

O AGRAVO DE INSTRUMENTO E AS CAUSAS DO DIREITO DE FAMÍLIA

*Humberto Theodoro JÚNIOR**

RESUMO:

O estudo refere-se à atual sistemática do agravo no processo civil brasileiro, reformado por várias leis extravagantes até a recente Lei n.º 11.187/2005.

Em nome da política de redução do volume de recursos em tramitação pelos tribunais, o agravo contra decisões interlocutórias proferidas em primeiro grau de jurisdição deve, em regra, submeter-se à forma retida (CPC, art. 522).

Nos casos, entretanto, em que a decisão interlocutória seja suscetível de causar dano imediato grave e de difícil reparação, a forma expedita e enérgica do agravo de instrumento não pode ser recusada, como se ressalva no art. 522 do CPC.

Há casos em que o perigo de dano grave justificador do agravo de instrumento vem reconhecido expressamente em lei, como os de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea (CPC, art. 558).

No comum dos casos, todavia, a aferição da gravidade do dano temido e sua difícil reparabilidade haverá de ser feita caso a caso, segundo criteriosa análise judicial, orientada pelos mesmos padrões adotados na concessão de medidas cautelares e antecipatórias (CPC, arts. 798 e 273).

Nas ações oriundas do direito de família, em que ordinariamente se expõem direitos da personalidade a risco de lesões, estas, em princípio, devem ser tratadas como graves e de difícil reparação, pela própria natureza dos direitos em jogo, pelo que o agravo, quando cabível, haverá de observar a forma de instrumento e não a retida.

ABSTRACT:

The study regards the bill of review “agravo”¹ current systematic in the Brazilian civil action, amended by various laws until the recent Law n.º. 11.187/2005.

* Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Membro da Academia de Direito de Minas Gerais, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual e da Internacional Association of Procedural Law. Advogado.

Due to the reduction policy of the appeal volume in proceduring by the courts, the “agravo” against interlocutory decisions sentenced in district jurisdiction must, as a rule, be submitted to the withheld form (CPC, art. 522).

In cases, however, where the interlocutory sentence is susceptible to cause immediate serious damage and is of difficult redress, the prompt and energetic form of the interlocutory appeal can’t be refused, as exception in the art. 522 of the CPC. There are cases where the danger of serious damage which justifies the interlocutory appeal is expressly recognized in law, like civil arrest, adjudication, remission of assets, money raise with no proper bond (CPC, art. 558).

In common to the cases, however, checking the feared damage seriousness and its difficult reparation shall be made case-by-case, according to detailed judicial analysis, oriented by the same standards adopted in the concession of provisional remedies and restraining orders (CPC, arts. 798 and 273). In the actions arising from family law, where commonly personality rights are ordinarily exposed to risk of injuries, these, in principle, must be treated as serious and of difficult repairing, for the rights own nature at stake, since the “agravo”, when applicable, shall have to observe the formality of interlocutory appeal and not the withheld form.

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** O atual regime do agravo. **3.** Agravo retido e agravo de instrumento. **4.** Agravo retido oral. **5.** O risco de lesão grave e de difícil reparação. **6.** Cabimento do mandado de segurança contra ato abusivo do relator. **7.** Casuísmo do art. 522 do CPC. **8.** Configuração do perigo de lesão grave e de difícil reparação. **9.** Medidas cautelas, antecipatórias e outras medidas de urgência. **10.** Medidas de execução. **11.** Causas do direito de família. **12.** Conclusões.

1. Introdução

Na onda de reformas do Código de Processo Civil, o recurso que mais tem sido alterado é, sem dúvida, o agravo.

¹ “Appeal of a decision on a matter other than the merits of the case” (GOYOS JUNIOR, Durval de Noronha. Dicionário jurídico. 3. ed. São Paulo: Observador Legal Editora Ltda., 1998. p. 515).

De início, as inovações procedimentais tiveram o claro propósito de acelerar sua tramitação, permitindo o acesso da parte diretamente ao tribunal com possibilidade de obtenção imediata de liminar junto ao relator (Lei nº 9.139, de 30.11.1995). Posteriormente, formou-se uma queixa dos tribunais contra o volume, que se dizia exagerado, de agravos, o qual estaria prejudicando a tramitação dos outros recursos nas instâncias superiores. A Lei nº 10.352, de 26.12.2001, por isso, tomou a iniciativa de impor a forma retida para alguns agravos, com o que se pretendeu aliviar a pressão que esse tipo de recurso estava exercendo no segundo grau de jurisdição, o que veio a colocar o legislador em rumo contrário ao do maior acesso ao tribunal e da mais pronta solução para as questões incidentais que sabidamente tumultuam o andamento do processo na primeira instância e, à falta de rápida solução tornam instável o provimento final de mérito, comprometendo a efetividade da prestação jurisdicional.

Mais recentemente, a Lei nº 11.187, de 19.10.2005, radicalizou o combate do uso do agravo de instrumento qualificado pelos tribunais como abusivo e intolerável. Em lugar de tratar o agravo retido como exceção, foi o agravo de instrumento que se tornou excepcional. A regra passou a ser o agravo retido, cujo exame em segundo grau, ordinariamente só ocorre, como é de tradição, se e quando for julgada eventual apelação contra a sentença que põe fim ao processo em primeira instância. Com essa última reforma do CPC, teve-se o nítido intuito de reservar o agravo de instrumento e, conseqüentemente, o acesso direto do recorrente ao tribunal, apenas para os casos de real urgência. Além do mais, drásticas restrições foram também impostas aos agravos contra decisões tomadas em audiência e à recorribilidade das decisões singulares do relator proferidas em liminar.

Convém lembrar a advertência já feita em doutrina de que realmente o número de agravos de instrumento aumentou muito a partir da Lei nº 9.139/1995, graças à facilidade de acesso direto ao tribunal e à possibilidade de obtenção de liminar para suspender, de imediato, a decisão impugnada; “mas, não é menos verdade que muitos processos tiveram solução mais rápida”, não se podendo negar que “sem dúvida houve um ganho com a interposição do agravo de instrumento nos tribunais”².

² RIZZI, Luis Sérgio de Souza. O novo regime do agravo. In: ALVIM, J. J. Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.) *Atualidades do Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2007, v. I, p. 24.

Mais uma vez, portanto, o enfrentamento da crise dos serviços judiciários se faz fora do verdadeiro foco do problema. Reforma-se a lei, em detrimento do seu espírito, em vez de reformarem-se os serviços, seus agentes e seus equipamentos. Os resultados, em semelhante conjuntura, nunca serão positivos para a meta constitucional do processo justo e eficiente³.

O crescimento desordenado e incontrolável da litigiosidade e do volume de recursos tem raízes fora da disciplina legal do processo. Quando a conscientização da cidadania se amplia politicamente, quando o acesso à justiça é assegurado e garantido pela Constituição como direito fundamental, quando a efetividade da prestação jurisdicional exige, sempre mais e mais, medidas preventivas, liminares no plano cautelar e antecipatório, quando os bens coletivos exigem tutela ampla e imediata, claro é que os incidentes processuais relevantes experimentam igual incremento, que vai refletir necessariamente sobre a quantidade sempre crescente de agravos. Não se pode, destarte, reduzir o volume desses recursos sem prejudicar o relevante papel que a efetividade da tutela jurisdicional prometida pela Constituição saia prejudicada⁴

2. O atual regime do agravo

O agravo continua sendo, mesmo após a reforma operada no CPC pela Lei nº 11.187/2005, o recurso cabível das decisões interlocutórias, dentro do prazo de dez dias (art. 522, em sua redação atual).

³ “Na verdade, nem sempre é o melhor caminho procurar resolver os problemas de administração da justiça através de modificações nos institutos de direito, sobretudo de direito processual. O que acontece em todos os países que sentem crescer o número de ações, o número de processos, de recursos, é ampliar o número de juízes, de juízos e de tribunais. Não há outra solução quando o problema é o número de causas: criar outros Tribunais... A mudança da lei não é a única saída para os problemas da morosidade da justiça. A boa lei contribui, mas não é a única saída para os nossos problemas” (RIZZI, Luis Sérgio de Souza. *O novo regime do agravo cit.*, p. 24-25).

⁴ “Parece que o efeito dessa relevante questão, que é o excessivo volume de ações e de recursos, ficou mais relevante do que as principais causas desse fenômeno, inexorável na democracia que, ao nosso ver, consistem no crescimento da litigiosidade, na expansão da informação e na garantia constitucional de acesso à justiça. Houve, também, na sociedade brasileira, expressivo crescimento do ponto de vista quantitativo. É inexorável, portanto, o crescimento vertiginoso do número de pretensões deduzidas em juízo. Nesse sentido, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, com a experiência de mais de quarenta anos de magistratura e com a sabedoria correspondente, com a habitual profundidade e serenidade de pensamento, afirma categoricamente: ‘vale, todavia, reiterar que a pleora de agravos é de certa forma inerente ao processo civil moderno, em que as exigências de celeridade na solução (ainda que provisória) da lide levaram o legislador, no Brasil como alhures, a autorizar, sob cognição superficial, a concessão liminar de providências cautelares e de antecipações dos efeitos da (provável) futura sentença de procedência. Então, a alteração da lei, ainda que se possa constatar a existência de intenção expressa, no sentido de dotar o sistema de maior grau de efetividade, cada vez mais faz do que ‘remendá-lo’, de molde a obter um pouco mais de rendimento da estrutura judiciária posta a serviço da sociedade, sem que qualquer esforço efetivo se tenha feito no sentido de melhor aparelhar o Poder Judiciário” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à justiça, garantido pela Constituição Federal*. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord). *O novo Regime do Agravo de Instrumento e do Agravo Retido*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 340-341).

Por decisão interlocutória entende-se o ato do juiz por meio do qual, no curso do processo, se resolve questão incidente (CPC, art. 162, § 2º). Não é a matéria enfrentada que influi na conceituação de decisão interlocutória, mas a posição que a questão dirimida possa ter em face do destino do processo. Se a força do decisório é encerrar o feito no que diz respeito à sua marcha natural rumo ao provimento jurisdicional para o qual a relação processual cognitiva se instaurou, o caso é de sentença, pouco importa tenha sido resolvido ou não o mérito da causa (CPC, art. 162, § 1º, c/c arts. 267 e 269). Se a questão dirimida está a meio caminho do provimento final pretendida pela parte, de sorte que, após sua resolução, a marcha processual haverá de prosseguir para atingir a meta programada para a prestação jurisdicional completa e definitiva, a hipótese será de decisão interlocutória, sem se indagar da natureza da matéria enfrentada.

Os exemplos mais evidentes de decisão interlocutória são as liminares de ações especiais como as possessórias, o mandado de segurança, a ação de nunciação de obra nova, as ações coletivas, as cautelares etc. Não é, porém, apenas no limiar dos processos que as decisões interlocutórias acontecem. Casos freqüentíssimos de atos judiciais da espécie ocorrem em qualquer estágio do procedimento, quando o juiz defere ou indefere pedido de antecipação de tutela, pedido de diligência probatória, de suspensão do processo, de habilitação incidente de sucessor, de saneamento de nulidades, de intervenção de terceiros e, de maneira geral admite ou não recursos, e soluciona problemas ligados aos pressupostos processuais e condições da ação, sem pôr fim ao processo.

Há possibilidade de agravo tanto no primeiro grau de jurisdição como nas instâncias superiores, mas sempre contra decisões singulares. Essa modalidade de recurso não se adapta à decisões colegiadas (acórdãos) dos Tribunais.

Em primeiro grau, há o agravo retido e o agravo de instrumento, e, nos tribunais admite-se o agravo interno, para ataque a decisões singulares do relator ou do presidente. Diz-se interno esse último agravo porque tanto a decisão impugnada como o julgamento do recurso ocorrem no interior do mesmo tribunal: o prolator da decisão agravada e o colegiado que soluciona o agravo são órgãos internos do mesmo tribunal.

O agravo, tal como disciplinado pelos arts. 522 a 529 do CPC, é recurso cabível apenas contra as decisões interlocutórias proferidas durante o curso do processo em primeira instância. Os agravos contra decisões singulares tomadas nos tribunais têm o seu procedimento traçado pelos dispositivos legais que os prevêm (v.g., CPC, art. 544 e §§) e pelos regimentos internos de cada tribunal (v.g., RISTJ, arts. 258-259; RISTF, arts. 317 e §§)⁵.

3. Agravo retido e agravo de instrumento

O agravo manejado contra decisão interlocutória proferida no primeiro grau de jurisdição, pode seguir a forma de *agravo retido* ou de *agravo de instrumento*. O primeiro é formulado por petição endereçada ao próprio juiz prolator da decisão recorrida, que ordenará sua juntada aos autos para posterior e fortuito exame do tribunal, em preliminar, quando eventual apelação devolver-lhe o conhecimento da causa, condicionado, porém, seu conhecimento, à confirmação do agravo nas razões ou contra-razões da apelação (CPC, art. 523, § 1º).

O agravo de instrumento, por sua vez, é dotado de grande eficiência para acelerar a solução do incidente sobre que versou a decisão interlocutória, pois é formulado por meio de petição que o recorrente encaminha diretamente ao tribunal e que é instruída com cópias das peças do processo necessárias à apreciação da impugnação recursal (arts. 524 e 525). Além disso, cabe ao relator, ao despachar a petição de agravo: a) negar-lhe seguimento, se configurado algumas das hipóteses do art. 557; b) converter o agravo de instrumento em agravo retido, nas situações previstas no art. 527, II; c) atribuir efeito suspensivo ao agravo (que normalmente não o tem) (CPC, art. 558); ou d) deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal (CPC, art. 527, III).

Houve época em que a adoção de uma ou outra modalidade de agravo era opção do recorrente. No regime atual (art. 522, *caput*, na redação da Lei nº 11.187/2005), o agravo, por imposição da lei deve, em regra ser interposto na forma retida. Só se admitirá a forma de instrumento, para apreciação do Tribunal:

- a) quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação; ou

⁵ STJ, 2ªT., AgRg. no AI 461.161/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, ac. 15.10.2002, DJU 11.11.2002, p. 208.

- b) quando se tratar de decisão que inadmita a apelação ou lhe defina os efeitos.

O agravo retido, embora não enseje imediata apreciação pelo tribunal, desempenha importante papel no processo, porque uma vez interposto impede a preclusão em torno da matéria tratada na decisão interlocutória. É, outrossim, um recurso econômico para a parte e para o processo, porque não está sujeito a preparo e não interfere no prosseguimento da marcha processual, já que somente subirá ao tribunal junto com a eventual apelação manejada contra a sentença final da causa. Se não for interposta a apelação, ou se não ocorrer a confirmação do agravo retido nas razões ou contra-razões do último recurso, dele não se conhecerá (CPC, art. 523, § 1º). Trata-se, dessa forma de um recurso sob condição.

4. Agravo retido oral

Nas audiências de instrução e julgamento, em que se ultima a coleta das provas orais e se realiza o debate final da causa, múltiplas decisões interlocutórias podem ser tomadas pelo juiz, de forma oral⁶. Também de forma oral, terá de ser o agravo contra elas manifestado. Nessas circunstâncias, e para não atropelar o procedimento, já que se está na iminência de ocorrer seu encerramento em primeiro grau pela sentença, obriga a lei seja o agravo formulado sempre em forma retida e oral. Além disso, a interposição terá de ser imediata, isto é, logo em seguida à decisão, devendo constar do termo da audiência, nele expostas sucintamente as razões do agravante (CPC, art. 523, § 3º, na redação da Lei nº11.187/2005).

Assim como o agravante tem de usar a forma oral na espécie, para agravar e arrazoar, também o agravado terá de ser ouvido e de produzir suas contra-razões, de imediato, na própria audiência.

A obrigatoriedade do agravo oral e retido dá-se apenas na audiência de instrução e julgamento, para fazer cumprir o princípio da oralidade predominante naquele momento processual. Não tem, portanto, pertinência com outras audiências como as de

⁶ Exemplos de decisões comuns em audiência: deliberações em torno de contradita de testemunhas, de deferimento ou indeferimento de perguntas a testemunhas ou partes, de juntada de documentos de prorrogação do prazo para alegações finais, de pedido de antecipação de tutela, de dispensa de prova requerida por advogado que afinal não compareceu à audiência, de inversão da ordem de colheita da prova, etc.

justificação liminar nas ações possessórias (CPC, art. 928) ou em ações cautelares (CPC, art. 807), nem naquelas de caráter de saneamento, como a denominada audiência preliminar (CPC, art. 331). Em todos esses casos, as decisões, mesmo tomadas em audiência, poderão ser impugnadas por agravo escrito no prazo normal de dez dias, de forma retida ou por instrumento, conforme a regra geral do art. 522.

5. O risco de lesão grave e de difícil reparação

Ao determinar que o relator converta o agravo de instrumento em agravo retido, quando se tratar de decisão não suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação (CPC, art. 527, nº II), a nova sistemática do recurso está demonstrando que a vontade da lei é realmente no sentido de prevalecer a retenção do agravo em todos os casos em que não se mostre configurada a urgência no julgamento do recurso⁷. É a constatação *in concreto* do perigo de dano imediato para o agravante, grave e de difícil reparação, que haverá de determinar o cabimento do agravo por instrumento. Fora de tal conjuntura, o recurso intentado diretamente junto ao tribunal será convertido pelo relator em agravo retido, e será encaminhado ao juízo da causa para juntada aos autos principais, onde se cumprirá o procedimento dos arts. 522 e 523 do CPC.

A inadmissão da forma de instrumento, pelo relator, não importa em indeferimento ou denegação do agravo, mas apenas em sua conversão no remédio adequado. O legislador optou expressamente pela fungibilidade entre os dois tipos de agravo, pelo que não é dado ao relator ou ao tribunal o indeferimento do recurso a pretexto de sua inadequação ao caso. A única solução adotável, na espécie, é a conversão preconizada pela lei: o agravo proposto na modalidade de instrumento prosseguirá sob o rito determinado para o agravo retido. Nada mais.

6. Cabimento do mandado de segurança contra ato abusivo do relator

Que atitude cabe ao relator quando estiver inseguro quanto à gravidade do risco que corre o agravante? Em se tratando de decisão que pode comprometer a garantia constitucional do acesso à justiça e à efetividade da tutela jurisdicional, anotam LUIZ RODRIGUES WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM e JOSÉ MIGUEL GARCIA

⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER; Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2006, v. 2, p. 253-254; DÓRO, Andreza Sanches. Agravo retido na Lei nº 11.187/05. In: ALVIM, J. J. Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.) *Atualidades do Processo Civil cit.*, p. 59-60;

MEDINA que, ao final de um exame mais aprofundado do recurso, o relator haverá de tomar uma das seguintes decisões: “a) deverá julgá-lo desde logo, se presentes os requisitos do art. 557 do CPC; ou b) não deverá convertê-lo em agravo retido, mas dar seguimento ao processamento do recurso, encaminhando-o ao julgamento do órgão colegiado”⁸. O que, segundo tal doutrina, não se afigura razoável nem aceitável é que um possível risco grave (ainda que não totalmente provado) seja assumido pelo relator em detrimento da parte, mormente quando sua decisão é, por força da lei, não sujeita a recurso algum (CPC, art. 527, parág. único). É bom lembrar que, consoante antiga e consagrada regra de hermenêutica, as leis que restringem direitos não podem ser interpretadas ampliativamente e, na dúvida, devem ser aplicadas em prol da liberdade e não da restrição. Em outros termos são de interpretação sempre estrita.

Como a lei somente admite contra a decisão de conversão o pedido de reconsideração dirigido ao próprio relator, caso este insista na posição tomada, criando real perigo de dano sério ao direito do agravante, não se poderá recusar-lhe o uso do mandado de segurança, remédio constitucional contra abuso de qualquer autoridade, inclusive as judiciárias, que atente contra direito individual líquido e certo⁹.

7. Casuísimo do art. 522 do CPC

A regra ora dominante no Código de Processo Civil é a de que impõe o agravo retido como recurso adequado para impugnar as decisões interlocutórias. O agravo de instrumento ocupa uma posição de exceção, somente utilizável nos termos da ressalva contida no art. 522 (redação da Lei n.º 11.187, de 19.10.2005). Segundo tal dispositivo de lei, o agravo de instrumento será cabível apenas quando se voltar contra:

a) decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação;

⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER; Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários cit.*, loc. cit.

⁹ Cabe o mandado de segurança “especialmente no caso de decisão do relator sem fundamentação que converte o agravo de instrumento em retido, nega o efeito suspensivo ou indefere em sede recursal a tutela antecipada pleiteada, por violação ao direito líquido e certo à fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/88). Também cabe a impetração, apesar de fundamentada a decisão liminar do Relator do agravo de instrumento, e em situações singularíssimas onde houver prova documental pré-constituída que foi desconsiderada ou não apreciada pela decisão, como meio constitucional e específico para controle de decisões judiciais proferidas com ilegalidade ou abuso de poder, para proteção do direito líquido e certo, violado ou ameaçado de violação, do impetrante” (TAKOI, Sérgio Massaru. A decisão do relator no novo regime do agravo de instrumento (Lei nº 11.187/05) e o mandado de segurança. ALVIM, J. J. Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.) *Atualidades do Processo Civil cit.*, p. 35). No mesmo sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC Brasileiro*. 4.ed. São Paulo: RT, 2005, p. 436-439; GIRARDELLI, Adriana Carvalho. Nova lei do agravo – Das decisões interlocutórias: Qual o recurso cabível. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord). *O novo Regime do Agravo de Instrumento cit.*, p. 40.

b) decisão que inadmite a apelação ou que delibera quanto aos efeitos em que a apelação é recebida.

Nas hipóteses da letra “b” supra é intuitiva a imprestabilidade do agravo retido. Se a apelação já foi inadmitida nunca teria o agravo represado em 1ª instância condições de ser examinado e decidido pelo tribunal, visto que o recurso principal jamais subirá e com ele ficará sepultado também o acessório, isto é, o agravo retido. Tornar-se-ia uma completa inutilidade, já que não se prestaria para servir ao interesse recursal da parte a ser tutelado pelo remédio impugnativo franqueado pela Lei. Realmente, só a forma de instrumento terá utilidade processual, na espécie.

O mesmo se passa com a decisão que definiu os efeitos com que a apelação é recebida. Se a parte tem o direito de recorrer contra tal decisório, é preciso que o sistema recursal propicie alguma utilidade ao meio impugnativo. Se o agravo fosse da modalidade retida, o Tribunal somente iria apreciá-lo quando julgasse a apelação. Aí já não teria mais sentido reconhecer que à apelação deveria ter sido atribuído efeito diverso do que lhe emprestou o juiz do 1º grau. O efeito recursal, na espécie, está sempre ligado à pretensão de realizar ou impedir a execução provisória da sentença apelada, enquanto se aguarda o desfecho da apelação. Se o exame do agravo fosse feito junto com o da apelação, todo o propósito do agravo perderia sentido. Daí porque a lei assegura ao recorrente discutir os efeitos da apelação por meio de agravo de instrumento, afastando da hipótese o agravo retido (art. 522, *in fine*).

Nessas duas exceções abertas pelo art. 522, para ensejar o uso do agravo de instrumento, não é preciso ao agravante demonstrar o perigo de lesão grave e de difícil reparação. O fundamento é outro: a necessidade lógica de preservar a eficácia do recurso, já que nenhum efeito prático teria o agravo se processado na forma retida.

Resta analisar a hipótese da letra “a” supra: risco de lesão agrave e de difícil reparação. É o que se fará no tópico seguinte.

8. Configuração do perigo de lesão grave e de difícil reparação

A noção de risco de dano grave e de difícil reparação é bastante conhecida do direito processual moderno, pois é em torno dela que se constrói a teoria das tutelas de

urgência (medidas cautelares e de antecipação de tutela). Não é diferente o *periculum in mora* no terreno do agravo, já que o propósito do legislador, ao regular o agravo de instrumento e distingui-lo do agravo retido não foi outro senão o de reservar aquele apenas para as situações em que não pudesse o processo afastar o perigo de dano grave a não ser por via de um recurso célere e dotado de possibilidades expeditas aptas a propiciar uma tutela efetiva ao direito ou interesse da parte. Sem a presença do *periculum in mora*, o recurso de agravo deverá funcionar na modalidade retida, que é consentânea com o princípio da oralidade e da economia processual, devendo seu julgamento ocorrer em conjunto com a posterior apelação, se vier a ser interposta. Se a apelação não for, a seu tempo, manejada, é porque a parte encontrou satisfação para sua pretensão deduzida em juízo independentemente da solução do agravo. Ele terá perdido sentido e o interesse da parte terá desaparecido.

Diante desse quadro, pode-se afirmar que ocorre o perigo de dano agravo e de difícil reparação quando a parte prejudicada pela decisão interlocutória não pode aguardar a oportunidade da futura apelação para encontrar a tutela buscada, sem sofrer perda ou redução significativa em sua situação jurídica. Para tanto, é preciso que da decisão interlocutória decorram efeitos imediatos a atuar sobre o bem da vida ou o interesse jurídico de que a parte se afirma titular.

Não é preciso que a lesão seja irremediável, mas que seja grave e que, no futuro, seja muito onerosa ou muito problemática a restauração respectiva.

Grave é, nessa ordem, qualquer risco que afeta os direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, a dignidade humana. Qualquer demora na devida tutela, ainda que curta, já representa dano de difícil reparação, justificando o agravo de instrumento.

Grave também é o risco de violação à garantia do devido processo legal, como os que afetam a garantia do processo justo substancial e formalmente, pondo em risco o direito ao juiz natural, ao contraditório e ampla defesa, bem como o acesso pleno e efetivo à Justiça. Se o dano a esses predicamentos constitucionais é atual ou iminente, não é lícito impor à parte a protelação longa da adequada tutela garantida como direito fundamental.

É caso a caso que se terá de concretamente avaliar o peso do interesse afetado pela decisão impugnada para decidir sobre o cabimento, ou não, do agravo de instrumento. Evidentemente, os embaraços da demora natural do pleito em juízo não podem servir de justificativa para lançar mão a torto e a direito do agravo de instrumento. Um juízo de razoabilidade haverá de prevalecer, até mesmo para facilitar que a meta principal do processo seja mais prontamente atendida, evitando-se os percalços de remédios impugnativos não urgentes nem necessários¹⁰.

Pode-se adotar, como critério prático, um juízo de ponderação: que prejuízo seria maior para o bom andamento do processo e a mais rápida solução do litígio? Essa boa solução estaria comprometida, de fato, se a questão debatida na decisão interlocutória tivesse sua revisão relegada para a fase de apelação?

Muito mais importante do que proliferar meios custosos de recurso é garantir que a solução final e definitiva da causa será proporcionada aos litigantes no menor espaço de tempo possível.

Daí o acerto da reforma do Código de Processo Civil quando põe à disposição das partes, como regra, o agravo retido, e trata o agravo de instrumento como remédio excepcional cujo uso se justifica apenas nos casos de real urgência.

9. Medidas cautelares, antecipatórias e outras medidas de urgência

É bom lembrar que o maior afluxo do agravo de instrumento se deu justamente em decorrência da abertura do processo moderno para as tutelas de urgência. O processo justo hoje não é apenas aquele que garante uma sentença final em plena conformidade com as regras de direito material aplicáveis ao caso concreto. É, sobretudo, o que põe à disposição dos litigantes um instrumental capaz de chegar a um resultado de efetiva satisfação de tudo o que o direito material lhes assegura.

Liminares, medidas cautelares, providências antecipatórias, tudo isto tornou-se exigência imperiosa, cuja concretização vem sempre presidida pelo signo da urgência e até mesmo da emergência. Nesse quadro, é intuitivo que, em princípio, se terão de tratar

¹⁰ O art. 558 do CPC enumera casos de risco grave, por óbvia constatação legal, que justificam o agravo de instrumento com efeito suspensivo: prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea.

como casos de risco de lesão grave e de difícil reparação todos os que retratem necessidade de medidas da espécie, seja no sentido positivo (deferimento), seja no sentido negativo (revogação).

Negar, quando cabíveis, medidas de urgência, ou deixar de revogá-las, quando incabíveis, é sem dúvida o grande desafio para os tribunais no tratamento dos recursos de agravo. Como hoje não se pode privar os jurisdicionados das tutelas de urgência, sem malferir a garantia de efetividade do acesso à Justiça, também não se pode impedir, exageradamente, o manejo do recurso que fundamentalmente se liga à essência da tutela emergencial, que é o moderno agravo de instrumento.

10. Medidas de execução

Por último, não se pode tratar as decisões interlocutórias do procedimento executivo dentro da mesma ótica do procedimento de cognição. Neste último é fácil relegar as impugnações incidentais para exame ulterior do tribunal, a ser realizado quando da futura apelação, já que esta será sempre cabível e fará com que sempre o processo inteiro chegue ao conhecimento da instância de segundo grau. Na execução, todavia, não há a perspectiva de uma sentença sobre o mérito da causa, já que o provimento esperado não é o accertamento do direito subjetivo da parte, mas sua material satisfação, que se consumará antes de qualquer sentença e nem mesmo *a posteriori* se submeterá a uma sentença que lhe aprecie o conteúdo e validade. Daí que os atos executivos preparatórios e finais reclamam impugnação por agravo de instrumento. O agravo retido, cuja eficácia se condiciona à ratificação em futura apelação, é de todo inoperante na espécie: primeiro porque não haverá uma ulterior apelação em que o ato executivo possa ser reapreciado; segundo porque os atos executivos são atos de agressão patrimonial que, quase sempre, afetam de imediato a posse ou propriedade de bens do executado, representando, de ordinário, o risco de lesão grave e de difícil reparação. Imagine-se a penhora do capital de giro da empresa, ou a designação de praça ou leilão dos bens penhorados. Claro é que os efeitos nefastos da manutenção de tais atos executivos (como tantos outros) conduzem a parte a privações ou restrições de direito cuja solução não pode ser protelada.

Seja, pois, em razão da própria sistemática do agravo retido, que não é compatível com a atividade jurisdicional executiva, seja pelo risco grave de lesão de

difícil reparação, o agravo de instrumento é o recurso próprio para atacar as decisões interlocutórias tomadas durante a atividade jurisdicional executiva.

11. Causas do Direito de Família

Os litígios oriundos do direito de família podem, às vezes, resumir-se a meras disputas patrimoniais, como no caso da partilha de bens em consequência de dissolução da sociedade conjugal ou da união estável. Nesses casos, a aferição do risco de lesão grave e de difícil reparação para efeito de admissão do agravo de instrumento, não oferece particularidade alguma, e os critérios a seguir são os mesmos adotados na exegese dos arts. 522 e 527, II do CPC, já explorados.

O que merece maior cuidado são as causas de estado, porque nelas freqüentes são as exposições de direitos da personalidade a perigo de lesão, durante a marcha de processos como os de alimentos, de guarda de filhos ou incapazes, de investigação de paternidade, de separação ou divórcio e outros do mesmo gênero¹¹.

Valores tutelados como direitos fundamentais, a exemplo do nome, da imagem, da honra, da liberdade, da intimidade, da privacidade, não admitem exposição a risco, pelo que qualquer decisão interlocutória que os ameace injustamente deve ser vista como “decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”, para os fins do art. 522 do CPC.

Com efeito, nunca é pouco lembrar a ênfase com que a Constituição destaca os direitos da personalidade entre as garantias fundamentais: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (CF., art. 5º, X).

Como a tutela jurisdicional assegurada não é apenas a sancionatória para o dano já consumado, mas compreende também a preventiva, ou inibitória (CF, art. 5º

¹¹ “Consabido que as ações de família, diante do contexto de dirimir problemas que envolvem questões complexas e urgentes do drama conjugal/convivencial, devem ser resolvidas dialeticamente a sugerir resolver também pessoas, e não apenas os processos, as decisões interlocutórias nela proferidas tendem, de regra, a desafiarem o agravo de instrumento. A esse respeito merece considerar que dever-se-á, em comum, ser exercida tal modalidade, porquanto o regime de retenção nem sempre atenderá os reclamos que carecem de uma pronta solução jurisdicional” (ALVES, Jones Figueiredo. O novo regime do agravo: exceções à norma-princípio da retenção obrigatória. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss. *Processo Civil aspectos relevantes*. São Paulo: Método, 2007, p. 589).

XXXV), claro é que qualquer ameaça a direito fundamental, como os da personalidade, tem de ser prontamente debelada pelas vias processuais, adequadas.

O agravo de instrumento, sem sombra de dúvida, é um importante instrumento tutelar, quando a ameaça ao direito fundamental da parte decorre de decisão interlocutória ilegal ou abusiva proferida no curso de ação em torno das delicadas questões surgidas no âmbito do direito de família.

Qualquer ofensa, por pequena que seja, à honra, à dignidade, à privacidade, à imagem da pessoa não pode ser tolerada, nem admite delongas na sua repressão como as inerentes ao procedimento do agravo retido. Só o agravo de instrumento se apresenta com a força e eficiência necessárias para a pronta e imediata supressão do perigo de dano de que o direito da personalidade se sente ameaçado por decisão errônea ou abusiva incidentalmente prolatada na pendência das ações do direito de família.

Uma vez que é comum e freqüente a ameaça ou o dano a direitos da personalidade nas causas de família, pode-se concluir no sentido de que os agravos, nesses feitos não de ser, quase sempre, transitados pela forma de instrumento, para que a tutela jurisdicional cumpra a garantia de efetividade prometida pela Constituição ao direito de acesso à justiça.

Não se quer com isso afirmar que a simples qualificação de uma causa como de estado torne cabível o agravo de instrumento contra todas as decisões interlocutórias nela ocorridas. A advertência que se faz é de que, sendo natural e constante o envolvimento de direitos da personalidade em tais demandas, e sendo intoleráveis os danos ou ameaças de dano a esse direitos, é o agravo de instrumento, e não o agravo retido, o recurso próprio para impedi-lo ou debelá-lo.

12. Conclusões

a) Em nome da política de redução do volume de recursos em tramitação pelos tribunais, o agravo contra decisões interlocutórias proferidas em primeiro grau de jurisdição deve, em regra, submeter-se à forma retida (CPC, art. 522);

b) Nos casos, entretanto, em que a decisão interlocutória seja suscetível de causar dano imediato grave e de difícil reparação, a forma expedita e enérgica do agravo de instrumento não pode ser recusada, como se ressalva no art. 522 do CPC;

c) Além da repressão ao dano grave e de difícil reparação, o agravo de instrumento se presta também, a combater as decisões interlocutórias proferidas após a sentença e no cumprimento das condenações ou na execução dos títulos extrajudiciais e, de maneira geral, em todos os casos em que não haja previsão de cabimento de ulterior apelação, já que não haveria como dar curso e julgamento ao agravo retido em tais situações;

d) Há casos em que o perigo de dano grave justificador do agravo de instrumento vem reconhecido expressamente em lei, como os de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea (CPC, art. 558);

e) No comum dos casos, todavia, a aferição da gravidade do dano temido e sua difícil reparabilidade haverá de ser feita caso a caso, segundo criteriosa análise judicial, orientada pelos mesmos padrões adotados na concessão de medidas cautelares e antecipatórias (CPC, arts. 798 e 273);

f) Nas ações oriundas do direito de família, em que ordinariamente se expõem direitos da personalidade a risco de lesões, estas, em princípio, devem ser tratadas como graves e de difícil reparação, pela própria natureza dos direitos em jogo, pelo que o agravo, quando cabível, haverá de observar a forma de instrumento e não a retida.

13. Referências Bibliográficas

- ALVES, Jones Figueiredo. O novo regime do agravo: exceções à norma-princípio da retenção obrigatória. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss. Processo Civil aspectos relevantes. São Paulo: Método, 2007.
- DÓRO, Andreza Sanches. Agravo retido na Lei nº 11.187/05. In: ALVIM, J. J. Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.) Atualidades do Processo Civil. Curitiba: Juruá, 2007, v. I.

GIRARDELLI, Adriana Carvalho. Nova lei do agravo – Das decisões interlocutórias: Qual o recurso cabível. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord). O novo Regime do Agravo de Instrumento e do Agravo Retido. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RIZZI, Luis Sérgio de Souza. O novo regime do agravo. In: ALVIM, J. J. Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.) Atualidades do Processo Civil. Curitiba: Juruá, 2007, v. I.

TAKOI, Sérgio Massaru. A decisão do relator no novo regime do agravo de instrumento (Lei nº 11.187/05) e o mandado de segurança. ALVIM, J. J. Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.) Atualidades do Processo Civil. Curitiba: Juruá, 2007, v. I.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER; Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários á nova sistemática processual civil. São Paulo: RT, 2006, v. 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC Brasileiro. 4.ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. O novo recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à justiça, garantido pela Constituição Federal. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord). O novo Regime do Agravo de Instrumento e do Agravo Retido. São Paulo: Quartier Latin, 2006.