

DA RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES DO RELATOR NO RECURSO DE AGRAVO

Deborah Dettmam¹

Aprovado em dezembro de 2010

Resumo: A preocupação em acelerar o rito processual a fim de garantir o acesso à justiça levou o legislador a sucessivas reformas do Código de Processo Civil de 1973. Sabendo que o recurso do agravo foi um dos principais objetos de alteração, este trabalho preocupa-se em investigar se a crescente concentração do poder decisório do relator nos tribunais fizesse com que determinadas decisões prolatadas pelo relator se tornassem irrecorríveis. Para tanto, o objeto do estudo se concentra na reforma processual que concedeu ao relator a possibilidade de dar ao recurso de agravo eficácia suspensiva, ao contrário da redação do Código de Processo Civil anterior, cujo teor legava ao agravo apenas o efeito devolutivo. Além de debater acerca da recorribilidade das decisões monocráticas no recurso de agravo, é também objeto de investigação descobrir quais os recursos seriam adequados admitindo a hipótese da recorribilidade. Assim, discute-se a adequação do agravo interno e do mandado de segurança como instrumentos aptos a reformarem a decisão do relator, sendo este último, especialmente, o componente de maior controvérsia, já que, historicamente, o mandado de segurança era aceito pela jurisprudência como ação constitucional apta a garantir a eficácia suspensiva nos recursos.

Palavras-chave: Agravo. Eficácia suspensiva. Recurso

1. Introdução

Grande preocupação que permeia o debate jurídico no Brasil e nos outros campos da ciência refere-se ao acesso à justiça e aos seus entraves. O dilema é que a partir do momento que se facilita o acesso ao Poder Judiciário, naturalmente aumenta-se a quantidade de processos e o tempo espera para o provimento jurisdicional.

A jurisdição pode ser caracterizada como um dos principais elementos caracterizadores do Estado, que surge como um terceiro substituto capaz de resolver os conflitos sociais que eram disputados diretamente partes, de acordo com a lei do mais forte. Porém, quando dois indivíduos procuram um terceiro, seja ele o chefe da tribo, o líder espiritual, ou o magistrado, eles almejam que a lide seja decidida.

¹ Deborah Dettmam é Professora do Departamento de Ciências Jurídicas da UFPI, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutoranda em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela

É neste contexto que o Estado, ente monopolizador do uso da força legítima, é dividido em poderes e o Poder Judiciário é o órgão estatal responsável em dirimir a lide e pacificar a sociedade, impedindo que os indivíduos voltem a fazer “justiça” de acordo com sua vontade e arbítrio.

A eficácia do Poder Judiciário em cumprir sua função constitucional tem sempre sido objeto de crítica não só pela imprensa, mas pela comunidade em geral. Afora as questões de corrupção e abuso de poder, um ponto parece ser consensual: a demora em obter uma decisão de mérito definitiva. As causas dessa demora, porém, não o são.

Diversas explicações existem para justificar a falta de celeridade dos processos no Brasil: o comportamento processual das partes, a falta de magistrados diante do número de processos, a ausência de equipamentos e pessoal auxiliar, e, por que não, a legislação.

Diante desse entrave, o legislador vem alterando continuamente a legislação processual para desburocratizá-la (ao menos na maioria das vezes) e tornar o trâmite processual mais ágil. Criou, por exemplo, as justiças especiais, adotou princípios como a fungibilidade recursal, dispensou a presença do advogado nas causas cujo valor não ultrapassasse vinte salários, extinguiu a separação judicial e permitiu que, em certos casos, o divórcio pudesse ser realizada diretamente no cartório, e, obviamente, alterou a disciplina dos recursos, os “vilões” responsáveis em adiar a obtenção da coisa julgada.

Narrado mais detalhadamente nos itens seguintes, um estudo das etapas de revisão do Código de Processo Civil revela que uma das soluções encontradas para tornar o processo recursal mais célere foi enfraquecer as hipóteses de manifestação do colegiado e fortalecer o poder do relator.

Este fortalecimento se manifesta sob dois aspectos. Primeiramente, a nova legislação processual ampliou os casos em que o relator poderia atuar de maneira monocrática, como a concessão ou não de efeito suspensivo ao recurso (em especial, o

do agravo de instrumento) e converter o agravo de instrumento em agravo retido. Em segundo lugar, a legislação restringiu a recorribilidade da decisão monocrática emitida pelo relator.

A conversão do agravo de instrumento em agravo retido fez com que o colegiado só conhecesse da existência da interposição do agravo no julgamento da eventual apelação, dependendo do requerimento da parte. A previsão da eficácia suspensiva ao recurso de agravo, antes recebido apenas em seu efeito devolutivo, visou combater a proliferação do mandado de segurança utilizado para requerer o efeito suspensivo ao agravo reconhecido apenas em seu efeito devolutivo.

Não foi por acaso que o agravo de instrumento foi o recurso mais modificado nas décadas que se seguiram à vigência do Código de Processo Civil. Este fenômeno deve-se ao fato do agravo de instrumento ser o recurso mais utilizado, às vezes interposto várias vezes antes sequer da sentença de primeiro grau, já que o objeto do agravo é a impugnação de decisões interlocutórias proferidas pelo juízo *a quo*.

Sabendo que as reformas sofridas pelo Código de Processo Civil travaram um debate não só no campo doutrinário, mas também no campo jurisprudencial, este artigo procura descobrir se é possível concluir que as decisões do relator, em especial as que concedem ou negam eficácia suspensiva ao agravo de instrumento ou que convertem o agravo de instrumento em agravo retido tornaram-se irrecorríveis. Este artigo também procura descobrir se o mandado de segurança, consoante formulação dada pela Constituição de 1988, é cabível para atacar as decisões do relator.

Considerando as modificações trazidas pelo legislador ordinário, que cedeu ao relator a discricionariedade em verificar se o caso concreto se adequa a uma das causas previstas no art. 558 do Código de Processo Civil, torna-se igualmente necessário discutir a viabilidade do controle de legalidade das decisões discricionárias dos juízes e seu amparo pela via mandamental.

2. A história do agravo e de suas modificações

O estudo da história do agravo, como se dispõem o título deste capítulo, não pretende remontar a seus antecedentes romano-germânicos. O objetivo é invocar as mudanças mais recentes e suas conseqüências nas polêmicas atuais referentes à redação do Código de Processo civil.

O Código de Processo Civil de 1973, sob a orientação de Alfredo Buzaid, buscou a unificação da Teoria Geral dos Recursos de maneira a simplificar e resolver de forma pragmática o problema da grande variedade de recursos disponíveis: se a decisão do juízo *a quo* extinguisse o processo, o recurso seria a apelação, senão, seria interposto o agravo de instrumento.

Entretanto, durante a tramitação legislativa de seu projeto, foi apresentada uma emenda no Senado federal, inspirada na idéia de Egas Moniz de Aragão, objetivando preservar o agravo nos autos do processo para aqueles casos em que a parte não teria interesse imediato em modificar a decisão interlocutória desfavorável. Conforme prescreve Athos Gusmão Carneiro, esta modalidade de agravo tornou-se conhecida como agravo retido, ou, em suas palavras “um agravo de instrumento sem instrumento” (CARNEIRO, 2001, p. 96), já que não havia a formação de um autuado composto pelo recurso e todas as peças essenciais ao julgamento.

O agravo de instrumento, na redação original do Código de 1973, preconizava apenas o efeito devolutivo. Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que o agravo de instrumento e o agravo retido eram, na realidade, o mesmo recurso, mas com dois regimes jurídicos, onde o agravo de instrumento seria o gênero e o agravo retido seria a espécie (WAMBIER, 1996, p. 70).

A ausência do efeito suspensivo ou sua utilização em situações extremas fizeram com que o mandado de segurança passasse a ser um substituto do agravo ou ajuizado conjuntamente para garantir ao agravo sua eficácia suspensiva.

As modificações trazidas pelas Leis nº 9.139/95, 9756/98, 10.352/01 e 11.187/05 buscavam trazer reformas que pudessem tornar o rito processual mais

célere e, ao mesmo tempo, diminuir a quantidade de processos acumulados, principalmente, nos tribunais superiores. Ainda que as mudanças tenham ido desde a ampliação do prazo de interposição até exigência extremamente formalista de exigir a comunicação da interposição do recurso em 3 dias ao juízo *a quo*, sob pena de inadmissibilidade, para este artigo interessa destacar que o ponto mais polêmico das sucessivas reformas foi, sem dúvida, o poder que o relator gradativamente acumulou.

Este fenômeno pode ser constatado no Código atual, cujas alterações foram resumidas da seguinte forma:

a) O relator pode negar seguimento ao agravo sempre que o julgar manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior;

b) Se o relator entender que a decisão do juízo *a quo* está em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de tribunal superior, poderá dar provimento ao recurso de forma monocrática;

c) O agravo de instrumento deixou de ser regra e virou exceção, cedendo espaço para o agravo retido. Atualmente, o agravo de instrumento só é cabível nas hipóteses de inadmissão e discussão dos efeitos da apelação ou quando a decisão impugnada puder causar à parte dano grave e de difícil reparação. É relator que faz o juízo do que seja o dano grave e de difícil reparação.

c) Se o relator entender que não é hipótese de dano grave e de difícil reparação, o agravo de instrumento poderá ser convertido em agravo retido;

d) Finalmente, de acordo com a Lei nº 9.139/95, o relator só poderia conceder eficácia suspensiva nos casos previstos no art. 558: "prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação". Com a introdução do diploma legislativo nº 10.352/01, o relator além de poder atribuir o efeito suspensivo ao

recurso, pode deferir a antecipação da tutela da pretensão recursal (chamada pela doutrina como efeito suspensivo ativo).

De acordo com Ernane Fidélis dos Santos, a modificação busca sobrelevar os princípios da eventualidade e concentração, exatamente para evitar a incômoda formação do traslado do instrumento e o acúmulo de recursos nos tribunais (SANTOS, 2006, p. 654).

Como a lentidão decorrente do excesso de recursos é incompatível com a eficiência que se espera na prestação jurisdicional, as alterações legislativas que se seguiram após a vigência do Código de Processo Civil tiveram a preocupação de tornar a tramitação do processo mais ágil. Não por acaso o recurso de agravo foi o mais transformado.

Na tentativa de desburocratizar o processo, uma das soluções encontradas pelo legislador foi aumentar a competência de decisões monocráticas e a discricionariedade do relator no recurso de agravo, enfraquecendo, conseqüentemente, o âmbito de atuação do órgão colegiado. Favorável a essa “onda renovatória” do processo civil, Athos Gusmão Carneiro acredita que os objetivos de eficiência e celeridade harmonizam-se a fim de melhorar a administração da justiça:

A ampliação dos poderes do relator parte inclusive de uma constatação prática: na grande maioria das vezes, o voto do relator revela-se como o condutor do colegiado, em solução de consenso, assim, de todo razoável confiar desde logo o julgamento do recurso apenas ao relator, quando as circunstâncias da causa a este manifestadamente permitam uma ‘certeza serena’ sobre qual a justa composição da lide, ou quando se dispuser a julgar consoante a jurisprudência firme de seus pares ou de tribunal superior (CARNEIRO, 2001, p. 228).

Todavia, Adroaldo Furtado Fabrício relata suas experiências como desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afirmando que as mudanças trazidas, especialmente pelo art. 557, são ainda muito combatidas em algumas esferas do Poder Judiciário. Alguns magistrados, inclusive, consideram inconstitucional a transferência de poder de decidir do colegiado para o relator, pois acaba na prática com o julgamento colegiado (FABRÍCIO, 2005, p. 15).

As críticas não se limitam ao fortalecimento do poder do relator. O que se pode concluir das sucessivas alterações legislativas é que não só ampliou-se a esfera decisória monocrática como se restringiu o direito de recorribilidade dessas decisões.

Os tópicos seguintes preocupam-se em descobrir se a decisão do relator que concede eficácia suspensiva ao recurso de agravo ou converte o agravo de instrumento em agravo retido são recorríveis. Preocupam-se também em descobrir qual seria o recurso cabível devido à confusa redação do Código de Processo Civil. Preocupam-se, ainda, em debater se o mandado de segurança permanece como instrumento constitucional apto a assegurar o efeito suspensivo e se as reformas trazidas ofendem o princípio da colegialidade das decisões recursais.

3. A eficácia suspensiva do recurso de agravo

O art. 527 do Código de Processo Civil, em seu inciso III, afirma que o relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso nas hipóteses do art. 558, ou antecipar a pretensão recursal quando cumpridos os requisitos da verossimilhança e da prova inequívoca (julgando nesta hipótese o próprio mérito do recurso).

Ernani Fidélis dos Santos acredita que o legislador deu discricionariedade ao relator em receber o recurso em seu efeito suspensivo, impossibilitando o reexame da decisão por agravo inominado ou qualquer outro procedimento, inclusive o mandado de segurança (SANTOS, 2006, p. 660), que anteriormente era o instrumento apto a conferir o efeito suspensivo do agravo de instrumento. Esta posição também é compartilhada por Araken de Assis, para quem o rito célere destinado ao agravo de instrumento repele a possibilidade da existência de outro agravo contra o ato do relator (ASSIS, v. 66, p. 159).

Orione Neto defende a irrecorribilidade da decisão do relator expondo os seguintes argumentos a seguir tratados: a) não existe previsão legislativa para a interposição do agravo interno neste caso; b) o regimento interno dos tribunais não

pode instituir novo recurso por ser matéria de competência da União; e c) o legislador optou em dar celeridade ao agravo (ORIONE NETO, 1999, p. 192).

Em outro sentido, autores como Athos Gusmão Carneiro defendem que a recusa em reconhecer a interposição do agravo interno propiciará a reutilização anômala do mandado de segurança. Além disso, nos casos de demandas coletivas, a decisão liminar é de imensa importância, pois as liminares em ações dessa natureza podem levar a situações graves e irreversíveis (CARNEIRO, 2001, p. 176).

A divergência doutrinária também é verificada na seara jurisprudencial. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul elaborou a conclusão nº 6 do Centro de Estudos, que dispõe: “Não cabe agravo regimental ou agravo interno da decisão do Relator que nega ou concede efeito suspensivo ao agravo de instrumento, bem como daquela em que o Relator decide a respeito de antecipação de tutela ou tutela cautelar”.

Os Tribunais Regionais Federais da 1ª e 2ª Regiões e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios vedam em seus regimentos internos a interposição de agravo regimental das decisões concessivas de efeito suspensivo ou de conversão do agravo de instrumento em retido (arts. 281, §3º, art. 223, inciso III e art. 221, respectivamente). O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua vez, em seu art. 210, aceita o agravo interno como opção de recorribilidade.

Ainda que inexista previsão taxativa no Código de Processo Civil quanto a possibilidade de recurso das decisões concessivas ou denegatórias de efeito suspensivo, a corrente contrária favorável à aplicação do agravo interno recorre a Lei nº 8.038/90, que instituiu normas procedimentais no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, em seu art. 39: “Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de 5 (cinco) dias.”

O art. 39 da Lei nº 8.038/90 é interpretado em conjunto com o art. 126 do Código de Processo Civil, que prescreve: “O juiz não se exime de sentenciar ou

despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Bernardo Pimentel Souza teoriza que as decisões unipessoais prolatadas pelo relator dos tribunais intermediários são tão atacáveis quanto à dos tribunais superiores, em virtude da aplicação analógica do art. 39. Para o autor, assim como ao regimento interno dos tribunais é vedada a criação de recursos não previstos em lei, é vedada também a possibilidade de restringi-los (SOUZA, 2006, p. 1).

Neste raciocínio, as decisões monocráticas do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal não podem ser consideradas mais gravosas do que as decisões dos tribunais inferiores. Ora, se o legislador prevê expressamente a recorribilidade das decisões em sede de agravo de instrumento dessas cortes para o órgão colegiado competente, parece incoerente a idéia de que somente nos tribunais intermediários estaria proibida a recorribilidade dessas decisões.

A controvérsia se agrava porque a redação constitucional que fixa a competência privativa da União para legislar sobre direito processual é invocada tanto para justificar quanto para rechaçar o uso do agravo interno contra as decisões do relator. No primeiro caso, a negativa do regimento interno do tribunal em admitir a recorribilidade da manifestação do relator implicaria na violação do art. 22, inciso I da Constituição por usurpar competência da União, uma vez que o Código Processual vigente não impede o agravo interno (sendo autorizado analogicamente). No segundo caso, se o regimento interno do tribunal autorizasse o uso do agravo interno, seria alegada a usurpação de competência, por ser discricionariedade do relator e indevido o chamado agravo regimental.

Conforme leciona Marcelo Negri Soares, a taxatividade das modalidades recursais à luz do art. 496 do Código de Processo Civil constata a ausência de previsão legal do agravo interno. A autorização do uso deste recurso, reconhecendo que os regimentos dos tribunais não poderiam inovar nova hipótese recursal, seria integrar a posição do colegiado com o do relator: “Se não houver reconsideração, o relator

submete a matéria a seus pares, colocando o agravo regimental em mesa na primeira sessão do colegiado” (SOARES, 2003, p. 9).

De forma irreverente, Adroaldo Furtado Fabrício também propugna que a providência mais recomendável seria a imediata submissão da matéria pelo colegiado: “parece que deixaria o magistrado em situação muito incômoda se ele teimasse em não só negar a suspensividade do pedido, como ainda sentar em cima dos autos e não levar ao colegiado” (FABRÍCIO, 2005, p. 18).

Diante da problemática, torna-se imprescindível indagar se o legislador, ao optar em tornar o recurso de agravo mais célere, quis extinguir a recorribilidade das decisões do relator.

Ainda que Ernani Fidélis dos Santos entenda que a reforma acabou com a possibilidade de recurso da decisão que concede ou nega efeito suspensivo ao agravo, o próprio autor acredita que as decisões de antecipação de tutela poderão ser impugnadas, inclusive, por via mandamental (SANTOS, 2006, p. 661). O autor entende que as reformas não teriam sentido se fosse mantida a possibilidade de se recorrer ou ainda de impetrar mandado de segurança para assegurar o efeito requerido pela parte. De nada adiantaria dar ao relator a discricionariedade de receber o recurso de agravo no efeito suspensivo se esta decisão pudesse ser atacada por mandado de segurança ou recorrendo ao colegiado.

Porém, Athos Gusmão Carneiro acredita que o argumento da restrição recursal para a defesa da celeridade do rito do agravo muitas vezes não encontra respaldo na realidade (CARNEIRO, 2001, p. 176). Fatores como o acúmulo de processos, greve de servidores, problemas em intimar o agravado ou demoras decorrentes da conduta processual das partes influem na rapidez do processamento da causa e não se relacionam com a possibilidade da interposição de um agravo.

Na realidade, parece ser um equívoco supor que os problemas do sufocamento dos tribunais com o acúmulo de processos possam ser resolvidos com a extinção do agravo interno nas decisões do relator acerca da eficácia suspensiva. Até porque os

tribunais não se preocuparam em realizar de maneira significativa um levantamento para averiguar se após a reforma do recurso de agravo a quantidade de processos realmente diminuiu ou não ou se o tempo de espera para a decisão do mérito do recurso é menor.

Em nada adiantará a concentração de poderes nas mãos de um magistrado se não há dados que revelem que um julgamento monocrático é, de fato, mais eficaz que um julgamento colegiado. Parece que a melhor forma de solucionar o problema permanece na sugestão de Athos Gusmão Carneiro, onde o relator, ao receber o agravo interno, leve a julgamento à mesa na primeira sessão subsequente.

Esta medida é imprescindível em evitar com que a discricionariedade, na realidade, possa transformar-se em arbitrariedade do relator, e a posição do órgão colegiado competente seja considerada, como preconiza o princípio da colegialidade das decisões recursais.

4. O mandado de segurança como instrumento recursal

As reformas do Código de Processo Civil tiveram uma preocupação em restringir o uso do mandado de segurança que garantiam a eficácia suspensiva do recurso de agravo, recebido, em regra, apenas no efeito devolutivo.

A impetração do mandado de segurança para atos judiciais sempre foi polêmica. Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que, inicialmente, o mandado de segurança só poderia ser interposto quando o ato judicial impugnado versasse natureza administrativa. O mandado de segurança também não poderia ser interposto para atacar decisão judicial caracterizada por sua discricionariedade (WAMBIER, 1996, p. 201 e ss.).

Com efeito, os arts. 558 e 527, inciso III do Código de Processo Civil prescrevem que o relator *poderá*, a requerimento do agravante, além das hipóteses descritas exemplificadamente, conceder o efeito suspensivo nos casos de lesão grave e de difícil reparação.

A questão que se indaga é se da decisão do relator é cabível mandado de segurança para assegurar o efeito suspensivo do recurso de agravo, sabendo que a reforma do Código legou essa discricionariedade ao relator.

Atualmente, o art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/09, veda a concessão do mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo. Consoante a disciplina da antiga Lei nº 1.533/51, era vedado cabimento do mandado de segurança da decisão judicial que houvesse recurso previsto nas leis processuais ou pudesse ser modificado por via de correição. A correição parcial, neste contexto, era um recurso administrativo dirigido ao órgão disciplinar dos tribunais que procurava corrigir despachos administrativos ou de expediente, se cometidos com ilegalidade ou abuso de poder, como, por exemplo, o pedido para que o juiz negligente se manifestasse após várias petições requeridas pela parte. A correição parcial não poderia atacar deliberações do magistrado que tivessem cunho decisório, caso em que seria a parte prejudicada deveria interpor o recurso judicial do agravo de instrumento ou agravo retido, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Reconhecendo a possibilidade de haver agravo interno ao órgão colegiado para rever a decisão do relator, claro é que não caberia o remédio constitucional. Porém, alguns autores crêem que o agravo interno é um instrumento tão inidôneo quanto o mandado de segurança devido à sua natureza discricionária.

Ernani Fidélis dos Santos defende sua tese declarando que, se no sistema anterior admitia-se o mandado de segurança para dar efeito suspensivo, agora não mais se justifica. Ainda que a decisão agravada fosse manifestamente ilegal e causasse lesão de difícil reparação, a negativa do relator em dar efeito suspensivo não poderia ser atacada via *mandamus* (SANTOS, 2006, pp. 665 e 666). Tal argumento baseia-se no fato de que o mandado de segurança, nesse caso, estaria não apenas discutindo a permissibilidade de reconhecer ou não os efeitos ao agravo, mas de tentar reformar o próprio mérito da decisão, ou seja, o mandado de segurança não poderia servir como instrumento de coação ao magistrado para dissuadi-lo a decidir conforme a vontade

do agravante. A única alternativa seria aguardar o julgamento pela câmara ou turma, nos moldes do art. 527, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Para Fidélis, o mandado de segurança não pode ser instrumento recursal, sendo inadmissível quando o juiz cumpre apenas prerrogativa que a lei lhe concede de maneira expressa e invidiosa. Anteriormente, como o agravo não poderia ser recebido no efeito suspensivo, a jurisprudência passou a reconhecê-lo de acordo com a relevância da questão para simplesmente atribuir tal efeito, não reformando nem confirmando a decisão do juiz de primeiro grau.

Parece, porém, não haver óbice ao uso do mandado de segurança para reformar a decisão de mérito do juiz relator, até porque a Lei nº 12.016/09 apenas restringe seu uso nas hipóteses de haver outro recurso judicial cabível. Não poderia ser de outra forma, já que a própria Constituição excepciona a concessão do mandado de segurança contra atos de ilegalidade ou abuso de poder se o direito puder ser protegido por *habeas corpus* ou *habeas data*. A preocupação da legislação infraconstitucional que regulamenta o rito do mandado de segurança é evitar que o mesmo torne-se meio de impugnação de qualquer ofensa a direito líquido e certo, transformando-se em um grande e único veículo recursal. Mas isso não faz o mandado de segurança ser forma imprestável de reforma de mérito das decisões judiciais.

A admissão do mandado de segurança para a defesa de direito líquido e certo se preocupava mais com irreparabilidade do dano do que com sua irrecorribilidade, admitindo-se, assim uma suavização da súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal.

O próprio Supremo Tribunal Federal, no RE nº 76.909/RS (e mais recentemente no RMS nº 21.713/BA), de dezembro de 1973, sendo um verdadeiro *leading case*, decidiu que o mandado de segurança seria cabível contra ato judicial recorrível desde que este recurso fosse destituído de efeito suspensivo e o ato judicial pudesse provocar prejuízo irreparável ou de difícil reparação. O voto do ministro Xavier de Albuquerque merece ser transcrito:

Não aceito que o só fato de não ser suspensivo o recurso cabível do ato que se quer impugnar seja o bastante para autorizar o uso do mandado de

segurança. A ser assim, chegar-se-ia a conclusão, que me parece estranha e anômala, de admitir o *writ* contra todas as interlocutórias agraváveis por instrumento, salvo aquelas em relação às quais a lei permite ao juiz atribuir ao agravo o efeito de suspender a decisão recorrida, e assim mesmo, quanto a estas, de admiti-lo quando o juiz, no uso ponderado da faculdade que lhe confere a lei, entendesse de não impor a suspensividade. Conseqüência mais estranha e mais anômala seria, nessa mesma linha, admitir-se o *Writ* contra decisões apeláveis e apeladas, mas sem efeito suspensivo por expressa disposição legal, ou, pelo menos, contra os despachos que obedecendo à lei recebessem tais apelações no só efeito devolutivo.

O debate travado pelos ministros neste acórdão revelou que o legislador elencava as hipóteses em que os recursos seriam recebidos no efeito devolutivo e suspensivo. Os casos em que não se concedia a eficácia suspensiva, o legislador partia da premissa de que não haveria prejuízo à parte, logo o efeito do agravo era apenas devolutivo.

Percebendo que a negativa sistemática do efeito suspensivo do agravo poderia levar à situações irremediáveis, o mandado de segurança foi impetrado para assegurar este efeito. Como diz o ministro Xavier de Albuquerque, se a suspensividade fosse o critério único para aferir o cabimento do mandado de segurança, então seria cabível mandado de segurança apenas quando a lei não prevesse efeito suspensivo. Isto sem dúvida seria uma anomalia constitucional, pois nos casos em que o legislador presumiu serem mais gravosos, a ponto de dar o efeito suspensivo, a lesão a direito não poderia ser amparada por mandado de segurança, mas nos casos em que o legislador nem sequer considerou, então o remédio constitucional seria apto. Sem dúvida, é uma conclusão absolutamente incompatível com a proteção objetivada pelo *writ*.

O cerne em reconhecer o uso do mandado de segurança como instrumento processual passível de assegurar o efeito suspensivo dos recursos consistia em dois elementos: a irreparabilidade do dano e a ilegalidade do ato do magistrado. Se o dano não é de forma alguma irreparável, não há porque se justificar a impetração do mandado de segurança ao órgão colegiado requerendo o efeito suspensivo, uma vez que, nesses casos, o mero recebimento devolutivo do recurso seria suficiente para definição da matéria litigiosa. É claro que existirá dissenso entre a parte e relator do

que seja considerado um dano de difícil reparação, mas não é esta a preocupação que acode nesse estudo.

Para Fidélis, ainda que o objeto do agravo constitua matéria flagrante de dano irreparável, não poderia caber recurso da decisão do relator, porque como a legislação lhe concedeu esta faculdade, não haveria ilegalidade a ser atacada.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a discricionariedade como os atos “praticados com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles” (MELLO, 1994, p. 203). A discricionariedade, portanto, admite diversas decisões, em tese, a partir das finalidades escolhidas pelo administrador.

Entretanto Teresa Wambier alerta para que o termo “discricionariedade judicial” não seja empregado da mesma maneira que ele é usado no âmbito do Poder Executivo. Para a jurista existe uma diferença entre a discricionariedade administrativa e a liberdade que goza um juiz ao exercer os poderes que lhe cabem:

A Administração desempenha atividade cujo escopo precípua não é a aplicação do direito positivo. O complexo de normas jurídicas representam para a Administração, um *limite*. A Jurisdição, a seu turno, consiste justamente na atividade estatal dirigida a fazer *atuar o direito objetivo* (WAMBIER, 1996, pp. 200-201).

Não é apenas o relator que fixa os conceitos do que seja “lesão grave e de difícil reparação”, porque o problema que se debate não é meramente lingüístico, mas é, sobretudo, um problema jurídico, que deve ser solucionado nos limites da legalidade. A norma jurídica não pode ser interpretada como uma norma em branco na qual o magistrado tem plenos poderes para nela interpretar da forma que lhe convém.

Imagine a concessão de uma liminar ou de uma antecipação de tutela em que a decisão do magistrado acerca do que fosse *periculum in mora*, *fumus boni iuris* ou verossimilhança do direito alegado ficasse ao seu mero juízo, inviabilizando qualquer via recursal.

Ainda que não se defenda um fundamentalismo jurídico em se apregoar para cada caso uma única decisão correta, o relator tem o dever de prolatar a melhor decisão. Qualquer coisa menor ignora os limites objetivos da discricionariedade judicial, ignora o conteúdo normativo do direito, ignora a força dos precedentes na comunidade jurídica e, invariavelmente, transforma-se em ilegalidade.

Decisões dessa natureza não só podem como devem ser revisadas pelo órgão colegiado competente seja por agravo interno, ou na impossibilidade, por mandado de segurança.

5. Da conversão do agravo de instrumento em agravo retido

A Lei nº 9.139/95 frustrou as expectativas em reduzir a quantidade de recursos nos tribunais. Ainda que concedesse ao relator o poder de atribuir efeito suspensivo ao recurso, a possibilidade de conversão do agravo de instrumento em agravo retido só ocorreu em 2001, com a Lei nº 10.352/2001. A redação antiga disponha o seguinte:

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. (...)

A Lei nº 10.352/2001 deu nova redação ao art. 527:

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

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

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

A atual redação do art. 527, novamente alterado pela Lei nº 11.187/2005, modificou novamente a disciplina do agravo de instrumento:

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

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

II – **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;

(...)

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.** (grifo nosso).

O confronto da redação do art. 527 demonstra que algumas modificações profundas foram introduzidas no regime do agravo de instrumento: a) tornou-se possível a conversão do agravo de instrumento em agravo retido; b) a conversão que anteriormente era uma faculdade delegada ao relator tornou-se obrigatória; c) o legislador suprimiu a previsão expressa que dava para parte a faculdade de agravar ao colegiado a decisão do relator que convertia o agravo de instrumento em agravo retido.

Álvaro Bourguignon, Desembargador do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, realizou uma pesquisa estatística em que constatou que em 1994 foram interpostos 264 agravos. Em 1996, já sob a vigência da Lei nº 9.139/95, os agravos interpostos totalizaram o número de 1.197. No ano de 2001 houve a interposição de 1.811 agravos de instrumentos (JORGE, 2003, p. 172).

A conversibilidade do agravo de instrumento em agravo retido, trazido pela Lei nº 10.352/2001, foi uma tentativa de restringir a quantidade de agravos de instrumentos, requeridos quase sempre em seu efeito suspensivo e protocolado diretamente no juízo *ad quem*, e forçar a parte a optar pelo agravo retido, que sendo interposto nos próprios autos, só evita os efeitos da preclusão numa eventual apelação.

Para Flávio Cheim Jorge, são inúmeras as vantagens da interposição do agravo retido para o sistema processual. Os transtornos que poderiam ocorrer com a interposição desenfreada do agravo de instrumento, sobretudo com pedidos

manifestadamente desnecessários, poderiam justificar a extinção desse recurso no sistema brasileiro.

Explicamos melhor. No nosso sistema, contra toda e qualquer decisão interlocutória cabe o recurso de agravo, em uma de suas diversas modalidades (instrumento, retido, inominado (interno), regimental ou de despacho denegatório de recursos excepcionais). Desse modo, proferida a decisão interlocutória em primeiro grau, como regra, a parte terá a seu dispor a utilização do recurso de agravo na modalidade de instrumento ou retida (as demais são previstas para os tribunais) (JORGE, 2003, pp. 174-175).

A urgência tornou-se elemento essencial para a concessão do agravo de instrumento. É por isso que Flávio Cheim Jorge acredita que todo recurso de agravo de instrumento deverá ser pleiteado com a concessão do efeito suspensivo. Se não há urgência na tutela, o recurso correto seria o agravo retido (JORGE, 2003, p. 177).

É oportuno esclarecer, neste momento, que a conversão do agravo de instrumento em agravo retido parte da premissa de que o recurso interposto cumpriu seus requisitos essenciais. Em outras palavras, o relator deve converter o agravo de instrumento em agravo retido até a intimação da parte contrária, se o recurso for inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrariar súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior, o relator deve negar seu seguimento desde já.

Questão interessante que se coloca é que o art. 523, § 3º do Código de Processo Civil prescreve que as decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento serão agravadas na forma retida, oral e imediatamente. Ora, se o advogado interpõe agravo de instrumento impugnando decisão interlocutória proferida em audiência, como, por exemplo, o juiz que se nega em realizar a oitiva de testemunha, o relator convencido da inexistência de lesão grave poderia realizar a conversão ou estaria configurada preclusão temporal?

Todo ato postulatória para produzir seus efeitos deve preencher os requisitos legais de sua existência. Flávio Cheim Jorge diz que se o agravo não reunir as condições de admissibilidade, “a decisão recorrida fica preclusa e o recurso deve ter seu seguimento imediatamente obstado” (JORGE, 2003, pp. 174-175). Para Teresa Arruda Wambier e Luiz Rodriguez Wambier, a ausência de requisitos como os do art. 523

(juntada da cópia no processo) não impedem a conversibilidade (WAMBIER, 2002, p. 123).

Doravante a redação do art. 527, percebe-se que quando o agravo de instrumento é interposto nos casos de inadmissão da apelação ou de seus efeitos, não faz sentido referir-se a conversibilidade. Quando o juiz indefere uma apelação, o pedido do agravante nada mais pode ser do que requerer a subida dos autos ao tribunal, logo, de nada adiantaria um agravo que estivesse contido nos próprios autos se eles não pudessem ser dirigidos ao juízo *ad quem*.

Em artigo mais recente, Athos Gusmão Carneiro mostra-se favorável à possibilidade de interposição de agravo de instrumento de decisões interlocutórias proferidas em audiência dentro do decêndio e por petição escrita:

(...) basta que imaginemos a hipótese em que, durante a audiência, o juiz venha a proferir decisão considerando-se incompetente (em razão da matéria, *v.g.*) para o julgamento da causa; ou proferir decisão recusando-se à ouvida de testemunha importante, cujo estado de saúde seja grave; ou lançar decisão excluindo uma das partes, ou um assistente, da relação processual.

Em casos tais, a demora inerente ao agravo retido imporá o emprego, como recurso processual útil, do agravo por instrumento. A não ser assim, veremos o ressurgimento do mandado de segurança, como anômalo sucedâneo recursal. (CARNEIRO, 2006, p. 7)

A jurisprudência parece se direcionar no sentido de admitir a conversão do agravo de instrumento em retido (ver Apelação nº 2006.01.00.036601-7, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região). Inicialmente pode não parecer a melhor solução porque a parte sempre pode ajuizar o agravo de instrumento e, se eventualmente o relator não reconhecer a urgência, converte para agravo retido, ficando a redação do art. 523, §3º esvaziada.

Entretanto, ao analisar as outras alternativas legadas pelo legislador, a solução parece mais estapafúrdia. Caso o relator entendesse que não é caso de urgência, ele não poderia converter o agravo de instrumento em agravo retido. Porém, ainda que a matéria possa não ser urgente, não significa que ela não possa ser impugnada. À parte, então, só restaria a alternativa de na audiência interpor o agravo retido, e nos dez dias subsequentes dirigiria ao Tribunal o agravo de instrumento. Só dessa forma a parte

evitaria a preclusão de seu direito caso o relator julgasse que não é hipótese de lesão grave. Nem precisaria dizer que este último exemplo constitui verdadeira aberração processual. Daí reconhecer a possibilidade de conversão do agravo de instrumento em agravo retido, seja de decisões interlocutórias proferidas em audiência ou não.

Concernente à (im)possibilidade de recurso da decisão do relator que converte o agravo de instrumento em agravo retido, o problema remete aos mesmos fundamentos da recorribilidade das decisões que negam ou concedem o efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

A redação do parágrafo único do art. 527, ainda que afirme que a decisão liminar proferida nos casos de concessão de efeito suspensivo ou conversão do agravo de instrumento em retido somente será reformada no momento de julgamento do agravo, na realidade, só tem aplicação prática nos casos do inciso II (efeito suspensivo).

O relator, ao converter o agravo de instrumento em retido, remete os autos ao juiz de primeiro grau. O tribunal só conhecerá novamente do problema se houver apelação e a parte requerer o julgamento preliminar do agravo retido. Não faz sentido para o órgão colegiado se manifestar acerca da legalidade ou não da conversão quando já estão prontos para julgar o mérito do agravo retido, até porque não fará mais diferença se a conversão do agravo de instrumento era ou não ilegal.

6. Conclusão

Nos debates que antecederam a remessa do projeto de lei ao Congresso Nacional, alguns consideraram que a palavra “irrecorrível” poderia ensejar a acusação de que o dispositivo fosse “antidemocrático” e ofensivo ao princípio da ampla defesa. Assim, optou-se em afirmar que a decisão seria somente “passível de reforma no momento do julgamento do agravo” (CARNEIRO, 2006, p. 9).

Em outras palavras, a disciplina do agravo de instrumento funcionaria da seguinte forma: o relator observa a ausência das hipóteses de concessão do efeito suspensivo; converte o agravo de instrumento em retido; a parte prejudicada não

pode agravar desta decisão e precisa esperar até o momento em que, após a prolação da sentença, puder apelar e pedir o julgamento preliminar do agravo retido. Somente neste momento, o órgão colegiado tomará ciência da matéria a ser discutida. Nesta ocasião, qual seria o alcance efetivo da deliberação do órgão colegiado que compartilhasse dos argumentos do agravante e defendesse que o caso concreto admitiria a imediata suspensão da decisão agravada? Praticamente, nenhum. Melhor dizer que a decisão do juiz relator é irrecurível.

É o que faz o art. 933 do Código projetado, ao afirmar que a decisão do juiz relator que atribui efeito suspensivo ao recurso de agravo é irrecurível. Diante disso, pode-se antecipar a volta do mandado de segurança como remédio constitucional para combater esta decisão pelas razões já expostas.

A reforma trazida pela Lei nº 11.187/2005 e pelo Código projetado tornará o trâmite do processo mais célere?

A conclusão é pessimista.

Anteriormente, a parte optava em agravar na forma retida ou agravar por instrumento, diretamente ao Tribunal. A experiência processual pode constatar que, na maioria dos casos, a parte que teve seu pedido negado pelo magistrado tentará reformar sua decisão por agravo de instrumento, tentando demonstrar que a decisão recorrida é urgente ou causa lesão grave. A princípio ela não tem nada a perder, porque na pior das hipóteses o relator converterá o agravo de instrumento em retido (salvo nos casos em que o relator pode julgá-lo improcedente).

Aceitando a tese da irrecorribilidade da decisão do relator que concede ou nega efeito suspensivo, ou que converte o agravo de instrumento em agravo retido, à parte resta ainda o mandado de segurança.

Do exposto, percebe-se que a opção pelo agravo interno das decisões monocráticas do relator é uma opção mais adequada com a garantia da duração razoável do processo e da celeridade processual. Ora, manifestando-se o colegiado acerca do recurso de agravo, fica então decidida a questão.

Os poucos estudos quantitativos disponibilizados pelos tribunais, já mencionados no texto, revelam que as reformas sofridas pelo Código de Processo Civil foram acompanhadas pelo aumento do número de agravos. Em nada adianta a mudança constante da legislação se não se consegue determinar ao certo o porquê do aumento de recursos nos tribunais. Seria mesmo decorrência da legislação? Do aumento populacional do Brasil? Da facilidade do acesso à justiça? Do aumento de bacharéis em direito? Do valor das custas processuais?

Admite-se, hoje, a cobrança de custas processuais ao agravo de instrumento, sendo dispensável no caso do agravo retido. No Estado de São Paulo, a justiça estadual conseguiu aprovar na Assembleia Legislativa e a sanção do Governador na Lei nº 11.608/03, estabelecendo a taxa de preparo em 10 UFESP (R\$ 133,00) e retorno (R\$ 9,00) para interposição do agravo de instrumento. Essa medida diminuiu a quantidade de agravos? Não se sabe.

O prof. Barbosa Moreira, buscando realizar um levantamento dos resultados que a nova legislação havia trazido quanto à possível redução do número de mandados de segurança e paralelo incremento do número de agravos de instrumento, solicitou informações a todos os tribunais estaduais do Brasil e a todos os regionais federais. Recebeu dados de apenas três. Os outros ou não responderam ou responderam que não tinham elementos de suporte estatístico para informar (FABRÍCIO, 2005, p.15).

A celeridade processual é princípio endereçado não apenas às partes litigantes, mas também ao Poder Judiciário. Porém, as reformas legislativas devem ser acompanhadas de estudos que as tornem efetivas. Após sucessivas modificações, o atual regime do recurso de agravo não resolveu os problemas da demora processual. Já passou o momento em se criar estatísticas sérias nos tribunais, contanto, inclusive, o tempo médio de espera para o julgamento dos recursos, o motivo do atraso e a quantidade de recursos julgados pelos tribunais intermediários.

Referências

ASSIS, Araken. **Art. Dout.** In: Revista AJURIS, V. 66.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do Recurso de Agravo ante a Lei nº 11.187/2005*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.11, maio 2006. Disponível em: www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao011/athos_carneiro.htm Acesso em: 24 jan. 2007.

_____. **Recurso Especial, Agravos e Agravo interno:** exposição didática: área do processo civil, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1998.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **As sucessivas modificações do recurso de agravo e seus resultados**. Porto Alegre, mar. 2005. Disponível em: www.tj.rs.gov.br/institu/c_estudos/doutrina/congresso_direito_processual_civil/Des_Adroaldo_Furtado_Fabricio_06_02_2006.doc. Acesso em: 14 jan. 2007.

JORGE, Flávio Cheim. **A nova reforma processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo civil**. Tomo VII, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no processo civil**. São Paulo: Lejus, 1999.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOARES, Marcelo Negri. **Agravo regimental integrativo da decisão liminar no agravo de instrumento**. Disponível em: www.direitonet.com.br/artigos/x/12/61/1261, Acesso em: 05 jan. 2007.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **O agravo interno-regimental e a decisão do inciso III do artigo 527 do CPC.** Disponível em: www.oabdf.org.br/005/00502001.asp?ttCD_chave=2693. Acesso em: 05 jan. 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim & WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves comentários à segunda fase da reforma do Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O novo regime do agravo.** São Paulo: RT, 1996.