

O sistema recursal e a nova sistemática do agravo

Elaine Harzheim Macedo¹

Resumo

A Lei nº 11.187/05 reformou o recurso de agravo, privilegiando o agravo retido em detrimento do agravo de instrumento, excepcionalmente admitido, a partir da exigência de cláusula de lesão grave e de difícil reparação para o seu recebimento e processamento como de instrumento. Trata-se reforma processual que visa a reduzir a intervenção da jurisdição recursal enquanto não esgotada a jurisdição do juízo da terra. O conteúdo desta cláusula, nitidamente de natureza fática e material, deve ser compreendida a partir das características do caso concreto, não se confundindo com o mero decaimento, em relação à decisão vergastada, fator esse apenas caracterizador do interesse de recorrer. A legitimação da reforma, ainda que atendendo a celeridade e a efetividade da jurisdição, encontra amparo maior no princípio do juízo natural, com a priorização dos juízos de primeiro grau, o que atende o devido processo legal.

Palavras-chave: agravo retido, agravo de instrumento, cláusula de lesão grave, juízo natural

Breves considerações sobre a evolução legislativa do agravo no CPC

O recurso de agravo voltado contra as decisões interlocutórias de juízos de primeiro grau, de conhecida origem e tradição lusitana, foi contemplado no Código de 1973 pelas suas duas formas ainda hoje estabelecidas: o agravo de instrumento e o agravo retido. Contudo, sua previsão original, há mais de três décadas, priorizava o agravo de instrumento, colocando o agravo retido em segundo plano de relevância².

Embora o curto espaço temporal decorrido, as modificações sofridas tanto no plano da vida como do processo não mais permitem coabitar com um sistema recursal que submeta cada

¹ Doutora em Direito, Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da ULBRA, Professora da Escola Superior da Magistratura da Ajuris, Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

² Art. 522 do CPC, redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º de outubro de 1973: “*Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, das decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento. § 1º Na petição, o agravante poderá*

uma das múltiplas e subseqüentes decisões judiciais, enquadradas, conforme texto processual, na previsão ampla e indefinida de *decisões interlocutórias*, que se sucedem no curso da tramitação de um processo, ao reexame de fato e de direito por outro órgão jurisdicional, tornando, enquanto isso, impreclusa a decisão recorrida.

A resposta veio, como reação ao protótipo anterior, de forma paulatina, seguindo-se reformas parciais, especialmente a partir da Lei n° 9.139/95, que liberou do juízo *a quo* o recebimento e conseqüente formação e tramitação do instrumento, bem como do reexame, em sede de reconsideração, a ser o recurso provocado, quando nessa tipicidade enquadrado, diretamente junto aos tribunais. Mais que isso, passou-se, ainda que de forma franciscana, a inverter a ordem valorativa das duas formas do agravo, contemplando o texto uma certa preferência ao agravo retido. É o que se pode concluir da análise restrita e apegada da redação então dada aos arts. 522 a 524 do CPC, cujas disposições colocam em seqüência ordenativa primeiro o agravo retido e só posteriormente o agravo de instrumento, e bem assim o seu coativo cabimento em determinadas situações processuais, a exemplo de decisões proferidas em audiência ou das posteriores à sentença.

Fácil concluir, considerando a vigente cultura recursal, que a sutil inversão da redação não produziu resultados práticos, sobrevindo a Lei n° 10.352/01, inovando com a possibilidade de conversão do agravo de instrumento em retido, pelo relator, liminarmente, quando de sua interposição, derrubando a até então opção/preferência do recorrente na escolha do agravo a ser interposto.

Inegável, frente a essa sucinta evolução, admitir que o recurso de agravo já não encontra no seio da comunidade jurídica a simpatia que no passado recente lhe foi reconhecida, passando a ser visto, no mais das vezes, como um intruso à efetiva e célere prestação jurisdicional.

Como pá de cal no dilema de emprestar maior consistência à jurisdição de primeiro grau e ao mesmo tempo não subtrair o princípio processual do duplo grau de jurisdição³, sobreveio a Lei n° 11.187, de 19 de outubro de 2005, cuja entrada em vigência se deu em 19 de janeiro do corrente ano, obedecendo as novas disposições à orientação, a exemplo dos textos reformistas

requerer que o agravo fique retido nos autos; a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação...”

³ A propósito da importância constitucional dos recursos, remete-se o leitor a Flávio Cheim JORGE, Teoria geral dos recursos cíveis, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 13 e segs.

comentados, de redução de incidência dos agravos de instrumento contra decisões interlocutórias.

Também as subseqüentes e significativas reformas do art. 557 do CPC não ficaram *a latere* da necessidade de otimizar a atividade jurisdicional no âmbito dos recursos, ainda que voltadas suas disposições para a atuação do relator, nos tribunais, em sede de recursos em geral e não apenas do agravo de instrumento, como o texto inicial e de outra formatação previa⁴.

Nesse universo, forçoso arrematar que, de um lado, os estatutos reformadores que se sucederam nos últimos anos têm como destinatário o recorrente, estimulando e até impondo o manejo do agravo retido em substituição ao de instrumento, mas também se voltam para os julgadores de segundo grau, aumentando consideravelmente o poder monocrático dos relatores, em detrimento do colegiado e visando à celeridade do processamento recursal.

Qualquer interpretação e aplicação das novas disposições legais, carreadas pela Lei nº 11.187/05, fora desse contexto, que acusa com nitidez a movimentação do pêndulo para a redução do sistema recursal e da incidência do princípio do duplo grau de jurisdição, implicariam retrocesso ao caminho percorrido pelo legislador, que nada mais representa que a resposta aos anseios daqueles que vivenciam de perto a trama processual, com as vantagens e desvantagens da multiplicação dos recursos, em especial o de agravo.

Prevalência do agravo retido em detrimento do agravo de instrumento: de opção à cogência.

Se já antes da Lei nº 11.187/05 as previsões legislativas priorizavam o agravo retido em detrimento do agravo de instrumento, hoje a imposição é cogente: esta foi a grande mudança, ainda não bem percebida pela comunidade jurídica. A nova redação dada ao art. 522 do CPC estabelece como regra geral que as irresignações contra as decisões interlocutórias devem ser veiculadas através do agravo retido, cuja regulamentação vem mantida no art. 523.

⁴ Quando da entrada em vigor do CPC, o art. 557 destinava-se tão-somente a regulamentar o juízo de admissibilidade do agravo de instrumento junto à instância recursal, sofrendo subseqüentes reformas até o texto atual, dado pela Lei nº 9.756/98.

O procedimento, propriamente dito, não sofreu modificações, pois inalterados o *caput* e seus parágrafos primeiro e segundo, apenas recaindo eventual novidade sobre os parágrafos terceiro e quarto, com a revogação desse último e nova redação daquele, mas que, rigorosamente, em nada altera o procedimento, podendo, quando muito, criar suscetibilidades de interpretação ao especificar que o agravo retido se dará contra decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento, afastando a generalidade antes prevista de decisões interlocutórias proferidas em qualquer tipo de audiência, mediante a formatação oral. Mas ao fim e ao cabo, seria perder-se em discussões de forma e não de substância.

A opção legislativa de cogência pelo agravo retido também vem especificamente tratada no texto atual do inciso II do art. 527. Se até então era poder relativo do relator, contrapondo-se à opção do recorrente, a conversão do agravo de instrumento em retido, apenas excepcionados os casos de provisão jurisdicional de urgência ou de perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, o novo texto impõe coativamente a conversão, caracterizando a decisão como poder-dever, dela apenas excluindo as hipóteses de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, além, por óbvio, dos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, hipóteses essas que repelem o agravo retido porque proferidas após sentença, isto é, depois de esgotada a jurisdição cognitiva do juiz.

A norma processual, portanto, por duas disposições subseqüentes, tem como imperativo – e não apenas indicativo - a opção pelo agravo retido, voltando o seu comando a dois destinatários distintos, como já registrado, mas bem específicos: a) no *caput* do art. 522, ao próprio recorrente; b) no inciso II do art. 527, ao relator do recurso. Dizendo de outra forma, o agravo de instrumento é a exceção, não mais ocupando na ordem dos recursos e no âmbito do princípio do duplo grau de jurisdição o lugar de primazia que até então, ainda que com alguma restrição franciscana nos últimos diplomas legais pertinentes, a lei, originariamente, e a prática diuturna forense lhe atribuíam.

Dizendo de outra forma: a regra da opção foi revogada pela Lei 11.187/05.

A restrição de incidência do agravo de instrumento e o devido processo legal: legitimação da reforma recursal

São muitas as vozes que se ouvem em favor da redução de incidência do recurso de agravo de instrumento como forma de tornar mais célere e efetiva a prestação jurisdicional. Não se nega esse caráter teleológico, que se faz de fato presente na reforma. Mas não é esse, a nosso ver, o aspecto mais importante a ser destacado em prol da legitimação do novo sistema recursal em sede de decisões interlocutórias. Justifica-se. O pretendido ganho temporal e de maior presteza pode ser facilmente aniquilado se a cultura forense abarcar, com uma certa simpatia e largueza, as regras de exceção (lesão grave e de difícil reparação), dando-lhe um feixe de abrangência que a sucinta fórmula legal não impede. Assim, enquanto decisões interlocutórias, na leitura do Código, são impugnadas por agravos de instrumento, abrindo-se espaço para a discussão da presença ou não na hipótese concreta da lesão grave e de difícil reparação, os atos procedimentais do recurso deverão ser atendidos, os efeitos em que recebidos serão analisados e objeto de opção judicial, apenas se redirecionando o foco do debate em sede de reexame: em lugar de discutir a (in)adequação (manutenção/reforma) da decisão vergastada (mérito do recurso) discutir-se-á, mesmo que em caráter preliminar, se a decisão impugnada causa ou não causa lesão passível de recurso (quesito a ser preenchido pelo recorrente), isto é, provocação do segundo grau de jurisdição⁵. Tudo se resumirá a uma troca de endereço de debates jurídicos, sem qualquer ganho substancial no sistema processual e na efetivação da jurisdição. Dizendo de outra forma, se a prática judicial encaminhar-se para alargar o entendimento da cláusula de lesão grave e de difícil reparação, o resultado prático será a troca de seis por meia dúzia.

Propõe-se, assim, outra legitimação para a reforma processual, assentando-a na garantia constitucional do juízo natural. As decisões interlocutórias proferidas no curso do processo – independentemente de trazerem em seu bojo conteúdo material ou processual – pelo juiz que detém e que continuará detendo a jurisdição de decidir definitivamente a lide posta, encontram no juiz de primeiro grau o mais autêntico juízo natural, irrelevante se o segundo grau, provocado por uma das partes, intervém para manter, reformar ou simplesmente desconstituir a decisão atacada via agravo de instrumento. O juiz de primeiro grau é o juiz da sentença e não é a instância recursal que poderá afetar esse poder de império garantido, nos termos dos arts. 2º e 92, inc. VII, da CF, pela ampla consagração republicana. O juiz de primeiro grau é órgão do Poder

⁵ No que toca ao custo temporal, importante pontuar a significativa discussão doutrinária e jurisprudencial que o juízo de admissibilidade dos recursos – a par do enfrentamento do mérito da irresignação – sempre encontrou espaço na atividade jurídica. A propósito, destacado estudo de José Carlos Barbosa Moreira, sob o título *Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos*, Revista da Ajuris, v. 32, nº 100, Porto Alegre: AJURIS, dez., 2005, p. 187-199.

Judiciário e atua a jurisdição diretamente perante os litigantes na sua mais pura acepção, caracterizando o que a doutrina afirma ser o juiz constitucional⁶.

Agrega-se dizer que a reforma vem, no ponto, ao encontro de princípios processuais consagrados através dos séculos, alguns dos quais contemplados expressamente na legislação pátria, ainda que pontualmente, como a necessária e útil identidade física do juiz, oralidade do processo, irrecorribilidade (em separado) das decisões interlocutórias, concentração dos atos.

À pretérita e hoje revogada situação, onde a recorribilidade das decisões interlocutórias predominava⁷, sobrepõe-se a irrecorribilidade em separado desses atos judiciais, na medida em que o agravo retido não ofende o juiz natural, pois a ele, no curso do processo, será dado refletir sobre sua decisão e, se for o caso, reformulá-la, o que se renova, inclusive, por ocasião da sentença, quando exercerá por excelência a jurisdição do caso concreto, em caráter definitivo e final.

Permitir, outrossim, que a cada passo dado sejam as manifestações judiciais reexaminadas pelo segundo grau é a mais satânica das formas de inverter a atuação dos graus de jurisdição, dominando ou, no mínimo, manipulando a atividade jurisdicional de primeiro grau, tornando-a refém desde o recebimento da petição inicial até a prolação da sentença dos entendimentos jurisprudenciais dos tribunais, a desprezar a jurisdição da terra, a jurisdição local, a jurisdição dos fatos.

Conceito de lesão grave e de difícil reparação

O Direito, assim como a vida, não convive com o absoluto. Embora o estabelecimento da regra geral, qual seja, a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, o texto reformador institui a *cláusula de lesão grave e de difícil reparação*, permitindo, assim, excepcionalmente, a intervenção do segundo grau no curso do processo.

Como possível vislumbrar, aqui se situa a principal modificação introduzida pela Lei n° 11.187/05. Daí porque a necessidade imperiosa do intérprete estar atento a essa exigência legal

⁶ PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 64.

⁷ Os Juizados Especiais Cíveis convivem naturalmente com a ausência de previsão do recurso de agravo desde a sua primeira formatação, a Lei n° 7.244/84, sem que tenha o respectivo processo sofrido a pecha de *indevido processo legal*.

para o conhecimento do recurso na forma instrumental, dando-lhe a devida dimensão, dimensão esta que não pode ser divorciada da finalidade da reforma e do momento histórico processual vivido, cujos principais motes têm sido exatamente a celeridade e a efetividade, sem embargo da priorização do juízo de primeiro grau, como defendemos.

O primeiro aspecto que, tem-se, deve ser repudiado, mas contra o qual não faltarão adeptos, é a franciscana conclusão de que não se trata de uma novidade, porque, a rigor, o texto processual até então vigente já continha esse requisito, seja para conceder o efeito suspensivo ao agravo – que é de exceção – seja para autorizar a conversão, pelo relator, do agravo de instrumento em retido, conforme disposições dos arts. 558 (...*outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação*) e 527, inc. II (...*salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação*), ambos do CPC. A esse conjunto, agregava-se a disposição do art. 523, § 4º, ao limitar a previsão do agravo retido às decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento e das que se seguirem à sentença.

Trata-se, contudo, de canto da sereia. Duas são as premissas que sofreram modificação, a fazer com que a expressão contemplada pelo novel diploma seja interpretada de forma diversa, caracterizando-a como cláusula do recurso de agravo de instrumento. A primeira, diz com a própria regra do agravo. Todos, sem exceção, textos anteriores, da edição do Código de 1973 à Lei nº 10.352/01 inclusive, previam o agravo de instrumento, a uma como regra, a duas como escolha absoluta do recorrente, independentemente de qualquer fundamentação. Cumpria, pois, ao agravante fazer sua opção de recorrer entre as duas modalidades que a lei lhe ofertava e para tanto nenhuma justificativa maior carecia declinar. O que demais se alcançou, nesses mais de trinta anos de vigência do Código, foi a restrição do art. 527, inc. II, que também excepcionava, no caso da conversão, não só a lesão e de difícil ou incerta reparação, mas a própria urgência, mantendo, assim, o paradigma contemplado tradicionalmente.

Essa situação não mais vigora. Com o novo texto, a regra passou a ser o agravo retido; o de instrumento, a exceção. Forçoso concluir que a cláusula da lesão grave e de difícil reparação deve se enquadrar na nova sistemática, passando a ter um conteúdo enriquecido pelos princípios que inspiraram a reforma, que escapa à formatação anterior.

Em segundo, a expressão *lesão grave e de difícil reparação*, consenso entre os doutrinadores, por sua conceituação vaga, não encontra precisão no abstrato, configurando

questão de fato e não *questão de direito*. Dizendo de outra forma, o intérprete deve buscar o seu sentido no caso concreto, a exemplo das lições doutrinárias sobre sua previsão na concessão do efeito suspensivo ao agravo, conforme Tereza Arruda Alvim Wambier⁸, ao chamar a atenção para a reduzida operatividade da técnica de enumeração casuística, considerando que a amplitude da riqueza real não se encaixa em taxativas e especificadas hipóteses onde o dano é presumido. Do mesmo talante o ensinamento de José Carlos Teixeira Giorgis⁹, ao apontar o caso concreto como aferição do dano irreparável.

Ainda que se insista que a expressão ganhe hierarquia distinta às suas previsões anteriores no viabilizar a incidência do agravo de instrumento, tais perquirições praticadas no passado valem para auxiliar sua compreensão genérica, até porque sua utilização vem de longa data, sendo conhecida de textos centenários, como as Ordenações do Reino de Portugal, não necessariamente vinculados ao instituto do recurso.

Tradicionalmente a idéia de lesão grave de difícil reparação esteve sempre ligada ao conceito de dano irreparável. Nesse sentido, a lição de Martinho Garcez, conforme citação de Tomás Pará Filho, estabelecendo a noção de sentença interlocutória, ao efeito de distinguir as interlocutórias mistas das interlocutórias simples, mas admitindo para ambas o recurso de agravo, desde que presente o dano irreparável, cujo conceito busca na Ordenação do Reino, L. 3, Tít. 69, referido no § 15 do art. 669 do Regulamento n. 737, como o “dano que não pode ser emendado pelo próprio juiz que o causou”, partindo, porém, para exemplificações de atos judiciais que pudessem carregar o defeito a ser corrigido via outro grau de jurisdição¹⁰. A idéia de não poder ser reparado ou *emendado* o dano, no mesmo feito em que foi proferida a decisão que o causou, acompanhava de perto as interpretações dos diversos textos então vigentes, desde as ordenações portuguesas aos decretos nacionais imperiais e, posteriormente, às legislações processuais estaduais ou mesmo do Código de 1939, situação hoje que deve ser reenquadrada, na medida em que apenas o ato sentencial, no sentido de decisão que põe fim à relação processual instaurada, é que não pode mais ser revisto (emendado) pelo magistrado que o prolatou. Isso porque vigora – e nenhuma reforma processual recente ou em tramitação alterou o princípio – que as decisões proferidas ao longo do processo não se qualificam pela preclusão para o juiz,

⁸ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Efeito suspensivo do agravo e recorribilidade da decisão que o concede (ou não o concede) e outros assuntos*. In: Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e outros (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 636.

⁹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Notas sobre o agravo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 85-86.

conforme comando do art. 473 do CPC, que ao propô-la para as partes, dela isenta definitivamente o julgador.

Aliás, os exemplos referidos no estudo de Tomás Pará Filho, louvando-se em praxistas e doutrinadores do além mar e também de nossas fronteiras, como decisões danosas de difícil ou até impossível reparação confundem-se, no mais das vezes, com decisões hoje enquadradas como extintivas da relação processual (v.g. inadmissão de embargos à ação decendiária, negativa de citação inicial) ou com decisões de natureza executiva, próprias do processo de execução (v.g. entrega ao exequente de bens ou do preço levantado, independentemente do rol de preferência de outros credores; determinação de exclusão de bens da execução por terem sido reclamados por terceiro). No primeiro caso, equiparando-se a decisão ao indeferimento da petição inicial, o recurso hodierno é o da apelação, enquanto que nas demais hipóteses, tem-se como inaplicável o cabimento do agravo retido, de modo a permanecer vigorando o agravo de instrumento, independentemente de requisitos outros que não os já conhecidos e surrados pressupostos recursais¹¹.

De qualquer sorte, no que diz com sua tipificação concreta, mesmo à luz das pretéritas regulamentações, o articulista referido sugere, conclusivamente, que a lei processual tipificasse os casos de agravo de instrumento, sem embargo de uma previsão mais genérica, exatamente para os casos de *dano irreparável ou de difícil reparação para as partes*¹², proposta que a experiência forense mostrou não ser o melhor caminho, mas que não deixa de confirmar o amplo espectro fático que por detrás da norma se esconde..

De modo que embora não desprezível o conhecimento acumulado ao longo dos séculos, a noção de lesão grave, assim reconhecida como um dano qualificado, e de difícil reparação permanece presa à tipificação de cada situação concreta submetida à apreciação da instância recursal, configurando um pressuposto a mais na interposição do agravo de instrumento, ônus de demonstração do recorrente. E é exatamente nesse particular que a lei reformadora do agravo

¹⁰ GARCEZ, Martinho. *Dos Agravos – Theoria e Prática*. Apud PARÁ FILHO, Tomás. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo Código de Processo Civil*, Revista de Processo, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n° 5, Ano 2, jan/mar, 1997, 35-36.

¹¹ O entendimento ora esposado encontra fundamento na singela conclusão de que o agravo retido só é viável em processos que geram sentença, no sentido de acerto, parcial ou total, da relação conflituosa, perdendo toda e qualquer *utilidade* no processo executivo, que, cediço, se resolve não por comando definitivo judicial naturalmente sujeito à apelação, mas por atos expropriatórios que vão se sucedendo, desde a penhora até a definitiva alienação, base na responsabilidade patrimonial do devedor, conforme antes anotado.

¹² PARÁ FILHO, Tomás. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo Código de Processo Civil*, Revista de Processo, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n° 5, Ano 2, jan/mar, 1997, p. 42.

inova, transferindo a lesão grave e de difícil reparação para outro patamar hierárquico, sustentador de uma nova ótica recursal em sede de decisões interlocutórias.

Justificativa da qualificação da lesão grave e de difícil reparação como *cláusula recursal*

O agravo de instrumento, como irresignação voltada ao reexame de decisões interlocutórias, dos requisitos recursais comuns aos recursos em geral (v.g adequação, tempestividade, preparo, legitimidade e interesse de recorrer), agrega também a profligação, estabelecida no art. 524 do CPC, a partir da exigência de declinação do fato e do direito e das razões do pedido de reforma da decisão, à semelhança do que ocorre com a apelação (art. 514, inc. II e III, CPC). Não é por outra razão que os tribunais têm, em juízo de admissibilidade, negado conhecimento a recursos que deixam de profligar a decisão hostilizada. À simetria dos atos judiciais, necessariamente fundamentados, os atos das partes, que se refletem não só sobre a jurisdição a ser prestada, mas também sobre o espaço jurídico de seu adversário, devem vir, na mesma medida, devidamente fundamentados. Não basta irresignar-se; é preciso dizer porquê¹³.

Pois bem, a partir do novel texto do art. 522, ao estabelecer que “das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação..., quando será admitida a sua interposição por instrumento” (o grifo é nosso), a leitura do art. 524 já não mais se exaure na mera identificação dos procuradores e no ônus de profligar a decisão vergastada, como requisitos formais do recuso em espécie. É como se ali tivesse sido inserido um inciso distinto, exigindo do agravante a demonstração da lesão grave e de difícil reparação. Trata-se, portanto, ao lado da profligação, de uma exigência a mais, a ser implementada pelo recorrente, podendo-se afirmar que as razões do agravo de instrumento devem estar alimentadas pela motivação pela qual pretende a reforma da decisão, já que com ela não se resigna (nada de especial, porque também o agravo retido deverá conter essa mesma cláusula), como também evidenciar que o caso não é de agravo retido, mas de instrumento, porque presente a suscetibilidade da decisão causar ao agravante lesão grave e de difícil reparação, cláusula até então inexistente no ordenamento jurídico pátrio, pelo menos nesses termos.

¹³ Não se conhece de agravo de instrumento que não atende aos requisitos do art. 524 (RT 481/82, 492/107, JTA 141/269), especialmente o do n. II (RTJ 81/126; JTA 118/193, Lex-JTA 158/41, Bol. AASP 1.407/295), conforme anotação do art. 524 do CPC, in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, org. de Theotonio Negrão, São Paulo: Saraiva.

Veja-se que até o advento da Lei nº 11.187/05, as razões do agravo retido ou do agravo de instrumento eram similares, em nada se diferenciando a ponto de poderem perfeitamente ser substituídas entre si, apenas sendo direcionadas distintamente, já que o primeiro recurso ficava retido nos autos, provocando do juiz uma possível retratação, enquanto que o segundo era encaminhado desde logo ao colegiado recursal.

Em suma, o recurso cabível das decisões interlocutórias, nos precisos termos do art. 162, § 2º, do CPC, perdida na fumaça dos tempos a distinção entre *interlocutórias mistas* e *interlocutórias simples*, como também abandonada a idéia de *sentenças liminares*, generalizado como de agravo, passou a representar, na sua motivação, apenas a idéia de decaimento e de irresignação: *porque vencido e não convencido, recorro motivadamente*. O segundo grau, provocado pela interposição do agravo, passava a atuar independentemente da atuação do juízo monocrático de primeiro grau, abarcando tanto questões de fato como questões de direito, cumprindo o recurso do art. 522 do CPC as mesmas funções básicas da apelação: tornar impreclusa a decisão atacada, provocar a instauração de outro órgão jurisdicional e autorizar o reexame de fato e de direito das questões impugnadas.

É exatamente a revisão desse universo que a Lei nº 11.187/95 vem facultar, ou melhor, vem impor. E esta imposição começa exatamente pela revisão do conteúdo da lesão grave e de difícil reparação, que passa a ser um *plus* nos pressupostos recursais, típico tão-somente do agravo de instrumento, porque não exigido para o agravo retido, como também desconhecido em qualquer outro recurso.

A natureza jurídica da novel – senão em seu conteúdo conceitual, pelo menos em sua função recursal – disposição legal pode ser identificada como pressuposto processual, operando em sede de juízo prévio de admissibilidade, cuja ausência, porém, não significa o não-recebimento e/ou não-conhecimento do recurso, mas sim sua conversão em agravo retido, decisão essa que se torna irrecorrível, à luz do disposto no parágrafo único do art. 527, embora admitida a reconsideração pelo próprio relator.

Justifica-se, portanto, seja porque considerada a exigência pressuposto de recebimento e de processamento da irresignação na sua forma de instrumento, seja porque deve vir fundamentada especificamente, seu reconhecimento como verdadeira cláusula recursal, sem a qual o recurso perde a dignidade de agravo de instrumento, convertendo-se, de forma cogente,

em agravo retido, não se confundindo sua fundamentação, em nenhum momento, com o próprio mérito do recurso interposto.

Assim, recebido o agravo de instrumento porque suscetível a decisão de causar lesão grave e de difícil reparação, nenhuma garantia terá o recorrente de que seu recurso encontrará, quando da decisão final, isto é, quando do julgamento pelo colegiado, após sua tramitação regular, com informações, se for o caso, do juízo recorrido e contra-razões do agravado, êxito na sua pretensão de reforma e/ou desconstituição da decisão de primeiro grau. O recebimento do agravo na forma instrumental, presente, em tese, a lesão grave e de difícil reparação, não é comprometimento de julgamento favorável ao recorrente, sequer pelo próprio relator que exerceu o juízo de admissibilidade da adequação recursal.

A identificação da *lesão grave e de difícil reparação* como cláusula do recurso de agravo de instrumento leva o intérprete a um trabalho qualificado das questões postas, pois, a rigor, a parte deverá perseguir mais de um plano de enfrentamento do conflito. Pela ordem lógica, depois de vencida a preliminar de adequação do recurso, cumprirá, ainda que no momento procedimental próprio, ao colegiado rever (este o conteúdo da função recursal por excelência: o *reexame*) se a decisão judicial encontra suficiente fundamento nos fatos e no direito postos, de modo a ser mantida, reformada ou mesmo desconstituída. Em assim sendo, ao agravante impõe, de um lado, profligar a decisão dando os fundamentos da reforma pretendida, de outro, convencer o órgão recursal de que mantida a decisão até final julgamento, lesão grave de difícil reparação deverá ser suportada pelo recorrente, não se confundindo essa ocorrência negativa com as mesmas razões deduzidas em sede de profligação. São, portanto, de duas ordens distintas as fundamentações a serem declinadas, enfrentadas, acolhidas ou não, dependendo, por óbvio, a questão da reforma da decisão da primeira provocação, isto é, se presente a cláusula conformadora do agravo de instrumento.

O momento ainda é de indefinição, prevendo-se profícuo trabalho interpretativo dos operadores do direito, não sendo possível vislumbrar ainda até que ponto evoluirá a doutrina e a jurisprudência na definição da cláusula da lesão grave e de difícil reparação. Contudo, o que não deve ser negligenciado é a proposta reformista do sistema recursal, que vem ao encontro de sua redução e da priorização dos juízos de primeiro grau, que carregam a mais significativa das jurisdições: a jurisdição da terra. É nesse sentido a contribuição reflexiva que oferecemos e com a qual nos comprometemos, tanto no campo acadêmico, como na área jurisdicional.

Obrigada!

Referências

ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda, Nelson Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Notas sobre o agravo: de acordo com as Leis ns. 9.139, de 20.11.95 e 9.245, de 26.12.95, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

JORGE, Flávio Cheim. Teoria Geral dos recursos cíveis, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos*, Revista da Ajuris, v. 32, nº 100, Porto Alegre: AJURIS, dez., 2005, 167-199.

PARÁ FILHO, Tomás. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo Código de Processo Civil*, Revista do Processo, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, nº 5, Ano 2, jan/mar, 1997, p. 15-60.

PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.