NOVAS DIRETRIZES DO AGRAVO RETIDO APÓS AS REFORMAS PROCESSUAIS[1]

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO[2]

1) CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A partir da década de 1990, as discussões quanto a necessidade de reforma do Código de Processo Civil ganharam maior fôlego, debatendo-se a questão envolvendo a celeridade e a rapidez da prestação Jurisdicional. Sob essa ótica, entraram em vigor diversas leis que tentaram agilizar o trâmite das demandas lamentadas em juízo, importando-se de outros sistemas institutos como a tutela antecipada e a ação monitória.

Contudo, passados alguns anos, os processualistas passaram a indagar quanto à necessidade de se reavaliar os institutos introduzidos anteriormente, como forma de se tentar superar alguns entraves que comprometiam a brevidade da prestação jurisdicional. Assim, a comissão coordenada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Escola Nacional da Magistratura, liderada pelos Professores Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, desenvolveu importante estudo visando o aperfeiçoamento da lei processual, culminado com a elaboração de três anteprojetos para a reforma do CPC, convertidos nas Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02.

Os projetos procuraram, de certa forma, superar alguns entraves existentes na legislação adjetiva civil. Aliás, pode-se afirmar que as leis em questão trazem uma profunda reforma na legislação processual, tão importe quanto a realizada entre os anos de 1992 a 1996 que alguns estudiosos do direito chegam a afirmar que se trata

---

[1] Sobre as alterações ocorridas nos recursos cíveis, ver, com mais profundidade: SALGADO, Gustavo Vaz e ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Recursos Cíveis — Manual sobre as alterações ocorridas na reforma processual*. Curitiba : Juruá, 2003.

[2] Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor de Direito Processual Civil na Universidade da Amazônia – UNAMA, no Centro de Estudos Superiores do Pará – CESUPA e na Faculdade Ideal – FACI, procurador do Estado do Pará, advogado em Belém. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP.

da segunda etapa da Reforma Processual Civil (Conforme obra *Segunda Etapa da Reforma Processual*, coordenada por Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. SP: Malheiros, 2001).

A Lei 10.352/01 trouxe, dentre outras, alterações substanciais quanto ao instituto do reexame obrigatório; ao efeito suspensivo da apelação, que passa a não mais existir nas sentenças onde haja a confirmação da antecipação dos efeitos da tutela antecipada; consagra maiores poderes aos relatores do agravo de instrumento, a possibilidade de o próprio advogado declarar que as peças juntadas no agravo de instrumento são autênticas, dentre outros.

Contudo, em um primeiro momento as inovações mais importantes e que poderão gerar controvérsias de interpretação referem-se aos poderes dos relatores dos agravos de instrumento, previstos no art. 527 do CPC. Destarte, recebido o recurso, poderá o relator: negar-lhe seguimento; convertê-lo em agravo retido, quando não se tratar de questão envolvendo urgência no pronunciamento jurisdicional ou quando inexistir perigo de lesão aos interesses debatidos na demanda; além de assegurar a possibilidade de concessão de efeito suspensivo ou a antecipação da tutela em sede recursal.

Aliás, a modificação quanto à conversão em agravo retido atendeu aos reclamos dos operadores do direito, eis que visa desafogar a grande quantidade de recursos existentes nos Tribunais Estaduais, levando em conta que o agravo de instrumento, muitos dos quais sequer conhecidos, representa uma parcela significativa dos recursos que se acumulam nas Cortes Locais. Portanto, em última análise, a intenção do legislador foi oferecer um meio de atribuir maior poder ao relator em determinar o retorno do recurso para o processamento em primeira instância, convertendo em retido.

Assim, analisar as novas diretrizes do recurso de agravo retido é enfrentar questão altamente polêmica e fazer comentários sobre leis que alteram a legislação processual, com início de vigência a partir de março do ano de 2002. Portanto, o desafio é enfrentar tema que poderá gerar grandes controvérsias e, por certo, muitos não irão concordar com as premissas estabelecidas nas linhas a seguir.

Contudo, a única intenção é colaborar com a ciência processual, ficando satisfeito apenas com a provocação de discussões sobre os temas em questão.

Acerca do assunto, é fato que a quantidade de recursos é um dos pontos de estrangulamento da ciência processual, pois faculta às partes uma grande quantidade de meios de impugnação às decisões judiciais.

A intenção do legislador foi estabelecer uma fiel atenção às premissas contidas nos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, permitindo ao interessado a provocação de nova análise da matéria decidida.

Contudo, falar em recurso é indagar quanto a celeridade do processo. O acesso à justiça passa pela necessidade de uma prestação jurisdicional rápida e eficaz, o que poderá ser comprometida pela quantidade interminável de recursos à disposição dos interessados.

Nesse particular, necessário é transcrever as lições de Cappelletti, quando aduz que:

> "A expressão acesso à justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reinvindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos[3].

Destarte, a preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional e o problema da brevidade na solução da litispendência trouxe novas e profundas modificações ao ordenamento jurídico pátrio, como as que ocorreu com a entrada em vigor das Leis 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, todas de dezembro de 1994, a Lei 9.079 de 14.07.95, a Lei 9.099/95, a lei que modificou, em parte, o sistema recursal (Lei 9756/98), as duas leis que alteram o CPC, com início de vigência a partir de março de 2002 e a Lei 10.444/02, que também alterou alguns dispositivos processuais, em especial a tutela

---

[3] CAPPELLETI, Mauro e GARTH, Bryan. ***Acesso à Justiça.***.Porto Alegre : fabris, 1998, p 08

antecipada , específica (incluindo a obrigação de entrega de coisa certa) e o processo de execução.

Como já se citou em obra anterior:

> "A leitura desses diplomas legais revela o cuidado do legislador com a maior agilidade no transcorrer da relação jurídica processual. Buscaram todas elas tornar, pelo menos no plano teórico, o processo judicial ágil e seguro instrumento de administração da justiça civil no país"[4].

Por essa razão, a legislação processual, a par de assegurar a ampla possibilidade recursal, vem estabelecendo algumas premissas e mesmo exceções quanto a interposição de alguns recursos, modificações que podem ser vistas desde de 1994 e as mais recentes ocorreram no final de 2001, com início de vigência a partir de março de 2002.

Nesse sentido, o recurso de agravo, em suas duas premissas (impugnar decisões interlocutórias e destrancar recursos) vem sendo muito combatido, inclusive quanto à demora na prestação jurisdicional decorrente dessa modalidade recursal.

Com efeito, o recurso em questão, de índole claramente luso brasileira, sem correspondente no direito alienígena (exceto o direito processual civil português), muitas vezes corrobora com a demora na prestação jurisdicional, daí as alterações que foram trazidas pelas leis processuais acima citadas.

A razão para a alteração processual é clara: tentar desobstruir o sistema, retirando pontos de estrangulamento da ciência processual.

Passa-se, portanto, a analisar as principais alterações trazidas pelas leis que entraram em vigor neste ano de 2002, no que respeita exclusivamente ao agravo retido.

---

[4] ARAÚJO, José Henrique Mouta. ***Acesso à Justiça e Efetividade do Processo.*** Curitiba : Juruá, 2001, p.20

1-AS ALTERAÇÕES OCORRIDAS NO AGRAVO RETIDO

A utilização do agravo retido é feita quando a parte não pretende que seu apelo seja logo apreciado imediatamente pelo Tribunal, ficando retido nos autos e sendo analisado como preliminar do Recurso de Apelação, se houver provocação nesse sentido (art. 523 §1º).

A primeira grande alteração processual foi estimular a utilização do agravo retido que, antes reforma, era utilizado segundo a livre convicção do agravante.

Com efeito, como esclarece o Professor Humberto Theodoro Júnior:

> "A escolha entre formar o instrumento para imediata apreciação do tribunal ou reter o agravo nos autos para futuro julgamento, em preliminar de apelação, é, em princípio, faculdade exclusiva da parte recorrente. São apenas suas conveniências que determinam a opção por uma ou outra modalidade de processamento"[5]

A vantagem do agravo retido em relação ao agravo de instrumento[6] é a sua tramitação, já que independe de preparo, de peças obrigatórias, de autos independentes e permanece nos autos do processo de conhecimento, aguardando a ratificação quando da interposição da apelação ou nas contra razões.

Como bem ressalta o Professor Cândido Dinamarco, o efeito devolutivo do agravo retido dependerá da ratificação quando da interposição do apelo em face da decisão final. Destarte, trata-se de devolução gradual, dependendo de certos eventos que no futuro ocorrerão ou deixarão de ocorrer[7].

---

[5] THEODORO, JÚNIOR, Humberto. ***Curso de Direito Processual CIvil***, vol I, 30ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 584.

[6] Dever-se-ia mencionar agravo por instrumento, já que sua tramitação requer instrumento novo, autos independentes, com as peças obrigatórias e facultativas contidas no CPC.

[7] DINAMARCO, Cândido Rangel. ***Os Efeitos dos Recursos.*** In Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis, vol 05, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

Contudo, a alteração processual ocorrida no ano de 2002 procurou aumentar o campo de cabimento do agravo na modalidade retido nos autos, inclusive trazendo hipóteses onde ele é obrigatoriamente retido, como se passa a demonstrar.

1.1) prazo para resposta ao recurso e poder de retratação

Antes da alteração processual, esta era a redação do artigo 523, parágrafo 2º: "Interposto o agravo, o juiz poderá reformar sua decisão, após ouvida a parte contrária, em cinco (5) dias".

Pela leitura do dispositivo legal, surgia a seguinte indagação: o prazo de cinco dias era para as contra-razões ou para a retratação do juiz?

Surgiram, inclusive, discussões quanto à existência de violação ao princípio da igualdade, se fosse levado em conta que o prazo para as contra razões seria cinco dias, levando em conta que o prazo para interposição do apelo era de dez dias.

Contudo, apesar da duplicidade de interpretação que trazia o dispositivo acima citado, já havia posicionamentos no sentido de que:

> "No agravo retido, a resposta do agravado será oferecida em dez dias, por isonomia processual. O prazo de cinco dias, referido no §2º do art. 523 do CPC, é endereçado ao exercício da retratação" (10ª conclusão do CETARS)[8].

Com a alteração do dispositivo, o prazo para a contraminuta é de dez dias. Contudo, permanece o seguinte questionamento: se o agravo retido for interposto em audiência, as contra razões deverão ser apresentadas imediatamente, ou poderá o agravado contar com o decênio legal?

---

[8] In NEGRÃO, Theotônio. ***Código de Processo CIvil e Legislação Processual em Vigor.*** 30ª edição, São Paulo : Saraiva, 1999, p. 543 – nota 23ª ao art. 523.

A alteração processual, a meu ver, deixa claro que a resposta ao recurso, mesmo na hipótese de ser interposto oralmente, poderá ser feita oralmente ou no prazo de dez dias subsequentes, intimando-se o agravado neste ato processual.

Assim, ratifico integralmente os ensinamentos dos Professores Nelson Nery e Rosa Maria Nery:

> "Mesmo que se trate de agravo retido interposto oralmente na audiência, o prazo para a resposta do agravado é de dez dias. Em sentido contrário, dizendo que, interposto oralmente o agravo, o recorrido deve manifestar-se imediatamente: Carreira Alvim, *Novo agravo,* 63. A nova redação do §2º, dada pela L. 10.352/01, deixou explícito que a resposta do agravado será dada em dez dias, atendendo ao princípio da isonomia"[9].

Portanto, a alteração processual atendeu aos reclamos da jurisprudência pátria, afirmando-se que o prazo de dez dias é para a contraminuta, em atenção ao princípio da isonomia e contraditório.

Por outro lado, ainda há outro questionamento a fazer, referindo-se ao momento do juízo de retratação.

Pela alteração processual, parece claro que a retratação apenas poderá ocorrer após o prazo para as contra-razões. Se acaso houver a reforma da decisão que gerou o agravo retido, evidente que ao agravado – sucumbente ficará assegurado o direito à interposição de outro agravo.

Acerca do tema, entendo necessário fazer a seguinte indagação: se for matéria de ordem pública, onde o magistrado poderá apreciar de ofício (art. 267 §3º e 301 §4º), não o fazendo, e ocorrendo o agravo retido, poderá o magistrado, sem ouvir a parte contrária, exercer o juízo de retratação?

---

[9] NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. ***Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor***. 6ª edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 878, nota 15 ao art. 523.

Aliás, antes da modificação do dispositivo em comento, havia controvérsia quanto à possibilidade do juízo de retratação no agravo retido, existindo doutrinadores que não admitiam. Destarte, "no regime anterior, havia forte tendência no sentido de considerar que o agravo retido não comportava retratação e, para o agravo de instrumento havia um momento bem definido procedimentalmente para que tivesse lugar a retratação, estando, por isso, as partes absolutamente cientes da única oportunidade em que podia haver a retratação"[10]

Contudo, com o novo artigo 523, dúvida não deverá mais restar no que respeita à possibilidade de retratação, permanecendo a discussão quanto ao momento para prática de tal ato.

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça já havia se manifestado, antes da reforma processual:

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. RECONSIDERAÇÃO. JUIZO DE RETRATAÇÃO. FORO DE ELEIÇÃO. CONEXÃO. NÃO E O JULGADOR OBRIGADO A AGUARDAR A OPORTUNIDADE DO CHAMADO JUIZO DE RETRATAÇÃO, APOS A AUDIENCIA DA PARTE CONTRARIA, PARA RECONSIDERAR A DECISÃO AGRAVADA. O FORO DE ELEIÇÃO CEDE LUGAR AQUELE PREVENTO POR FORÇA DE CONEXÃO ENTRE A AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DA COISA ARRENDADA E AS AÇÕES DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO DE TITULOS E DECLARATORIA (RESP. 21777, 3ª Turma, julgado em 13.10.1992).

Analisando a nova disposição legal, entendo ainda permanecer a possibilidade de utilização do juízo de retratação nas hipóteses envolvendo matérias de ordem pública (vícios teratológicos), fazendo-se, para tanto, uma interpretação sistemática da legislação processual. Ora, havendo matéria que o juiz pode conhecer de ofício, sendo provocado para tal, seria até mesmo uma ofensa ao princípio da economia processual abrir o prazo para as contra-razões, sabendo que irá retificar a decisão anterior.

---

[10] WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. ***Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil.*** São Paulo : revista dos Tribunais, 2002, p. 110.

Contudo, nas demais hipóteses, a retratação, se realizada, deverá ser implementada após a oportunidade para a contraminuta, no prazo de 05 (cinco) dias. Aliás, afirma-se que o prazo é de cinco dias pela falta de dispositivo legal nesse sentido, mas, sabendo-se que se trata de prazo impróprio, poderá ser praticada a retratação após esse momento, e desde que não sejam praticados no processo atos contraditórios à intenção de se retratar.

Por outro lado, é óbvio que o prejudicado pelo juízo de retratação poderá fazer uso do agravo impugnando toda ou parte da decisão agravada.

a.2) Agravo Obrigatoriamente Retido – a alteração processual e a sentença sob condição

Esta é a nova redação do art. 523, §4º: "*Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida*".

Pela redação processual, não temo afirmar que se procura inverter a prática forense até então verificada: o agravo retido passa a ser regra e o por instrumento a exceção.

Tal assertiva não pode causar espécie, eis que também atribuiu-se poderes ao relator, para converter o agravo de instrumento em agravo retido, se entender não se tratar de hipótese onde haja necessidade de um pronunciamento jurisdicional de forma urgente (novo art. 527, II).

Contudo, analisando apenas o artigo 524, §4º, pode-se assim resumir a problemática quanto ao agravo obrigatoriamente retido:

a) Decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento;

> b) Decisões posteriores à sentença, salvo casos de dano e nos referente ao recurso de apelação.

Não se deve olvidar da reforma ocorrida em 1995, que, alterando o parágrafo terceiro do mesmo artigo, permitiu a interposição oral do agravo retido, das decisões interlocutórias proferidas em audiência.

Assim, fazendo uma análise conjunta dos dispositivos, pode-se fixar as seguintes regras:

1- Em audiência (preliminar — novo art. 331 /instrução): permite-se a interposição ORAL do agravo retido;
2- Será sempre retido (oral ou escrito) nas audiências de instrução e julgamento;
3- Será sempre retido, nos casos posteriores à sentença, exceto casos de difícil reparação / inadmissão da apelação e os efeitos em que ela foi recebida.

As alterações processuais atingiram em cheio as decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento, havendo um prestígio ao princípio da oralidade. Portanto, levando em conta que em regra a intenção do legislador é que o procedimento deve encerrar-se nessa audiência, é fato que o agravo deverá ser obrigatoriamente retido.

Aliás, o que se deve entender por *decisões posteriores à sentença*?

Acerca do assunto, importante transcrever o pensamento de Nelson Liuz Pinto:

> "Tome-se como exemplo uma decisão interlocutória que indefere a produção de prova pericial, em procedimento sumário, proferida na audiência de instrução e julgamento, onde em seguida é colhida a prova oral, são realizados os debates e prolatada a sentença. Evidentemente, dessa mesma audiência começará a correr o prazo de 15 dias para o recurso de apelação da sentença, bem como o prazo de 10 dias para o recurso de agravo contra a decisão interlocutória que indeferiu a prova pericial. Seria, neste caso, absolutamente desnecessária a formação do

> instrumento para propiciar a subida do agravo ao tribunal competente, na medida em que o processo já teve seu fim em primeiro grau, devendo subir ao mesmo tribunal para o julgamento da apelação que deverá ser interposta por uma das partes.
>
> Entendemos que o legislador quis se referir a situação como esta, e não às decisões posteriores à sentença, pois, como se sabe, com a prolação da sentença o juiz de primeiro grau encerra o seu ofício jurisdicional e põe fim ao processo"[11].

Aliás, diferente da audiência preliminar do art. 331 (alterado pela Lei 10.444/02), onde se praticam múltiplos atos processuais (tentativa de conciliação, fixação dos pontos controvertidos, deferimento e indeferimento de provas e saneamento do processo[12]), na audiência de instrução e julgamento praticam-se atos instrutórios, como depoimento das partes, testemunhas, peritos etc. (art. 452), e decisórios (debates orais e sentença, podendo ser substituídos por memoriais, ex vi art. 454, §3º), razão pela qual o agravo eventualmente interposto apenas poderá ser retido nos autos.

Acerca da questão, duas indagações se fazem necessárias: as decisões proferidas na audiência preliminar, os agravos deverão ser retidos? se na audiência de instrução e julgamento for concedida uma liminar, de natureza antecipatória ou acautelatória, o agravo deverá ser obrigatoriamente retido?

Em relação à primeira indagação, podemos lançar o seguinte problema: "A" move demanda em face de "B". Este, na contestação, levantou a preliminar de falta de pressuposto processual, requerendo a extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267, IV). Ademais, arguiu matéria de mérito direta, requerendo, por fim, se acaso não for acatada a preliminar, que seja deferida a produção da prova pericial, visando comprovar a improcedência do pedido do autor.

---

[11] ***Manual dos Recursos Cíveis***. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 124.

[12] Acerca do assunto, ver CARNEIRO, Athos Gusmão. ***Audência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*** . 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002 e ARAÚJO, Mauro Alves de. ***Extinção do Processo — Saneamento***. São Paulo : Max Limonad, 1999.

Ao analisar a demanda, o Juízo do feito designou a audiência preliminar (art. 331 do CPC). No dia e hora designados, presentes as partes e seus advogados, ficou frustrada a tentativa de conciliação, passando o magistrado a fixar os pontos controvertidos. Em seguida, rejeitou, sem fundamentação, a preliminar levantada pelo réu, além de indeferir a prova pericial por ele requerida, argumentando que se trata de meio de prova irrelevante, designando, por fim, a audiência de instrução em julgamento.

Neste caso, será que a parte terá interesse (necessidade e utilidade) em interpor o agravo na modalidade retido? Se discutir violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e falta de motivação[13], além do *vício in procedendo*, poderá fazer uso do agravo de instrumento, inclusive utilizando do pedido de efeito suspensivo previsto no art. 558 c/c 527, III?

Na forma que se encontra a redação do CPC, penso que apenas na audiência de instrução e julgamento é que o agravo obrigatoriamente será retido (oral ou escrito), enquanto que na preliminar permanece a faculdade do agravante quanto à forma do recurso: retido (oral ou escrito) ou por instrumento[14].

Quanto à segunda indagação, ratifico integralmente as razões apresentadas por Leonardo José Carneiro da Cunha, ao comentar a hipótese de concessão de tutela de urgência na audiência de instrução e julgamento. Argui o autor que:

> "Obviamente que se a decisão proferida naquela audiência for, por exemplo, uma *liminar*, uma *tutela antecipada* ou, enfim, um *provimento de urgência,* haverá risco de dano irreparável, devendo ser interposto um agravo de instrumento, sendo despropositado o agravo retido. Não somente nos caos de liminares, mas de qualquer outra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento

---

[13] Sérgio Nojiri (***O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais***. 2ª edição , São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 108) corretamente defende que "qualquer manifestação judicial, com conteúdo decisório e com potencialidade lesiva às partes no processo, não pode prescindir de uma *adequada* motivação. Não basta, pois, vir fundamentada. Em um Estado Democrático de Direito, exige-se que a manifestação judicial esteja *devidamente* fundamentada"

[14] Posteriormente será analisada a alteração do art. 527, II,onde atribui faculdade ao relator do agravo de instrumento em convertê-lo em retido, desde que não haja providência emergencial a ser adotada.

> que cause dano iminente, restará a via do agravo de instrumento, estando cerrado o caminho para o agravo retido, á míngua de interesse recursal, dada sua inutilidade ou inaptidão para combater o dano ou a lesividade imposta à parte"[15].

Aliás, outra não deve ser a interpretação ao problema em questão, pois não haveria interesse na interposição de agravo retido, eis que ficaria mantido nos autos do processo até sua ratificação nas razões ou contra razões da apelação. É óbvio que, para o agravante, deverá estar comprovada que sua hipótese está inserida na ressalva contida no §4º , do art. 523, demonstrando que há dano de difícil reparação, evitando,inclusive, que o relator do recurso determine seu processamento na modalidade retido, *ex vi* art. 527, II.

No caso em questão, apesar da decisão ter sido proferida em audiência, a necessidade de imediata manifestação jurisdicional demonstra a falta de interesse em interpor o agravo na modalidade retida. Portanto, cabível o agravo de instrumento, inclusive com pedido de efeito suspensivo[16].

Outra hipótese de recurso de agravo por instrumento ocorre nas decisões posteriores à sentença, desde que discuta a inadmissibilidade da apelação ou os efeitos em que esta é recebida.

Acerca do assunto, andou muito bem a reforma processual ao alterar o dispositivo extremamente simplista que tinha o art. 524, §4º, cuja redação era a seguinte: "será sempre retido o agravo das decisões posteriores à sentença, salvo caso de inadmissão da apelação".

Ora, a alteração processual enfrentou um problema que vinha sendo muito discutido em sede doutrinária e jurisprudencial, que envolvia os efeitos em que a apelação era recebida.

---

[15] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. ***Inovações no Processo Civil (Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001)***. São Paulo: Dialética, 2002, p. 96 e 97.

[16] Acerca da discussão quanto ao cabimento do agravo de instrumento e retido, importantes colocações são trazidas por Cassio Scarpinella Bueno, em ***Novas Perspectivas do Recurso de Agravo.*** *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cívels.* São Paulo: RT, 1999.

Com efeito, imagine a seguinte hipótese: "A" impetra Mandado de Segurança discutindo eventual direito líquido e certo contra ato de autoridade Municipal, tendo como pano de fundo um eventual direito líquido e certo à reclassificação funcional. A, sabedor que a sentença tem natureza mandamental, requereu imediato cumprimento do julgado , nos termos do art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51. A sentença concedeu a segurança, razão pela qual a Municipalidade interpôs recurso de apelação. Contudo, o magistrado recebeu o recurso apenas no efeito devolutivo, independentemente da disposição contida nos arts. 5º, parágrafo único e 7º da Lei 4.348/64. Assim, como poderá ser discutido o *error in procedendo* do magistrado? Como poderá ser evitada a efetivação da sentença concessiva da segurança?

Nesse caso, se fosse analisada friamente a disposição processual anteriormente em vigor, caberia o agravo na modalidade retido, onde faleceria interesse processual eis que a apelação já havia sido interposta e não trazia oportunidade para reforma da decisão agravada.

Contudo, existia uma certa controvérsia de interpretação, existindo posicionamento favorável à interposição de agravo de instrumento, mesmo ao arrepio da disposição legal, medida cautelar incidental à apelação ou mesmo mandado de segurança. Sobre o assunto, aduz Nelson Luiz Pinto:

> "Finalmente, entendemos que também deverá ser admitido o agravo de instrumento contra a decisão que admite a apelação com efeitos diversos daqueles previstos em lei para o caso concreto (devolutivo ou só suspensivo). A não-admissão do agravo de instrumento neste caso levaria ao inconveniente de se ter que admitir o mandado de segurança contra ato judicial, expediente atípico e cuja utilização se quis restringir com a Lei 9.139/95, que introduziu no Código de Processo Civil nova regulamentação para o processamento do agravo"[17]

Ademais, vale repisar esse posicionamento, com a seguinte decisão:

---

[17] Op. cit. p. 124.

> "A sentença concessiva de segurança apresenta caráter auto-executório, salvo as hipóteses previstas nos arts. 5º, parágrafo único, e 7º da Lei 4.348, de 26.6.64 e no caso de ser deferida suspensão de segurança" (RSTJ 58/162)[18].

Destarte, no caso de discussão dos efeitos da apelação, cabe agravo de instrumento "em função desta *necessidade* de pronta manifestação jurisdicional não há interesse jurídico em recorrer pelo agravo retido e entendemos que o agravo de instrumento deve ter lugar"[19].

Com efeito, obrigar o recorrente a fazer uso do agravo obrigatoriamente retido em casos como o mencionado acima, ofenderia por certo o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF/88, art. 5º, XXXV), razão pela qual deveria ser processado por instrumento, sob pena de dano irreparável ao agravante[20].

Assim, a alteração processual procurou pacificar o entendimento, assegurando a interposição de agravo de instrumento em casos de inadmissão da apelação ou nas hipóteses em que a se discute os efeitos em que é recebida.

Aliás, ainda discutindo esta alteração processual, percebe-se que o agravo de instrumento, em casos de apelação recebida apenas no efeito devolutivo, só terá razão de existir se for emprestado efeito suspensivo (art. 558).

Destarte, na hipótese acima citada, a única forma de evitar o mandado de cumprimento da sentença concessiva da segurança, cuja apelação foi recebida erroneamente no efeito meramente devolutivo, será o recebimento do agravo com efeito suspensivo, caso contrário a decisão agravada permanecerá em vigor, devendo ser dado cumprimento à sentença. Assim, se acaso o relator não receber o agravo no duplo efeito (art. 558), não há como se evitar o cumprimento do *decisum*, podendo,

---

[18] In NEGRÃO, Theotônio.*Op. cit. p. 1523, nota 1 do art. 12 da Lei 1.533/51.*
[19] BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. p. 149.
[20] Acerca do assunto, importantes observações são trazidas por Roberto Armelin e João R. E. Piza Fontes (***Agravo interposto contra decisão posterior à sentença — processado pelo regime de instrumento e concedido efeito ativo (antecipação da tutela recursal)***, Revista de Processo, vol. 87, São Paulo : RT, 1997, p. 246 — Apud WAMBIER E WAMBIER. *Op. cit. p. 111 a 113*)

inclusive, fazer com que se discuta a eventual a perda de objeto no agravo de instrumento.

Contudo, será que a recíproca é verdadeira?

Imagine a hipótese de uma apelação interposta em face de uma sentença condenatória seja recebida no duplo efeito, quando na verdade deveria ser recepcionada apenas no devolutivo. Visando discutir a eficácia imediata da sentença e o erro do magistrado, o autor –apelado deverá interpor recurso de agravo de instrumento, nos termos da nova redação do art. 524, §3º. Será necessário o efeito suspensivo ou o efeito ativo do agravo?

Na presente hipótese, de *lege ferenda*, penso que não há o que suspender. Por outro lado, poderia o agravante requerer ao relator do recurso a antecipação da pretensão recursal (art. 527, II), requerendo seja possibilitada a execução imediata da decisão recorrida[21].

Sobre este novo "poder do Relator", vale mencionar as lições de Luis Rodrigues e Teresa Arruda Alvim Wambier:

> "O texto novo do art. 527 do Código de Processo Civil pôs definitivamente fim a uma controvérsia que se instalou no plano da doutrina e no da jurisprudência: poderia o relator, com base nos arts. 527 e 558, conceder não propriamente efeito suspensivo ao recurso (obstando provisoriamente a *produção positiva* de efeitos da decisão agravada), mas, ainda que provisória e efemeramente, a própria providência (positiva) pleiteada pelo recorrente? Logo que a dúvida surgiu, alguns autores se inclinaram por responde positivamente à pergunta e goram por nós acompanhados, não imediatamente, mas depois de alguma reflexão. Hoje, a lei resolve e autoriza expressamente que assim seja,

[21] Tal possibilidade também estará presente em casos de decisões negativas dos juízes de 1ª Instância, quando não concedem a tutela antecipada.

> servindo-se da expressão 'antecipação da tutela recursal — que pode ser parcial ou total"[22].

Percebe-se, portanto, em que pesem as discussões ora travadas, a alteração mencionada pelo parágrafo em questão, busca prestigiar o agravo retido, diminuindo o nº de agravos por instrumento visando discutir decisões interlocutórias.

Contudo, se de um lado procura salvaguardar o princípio da celeridade, oralidade e diminuir o númeiro de agravos de instrumento, por outro lado poderá ensejar a chamada **sentença sob condição resolutiva**.

A questão é extremamente relevante é oportuna, pois alcança discussão quanto à efetividade da prestação jurisdicional.

Imagine-se outra hipótese: "A" move demanda em face de "B". Na audiência preliminar, é indeferida a prova pericial requerida pelo réu. Este interpõe o recurso de agravo retido[23], arguindo a falta de motivação e a violação ao princípio da ampla defesa e contraditório, requerendo, portanto, a decretação de nulidade da decisão agravada. A sentença julgou procedente o pedido, razão pela qual o réu interpôs o recurso de apelação, ratificando as razões do agravo retido, *ex vi* art. 523, §1º.

Acerca do problema acima citado, surgem as seguintes indagações: a) qual a consequência, caso seja reformada a decisão proferida em audiência, que foi objeto do agravo? A apelação será levada à julgamento simultaneamente ao agravo retido? Como ficará a eficácia da sentença? Se o agravante não tivesse apelado, iria configurar a "coisa julgada", mesmo caso haja provimento posterior do agravo?

Essas indagações são, sem dúvida, extremamente relevantes, podendo ensejar discussões quanto à eficácia da prestação jurisdicional. A consequência, em primeira

---

[22] Op. cit. p. 124 e 125.

[23] Importante ratificar que, como se trata de audiência preliminar, não há a obrigatoriedade de agravo retido, podendo ser interposto na modalidade por instrumento. Assim, se acaso o recorrente prefira a interposição por instrumento, e não havendo o julgamento do recurso de forma breve, nem a conversão para retido (art. 527, II), ficando para ser apreciado quando do julgamento da apelação. Nesta hipótese, aquele deverá ser primeiramente apreciado, eis que é prejudicial à este (art. 559 e parágrafo único).

análise, é que a sentença será atingida pelo provimento do agravo, eis que estava sujeita ao desprovimento do recurso.

Sobre o assunto, importante transcrever as lições de Rodrigo Xavier Leonardo:

> "Suponhamos que o juízo monocrático defira a utilização de prova moralmente inidônea ou ilícita e que a contraparte recorra da decisão, manejando o recurso de agravo sob a forma retida.
>
> Saindo-se vitoriosa a parte que se utilizou da prova moralmente inidônea ou ilícita, caso o tribunal, ao conhecer preliminarmente do recurso retido, entenda pela ilicitude ou imoralidade da prova o processo deverá retornar à fase instrutória, que deve ser refeita integralmente, sendo, inclusive, substituído o julgador monocrárico que teve contato com a prova inadmissível em nosso sistema processual"[24]

Aliás, o Professor Nelson Nery Júnior faz importantes observações envolvendo o tema da sentença sob condição resolutiva. Destaca que:

> "Como o agravo é recebido, em regra, apenas no efeito devolutivo (art. 497, CPC), a decisão agravada é desde logo eficaz e o procedimento não se interrompe com a interposição do recurso. Os atos processuais que são praticados depois da interposição do agravo ficam sujeitos a *condição resolutiva*, isto é, dependem do desprovimento do recurso. Caso seja provido, todos esses atos tornam-se ineficazes"[25]

---

[24] ***O Recurso de Agravo e a Nova Reforma do Código de Processo Civil***. In A Segunda Etapa da Reforma Processual. Coord. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 271.

[25] ***Princípios Fundamentais — Teoria Geral dos Recursos*** . 5ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais 2000, p. 373.

Portanto, respondendo às indagações anteriores, percebe-se que a sentença fica sujeita ao desprovimento do recurso de agravo retido, desde que seja ratificado quando da interposição da apelação. Ora, se o agravante entender desnecessária a apelação da sentença, óbvio que o agravo não será apreciado, eis que se trata de condição de admissibilidade do apelo.

Por outro lado, em sendo acolhido o agravo retido na hipótese acima citada, por certo fará com que ocorra a decretação de nulidade de todos os atos posteriores, que tenham ligação com o ato impugnado, nos termos do art. 248 do CPC, atingindo, consequentemente, a sentença condenatória.

Portanto, apesar da tentativa de se alcançar a celeridade processual evitando-se a interposição do agravo por instrumento, o retido poderá ensejar discussões quanto a efetividade da prestação jurisdicional, retornando o feito ao momento do ato impugnado pelo agravo.

Aliás, ainda sobre o assunto, nos casos de agravo de instrumento de decisão interlocutória, ainda persiste a discussão quanto à sentença sob condição resolutiva, se acaso não seja julgado o recurso antes do proferimento da sentença.

Nos casos desse jaez, o Professor Nelson Nery elenca as seguintes hipóteses:

> "Quando: a) não houver apelação de nenhuma das partes e o agravante tiver sido o vencedor, deve ser julgado prejudicado o agravo; se o agravante tiver sido vencido, o agravo deverá ser julgado, pois a sentença se encontra sob condição; b) não houver apelação de nenhuma das partes nem de terceiro e o agravante tiver sido vencido, o agravo deve ser apreciado, pois a sentença se encontra sob a condição do desprovimento do agravo; c) o agravante apelar, o agravo deve ser julgado antes da apelação (art. 559, CPC); d) o agravado apelar e

> o agravante tiver sido o vencedor, este nem poderia apelar por lhe faltar o requisito da sucumbência"[26]

Portanto, em que pese o estímulo ao princípio da oralidade e o da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, que caminham no sentido de evitar a quantidade de agravos de instrumento, prestigiando o retido nos autos, não se pode deixar de verificar que a situação ora trazida pode evidenciar controvérsia quanto ao atendimento aos ditames legais.

a.3) Poderes do Relator — a conversão do agravo de instrumento em retido nos autos

Essa talvez seja a alteração que mais vem causando discussões na prática forense, pois autoriza ao relator do agravo de instrumento convertê-lo em retido, se entender não se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou não havendo perigo de lesão grave e de difícil reparação.

Acerca da alteração, procura o legislador dar poderes aos relatores dos agravos de instrumento para determinar o processamento como retido, diminuindo o número de agravos processados perante os Tribunais Estaduais.

Aliás, o objetivo da Comissão de Reforma do CPC está bem claro na exposição de motivos do projeto de lei, convertido da Lei 10.352/01, senão vejamos:

> "Inovação importante é a previsão de que, em não ocorrendo perigo de dano grave e de difícil reparação, o relator possa converter o agravo de instrumento em agravo retido, com remessa dos autos ao juiz da causa. Visa esta providência diminuir o avultado número de agravos de instrumento que tramitam nos tribunais de segundo grau. Trata-se de faculdade, não de dever do relator, uma vez que, conforme as circunstâncias, o

[26] ***Idem, Ibidem, p. 374.***

> relator poderá vislumbrar a conveniência em, desde logo, solucionar a questão processual pendente"

A intenção foi a melhor possível, considerando a grande quantidade de recursos de agravos de instrumento interpostos em face de decisões interlocutórias, que se acumulam perante os Tribunais Estaduais. Contudo, será que a celeridade será alcançada, principalmente nos casos de litigantes habituais?

Antes de mais nada, mister deixar claro que a conversão e a análise de cabimento do agravo por instrumento está dentro do juízo subjetivo do relator. Assim, deverá fazer uma análise breve do recurso, concluindo pelo seu cabimento (caso entenda que estejam presentes seus pressupostos ensejadores), ou determinando seu retorno para processamento em primeira instância.

Por outro lado, mesmo se entender que não estão presentes os pressupostos, ainda assim pode processar o recurso na modalidade instrumental.

Ademais, como bem observou Leonardo José Carneiro da Cunha, "há casos, contudo, que, mesmo não havendo urgência nem risco de lesão, impende que se mantenha o agravo de instrumento, não o convertendo na sua modalidade retida"[27], como no caso de agravo oriundo de decisão que aprecia a impugnação ao valor da causa, a que recebe a apelação em ambos os efeitos, quando na verdade deveria ser em apenas um, ou nos casos em que falecer interesse recursal na modalidade retida.

Assim, pode-se mencionar que serão estes os procedimentos adotados quando do recebimento do agravo de instrumento:

a) Relator analisa o agravo e, percebendo que não se trata de hipótese de dano iminente, determina sua conversão em retido. Dessa decisão, caberá agravo no prazo de 05 (dias), onde o mesmo relator apreciará o novo agravo e remeterá à decisão pela Turma. Se for provido este agravo, será reformada a decisão que determinou a conversão;
b) Não havendo reforma da decisão que converteu em retido (quer porque não houve agravinho quer porque foi negado provimento), as razões do agravo

[27] Op. cit. p. 103

retido deverão ser ratificadas quando da interposição da decisão final. Logo, em grande parte dos Tribunais brasileiros, há prevenção para a apelação e o agravo perante o relator que apreciou o recurso de agravo de instrumento de decisão interlocutória;

c) O Relator, mesmo entendendo não haver necessidade de processamento do agravo de instrumento, pode dar andamento ao recurso, atendendo os dispositivos constantes no art. 523, incisos III e seguintes;

Percebe-se, com isso, em que pese a intenção ser a melhor, na prática poderá significar aumento no trabalho dos relatores dos agravos de instrumento, isso sem falar na possibilidade de interposição de novo agravo da decisão que determinou a conversão.

Logo, poderá o Relator ter a necessidade de apreciar a matéria constante no agravo por mais de uma vez, significando um aumento de sua atividade nesse incidente processual. Logo, onde estará a celeridade buscada pela Reforma processual?

Sem medo de errar, entendo que a celeridade e a diminuição do número de agravos de instrumento dependerá muito mais da consciência do jurisdicionado do que da própria atividade do relator, já que aquele que deverá fazer a primeira triagem quanto à admissibilidade do agravo de instrumento, evitando a utilização desse recurso em situações que não haja urgência nem a impossibilidade de manejo do retido.

Outro questionamento que por certo será enfrentado na prática será a possibilidade de conversão quando faltar a petição ao Juízo do feito, que pela alteração processual é condição de admissibilidade do agravo de instrumento, nos termos do art. 526, do CPC.

Com efeito, imagine a seguinte situação: há a interposição do agravo de instrumento, mas o agravante não apresenta a petição ao Juízo *a quo* (art. 526). Nesta hipótese, poderá ser convertido em retido o apelo?

Antes de mais nada, mister ratificar que a intenção da Comissão Reformadora, ao alterar o art. 526, foi afirmar que se trata de condição de admissibilidade do recurso, apesar da divergência de interpretação que existia no Superior Tribunal de Justiça[28].

Por outro lado, a reforma processual procurou inverter o ônus da comprovação do protocolo da petição ao Juízo a quo. Aliás, não só em relação a este dispositivo é que o ônus é do agravado, mas também este deverá comprovar que os documentos juntados ao agravo de instrumento para destrancar o Recurso Especial ou Extraordinário são inautênticos, apesar da declaração apresentada pelo agravante, *ex vi* art. 544, parágrafo 1º.

Assim colocada a questão, entendo que os incisos do art. 527 devem ser analisados sucessivamente. Ora, se o magistrado determinar a conversão, não chegará a abrir o prazo para as contra-razões, pelo que não poderá ter ciência quanto ao não cumprimento do disposto no art. 526[29]. Por essa razão, o agravo será processado em primeira instância na modalidade retido nos autos.

Por fim, se o agravante não cumprir o disposto no art. 526 e ainda assim interpor o agravo interno da decisão que determinou a conversão, sendo este recurso provido para destrancar o agravo de instrumento, será um verdadeiro "tiro no pé", pois deverá o relator abrir vista ao agravado, que terá o ônus de comprovar o não atendimento do art. 526 o que, por certo, provocará o não conhecimento do apelo.

CONCLUSÃO

---

[28] "A não observância do disposto no art. 526 do CPC leva à ausência de pressuposto de admissibilidade recursal, impondo o não conhecimento do recurso" (STJ — 4ª T — REsp 148-770-Sp, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Contudo, no próprio STJ existem julgados entendendo que não se trata de condição de admissibilidade recursal (REsp. 162.600- SP, Rel. Min Ari Pargendler, REsp 162.262-RS, Rel. Min Felix Fischer).

[29] Sobre o assunto, os Professores LuisRodrigues e Teresa Arruda Alvim Wambier trazem importantes considerações quanto à possibilidade de aproveitamento do apelo, mesmo não sendo atendido o requisito do art. 526, caso o juiz determine a conversão. Assim, aduzem que poderá ser feita a conversão "também se se tomar em consideração a finalidade principal do ônus do art. 526: proporcionar condições pra que o juiz se retrate. Sendo convertido o regime do agravo de instrumento para agravo retido, o agravo deverá ser remetido pra o juiz da causa, e no primeiro grau de jurisdição, será o instrumento apensado aos autos principais. Nessa ocasião, o juiz poderá retratar-se, ouvida a outra parte" (Op. cit. p. 122 e 123).

Em face do exposto, percebe-se que foi, sem sombra de dúvida, a intenção da reforma processual, trazer maior rapidez ao andamento da demanda, inclusive diminuindo as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento.

Com isso, atendendo aos reclamos do princípio da celeridade processual, a intenção é que passe a vigorar no sistema pátrio, a regra do cabimento do agravo retido, passando o agravo de instrumento em face de decisão interlocutória apenas a exceção.

Por outro lado, será que essa alteração processual será bem recebida? será que o procedimento será realmente mais breve? será que haverá a diminuição do número de agravos de instrumento?

A intenção do presente artigo foi trazer à discussão pequena parte da alteração processual, e caberá a todos os operadores do direito colaborarem para o correta interpretação dos novos dispositivos legais.

Por fim, não se pode olvidar que a nova reforma é necessária visando superar os entraves existentes na legislação processual, cabendo a todos os operadores do direito colaborar para que as alterações sejam efetivadas no cotidiano forense, alcançando uma tutela jurisdicional justa, breve e eficaz.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, José Henrique Mouta. ***Acesso à Justiça e Efetividade do Processo.*** Curitiba : Juruá, 2001.

ARAÚJO, Mauro Alves de. ***Extinção do Processo — Saneamento***. São Paulo : Max Limonad, 1999.

ARMELIN, Roberto e João R. E. Piza Fontes (***Agravo interposto contra decisão posterior à sentença — processado pelo regime de instrumento e concedido efeito ativo (antecipação da tutela recursal),*** Revista de Processo, vol. 87, São Paulo : RT, 1997, p. 246 — Apud WAMBIER E WAMBIER. *Op. cit. p. 111 a 113*)

BUENO, Cassio Scarpinella. ***O Recurso de Agravo e a Nova Reforma do Código de Processo Civil***. In A Segunda Etapa da Reforma Processual. Coord. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. São Paulo : Malheiros, 2001.

_____. ***Novas Perspectivas do Recurso de Agravo.*** Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis, de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo : RT, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. ***Audência de Instrução e JUlgamento e Audiências Preliminares*** . 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CAPPELLETI, Mauro e GARTH, Bryan. ***Acesso à Justiça.***.Porto Alegre : fabris, 1998

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. ***Inovações no Processo Civil (Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001)***. São Paulo: Dialética, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. ***Os Efeitos dos Recursos.*** In Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis, vol 05, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002

NEGRÃO, Theotônio. ***Código de Processo CIvil e Legislação Processual em Vigor.*** 30ª edição, São Paulo : Saraiva, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. ***Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor***. 6ª edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

NEY JÚNIOR, Nelson. ***Princípios Fundamentais — Teoria Geral dos Recursos*** . 5ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais 2000.

NOJIRI, Sérgio. ***O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais***. 2ª edição , São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000

PINTO, Nelson Luiz***. Manual dos Recursos Cíveis***. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 124.

SALGADO, Gustavo Vaz e ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Recursos Cíveis — Manual sobre as alterações ocorridas na reforma processual*. Curitiba : Juruá, 2003.

THEODORO, JÚNIOR, Humberto. ***Curso de Direito Processual CIvil***, vol I, 30ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. ***Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil.*** São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.