grande número de pessoas] é o pedido de certidão “por tempo de serviço”, que tem sido alçado na via do Mandado de Segurança até a instância do recurso extraordinário. E tem levado anos: tempo e custo administrativo do Executivo e do Judiciário para matérias “pacificadas”. Outras matérias: previdenciárias e reajustes funcionais. Nesse ponto a dualidade do processo de conhecimento e de execução, mitigada com a Lei nº 11.232, em desfavor da celeridade e da economicidade da Administração por um lado e das calendas para o postulante.

O Agravo durante muito tempo era e foi um recurso para a efetivação do processo legal que constitucionalizou-se, em substância, com a “execução” dos princípios constitucionais do processo¹⁷. Isso se deve à Constituição de 1988. O seu foco preponderante era garantir-se o exercício das provas; a alçada, ou melhor, o alçamento da apelação e/ou os seus efeitos como garantia de outro princípio do Poder Judiciário - o duplo grau de jurisdição -, e também medidas substitutivas de concessão ou não de liminares e de providências cautelares [em processos especiais ou mesmo ações especiais e/ou cautelares].

À ampliação de princípios constitucionais processuais, contudo, incorporou-se a inspiração do Direito Internacional [Tratados] encontrado nas investigações do Direito Comparado versando sobre o Acesso à Justiça. Isto é, o fornecimento de uma razoável duração do processo. Razoável com uma dupla vertente: a do jurisdicionado, obviamente, e a de um processo com “método legal” capaz de se desenvolver com seus agentes [partes e juiz], tautologia à parte, com método e racionalidade. Tanto método e racionalidade pressupõem capacidade individual e capacidade “instalada” de fornecer respostas a tempo e modo. Milhares de ações contingenciadas individualmente explicam, porém, não “justificam”.

Agregou-se ao valor do Agravo o papel substitutivo de conhecimento e exame de matérias de urgência sem o qual esvaziar-se-ia a pretensão à tutela judicial. Em liminares de toda a ordem onde se mencione “urgência”, como no

¹⁷ Sobre princípios fundamentais do processo ou princípios constitucionais de procedimentos, ver: BEIGNIER, Bernard. *Droits fondamentaux et règles principales du procès civil*. Paris: Montchrestien, 2000. Sobre fontes de direito processual com direito comparado do processo, ver: GUINCHARD, Serge et alii. *Droit processuel. Droit commun et droit compare du process*. Paris: Dalloz, 2003. Sobre direito processual e institutos diversos aplicados ao processo, ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984. Sobre os diversos institutos processuais constitucionais garantidores do devido processo legal, ver: TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

Mandado de Segurança; em toda e qualquer tutela antecipada e na “encampação” por esta do espaço antes destinado a uma série de cautelares.

Na verdade [na prática, muito além da técnica processual e substantiva também], o Agravo de Instrumento veio absorver a possibilidade de reversão¹⁸ de toda e qualquer decisão [além do tradicional caminho da Apelação, por ocasião da Sentença]. Daí a “explosão” de recursos. Um dos fatores comumente encontrados é que, raríssimas exceções [ações possessórias, exemplo], não há previsão para o criativo “pedido de reconsideração” na lei processual¹⁹ [exceção de alguns procedimentos administrativos e implicitamente nos artigos 527 e 529 do CPC]. O fator positivo foi o esvaziamento de algumas ações cautelares. Significa dizer, eliminação de “ações dependentes”, diminuição de serviços cautelares, diversidade de prazos e de “objetos” de ações distintas, etc. E consequentemente uma efetivação da racionalidade dos serviços.

O ponto substancial para que o Agravo torne-se eficaz será separar as hipóteses de Agravo Retido e Agravo de Instrumento. O Agravo Retido como regra [impeditiva de preclusão] e o Agravo de Instrumento quando aquele vier a tornar-se inócuo no sentido de evitar que a parte sofra lesão grave e de difícil reparação. Lesão grave e de difícil reparação tem a vestimenta de uma “norma aberta” ou, como querem alguns, um “conceito indeterminado”. Expressões instigantes na investigação filosófica que contêm parâmetros na ordem jurídica. Resolve-se no âmbito da relação jurídica e no da inexecução das obrigações.

O conceito de lesão é substantivo e não é, de regra, uma expressão abstrata, subjetiva, que venha a se constituir por “definição”. É certo que o “conceito” em termos superficiais tende à abstração, mas tratando do ordenamento jurídico há que estabelecer seus “limites conceituais” e a perspectiva de sua definição “in loco” com base na pretensão de direito material, tal qual na pretensão processual. A gravidade, portanto, encontra definição no direito material e no direito processual [o direito de ação é material, pré-processual desde a autonomia do direito de ação].

¹⁸ As concessões e revogações de liminares são notoriamente exemplificativas.

¹⁹ A Lei nº 11.277, de 07.02.2006 (DOU de 08.02.2006), entrando em vigor a partir de 08.05.2006, entre outras alterações, acrescentou o artigo 285-A ao CPC, estabelecendo que: “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”

Por fim, a “difícil reparação” é o parâmetro das previsões de restabelecimento do “status quo ante”, ou seja, pode até causar dano [ainda da demora da solução definitiva], mas que haja previsão jurídica estabelecendo a extensão e a quantidade de danos - e sua reparabilidade ou não - nos contornos da ordem jurídica. Não é qualquer dano [dimensão econômica ou moral à parte] que enseje a reversão de uma decisão, mas a incerteza ou a reparação ineficaz, razoável [método legal e suporte fático]. Exemplos como direitos fundamentais: Vida, Saúde, Personalidade nas hipóteses a serem colhidas [“cum granis salis”], com o sal da vida.

IV. CONCLUSÃO

Uma visão singela e pragmática indica que o Agravo Retido deva ser a regra comum. Isto é, não havendo lesão grave e de difícil reparação, a hipótese é de opção pelo Agravo Retido (nos autos do processo). Havendo lesão grave e de difícil reparação, o cabimento do Agravo de Instrumento, sopesados conveniência e custos, pode ser o caminho.

BIBLIOGRAFIA

BAUR, Frtiz. Tutela jurídica mediante medidas cautelares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985.

BEIGNIER, Bernard. Droits fondamentaux et règles principales du procès civil. Paris: Montchrestien, 2000.

CASTRO FILHO, José Olympio de. Prática forense. Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, s/d.

_____. Abuso do direito no processo civil. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1960.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. A reforma processual civil (artigo por artigo). São Paulo: Saraiva, 1996.

GUIMARÃES, Mário. O juiz e a função jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GUINCHARD, Serge et alii. Droit processuel. Droit commun et droit compare du procès. Paris: Dalloz, 2003.

LUNA FREIRE, Alexandre Costa de. A nova sistemática do agravo (revido e de instrumento). João Pessoa: Contraponto, 30.10.2005, p. A-4.

_____. Dúvida e transição do agravo de instrumento. João Pessoa: Contraponto, 06.11.2005, p. A-4.

_____ Ainda o agravo, pela urgência. João Pessoa: Contraponto, 13.11.2005, p. A-4.

_____ Liminar e tutela antecipada. João Pessoa: Contraponto, 21.03.2004, p. A-2.

_____ Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. São Paulo: Informativo Dinâmico IOB, nº 75, out/1998.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Estudo sistemático da tutela antecipada. Fortaleza: O Curumim sem Nome Biblioteca e Editora, 2003.

_____ O direito de recorrer. Introdução ao estudo do sistema recursal. Fortaleza: Casa José de Alencar – UFC, 2002.

_____ Direito processual. Quatro ensaios. Fortaleza: Casa José de Alencar – UFC, 1999.

MEDEIROS, Hortêncio Catunda de. Recursos atípicos. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MIRANDA, Pontes de. Comentários do Código de Processo Civil. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____ Comentários do Código de Processo Civil. Tomo VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____ Comentários do Código de Processo Civil. Tomo IX. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____ Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1984.

PACHECO, José da Silva. Curso de Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento. Vol. 1, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense: 1996.

TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Cruz e. Constituição de 1988 e processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

