

JUSTIÇA CIDADANIA &

CONSTITUIÇÃO
PÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

Nº 80 MARÇO DE 2007



Ministro

MARCOS VILAÇA

**“AO TRIBUNAL DE CONTAS CABE FISCALIZAR
A CORRETA APLICAÇÃO DAS LEIS”**

Editorial: por Bernardo Cabral

REFLEXÕES SOBRE A REFORMA DO AGRAVO NA LEI 11.187/2005

Bruno Dantas Nascimento

Consultor Legislativo do Senado Federal



Intróito

Entrou em vigor, em janeiro de 2006, a Lei 11.187, de 20 de outubro de 2005, de autoria do Poder Executivo, que “altera a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil –, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências”.

Essa lei foi a primeira que se incorporou ao direito positivo a partir da série de projetos que integram o chamado Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano, assinado pelos Presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, em 15 de dezembro de 2004, por oportunidade da promulgação da Emenda Constitucional nº 45 (Reforma do Judiciário), e que já resultaram em quatro outras leis: 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006.

Embora bem-intencionada, essa reforma da reforma da reforma, no afã de conferir celeridade aos processos judiciais e reduzir o número de recursos disponíveis em nosso sistema processual civil, cria mais problemas que soluções, e contraria o próprio sentimento que tem imbuído os três poderes da República e a sociedade civil na consecução da verdadeira e necessária Reforma Processual Civil.

Em que pese o fato de a lei ostentar pontos louváveis, como a restrição do cabimento do agravo de instrumento e a obrigatoriedade de apresentação oral das razões do agravo retido, entendemos que há nela um grave problema cujo cerne é a nova redação dada ao parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil (CPC), que estabelece, peremptoriamente, que “a decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* deste artigo [art. 527 do CPC], somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar”.

Discordamos de que a irrecorribilidade estatuída se trate meramente de “opção política”, como se tem alardeado. Embora quatro dos potenciais efeitos nefastos do dispositivo legal em comento – insegurança jurídica, desprestígio dos juízes de primeiro grau e do colegiado, potencialização de erros judiciários e reavivamento do mandado de segurança para impugnar atos judiciais – estejam incluídos na margem de liberdade do legislador para tomada de decisões sobre política judiciária, situando-se no campo da (in)oportunidade e da (in)conveniência, identificamos violações aos princípios constitucionais do acesso à justiça e do juiz natural, o que conduz o dispositivo à inconstitucionalidade material.

Para justificar o fato de o relator, autonomamente (e não mais por delegação do colegiado), haver passado à condição de juiz natural das decisões liminares em agravo de instrumento, tem-se afirmado que juiz natural é simplesmente aquele apontado pela lei. É óbvio que este é um dos vetores do conceito de juiz natural.

O outro vetor é mais complexo e está associado à formatação do sistema recursal e à estrutura dos tribunais, delineada pela Constituição Federal, e, em razão do princípio da simetria, pelas Constituições Estaduais, que acaba por se espalhar nas leis de organização judiciária dos Estados: a necessidade imperiosa de que a lei que elege o juiz natural o faça de forma razoavelmente compatível com o sistema.

Das conseqüências práticas decorrentes do novel parágrafo único do art. 527 do CPC

Podemos sintetizar em duas as principais conseqüências práticas da nova redação do parágrafo único do art. 527 do CPC:

- a decisão do desembargador-relator que – ao examinar se a questão de fundo versada no recurso é ou não urgente, para fins de avaliação sobre o cabimento do agravo de instrumento – concluir pela ausência de urgência e pela sua conversão em retido passa a ser irrecorrível, suprimindo-se a previsão de recurso ao colegiado hoje existente no inciso II do art. 527 codificado;
- a decisão liminar do desembargador-relator que deferir efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou conceder a antecipação da tutela recursal passa a ser também expressamente irrecorrível, excluída a hipótese de interposição do agravo interno dirigido ao colegiado competente para a apreciação do mérito do recurso, o que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem aceitado por interpretação analógica do art. 557, § 1º, do CPC.

Como se vê, o dispositivo em análise amplia em muito os atuais poderes do desembargador-relator do agravo de instrumento, excluindo, sem qualquer razão legítima, poderes que pertencem ao colegiado, que, em última análise, é o verdadeiro órgão competente para analisar o recurso, portanto, seu juiz natural.

Doravante, distribuído o agravo de instrumento, o relator verificará, preliminarmente, o cabimento do agravo de instrumento, analisando se a questão de mérito discutida no recurso é ou não capaz de causar ao agravante lesão grave e de difícil reparação. Caso o relator conclua pela negativa, de acordo com a nova sistemática, converterá o agravo em retido e determinará sua remessa ao juízo *a quo*, mediante decisão liminar irrecorrível.

Admitido o processamento do agravo de instrumento, caberá ao relator, em decisão liminar irrecorrível, resolver sobre a antecipação da tutela recursal ou sobre a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Análise de mérito do parágrafo único do art. 527 do CPC

Entendemos que a irrecorribilidade estatuída é, no mínimo, inconveniente e até mesmo inconstitucional. Para defender

nosso ponto de vista, arrolaremos cinco argumentos contrários ao mencionado dispositivo, com a finalidade de demonstrar por que seu conteúdo se contrapõe não só à Constituição e ao sistema vigente, mas ao próprio espírito da Reforma.

Propositamente, analisaremos a questão da inconstitucionalidade ao final, após o exame dos quatro argumentos associados à oportunidade e conveniência do dispositivo. Isso se deve a sua imbricação necessária com o cabimento do mandado de segurança para impugnação de ato judicial, que analisaremos como último argumento de mérito.

Insegurança jurídica

Em primeiro lugar, a irrecorribilidade das decisões liminares proferidas pelo relator do agravo de instrumento acarretará grave insegurança jurídica e violará o próprio princípio das decisões colegiadas, que rege a disciplina dos processos nos tribunais. Com efeito, ao estabelecer que “a decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* deste artigo [art. 527 do CPC], somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar”, a norma fortalece os entendimentos minoritários em detrimento das teses prevaletentes no colegiado, cuja adoção será postergada até o momento do julgamento do mérito do agravo de instrumento (isso se o agravo não tiver perdido o objeto, fato comum, em virtude do tempo que leva o relator para submetê-lo à apreciação da turma ou câmara).

Não se pode olvidar, outrossim, que a nova redação do *caput* do art. 522 e dos incisos II e III do art. 527, assim como a remissão ao art. 558, todos do CPC, ao mencionar as expressões “decisões suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação” e “relevante fundamentação”, guardam consigo conceitos vagos, que, para Teresa Arruda Alvim Wambier, embora possam causar problemas de ordem interpretativa, não criam para a situação concreta mais de uma solução juridicamente correta. Em outras palavras, não há que se falar em várias soluções corretas para o mesmo caso concreto, embora o esforço do intérprete seja maior e mais complexo, e, portanto, as chances de interpretação incorreta de um conceito impreciso sejam maiores.

Ademais, partindo da definição do insuperável Arruda Alvim sobre os conceitos indeterminados, como os que permeiam os arts. 522, 527 e 558 do CPC, devemos concluir que, quando o legislador opta por transferir ao julgador a incumbência de dirimir as dúvidas conceituais que se apresentam em decorrência da utilização dos conceitos vagos ou indeterminados nas normas jurídicas, acaba por transferir-lhe, igualmente, o ônus da manutenção da segurança jurídica, de modo que há de ser estabelecido algum mecanismo que possibilite ao próprio aplicador da lei zelar por este elevado valor.

É nesse contexto que a recorribilidade das decisões liminares adotadas pelo relator do agravo de instrumento é necessidade imperiosa, e sua vedação é verdadeira razão ensejadora de insegurança jurídica.

Ao gerar insegurança jurídica e aumentar a assimetria de informação, o dispositivo repercute negativamente na

economia do país, aumentando o risco e inibindo, a um só tempo, a oferta de crédito e o investimento, de forma a potencializar o *spread* bancário, conforme assinala o professor de economia da FGV/SP e presidente do Instituto Tendências de Direito e Economia, Gesner Oliveira.

Esse efeito, sem dúvida, contraria o espírito da Reforma, que, com propostas como a de modificação no processo de execução e de inversão da regra sobre os efeitos da apelação, tem buscado justamente o oposto do que foi levado a cabo pela Lei 11.187, de 2005: aumentar a segurança jurídica, reduzir a assimetria de informação para favorecer o aporte de capitais no Brasil e reduzir o chamado custo do judiciário brasileiro.

Desprestígio dos juízes de primeiro grau e do órgão colegiado

O segundo argumento diz respeito ao desprestígio da decisão proferida em primeiro grau de jurisdição. Uma das mais justas reivindicações que se faz em relação ao processo civil brasileiro está relacionada com a efetividade da decisão proferida pelo juiz de primeira instância, justamente aquela lançada pelo magistrado que tem o contato mais imediato com as partes.

Além disso, ao excluir da apreciação do colegiado o exame da liminar proferida no agravo de instrumento, o dispositivo legal depõe contra o sistema, tornando total, irrestrita e isenta de controle a competência delegada pela lei ao relator, e esvaziando os poderes do órgão delegante. Em outras palavras, como, nos tribunais, a competência do relator deriva da do colegiado, é inconcebível que este não disponha de qualquer mecanismo para controlar as decisões daquele.

Não é exagero imaginar que, em muitos casos, a depender da postura adotada pelo relator, haverá verdadeiro esvaziamento do objeto do agravo, o que torna o julgamento pelo colegiado ato mera e estritamente formal. Vale dizer, nesse caso, terá a lei instituído novo juiz natural para o recurso, em contrariedade ao sistema constitucional que contempla os tribunais como órgãos colegiados.

É de causar perplexidade, ainda, a incoerência que reveste a idéia da irrecorribilidade das decisões liminares adotadas pelo desembargador-relator. Ora, por que não se defende a irrecorribilidade da decisão do juiz de primeiro grau, tese que pareceria muito mais razoável, dada a proximidade deste às partes e à realidade pulsante dos fatos? A resposta é simples: não propriamente em homenagem ao duplo grau de jurisdição (que não é considerado garantia constitucional, conforme se posicionam, dentre outros, Nelson Nery Junior, Humberto Theodoro Junior e Roberto Rosas, podendo ser excepcionado em casos específicos), mas porque ocorreria violação ao princípio da inafastabilidade do controle

jurisdicional (Constituição Federal, art 5º, XXXV).

Potencialização dos erros judiciários

Em terceiro lugar, pode-se afirmar que a lei aumenta as chances de ocorrerem erros judiciários, à medida que concentra, de forma desaconselhável, poderes muito amplos nas mãos do relator, com o conseqüente esvaziamento das competências do colegiado.

No segundo grau de jurisdição, a falta de contato com as partes é compensada com a pluralidade das idéias que se apresentam no debate travado no órgão colegiado e a fiscalização recíproca entre seus membros. Com a nova lei, apenas o relator poderá deferir e reconsiderar decisões liminares no agravo de instrumento, sem o contato com as partes, sem o debate plural de idéias e sem a fiscalização de seus pares.

Essa situação é especialmente delicada porque a indeterminação dos conceitos usados pela lei para autorizar o deferimento da liminar irrecorrível favorece a ocorrência de erros. A irrecorribilidade, assim, retira das partes a possibilidade de correção tempestiva do eventual equívoco, o que pode ocasionar verdadeiro perecimento do direito discutido na lide.

Reativamento do mandado de segurança para impugnar ato judicial

O quarto argumento é referente ao reativamento do mandado de segurança contra ato judicial. Na atual disciplina legal do agravo, que hoje é cabível contra qualquer decisão interlocutória, está praticamente descartada a utilização do mandado de segurança para impugnar decisões judiciais, salvo as situações excepcionais autorizadas pela jurisprudência.

A conseqüência inofismável da irrecorribilidade das decisões liminares proferidas pelo relator do agravo de instrumento é a indesejável reabilitação do *writ of mandamus* para a tutela de direitos líquidos e certos eventualmente ameaçados pelo *decisum* do relator do agravo.

Com isso, o esforço empreendido para restringir o número de recursos no processo civil estaria anulado pela possibilidade de impetração do mandado de segurança, que, por ser previsto constitucionalmente, não pode ser excluído. Em verdade, entendemos que a situação delineada é ainda pior do que a anulação dos esforços, pois gerará uma ação própria com todo o cabedal de recursos a ela inerente.

De qualquer modo, considerando-se a irrecorribilidade das decisões liminares proferidas pelo relator do agravo de instrumento, três serão, basicamente, as hipóteses ensejadoras de impetração de mandado de segurança para impugná-las:

- quando o relator converter o agravo de instrumento em agravo retido;
- quando o relator deferir ou indeferir a antecipação da tutela recursal;

“NO RACIOCÍNIO QUE DESENVOLVEMOS, VEMOS QUE A IRRECORRIBILIDADE ESTATUÍDA PELO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 527 TERÁ DUAS FACES: UMA INCONVENIENTE E OUTRA INCONSTITUCIONAL.”

- quando o relator deferir ou indeferir o efeito suspensivo ao agravo.

Na primeira hipótese, diante da própria imprecisão dos conceitos utilizados pela norma (“quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”), instalar-se-á controvérsia, pois, evidentemente, para o agravante, na defesa de seus interesses, qualquer mínima lesão pode ser afirmada como grave ou de difícil reparação.

Na segunda e na terceira hipóteses, ante a irrecorribilidade da decisão liminar exarada pelo relator, falar-se-á em impetração de mandado de segurança para suspender-lhe os efeitos.

Interessante notar que o relator do mandado de segurança (geralmente membro do órgão especial, por se tratar de impetração contra ato de desembargador) poderá adotar três diferentes posturas, todas elas recorríveis mediante agravo interno:

- indeferir a petição inicial, por entender ausentes os requisitos de admissibilidade do writ (art. 8º, da Lei 1.533/51);
- deferir o processamento do mandado de segurança, mas indeferir a liminar (art. 7º, inciso II, da Lei 1.533/51);
- deferir o processamento do mandado de segurança e deferir a liminar (art. 7º, inciso II, da Lei 1.533/51).

Ao final, contra o acórdão que denegar a ordem, caberá recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça. Em caso de acórdão concessivo, os recursos cabíveis serão o especial, para o Superior Tribunal de Justiça, e o extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, conforme se trate de violação ao texto infraconstitucional ou constitucional, respectivamente.

Vê-se logo que, ainda que o mandado de segurança seja utilizado com mais prudência pelas partes e admitido mediante exame mais criterioso pela jurisprudência, a simples possibilidade de mais recursos é suficiente para demonstrar a absurdidade do dispositivo e sua contrariedade ao espírito da Reforma.

Inconstitucionalidade

Merece, por fim, atenção a questão relativa à subtração do exame recursal ao juiz natural, ponderada por Humberto Theodoro Junior e Barbosa Moreira, que nos parece de extrema gravidade. O professor mineiro, ao tratar da necessária recorribilidade da decisão singular do relator, sustenta que a lei ordinária ou o regimento interno de tribunal que negar o

acesso ao colegiado acaba por subtrair à parte o acesso a seu juiz natural, o que, naturalmente, implica em inconstitucionalidade material.

O professor fluminense, de sua parte, aponta o órgão colegiado como juiz natural dos recursos, salientando a impossibilidade de se lhe vedar o acesso.

Ofensa ao juiz natural porque esse princípio constitucional não se vincula exclusivamente à decisão final, mas a qualquer *decisum* que deva ser prolatado para assegurar a prestação jurisdicional tempestiva, efetiva e adequada. Ora, quem é o juiz natural do agravo de instrumento? O desembargador-relator ou o colegiado? A resposta parece evidente. A violação ao princípio constitucional do juiz natural também.

Realmente, sendo o princípio do juiz natural uma garantia constitucional assegurada pelo art. 5º, inciso LIII, o dispositivo em tela, ao obstaculizar o exame, em sede de liminar, pelo colégio, restringindo-o ao relator, acaba por malferir o texto constitucional.

Considerações finais

Decerto, esses argumentos não são exaustivos. A tentativa feita neste estudo foi a de realçar apenas as razões mais contundentes, que, mesmo tomadas individualmente, já seriam motivo suficiente para a modificação da Lei 11.187, de 2005.

No raciocínio que desenvolvemos, vemos que a irrecorribilidade estatuída pelo parágrafo único do art. 527 terá duas faces, nenhuma delas construtiva para a ciência processual brasileira: uma inconveniente e outra inconstitucional.

De um lado, inconveniente quando a *vexata quaestio* encerrar direito líquido e certo, pois o novo dispositivo ensejará a impetração do mandado de segurança contra o *decisum* do relator. De outro, inconstitucional, pois a subtração do exame do recurso do colegiado, que é seu juiz natural, culmina em flagrante inconstitucionalidade.

O momento é especialmente favorável à reforma processual, que, por ser matéria fundamentalmente técnica, acaba por escapar das objeções estritamente político-partidárias que poderiam ser levantadas no Congresso Nacional. Isso, todavia, não deve ser pretexto para a aprovação de propostas contrárias ao interesse nacional e que deponham contra o esforço reformista que se vem empreendendo no Brasil.