

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 Da carga meritória da decisão que converte em retido o agravo de instrumento interposto contra indeferimento de tutela de urgência

Marcelo Oliveira Costa

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

A Lei nº 11.187/05, integrada no movimento de racionalização do sistema processual civil, revigorado com a edição da Emenda Constitucional nº 45/04, introduziu profundas mudanças no regime do recurso de agravo. A mais notável reside na atribuição de caráter subsidiário ao agravo de instrumento, agora somente cabível quando improficuo o remédio na modalidade retida. Limitou-se, assim, o âmbito de incidência do agravo de instrumento às decisões interlocutórias de que possa resultar lesão grave e de difícil (ou impossível) reparação, que inadmitem a apelação ou que declaram os efeitos em que esta é recebida (art. 522, CPC).

Interposto agravo de instrumento em situação que não se amolde àquelas taxativamente previstas em lei, compete ao relator convertê-lo em retido¹, sendo tal decisão irrecurável (art. 527, II e § ún., CPC).

Presentemente, interessa a primeira das hipóteses excepcionadas pelo art. 522 do CPC, atinente ao recurso interponível, na dicção legal, contra “decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”.

Adotou-se, como se observa, o critério da urgência para fins de delimitação do cabimento do agravo de instrumento, admitindo-o desde que existente risco à concretização do direito material da parte. Exige-se, em outros termos, o *periculum in mora*.

Assentadas tais premissas, é de se questionar se a conversão prescrita pelo art. 527, II, do CPC aplica-se ao recurso aviado contra decisão que indefere pedido de tutela antecipada.

O art. 273 do diploma processual prevê duas modalidades de antecipação dos efeitos da prestação jurisdicional, atreladas a requisitos próprios.

Tem-se, assim, a *tutela de urgência* ou *de segurança*, regida pelo *caput*, I e § 2º do sobredito dispositivo legal e condicionada à (a) probabilidade de existência do direito afirmado (*fumus boni iuris*), ao (b) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*) e à (c) reversibilidade da medida.

De outro lado, desponta a *tutela de evidência*, que se distingue por prescindir do *periculum in mora*. Engloba duas subespécies: a primeira, prevista no art. 273, *caput*, II e § 2º, pressupõe (a) *fumus boni iuris*, (b) abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e (c) reversibilidade da medida; a segunda, disciplinada no art. 273, § 6º, concerne à parcela incontroversa da demanda.

Essa última modalidade (*tutela de evidência*) não nos

parece ensejar maiores discussões. Contra a decisão que indefere, nesse caso, o pedido de tutela antecipada não cabe, *a priori*, agravo de instrumento, mas retido, a não ser que, dadas as circunstâncias, a decisão indeferitória exponha a parte a risco de lesão grave e de difícil reparação (art. 522, CPC).² Interposto agravo de instrumento fora da hipótese ressalvada, é de aplicar-se a regra do art. 527, II, do CPC.

Maior dificuldade oferece o exame da convertibilidade do recurso manejado contra decisão que denega o pedido de *tutela de urgência* (art. 273, *caput*, II e § 2º, CPC).

Desde o advento da Lei nº 11.187/05, com frequência se têm visto decisões monocráticas, oriundas dos mais diversos pretórios, que, em casos tais, promovem a conversão do agravo de instrumento em retido, ao fundamento de que ausente a premência exigida por aquela espécie recursal.

Com a devida vênia, pensamos que tal posicionamento não se ajusta à sistemática processual. Não somente por destituir de utilidade prática o remédio intentado pela parte (incompatibilidade fática³), mas, principalmente, por impingir a convivência de institutos fundamentalmente inconciliáveis (incompatibilidade ontológica).

Deveras, a *tutela de urgência*, conforme já expandido, condiciona-se ao trinômio *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e reversibilidade da medida. Esses também os fundamentos do recurso interposto contra a decisão que indefere o pleito (art. 524, I, CPC).

Constitui, portanto, ponto de convergência entre os fundamentos da pretensão recursal e os pressupostos de admissibilidade do agravo de instrumento (arts. 522 e 527, II, CPC) o *periculum in mora*.

Destarte, ao proceder à conversão do agravo de instrumento em retido, por reputar indemonstrado o risco de lesão grave e de difícil reparação (*periculum in mora*), ultima o relator por declarar ausente elemento que fundamenta a pretensão recursal.

Em outras palavras, ainda que não o diga manifestamente improcedente, promove inequívoco exame do mérito do recurso, desprovendo-o ou, na terminologia empregada nos arts. 527, I, e 557, *caput*, do CPC, negando-lhe seguimento. Afinal, permita-se repisar, o *periculum in mora* presta-se, também, como fundamento do inconformismo da parte.

Ora, como cedo, o juízo formulado monocraticamente pelo relator no tocante ao mérito recursal (assim como no que diz respeito a seus pressupostos), o é em caráter provisório, competindo o exame definitivo ao órgão colegiado, caso provocado pela

parte interessada (art. 527, I, c/c art. 557, *caput* e § 1º, CPC).⁴

Consistindo em verdadeiro exame meritório, o pronunciamento judicial exarado sob as vestes de conversão de agravo de instrumento em retido, é de concluir-se que, nada obstante o *nomen iuris* que lhe tenha sido dado, desafia o recurso de agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC (“agravo interno”), não se aplicando à espécie a regra da irrecorribilidade instituída pelo art. 527, § ún., do mesmo diploma.

Defender o contrário, *data venia*, significa primar pelo rótulo em detrimento da substância, obstando-se o acesso da parte interessada às vias recursais e sujeitando-a a eventuais atropelos cometidos no afã de desafogar as pautas dos Tribunais. Apropriada, a este respeito, a advertência de Teresa Arruda Alvim WAMBIER:

É preciso ter-se em mente que qualquer alteração da lei, de entendimento jurisprudencial ou edição de súmula que tenha por propósito única e exclusivamente diminuir a carga de trabalho dos tribunais, sejam eles quais forem, não é, por si só, legítima: ou seja, exclusivamente por que só têm esta finalidade, como finalidade única, são ilegítimas.⁵

Notas

¹ A Lei nº 11.187/05 afastou a controvérsia quanto à obrigatoriedade da conversão ao substituir a locução “poderá converter” por “converterá”.

² A urgência deverá ser superveniente ao pedido de antecipação de tutela ou, se anterior, que não o tenha fundamentado – se o tiver, defrontar-se-á com pedido de *tutela de urgência*, abordado adiante.

³ Ao que pensamos, tal aspecto afeta, mais propriamente, os pressupostos recursais, afastando o interesse (“interesse-utilidade”) na interposição de agravo retido contra decisão que denega pretensão de urgência, porquanto não poderia o recorrente esperar, “do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a decisão impugnada”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 22ª ed., 2002, p. 116). Afinal, qual seria a utilidade, para combater risco que se alega iminente, de recurso por natureza sobrestado?

⁴ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante*, São Paulo: RT, 5ª ed., 2001, p. 1.067. No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Reforma da Reforma*, São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 2003, p. 192: “Constitui fator legitimante da outorga desses poderes extraordinários ao relator a oferta de um recurso contra o ato deste como meio de assegurar à parte contrariada um julgamento em colegiado (turma, câmara) – porque a colegialidade dos julgamentos superiores é inerente à fórmula ocidental da diversidade de graus de jurisdição e de seu próprio fundamento sistêmico”.

⁵ in *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, São Paulo: RT, v. II, 2006, p. 241.

⁶ As medidas cautelares típicas agregam, a tais, outros requisitos específicos.

Diverso não é o tratamento a se reservar às liminares de índole cautelar, tendentes à conservação do resultado útil do processo principal.

Trata-se, de igual forma, de espécie de *tutela de urgência*, cuja concessão se subordina, grosso modo, à presença do binômio *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.⁶ A decisão que indefere a medida liminar desafia, portanto, agravo de instrumento, insuscetível de conversão em retido, que equivaleria ao improvimento do pleito recursal (art. 557, *caput*, CPC).

Conclusão

À luz do que se expôs, conclui-se pela inaplicabilidade da regra inserta no art. 527, II, do CPC ao agravo de instrumento interposto contra decisão que indefere o pedido de *tutela de urgência* (seja satisfativa ou conservativa).

O relator que, contrariamente à lógica do sistema, procede, ainda neste caso, à conversão do agravo de instrumento em retido, adentra, inequivocamente, o mérito recursal, dando ensejo, a despeito da prescrição do art. 527, § ún., do CPC, à interposição do recurso disposto no art. 557, § 1º, do mesmo diploma.