

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual
Civil

Daniel Salvado Moraes

**O REGIME DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO
DE AGRAVO VOLTADO À IMPUGNAÇÃO DAS
DECISÕES PROFERIDAS NO PRIMEIRO GRAU
DE JURISDIÇÃO SOBRE REQUERIMENTO DE
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

**BRASÍLIA
2008**

Daniel Salvado Moraes

**O REGIME DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO
DE AGRAVO VOLTADO À IMPUGNAÇÃO DAS
DECISÕES PROFERIDAS NO PRIMEIRO GRAU
DE JURISDIÇÃO SOBRE REQUERIMENTO DE
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. MSC Fábio Lima Quintas
Co-orientadora: Prof. MSC Inês Porto

BRASÍLIA
2008

Daniel Salvado Moraes

**O REGIME DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO
DE AGRAVO VOLTADO À IMPUGNAÇÃO DAS
DECISÕES PROFERIDAS NO PRIMEIRO GRAU
DE JURISDIÇÃO SOBRE REQUERIMENTO DE
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente Prof.

Integrante Prof.

Integrante Prof.

A Tamara e Letícia, a família que formei.

A Sergio, Maria Clara e Paulinho, a família que me formou.

Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça,
porque serão saciados. (Mateus, capítulo 5, versículo 6)

RESUMO

A presente monografia tem a finalidade de estudar o regime de interposição do recurso de agravo mais adequado à impugnação das decisões proferidas em primeira instância sobre requerimentos de concessão de medidas antecipatórias dos efeitos da tutela. A metodologia utilizada no trabalho foi, quanto ao tipo de pesquisa, dogmática ou instrumental, uma vez que tem como finalidade discutir, de modo mais objetivo que teórico, determinados elementos do sistema jurídico posto, sem a pretensão de abordar noções relativas a outros campos do saber. Já quanto ao método de procedimento e quanto às fontes de pesquisa, a monografia pode ser classificada como monográfica e bibliográfica ou documental, por possuir uma estrutura mais tradicional, tendo como base uma revisão da bibliografia teórica e da jurisprudência existentes sobre o tema. O trabalho se desenvolve a partir de um exame dos institutos da antecipação de tutela e do recurso de agravo. Na abordagem do primeiro, é estudada a tutela jurisdicional padrão, discutindo-se sua adequação aos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal, do Contraditório, da Ampla Defesa, da Efetividade da Jurisdição, da Celeridade e da Razoável Duração do Processo. De uma análise destes elementos efetuada à luz do Princípio da Proporcionalidade, fica evidenciado que a antecipação de tutela foi o meio encontrado pelo legislador para harmonizar estes princípios em determinados casos. Complementa-se a análise do instituto com o estudo das hipóteses de antecipação de tutela previstas no artigo 273 do Código de Processo Civil, bem como do conteúdo e da eficácia da decisão antecipatória da tutela. Segue-se a este exame um estudo sobre os meios previstos no ordenamento para a impugnação deste tipo de decisão, focalizando o principal deles, o recurso de agravo. Sobre este recurso, se discorre acerca de seu conceito, da repercussão da prolação da sentença no agravo pendente de julgamento e, mais detidamente, de seus regimes de interposição, examinando-se, principalmente, os critérios estabelecidos na lei para a adoção de cada um, bem como os casos em que, tendo em vista aspectos como o interesse recursal, efetividade e celeridade, a retenção não se mostra adequada. Por fim, da análise conjugada dos temas estudados, chegou-se a conclusão de que, no tipo de caso em questão, deve ser utilizado somente o agravo sob o regime instrumental.

PALAVRAS-CHAVE: RECURSO DE AGRAVO. REGIME DE INTERPOSIÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SENTENÇA. INTERESSE RECURSAL. EFETIVIDADE. CELERIDADE.

ABSTRACT

This monograph aims to study the interlocutory appeal applying system that is best suited to challenge trial court decisions about preliminary injunction granting requests. This research used a dogmatic or instrumental methodology, as it focus certain elements of the legal system in a practical, not theoretical, approach, and as it does not discuss concepts related to other fields of knowledge. As for the ways of proceeding and the sources of research, the monograph can be classified as monographic and bibliographical or documentary, due to a more traditional structure, based on a review of the theoretical literature and existing case law on the subject. The work is developed from an examination of the preliminary injunction and the interlocutory appeal. Concerning the first one, the standard jurisdictional proceeding is studied, being discussed its suitability to the Due Process of Law, the Adversary System, the Legal Defense, the Jurisdictional Effectiveness, the Celerity and the Reasonable Process Duration Constitutional Principles, becoming clear that the preliminary injunction was the means thought by the legislator in a proportionality approach to harmonize these principles in certain situations. The institute analysis is fulfilled by the study of the preliminary injunction situations presented in the article 273 from the code of civil procedure and the study of the preliminary injunction decision's subject and power. Following this analysis there is the study of the means stated in the legal system to object the preliminary injunction decision, focusing the main one, the interlocutory appeal. Concerning this remedy, some of its aspects are studied, such as its definition, the rendition of judgment repercussion in the pending interlocutory appeal and its applying system, taking a nearer view of the latter, focusing on the legal criterions stated to the use of each one as well as the situations when, considering interest to appeal, effectiveness and celerity, the retention is not adequate. By the end of a conjugated analysis of the subjects studied, it was concluded that the interlocutory appeal applying system that is best suited to challenge trial court decisions about preliminary injunction granting requests is the instrumental one.

KEYWORDS: INTERLOCUTORY APPEAL. APPLYING SYSTEM. PRELIMINARY INJUNCTION. RENDITION OF JUDGMENT. INTEREST TO APPEAL. EFFECTIVENESS. CELERITY.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	
1.1 Conceito	13
1.2 Fundamentos da antecipação de tutela	13
1.2.1 A tutela jurisdicional padrão. Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa	13
1.2.2 Situações em que a tutela jurisdicional padrão não é adequada. Princípios da Efetividade da Jurisdição, da Celeridade e da Razoável Duração do Processo	16
1.2.3 A antecipação de tutela como forma de harmonização dos Princípios em tensão	19
1.3 Hipóteses de antecipação de tutela previstas no artigo 273 do Código de Processo Civil	23
1.4 Conteúdo e eficácia da decisão antecipatória da tutela	25
1.5 Conclusão	29
2 A IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO SOBRE O REQUERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PROFERIDA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. O RECURSO DE AGRAVO	
2.1 A impugnação da decisão sobre o requerimento de antecipação de tutela proferida no primeiro grau de jurisdição	30
2.2 O recurso de agravo	33
2.2.1 Conceito	33
2.2.2 Regimes de interposição	34
2.2.2.1 Aspectos gerais	34
2.2.2.2 Evolução histórica. Regra Geral – agravo retido	35
2.2.2.3 O critério legal estabelecido para a adoção do regime instrumental.	37

2.2.2.4 Casos em que o agravo retido não é adequado. Razões para a inadequação do agravo retido nos casos apresentados.	38
2.2.3 Repercussão da prolação da sentença no agravo pendente de julgamento	47
3 O RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO SOBRE O REQUERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PROFERIDA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO	49
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

O objeto da presente monografia é o estudo do principal meio de impugnação de decisões proferidas no primeiro grau de jurisdição sobre requerimentos de antecipação de tutela fulcrados no artigo 273 do Código de Processo Civil. Sendo assim, considerando-se que o trabalho terá como finalidade discutir, de modo mais objetivo que teórico, determinados elementos do sistema jurídico posto, sem a pretensão de abordar noções relativas a outros campos do saber, tem-se que, quanto ao tipo de pesquisa, a metodologia adotada é a dogmática ou instrumental.

A escolha deste tema adveio da experiência profissional do autor no exercício da advocacia. Num curto lapso temporal, pouco após a publicação da Lei nº 11.157/2005, que produziu importantes alterações na disciplina do recurso de agravo, em dois processos judiciais distintos, dois recursos de agravo de instrumento interpostos pelo autor contra decisões de concessão à parte adversa de provimentos antecipatórios dos efeitos da tutela foram convertidos pelos relatores em agravos retidos. Não resignado com estas decisões, e tendo em vista a expressa vedação à interposição de recurso contra as mesmas estabelecida pela Lei nº 11.157/2005, o autor do presente trabalho, em ambos os casos, optou por impetrar mandado de segurança contra tais pronunciamentos judiciais, cujos fundamentos serviram de germen para as idéias a serem desenvolvidas no presente estudo.

Apesar de a elaboração desta monografia ter se originado da vivência pessoal do autor, é de grande relevância jurídica e acadêmica o interesse no estudo do tema. De fato, nos dias de hoje, em grande parte das ações ajuizadas sob o procedimento comum a parte autora formula algum requerimento antecipatório dos efeitos da tutela, o que inevitavelmente demanda a prolação de uma decisão que, por resolver questão incidente no curso do processo, acaba por possibilitar sua impugnação, na maior parte dos casos, pela via do recurso de agravo. Assim, e sendo bastante freqüente a interposição do recurso de agravo contra decisões relativas à antecipação de tutela, a reflexão que será aqui desenvolvida é elemento imprescindível para os muitos profissionais do Direito que diariamente se deparam com este tipo de situação, como partes ou julgadores.

Não obstante o fato de as bases normativas relacionadas com o objeto deste estudo já se encontrarem delineadas de forma próxima à atual desde 2001, como será observado no decorrer do trabalho, não são tantas as fontes de pesquisa que já se debruçaram com maior vagar sobre o específico tema que será examinado, o regime de interposição do agravo a ser utilizado para a impugnação das decisões sobre requerimento de antecipação de tutela, especialmente no que diz respeito ao viés constitucional que será aqui trabalhado. Por esta razão, uma das fontes escolhidas para subsidiar esta pesquisa constitui-se da jurisprudência, buscada na internet a partir dos bancos de dados das páginas do Superior Tribunal de Justiça (por ser o tribunal responsável pela uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, na qual se encontra a base normativa do recurso de agravo e da antecipação da tutela), do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (escolhidos, ante a inviabilidade material de se pesquisar todos os Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, pelo fato de serem os Tribunais com jurisdição no Distrito Federal). Nela foram buscados dados numéricos sobre como a questão vem sendo abordada nos tribunais, e também julgados expressivos de determinados entendimentos encontrados na doutrina sobre o assunto e sobre questões a ele diretamente relacionadas.

A principal base para a pesquisa, contudo, foi encontrada nas fontes bibliográficas relacionadas aos dois principais pilares do objeto da monografia, o recurso de agravo e a antecipação da tutela (tendo em vista a limitação acima referida), auferidas, menos, de artigos publicados na internet, e, mais, principalmente das bibliotecas do Instituto Brasiliense de Direito Público e do Superior Tribunal de Justiça. O critério para a seleção das obras a serem consultadas foi, em primeiro lugar, a disponibilidade de acesso, seguido pelo grau de profundidade dos textos na abordagem dos aspectos de cada instituto que já se previa serem os mais relevantes para o desenvolvimento do trabalho.

Coletado material considerado suficiente para iniciar o trabalho, o primeiro passo foi procurar delimitar com maior precisão o que seria necessário abordar de modo a bem enfrentar o desafio proposto sem precisar se estender demais sobre aspectos dos institutos a serem estudados menos importantes para a discussão do problema posto. Com este objetivo, procedeu-se à elaboração de um sumário, decidindo-se, a seguir, no que diz respeito à antecipação de tutela, por não se aprofundar em aspectos como os

pressupostos exigidos para a concessão da medida, a reversibilidade da medida antecipatória, a antecipação da tutela recursal, a relação entre a antecipação de tutela e tutela específica, a antecipação de tutela em demandas contra pessoas jurídicas de direito público e a antecipação de tutela em determinadas espécies de ação, como a ação rescisória, o mandado de segurança e as ações de controle concentrado de constitucionalidade.

De igual sorte, no que diz respeito ao estudo do recurso de agravo, desde logo se procurou deixar bem claro que o objeto deste trabalho seria apenas o recurso previsto nos artigos 522 e seguintes do Código de Processo Civil, excluindo-se, por exemplo, o agravo de instrumento previsto no artigo 544 contra a inadmissão de recurso especial ou de recurso extraordinário. Além do mais, estabeleceu-se que não seriam aprofundados no presente estudo os aspectos do recurso relativos à decisão do relator de conversão do agravo de instrumento em agravo retido, especialmente no que diz respeito à possibilidade de reforma desta decisão, nem aqueles relativos ao procedimento do recurso.

Fixadas as linhas básicas que deveriam orientar o desenvolvimento do estudo, passou-se, então, propriamente, a trabalhar em sua redação, processo durante o qual, com o encadeamento das idéias, com o prosseguimento das leituras, com uma melhor compreensão do tema, e com auxílio dos professores do Instituto Brasiliense de Direito Público, vislumbrou-se a necessidade de efetuar pequenas correções no rumo do trabalho, o que veio a ocorrer até a conclusão da monografia.

De forma a tornar o mais claro possível o raciocínio desenvolvido para se chegar à solução do problema que constitui o cerne deste trabalho, a monografia será estruturada em três capítulos, procurando-se examinar, nos dois primeiros, os institutos relacionados com o objeto do estudo naquilo que seria mais essencial para uma análise do problema como um todo, a ser realizada no terceiro capítulo.

Assim, no primeiro capítulo, tratar-se-á da antecipação de tutela, abordando-se seu conceito, seu objeto, os momentos em que pode ser concedida, sua relação com a sentença, os casos em que o Código prevê a possibilidade de sua outorga e sua compreensão como meio de, ao lado da tutela jurisdicional considerada padrão, harmonização entre os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla

defesa, de um lado, e, do outro, os princípios da efetividade da jurisdição, da celeridade e da razoável duração do processo, todos com assento na Constituição Federal.

A impugnação da decisão sobre o requerimento de antecipação de tutela proferida no primeiro grau de jurisdição será o objeto do segundo capítulo, onde se discorrerá sobre a recorribilidade deste tipo de decisão, os recursos contra ela cabíveis e, com maior ênfase, o principal recurso utilizado para este mister, o agravo. No estudo deste recurso, será feita uma abordagem de seu conceito; dos seus regimes de interposição; da evolução legislativa da disciplina a eles concernente; das situações em que cada um destes regimes deve ser utilizado (no que se fará necessária uma abordagem do interesse recursal e dos princípios da efetividade da jurisdição, da celeridade e da razoável duração do processo) e da repercussão da prolação da sentença sobre o trâmite do agravo pendente de julgamento.

E, por fim, no terceiro capítulo, a partir de elementos apresentados nos dois capítulos anteriores, especialmente aqueles concernentes aos princípios constitucionais que se reconheceu justificarem o instituto da antecipação da tutela e a utilização do regime instrumental de interposição do recurso de agravo, chegar-se-á à resposta do problema que constitui a essência do objeto da monografia.

1 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

1.1 Conceito

Conforme expresso no texto do artigo 273 do Código de Processo Civil, tutela antecipada é o provimento jurisdicional por meio do qual o juiz, no curso do processo de conhecimento, resolvendo questão incidente (compreendida esta, nos dizeres de Gustavo Filipe Barbosa Garcia, como “o ponto controvertido, que surge no andamento procedimental, em razão das alegações feitas pelas partes.¹”), antecipa os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial².

1.2 Fundamentos da antecipação de tutela

1.2.1 A tutela jurisdicional padrão. Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa

O Estado não é um fim em si mesmo, sendo seus principais objetivos, de acordo com o artigo 3º da Constituição Federal, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou outras formas de discriminação. É a partir desta idéia que se observa que, no exercício de todas suas funções, legislativa, executiva e jurisdicional, estes são os escopos a serem, a todo o momento, perseguidos pelo Estado brasileiro.

¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A nova disciplina do agravo no processo civil decorrente da Lei 11.187/2005. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e assuntos afins*. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 10) p. 139.

² O que, desde logo, permite concluir que esta espécie de medida será requerida pela parte que postula tutela definitiva, seja ela o autor ou, por exemplo, o reconvinente, o oponente, o substituto processual, o réu em ação dúplice...

Tendo em vista esta idéia, o legislador constitucional incorporou na Carta Magna brasileira, na forma de princípios, os valores reputados como fundamentais para que o Estado, no exercício de suas funções, inclusive a jurisdicional, tenha aptidão para atingir estas metas. Em razão dos fins a que servem, acima apresentados, estes princípios possuem natureza impositiva, devendo ser observados tanto pelo legislador ordinário quando da elaboração das leis processuais como pelos juízes, os principais responsáveis pela atuação da vontade concreta das normas.

Desta forma, especialmente no que diz respeito ao objeto do presente estudo, exige-se não apenas que sejam elaboradas normas processuais respeitadoras dos princípios constitucionais voltados para o processo, mas também que, sempre que possível, sejam as mesmas interpretadas e aplicadas pelo julgador em sua conformidade. Havendo aplicação das normas processuais em desacordo com estes princípios, deverá ser a mesma rejeitada, o que poderá ser feito por meio da utilização dos mecanismos de controle existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Especificamente no que concerne à tutela dos direitos, é de se observar que, como regra geral, é vedada a autotutela privada como forma de composição dos conflitos de interesse³, tendo, como contrapartida, o Estado assumido com exclusividade o compromisso de zelar pela atuação concreta da vontade da lei por ele produzida. É o que garante o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, de acordo com o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O exercício deste poder-dever, para que se tenha por legítimo, não há que se realizar sem a observância de determinados requisitos mínimos de validade. Nesse sentido, a própria Constituição, em seu artigo 5º, inciso LIV, garante que ninguém há de ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, direito fundamental sobre o qual vale conferir os seguintes ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco⁴:

Todavia, somente no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e

³ Da qual se ilustra como exceção o desforço imediato, previsto no artigo 1.210, §1º, do Código Civil, assegurado ao possuidor turbado ou esbulhado.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. (Série IDP), p. 639.

especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida na ordem jurídica.

Especificamente para o que mais importa para o objeto do presente trabalho, tem-se que, de modo a se garantir o respeito ao princípio do devido processo legal, a decisão final em um processo deverá ser proferida somente após o oferecimento aos litigantes de todos os meios adequados e razoáveis de participação na formação do convencimento do juiz. Em outras palavras, o procedimento tendente à entrega pelo Estado-Juiz da tutela jurisdicional, para o comum dos casos, deverá assegurar aos litigantes igualdade de condições, informação sobre os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes, oportunidade de formular suas razões de ataque e de defesa em face do litigante adversário, ver seus argumentos considerados pelo julgador, produzir provas, enfim, um processo no qual sejam garantidos às partes a ampla defesa e o contraditório, princípios, compreendidos no princípio do devido processo legal, previstos no artigo 5º, inciso LV da Constituição.

Além do mais, tendo em vista que um dos escopos da atividade jurisdicional é a pacificação social⁵, que pressupõe a finitude dos conflitos, outra qualidade desejada para esta espécie de tutela é a imutabilidade do resultado do exame feito pelo Estado-juiz, que, de acordo com o artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição, não poderá ser prejudicado nem por leis supervenientes, instituto que recebe o nome de coisa julgada.

Como regra geral, portanto, pode-se afirmar que uma tutela entregue com estas características atende ao preceito do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, sendo possível, neste tipo de situação, reconhecer sua plena harmonização com os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos, respectivamente, no artigo 5º, inciso LV, da Constituição, e a destes com o princípio da razoável duração do processo⁶

⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*.

⁶ Sendo oportuno aqui destacar que, em verdade, a idéia de razoável duração do processo já se pode considerar implícita no princípio do Estado de Direito, não se dissociando da idéia de proteção judicial efetiva, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal). Nesse sentido, ensinam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco que “duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a idéia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 500.). Na mesma linha ensina Nagib Slaibi Filho, para quem “Inerente ao Estado Democrático de Direito,

(positivado no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, nela inserido por meio da emenda constitucional nº. 45/2004), compreendendo-se como razoável a duração do processo estritamente necessária à observância daqueles princípios. Nessa mesma linha, é oportuno conferir o seguinte ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni⁷:

A tutela jurisdicional é prestada em prazo razoável quando a técnica processual e a administração da justiça permitem ao juiz concedê-la logo após os fatos que lhe dizem respeito terem sido esclarecidos, ou melhor, assim que a demanda estiver pronta ou madura para julgamento.

1.2.2. Situações em que a tutela jurisdicional padrão não é adequada. Princípios da Efetividade da Jurisdição, da Celeridade e da Razoável Duração do Processo

Voltando, agora, especial atenção ao princípio da efetividade da jurisdição, também conhecido como da proteção judicial efetiva, ou do acesso à ordem jurídica justa, cabe observar que o mesmo encontra-se positivado no inciso XXXV do artigo 5º do Texto Constitucional. De acordo com a redação desta norma, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, o que, em outras palavras, significa que, de modo a tornar efetiva a aplicação das normas reguladoras da convivência social, o Estado avoca para si, com exclusividade, o poder-dever de, de modo eficaz, por meio da prestação da tutela jurisdicional, proteger, amparar, defender os direitos das pessoas sempre que as elas reputem estarem os mesmos sendo lesionados (o que se faz por meio de uma tutela reparatória ou sancionatória) ou ameaçados (o que se faz por meio de uma tutela preventiva), sujeitando a vontade de todos às suas decisões.

Com vistas a que este poder-dever seja atuado da maneira mais adequada à proteção de direitos de acordo com o caso concreto levado ao conhecimento do Poder

como instituído no art. 1º, *caput*, da Lei Maior, tal valor já era tutelado em diversos outros dispositivos: - No art. 5º, LIV, ao estabelecer a garantia do devido processo legal; - No art. 5º, XXXIV, "a", inerente ao direito de petição aos Poderes Públicos (o que adianta o direito de requerer sem que se receba resposta ao requerido?); - No art. 5º, XXXV, do qual se extrai o denominado direito de acesso à jurisdição; - No art. 37, *caput*, por inclusão da Emenda Constitucional nº 19/98, da eficiência como princípio geral da Administração Pública, em todos os Poderes e esferas governamentais; - No art. 70, quanto à fiscalização dos Poderes Públicos, ao se referir ao princípio da economicidade, ou seja, da relação custo-benefício, como objeto do controle." (SLAIBI FILHO, Nagib. *Reforma da justiça*. p. 16/17).

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. p. 357.

Judiciário, são diferentes os modos de prestação da tutela jurisdicional, tradicionalmente classificados como tutela de conhecimento, tutela de execução e tutela cautelar⁸. Enquanto as primeiras serviriam à fixação da regra jurídica particularizada ao caso concreto, emitindo-se juízo sobre o direito postulado, as segundas tenderiam à tomada de providências práticas para a concretização, no mundo dos fatos, do direito reconhecido ou presumidamente existente. Já a terceira espécie de tutela, a cautelar, destinar-se-ia a assegurar, preventivamente, a efetiva realização de direitos que estejam sob a ameaça⁹. Dentro desta ótica, efetiva será a atividade jurisdicional, cumprindo-se o estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, se o Poder Judiciário, de acordo com a natureza da pretensão definitiva, desenvolver suas atividades da maneira mais eficiente a entregar uma tutela cognitiva, executiva ou cautelar.

Outra classificação que se faz também tendo em vista a melhor adequação da prestação da tutela jurisdicional aos casos concretos levados à apreciação do Poder Judiciário, e que é bastante importante para este estudo, é a de tutela definitiva e tutela provisória.

Como acima já mencionado, a tutela jurisdicional, em regra, mais adequada à solução dos conflitos, e a que melhor se presta a assumir contornos de definitividade, é a chamada tutela definitiva, entregue pelo Poder Judiciário somente após a realização de uma cognição exauriente¹⁰, realizada com o grau de profundidade compatível com o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa e da forma mais adequada¹¹ a que o juiz

⁸ Sendo oportuna, aqui, no entanto, a ressalva feita por Cassio Scarpinella Bueno de que “não há como negar que hoje, sobretudo no plano do “processo de conhecimento”, tal qual disciplinado pelo próprio legislador processual civil no Livro I do Código de Processo Civil, essas tendências tendem a restar *mescladas*, sendo bastante difícil precisar ou apontar as características únicas e exclusivas de cada “tipo de processo”. É o que se tem denominado, com inegável acerto, “sincretismo”, vale dizer, uma mistura de diversas atividades jurisdicionais num “mesmo processo”, o que, tradicionalmente, era inconcebível.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. p. 12).

⁹ Valendo aqui informar a existência de respeitáveis vozes na doutrina, como a de Teori Albino Zavascki (ZAVASKI, Teori. *Antecipação da tutela*. p. 14, 15 e 16), a sustentar que, na realidade, não existiriam atividades jurisdicionais de natureza tipicamente cautelar, havendo na prestação desta espécie de tutela, a realização de atividades de cognição e de execução. De acordo com este entendimento, portanto, e também com os conceitos acima sintetizados, as tutelas de conhecimento e de execução estariam num plano jurídico distinto das tutelas cautelares, servindo as duas primeiras diretamente à satisfação de direitos e a última apenas à conservação, ao acautelamento de direitos

¹⁰ Definida por Kazuo Watanabe como aquela em que “quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação”. Apud ZAVASKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 19.

¹¹ Afinal, como esclarece Luiz Guilherme Marinoni, “..., direito ao devido processo legal não quer dizer apenas direito ao processo que observa os vários princípios constitucionais comumente apontados pela doutrina (princípio do contraditório etc.) para dar corpo à cláusula do devido processo legal; direito ao devido processo legal significa, também, direito à tutela jurisdicional adequada às necessidades do direito material”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*

possa, diante do caso concreto que chega à sua apreciação, formar sua convicção com base em um razoável juízo de certeza, necessário à garantia da imutabilidade do comando eficaz de sua decisão.

Ocorre que, por vezes, antes que se passe o tempo necessário à entrega deste tipo de tutela, surge, no curso do processo, uma situação de risco de dano grave, irreparável ou de difícil reparação, seja diretamente para a parte que postulou a tutela definitiva, seja à efetividade de futuro processo judicial, não sendo legítimo, a teor do que prescreve o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, excluir tal ameaça de lesão a direito da apreciação do Poder Judiciário.

Já em outros casos, o que ocorre é que o réu abusa de seu direito de defesa ou atua com manifesto propósito protelatório, havendo também casos em que uma parte do pedido ou um dos pedidos cumulados, isoladamente considerado, está em condições de, desde logo, ser apreciado e julgado procedente. Nesses dois tipos de situação, o que se verifica é a ocorrência de fato apto a fazer com que o processo, no todo ou em parte, demore tempo superior ao que seria estritamente necessário para a entrega da tutela jurisdicional, no todo ou em parte – o que não deixa de também representar uma espécie de dano grave (posto que implica violação ao artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal) e materialmente irreparável para a parte que postula a tutela definitiva –, caso em que este tempo de duração do processo passa a ser superior ao razoável.

Em todos estes tipos de situação, o que se verifica é que o mesmo tempo necessário à realização de cognição exauriente, à plena observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa e à entrega de uma prestação jurisdicional que visa-se tornar imutável, com força de coisa julgada, é o tempo que acaba por impossibilitar, em prejuízo daquela parte que postula tutela definitiva, a entrega desta mesma prestação jurisdicional de forma efetiva e/ou num tempo razoável. Dito em outras palavras, nesses casos se observa uma tensão entre princípios, todos com sede no artigo 5º da Constituição Federal e de aplicabilidade imediata (conforme estabelecido no §1º do citado dispositivo), os princípios da ampla defesa e do contraditório, de um lado, e os princípios da efetividade da jurisdição e da razoável duração do processo¹², do outro lado.

¹² Pois, como leciona Nagib Slaibi Filho “O mandamento constitucional da celeridade na tramitação do processo e de sua razoável duração vai incidir quando se constata, em determinada relação processual, que a realização de seus atos se mostra desarrazoado, conduzindo à ultrapassagem das fases e dos atos

1.2.3. A antecipação de tutela como forma de harmonização dos Princípios em tensão

A solução para um conflito desta natureza, entre princípios que, por possuírem idêntica matriz constitucional, se encontram no mesmo plano de hierarquia normativa, passa por uma avaliação sobre a quem seria legítimo impor o ônus de suportar o tempo necessário para a formação do convencimento do juiz. Normalmente, em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, este ônus é imposto àquele que postula tutela definitiva, que deverá aguardar o término do processo para, eventualmente, receber a tutela jurisdicional desejada, tempo durante o qual seu adversário não terá sua situação prejudicada. Nessa linha, bem esclarece Luiz Guilherme Marinoni¹³ que

A disputa pelo bem da vida perseguido em juízo, justamente porque demanda tempo, somente pode prejudicar o autor que tem razão e beneficiar o réu que não a tem.

No processo civil, a demora na obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora do processo maior será o dano imposto ao autor e, por consequência, maior será o benefício conferido ao réu.

No entanto, quando da ocorrência de casos como os acima expostos, nos quais se verifica não ser legítimo nem razoável atribuir àquele que postula tutela definitiva o ônus de suportar o tempo necessário à prolação da decisão final do processo, a melhor resposta do Poder Judiciário deverá passar por uma ponderação dos dois grupos de princípios constitucionais acima mencionados, concedendo-se, em certo grau, a esta parte um provimento satisfativo ou cautelar em prejuízo de seu adversário, que deverá suportar tal situação até o desenlace final do processo.

É a conclusão a que o legislador ordinário chegou ao final do procedimento utilizado para a solução do autêntico choque de direitos fundamentais verificado no caso,

que não se mostram essenciais para a descoberta da verdade e para a eficácia da decisão.” (SLAIBI FILHO, Nagib. *Op. cit.* p. 16/17).

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 343.

procedimento este que, passando obrigatoriamente pela aplicação do princípio da proporcionalidade, encontra suas bases na própria Constituição¹⁴.

Sendo oportuno neste momento se fazer uma breve digressão sobre o conteúdo do princípio da proporcionalidade, como ensinado de forma bastante precisa por Paulo Bonavides¹⁵, cabe observar serem três os elementos que governam sua composição, a saber, a pertinência ou aptidão (segundo a qual a medida a ser utilizada deve ser suscetível de proporcionar o alcance do fim almejado com sua utilização, no caso, evitar a consumação das espécies de lesão observadas nas situações excepcionais acima mencionadas), a necessidade (de acordo com o qual a medida, para ser admissível, deve ser necessária, sem exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo a que com ela se almeja – princípio da menor restrição possível) e a proporcionalidade *stricto sensu* (que determina dever a escolha recair sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo).

Na solução do choque de direitos fundamentais aqui referido, portanto, era necessário o legislador encontrar uma solução normativa compatível com tais proposições e que, como observado por Teori Albino Zavascki¹⁶, ainda que implicando o sacrifício de parte de tais direitos, salvaguardasse o núcleo essencial¹⁷ dos mesmos – a solução do conflito não poderia acarretar completa supressão de algum direito fundamental ou de sua essência.

¹⁴ Nessa linha, assinala Paulo Bonavides que “O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.” e que “Fica assim erigido em barreira ao arbítrio, em freio à liberdade de que, à primeira vista, se poderia supor investido o titular da função legislativa para estabelecer e concretizar fins políticos. Em rigor, não podem tais fins contrariar valores e princípios constitucionais; um destes princípios vem a ser precisamente o da proporcionalidade, princípio não escrito cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 436 e 400/401)

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 396, 397 e 398.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 65.

¹⁷ Com o que também se estaria a concretizar o princípio da proporcionalidade, como assim elucidado por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: “Por essa razão, propõe Hesse uma fórmula conciliadora, que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. É que, observa Hesse, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 318)

Nessa linha, particularmente no que diz respeito à necessidade de preservação do núcleo essencial pelo legislador, vale a menção à seguinte lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁸:

Tal cláusula reforça a idéia de um limite também para o legislador ordinário.

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha consagrado expressamente a idéia de um núcleo essencial, afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte.

A não-admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental.

A forma encontrada pelo legislador em nosso sistema para viabilizar a convivência entre os dois grupos de princípios em confronto foi, privilegiando os princípios da efetividade da jurisdição e da razoável duração do processo, prever, específica (como se fez no capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil e também no regramento de determinados procedimentos especiais, como os das ações possessórias e dos alimentos provisionais) ou genericamente (como se fez nos artigos 273 e 798 do Código de Processo Civil), situações em que se permite ao julgador a concessão de uma tutela provisória, da qual são espécies a tutela cautelar e a tutela antecipada, esta de evidente maior importância para o presente estudo.

Presente situação de risco de dano, casos em que se constata uma tensão sem possibilidade de convivência simultânea plena entre os grupos de direitos fundamentais acima referidos, o legislador, de modo solucionar a questão, previu a possibilidade de concessão, pelo juiz, de medida precária, passível de revogação ou modificação a qualquer tempo (em razão de alteração do estado de fato ou do estado da prova), e temporária, com eficácia limitada pelo exaurimento de sua finalidade (o que coincidirá com a cessação da situação de perigo à conservação de direito da parte que postula tutela definitiva, quando a natureza do provimento judicial for assecuratória, ou com a entrega de tutela definitiva, que sucederá a medida com eficácia semelhante, quando o comando judicial provisório for de índole satisfativa).

Tal solução, vale observar, guarda plena consonância com os postulados acima enunciados adequados à resolução do conflito, assinalando-se, em primeiro lugar, que a

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 319.

mesma possui plena aptidão para amparar o direito daquele que ocupa o pólo ativo da relação processual na qual se verifica a situação de tensão.

O princípio da necessidade, por sua vez, também é respeitado, uma vez que a limitação que a tutela provisória acarreta a algum dos direitos fundamentais sob tensão (os da ampla defesa e do contraditório) ocorrerá somente nos casos em que se verifique não ser possível a convivência simultânea dos mesmos com os princípios da efetividade da jurisdição e da razoável duração do processo.

Já o princípio da menor restrição possível (corolário do princípio da necessidade) aos princípios da ampla defesa e do contraditório, cujas eficácias são restringidas com a adoção da tutela provisória, também é atendido, o que se dá em razão da precariedade da tutela provisória – seu conteúdo e seu tempo de duração deverão se restringir ao minimamente necessário, devendo a medida ser modificada ou revogada quando conteúdo e tempo excederem ao estritamente exigido para a proteção do direito daquele que ocupa a posição de autor (como previsto nos artigos 273, §4º, 805 e 807, *caput*, do Código de Processo Civil) – e da temporariedade – sua duração será apenas a exigida para a consecução de sua finalidade, nunca ultrapassando o tempo exigido para a obtenção da tutela definitiva (o que deflui, logicamente, do *caput* do artigo 273 e do artigo 808, inciso III, do Código de Processo Civil).

Ainda no que diz respeito ao princípio da menor restrição possível, também é importante assinalar que a tutela provisória deverá concedida, a princípio, somente após a citação e a audiência da parte contrária (com o que se respeitam os princípios da ampla defesa e do contraditório), admitindo-se sua concessão em momento anterior a estes atos somente se a medida estiver justificada em perigo de dano anterior ou contemporâneo ao ajuizamento da demanda. Desta forma, quanto aos casos de tutela antecipada justificada no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório do réu, como eles supõem a ocorrência de fatos que atravancam o desenrolar do processo, que dificilmente se concebem como passíveis de ocorrer antes da citação ou da oitiva do réu, permanece a regra de que sua concessão se dê, no mínimo, depois da realização da citação e da audiência da parte contrária.

Por fim, no que diz respeito ao princípio da salvaguarda do núcleo essencial, observa-se que o mesmo também é respeitado com a concessão da tutela provisória, uma vez que a totalidade das atividades processuais tendentes à observância da ampla

defesa e do contraditório e, por conseguinte, à realização de uma cognição exauriente e à entrega da tutela jurisdicional definitiva, não deixa de ser realizada em razão da concessão da tutela provisória. Todos os atos processuais tendentes à entrega da tutela definitiva são realizados normalmente, com a única diferença de que o ônus de suportar uma situação jurídica mais desfavorável pelo tempo necessário à efetivação dos mesmos passa da parte que ocupa o pólo ativo para aquela que ocupa o pólo passivo da relação processual.

1.3 Hipóteses de antecipação de tutela previstas no artigo 273 do Código de Processo Civil

Passando, agora, aos contornos básicos dos casos de antecipação dos efeitos da tutela previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, importa observar serem três as situações que permitem a concessão deste tipo de provimento: 1) a existência de prova inequívoca conducente ao convencimento da verossimilhança da alegação e a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (que tem fundamento no *caput* e no inciso I do artigo), 2) a existência de prova inequívoca conducente ao convencimento da verossimilhança da alegação e a caracterização de abuso de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu (que tem fundamento no *caput* e no inciso II do artigo) e 3) quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, se mostrar incontroverso (que tem fundamento no §6º do artigo).

No primeiro caso, aspecto relevante a se destacar é o nítido propósito assecuratório da medida, uma vez que sua concessão, evitando a inviabilização total ou parcial do direito afirmado, conserva a possibilidade de sua realização definitiva e efetiva, se for o caso. No que diz respeito à segunda hipótese mencionada, é possível reconhecer seu objetivo, em breves palavras, como sendo o de possibilitar a prestação de jurisdição sem protelações indevidas

Já no que se refere ao último caso de antecipação de tutela, é interessante observar relevante diferença sua para as duas outras hipóteses de antecipação dos efeitos da tutela, consistente no diferente grau de convicção judicial exigida para sua

concessão – enquanto no *caput* do artigo 273 é suficiente, para a concessão da medida, que a prova inequívoca leve o juiz à verossimilhança da alegação, o §6º demanda, para o deferimento do requerimento, a existência de pedido (ou parcela sua) incontroverso, o que significa, segundo Cassio Scarpinella Bueno¹⁹, que os fatos subjacentes ao pedido devem estar comprovados de forma suficiente para que se dê, definitivamente, ganho de causa à parte que postula a tutela, ao que Teori Albino Zavascki²⁰ acrescenta a necessidade de que inexistam empecilhos de ordem processual (como, por exemplo, a falta de algum pressuposto processual ou condição da ação) para o atendimento do pedido.

Diante desta especial característica deste caso de antecipação de tutela, aliás, é que Cassio Scarpinella Bueno²¹ e Luiz Guilherme Marinoni²² compreendem tratar-se, ao menos no aspecto material, de julgamento antecipado parcial da lide, indo além do expressado por Teori Albino Zavascki²³ quando afirma que “para a imediata tutela da parte incontroversa do pedido, talvez a melhor solução tivesse sido a cisão do julgamento, permitindo sentença parcial, mas definitiva, de mérito.”. De toda a forma, como a decisão de concessão desta espécie de antecipação de tutela não implica resolução completa do mérito nem extinção do processo sem resolução do mérito, servindo, unicamente, a resolução de questão incidente no curso do processo, constata-se que, neste caso, tal como nos dois primeiros acima referidos, a decisão sobre a antecipação da eficácia social de eventual futura sentença de procedência, nos termos do artigo 162, §2º, do Código de Processo Civil, tem verdadeira natureza de decisão interlocutória.

¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. *Op. cit.*, p. 54/56.

²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. *Op. cit.*, p. 110.

²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. *Op. cit.*, p. 52.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. *Op. cit.*, p. 360/361

²³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. *Op. cit.*, p. 112.

1.4 Conteúdo e eficácia da decisão antecipatória da tutela

Adentrando o exame do conteúdo do provimento jurisdicional antecipatório da tutela, cabe, acentuar, inicialmente, sua natureza satisfativa, uma vez que ele constitui antecipação dos efeitos concretos, produzidos no mundo dos fatos, da tutela cognitiva pretendida no pedido inicial, efeitos estes que, embora sirvam à satisfação da pretensão daquele que postula tutela definitiva (que poderá ou não ser concedida no fim do processo por ocasião da prolação da sentença), com ela não se confundem.

Com efeito, esta medida não entrega à parte o próprio provimento final constitutivo, declaratório ou condenatório (ou, também, executivo lato senso ou mandamental, segundo a teoria quinária de classificação das ações), mas apenas e tão-somente efeitos que tais espécies de provimento poderiam ter no mundo dos fatos. Em outras palavras, o que esta medida tem aptidão para garantir não é a eficácia jurídica em sentido estrito da sentença (provimento jurisdicional que serve à entrega da tutela definitiva), mas sua eficácia social, valendo, nesse sentido, conferir o magistério de Teori Albino Zavascki²⁴:

“Há, nas sentenças, aptidão para produzir efeitos no plano jurídico-formal, como são os efeitos de declarar, constituir, desconstituir, condenar. É sua eficácia jurídica em sentido estrito. E há nelas aptidão para produzir efeitos na realidade dos fatos, vale dizer, para impor condutas compatíveis com a eficácia jurídica. É a sua eficácia social, a sua efetividade”

Como já analisado, a antecipação da tutela tem o objetivo de evitar a ocorrência de determinadas lesões ao direito da parte que está postulando tutela definitiva. Sem precisar voltar a adentrar num exame mais detido sobre tais lesões, cabe lembrar que estes prejuízos à esfera jurídica desta parte somente podem estar relacionados com a realidade dos fatos, o que ocorre como decorrência natural do imperativo estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Explique-se: como é obrigação do Estado-Juiz entregar, por meio da sentença, uma tutela com aptidão, no plano abstrato, para remover lesão a direito ou repelir ameaça a direito, em momento algum existe a possibilidade de que o efeito jurídico em sentido estrito da sentença não se possa

²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. Op. cit., p. 51.

produzir, acaso acolhida a pretensão definitiva, pois todo o processo, mais cedo ou mais tarde, deverá culminar numa sentença. Tal não se passa, porém, com o efeito social da sentença que, até quando se produza no mundo dos fatos, é, em tese, suscetível de inviabilização por outro evento ocorrido também no mundo dos fatos. Desta forma, como em momento algum a eficácia jurídica em sentido estrito da sentença pode ser suprimida, e como é perfeitamente concebível a ameaça à eficácia social da sentença (em outras palavras, aos seus efeitos executivos, sentidos na realidade fática) ainda não concretizada, fica claro que, caso necessário para evitar as lesões acima aludidas, deverá ser esta, e não aquela, o objeto da antecipação em determinados casos.

Do que acaba de se expor, portanto, verifica-se que a antecipação de tutela só terá sentido quando a situação comportar a antecipação de atos de execução da sentença, por meio dos quais se atinge a eficácia social da sentença.

E mais, considerando-se que antecipar significa adiantar no tempo, fazer antes do tempo previsto, esta antecipação somente será justificada até o momento em que a sentença naturalmente tiver plena aptidão para produzir sua eficácia social. Este momento poderá se dar no início do processo, inclusive antes mesmo da citação (se no caso concreto isto for absolutamente necessário); no curso do processo antes da sentença; na própria sentença (em sendo o caso de reexame necessário ou de apelação com efeito suspensivo, casos em que a sentença não possui imediata eficácia executiva); na fase recursal (ocasião em que o pedido de antecipação deverá ser dirigido ao órgão competente para o processamento do recurso) ou mesmo quando já instaurada a execução da sentença ou de título executivo extrajudicial (uma vez que, com a apresentação de impugnação ou embargos, os atos de execução podem ficar suspensos, de acordo com o que estabelecem os artigos 475-M e 739-A, §1º, do Código de Processo Civil), sempre, em todos os casos, antes da ocasião em que a sentença tiver a capacidade de produzir seus efeitos executivos.

A razão para a existência deste limite temporal máximo para a concessão do provimento antecipatório é clara: a partir do momento em que a sentença já tem plena aptidão para, por si só, produzir seus efeitos executivos, não haverá mais a necessidade de que estes efeitos se produzam por força de outro provimento jurisdicional.

Do exposto, fica clara a relação existente entre o provimento antecipatório dos efeitos da tutela e a sentença, aquele, como bem sintetizado por Teori Albino Zavascki²⁵ “... contém providência apta a assumir contornos de definitividade pela simples superveniência da sentença que julgar procedente o pedido”, que substituirá a medida antecipatória, de caráter meramente provisório (compreendido este termo, como referido por Calamandrei, como o que “*está destinado a durar hasta quanto que sobrevenga um evento sucesivo, em vista y em espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio*”²⁶).

Sendo assim, tem-se que a sentença esgota a finalidade da medida antecipatória da tutela requerida perante o juízo da 1ª instância, prevalecendo o comando sentencial (seja em que sentido for, resolvendo ou não o mérito) sobre a decisão de antecipação ou não dos efeitos da tutela. Se julgado procedente o pedido, a antecipação de tutela anteriormente concedida fica confirmada, viabilizando-se a imediata execução provisória do julgado, uma vez que, nos termos do artigo 520, inciso VII, do Código de Processo Civil, eventual apelação não terá efeito suspensivo. Já se julgado improcedente o pedido ou extinto o processo sem resolução do mérito, automaticamente revogada fica a antecipação de tutela, com eficácia *ex tunc*, conforme enunciado na Súmula nº 405 do STF, mesmo que a sentença nada diga a respeito²⁷.

A partir deste momento, em sendo o caso, a eficácia social da sentença poderá ser buscada ou combatida em grau recursal, requerendo-se, em sendo o caso, o recebimento da apelação no efeito suspensivo ou com a antecipação de sua tutela, com fundamento no artigo 558, Parágrafo único, do Código de Processo Civil²⁸, por meio de medida cautelar nos tribunais de apelação ou mesmo por meio de medida cautelar nos

²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. Op. cit., p. 52.

²⁶ *Apud* ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 54.

²⁷ Entendimento em sentido diferente é defendido por Luiz Fux (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, p. 67), para quem “não se podem olvidar hipóteses excepcionais, nas quais a liminar deva prevalecer sobre a decisão final em razão do estado de periclitación do direito não reconhecido na sentença, mas possível de sê-lo em sede de recurso.

Nestes casos, a permanência do provimento até o trânsito em julgado da decisão encontra amparo em algumas vozes da doutrina.”

²⁸ Quanto à possibilidade de se extrair do artigo 558, Parágrafo único, do Código de Processo Civil autorização para a antecipação da tutela requerida na apelação, confira-se a seguinte lição de Teori Albino Zavascki (ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 145/146.): “Por força do parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil, o regime de antecipação da tutela recursal estende-se também ao recurso de apelação. A interpretação ampliativa que se recomenda ao dispositivo faz com que as medidas antecipatórias não se limitem à concessão de efeito suspensivo ao recurso (inibindo o cumprimento da sentença), mas abranja, também providências executivas eventualmente negadas em primeiro grau e que sejam indispensáveis à salvaguarda do direito afirmado pelo apelante.”

recursos especiais e extraordinários (com base, respectivamente, no artigo 34, inciso V, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e no artigo 21, inciso IV, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Feitas estas considerações, fica fácil constatar que a prolação de sentença retira toda a utilidade da discussão sobre o cabimento ou não da medida antecipatória dos efeitos da tutela, sendo, neste sentido, predominante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁹ (como se confere, por exemplo, dos seguintes julgados: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 880632/PA, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, Data da decisão: 10.06.2008, Fonte: DJe 25.06.2008; Recurso Especial nº 664712/PR, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, Juiz Convocado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2ª Turma, Data da decisão: 05.06.2008, Fonte: DJe 19.06.2008; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 699687/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, Data da decisão: 05.06.2008, Fonte: DJe 23.06.2008 e Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 472062/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, Data da decisão: 06.12.2007, Fonte: DJ 14.12.2007 p. 381), que, em alguns julgados, já foi seguida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região³⁰ (TRF 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 200534000346769, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, 6ª Turma, Data da decisão: 20.08.2007, Fonte: DJ DATA: 24/09/2007 PAGINA: 86; TRF 1ª Região, Apelação Cível nº 199801000940969, Rel. Desembargador Federal José Amílcar Machado, 1ª Turma, Data da decisão: 23.08.2006, Fonte: DJ DATA: 04/09/2006 PAGINA: 4) e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal³¹ (TJDFT, Apelação Cível nº 5025498, Rel. Desembargador Waldir Leôncio Júnior, 1ª Turma Cível, Data da decisão: 09.11.1998, Fonte: DJU: 12/05/1999 Pág. : 38; TJDFT, Apelação Cível nº 20040110330932, Rel. Desembargador Nilsoni de Freitas, 3ª Turma Cível, Data da decisão: 13.12.2006, Fonte: DJU: 19/04/2007 Pág. : 81)

²⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=sentença%20e%20antecipação%20de%20tutela>. Acesso em 02 set. 2008.

³⁰ PORTAL DA JUSTIÇA FEDERAL, Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/?>> Acesso em 12 out. 2008.

³¹ TJDFT – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=5&PGATU=1&l=20&ID=61281,39272,17439&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>, Acesso em 12 out. 2008. e TJDFT – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=2&PGATU=1&l=20&ID=61281,39961,24364&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>, Acesso em 12 out. 2008

1.5 Conclusão

Do exposto neste tópico, portanto, fica evidente que a antecipação de tutela constitui espécie diferenciada de tutela jurisdicional, de natureza provisória, prevista em nosso ordenamento jurídico como solução a ser adotada em excepcionais casos de tensão entre os princípios da ampla defesa e do contraditório, de um lado, e os princípios da efetividade da jurisdição e da razoável duração do processo, do outro lado.

2 A IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO SOBRE O REQUERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PROFERIDA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. O RECURSO DE AGRAVO

2.1 A impugnação da decisão sobre o requerimento de antecipação de tutela proferida no primeiro grau de jurisdição

O pronunciamento acerca do requerimento de antecipação dos efeitos da tutela proferida pelo juízo da primeira instância, como já observado, classifica-se como decisão interlocutória, uma vez que não implica resolução completa do mérito nem extinção do processo sem resolução do mérito, servindo, unicamente, como enunciado no artigo 162, §2º, do Código de Processo Civil, à resolução de questão incidente no curso do processo. Qual seria o instrumento processual adequado à sua impugnação?

Como ensina Bernardo Pimentel Souza³², duas são as vias processuais em tese idôneas à impugnação das decisões jurisdicionais como as decisões interlocutórias, as ações autônomas de impugnação, que dão ensejo à formação de novo processo, embora tendo como alvo decisão proferida em processo anterior, e os recursos, que são interpostos no mesmo processo em que foi proferida a decisão causadora do inconformismo.

Diante deste quadro, cabe ponderar se a decisão interlocutória seria uma espécie de ato sujeito a recurso processual, cabendo aqui, mais uma vez, a lição de Bernardo Pimentel Souza³³ de que são sujeitos à impugnação pela via recursal somente os atos de autoria de magistrado ou de órgão colegiado judiciário praticados no exercício da função jurisdicional classificados como pronunciamentos e, destes, somente os que tenham conteúdo decisório e que causem gravame, e para cuja impugnação o legislador tenha previsto algum tipo de recurso.

Com efeito, tendo-se em consideração que, independentemente do entendimento que se tenha sobre a raiz constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição, sobre a

³² SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. p. 4.

³³ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Op. cit.* p. 9,10 e 11.

que diverge a doutrina³⁴, o entendimento que prevalece é o de que o mesmo não é absoluto³⁵, do que decorre a possibilidade de que o legislador ordinário, nos casos em que a Constituição não assegure ou garanta este direito de modo expresso, até mesmo proíba³⁶, em determinados casos, a interposição de recurso contra uma dada espécie de decisão

Não é o caso, contudo, das decisões interlocutórias em geral, havendo nos artigos 496, inciso II e 522 do Código de Processo Civil a expressa previsão de recurso destinado à impugnação de decisões interlocutórias, independentemente da espécie de processo (de conhecimento, execução ou cautelar) ou procedimento (comum ou especial) em que a mesma tenha sido proferida, o agravo.

Portanto, e tendo em vista a inexistência de interesse processual no ajuizamento de ação autônoma para impugnar as decisões interlocutórias como a que versa sobre requerimento antecipatório de tutela (uma vez que a mesma, diante da existência de meio igualmente hábil à obtenção do benefício prático almejado, não seria necessária), o meio hábil e adequado à impugnação destas decisões é, como regra, o agravo. Mas, e se a decisão sobre o tema for tomada apenas por ocasião da sentença, tendo-se em vista o princípio da unicidade recursal, segundo o qual não pode a mesma decisão ser atacada por mais de um recurso, qual recurso poderia ser interposto? Seria ainda o agravo o

³⁴ Para Bernardo Pimentel Souza (SOUZA, Bernardo Pimentel. *Op. cit.* p. 108) e Flávio Cheim Jorge (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis.* p. 174), por exemplo, inexistente garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição, entendimento este contrário ao esposado por José Cretella Neto (CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil.* p. 80/99) e Ricardo Procópio Bandeira de Melo (BANDEIRA DE MELO, Ricardo Procópio. Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o §3º do art. 515 do CPC. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.* (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 8) p. 667-681).

³⁵ Nesse sentido, destacam as lições de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.* p. 495 e 497) e Bernardo Pimentel Souza (SOUZA, Bernardo Pimentel. *Op. cit.* p. 108) que, respectivamente, assim se manifestam: “Assim, o Supremo Tribunal Federal tem acentuado a não-configuração de um direito ao duplo grau de jurisdição, a não ser naqueles casos em que a Constituição expressamente assegura ou garante este direito, como nas hipóteses em que outorga possibilidade de recurso ordinário ou apelação para instância imediatamente superior (arts. 102, II; 104, II; 108, II) (...) Vê-se, pois, que o próprio modelo jurisdicional positivado na Constituição afasta a possibilidade de aplicação geral do princípio do duplo grau de jurisdição.” “Por tudo, o princípio do duplo grau de jurisdição não tem previsão constitucional, nem é absoluto, em razão das várias exceções na própria Constituição Federal”.

³⁶ Como ocorre, por exemplo, com as decisões monocráticas previstas nos incisos II e III do artigo 527 do Código de Processo Civil, como determinado no Parágrafo único do citado artigo, e com a decisão do juiz de relevar a pena de deserção caso o apelante prove justo impedimento, nos termos do artigo 519, Parágrafo único do Código de Processo Civil.

recurso a se interpor, ou caberia a impugnação por meio do recurso de apelação, que é o recurso previsto contra as sentenças?

Dentre aqueles que compreendem ser o recurso de agravo o cabível neste tipo de caso destaca-se o entendimento de Teori Albino Zavascki³⁷, que, mesmo reconhecendo sua posição minoritária na doutrina e na jurisprudência³⁸, sustenta que, mesmo que formalmente proferidas num mesmo ato, seria possível destacar nesta espécie de pronunciamento duas decisões materialmente distintas, sentença e decisão sobre a antecipação de tutela, cada uma suscetível de impugnação por recurso próprio, apelação e agravo, respectivamente.

Como já antecipado acima, no entanto, prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a decisão de deferimento ou de indeferimento da antecipação de tutela deve ser compreendida como capítulo inserido no corpo da sentença, que não se destaca dos demais apenas em razão de seu conteúdo, o que justifica a utilização da apelação também para a impugnação deste capítulo da sentença. Por todos que comungam deste entendimento³⁹, vale a menção à seguinte lição de Cassio Scarpinella Bueno⁴⁰:

De fato, se a tutela antecipada for analisada “dentro” da sentença, o recurso interponível dessa “parte” (ou capítulo) da sentença é a apelação. Não há como fugir disso (...).

É *insuficiente*, para o sistema processual civil, o *conteúdo* específico de uma decisão para caracterizar sua natureza jurídica e, conseqüentemente, o recurso dela cabível, não obstante as novas redações dadas aos arts. 162, §1º, e 269, *caput*, pela Lei n. 11.232/2005. (...) O que é mais forte para a identificação da natureza dos atos jurisdicionais é a *função* específica que eles desempenham, determinando o encerramento da fase cognitiva ou se limitando a enfrentar

³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.* p. 126/127.

³⁸ Fato que, segundo o autor, se evidencia das lições em sentido contrário de Athos Gusmão Carneiro, Cândido Rangel Dinamarco e José Roberto dos Santos Bedaque, bem como dos seguintes julgados do STJ, também em sentido contrário: AgRg no REsp 511.315, 5ª T., Min Gilson Dipp, *DJ* de 29-9-2003; REsp 524.017, 6ª T., Min Paulo Medina, *DJ* de 6-10-2003; REsp 645.921, 4ª T., Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ* de 14-2-2005; REsp 663.921, 5ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 11-4-2005; REsp 600.209, 2ª T., Min. Castro Meira, *DJ* de 19-9-2005; AgRg no Ag. 517.887, 6ª T., Min. Hélio Quaglia Barbosa, *DJ* de 21-11-2005; AgRg 553.273, 6ª T., Min Paulo Gallotti, *DJ* de 6-3-2006; REsp 326.117, 5ª T., Min. Arnaldo Esteves de Lima, *DJ* de 26-6-2006; REsp 456.633, 6ª T., Min Paulo Medina, *DJ* de 1º-8-2006. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.* p. 127).

³⁹ Como, por exemplo, além daqueles referidos por Teori Albino Zavascki, Teresa Arruda Alvim Wambier (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. p. 598-606) e José Henrique Mouta de Araújo (ARAÚJO, José Henrique Mouta de, *Tutela antecipada, seus momentos e o meio recursal cabível diante das novas reformas processuais*, FREDIE DIDIER JR.. Colaboradores. Disponível em: <<http://www.fr.ediedidier.com.br/main/colaboradores/default.jsp?Old=null¬icias.page=3>>. Acesso em: 12.07.2008., p. 6.).

⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.* p. 95 e 96.

questões incidentes a ela (art. 162, §§ 1º e 2º). Isto, vale repetir, não foi alterado com o advento da Lei 11.232/2005.

Do exposto no presente tópico, e tendo em vista que, como se observa da realidade forense, a maior parte das decisões sobre requerimentos de antecipação de tutela se dá antes da prolação da sentença, tem-se que o agravo previsto nos artigos 496, inciso II e 522 do Código de Processo Civil é o meio recursal com maior utilização na impugnação das decisões que versam sobre esta matéria, razão pela qual se passa, a partir de agora, a um estudo mais pormenorizado deste recurso.

2.2 O recurso de agravo.

2.2.1 Conceito

Consoante estabelecido no *caput* do artigo 522 do Código de Processo Civil, o agravo é o recurso cabível para a impugnação das decisões interlocutórias. O artigo 162, §2º, do Código de Processo Civil, por sua vez, estabelece que decisão interlocutória é o pronunciamento de caráter decisório pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente, e que, de acordo com o §1º do artigo, não implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 (pois que as decisões que têm esta consequência são somente as sentenças, impugnáveis por meio do recurso de apelação), quais sejam, respectivamente, extinção do processo sem resolução de mérito e resolução do mérito.

2.2.2 Regimes de interposição

2.2.2.1 Aspectos gerais

O recurso de agravo pode ser interposto de modo retido ou por instrumento, havendo importantes diferenças no procedimento do recurso decorrentes da utilização de um ou outro regime (que deverão ser eleitos pelo agravante em conformidade com específicos critérios sobre os quais se discorrerá abaixo).

No regime da retenção⁴¹, o agravo fica mantido nos mesmos autos em que foi proferida a decisão interlocutória recorrida, vindo o mesmo a ser processado e julgado caso não haja retratação imediata do juízo de primeiro grau e desde que a parte agravante, após proferida a sentença, na apelação ou em sua resposta, requeira ao tribunal que dele conheça e o aprecie por ocasião do julgamento da apelação (o que faz o conhecimento do agravo retido depender necessariamente do conhecimento do recurso de apelação).

Do exposto, como bem assinalado por Paulo Henrique dos Santos Lucon⁴², verifica-se que

o agravo retido não tem por objetivo imediato reformar ou anular a decisão atacada: seu objetivo imediato é impedir a preclusão, já que autoriza a instância recursal conhecer da questão quando e se julgar a apelação interposta contra a sentença.

Já o agravo de instrumento segue diferente procedimento, ensejando a formação de autos separados e sendo interposto diretamente no tribunal, o que faz sua característica principal ser a imediata devolução da matéria recorrida ao órgão *ad quem*, propiciando um pronto controle da decisão interlocutória proferida na 1ª instância,

⁴¹ Que não é exclusividade do recurso de agravo, sendo também utilizado, nos termos do artigo 542, §3º, do Código de Processo Civil, nos casos de recurso extraordinário e de recurso especial interpostos contra decisão interlocutória proferida no curso de processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução, implicando o processamento dos mesmos, no caso de reiteração pela parte, no prazo de interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões.

⁴² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso de agravo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e assuntos afins*. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 11) p. 306.

característica esta reforçada pela possibilidade de que, com base no artigo 527, inciso III, do Código de Processo Civil, o relator atribua efeito suspensivo ao recurso ou antecipe, total ou parcialmente, a pretensão recursal.

2.2.2.2 Evolução histórica. Regra Geral – agravo retido.

O recurso de agravo teve seu perfil bastante alterado desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973. Naquela época, o recurso era chamado de agravo de instrumento, sendo também admitida, de acordo com a opção do agravante, sua interposição na forma retida.

Por força da Lei nº 9.139/1995, sua interposição sob o regime instrumental, que ocorria na primeira instância perante o juiz de primeiro grau, passou a ser feita diretamente no tribunal (conforme foi então estabelecido no artigo 524), tendo ainda sido promovida a alteração do artigo 558, que passou a permitir a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento (o que se fez de forma a eliminar a prática bastante difundida de se impetrar mandado de segurança com o objetivo de se suspenderem os efeitos da decisão agravada). Outra inovação trazida pela lei foi a previsão da obrigatoriedade do regime da retenção quando voltado o recurso à impugnação de decisão posterior à sentença que não a de inadmissão da apelação.

Considerando-se que estas alterações passaram a possibilitar a obtenção mais rápida de decisão do tribunal sobre o recurso, e também tendo em vista que, com a generalização do instituto da antecipação dos efeitos da tutela promovida pela Lei nº 8.952/1994, ampliou-se bastante a quantidade de decisões interlocutórias proferidas pelo juiz de primeiro grau, o número de agravos de instrumento em trâmite nos tribunais de justiça e regionais federais veio a aumentar significativamente⁴³ nos últimos tempos. Tal

⁴³ Quanto a esta última causa, vale lembrar a pertinente lição de Athos Gusmão Carneiro de 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.” (CARNEIRO, Athos Gusmão. Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e assuntos afins*, São Paulo: (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 10) p. 38)

fato, então, ensejou a realização de nova reforma, que se deu por meio da Lei nº 10.352/2001. Dentre outras modificações promovidas pela lei, foi aumentado o elenco de situações em que a interposição do agravo devia se dar necessariamente pelo regime da retenção, eliminando-se a possibilidade para o agravante de opção pelo regime; e se estabeleceu que o relator do recurso poderia converter o agravo de instrumento em retido salvo quando se tratasse de provisão jurisdicional de urgência ou houvesse perigo de lesão grave e de difícil e incerta reparação, conversão esta que podia ser combatida por meio de agravo ao órgão colegiado competente.

A reforma realizada pela Lei nº 10.353/2001, contudo, acabou não surtindo o efeito esperado, pois não inibia, por si só, a interposição de agravo de instrumento que, quando convertido em retido, acabava por possibilitar a discussão sobre o regime de interposição na sede do agravo interposto perante o órgão colegiado. Assim, se a alteração legislativa possibilitou a redução do número de agravos de instrumento em curso nos tribunais de justiça e nos tribunais regionais federais, isto não significou redução no volume de trabalho dos mesmos, que passaram a ter de julgar um novo recurso, cuja decisão, por sua vez, podia, conforme o caso, ser ainda atacada por recurso extraordinário e recurso especial.

Eis, então, que veio a Lei nº 11.187/2005, que, procurando eliminar as razões para o insucesso da reforma anterior, tornou, agora de forma explícita, regra o agravo retido, resguardando o agravo de instrumento apenas para o ataque às decisões suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação e às decisões de inadmissão da apelação ou sobre os efeitos em que a apelação é recebida (conforme o artigo 522, *caput*, do Código de Processo Civil) e estabelecendo a impossibilidade de reforma da decisão do relator de conversão do recurso antes do momento de julgamento do agravo, salvo em caso de sua reconsideração pelo próprio relator.

Portanto, de regra geral, quando da publicação do Código de Processo Civil, o regime instrumental passou a exceção, o que, como se examinou, se fez de forma a diminuir o número de agravos de instrumento processados nos tribunais de justiça e nos tribunais regionais federais (e, por conseqüência, melhorar a qualidade e a rapidez do julgamento de outros feitos de sua competência), e que também acabou por valorizar (ao fazer com que a regra seja a prevalência de suas decisões até o julgamento do agravo retido, que deve ocorrer apenas quando da apreciação do recurso de apelação) as

“decisões proferidas pelos juízes singulares, que têm contato maior com a realidade dos fatos que constituem o processo”⁴⁴, resultados que, para o sistema processual civil, atenderiam aos preceitos do artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal.

2.2.2.3 O critério legal estabelecido para a adoção do regime instrumental.

A interposição do recurso pela forma instrumental, em que o agravante dirige o agravo diretamente ao tribunal competente, como observado acima, hoje constitui exceção, sendo admitida, de acordo com o previsto no *caput* do artigo 522 do Código de Processo Civil, somente para a impugnação 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.

Dos critérios apresentados na lei para que se permita a interposição de agravo pela forma instrumental, um primeiro dado que se extrai é o de que, enquanto “as duas últimas situações são objetivas, de fácil subsunção”⁴⁵, a primeira encontra-se enunciada por meio de conhecido conceito jurídico indeterminado, já utilizado pelo legislador no *caput* do artigo 558 e no artigo 798, e que é bastante similar à expressão que se encontra inserida no inciso I do artigo 273 (“dano irreparável ou de difícil reparação”).

Sendo assim, não existindo na norma uma enunciação apriorística das situações lesivas autorizadas do imediato processamento do agravo pelo regime instrumental, compete ao intérprete da regra, para sua correta aplicação, trabalhar com a parte nuclear de seu conteúdo atentando às circunstâncias de fato e de direito que permeiam o caso concreto, bem como às construções jurisprudenciais relacionadas com o tema⁴⁶.

A despeito da indeterminação do conteúdo desta cláusula autorizadora da interposição do recurso sob o regime instrumental, é possível também observar que a

⁴⁴ VARELLA, Luiz Henrique Borges. A nova disciplina do recurso de agravo, Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.1254, 07.12.2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9244>> Acesso em: 06.mai.2007.

⁴⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.* p. 142.

⁴⁶ BONDIOLI, Luís Guilherme Aidar. Primeiras impressões sobre o novo regime do agravo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e assuntos afins. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 10) p. 237. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Op. cit.* p. 311. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.* v. 3. p 127.

lesão de que trata a regra “pode ser unicamente processual, mas também pode relacionar-se com o direito material (*dano processual* ou *dano material*)”⁴⁷, e que ela pode estar relacionada com a causa de pedir de pleito negado ao recorrente em primeira instância, ou surgir apenas em grau recursal⁴⁸, após a prolação da decisão agravada.

2.2.2.4 Casos em que o agravo retido não é adequado. Razões para a inadequação do agravo retido nos casos apresentados.

Inobstante não se amoldarem, numa leitura mais superficial, aos casos em que a lei expressamente admite a interposição do recurso pelo regime instrumental, significativa parte da doutrina entende existirem outros dois tipos de situação que, necessariamente, ensejam a interposição do agravo por instrumento, a saber, 1) os casos em que a utilização da forma retida acaba inviabilizando o efetivo potencial do recurso para a reforma da decisão, provocando o desaparecimento do interesse recursal, requisito de admissibilidade dos recursos em geral, e 2) os casos em que a adoção do regime da retenção ameaça ou atenta contra a celeridade da prestação jurisdicional.

A doutrina ilustra o primeiro gênero de casos a partir de exemplos como os seguintes:

a) Decisões proferidas no processo de execução⁴⁹: Como neste tipo de processo, a sentença, nos termos do artigo 795 do Código de Processo Civil, apenas declara anterior satisfação de um crédito, após a exaustão das atividades executivas, pondo termo ao processo, não é comum que nele haja apelação, não chegando a existir, desta forma, o momento processual em que o agravo retido deveria ser reiterado e, posteriormente julgado. Além do mais, os atos executivos, em regra, quase sempre são capazes de gerar para a parte lesão grave. Diante deste quadro, na prática, o próprio procedimento da retenção retiraria do recurso a efetiva aptidão para a reforma da decisão e/ou para evitar a lesão;

⁴⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Op. cit.* p. 311. Nesse sentido é também o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.* p. 459).

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. cit.* p. 128.

⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. cit.* p. 119. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.* p. 460.

b) Decisões que venham a influir “subjetivamente em algum pólo da demanda”⁵⁰ (como, por exemplo, não admitindo a intervenção de um terceiro, ou não admitindo a reconvenção): Nesses casos, deixar para resolver a questão somente quando do julgamento da apelação será inútil para o agravante, pois o processo já terá, até aquele momento, prosseguido sem ou com a situação subjetiva em algum dos pólos da demanda que se desejava evitar no curso do processo;

c) Decisão de saneamento do processo em que não é julgada antecipadamente a lide, como requerido pela parte⁵¹: Aqui também fica evidente a completa ausência de interesse na interposição do recurso sob a forma retida, sendo incompatível a realização de um julgamento antecipado o prosseguimento do processo até a sentença e, posteriormente, até o julgamento da apelação.

Já o segundo tipo de caso encontra na doutrina exemplo como os de:

a) Decisões interlocutórias tendentes à resolução de questões incidentes que são absolutamente independentes e/ou estranhas ao objeto do processo, como a de fixação dos honorários periciais ou a de imposição de multa ao advogado que não devolve em vinte e quatro horas os autos do processo uma vez excedido o prazo legal para manifestação, nos termos do artigo 196 do Código de Processo Civil⁵²: Como a solução a ser dada a estas questões em nada afeta a futura decisão sobre o objeto do processo, não haveria justificativa razoável para que a mesma fosse resolvida apenas e eventualmente quando do julgamento da apelação, e não de forma mais célere, como possibilita a interposição do recurso por instrumento;

b) Decisões de não-acolhimento de alegação de existência de defeito capaz de viciar o processo (questões de ordem pública), como as relativas às condições da ação, aos pressupostos processuais, às garantias processuais e aos deveres dos sujeitos e participantes do processo: Nesses casos, dos quais é exemplo a alegação de incompetência absoluta⁵³, o eventual provimento do agravo acarretará a completa inutilidade de toda a atividade processual desenvolvida até o julgamento da apelação (ou até mesmo, como no exemplo mencionado, a anulação de todos os atos decisórios), com um maior decurso de tempo para a entrega da prestação jurisdicional, com evidente

⁵⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. cit.* p. 34-48.

⁵¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Op. cit.* p. 464.

⁵² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. cit.* p. 131.

⁵³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. cit.* p. 129.

afronta à garantia da razoável e célere duração do processo.⁵⁴

Também nesse sentido, é oportuno assinalar que, em vários desses casos, a jurisprudência, na mesma linha daquela firmada para os recursos extraordinário e especial que têm na sua origem decisão interlocutória⁵⁵, também vem se manifestando no sentido da admissibilidade do agravo de instrumento, como se extrai, por exemplo, do RESP nº 948554/SC, do RESP 800208/PR, do RESP 756236/SC, do RESP nº 698648/GO, do RESP nº 670485/PR, todos do Superior Tribunal de Justiça⁵⁶, e do Agravo de Instrumento nº 200501000082202, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região⁵⁷, compreendendo como incabível o agravo retido contra decisão proferida em processo de execução; e do Agravo de Instrumento nº 200601000182195 e do Agravo de Instrumento

⁵⁴ Aqui vale assinalar que, para alguns autores, como Antonio Notariano Jr. e Gilberto Gomes Bruschi (NOTARIANO JR., Antonio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Agravo contra as decisões de primeiro grau*. p. 79-81) e para Eliane Proscursin Quintella (QUINTELLA, Eliane Proscursin. As matérias de ordem pública e o regime da retenção obrigatória do agravo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e assuntos afins*. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 11) p. 68-75.), o caso seria de inexistência de interesse do recorrente na interposição do recurso pelo regime da retenção, com o que não se concorda. Interesse haveria sim, afinal, o proveito para o agravante decorrente do reconhecimento do vício continuaria a existir mesmo quando do julgamento da apelação, observando-se, ainda, que a interposição do agravo retido eximiria a parte da responsabilidade pelas custas do retardamento por não alegar a matéria na primeira oportunidade de falar nos autos, nos termos do §3º do artigo 267 do Código de Processo Civil. O que não haveria, no caso, isto sim, seria razão para se esperar a apreciação da questão pelo tribunal.

⁵⁵ Pois, como bem observado por Luiz Guilherme Aidar Bondioli “A vinculação entre o *caput* do art. 522 e o §3º do art. 542 autoriza mais uma conclusão, voltada agora para construções jurisprudenciais, no sentido de que as situações autorizadas do levantamento da retenção dos recursos especial e extraordinário também valem para o imediato processamento do agravo. Perceba-se que o §3º do art. 542 fala em retenção sem ressalvas (“ficará retido”), com muito mais força do que o art. 522, de modo que a jurisprudência firmada para os recursos especial e extraordinário é de indiscutível propriedade para o agravo.” BONDIOLOI, Luís Guilherme Aidar. *Op. cit* p. 238-239.

⁵⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=948554&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em 24 jul. 2008.;

_____. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=800208&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em 24 jul. 2008.

_____. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=756236&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em 24 jul. 2008.

_____. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=698648>. Acesso em 24 jul. 2008.

_____. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=670485&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em 24 jul. 2008.

⁵⁷ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em 24.jul.2008.

nº 200601000371530, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região⁵⁸, entendendo ser incabível a conversão do agravo de instrumento em retido quando a decisão atacada versa sobre questão de competência.

Iniciando um exame um pouco mais aprofundado dos dois tipos de situação, enunciados no início do presente tópico, em que vem sendo admitida a interposição de agravo de instrumento por aqueles casos em que a utilização da forma retida acaba inviabilizando o efetivo potencial do recurso para a reforma da decisão, vale observar que o interesse recursal é requisito de admissibilidade dos recursos correlato ao interesse de agir (que constitui condição da ação), sendo possível encontrar sua sede normativa no artigo 499 do Código de Processo Civil. Este artigo, ao estabelecer que, além do Ministério Público, somente a parte vencida e o terceiro prejudicado podem interpor recursos, vincula esta conduta, interposição de recurso, à noção de sucumbência, isto é, à “desconformidade entre o que a parte pretendia e aquilo que foi concedido, ou seja, o fato de ter-se negado um pedido formulado ou ter-se acolhido o pedido formulado pela parte contrária.”⁵⁹. É o critério conhecido como da sucumbência formal, seguido por parte da doutrina (como, por exemplo, Giuseppe Chiovenda, José Frederico Marques, Vicente Greco Filho e Moacyr Amaral Santos), como informado por Gleydson Kleber Lopes de Oliveira⁶⁰.

Este critério, contudo, não é suficiente para abranger todas as situações em que a parte pode ter interesse em recorrer, passíveis de ocorrer mesmo quando não houver sucumbência formal, o que se evidencia em diversos casos apresentados pela doutrina, como, por exemplo, os das decisões que têm como fundamento pontos que o juiz podia conhecer de ofício⁶¹, independentemente de pedido da parte contrária, bem como o caso do terceiro prejudicado, que, por ser terceiro, não sucumbe⁶², mas está autorizado a recorrer.

De modo a se chegar a um critério capaz de abranger as situações de existência de interesse em recorrer, surgiu na doutrina o chamado critério da sucumbência material,

⁵⁸ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em 24.jul.2008..

⁵⁹ JORGE, Flávio Cheim. *Op. cit.* p. 105.

⁶⁰ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. O interesse em recorrer nos recursos extraordinário e especial retidos, instituídos pela Lei 9756/95. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 4) p. 478.

⁶¹ JORGE, Flávio Cheim. *Op. cit.* p. 106.

⁶² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. cit.* p. 48.

que, como ensinado por Gleydson Kleber Lopes de Oliveira⁶³, está centrado

... na noção de efeitos prejudiciais decorrentes da decisão e à possibilidade de obtenção de uma decisão mais favorável, mercê da interposição de recurso. (...).

O interesse em recorrer, a partir do conceito de sucumbência material, reside no binômio necessidade-utilidade. À obtenção do resultado prático a que o recorrente almeja deve ser necessária a interposição do recurso. Por utilidade, deve-se entender que a reforma da decisão, obtida através da interposição do recurso, deve ser vantajosa, proveitosa, do ponto de vista prático ao recorrente.

Este critério da sucumbência material, como se vê, não retira a validade do critério da sucumbência formal, cujo conteúdo acaba sendo complementado pelo daquele. Nesse sentido, Flávio Cheim Jorge⁶⁴ esclarece que

A conclusão a que se pode chegar da análise dessas duas correntes, que procuram classificar o interesse em recorrer (formal e material), como ressalta Laura Salvaneschi, é a de que não há necessidade de negar-se validade à corrente formalista. Ao invés de substituída, ela pode ser perfeitamente integrada. De ordinário, o simples confronto entre o conteúdo da sentença e o conteúdo da demanda pode ser sintoma da existência do interesse em recorrer.

A sucumbência formal somente poderá ser considerada representativa do interesse em recorrer, se a ela for somada a possibilidade de se conseguir um resultado vantajoso. A sucumbência formal não é, portanto, o único elemento identificador do interesse em recorrer. A sua presença pode, mas não necessariamente, deve revelar a existência do interesse em recorrer. O núcleo essencial do interesse em recorrer deve ser visto em termos de utilidade e se concentra na vantagem que o recorrente pode ter com a interposição do recurso.

Do exposto, observa-se que todo o recurso deve ter potencial efetivo para trazer ao recorrente uma posição juridicamente mais vantajosa do que aquela decorrente da decisão recorrida, não podendo ser admitida a imposição de determinado regime recursal (ou a interpretação do texto legal conducente a este entendimento) incapaz de possibilitar àquele que recorre algum proveito, sob pena de grave lesão ao princípio estatuído no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Nessa linha, vale observar, respectivamente, as seguintes lições de Eduardo Talamini⁶⁵ e Zaiden Gerage Neto⁶⁶

⁶³ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Op. cit.* p. 479.

⁶⁴ JORGE, Flávio Cheim. *Op. cit.* p. 108/109.

⁶⁵ TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 80, p. 125-146, 1995 p. 72/73.

⁶⁶ GERAGE NETO, Zaiden. Aspectos preocupantes sobre o novo §3º do artigo 542 do Código de Processo Civil e a possibilidade de excepcionar a regra (Lei 9.756, de 17.12.1998). In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. p. 699.

Apenas se conferir às partes a oportunidade de recorrer não basta. Mais do que isso, têm de ser fornecidos meios para que eventual resultado favorável do recurso possa ser concretizado. Há casos em que de nada adianta o futuro provimento do recurso se os fins por ele visados já se houverem tornado irrealizáveis.

(...).

..., na garantia da inafastabilidade da adequada tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV): não adianta ser permitido o acesso ao Judiciário, se não houver meios de viabilização prática dos resultados pretendidos através desse acesso.

Referimo-nos ao fato de que a “*não*” exclusão de apreciação do Poder Judiciário a direito e a conseqüente garantia de acesso à justiça devem ocorrer em toda sua inteireza, possibilitando não só o acesso puro e simples – o ingresso em juízo – como, também, a garantia e o respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, através dos recursos disponíveis, de sua admissibilidade e efetiva apreciação.

Nessa ordem de idéias, de modo a que se respeite a garantia constitucional da inafastabilidade da adequada tutela jurisdicional, o artigo 522 do Código de Processo Civil deve ser lido compreendendo-se como *decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação* todos os casos em que se demonstrar a inutilidade do recurso quando interposto sob o regime da retenção. É a conclusão que também se extrai dos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶⁷ e de Athos Gusmão Carneiro⁶⁸, como se confere, respectivamente, abaixo:

O agravo, em sua modalidade por instrumento, portanto, somente será admitido contra decisões que puderem causar à parte lesão grave e de difícil reparação, ou, de formal geral, quando o agravo, em sua forma retida, for manifestamente inadequado para impugnar o ato judicial (como seriam outros recursos contra inadmissão da apelação ou contra a decisão que declara em que efeitos a apelação é recebida). Realmente, a exceção – em que será cabível o agravo por instrumento – fica por conta do exame do *interesse recursal*. Quando o agravo em sua forma retida for incompatível com a necessidade de impugnação do ato judicial, faltarão interesse recursal em seu uso, de modo que a única via que se divisa será a via por instrumento.

Impende verificar, isto sim, se o gravame (aleadamente) sofrido pela parte, por sua natureza e efeitos, *comporta um regime de espera pela futura apelação*, e se, caso provido pelo tribunal, o decurso do tempo não fará desaparecer a possibilidade de uma ainda eficaz reparação do dano causado. Ou seja: se o recurso *mantém sua capacidade de reparação do gravame*.

Observe-se que, no caso, há uma tensão entre a efetividade do recurso de agravo no caso concreto, que tem como fundamento o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 – (Curso de processo civil; v. 2) p. 543.

⁶⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. cit.* p. 45.

Federal, e, do outro lado, num plano mais amplo, o ganho em qualidade e celeridade no trabalho dos tribunais de justiça e regionais federais decorrente do menor acúmulo de agravos de instrumento, e o ganho para o sistema decorrente da valorização das decisões do juiz de primeiro grau, os quais, em última instância, concretizam o comando do artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal. Trata-se de um choque entre direitos fundamentais, para cuja resolução, como já observado no capítulo anterior, não se pode prescindir da aplicação do princípio da salvaguarda do núcleo essencial.

Com a utilização do regime instrumental nos casos de inutilidade do recurso interposto retidamente, adota-se a solução que, sem acarretar completa, mas apenas parcial (porque, de todo um universo de decisões interlocutórias agraváveis, limita-se a determinado tipo de situação, apenas aquelas em que a utilização do regime da retenção acarreta a perda da efetividade do recurso) supressão dos benefícios advindos da generalização do uso do agravo retido, assegura plena efetividade do recurso de agravo interposto, que acabaria sendo aniquilada por completo, inclusive em seu núcleo essencial, se adotado o regime da retenção do recurso.

Note-se que o critério, por ser mais amplo e geral que o adotado no *caput* do artigo 522 do Código de Processo Civil e por ser orientado pela observância ao preceito do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, acaba abrangendo, de modo não-exaustivo (como já constatado acima), as hipóteses expressamente estabelecidas no dispositivo (uma vez que, tanto nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida⁶⁹ – casos de ausência de posterior sentença e, conseqüentemente, de apelação em que se possa requerer o julgamento do agravo retido, que jamais viria a ser examinado pelo tribunal – como nos casos de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação – que, ante a possibilidade de perecimento de direito, demandam imediata reapreciação da decisão agravada, incapaz de ocorrer, salvo juízo de retratação do juiz de primeira instância, seguindo-se o procedimento da retenção – é patente a inutilidade do recurso interposto sob a forma retida), devendo prevalecer, a despeito do estatuído no §3º do artigo 523 do Código de

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. cit.* p. 130 e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Op. cit.* p. 458.

Processo Civil⁷⁰, inclusive, nos casos de decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento⁷¹.

Centrando, agora, maior atenção nos casos os casos em que a adoção do regime da retenção ameaça ou atenta contra a celeridade da prestação jurisdicional (que, como já assinalado no capítulo anterior, também possui natureza de garantia constitucional), os exemplos deste tipo de situação podem ser divididos em duas espécies: 1) casos em que, independentemente do resultado do julgamento do agravo, a simples postergação do momento em que o mesmo ocorre para quando da apreciação da apelação já configura, por si só, injustificada demora no exame do recurso (o que ocorre, por exemplo, nos casos das decisões interlocutórias tendentes à resolução de questões incidentes que são absolutamente independentes e/ou estranhas ao objeto do processo) e 2, casos em que o prejuízo temporal decorrerá do eventual provimento do agravo (caso do agravo voltado à impugnação de decisões de não-acolhimento de alegação de existência de defeito capaz de viciar o processo).

No primeiro caso, a violação à garantia do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, se dá de modo imediato, já no segundo, ela é apenas potencial. Nos dois, reconhecidos pela doutrina como situações de dano processual, como já visto, a

⁷⁰ §3º Das decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

⁷¹ Entendimento que é seguido, dentre outros, por Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. cit.* p. 123), Teresa Arruda Alvim Wambier (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Op. cit.* p. 258) e José Henrique Mouta Araújo (ARAÚJO, José Henrique Mouta de. O agravo e as mais recentes alterações processuais: alguns questionamentos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e assuntos afins (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 10) p. 212.). Em sentido contrário, Luiz Henrique Borges Varella (VARELLA, Luiz Henrique Borges. *Op. cit.* p. 8/9), defende que, nestes casos, não é admissível o regime instrumental, por entender que a regra especial contida no parágrafo não poderia deixar de prevalecer diante da regra geral do *caput* (interpretação que, como compreende o autor desta monografia, relega a segundo plano a garantia fundamental da proteção jurisdicional efetiva, o que não pode ser admitido); por entender que se trataria de norma referente ao cabimento do recurso de agravo retido, o que, em atenção ao princípio da singularidade, impediria a interposição de outro recurso, o agravo de instrumento (com o que aqui não se concorda, pois o recurso é um só, o agravo, constituindo a retenção ou a instrumentalização apenas regimes de sua interposição) e por entender que a retenção não prejudicaria o direito de defesa do agravante, uma vez que a interposição do agravo retido possibilita retratação (que, como observado por Athos Gusmão Carneiro, é raro de ocorrer. *Apud* LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Op. cit.* p. 316) pelo juízo recorrido (o que, como pensa o autor desta monografia, não é suficiente para uma completa garantia do direito do agravante, somente atendido em sua plenitude quando da submissão da questão ao órgão jurisdicional a quem a lei atribuiu o poder de exercer o controle das decisões interlocutórias, o tribunal).

tensão existente é entre a celeridade⁷² do julgamento do agravo (situação 1) ou do processo em que foi proferida a decisão interlocutória combatida (situação 2), de um lado, e, do outro lado, como já assinalado, num plano mais amplo, o ganho em qualidade e celeridade no trabalho dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais decorrente da menor quantidade de agravos de instrumento submetidos aos seus órgãos julgadores e o ganho para o sistema decorrente da valorização das decisões do juiz de primeiro grau, os quais, em última instância, concretizam o comando do artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal

Tratando-se, mais uma vez, de um choque entre direitos fundamentais, a utilização do regime instrumental aqui se justifica porque, da mesma forma como se observou nos casos de inutilidade do agravo, ela não acarreta, num âmbito mais amplo, completa, mas apenas parcial (porque limitada a determinados tipos de situação, em todo o universo de decisões interlocutórias) supressão dos benefícios advindos da generalização do uso do agravo retido, garantindo, por outro lado, de forma absoluta, a celeridade, concreta ou potencial, da prestação jurisdicional em cada caso em que a mesma poderia vir a ser aniquilada por completo caso fosse adotado o regime da retenção do recurso.

Desta forma, não se pode deixar de compreender, na leitura do artigo 522 do Código de Processo Civil, como casos de lesão grave e de difícil reparação (ao artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal) também aqueles em que a utilização do regime da retenção se mostrar, concreta ou potencialmente ofensiva à celeridade da prestação jurisdicional, como bem acentuado por Teresa Arruda Alvim Wambier⁷³:

Por outro lado, o requisito constante dos dois dispositivos citados (perigo de lesão grave e de difícil reparação) deve ser entendido em sentido amplo, para abarcar tanto os casos em que a lesão ou ameaça de lesão possa atingir direito *material* da parte, como também aqueles em que a imposição do regime da retenção contrarie o princípio da economia dos juízos, o que ocasionaria dano *processual*.

Enfim, de tudo o que se examinou até o momento, pode-se concluir que admitir, na compreensão do que seja “lesão grave e de difícil reparação”, também as situações acima apresentadas é o único modo de se preservar a completa compatibilidade da

⁷² Celeridade esta lesionada ou sob ameaça de lesão (estados que, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, ensejam a devida proteção judicial) com a utilização do regime da retenção.

⁷³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.* 2006. p. 459.

norma do artigo 522 do Código de Processo Civil com o texto constitucional, sendo também a única maneira de se entender que a Lei nº 11.187/2005 logrou êxito no intento de disciplinar, em sua plenitude, todas as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

2.2.3 Repercussão da prolação da sentença no agravo pendente de julgamento

Por fim, é oportuno examinar a repercussão da prolação da sentença no agravo pendente de julgamento, o que, como se poderá conferir mais abaixo, é de grande importância para o presente trabalho.

A questão não é pacífica, havendo quem sustente que a sentença, pelo fato de ter sido emanada de juízo singular de primeira instância, não poderia ser incompatível com a decisão tomada pelo órgão colegiado responsável pelo julgamento no agravo. É o chamado critério da hierarquia, de acordo com o qual os efeitos da decisão final ficariam condicionados ao desprovimento do agravo. De acordo com ele, portanto, a prolação da sentença não prejudicaria o prosseguimento do processamento do agravo, cujo julgamento não seria afetado pelo teor da sentença.

Já para outros, o que deve prevalecer é o fato de a sentença sempre ser proferida com fundamento num juízo de cognição exauriente, deste modo “englobando” a decisão interlocutória, proferida com base em juízo de cognição sumária. Seguindo este raciocínio, desta forma, proferida a sentença, haveria a perda do objeto do agravo. É o chamado critério da cognição.

A solução, na realidade, segundo se entende no presente trabalho, não passa pela adoção indiscriminada de algum dos dois critérios acima mencionados, dependendo de saber se a decisão do recurso (que, confirmando ou reformando a decisão interlocutória recorrida, ficará em seu lugar, a substituindo) pode, a despeito da sentença, trazer à parte recorrente algum benefício. Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha⁷⁴ assim explicam a proposição adotada:

⁷⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. cit.* p. 154

Em suma, a questão deve ser analisada sob a ótica do interesse recursal do agravante: se, a despeito da sentença superveniente, ainda lhe for útil, de algum modo, o julgamento do agravo – é dizer, se sua posição no processo puder ser, de alguma forma, melhorada com aquele julgamento – não se pode ter por prejudicado aquele recurso; se, ao contrário, a partir da prolação da sentença, o provimento ou desprovimento do agravo não tiver o condão de influenciar em sua situação processual, outro caminho não restará senão o de tê-lo por prejudicado.

Portanto, se, uma vez proferida a sentença, a resolução da questão discutida no agravo não puder trazer algum benefício para a parte agravante, perde-se o interesse no julgamento do agravo; não sendo este o caso, prosseguir-se-á normalmente no trâmite do recurso pendente de julgamento.

3 O RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO SOBRE O REQUERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PROFERIDA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO

Passando, agora, à discussão sobre o regime de interposição do recurso de agravo mais adequado à impugnação das decisões acerca do requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, é oportuno observar que é expressiva a quantidade de decisões monocráticas de relatores em agravo de instrumento convertendo, com base no preceito do artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, o recurso versando sobre decisão antecipatória dos efeitos da tutela para agravo retido. Em pesquisa efetuada nas páginas do Tribunal Regional Federal da 1ª Região⁷⁵ e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios⁷⁶ (escolhidos, ante a inviabilidade material de se pesquisar todos os Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, pelo fato de serem os Tribunais com jurisdição no Distrito Federal), foram encontrados, respectivamente, 223 e 68 decisões monocráticas proferidas entre 01.01.2007 e 24.11.2008 que continham os termos “agravo”, “instrumento”, “tutela”, “antecipada” e “converso”; e, respectivamente, 1.041 e 321 decisões monocráticas proferidas entre 01.01.2007 e 24.11.2008 que continham os termos “agravo”, “instrumento”, “tutela”, “antecipação” e “converso”.

Estariam estas decisões em plena consonância com as premissas já estabelecidas no presente estudo? Deveriam prevalecer, em todos esses casos, como faz crer o dado acima apresentado, os benefícios advindos da generalização do uso do agravo retido – o ganho em qualidade e celeridade no trabalho dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais e a valorização das decisões proferidas pelos juízes singulares que têm contato maior com a realidade dos fatos que constituem o processo – sobre os fundamentos que justificam a antecipação de tutela, referidos no primeiro capítulo, e a utilização do regime instrumental do recurso de agravo, referidos no segundo capítulo? É o que, a partir de agora, se buscará responder, separando-se, num primeiro

⁷⁵ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em 24.nov.2008.

⁷⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&I=20&ID=61201,71421,24527&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acesso em 24 nov. 2008.

momento, para fins de mais fácil compreensão, a análise em dois grupos de casos, aqueles em que o recurso é dirigido à impugnação das decisões de indeferimento do requerimento antecipatório dos efeitos da tutela e aqueles em que ele se volta contra as decisões de deferimento deste tipo de requerimento.

Iniciando o estudo pelo primeiro dos dois grupos acima mencionados, um dado que salta aos olhos é o de que, independentemente dos fundamentos que embasaram o requerimento de antecipação de tutela (existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caracterização de abuso de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu ou quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, se mostrar incontroverso), se o mesmo foi indeferido, persiste, para a parte que formulou o requerimento, o motivo que a levou a buscar a medida antecipatória. Assim, se a medida baseava-se na alegação de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o indeferimento pode representar o prosseguimento da afronta ao princípio da efetividade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), como já examinado; já se a medida foi requerida ao argumento de que o réu abusou de seu direito de defesa ou atuou com manifesto propósito protelatório, ou, ainda, porque uma parte do pedido ou um dos pedidos cumulados, isoladamente considerado, estaria em condições de, desde logo, ser apreciado e julgado procedente, a decisão de indeferimento pode acarretar a continuidade da violação à celeridade e à razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal), como também já observado.

Tanto no primeiro caso como nos dois últimos, a salvaguarda das normas constitucionais referidas, para a parte que requereu a medida antecipatória, dependia de sua imediata concessão, posto que, se concedida a medida em momento posterior, muito provavelmente já terá havido a consumação do receado dano irreparável ou de difícil reparação ou ainda persistirá justificado receio de que o mesmo se concretize, ou, inexoravelmente, com o acréscimo do tempo decorrido a partir da decisão do indeferimento do requerimento, o processo já terá se prolongado por tempo superior ao que seria estritamente necessário para a entrega da tutela jurisdicional, no todo ou em parte.

Feitas estas observações, fica bastante claro que o interesse da parte que teve indeferido seu requerimento antecipatório dos efeitos da tutela está apenas em obter, pela via do agravo, de forma imediata, tal como pretendia quando da formulação do

requerimento da antecipação de tutela, a medida que lhe foi negada pelo juízo da primeira instância, pois, de outro modo, no entender da parte agravante, haverá inevitavelmente, ofensa irremediável ao âmago do princípio da efetividade da jurisdição ou da celeridade e a razoável duração do processo.

Sendo assim, fica fácil concluir que, sob pena de se retirar por completo do agravo a aptidão para produzir o resultado esperado pela parte recorrente e, assim, o interesse em sua utilização (o que retiraria do recurso toda sua efetividade, representando ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, inclusive no seu núcleo essencial), somente pode ser admitido contra esta espécie de decisão o agravo de instrumento, cujo procedimento, ao contrário do que ocorreria com a retenção (que obrigaria o agravante a aguardar até o julgamento da apelação para reformar a decisão), possibilita imediata submissão da questão ao tribunal, inclusive com a possibilidade de prolação, pelo relator do recurso, de decisão liminar antecipatória da pretensão recursal, apta a entregar prontamente ao agravante a medida negada pelo juízo da primeira instância. No caso, portanto, há que prevalecer a efetividade concreta do recurso de agravo sobre os benefícios advindos da generalização do uso do agravo retido. Nessa linha, valem as menções à ementa do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça e (discutindo a situação análoga da liminar possessória, que também possui natureza antecipatória) aos ensinamentos de Nelson Nery Júnior⁷⁷:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO. MEDIDA EXCEPCIONAL. ART. 527, II, C/C O ART. 523 DO CPC. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PROVISÃO JURISDICIONAL DE URGÊNCIA OU PERIGO DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Recurso especial contra acórdão que converteu o agravo de instrumento em agravo retido nos termos do art. 527, II, do CPC. Alegação de que não está configurada, no caso, hipótese de retenção, tendo em vista que a não-concessão da tutela antecipada para aquisição do medicamento postulado causará grave lesão à saúde da recorrente, podendo levá-la, inclusive, à morte.

2. O aludido artigo estatui que “recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator 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”.

3. Já o art. 523 do mesmo diploma legal dispõe que “na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação”.

⁷⁷ *Apud* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.* p. 459.

4. O art. 527, II, do CPC permite que o relator receba o recurso como agravo retido. No entanto, não é possível a ocorrência de tal regra, in casu, em razão do que dispõe o caput, do art. 523, da lei adjetiva civil, visto que a decisão de 1º grau esgotou-se com a sua prolação, surtindo os efeitos imediatos, podendo se tornar irreversível.

5. O agravo retido deve ser feito referência, como preliminar, no recurso de apelação. Não havendo mais julgamento, por meio de sentença, a possibilitar a interposição do recurso apelativo – por se tratar de incidente em execução –, o agravo retido tornar-se-á inócuo, de nada valendo.

6. Tendo-se por inexistentes, in casu, os elementos necessários à conversão, deve ser devidamente processado o instrumento.

7. Precedentes: REsp nº 800208/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20/02/2006; REsp nº 670485/PR, 2ª Turma, Relª Minª Eliana Calmon, DJ de 03/10/2005; REsp nº 756236/SC, 1ª Turma, deste Relator, DJ de 08/08/2005.

8. Recurso provido, com a baixa dos autos ao Tribunal a quo, para que examine os demais aspectos do agravo de instrumento. (STJ, RESP nº 948554/SC, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, Data da decisão: 04.09.2007, Fonte: DJ 04.10.2007 p. 208).

... *denegada* a liminar, se o autor pretende a manutenção ou reintegração *imediate* na posse, de nada lhe adianta a reapreciação dessa questão no julgamento de eventual apelação, quando os efeitos danosos da posse da parte contrária já terão ocorrido no tempo. Aí, então, só lhe interessará o julgamento da apelação, se perder a demanda, mas não a discussão sobre a liminar.

Seria este, no entanto, nos casos de decisão de indeferimento de requerimento de antecipação de tutela, o único fundamento para a interposição do agravo por instrumento, inefetividade do agravo retido relacionada com o mérito do recurso? De modo a responder a esta indagação, necessário se faz examinar o caso do regime de interposição do recurso dirigido à impugnação das decisões de deferimento da medida antecipatória de tutela, tipo de situação em que o agravante, por ser a parte que ocupa o pólo passivo da relação processual, não terá, necessariamente, como motivo para a utilização do regime instrumental, a alegação de caracterização de abuso de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu ou de que um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, se mostra incontroverso (situações que, sob pena de automática lesão à celeridade e à razoável duração do processo, demandam o imediato processamento do agravo); ou a alegação de que direito seu relacionado com o objeto da lide esteja sob a ameaça direta de dano irreparável ou de difícil reparação, o que também demandaria imediata apreciação do recurso.

De modo a avançar no raciocínio, é preciso, novamente, voltar a atenção para os efeitos da prolação da sentença no recurso de agravo pendente de julgamento. Como examinado antes, se, tendo sido proferida a sentença, a resolução da questão discutida

no agravo não tiver mais aptidão para trazer algum benefício para a parte agravante, o agravo perde seu objeto; não sendo este o caso, prosseguir-se-á normalmente no trâmite do recurso pendente de julgamento. Sob esse prisma, caberia aferir se, depois de prolatada a sentença, a discussão sobre a antecipação de tutela poderia trazer algum benefício ao agravante. Se sim, a prolação da sentença (fato que, de acordo com o procedimento previsto no Código para o agravo retido, necessariamente antecederá o momento do julgamento desta modalidade do recurso) não teria qualquer influência no futuro do agravo; se não, ela faria com que o agravo cujo julgamento necessariamente deve lhe suceder, o agravo retido, perdesse o objeto, em detrimento de sua utilidade (o que, em outras palavras, de modo a preservar a aptidão do recurso para produzir algum benefício para o agravante, impor a interposição do agravo, em casos como esse, somente sob o regime instrumental).

Para que se possa fazer esta avaliação sobre a utilidade do agravo, vale rememorar que a finalidade da antecipação de tutela, como já estudado no primeiro capítulo, é apenas e tão-somente de evitar lesão à efetividade do processo ou à celeridade e razoável duração do processo, não constituindo, assim, pressuposto lógico para a prolação da sentença. Depois da prolação da sentença, portanto, a possibilidade de que o julgamento do agravo nela repercute não seria uma razão para a subsistência do interesse do agravante no prosseguimento do recurso.

Por outro lado, como também estudado no primeiro capítulo, a prolação de sentença retira toda a utilidade da discussão sobre o acerto da decisão de concessão ou não-concessão da medida antecipatória dos efeitos da tutela, sendo possível buscar ou combater a eficácia social da sentença nos tribunais independentemente da apreciação do acerto do pronunciamento do juiz da primeira instância acerca do requerimento da antecipação de tutela. Aqui também, portanto, o agravo, após a prolação da sentença, não terá mais utilidade.

Do que se expôs, então, chega-se à conclusão, que é válida tanto para os casos de agravo contra a concessão da antecipação de tutela como aqueles em que o recurso se volta contra a não-concessão da antecipação de tutela, de que a prolação da sentença, fato que necessariamente deve preceder o julgamento do agravo retido, faz com que, daquele momento em diante, se torne inútil o julgamento do recurso. Desta forma, não havendo qualquer utilidade na interposição do agravo retido, inexistindo interesse da parte

recorrente em sua interposição sob este regime, o fenômeno aqui descrito constitui mais uma razão pela qual as decisões sobre antecipação de tutela devam ser combatidas somente por meio de agravo de instrumento, sob pena de completa supressão da efetividade do recurso, como reconhecido, por esta razão, por, dentre outros⁷⁸, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁷⁹, de quem se confere a seguinte lição:

Tal é o que ocorre, por exemplo, com decisões que deferem ou indeferem liminares antecipatórias. Se o prejudicado recorresse desta decisão com agravo retido, este agravo somente seria examinado pelo tribunal quando este fosse reapreciar a sentença ulteriormente proferida no feito. Nesta ocasião, porém, não haveria mais nenhuma utilidade em reexaminar a decisão antecipatória, mesmo porque ela já teria sido substituída pela sentença. Não há, portanto, nenhum interesse processual no uso do agravo retido para atacar a decisão.

Neste caso, portanto, também há que prevalecer a efetividade concreta do recurso de agravo sobre os ganhos marginais trazidos para o trabalho dos tribunais de justiça e regionais federais e para a qualidade da prestação jurisdicional decorrentes da utilização do agravo retido.

Como se pode concluir, portanto, pelas razões acima apresentadas, e em sentido contrário ao das decisões que muito ainda se encontram nos tribunais de justiça e nos tribunais regionais federais, aludidas no começo deste capítulo, somente o regime instrumental possui plena aptidão para a impugnação das decisões sobre antecipação de tutela com plena garantia dos princípios constitucionais da prestação jurisdicional efetiva, da celeridade e da razoável duração do processo.

⁷⁸ Como Teori Albino Zavascki (ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*), Sergio Bermudes (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil, tomo VII: arts. 496 a 538.*, p.236/237.), Cassio Scarpinella Bueno (BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.* p. 77)

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.* p. 543/544.

CONCLUSÃO

A antecipação de tutela veio no ordenamento jurídico brasileiro como meio de possibilitar a entrega pelo Estado-Juiz da prestação jurisdicional de modo efetivo e célere em determinadas espécies de situação nas quais o procedimento tendente à entrega da tutela jurisdicional padrão não é adequado à plena realização dos princípios da efetividade da jurisdição, da celeridade e da razoável duração do processo, todos com assento na Constituição Federal.

Por estas qualidades suas, desde seu advento passou a ser requerida com freqüência cada vez maior nos processos que seguem o procedimento comum, o que resultou em progressivo aumento do número de decisões interlocutórias proferidas resolvendo o incidente. Como consequência (não apenas) deste fato, observou-se uma maior utilização do principal recurso destinado ao combate deste tipo de ato decisório, o agravo, segundo o regime mais idôneo a provocar a imediata reforma da decisão combatida, o instrumental, que desde 1995 passou a tramitar, desde o início do procedimento, diretamente nos tribunais de segunda instância.

O reconhecimento do agravo de instrumento como o grande responsável pelo crescimento do número de causas submetidas à apreciação destes tribunais fez com que o legislador cada vez mais procurasse restringir o seu uso, que ficou limitado a poucos tipos de situação, fazendo da regra geral a utilização do agravo retido, cuja eventual apreciação somente ocorre quando do julgamento do recurso de apelação.

No entanto, por mais que se tenha buscado limitar o uso do agravo de instrumento, doutrina e jurisprudência, numa interpretação sistemática das normas legais disciplinadoras do regime de interposição do recurso de agravo (na qual não se deixou de levar em consideração a experiência advinda da aplicação da regra do artigo 542, §3º do Código de Processo Civil – relativa à retenção do recurso extraordinário e do recurso especial interpostos de decisão interlocutória, nem, tampouco, o interesse recursal e os princípios constitucionais da efetividade da jurisdição, da celeridade e da razoável duração do processo), começaram a identificar situações que exigiam a interposição do recurso de agravo somente pelo regime instrumental.

Em uma destas espécies de situação vem a se encontrar o caso do agravo destinado ao combate das decisões que versam sobre os requerimentos de antecipação de tutela, sendo possível identificar como razão para a necessidade de se utilizar apenas o regime instrumental do recurso o fato de o mesmo ser o único apto a preservar a plena e efetiva capacidade do recurso para trazer algum benefício concreto para o agravante que se insurge contra este tipo de decisão interlocutória. Tal se explica por ser o regime instrumental o único capaz de acarretar a reforma da decisão antes do momento em que deixa de fazer sentido a discussão sobre o acerto da decisão relativa à antecipação de tutela, de caráter meramente provisório, o da prolação da sentença; e também porque, nos casos de impugnação a decisões de indeferimento do requerimento antecipatório, o regime instrumental, em razão de sua imediata apreciação pelo tribunal, com possibilidade de concessão de medida antecipatória dos efeitos da tutela recursal, é o único apto a impedir, de forma efetiva, o prosseguimento, para a parte que formulara o requerimento antecipatório da tutela, das lesões aos princípios da efetividade da jurisdição, da celeridade e da razoável duração do processo eventualmente decorrentes da decisão proferida pelo magistrado da primeira instância.

Da conclusão a que se chega, portanto, em sentido oposto ao das muitas decisões proferidas, nos tribunais de justiça e nos tribunais regionais federais, pelos desembargadores relatores de conversão do agravo de instrumento em agravo retido mesmo em situações versando sobre antecipação de tutela, verifica-se que a redução do volume de processos nos tribunais de justiça e nos tribunais regionais federais (que é desejável, por possibilitar, em último grau, uma melhora na qualidade dos julgamentos proferidos nestas instâncias), principal razão para que se tenha privilegiado o agravo retido no sistema processual civil brasileiro, não pode se dar às custas de uma interpretação das normas legais nitidamente violadora de princípios constitucionais caros ao ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta de. Tutela antecipada, seus momentos e o meio recursal cabível diante das novas reformas processuais. FREDIE DIDIER JR.. Colaboradores. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/main/colaboradores//default.jsp?Old=null¬icias.page=3>>. Acesso em: 12.jul.2008.

_____. O agravo e as mais recentes alterações processuais: alguns questionamentos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e assuntos afins*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 10) p. 200-230.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

BANDEIRA DE MELO, Ricardo Procópio. Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o §3º do art. 515 do CPC. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 8) p. 667-681).

BONDIOLI, Luís Guilherme Aidar. Primeiras impressões sobre o novo regime do agravo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 10) p. 231-262.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva. 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e assuntos afins*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 10) p. 34-48.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm. 2007. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A nova disciplina do agravo no processo civil decorrente da Lei 11.187/2005. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim

(Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e assuntos afins*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 10) p. 138-151.

GERAGE NETO, Zaiden. Aspectos preocupantes sobre o novo §3º do artigo 542 do Código de Processo Civil e a possibilidade de excepcionar a regra (Lei 9.756, de 17.12.1998). In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 694-706.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

JUSTIÇA FEDERAL. Jurisprudência unificada. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/?>>. Acesso em 24 jul. 2008.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso de agravo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 11) p. 306-325.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008 – (Curso de processo civil; v. 2)

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008. (Série IDP)

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil, tomo VII: arts. 496 a 538*. 3ª ed. revista aumentada e atualizada por Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

NOTARIANO JR., Antonio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Agravo contra as decisões de primeiro grau*. São Paulo: Método. 2006

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. O interesse em recorrer nos recursos extraordinário e especial retidos, instituídos pela Lei 9756/95. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 4) p. 454-492.

(PORTAL DA JUSTIÇA FEDERAL, Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/juris/?> > Acesso em 12 out. 2008)

QUINTELLA, Eliane Proscursin. As matérias de ordem pública e o regime da retenção

obrigatória do agravo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 11) p. 68-75.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Reforma da justiça: (notas à emenda constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004)*. Niterói: Impetus. 2005.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva. 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=948554&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em 24 jul. 2008.

_____. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=800208&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em 24 jul. 2008.

_____. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=756236&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em 24 jul. 2008.

_____. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=698648>. Acesso em 24 jul. 2008.

_____. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=670485&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em 24 jul. 2008.

_____. Disponível em:

<[http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=sentença%20e%20"antecipação%20de%20tutela"](http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=sentença%20e%20)>. Acesso em 02 set. 2008.

TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 80, p. 125-146. 1995.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=61201,71421,24527&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acesso em 24 jul. 2008.

_____, Disponível em:

<<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=5&PGATU=1&l=20&ID=61281,39272,17439&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>, Acesso em 12 out. 2008.

_____, Disponível em:

<<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=2&PGATU=1&I=20&ID=61281,39961,24364&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>, Acesso em 12 out. 2008.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em 24.jul.2008.

VARELLA, Luiz Henrique Borges. A nova disciplina do recurso de agravo, *Jus navigandi*, Teresina, ano 11, n.1254, 07.12.2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9244>> Acesso em: 06.mai.2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007.