

O EFEITO ATIVO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ricardo HOFFMANN*

A Doutrina aponta o agravo de instrumento como uma típica criação do direito português, como afirma, aliás, Vicente Greco Filho.¹

No Direito Brasileiro, foi adotado o sistema positivo português e a maior parte dos Estados tinha o seu próprio Código Processual, sendo certo que, como regra, mantiveram-se os agravos de petição e o de instrumento.

O primeiro Código de Processo Civil, que vigorou para todo o país, datou de 1939 e previa o agravo de petição (contra as sentenças terminativas, ou seja, que extinguíam o processo sem o julgamento do mérito); a maior parte das interlocutórias não ensejavam agravo, ressalvados alguns casos em que destas sentenças cabia agravo de instrumento ou agravo no auto do processo, quando a lei assim o previsse.

Na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, o então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, apontou pela necessidade de se estabelecer uma nova sistemática dos recursos, pois a que vigia se ressentia de dois defeitos fundamentais: a) sob o aspecto terminológico, o emprego de uma expressão única para designar institutos diferentes; b) sob o aspecto sistemático, uma quantidade excessiva de meios de impugnar as decisões.

Foram extintos, assim, no projeto que deu origem à lei 5.869/73 (Projeto Buzaid), o agravo de petição e o agravo no auto do processo, havendo uma simplificação no sistema recursal, prevendo-se o recurso de apelação contra sentenças (quer definitivas, quer terminativas) e o de agravo de instrumento contra quaisquer decisões interlocutórias.

Porém, por meio da Emenda nº 89 (denominada Emenda Aragão, em homenagem ao processualista Egas Moniz de Aragão), foi introduzido o agravo retido, que trazia uma importantíssima finalidade prática, qual seja, a de evitar a preclusão das decisões interlocutórias, sem a obrigatoriedade de formação do instrumento.

Basicamente, podemos dizer que o procedimento do agravo de instrumento no CPC/73 era o seguinte: petição de interposição no prazo de 5 dias; formação do instrumento após a intimação do agravado para indicação de peças; intimação do agravado para responder; preparo em 10 dias; despacho do juiz mantendo ou reformando a decisão; subida do instrumento ao Tribunal competente, caso mantida a decisão ou, se reformada, caso houvesse pedido do agravado.

A lei nº 9.139/95 trouxe substanciais modificações ao recurso de agravo, considerando-se o texto do Código de 1973.

O que objetivou o legislador, segundo bem diz a doutora Teresa Arruda Alvim Wambier, foi "agilizar, desburocratizar, enfim, simplificar o andamento dos processos. Quis-se impedir que o agravo possa converter-se num expediente para provocar tumulto e atrasar o curso do procedimento em 1º grau de jurisdição, como às vezes ocorria no regime anterior. Procurou-se, também, reduzir à mais absoluta excepcionalidade o uso do mandado de segurança contra atos do Juiz, com a possibilidade de que, diante do preenchimento de certos requisitos, o próprio Tribunal imprima, ao agravo, efeito suspensivo."²

As principais modificações são as seguintes:

(*) Mestrando em Direito pela PUC-Campinas.

a) o recurso contra decisões interlocutórias, como gênero, passa a denominar-se apenas agravo, cujas espécies são o agravo retido nos autos e o agravo de instrumento (convém observar-se que há outros agravos no CPC, conforme previsões dos artigos 557, 532, 544 e 555, como, por exemplo, aquele que se opõe contra a decisão do relator que nega seguimento ao agravo);

b) o prazo foi aumentado de 5 para 10 dias;

c) expressa possibilidade de o juiz reformar a sua decisão (juízo de retratação) no agravo retido, com manifestação prévia da parte contrária em 5 dias (o que já era defendido por expressiva corrente doutrinária e Jurisprudencial);

d) expressa admissão do agravo retido oral de decisões interlocutórias proferidas em audiência;

e) o agravo de instrumento deve ser dirigido diretamente ao Tribunal competente para apreciá-lo;

f) foi abolida a formação do instrumento tal qual ocorria anteriormente; agora, o agravo de instrumento já deverá vir instruído com as peças obrigatórias e com outras que o agravante reputar úteis. Esta importante alteração elimina ou, ao menos, ameniza consideravelmente a demora que a formação do instrumento e o seu processamento enfrentavam em primeira instância;

g) em três dias, o agravante deverá requerer a juntada aos autos do processo de cópia da petição de interposição do agravo de instrumento, do comprovante da interposição e, ainda, da relação dos documentos que instruíram o recurso;

h) o agravo de instrumento será distribuído incontinenti ao relator, ficando-lhe facultado requisitar informações do juízo a quo (penso que, nesse caso, não se faz recomendável que, de maneira aleatória e genérica, sejam solicitadas informações, principalmente se a decisão estiver substancialmente fundamentada, sob pena de acarretar-se uma delonga desnecessária ao recurso);

i) ampliou-se a possibilidade de o relator conceder efeito suspensivo ao agravo de instrumento, não só nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens ou de levantamento de dinheiro sem caução idônea, como também em outros casos dos quais possa resultar lesão grave ou de difícil reparação, sendo relevante a

fundamentação (nova redação ao artigo 558 do CPC);

j) o relator, como consta da nova redação do art. 557 do CPC, deverá negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à Súmula do respectivo tribunal ou de tribunal superior (veja-se que o legislador alude a recurso, em termos genéricos, não se restringindo exclusivamente ao agravo de instrumento).

k) se antes havia dúvidas, parece-me claro que, agora, o agravo retido deverá vir acompanhado das razões do agravante (ainda que sucintas), como consta do art. 523, §3º do CPC, até mesmo na hipótese de a decisão não ter sido proferida em audiência;

l) o recurso de agravo de instrumento poderá ser interposto diretamente no Tribunal, ou por meio de correio com AR, ou por qualquer outro meio previsto na lei local (como é o caso do protocolo integrado).

Pois bem, feita a exposição, ainda que sumária, das inovações trazidas com a lei nº 9.139/95, passo a enfrentar a questão que é objeto específico deste estudo, envolvendo o efeito ativo do agravo de instrumento.

O que se quer saber nesse ponto é se, em face de uma decisão interlocutória negativa do juiz (como, por exemplo, quando indefere uma liminar ou indefere a antecipação da tutela, enfim, em todos os casos em que se negue uma tutela de urgência) poderia o relator, a quem incontinenti é encaminhado o agravo de instrumento, conceder de imediato a providência solicitada, ou seja, antecipar - ainda que provisoriamente, até o julgamento - o resultado do mérito do agravo de instrumento, tal como pretendido pelo agravante?

Tal hipótese não foi prevista no novo regime do agravo de instrumento, que, em seus artigos 527, II e 558, somente contempla a possibilidade de o relator conceder efeito suspensivo ao recurso, ou seja, suspender o cumprimento da decisão agravada até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Nesse caso, para que se suspenda o cumprimento de uma decisão, há que se presumir logicamente que tal decisão tenha cunho positivo (ou seja, quando o juiz defere algum pedido da

parte, proferindo uma decisão interlocutória que terá de ser cumprida).

Se a decisão envolver os casos especificamente enumerados no artigo 558 ou outros dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, desde que seja relevante a fundamentação, o relator poderá dar o efeito suspensivo ao agravo.

Poderia ter o agravo, porém, o efeito ativo de fazer com que o próprio relator, antes do julgamento do recurso, concedesse a tutela negada pelo juiz a quo?

Passo a analisar algumas posições da Doutrina Pátria sobre o assunto.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, no seu Código de Processo Civil Comentado, dizem o seguinte:

"Quando a decisão agravada tiver conteúdo negativo, como por exemplo no caso de o juiz de primeiro grau indeferir pedido de liminar, pode o relator conceder a medida pleiteada no primeiro grau, por aplicação extensiva do CPC 527 II, combinado com o CPC 558. A concessão, pelo relator, da medida denegada pelo juiz de primeiro grau é, na verdade, antecipação do resultado do mérito do agravo de instrumento, perfeitamente admissível no sistema brasileiro, à luz do CPC 273. A essa circunstância a Doutrina dá o nome de efeito ativo do agravo. A parte pode optar, ainda, pela impetração do mandado de segurança para obter a liminar denegada pelo juiz. Neste caso, o novo sistema não impede a utilização do MS contra ato judicial passível de recurso, porque o recurso (agravo) é ineficaz para obtenção do provimento liminar denegado pelo juiz de primeiro grau. V. coment. CPC 273.".³

Em trabalho publicado na Revista de Processo no 80, assim pensa Eduardo Talamini:

"Há casos em que a decisão impugnada deixou de conceder uma providência (ativa) pleiteada pelo recorrente. Em certas situações, há urgência na obtenção de tal providência. O simples futuro provimento do recurso contra sua denegação poderia vir

a ser inútil- uma vez que já concretizado o dano que se pretendia evitar. É precisamente o que se dá em relação as decisões que indeferem liminares em cautelares, em mandados de segurança, em possessórias. Também se enquadra nessa hipótese a decisão que, no processo de conhecimento, nega a antecipação de tutela fundada em risco de dano irreparável (CDC, art. 84, §3º, CPC, arts. 273, I, e 461, §3º). Enfim, é o que ocorre em todos os casos em que se nega uma tutela de urgência.".⁴

Para referido autor, a hipótese acima ensejaria à parte lesada utilizar-se do mandado de segurança, sugerindo, ainda, quanto à possibilidade de que se dê uma interpretação teleológica ao artigo 558 do Código de Processo Civil.

Prossegue Eduardo Talamini:

"Com tudo isso, quer-se chegar ao seguinte ponto: a simples possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao agravo, nos casos em que haja relevância e urgência, não eliminará a utilização do mandado de segurança contra ato jurisdicional. Restariam, sempre, os casos em que não se busca a suspensão do cumprimento da decisão agravada e, sim, um efeito que se poderia chamar de "ativo". Assim, de duas uma: (a) ou se interpreta teleologicamente o novo art. 558 do CPC, entendendo-se que ele autoriza não só a suspensão do "cumprimento da decisão" agravada (como diz literalmente o preceito), mas também a própria concessão antecipada da providência negada pelo órgão a quo e que se busca através do recurso; (b) ou, para esses casos (que tendem a ser cada vez em maior número, sobretudo após a realista adoção generalizada da tutela de urgência em nosso sistema), continuará sendo usado o mandado de segurança. A mesma ratio que se põe para a admissão da suspensão do cumprimento da decisão agravada existe para autorizar a concessão antecipada da providência ativa que a decisão agravada negou: a garantia do resultado do recurso."

O que se depreende é que os autores acima mencionados entendem que é possível à parte utilizar-se tanto do agravo de instrumento (pedindo

ao relator o efeito ativo), como do mandado de segurança (pois o novo sistema não impede a utilização deste remédio jurídico).

Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que o ato do juiz, no caso de negar uma providência de urgência solicitada, ensejaria a que a parte lesada fizesse uso do mandado de segurança, como se vê abaixo:

"Outra das situações a que a lei ordinária não oferece solução, e que portanto, faz nascer o interesse de agir para a parte lançar mão do mandado de segurança, é aquela em que a possibilidade de que o relator conceda efeito suspensivo ao agravo ou à apelação fica DESPROVIDA DE SIGNIFICAÇÃO PRÁTICA, na medida em que o ato recorrido seja NEGATIVO, ou seja, por exemplo, A NÃO CONCESSÃO DE UMA LIMINAR (A QUE A PARTE FAZ JUS).

Em hipóteses como esta, agravando a parte prejudicada, e pedindo efeito suspensivo ao agravo, NÃO LOGRARÁ OBTER DO RELATOR A DECISÃO QUE O JUIZ, ILEGALMENTE, NÃO CONCEDEU."

E prossegue a doutora:

"O mandado de segurança, evidentemente, tem de ser admitido em casos como esse, desde que seu objetivo seja o de CORRIGIR A ILEGALIDADE COMETIDA PELO JUÍZO A QUO, pois que, este, estando presentes os pressupostos de concessão da medida, NÃO A CONCEDEU."(...) " NESSES CASOS O JUIZ TEM UMA SÓ SAÍDA: proferir a decisão CORRETA. Caso contrário, este ato é controlável pela via do mandado de segurança, em princípio, se a lei ordinária não der solução real e que efetivamente satisfaça, no plano concreto e fático, a parte lesada."⁵

Em trabalho publicado na RT 734/129, o Juiz e Professor das Escolas Superiores da Magistratura e do Ministério Público do Rio Grande do Sul, José Carlos Teixeira Giorgis, ao tratar da questão atinente à suspensão do processo pelo relator, observa que " a meta do dispositivo é soffrear o uso exagerado do mandado de segurança, mote da reforma que instituiu norma para inibir aquela demasia" (...) "A postulação será inócua

quando se trate de decisão interlocutória de conteúdo negativo, como a que nega a fixação provisória de aluguel em ação revisional, pois o provimento não obrigará à estimação judicial do locativo."⁶

O eminente Professor Doutor João Batista Lopes, em trabalho publicado no Repertório IOB de Jurisprudência, faz a seguinte consideração sobre o assunto em tela:

"E a suspensão da decisão agravada pelo Relator não pode implicar concessão de medida liminar indeferida pelo juízo de primeira instância como observou, recentemente, o eminente Prof. Kazuo Watanabe em palestra no Centro de Estudos do II Tribunal de Alçada Civil."⁷

No entanto, o respeitado professor reformulou o seu entendimento anterior, como se pode ver do artigo que escreveu e que foi publicado no jornal Tribuna do Direito, apontando, em resumo, os seguintes pontos por meio dos quais conclui no sentido da admissibilidade do chamado efeito ativo do agravo de instrumento: insuficiência da interpretação literal da lei, em face do efeito devolutivo que tem o agravo e da filosofia da reforma no que respeita à agilização e à presteza da jurisdição; utilização anômala do mandado de segurança visando o efeito ativo, em descompasso com os fins perseguidos pela nova legislação; ao dar nova redação aos arts. 527 e 558, o legislador dixit minus quam voluit (disse menos do que seria necessário dizer).

A conclusão do douto professor João Batista Lopes é a seguinte:

"A conclusão que se impõe é, pois, no sentido da admissibilidade do chamado efeito ativo do agravo de instrumento. De qualquer modo, para se evitar que interpretação escorada no fetichismo da letra da lei possa deixar ao desabrigo situações que exigem pronta resposta do relator, mostra-se recomendável, de lege ferenda, a introdução de disposição expressa contemplando tal efeito."⁸

De fato, é bastante pertinente a colocação do professor João Batista Lopes- no sentido de que seria recomendável que o legislador expressamente previsse a possibilidade do efeito ativo (embora entendo que não seja isso necessário para que o relator possa conceder o efeito ativo)- haja vista que, como vimos nos entendimentos anteriores,

sufraga-se a viabilidade de utilização de ambos os instrumentos processuais (agravo de instrumento com pedido de concessão da liminar ao relator e mandado de segurança), o que, além de colaborar para que haja uma incerteza jurídica às partes (qual dos instrumentos adotar?), também ofende um dos próprios objetivos do novo sistema do agravo, que visou, justamente, colocar um freio na enorme quantidade de mandados de segurança intentados para que se conseguisse efeito suspensivo no agravo de instrumento.

Diz Carreira Alvim que "no atual sistema, em que o processamento do agravo de instrumento é direto no Tribunal, o relator dispõe tanto do poder de "suspender" a eficácia da decisão, em caso de provimento de conteúdo "positivo", quanto do poder de conceder liminar ao agravante, nos próprios autos do agravo, no caso de provimento do conteúdo "negativo". De lege lata, o legislador minus dixit quam voluit (disse menos do que queria)."(...) "Mais coerente com o espírito da reforma é a interpretação mais ampla do artigo 558, caput, de modo a compreender ambas as hipóteses, evitando continue o mandado de segurança a ser utilizado para possibilitar ao agravante alcançar um resultado que pode ser obtido no bojo do próprio agravo."⁹

Penso, no entanto, que não se mostra muito prática tal solução, já que a pretendida intenção de suspender os efeitos da decisão poderá ser obtida no próprio agravo de instrumento, sem que o agravante necessite intentar uma ação específica para tanto, de cunho cautelar.

Athos Gusmão Carneiro entende desconselhável o uso de uma ação incidental, quando o efeito pretendido pode ser obtido no próprio recurso de agravo de instrumento.

Consigno, abaixo, a posição deste eminente processualista:

"Neste ponto cabe uma perquirição: quid iuris, se a decisão interlocutória tiver conteúdo negativo e, portanto, não comportar cumprimento a ser suspenso? Assim, p.ex., a decisão denegatória da perícia, que a parte insta necessária e urgente ante a iminência de desaparecimento dos vestígios de um determinado evento. A mera suspensão dos efeitos da decisão impugnada manteria sem solução o requerimento de realização da prova pericial.

Será possível, em casos desta ordem, a impetração de mandado de segurança para que a decisão denegatória seja substituída por decisão com conteúdo positivo?

Esta não nos parece ser a melhor solução, inclusive porque a ausência do pressuposto do direito líquido e certo (- fatos incontestáveis, no clássico magistério de Costa Manso) manteria a deturpação no emprego do writ. O melhor caminho processual afigura-se, destarte, o de permitir ao relator, usando inclusive do poder geral de cautela previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, determinar seja efetuada perícia, com o que será evitado o risco da procrastinação, capaz de torná-la impossível.

Como mencionou Sérgio Fadel, a lei aqui minus dixit quam voluit: o juiz, pelo poder geral de cautela, pode tornar positiva a decisão denegatória, "e cuja só suspensão, exatamente porque negativa a decisão agravada, nenhum sentido prático ou lógico conteria."¹⁰

Torna-se interessante, ainda, mencionar nesse estudo duas decisões oriundas da 4ª Região do Egrégio Tribunal Regional Federal, nas quais figurou como relator o Juiz Teori Albino Zavascki, inseridas nas RTs 732/456 e 731/446; com efeito, em ambas foi indeferida a petição inicial de mandado de segurança por meio dos quais se buscava a obtenção de medida antecipatória negada pela decisão agravada.

Peço venia para transcrição de uma das ementas:

"TUTELA ANTECIPATÓRIA-Indeferimento- Agravo de Instrumento- Meio idôneo.

Ementa Oficial: Em sua nova sistemática, o recurso de agravo, que será dirigido diretamente ao Tribunal (art. 524 do CPC), enseja que o relator, "a requerimento do agravante" e desde que seja "relevante a fundamentação", suspenda o cumprimento da decisão agravada, entre outros, nos "casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação" (CPC, art. 558). O desiderato do legislador foi, indubitavelmente, o de conferir ao relator a faculdade de antecipar os efeitos do futuro e provável juízo de provimento do agravo e, com isso, assegurar a utilidade dessa decisão, que

estaria comprometida sem uma providência oposta à que decorre da decisão agravada.

A finalidade da norma, e não a estrita literalidade do dispositivo, é que deve presidir a interpretação do art. 558 do CPC. Nesse pressuposto, impõe-se concluir que o relator do agravo poderá, sendo relevantes os fundamentos e havendo perigo de dano determinar as providências consistentes na antecipação do futuro e provável juízo de provimento do recurso, para o efeito de suspender o cumprimento do ato agravado, ou, sendo ele omissivo ou indeferitório, para adiantar a tutela por ele negada.

Assim, mesmo em caso de urgência, é o agravo de instrumento, e não a via autônoma da ação de mandado de segurança, o meio processual adequado para controlar decisão judicial que indefere pedido de antecipação da tutela."¹¹

O juiz Newton De Lucca, do TRF da 3ª Região, proferiu decisão em autos de agravo de instrumento, por meio do qual concedeu efeito ativo ao aludido recurso, mencionado as recentes reformas por que passou o sistema processual, na busca, entre outras coisas, de agilização, desburocratização e simplificação do processo, tudo com vistas à instrumentalidade das formas para proporcionar celeridade e acesso à Justiça; diz, ainda, mencionando nesse ponto o entendimento de Eduardo Talamini, que "o reformador introduziu severas mudanças no sistema processual, consciente de que "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 de que nada adiantaria o futuro provimento do recurso, se os fins por ele visados já se houverem tornado irrealizáveis" (Eduardo Talamini, A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo, in Revista de Processo, nº 80, p. 132)."¹²

Pois bem, procurei compilar algumas posições da Doutrina e da Jurisprudência sobre o assunto, sem contar outros respeitáveis entendimentos acerca do efeito ativo do agravo de instrumento e, só pelo que aqui consta, pude chegar à conclusão da polêmica que a matéria desperta.

Numa análise literal do texto do artigo 527, II e 558, ambos do CPC, realmente pode-se dizer que não foi expressamente prevista a possibilidade de o relator conceder uma providência de urgência que foi negada pelo juízo de primeira instância; quando se fala em "suspender o cumprimento da decisão", por óbvio, há que se presumir que o juiz tenha decidido positivamente certo pedido que haja sido formulado nos autos, cujo cumprimento poderá ser suspenso pelo relator, nas hipóteses previstas no artigo 558 do CPC.

Não penso, porém, seja esta a solução mais acertada (quanto à impossibilidade de concessão de efeito ativo ao agravo de instrumento), com o devido respeito aos doutos entendimentos em contrário.

Passo, assim, a indicar os argumentos que, no meu entender, permitiriam a concessão do efeito ativo mencionado.

Primeiramente, há que se ponderar que um dos intuitos da lei nº 9.139/95 foi o de justamente buscar a agilização e a desburocratização do processo, bem como o de restringir ao máximo a utilização de mandado de segurança- buscando-se obter por meio dele (mandado de segurança) um efeito suspensivo que a lei por si só não conferia ao recurso (agravo de instrumento)- para que se pudesse garantir o resultado útil e eficaz do recurso.

Ora, se foi por esta razão que o legislador ampliou consideravelmente o campo para que o relator pudesse atribuir o efeito suspensivo ao agravo (agora não só nas exaustivas hipóteses contempladas na redação antiga do art. 558 do CPC, mas também em todos os casos que possam resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação), também por esta mesma razão há que se admitir a concessão antecipada da providência ativa negada, ou seja, para que se garanta o resultado útil e eficaz do agravo de instrumento, evitando-se, ainda, que continue havendo uma excessiva utilização de mandados de segurança visando obter a tutela positiva negada em 1ª instância.

De fato, se a providência que foi negada é de tamanha importância ao agravante a ponto de que não possa esperar o julgamento definitivo do agravoso sob pena de perecimento de seu direito- por certo que a impossibilidade de concessão do efeito ativo

pelo relator esvaziaria a própria finalidade recursal, haja vista que inútil seria o recurso.

Há que se levar em conta, portanto, a finalidade da norma contida nos artigos já mencionados, e não a sua estrita literalidade.

Um segundo ponto a ser considerado é que não verifiquei proibição na lei quanto à concessão do efeito ativo ao agravo de instrumento; de fato, embora não seja expressa a lei quanto a esta possibilidade, também não a proíbe.

Assim, se o recurso de agravo de instrumento é recebido no seu efeito devolutivo (aqui seria um efeito devolutivo diferido, pois o juiz de cuja decisão se recorre poderá retratar-se), tem-se que é devolvido ao conhecimento do Tribunal a matéria especificamente abordada no agravo e, se assim o é, não se me afigura impossível a que o relator, verificando que a decisão interlocutória que negou uma providência almejada poderá resultar lesão grave ou de difícil reparação à parte, não possa desde logo conceder - ainda que provisoriamente - a aludida providência.

Outro argumento que tenho para rechaçar esse entendimento literal dos artigos 527, II e 558 do CPC refere-se à circunstância de que não se coaduna com a moderna tendência do processo civil, especialmente à vista do princípio da instrumentalidade do processo.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, "o processo, como instrumento, tem por fim realizar os direitos e eliminar os conflitos. O processo que não chega a produzir os seus efeitos normais não só não permite à jurisdição realizar os seus objetivos como, também, gera angústia e decepção àqueles que buscam a tutela jurisdicional. O processo, em outras palavras, é instrumento que apenas tem valor quando serve ao direito material e aos escopos da jurisdição."¹³

Confira-se, também, o pensamento de José Roberto dos Santos Bedaque, a saber: "O processo é instrumento e, como tal, deve ser moldado de maneira a melhor proporcionar o resultado pretendido pelos que dele necessitam. Isso somente é possível se for concedido a partir da realidade verificada no plano das relações de direito material. As necessidades encontradas em sede das relações substanciais devem nortear o processualista na construção de sua ciência. O processo desenvolve-

se sob várias formas, mas deve adequar-se à sua finalidade precípua, a tutela de uma situação concreta. Se se trata de evitar a violação de direito, concede-se a tutela preventiva. Caso a atuação jurisdicional diga respeito a fato passado, a direito já lesado, a tutela será reparatória."¹⁴

Ora, como mencionou com muita propriedade o professor João Batista Lopes, em aula no curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, em 3.11.97, a teoria instrumentalista significa não apenas que o processo é um instrumento para a resolução dos conflitos de interesse, mas que tem uma função social cujos escopos são a própria solução destes conflitos, além da busca da certeza jurídica, da pacificação social, da garantia dos direitos constitucionais (especialmente por meio do devido processo legal), da atuação da ordem jurídica.

Prossegue o professor dizendo que a efetividade do processo constitui uma das questões ligadas ao princípio da instrumentalidade do processo; tem-se em mira, por meio da efetividade do processo, garantir ao titular de um direito que obtenha pelo processo tudo aquilo que obteria caso a prestação fosse cumprida espontaneamente, devendo a prestação jurisdicional ser qualificada e oportuna (tempestiva), sob pena de ser ineficaz.

Pois bem, segundo essa ótica da teoria instrumentalista, penso que não seria razoável negar-se ao agravante o efeito ativo pretendido no recurso, no caso em que a decisão negativa do juiz a quo resulte em lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, pois, nesse caso, o próprio recurso seria inócuo, ineficaz para o fim a que se destina e, por fim, restaria prejudicada a prestação jurisdicional.

Não me parece suficiente pensar-se que, em casos deste jaez, não estaria a parte absolutamente despida de meios legais para buscar fazer valer os seus direitos, já que se vislumbraria a possibilidade de intentar o mandado de segurança; de fato, é preciso que se encare o processo como um instrumento adequado, seguro e eficaz por si mesmo para a tutela do direito substancial. "Está a serviço deste, para garantir sua efetividade. A consequência dessa premissa é a necessidade de adequação e adaptação do instrumento ao seu objeto. O processo é um instrumento, e, como tal, deve adequar-se ao objeto com que opera. Suas regras técnicas devem

ser aptas a servir ao fim a que se destinam, motivo pelo qual se pode afirmar ser relativa a autonomia do direito processual." (conforme José Roberto dos Santos Bedaque, em obra já citada nesta exposição, p. 18).

Outro argumento que posso acrescentar é no sentido de que a concessão do efeito ativo pode ser vista como uma forma de desdobramento da antecipação da tutela prevista no art. 273 do CPC, o que também envolve a própria tendência do processo civil na busca de se evitar lesão grave ou de difícil reparação à parte (como exemplos cito o poder geral de cautela-art. 798 do CPC; a tutela antecipada: v. arts. 273 e 461 do CPC; a concessão de liminares em mandados de segurança, em ação civil pública, em possessórias, em ações que versem sobre o direito do consumidor, conforme previsão da lei nº 8.078/90).

Há que se dizer, ainda, que está absolutamente claro no novo sistema do agravo de instrumento a intenção do legislador em ampliar sobremaneira o campo de atuação do relator no recurso de agravo de instrumento, tanto é que, além das hipóteses específicas que já existiam anteriormente à lei nº 9.139/95 (que eram exaustivas), estendeu o efeito suspensivo a "outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação".

Se assim o é, não vejo motivos que impeçam o relator de - em face de uma decisão negativa que acarrete lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação do agravante - conceder liminarmente a providência objetivada pelo agravante.

Outro argumento a demonstrar que não se deve dar uma interpretação literal aos artigos 527 e 558, II e 558 do CPC, agora especificamente quanto ao verbo "suspender", está na própria utilização analógica da lei do Mandado de Segurança.

De fato, o art. 7º, II da lei nº 1.533/51 diz que, ao despachar a inicial, o juiz ordenará "que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida".

Ora, se interpretarmos literalmente este artigo, teremos de entender que somente quando a autoridade coatora pratica um ato (no sentido ativo) ilegal ou com abuso de poder é que caberia a liminar no mandado de segurança.

Mas, e se aludida autoridade, por outro lado, deixa de praticar um ato que por força de lei deveria praticar e, com isso, vem a ofender direito líquido e certo de alguém?

Não caberia a liminar no mandado de segurança?

Evidente que caberia e tal posição se apresenta pacífica na Doutrina e na Jurisprudência, ou seja, é cabível a liminar contra ato omissivo da autoridade impetrada.

Confira-se a Súmula nº 429 do STF:

"A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade."

Eduardo Talamini, em trabalho já mencionado neste texto, p. 133, diz o seguinte:

"Além disso, nem vale o argumento de que, quando o juiz indefere a liminar, exerce poder discricionário. Primeiro, porque, como se verá a seguir, não há discricionariedade judicial em casos como esse. Depois porque o mesmo argumento valeria para a hipótese em que a liminar é concedida e, nesses casos, usualmente não se põe óbice à utilização do mandado de segurança. Por fim, de há muito a doutrina reconhece que, em geral, o mandado de segurança cabe tanto contra "ato comissivo" quanto para suprir omissão da autoridade coatora. E, na hipótese analisada, quando através do writ se concede a providência ativa que o juiz denegou, está em certo sentido a se suprir a omissão deste. Em suma, o mandado de segurança presta-se não só a suspender a decisão impugnada como também (e cada vez mais vem-se admitindo) serve para obter a providência ativa que o juiz indevidamente houvera negado)."

Assim, deve-se conferir ao verbo "suspender" previsto nos artigos 527, II e 558 do CPC uma interpretação de maior amplitude, de maneira

analógica a que a Doutrina e a Jurisprudência lhe deram em relação ao artigo 7º, II do CPC.

Finalmente, como último argumento na defesa deste meu entendimento, tenho a dizer que um dos princípios gerais do direito processual está na igualdade de tratamento entre as partes no processo.

Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, "a igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5º, "caput", da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões".¹⁵

Pois bem, normalmente a suspensão do cumprimento de uma decisão interlocutória no processo é medida que só vem a favorecer o réu (suspende-se o cumprimento de uma liminar; suspende-se a realização de um leilão; suspende-se o levantamento de uma importância depositada, etc.), de maneira que seria injustificável que o relator só pudesse antecipar o provimento em favor do agravante-réu, e não pudesse fazê-lo quando quem agrava é o autor, em face de algum pedido de urgência que formulou no processo e que foi negado pelo juiz.

Volto a mencionar, nesta oportunidade, o acórdão do Egrégio Tribunal Federal da 4ª Região, em que figurou como relator o Juiz Teori Albino Zavascki (RT 731/446), do qual extraio o seguinte trecho:

"O desiderato do legislador ao editar tal dispositivo foi, indubitavelmente, o de conferir ao relator a faculdade de antecipar os efeitos do futuro e provável juízo de provimento do agravo e, com isso, assegurar a utilidade dessa decisão, que estaria comprometida sem uma providência oposta à que decorre da decisão agravada. As ordens de suspensão, com efeito, são também elas medidas antecipatórias. Seria inadequado a essa finalidade, além de absolutamente injustificável ante o princípio da paridade de tratamento, o dispositivo de lei que, presentes

as mesmas circunstâncias (relevância do direito e risco de dano), permitisse antecipar efeito do provimento do agravo apenas em favor de uma das partes e não em favor da outra. Realmente, a permissão para "suspender" representa antecipação da tutela recursal que favorece apenas ao demandado. A interpretação literal importa a conclusão de que o autor jamais teria direito àquela antecipação, mesmo quando presente situação de dano irreparável a reclamá-la."

Enfim, à vista do que foi exposto, concluo que o relator poderá atribuir efeito ativo ao agravo de instrumento, concedendo liminarmente a providência que o juiz a quo negou.

É a minha posição, s.m.j.

NOTAS

- (1) Direito Processual Civil Brasileiro, Saraiva, 1986, 2ª ed., 2º/252.
- (2) "O Novo Perfil do Agravo", in RT 724/75.
- (3) Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual civil extravagante em vigor, Revista dos Tribunais, 3ª ed., pp. 772-773.
- (4) "A Nova Disciplina do Agravo e os Princípios Constitucionais do Processo", Repró 80/125.
- (5) O Novo Regime do Agravo, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1996, pp. 244-245.
- (6) "Notas sobre o Agravo", in RT 734/129.
- (7) "O Novo Agravo de Instrumento", in Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de fevereiro de 1996, nº 4/96, p. 69.
- (8) "O chamado "efeito ativo" do agravo de instrumento", in Tribuna do Direito, agosto de 1997.
- (9) Novo Agravo, Del Rey, 1996, 2ª ed., p. 129.
- (10) O Novo Recurso de Agravo e outros estudos, Forense, 1997, 3ª ed., p. 76.
- (11) M. S. 96.04.31418-1/RS- 2ª T.- j. 20.06.1996- rel. Juiz Teori Albino Zavascki-in RT 731/446.
- (12) AG-SP 97.03.000682-5 47836 (96.0041519-6)- despacho do Juiz Newton de Lucca, do TRF da 3ª Região, in Revista Dialética de Direito Tributário no 18.
- (13) Novas Linhas do Processo Civil, Malheiros Editores, 1996, 2ª ed., pp. 64-65.
- (14) Direito e Processo, Malheiros Editores, 1977, 2ª ed., p. 55.
- (15) Teoria Geral do Processo, Malheiros Editores, 1977, 13ª ed., p. 53.