

Breves Considerações sobre a Nova Sistemática do Agravo de Instrumento

**Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca
Passos**

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio
de Janeiro*

A Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, trouxe significativas mudanças no regime do agravo de instrumento, tendo em mira o mesmo ideário, que iniciou ao fim do século passado, com as reformas processuais, cujos objetivos primordiais, quiçá obsessivos, são a celeridade e a efetividade do processo.

Como o adjetivo do título deste modesto trabalho sugere – breves – os apontamentos limitar-se-ão a destacar os pontos que pareçam fundamentais.

Referida lei dá nova disciplina aos agravos de instrumento e retido.

O *punctum saliens* do diploma legal consiste em tornar obrigatória a conversão do agravo de instrumento em retido, o que era antes facultativo.

Outra questão digna de relevo diz respeito à extensão da imutabilidade da decisão, que dispõe sobre o efeito suspensivo, a antecipação da tutela recursal e, também, a conversão mencionada no parágrafo anterior.

Assim, o agravo de instrumento “*podia*” ser convertido, constituía “faculdade” do relator. Pelo novo sistema, passa a configurar poder-dever dele, retirando-se-lhe a “discrição” de outrora.

De fato, confrontada a redação do art. 527, inciso II, do Código de Processo Civil, e a que lhe emprestou o art.1º da lei em comento,

a diferença é flagrante: aqui se suprime o “*poderá*” e se adota o “*cònverterá*”. Há, dessarte, ordem dirigida ao relator no sentido da conversão sempre que presentes os pressupostos. O antigo “*poderá converter*” traduzia *discrissão* daquele, que ora se vê impelido a proceder à conversão. O verbo “*converterá*”, conjugado no futuro do presente, insinua a idéia de imperatividade, a lhe conferir cogência.

De outro lado, o mesmo se deduz do art. 522 do mesmo estatuto, que ganhou nova redação pela mesma lei, e estabeleceu como regra o agravo retido, só cabível o de instrumento naquelas hipóteses excepcionais.

Os pressupostos para sua ocorrência, embora expressados com outras palavras, permanecem os mesmos: não ser a decisão agravada suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação para o agravante.

O relator irá tornar concretos termos vagos, “lesão grave”, “de difícil reparação”, e tal decisão, não obstante versar concretização de conceitos jurídicos indeterminados, é irrecorrível, como se depreende, embora de forma pouco clara, do que dispõe o parágrafo único do art. 527 do Código, com a redação que lhe deu a nova lei.

Imodificável parcialmente, consoante se deduz da mesma norma, a decisão que dispuser acerca do efeito suspensivo ou da antecipação da tutela recursal, a qual só poderá ser revista no momento do julgamento pelo colegiado, ou se o próprio relator reconsiderar a decisão monocrática.

Não mais interponíveis, como era possível antes, o agravo inominado e o agravo regimental.

O primeiro problema, que a lei trouxe, é a possibilidade de “ressurreição” do mandado de segurança, instituto praticamente sepultado e anteriormente utilizado como sucedâneo para a obtenção do efeito suspensivo, e que, por essa ânsia desmedida do legislador pela celeridade e efetividade, poderá, como fênix, ressurgir.

Os Regimentos Internos dos Tribunais, via de regra, previam o agravo regimental para o reexame das hipóteses de efeito suspensivo e antecipação da tutela recursal. De outro lado, o agravo de antes do art. 527, inciso II, contra a conversão, também deixa de existir. Referidos recursos eram incluídos em mesa e julgados rapidamente. Inaceitável, pois, a opção legislativa.

Embora prematuro, pois só o tempo dirá, não parece ser boa solução.

Malgrado incompatível com o espírito da reforma, haverá situações em que não restará, ao agravante, senão lançar mão do mandado de segurança. Afinal, a rapidez não é o único ideal do processo, senão ainda que ele seja dirimido com justiça.

Imagine-se a negativa de concessão da tutela antecipada recursal para a realização de cirurgia antes negada em 1º grau de jurisdição. Suponha-se a ocorrência de procedimento licitatório, em que o dia da abertura das propostas esteja próximo. O licitante prejudicado não poderá aguardar o desfecho do procedimento do agravo, muito menos o doente!

Tanto isso se aplica ao efeito suspensivo e à antecipação da tutela recursal, como à conversão em retido.

Note-se e insista-se: o relator dispõe acerca de conceitos indeterminados, caso em que a carga de juízo de valor é extremamente significativa, e o âmbito de liberdade bastante expressivo.

No início, dir-se-á que a impetração do *writ* só será admitida em casos excepcionais. Mas aberto o acesso, as medidas se multiplicarão, até porque os conceitos de lesão grave e de difícil reparação são elásticos, polissêmicos e comportam qualquer interpretação. E, nesse contraste axiológico entre celeridade e justiça, sem qualquer hesitação, há de prevalecer este último valor.

Tome-se como exemplo a inversão do ônus da prova na hipótese de relação de consumo. Suponha-se que recorra o fornecedor de decisão que determinou a inversão e o relator converta o agravo de instrumento em retido, por não vislumbrar risco de dano de difícil reparação. Poderá outro julgador ter concepção diversa daquele risco e entender que se encontram presentes os pressupostos, na medida em que os custos da perícia serão transferidos ao fornecedor, que se verá na contingência de produzir a contraprova para não sucumbir na demanda, pois o consumidor obteve a inversão e irá se desinteressar da produção daquela prova, visto que a presunção tem como mérito a inversão do ônus probatório em seu favor. E imagine-se que o consumidor, como de costume ocorre, esteja sob o pálio da gratuidade: elidida a presun-

ção e repelida a pretensão daquele, dificilmente o fornecedor recuperará o que despendeu com a perícia.

Não se está a apregoar que esta hipótese configure situação de risco de dano de difícil reparação. Mas, propiciando os conceitos jurídicos indeterminados exegese pouco delimitada, pois como ensina José Carlos Barbosa Moreira, na operação de concretização deles não se impõe ao aplicador da lei padrão rígido de atuação, conclusões como esta poderão acontecer.

Façamos votos de que o vaticínio não se confirme, pois o legislador olvidou lição de Miguel Reale, de que a tarefa de legislar é de ordem arquetípica.

Last but not least, a lei em discussão tornou irrecurável a conversão do agravo de instrumento em retido.

E para se extrair que tal decisão é irrecurável não é conclusão haurida de forma simples, sem observar o legislador advertência de Karl Jasper, segundo a qual para ser genuinamente verdadeira, a verdade tem de ser comunicável.

De fato, o art. 527, parágrafo único, passou a vigor, *verbis*:

“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”.

Ora, os incisos II e III dizem respeito à conversão, ao efeito suspensivo e à antecipação da tutela recursal.

Primeira interpretação pode sugerir que o relator procederá à conversão, intimaria o agravado para responder o recurso e, no momento do julgamento do agravo, a questão seria revista ou mantida pelo colegiado.

Mas isso é outro contra-senso.

O espírito da reforma, sua teleologia, são a celeridade e a efetividade do processo.

Embora há muito, superado, o entendimento segundo o qual determinado critério interpretativo deva preponderar sobre outro – o exegeta deve concluir por aquilo que melhor se adapte à hipótese legal –, não há dúvida que, sendo aquela exegese um despropósito,

para o absurdo, a única interpretação que se compadece com a reforma processual, que atende sua teleologia – se bem que ela está advindo de forma fragmentada, mas não deixa de constituir um sistema – e em vista dos princípios cardeais alhures referidos, é considerar irrecorrível a conversão.

Assim, outra proposição não pode haver senão a de que a conversão do agravo de instrumento em retido é inimpugnável por outro recurso, embora possa o relator se retratar do que decidiu e aí, de forma contraditória, a solução não é cogente. No concernente ao efeito suspensivo e à antecipação da tutela recursal, a imutabilidade é parcial e serão eles objeto de reexame pelo colegiado, mas tão-somente no momento de julgamento do agravo.

Por isso, incabível vedar, *a priori*, por mero apego aos fins da reforma, a possibilidade do ingresso do mandado de segurança, cujos contornos de restrição o direito pretoriano, com a proficiência de sempre, saberá estabelecer, corrigindo as cincadas do legislador, *v.g.*, com o julgamento do recurso, - eis aí uma primeira e possível solução para coibir a indevida proliferação daquelas ações autônomas de impugnação -, diante de todas as situações que o relator repunte “zona cinzenta”, reservando para a conversão em retido somente aquelas que se configurem óbvias, o que, por outro lado, importará na quase inutilidade do instituto, conclusão pessimista, contudo apodítica. ☐