O AGRAVO E AS MAIS RECENTES ALTERAÇÕES PROCESSUAIS – ALGUNS QUESTIONAMENTOS[1]

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, mestre e doutorando em direito na Universidade Federal do Pará, Procurador do Estado do Pará, professor da Universidade da Amazônia, do Centro Universitário do Estado do Pará e da Faculdade Ideal.

Sumário

1- OS OBJETIVOS DA CONTINUIDADE DAS REFORMAS PROCESSUAIS; 2- AS DECISOES INTERLOCUTÓRIAS E OS RECURSOS CÍVEIS. 3- ALGUMAS ALTERAÇÕES DECORRENTES DA LEI 11.187/2005 ENVOLVENDO O RECURSO DE AGRAVO; a) A obrigatoriedade (e não mero estímulo) do uso do agravo retido (inclusive oral). Alguns problemas práticos decorrentes existentes no projeto convertido em lei; b) Sentenças proferidas na audiência de instrução e julgamento. Tutelas de urgência concedidas na própria sentença. Agravo ou apelação? c) Decisões posteriores à sentença. Apenas as que apreciam o recurso de apelação e seus efeitos estão sujeitas à agravo de instrumento? d) A obrigatoriedade do agravo retido e o prestígio ao trabalho do magistrado de primeiro grau – o risco da sentença sob condição; e) Maior prestígio aos poderes do relator – o incabimento do agravo interno de suas decisões monocráticas

1) OS OBJETIVOS DA CONTINUIDADE DAS REFORMAS PROCESSUAIS

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 efetividade da prestação Jurisdicional[2].

---

[1] Trata-se de versão ampliada do artigo *o recurso de agravo e as diretrizes estabelecidas pela Lei 11.187/2005*. Revista de Processo n. 130. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, pp. 109-122.

[2]Celeridade não significa, sempre e sempre, efetividade da prestação jurisdicional. Efetividade enseja a necessidade do processo assegurar a entrega do bem jurídico discutido, haja vista que a falta de julgamento ou o atraso excessivo constituem-se clara injustiça. Aliás, como bem ensina João Batista Lopes: "um processo célere não será necessariamente efetivo se, por exemplo, sacrificar uma das garantias constitucionais. Suponha-se, por exemplo, que, em causa de grande complexidade técnica, que envolva matéria contábil, resolva o juiz indeferir a perícia e julgar antecipadamente a lide. Teremos, aí, não um julgamento antecipado, mas um julgamento precipitado...E julgamento precipitado não garante, à evidência, a efetividade da

Assim, a comissão reformista desenvolveu importante estudo visando o aperfeiçoamento da lei processual, culminado com a elaboração de três anteprojetos de 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. A Lei 10.352/01 trouxe, dentre outras, alterações substanciais no instituto do reexame obrigatório; no efeito suspensivo da apelação; além de consagrar maiores poderes aos relatores do agravo de instrumento e a possibilidade do próprio advogado declarar que as peças juntadas no agravo de instrumento são autênticas.

Em outra oportunidade apresentou-se ensaio abordando especialmente as alterações ocorridas em relação ao agravo retido, ocasião em que se observou que as mesmas atenderam aos reclamos dos operadores do direito, visando desafogar a grande quantidade de recursos existentes nos Tribunais Estaduais e Regionais Federais[3]. Portanto, em última análise, a intenção do legislador foi oferecer maior poder ao relator em determinar o retorno do recurso para o processamento em primeiro grau, convertendo-o em retido, além de possibilitar a concessão de tutela emergencial em sede recursal.

Contudo, naquela ocasião também se destacou alguns aspectos polêmicos da reforma, como a conversão sujeita a recurso e a possibilidade de verificação de sentença sob condição.

Ocorre que, mesmo após a entrada de vigência das três leis citadas anteriormente, houve a continuidade dos projetos de reformas do CPC, inclusive estando hoje aproximadamente 23 projetos de lei sendo discutidos no legislativo federal, dentre os quais um (n. 4.729/2004) tratando novamente do recurso de agravo.

Assim, considerando a sanção da Lei 11.187/2005 (oriunda do PL 72/2005), apresenta-se aos estudiosos do direito este pequeno ensaio, onde se procura interpretar as alterações perpetradas na legislação adjetiva civil. A única intenção é colaborar com a ciência processual, ficando satisfeito apenas com a provocação de discussões sobre os temas em questão.

2- AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS E OS RECURSOS CÍVEIS

Tema que vem sendo objeto de muitas discussões doutrinárias e mesmo jurisprudenciais refere-se a classificação dos pronunciamentos judiciais.

Destarte, o art. 162 procura *conceituar* os pronunciamentos (e não apenas os atos) judiciais, sendo que a principal diferença entre eles é a seguinte: a) *despacho de mero expediente* : sendo apenas ordinatório, sem resolver qualquer questão processual, sendo insuscetível de

---

jurisdição". *Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil*. Revista de Processo n. 116, julho-agosto de 2004. São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 34.

[3]ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Novas diretrizes do agravo retido após as reformas processuais*. Revista Forense vol. 374. agosto/2004. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

recurso (art. 504); b) decisão interlocutória – como sendo aquele que resolve incidentes processuais, sujeitando-se ao recurso de agravo; c) sentença – pronunciamento que põe termo ao processo (na verdade, ao procedimento), sendo impugnável por apelação.

Contudo, tais conceituações não são suficientes para resolver questionamentos práticos.

Destarte, algumas indagações podem surgir: o *cite-se*, onde há atividade cognitiva e de certo ponto atribui manifestação positiva em relação à presença dos pressupostos processuais e condições da ação, é despacho ou decisão, para fins de interposição de agravo[4]? É possível proferir decisão interlocutória com cognição suficiente para restar imutabilizado seu conteúdo?

No sistema processual, como se percebe, há a vedação de recorribilidade dos despachos de mero expediente. Contudo, o problema passa a ser verdadeiro quando a conseqüência da manifestação judicial é resolver um incidente processual mediante atividade cognitiva, gerando prejuízo à parte[5].

A questão que resta saber é se o pronunciamento que determina a citação é despacho ou decisão. Levando em conta tratar-se de decisão provisória, sem qualquer preclusão quanto as matérias de ordem pública (vg, condições da ação e pressupostos processuais), entende-se tratar-se de realmente de despacho, sujeitando-se a reapreciação dessas questões implicitamente decididas[6]

---

[4]"O Código de Processo Civil não prevê a situação na qual o juiz, recebendo em suas mãos os autos com a petição inicial, simplesmente determina a citação do réu, sem qualquer avaliação prévia. Exige-se mais. Espera-se que o juiz analise a petição, que a mande emendar nas hipóteses de vícios sanáveis (art. 284) ou que a indefira liminarmente nas hipóteses previstas no art. 295. Por isso é que quando o juiz admite a petição inicial e determina a citação do réu está decidindo que a petição é apta e que as condições da ação e os pressupostos processuais encontram-se presentes". CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis.* Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 38-39.

[5] Como ensina Nelson Nery Júnior: "todo despacho é de mero expediente. São atos do juiz destinados a dar andamento ao processo, não possuindo nenhum conteúdo decisório. Se contiver nele um tema decisório capaz de causar gravame ou prejuízo à parte ou ao interessado, não será despacho mas sim decisão interlocutória *Teoria geral dos recursos*. 6ª edição. São Paulo : RT, 2004, p. 236.

[6] De outra banda, há também hipóteses em que o despacho acaba por ensejar o cabimento de recurso, ao contrário da disposição prevista no art. 504 do CPC, como nos casos previstos no art. 17 da Lei 8.429/92 e em outras onde se discute a existência de prejuízo. Aliás, a hipótese do art. 17, § 10 da Lei 8.429/92 também foi salientado por Fredie Didier Júnior, ao aduzir que: "A Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal 8.429/92) também traz exemplo nesse sentido: o art. 17, , § 10, impõe o agravo de instrumento como recurso cabível contra a decisão que admitiu a petição inicial dessa demanda coletiva". Questões controvertidas sobre o agravo (após as últimas reformas processuais). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). Vol. 7. São Paulo : RT, 2003, p. 284. Não se deve olvidar, por outro lado, que há posicionamentos no sentido de indicar conteúdo decisório no pronunciamento que determina a citação do réu. A propósito, observa Rita Gianesini, ao comentar o *cite-se*: "este pronunciamento judicial positivo tem, sem dúvida alguma, caráter decisório. Não pode ser considerado como mero impulso processual, o juiz não dá pura e simplesmente andamento ao processo. É mais do que isso. Aliás, se fosse negativo o processo seria extinto sem julgamento de mérito. Nestas condições, evidenciado o conteúdo decisório deste pronunciamento judicial, a conclusão só pode ser em um sentido: trata-se de decisão interlocutória". *Da recorribilidade do 'cite-se'*. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). Vol. 4. São Paulo : RT, 2001,p. 938

Por outro lado, há situações em que o pronunciamento judicial, em que pese não por termo ao processo (*rectius*, procedimento) acaba por gerar imutabilidade de seu conteúdo, considerando o grau cognitivo implementado pelo julgador.

Dois exemplos podem auxiliar na conclusão: a) homologação de conciliação realizada na audiência preliminar entre um dos litisconsortes ativos e o réu; b) indeferimento da petição inicial da reconvenção por força da decadência.

Os dois casos são decisões interlocutórias, considerando que o processo prossegue, no primeiro entre os litisconsortes que não firmaram o acordo e o ré, já no segundo para a decisão acerca do pedido contido na ação, em que pese capazes de imunização pela coisa julgada[7].

Aliás, havendo acordo *parcial*, é possível de imediato a execução (definitiva) deste capítulo, em que pese inexistir o encerramento total do processo. Realmente, nos casos de várias demandas cumuladas num único processo, a sentença é o ato que põe termo a este, e não pronunciamentos anteriores que resolvem incidentes processuais.

Já no que respeita a reconvenção (e também à ação declaratória incidental), é mister observar que se tratam de duas ações que correm no mesmo processo (*simultaneus processus),* sendo sentença apenas o pronunciamento final deste último[8].

---

[7] Portanto, aptas a ensejar o ajuizamento de rescisória. Bem a propósito, Nelson Nery Jr defende que para o cabimento da rescisória é relevante a matéria decidida, inclusive podendo a questão de mérito vir a ser resolvida por decisão interlocutória. *Teoria geral dos recursos.* 6ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004, p. 130.

[8] Em sede doutrinária, não há unanimidade de posicionamento acerca da natureza da decisão que indefere a reconvenção. José Joaquim Calmon de Passos entende que: "uma dúvida, contudo, se oferece quanto ao recurso cabível. A decisão de indeferimento põe fim à ação reconvencional, mas não extingue o processo. Logo, o recurso será o de agravo, ainda quando o indeferimento inicial tenha ocorrido com fundamento em matéria de mérito (prescrição e decadência)". *Comentários ao código de processo civil*. Cit. p. 322. Também Marcelo Abelha Rodrigues observa que: "acolhidas de plano a prescrição e a decadência (art. 295, IV, do CPC) haverá extinção da ação reconvencional por meio de decisão interlocutória de mérito. Tanto na hipótese colocada no texto, quanto aqui, o recurso cabível é o agravo de instrumento". *Elementos de direito processual civil*. vol. 2. Cit. p. 289 (nota 11). Já Nelson Nery Jr. observa, sobre as relações processuais que tramitam nos mesmos autos, em *simultaneus processus* (art. 292), que: "se uma delas continua, o *processo* não foi extinto, mas apenas *uma das* relações processuais cumuladas em cúmulo originário (cumulação na mesma petição inicial) ou superveniente (*v.g.,* oposição, reconvenção". *Teoria geral dos recursos.* Cit. p. 239. (No mesmo sentido, ver RESP 443175/SP, SP- STJ-4ª T, j. em 21/11/2002, DJ de 16/12/2002 PÁGINA:345, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Por outro lado, há entendimentos em sentido contrário, entendendo ser cabível o recurso de apelação nos casos envolvendo indeferimento liminar da reconvenção. Apesar de minoritário, merece registro tal posicionamento, constante, *v.g,* na

Portanto, é plenamente possível existir no sistema processuais *decisões interlocutórias* de conteúdo definitivo, como aquelas que decidem as ações incidentais de forma definitiva, continuando a relação processual em relação ao capítulo não decidido.

Contudo, para fins recursais, não resta dúvida: sendo pronunciamento que resolve incidente processual (com ou sem formação de coisa julgada), o recurso cabível é o agravo, em suas duas modalidades (retido nos autos ou por instrumento)[9].

O que vem ocorrendo nas últimas reformas processuais é uma tentativa de desestimular a utilização do agravo por instrumento, considerando o acúmulo desse recurso nos tribunais ordinários, com o conseqüente estímulo ao seu manejo na modalidade retida nos autos.

3- ALGUMAS ALTERAÇÕES DECORRENTES DA LEI 11.187/2005 ENVOLVENDO O RECURSO DE AGRAVO

a) A obrigatoriedade (e não mero estímulo) do uso do agravo retido (inclusive oral). Alguns problemas práticos decorrentes do projeto convertido em lei

Como é fato, o recurso de agravo de instrumento em face de decisão interlocutória corrobora com a chamada crise de tempestividade da prestação jurisdicional, considerando a sua grande utilização pelos jurisdicionados, o que acaba gerando atrasos nas pautas de julgamentos dos recursos de apelação.

Por outro lado, a utilização do agravo retido era feita – de acordo com a redação original do CPC de 1973 - quando a parte não pretendia a imediata apreciação do apelo, ficando retido nos autos e sendo analisado como *prejudicial* ao Recurso de Apelação, se houvesse provocação nesse sentido.

Inicialmente, a Lei 10.352/01 procurou estimular a utilização do agravo retido que, antes desta etapa da reforma, era utilizado segundo a livre convicção do agravante. Com efeito, como esclareceu o Professor Humberto Theodoro Júnior, em lição anterior à Lei 10.352/01:"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,

---

RT 558/149 e 519/94. Aliás, é caso inclusive de aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Ainda sobre o assunto, ver debates do IIIº Curso de Especialização em Direito Processual Civil, realizado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 29.6.74, que gerou o trabalho intitulado *Indeferimento liminar de ação declaratória incidental, reconvenção, oposição; embargos do devedor e pedido de assistência – recurso cabível* elaborado por Alcides de Mendonça Lima, Seabra Fagundes, Arruda Alvim e Luiz Sérgio de Souza Rizzi.Revista de Processo n. 2, ano I, abril-junho-1976, p. 237-240.

[9] Questão a ser enfrentada posteriormente refere-se a existência de interesse recursal para manejo de agravo retido nos autos nas situações em que há a exclusão de um dos litisconsortes do feito, se decreta a incompetência absoluta do juízo ou mesmo indefere a inicial da reconvenção ou da declaratória incidental.

faculdade exclusiva da parte recorrente. São apenas suas conveniências que determinam a opção por uma ou outra modalidade de processamento"[10].

A vantagem do agravo retido em relação ao de instrumento[11] é a sua tramitação, considerando 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[12]. Sem dúvida que o agravo retido é mais adequado à sistemática de efetividade do processo e de tempestividade da prestação jurisdicional, inclusive atendendo às novas diretrizes estabelecidas pelo *princípio constitucional da duração razoável do processo* – proveniente da EC 45 (art. 5º, LXXVIII)[13].

Realmente, o recurso na forma retida atende ao reclamo de tempestividade da tutela jurisdicional considerando que: a) evita preclusão da matéria decidida; b) a sua apreciação fica condicionada à chamada dupla provocação (quando da interposição e da ratificação na apelação ou nas contra-razões); c) não se acumula nos tribunais ordinários, considerando que permanece nos autos originários aguardando momento próprio de subida[14]. O efeito devolutivo do agravo retido dependerá da ratificação quando da interposição do apelo em face da decisão final. Destarte, como bem destaca Cândido Dinamarco, trata-se de *devolução gradual*, dependendo de certos eventos que no futuro ocorrerão ou deixarão de ocorrer[15].

---

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

[11] Dever-se-ia mencionar agravo por instrumento, porque sua tramitação requer instrumento novo, autos independentes, com as peças obrigatórias e facultativas contidas no CPC. Aliás, a alteração do art. 522 do CPC advinda da lei 11.187/05 corretamente menciona a interposição de agravo *por instrumento*.

[12] Como é sabido, o agravo retido apenas é conhecido se houver a sua ratificação, o que nos faz afirmar que se trata de *recurso condicionado*. Como bem afirma Luiz Orione Neto, "a falta de reiteração do agravo retido, nas razões ou contra-razões de apelação, configura *desistência tácita*, jamais *renúncia* ao recurso, porquanto só se renuncia a um recurso *ainda não interposto*; após manifestado o recurso, sua não-reiteração configurará, em rigor, uma *desistência tácita*". *Recursos cíveis*. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 324.

[13] Comentando a alteração constitucional, observa com precisão Sérgio Bermudes: "o inciso fala em 'razoável duração'e em 'celeridade de sua tramitação'. É a celeridade da tramitação que alcança a duração razoável, ou seja, a duração necessária à conclusão do processo, sem prejuízo do direito das partes e terceiros de deduzirem as suas pretensões, mas sem delongas que retardem a prestação jurisdicional e administrativa postulada. A celeridade da tramitação traduz-se na presteza da prática de cada ato do processo, porquanto a demora na prática de um deeles repercute, negativamente, no conjunto, côo acontece com a retenção de um trem num dos pontos de parada do seu percurso. Atos praticados celeremente asseguram a duração razoável, senão rápida do processo, o qual outra coisa não é, desde a etimologia, que um conjunto de atos que se sucedem para a consecução de determinado fim". *A reforma do judiciário pela emenda constitucional nº 45*. Rio de Janeiro : Forense, 2005, p. 11.

[14] De acordo com as lições de Barbosa Moreira: "o regime especial do agravo atende a que, em certos casos, não há interesse na revisão imediata da decisão pelo órgão *ad quem*. Torna-se mais aconselhável, então, poupar às partes as despesas, e ao processo mesmo as delongas, que necessariamente envolve a formação do instrumento. Fica o recurso retido nos autos do feito principal, com a função precípua de impedir a preclusão da questão resolvida. Encerrado o procedimento de primeiro grau, se da sentença se interpuser apelação, competirá ao tribunal, na ocasião em que for julgá-la, apreciar preliminarmente o agravo retido". *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. Rio de Janeiro : Forense, 1974, p. 380.

[15] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Os efeitos dos recursos*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). Vol. 5. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

Assim, a alteração processual ocorrida no ano de 2001 procurou aumentar o campo de cabimento do agravo na modalidade retida nos autos, inclusive trazendo hipóteses onde seu manejo passou a ser obrigatoriamente retido.

Com efeito, a redação do §4º do art. 523, proveniente da Lei 10.352/01 é a seguinte: "*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, procurou a Comissão de reforma inverter a ordem recursal: o agravo retido passando a ser regra e o por instrumento, a exceção.

Tal assertiva é tão verdadeira que o legislador reformista também atribuiu poderes ao relator de determinar a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, não se tratando, em regra, de hipótese onde houvesse necessidade de pronunciamento jurisdicional de urgência.

Contudo, alguns aspectos práticos práticas ainda restaram pendentes, os quais procuram ser enfrentados pela lei 11.187/2005.

Com efeito, a legislação recentemente sancionada (na nova redação do §3º do artigo 523) visa estabelecer como regra o *agravo retido oral e imediato*, a ser interposto diante das decisões proferidas nas audiências de instrução e julgamento.

Ademais, procura o legislador também *determinar a interposição de agravo retido* em todas as decisões interlocutórias proferidas em primeiro grau, salvo quando se tratar de hipótese suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, ou quando for objetivamente incabível o regime de retenção.

Logo, é possível estabelecer algumas diretrizes para interpretação da modalidade de agravo em face de decisão interlocutória, senão vejamos:

a) Decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento – Agravo retido oral[16];

b) Decisões envolvendo inadmissão da apelação, bem como os efeitos em que é recebida – agravo por instrumento;

c) Qualquer decisão interlocutória proferida em primeiro grau, exceto quando se tratar de decisão suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação – agravo retido[17];

---

[16] Necessário registrar que a redação advinda da Lei 10.352/01 apenas sugeria a interposição oral do agravo retido. Com o projeto, a forma *retida e oral* passa a ser obrigatória, com poucas exceções.

[17] A interpretação da probabilidade de lesão acaba sendo bifurcada: primeiro, passa pelo agravante a necessidade de demonstração que a hipótese concreta enseja a interposição do recurso na modalidade

As alterações decorrentes da nova alteração do CPC atingem as decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento, havendo claro prestígio ao princípio da oralidade.

Aliás, acerca das decisões proferidas em audiência, duas indagações se fazem necessárias para melhor compreensão das novas diretrizes processuais: se na audiência de instrução e julgamento for concedida tutela de urgência, de natureza antecipatória ou acautelatória, o agravo deverá ser obrigatoriamente retido? Se na mesma audiência, houver o indeferimento (pelo acolhimento, *vg,* de uma contradita) do depoimento de certa testemunha, o agravo também será oral e retido, mesmo estando a testemunha com idade avançada e correndo sério risco de perecimento da prova?

Essas perguntas merecem maior reflexão. É lógico que o agravo retido significa ponto positivo no que respeita à efetividade da prestação jurisdicional e atende à razoável duração do processo, considerando que a sua apreciação será quando do julgamento do recurso de apelação (condicionada à confirmação do apelo). Contudo, com o passar do tempo e a natural demora no julgamento dos recursos corre-se o risco de perecimento do objeto impugnado pelo agravo retido.

Logo, a *obrigatoriedade do recurso na modalidade oral e retida* quando impugna pronunciamentos judiciais proferidos na audiência de instrução e julgamento poderá em certas situações isoladas causar sério risco à parte de perecimento de seu direito, como nas indagações acima. *In casu*, é necessário enfrentar a forma pela qual deverão ser conjugadas as diretrizes estabelecidas nas alterações previstas para o *caput* do art. 522 (*salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação)* e no parágrafo 3º do art. 523 (*das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrumento e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente)*.

Especificamente no que respeita à primeira indagação, mister é ratificar as lições apresentadas por Leonardo José Carneiro da Cunha, ao comentar, ainda com a redação proveniente da Lei 10.352/01, a hipótese de tutela de urgência concedida na audiência de instrução e julgamento. De acordo com seu posicionamento: "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 que cause dano iminente, restará a via do agravo de instrumento, estando cerrado o

---

instrumental e, em seguida, a análise é do relator, confirmando a existência do risco. Caso não haja a confirmação, determinará sua conversão em retido em decisão insuscetível de recurso. Trata-se de decisão interlocutória proferida pelo relator (art. 527, II, do CPC) não sujeita a recurso, configurando-se clara exceção ao regime geral da recorribilidade das interlocutórias. Duas perguntas devem ser feitas acerca desse regime de tratamento advindo da alteração do art. 527, II e que apenas o tempo dará a resposta: a exclusão do agravo para o órgão colegiado (havendo apenas previsão para a retratação – *ex vi* o seu parágrafo único) não irá servir de forte estímulo à utilização do mandado de segurança? Será que, a pretexto de excluir essa modalidade recursal contra a decisão monocrática e prestigiar o poder do relator não irá ensejar mais uma modalidade de sucedâneo recursal?

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"[18].

Assim, mesmo com a nova alteração do parágrafo 3º do art. 523, a interpretação deve ser sistemática e não apenas literal. Por essas razões, é possível concluir que *em regra* o agravo será retido e oral em face das decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento, adiando-se sua apreciação para o momento do julgamento da apelação (gerando *prejudicialidade recursal)*. Contudo, nos casos emergenciais, como nas duas indagações acima, permanece a possibilidade de interposição de agravo por instrumento, desde que demonstre o recorrente que a hipótese tratada não se enquadra na regra prevista no parágrafo 3º do art. 527.

Ademais, tanto no caso da tutela de urgência deferida na audiência quanto no indeferimento do depoimento de testemunha idosa, poderá o interessado interpor agravo por instrumento, inclusive requerendo ao relator a *antecipação da pretensão recursal*, como forma de evitar o dano imediato e de difícil reparação (art. 527, III – não atingido pela proposta de reforma) ou mesmo o perecimento da prova.

Aliás, não haveria interesse na interposição de agravo retido considerando o adiamento de sua apreciação. Nos casos em questão, apesar das decisões terem sido proferidas em audiência de instrução e julgamento, 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 antecipação da pretensão recursal.

B- Sentenças proferidas na audiência de instrução e julgamento. Tutelas de urgência concedidas na própria sentença. Agravo ou apelação?

A análise da alteração legislativa e o claro incentivo ao princípio da oralidade e a utilização do agravo retido enseja o enfrentamento de outros questionamentos comuns na prática forense.

Destarte, e quando a sentença é proferida na própria audiência? E se, além de proferir sentença em audiência, resolver o magistrado conceder tutela antecipada na própria audiência (e na própria sentença), será realmente cabível o agravo (retido ou por instrumento) ou apelação?

Não se deve olvidar que a *ratio legis* do §3º é no sentido de que as decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento sejam irresignadas através de agravo retido oral e imediato. Contudo, e se na mesma audiência é proferida a sentença, será cabível o manejo de agravo quanto à decisão interlocutória nela proferida (ex. indeferimento de produção de prova testemunhal) e apelação em face da própria sentença?

A questão ganha corpo quando observada a hipótese de concessão de tutela antecipada na própria sentença.

---

[18] 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.

Por cautela, necessário é responder às indagações referentes à tutela antecipada na sentença, e, em seguida, a situação indicativa da sentença proferida em audiência. Mister apresentar um exemplo: é possível, quando do julgamento dos pedidos cumulados (indenização por dano moral, material e pensão mensal) haver necessidade de concessão de tutela antecipada no que respeita a este último. Ora, se na ocasião da sentença está-se em regra diante de *cognição exauriente*[19], será possível a concessão de tutela antecipada, pronunciamento este que em tese pode ser concedido com base em simples *cognição sumária?* A resposta deve ser positiva, haja vista que é possível antecipar (satisfazer) efeitos baseados em cognição sumária (que é o menos), quanto mais na cognição exauriente obtida na sentença (que é o mais).

Caso contrário, estar-se-ia diante de uma perigosa incongruência: o menos ter mais eficácia que o mais, sendo mais viável ao autor ter um pronunciamento apenas com cognição *sumária* do que um outro com *exauriente*.

Ora, sendo possível, além de julgar o próprio pedido, também antecipar seus efeitos, qual será o recurso cabível em face de tal pronunciamento judicial, agravo (retido ou por instrumento) ou mesmo apelação?

Não se pode olvidar que, *in casu,* há o princípio da singularidade recursal e está o intérprete diante de sentença em capítulos. Logo, sendo um único pronunciamento judicial, o recurso a ser interposto é a apelação[20].

Tal raciocínio não deve causar espécie, considerando que externamente é apenas um pronunciamento judicial, em que pese um capítulo (o que foi objeto da tutela antecipada) gerar *eficácia* imediata e os demais dependerem da interposição ou não do recurso de apelação.

Em outra obra, já se observou que: "quando há antecipação da tutela na própria sentença, o objetivo é afastar o efeito suspensivo da apelação, trazendo *eficácia imediata* à parte da sentença objeto da tutela antecipatória, seja através de tutela mandamental ou executiva *lato sensu*. Logo, entendo incabível o agravo de instrumento, em que pesem os argumentos levantados pelas decisões que defendem seu cabimento"[21].

Também Cândido Rangel Dinamarco destaca que: "por lei, o ato processual que propõe a extinção do processo é *sentença* (CPC, art. 162, §1º) e a sentença, também por disposição legal expressa, comporta somente o recurso de apelação (art. 513). Assim será, ainda quando a sentença contenha algum pronunciamento que ordinariamente viria em uma

---

[19] Mas não definitiva (no sentido de imutável), considerando que há a possibilidade de interposição de recurso de apelação.

[20] No mesmo sentido, assim se expressa Teori Albino Zavascki: "hipótese mais delicada é a que se verifica quando o indeferimento (ou o deferimento) da medida antecipatória ocorrer na própria sentença que julgar a causa. Não parece haver dúvida de que, em tal hipótese o recurso cabível é o de apelação" . *Antecipação da tutela*. 2ª edição. São Paulo : Saraiva, 1999, p. 112.

[21] SALGADO, Gustavo Vaz e ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Recursos cíveis – manual sobre as alterações ocorridas na reforma processual*. Cit. p. 119-120.

decisão interlocutória, como a concessão de uma tutela antecipada. Esse capítulo, estando integrado no corpo unitário de uma sentença, não se destaca dos demais em razão de seu conteúdo, para receber um tratamento diferente, no tocante ao recurso cabível: caberá sempre e somente o recurso de apelação, porque o conteúdo de cada capítulo não exerce influência alguma na determinação do recurso adequado ao caso"[22].

Aliás, se a apelação for interposta, inclusive no que respeita ao capítulo objeto da tutela antecipada, o recurso deve ser recebido no duplo efeito, consoante previsão constante no art. 520 do CPC, exceto no capítulo que foi antecipado, onde deve ser recebida apenas no efeito devolutivo.

Lógico que, poderá o apelante adotar duas atitudes: requerer, com base no art. 558, p.u., a concessão de efeito suspensivo também no que respeita ao capítulo antecipado, junto ao próprio juízo *a quo* (que irá declarar os efeitos em que a apelação é recebida), ou mesmo junto ao relator do recurso, evitando, com isso, o cumprimento imediato do capítulo antecipado; por outro lado, poderá interpor agravo de instrumento em face da decisão que receber a apelação apenas no efeito devolutivo no que respeita ao capítulo objeto da tutela antecipada (*ex vi* art. 523, §4º c/c 527, II, do CPC, inclusive com a redação dada pela Lei 11.187/2005).

De outra banda, necessário é destacar que a apelação também não poderá ser recebida em sua totalidade *apenas no efeito devolutivo* se contiver impugnação que ultrapasse o capítulo antecipado, já que poderá gerar, de forma equivocada, execução provisória de outros capítulos da decisão. Utilizando o mesmo exemplo: suponhamos que a sentença tenha condenado o réu ao pagamento de R$ 100.000,00 por danos morais, R$ 120.000,00 pelos danos materiais e R$ 1.000,00 à título de pensão mensal, sendo este último capítulo objeto de concessão de tutela antecipada. Se o réu interpuser recurso de apelação englobando todos os capítulos, deverá ser recebida no duplo efeito em relação aos danos moral e material e apenas o efeito devolutivo no que tange à pensão objeto de tutela antecipada.

Com efeito, se no caso concreto for recebida a apelação integralmente *apenas no efeito devolutivo*, poderá ensejar o manejo de execução provisória envolvendo o dano moral e material, antes mesmo da apreciação do recurso pelo tribunal, violando disposição expressa no art. 520 do CPC. Portanto, perfeitamente possível, em casos de antecipação de tutela envolvendo capítulos de sentença, a interposição e o recebimento do recurso de apelação de forma desmembrada, parte no duplo efeito e outra parte apenas no efeito devolutivo.

Esse mesmo raciocínio deve ser feito caso a sentença seja proferida em audiência, havendo decisões interlocutórias também proferidas no mesmo momento e anteriores ao *ato final do procedimento*.

Destarte, considerando a singularidade recurso e o fato de que se trata de sentença em capítulos, as interlocutórias eventualmente proferidas também na audiência ficam sujeitas a impugnação através da apelação. Logo, quando o legislador estabelece no §3º a expressão: "das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá

---

[22] *Capítulos de sentença*. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 115.

agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente...", consagra tão-somente as hipóteses em que a sentença também não é proferida em audiência.

Levando em conta que se trata de *pronunciamento único* com vários capítulos, as decisões proferidas em audiência (ex. acolhimento de contradita, indeferimento de produção de alguma prova) ficarão absorvidas pela sentença, sendo discutíveis também em sede de apelação, à semelhança do que ocorre nos casos de tutela antecipada concedida na sentença[23].

C- Decisões posteriores à sentença. Apenas as que apreciam o recurso de apelação e seus efeitos estão sujeitas à agravo por instrumento?

Outra hipótese de recurso de agravo na modalidade instrumental ocorre nas decisões em que se discute inadmissibilidade da apelação ou os efeitos em que ela é recebida.

Nesse particular, andou bem o projeto de lei recentemente sancionado, inclusive aprimorando a redação advinda da Lei 10.352/2001, que naquela ocasião alterou redação obscura contida no art. 523, § 4.º de que *será sempre retido o agravo das decisões posteriores à sentença, salvo caso de inadmissão da apelação*

Contudo, mesmo com a redação proveniente da lei 10.352/01 ainda permanecia a expressão *decisões posteriores à sentença.* Com a nova alteração do *caput* do art. 522 decorrente da Lei 11.187/05, a expressão é suprimida, passando a consta como exceções à regra do regime de retenção: a) decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação; b) inadmissão da apelação ou apreciação de seus efeitos.

Ora, a alteração processual advinda da Lei 10.352/01 e ratificada também pelo diploma legal recentemente sancionado enfrentou problema que há muito vinha sendo discutido em sede doutrinária e jurisprudencial, envolvendo os efeitos da apelação. Destarte, nessas situações, inexiste interesse recursal na interposição de agravo retido, até porque não se poderá ratificá-lo nas razões ou na resposta da apelação[24].

Contudo, analisando o projeto convertido em lei, devem ser enfrentadas as situações envolvendo decisões posteriores às sentenças mandamentais e executivas. Destarte, o processo civil deste novo século caminha no sentido de quebrar a autonomia dos Livros do

---

[23] Esse posicionamento não é unânime. Luiz Orione Neto entende, em lições anteriores à Lei 11.187/2005, que, "quando a sentença for proferida em audiência e a parte não tiver interposto agravo retido oral contra decisão interlocutória nela proferida, deverá agravar contra esta e apelar contra a sentença ali proferida, nos prazos dos respectivos recursos, dez e quinze dias; posicionamento esse que decorre do próprio sistema do Código de Processo Civil". *Recursos cíveis*. Cit. p. 336.

[24] A rigor, nas hipóteses de recebimento da apelação em ambos os efeitos ou apenas no devolutivo nem sempre conduzem à necessidade de um pronunciamento emergencial. Há o incabimento *objetivo* do agravo retido por inadmissibilidade procedimental, considerando inexistir momento posteior para sua confirmação.

CPC, permitindo que a efetivação das decisões judiciais possa ocorrer sem a necessidade de ação de execução autônoma.[25].

Aliás, necessário destacar que a tendência de quebra da autonomia da execução já vem ocorrendo em relação às sentenças que contém obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa. Essa quebra tem como objeto aprimorar a tutela do direito, sem a necessidade de nova provocação judicial para viabilizar a efetivação da tutela jurisdicional.

Destarte, com a alteração proveniente da Lei 10.444/02, as sentenças envolvendo tutelas específicas em regra são efetivadas sem a necessidade de execução forçada[26], mediante técnicas mandamental ou executiva[27], restando a execução judicial tão somente para os títulos executivos extrajudiciais, consoante a redação dos arts. 461, 461A, 621, 632 e 644[28], todos do CPC.

---

[25]Alexandre Freitas Câmara chega a afirmar que a "tutela jurisdicional condenatório-executiva permanece sendo, muitas vezes, o grande 'vilão'a prejudicar a plena efetividade do processo, vez que a demora do processo de conhecimento de procedimento ordinário, somado às mazelas do processo executivo, á capaz de provocar situações em que o direito material (ou o próprio processo) seja alvo de um dano grave, de difícil ou impossível reparação". *Novas observações sobre a efetividade do processo*. In *Escritos de Direito Processual*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 43. A preocupação quanto à autonomia do processo de execução quando advém do processo de conhecimento também foi bem enfrentada por Athos Gusmão Carneiro, em trabalho publicado em 2001, quando observou que: "após o longo contraditório do processo de conhecimento, ultrapassados todos os percalços, vencidos os sucessivos recursos, sofridos os prejuízos decorrentes da demora (pelo menos o *damno marginale in senso stretto* de que nos fala Italo Andolina), o demandante logra obter ao fim a prestação jurisdicional definitiva, com trânsito em julgado da condenação da parte adversa. Recebe então a parte vitoriosa, de imediato, sem tardança maior, o 'bem da vida' a que tem direito? Triste engano: a sentença condenatória é título executivo, mas não se reveste de preponderante eficácia executiva. Se o vencido não se dispõe a cumprir a sentença, haverá iniciar o processo de execução, efetuar nova citação, sujeitar-se à contrariedade do executado mediante 'embargos', com sentença e a possibilidade de novos e sucessivos recursos". *Sugestões para uma nova sistemática da execução*. Revista de Processo n. 102. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 140.

[26] De acordo com as lições de Luiz Guilherme Marinoni, "o CPC, em seus arts. 461 e 461A, *generalizou a dispensa de ação de execução diante das sentenças relativas a não-fazer, fazer e entrega de coisa*. Em razão dessas disposições, tais sentenças, mesmo que *dependentes da prática de ato pelo réu* (as quais, assim, em princípio poderiam ser condenatórias), embora não autorizem, desde logo, a expedição de mandado de execução, eliminam a *necessidade de propositura da ação de execução*". *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004, p. 121.

[27] Utiliza-se a expressão *mandamental* e *executiva*, para denominar decisões que são efetivadas sem a necessidade de nova provocação judicial, em que pese haver, em doutrina, quem prefira utilizar, em relação a esta última, a denominação *executiva lato sensu* para diferenciar daquelas decisões que necessitam de nova provocação judicial para sua efetivação. Ambas atuam sem a necessidade de nova demanda, como se pode observar, *v.g,* na sentença envolvendo o mandado de segurança ou as ações possessórias, onde a conduta é alcançada sem a presença de uma nova provocação judicial. Aliás, sobre a diferenciação entre essas duas modalidades, em que pese a polêmica que o assunto ainda provoca, entende-se bastante esclarecedora a observação apresentada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "a tutela mandamental, embora atue como a executiva *lato sensu*, por meio de emissão de ordens do juiz, desta se diferencia porque age sobre a vontade da parte e não sobre o seu patrimônio. Assim o exige a situação jurídica substancial porque a natureza da obrigação não recomenda, dentro da idéia de maior efetividade possível, o emprego da tutela condenatória". *O problema da eficácia da sentença*. Revista de Processo n. 112. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p.21.

[28] Com isso, as recentes reformas incentivam o sincretismo processual, permitindo que, diante de única provocação judicial, possam ser praticados atos de conhecimento e execução, permitindo a duração razoável do processo. Aliás, Joel Dias Figueira Júnior, comentando a Lei 10.444/02, chega a afirmar que: "o nosso

Ademais, necessário destacar que está em está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei 3.253/04 que procura implementar maior estímulo à execução sem a autonomia do livro II do CPC, ou da efetivação sem execução, desta feita nos casos envolvendo condenação em quantia[29].

Como se pode perceber, dentro da perspectiva de implementar maior celeridade à prestação jurisdicional, nos casos envolvendo as sentenças específicas, a satisfação deve (em regra) advir da aplicação da sistemática prevista no art. 461 e 461A, com amplo poder ao magistrado na busca da máxima identidade.

Nesses casos, a sentença não encerra a prestação da tutela jurisdicional, configurando apenas o encerramento de um capítulo (talvez o mais simples em termos práticos) que identifica o ônus a ser cumprido, restando o capítulo do *efetivo* cumprimento, inclusive utilizando as medidas de apoio no alcance da tutela específica ou mesmo do resultado prático equivalente. Aliás, no cumprimento há o rompimento das amarras previstas no princípio da adstrição (arts. 128 e 460 do CPC) [30].

---

legislador reformista, ou os doutrinadores, haverão de encorajar-se para conferir às malsinadas *sentenças condenatórias* natureza verdadeiramente *mandamental*, a exemplo do que se verifica no revolucionário art. 17 inserto na nova Lei que instituiu os *Juizados Especiais Federais* (Lei 10.259, de 12/7/01), onde encontramos a *transmudação da condenação (exortação) em mandamentalidade (ordem),* se e quando constatado o inadimplemento espontâneo da sentença diante da recalcitrância do sucumbente". *Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 09.

[29] Já se teve oportunidade de lançar algumas observações sobre o cumprimento da sentença e a nota etapa da reforma processual. Sobre o assunto, ver meu *Cumprimento da sentença e a 3ª etapa da reforma processual – primeiras impressões.* Revista de Processo n. 123. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, pp. 142-158.

[30]Em outra oportunidade, já se observou que: "Destarte, na obtenção da tutela específica ou do resultado equivalente, poderá o juiz utilizar as medidas de apoio do sistema, inclusive fixando a multa, modificando seu valor ou periodicidade, além de dar conteúdo diverso daquele pedido pelo autor, tudo como forma de alcançar a efetividade da tutela jurisdicional sem a necessidade de ação de execução do julgado". ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Efetivação, execução e cumprimento das decisões judiciais – os poderes do juiz diante das novas reformas do CPC.* Revista Dialética de Direito Processual n. 28. São Paulo : Dialética, 2005, p 71. Ainda abordando os arts. 461 e 461 A, Cândido Rangel Dinamarco ensina que: "Esses dispositivos transgridem a tradicional regra da correlação entre o provimento jurisdicional e a demanda (art. 128 e 460), quando mandam que o juiz, diante da resistência do obrigado ao preceito contido na sentença, determine 'providências que assegurem resultado prático equivalente ao do adimplemento'- sem que essas providências hajam sido postuladas na demanda inicial do processo de conhecimento. Transgridem ainda a regra do *exaurimento da competência* porque, embora o juiz esteja em princípio impedido de inovar no processo de conhecimento depois de publicada a sentença de mérito (art. 463), para a efetivação dessas obrigações a lei o autoriza a inovar mediante as providências descritas no *caput* e parágrafos do art. 461 (v. também art. 461 – A); essas providências desencadeiam-se no próprio processo de conhecimento, que para sua realização se reanima apesar de declarado extinto (art. 469, inc. I)". *Nova era do processo civil*. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 19 e 20. Já Luiz Guilherme Marinoni defende que: "está prevista, nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, a possibilidade de o juiz dar conteúdo diverso ao fazer ou ao não fazer pedido, ou melhor, impor outro fazer ou não fazer, desde que capaz de conferir resultado prático equivalente àquele que seria obtido em caso de adimplemento da 'obrigação originária'. Assim, por exemplo, se é requerida a cessação da poluição, e o juiz verifica que basta a instalação de certa tecnologia para que ela seja estacada (um filtro, por exemplo), outro fazer deve ser imposto". *As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva*. Revista Genesis de Direito Processual, vol. 29. Curitiba : Genesis Editora, 2003, p. 559.

O conceito de sentença não consagra necessariamente o encerramento do processo – como quer o art. 162 do CPC (ou do procedimento em primeiro grau), haja vista que a causa poderá seguir para o capítulo seguinte – o da efetivação - com maiores poderes ao juiz visando alcançar a solução para o caso concreto.

Portanto, nas hipóteses de sentenças cujo cumprimento ocorre sem necessidade de nova provocação judicial, o agravo posterior à sentença, quando não diz respeito aos efeitos ou a inadmissão da apelação, será na modalidade retida ou por instrumento?

A resposta de início pode caminhar para a primeira sugestão, fazendo simples leitura do art. 522, inclusive levando em conta que a *ratio legis* é esvaziar a utilização do agravo por instrumento em face de decisão interlocutória de primeiro grau. Contudo, nos casos de *risco de dano à parte*, mesmo sendo a decisão proferida após a sentença, mister admitir ainda o cabimento do agravo na modalidade instrumental, inclusive com pedido de efeito suspensivo previsto no art. 558 do CPC.

Realmente, nos casos de sentenças efetivadas sob as técnicas *mandamental* ou *executiva*[31], as ordens de cumprimento estão sujeitas ao agravo por instrumento, desde que comprovado o enquadramento na previsão contida no caput do art. 522 (*lesão grave e de difícil reparação)*. Nas ordens de cumprimento provenientes de ação de despejo, de reintegração de posse, de mandado de segurança, de obrigação de fazer ou não fazer, de entrega de coisa, etc, não haverá interesse recursal no manejo de agravo retido, considerando a provável necessidade de tutela emergencial visando evitar o dano a ser suportado pelo agravante[32].

---

[31] Não é objetivo do presente trabalho enfrentar a classificação das sentenças, nem a existência ou não de autonomia em relação a mandamental e executiva. Utiliza-se a expressão *técnica de cumprimento* apenas para demonstrar que a efetivação do *decisum* é realizada sem necessidade de nova provocação judicial. Sobre a classificação das sentenças, sem cansar o leitor com indicação bibliográfica longa, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. Temas de Direito Processual . 4ª série. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 175-183 e *Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças*. Temas de Direito Processual, 8ª série, São Paulo : Saraiva, 2004, p. 125-142. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações.* 1ª edição. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas – SP : Bookseller, 1998, p. 131-159. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O problema da eficácia da sentença*. Revista de Processo n. 112. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p.9-22 e SATTA, Salvatore. *Teoria e pratica del processo (saggi di diritto processuale)*. Roma : Soc. Ed. Del foro italiano, 1940, p. 321-330.

[32]Pedro Luiz Pozza, analisando o agravo após a prolação da sentença, também apresenta conclusão no sentido de que deve ser interposto na modalidade instrumental, aduzindo que: "ressalvou o legislador a hipótese de decisão, proferida tanto na audiência, como posteriormente à sentença, que possa causar dano de difícil e de incerta reparação. Assim, por exemplo, quando o juiz, ao final da audiência, antes de determinar que os autos seja conclusos para sentença, conceder, parcial ou totalmente, a antecipação da tutela. Ou quando o magistrado, após a sentença, deferir requerimento do autor no sentido da expedição imediata do mandado de reintegração na posse, antes do trânsito em julgado da sentença, ainda que o apelo do réu tenha sido recebido no duplo efeito. Nessa hipótese, nenhuma eficácia terá o agravo retido, pois ele levará meses para ser conhecido pelo Tribunal, quando apreciar o(s) apelo (s) interposto (s). Por isso, justifica-se o agravo de instrumento, a fim de que a questão seja apreciada pelo juízo *ad quem* de imediato". *As novas regras dos recursos no processo civil e outras alterações: Leis nºs 10.352 e 10.358 de 2001, e 10.444, de 2002*. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 35-36.

Portanto, nas situações emergenciais envolvendo pronunciamentos judiciais proferidos após a sentença, o agravo deverá ser por instrumento, inclusive requerendo o interessado a tutela de urgência (efeito suspensivo ao apelo – ex vi art. 527, III, c/c 558 do CPC).

D- A obrigatoriedade do agravo retido e o prestígio ao trabalho do magistrado de primeiro grau – o risco da sentença sob condição

Não resta dúvida que, com a implementação da regra do agravo na modalidade retida nos autos, há claro prestígio ao trabalho do magistrado de primeiro grau, considerando que os seus pronunciamentos judiciais interlocutórios apenas serão analisados quando do julgamento do eventual recurso de apelação interposto em face da sentença. Contudo, se de um lado procura a reforma[33] prestigiar os princípios da celeridade, oralidade e diminuir o número de agravos de instrumento nos Tribunais Estaduais e Regionais Federais, de outro poderá aumentar as hipóteses das chamadas *sentenças sob condição resolutiva*.

Destarte, imagine hipótese de interposição de agravo retido discutindo o cerceamento do direito de defesa em virtude do indeferimento de uma prova e, considerando a procedência do pedido requerido pela parte adversa, houver a interposição de apelação e a ratificação do agravo. *In casu*, é claro que há prejudicialidade entre os recursos, sendo primeiramente apreciado o agravo retido e, em seguida e dependendo do resultado daquele, é apreciado o recurso de apelação[34]. Se houver o provimento do agravo retido, o resultado poderá atingir os atos decisórios posteriores, inclusive a sentença impugnada pela apelação, *ex vi* art. 248 do CPC.

Referida hipótese, de extrema relevância prática, poderá ensejar discussões envolvendo a demora no encerramento da litispendência. A consequência, em primeira análise, é que a sentença será atingida pelo provimento do agravo, porque estava sujeita ao desprovimento de ambos os recursos. 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

---

[33] O que também ratifica as diretrizes também previstas pela Lei 10.352/01.

[34] Essa prejudicialidade ocorre nos casos de julgamento simultâneo da apelação e do agravo (retido ou mesmo por instrumento) pendente de apreciação colegiada. Aliás, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, inclusive indicando outros precedentes daquele próprio tribunal, do STF e do extinto TFR: "Processual civil. Mandado de segurança. Decisão indeferitória.de pedido de intervenção como assistente. Apresentação de agravo de instrumento. "Writ" concedido. "Interposição" de apelação. Ordem do julgamento: agravo e depois, se for o caso,a apelação, e não o contrário. Provimento do agravo de instrumento: insubsistência dos atos processuais posteriores incompatíveis com o resultado do julgamento do agravo. Precedentes do STF, do STJ e do extinto TFR. Recurso provido. I - Havendo num mesmo processo recursos de apelação e de agravo de instrumento, este "deve" ser julgado antes daquele. Precedentes do STJ: Resp 49652/RJ, Resp 17030/Pe e Resp 43.784/MT. II - Por força do efeito devolutivo, o provimento do agravo de instrumento torna insubsistentes todos os atos processuais (inclusive a sentença proferida durante o processamento do agravo) incompatíveis com o resultado do julgamento deste recurso. Precedentes do STF: RE 89.980/SP, RE 94.344/BA. Precedente do extinto TRF: Ac 125.835/RJ. III - Recurso especial conhecido e provido". (REsp. 29035/ PR – Rel. Min. ADHEMAR MACIEL – 2ª Turma – J. em 12/12/1996 – DJ de 24.02.1997 p. 3310 - REVPRO vol. 87 p. 287 - RSTJ vol. 95 p. 142).

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 monocrático que teve contato com a prova inadmissível em nosso sistema processual"[35].

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 (CPC 497 e 527, III *a contrario sensu*), 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"[36].

Logo, percebe-se que a lei 11.187/05, ao estabelecer *como regra a interposição de agravo na modalidade retida nos autos,* de um lado caminha no sentido de buscar maior celeridade à prestação jurisdicional, mas de outro coloca em risco essa mesma celeridade caso o recurso prejudicial seja provido.

Portanto, apesar da tentativa de se alcançar a celeridade processual evitando-se a interposição do agravo por instrumento contra decisão interlocutória – *recurso que, em tese, poderia até ser apreciado antes mesmo da prolatação da sentença, evitando-se o condicionante*- o retido poderá ensejar situações de desatendimento do princípio, considerando que a causa poderá retornar à instância originária para novo processamento, a partir do momento do ato impugnado pelo agravo retido.

Ademais, muitos agravos retidos sequer são apreciados, considerando o não cumprimento do ônus de reiteração. Realmente, como por vezes agravante acaba sendo o vencedor da causa, não o reiterando na ocasião das razões ou contra-razões de apelação, acaba sendo bem recebida a alteração processual que procura estimulá-lo, em detrimento do agravo por instrumento, cuja subida imediata acaba por congestionar as pautas dos tribunais estaduais e regionais federais.

Contudo, de maneira geral vale a pena correr o risco, haja vista que as situações em que as hipóteses de *cassação da sentença e dos atos decisórios por força do provimento do agravo retido* por certo são bem menores do que o número de agravos por instrumento que se procura evitar, inclusive permitindo o desafogamento das pautas de julgamento dos tribunais ordinários.

<u>E) Maior prestígio aos poderes do relator – o incabimento do agravo interno de suas decisões monocráticas</u>

---

[35] *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.
[36] *Teoria geral dos recursos.* . 6ª edição. Cit. p. 434.

A alteração ocorrida no art. 527, parágrafo único, também caminha no sentido de manter como regra o agravo retido nos autos, evitando o costumeiro uso do agravo interno em face das decisões monocráticas proferidas pelos relatores no agravo de instrumento (especialmente no que respeita aos poderes previstos nos incisos II e III).

Realmente, procura o legislador especificar as hipóteses em que não será convertido o agravo de instrumento em retido, acrescentando em relação à redação advinda da Lei 10.352/01 aquelas envolvendo a inadmissão da apelação e os efeitos em que é recebida.

Sem dúvida que a intenção do legislador é atribuir poderes aos relatores dos agravos de instrumento para determinar o processamento como retido nas hipóteses sem conseqüências processuais imediatas, diminuindo o número de agravos por instrumento processados imediatamente perante os tribunais.

Contudo, o que se observou diante desse poder do relator – advindo inicialmente em decorrência da alteração consagrada pela lei 10.352/01 – foi a sua pouca utilização, o que corrobora com a afirmação de que a redação anteriormente em vigor praticamente significava uma *letra morta* no sistema. As principais razões para a pouca utilização da conversão podem ser assim elencadas: a) a redação do art. 527, II, consagrava a expressão *poderá* e não *deverá*, o que culminava com a possibilidade de interpretação de que se tratava de mera faculdade do relator; b) a possibilidade de novo recurso em face da determinação da conversão, o que não traduzia qualquer diminuição de trabalho ao relator do agravo de instrumento.

Na verdade, a previsão do agravo interno em face da decisão do relator que determinava a conversão significava verdadeiro contra senso, acabando por ocasionar duplicação ou triplicação do trabalho por este exercido. Ademais, o *poderá* previsto na redação anterior do inciso II, acabava por gerar a interpretação de que se tratava de faculdade e, quando não exercida (até por força da previsão do agravo interno) acabava por manter a quantidade exacerbada de agravos de instrumento nos tribunais ordinários, sem qualquer circunstância que ensejasse o processamento imediato.

Logo, a reforma implementada anteriormente pela Lei 10.352/01 dependia muito mais de uma consciência geral do que propriamente do poder do relator, considerando que a conversão estava sujeita a interposição de agravo interno que culminava com o aumento de seu trabalho. Esse aspecto foi objeto de alteração legislativa, passando o inciso II do art. 527 a conter a expressão *converterá*, decisão esta não sujeita a irresignação recursal.

Na prática forense permanece a discussão se, caso a decisão recorrida verse sobre matéria de ordem pública, há interesse recursal para o manejo de agravo retido, considerando que apenas será remetida ao tribunal quando (e se) interposta a apelação. *In casu*, tratando-se de matéria de ordem pública, não atende aos reclamos do interesse recursal o manejo de agravo na forma retida nos autos, tendo em vista que: a) inexiste preclusão, razão pela qual poderá ser reapreciada a questão pelo magistrado de piso ou mesmo pelo tribunal na apelação, independentemente de requerimento expresso; b) a única forma de permitir que a matéria ligada a pressuposto processual (ex. coisa julgada) ou condição da ação (ex. legitimidade *ad causam*) seja logo apreciada pelo tribunal é através do agravo por

instrumento, ocasião inclusive em que poderá ser aplicado o efeito translativo, com a conseqüente extinção do processo, *ex vi* art. 267, V ou VI, do CPC); c) trata-se de hipótese de hipótese de incabimento de conversão, em que pese inexistir a necessidade de tutela de urgência no agravo. Logo, configura-se exceção ao art. 527, II, do CPC[37].

Nesse aspecto, é fácil concluir que a intenção da alteração advinda da Lei 11.187/2005 ao fazer constar no inciso II a expressão *converterá* não se aplica às hipóteses de impugnação de matéria de ordem pública onde, em que pese em princípio inexistir a necessidade de tutela emergencial em sede recursal, é absolutamente incabível – pela falta de interesse recursal – o agravo retido nos autos.

Aliás, em ensaio anterior, quando analisada especificamente a previsão de conversão advinda da Lei 10.352/01, já se teve oportunidade de afirmar que: "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"[38].

Há luz no fim do túnel, considerando que a lei 11.187/05 excluiu o cabimento do agravo interno contra a decisão que determina a conversão. Trata-se, portanto, de decisão irrecorrível.

Tal previsão é assaz relevante e importante, haja vista que, de um lado atribui maior prestígio ao poder do relator no momento em que determina a conversão, e de outro estimula a manutenção da regra estabelecida pelo sistema processual de utilização do agravo na modalidade retida nos autos.

---

[37] Antônio de Pádua Notariano Júnior assim se manifesta acerca da polêmica envolvendo a existência de interesse recursal na interposição de agravo retido para discutir matéria de ordem pública: "o fato de as matérias de ordem pública não precluirem e o agravo retido ter por finalidade impedir a preclusão da faculdade de impugnar a decisão judicial retira do recorrente o interesse em recorrer retidamente e, da mesma forma, impossibilita o relator de aplicar o disposto no inciso II do art. 572 do CPC". A conversibilidade do agravo de instrumento e as matérias de ordem pública. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). Vol. 8. São Paulo : RT, 2005, p. 32. Já Flávio Cheim Jorge entende que: "é manifestamente carecedor de interesse recursal o recorrente que interpõe agravo retido contra decisão que aprecia uma das condições da ação ou um dos pressupostos processuais. Essas matérias podem ser conhecidas em qualquer tempo ou grau de jurisdição, mesmo que já tenham sido antes decididas (art. 267, §3º, do CPC). CHEIM JORGE, Flávio, DIDIER JR, Fredie e ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *A nova reforma processual*. 2ª edição. São Paulo : Saraiva, 2003.p. 163.

[38] ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Novas diretrizes do agravo retido após as reformas processuais*. Revista Forense vol. 374. agosto/2004. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 181.

Ademais, com a expressão *converterá* prevista para o inciso II do art. 527, deixa também de ter sentido a interpretação de que a conversão se trata de faculdade[39]. Na verdade, a determinação de conversão passa a ser *dever* do relator, inclusive como forma de viabilizar a manutenção da regra estabelecida pelo art. 523 do CPC.

De outra banda, merece registro a interpretação de que, se de um lado as alterações advindas da Lei 11.187/2005 consagram a exclusão do agravo interno contra a decisão que determina a conversão, de outro o incentiva a utilização do chamado *pedido de reconsideração*.

Com efeito, a expressão *salvo se o próprio relator a reconsiderar*, prevista no novo parágrafo único do art. 527, torna lícita a utilização do pedido de reconsideração que, mesmo não tendo natureza recursal, poderá provocar a reapreciação da decisão pelo relator. A novidade é que, não havendo essa retratação, prevalece a decisão de conversão, sem a possibilidade de manejo de medida recursal.

Da mesma forma, nas hipóteses em que o relator defere ou indefere qualquer *tutela de urgência* no agravo de instrumento, o tratamento a ser dispensado é o mesmo, a saber: a) incabimento de agravo interno; b) possibilidade de retratação. No que respeita à exclusão do agravo interno contra tal decisão, a nova sistemática apenas consagra o que já vem sendo reconhecido por alguns tribunais nacionais; sendo certo que tal redação poderá resgatar a utilização do mandado de segurança (art. 5º, II, da Lei 1.533/51).

Realmente, apenas com o passar do tempo e com o aprimoramento da interpretação dessas reformas para o agravo poder-se-á concluir se será ou não resgatada a prática da impetração de mandado de segurança em face das decisões monocráticas dos relatores que apreciam tutelas de urgência no agravo de instrumento, considerando o incabimento de qualquer recurso contra o referido pronunciamento monocrático.

Não se deve esquecer que no âmbito do agravo por instrumento as reformas ocorridas anteriormente acabaram por esvaziar o manejo do mandado de segurança visando emprestar-lhe efeito suspensivo (art. 558, do CPC). Contudo, considerando que a Lei 11.187/2005 retira a previsão de recurso contra a decisão proferida pelo relator ao determinar a conversão ou mesmo ao apreciar o requerimento de tutela emergencial, por certo ensejará novas discussões acerca do cabimento de *mandamus* para cassá-la.

Visando finalizar essas pequenas observações sobre a lei que alterou o agravo, vale ressaltar que ainda permanece o cabimento do agravo para a respectiva turma na hipótese prevista no art. 527, I – negativa de seguimento liminar, nas situações enquadradas elencadas no art. 527 do CPC.

---

[39] Apenas não será convertido nas hipóteses de incabimento do agravo retido, por falta de interesse recursal, e naquelas ligadas às situações emergenciais delimitadas no *caput* do art. 522, com a redação dada pela Lei 11.187/2005.