

Recurso de agravo: generalização de sua interposição sob a modalidade retida.

Nelson Rodrigues Netto

Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Pesquisador e Professor de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU. Advogado e consultor jurídico.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Agravo retido ou por Instrumento: uma escolha do recorrente? 3 – O Agravo de Instrumento e a Tutela Antecipada criada pela Lei nº 8.952, de 13.1.1994. 4 – A reformulação do Agravo de Instrumento (Lei nº 9.139, de 30.11.1995). 5 – A generalização da obrigatoriedade do Agravo Retido criada pela Lei nº 11.187, de 19.10.2005. 5.1 – Art. 522, *caput* – *interesse recursal qualificado* para o Agravo sob a forma de instrumento. 5.2 - Art. 523, §3º - decisões proferidas em audiência. 5.3 - Art. 527, II – conversão do Agravo de Instrumento em Agravo Retido. 5.4 – Art. 527, V - diferença entre cópias de peças e documentos. 5.5 - Art. 527, VI – oitiva do membro do Ministério Público. 5.6 – Art. 527, p. único – irrecorribilidade das decisões monocráticas do Relator. 6 – *Vacatio legis* e Direito Intertemporal.

1 - Introdução

O Agravo é o recurso que sofreu as mais importantes modificações desde o início de vigência do Código de Processo Civil de 1973.

É correto afirmar que, antes mesmo do término da *vacatio legis* da Lei nº 5.869, de 11.01.1973, que instituiu o CPC, todos os artigos relativos ao Agravo, com exceção do art. 528, sofreram alterações em suas redações pela Lei nº 5.925, de 01.10.1973.

Originariamente, o art. 496, II, do CPC, previa como espécie de recurso o *Agravo de Instrumento*. Do mesmo modo, a rubrica do Capítulo III, do Título X, do CPC, consignava o nome de *Agravo de Instrumento*. No mesmo sentido, o artigo introdutório do capítulo, art. 522, disciplinando o cabimento do recurso, afirmava que, exceção feita ao disposto nos arts. 504 e 513, das decisões no processo caberia o recurso de *agravo de instrumento*.

A correção do texto do art. 496, II, somente veio a ocorrer com a Lei nº 8.950, de 13.12.1994, alterando a denominação do recurso para “agravo”. Posteriormente, a Lei nº 9.139, de 30.11.95, modificou a redação do título do Capítulo III e do art. 522, do CPC, adotando em lugar da locução “agravo de instrumento”, simplesmente o termo “agravo”.

A suposta existência de apenas uma espécie recursal deveria ter sido acompanhada de um *nomen iuris* despido de adjetivo, tratando-o apenas por recurso de “agravo”. Entretanto, da redação final do texto do CPC, verificou-se a manutenção de recurso assemelhado ao antigo agravo no auto do processo, o recurso de agravo interposto sob a forma retida.^{1 2 3}

Assim, desde o início da vigência do CPC, havia e ainda há, uma única espécie de recurso cabível contra decisões interlocutórias: o Agravo. Este pode ser interposto, principalmente, sob duas modalidades: por instrumento e sob forma retida.

¹ Cf. José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 3, 2ª parte, p. 154; José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, p. 483; Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 3º v., 2003, p. 130.

² O CPC de 1939, previa em seu art. 841, três espécies de agravo: de instrumento, de petição, e no auto do processo (semelhante ao atual agravo retido). O agravo de petição era cabível de sentenças terminativas (art. 846), de forma que foi encampado pelo recurso de apelação (art. 513, do CPC/73).

³ A inserção do agravo retido deveu-se à emenda ao projeto de lei do CPC, sob inspiração de Egas Moniz de Aragão, conforme leciona Vicente Greco Filho. *Direito processual civil brasileiro*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 2º v., p. 311.

A nova Lei nº 11.187, de 19.10.2005, vem alterar o atual quadro de certa discricionariedade de que dispõe o recorrente para escolher entre as modalidades de interposição do agravo.

É importante ainda destacar, que existe no CPC, uma terceira modalidade de interposição do recurso em apreço denominada de *agravo interno*.⁴

O agravo interno tem regime jurídico distinto e sua finalidade precípua é a de propiciar a revisão pelo órgão fracionário colegiado da decisão monocrática proferida pelo relator, seja de admissibilidade recursal ou mérito de mérito.⁵

2 – Agravo retido ou por Instrumento: uma escolha do recorrente?

O recurso de agravo tem demonstrado o famoso efeito pendular, de marchas e contra-marchas, inerente às ciências e especialmente em relação à ciência do Direito.

Afastando-se do regime jurídico do CPC/39, que separava a diversidade de conteúdo das decisões interlocutórias para fins de cabimento do agravo sob a forma de instrumento ou no auto do processo, o CPC/73 não fez qualquer distinção para o uso do agravo de instrumento ou agravo retido.⁶

De tal sorte, em linha de princípio, das decisões interlocutórias caberia recurso de agravo, cuja modalidade de interposição ficaria ao alvedrio do recorrente.

Entretanto, é importante identificar que o objetivo principal da interposição do recurso de agravo, sob a forma retida, é a de evitar a preclusão da decisão interlocutória.⁷

⁴ Originalmente, o art. 557, p. único, previa que da decisão (a lei falava em despacho) de indeferimento [do agravo por ser manifestamente improcedente, dizia o caput do preceptivo legal] caberá recurso ao órgão a que competiria julgar o agravo.

⁵ Cf. Nelson Rodrigues Netto, *Recursos no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 102.

⁶ O art. 842, estabelecia as hipóteses, além de outras previstas em lei, para o agravo de instrumento, enquanto que o art. 851, tratava dos casos de agravo no auto do processo.

⁷ Cf. Pedro Batista Martins, *Recursos e processos de competência originária dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 310.

Há um *interesse diferido* na revisão da questão resolvida no curso do processo, cuja persistência será avaliada pelo recorrente, quando da solução da lide com a prolação da sentença.

Cabe esclarecer que o interesse diferido, a que aludimos, significa que o recorrente deverá rever se o interesse recursal remanesce após a sentença. Ao agravante incumbe expressar que o interesse recursal ainda se faz presente, devendo reiterá-lo em razões ou contra-razões de apelação. A omissão na reiteração do interesse na apreciação do agravo retido, importa em desistência tácita do recurso e não em sua renúncia.

Haverá dispensa da reiteração, devendo esta se reputar presumida, nas hipóteses de agravo posterior à sentença e posterior ao recurso de apelação, ainda que os autos encontrem-se pendentes em 1º grau de jurisdição. Ainda, nos casos em que os autos devam ser remetidos ao Tribunal em virtude de reexame necessário previsto no art. 475, ou em norma análoga, por força do efeito translativo desta condição de eficácia da sentença.

O interesse recursal deve estar presente, desde o momento da interposição de qualquer recurso, até o momento de seu julgamento.

A falta de interesse superveniente, que no jargão da lei torna o recurso *prejudicado*, é derivada de elemento externo à vontade de recorrer. Portanto, não se confunde com o que retratamos como interesse recursal diferido no agravo retido. O recurso torna-se prejudicado por motivo objetivo, derivado da sistemática recursal, independentemente da vontade do recorrente, *v.g.*, inadmissão ou improvimento de recurso especial tornando prejudicado o recurso extraordinário interposto conjuntamente, quando a decisão recorrida estiver fundada em duplo fundamento suficiente, constitucional e infraconstitucional.⁸

No caso do agravo retido, por razões de lógica, ou, o próprio agravante interpõe apelação e reitera o pedido de conhecimento do agravo, ou, o faz em sua resposta à apelação interposta pela parte contrária. Sendo vencida a parte contrária, a ausência de apelação importará em trânsito em julgado da sentença. Este fato conduz forçosamente

⁸ Sobre a possível relação de prejudicialidade entre o recurso extraordinário e o recurso especial, Nelson Rodrigues Netto, *Interposição conjunta de recurso extraordinário e de recurso especial*. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 113/126

à conclusão de que a decisão foi favorável ao agravante, de modo que não remanesce interesse em ver seu recurso conhecido.

Contrapondo-se a esta perspectiva, o agravo, sob a forma de instrumento, propicia a revisão imediata da questão incidental, revelando o *interesse imediato* do recorrente em seu reexame.

Sempre predominou o entendimento de que o recorrente tinha liberdade na escolha entre o agravo de instrumento e o agravo retido.⁹

Entendemos, contudo, que a questão deve ser analisada sob a ótica do *interesse recursal*, requisito genérico e intrínseco de admissibilidade dos recursos.¹⁰

Com base neste elemento, lecionava Arruda Alvim, desde então, não haver uma “indiferença legal” absoluta na opção da forma de interposição do agravo.

Conquanto não haja preclusão para a decisão relativa a questões de ordem pública (art. 267, §3º, c.c. art. 301, §4º, do CPC), ainda assim, asseverava o ilustre professor, haveria interesse recursal para a imediata revisão da decisão que não as houvesse decretado.

O fulcro da justificativa estava assentada no fato de que o agravo, interposto por instrumento, precipitaria no tempo a reapreciação da questão. Com isto, evitaria-se um desnecessário prolongamento do processo, até que o Tribunal pudesse vir a reapreciar a questão de ordem pública, por força da apelação tirada contra a sentença.¹¹

Atualmente, há hipóteses em que, a despeito da inexistência de qualquer restrição legal, a interposição do agravo retido implica na ausência de interesse recursal.

Tome-se por exemplo, a decisão que indefere o pedido de antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

⁹ Nesta linha, pontificava, José Frederico Marques: “A retenção do agravo depende exclusivamente do que pedir o agravante”, ob. cit., p. 154.

¹⁰ Cf. Nelson Rodrigues Netto, *Recursos no processo civil*, p. 102.

¹¹ Cf. *Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro*, in, *Estudos e pareceres (Direito processual civil – 3)*. São Paulo: RT, 1995, p. 314. Segue na mesma esteira, Antônio de Pádua Notariano Júnior, *A conversibilidade do agravo de instrumento e as matérias de ordem pública*, in, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais* (coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: RT, 2005, *passim*.

Se o demandante pretender a reapreciação do pronunciamento judicial, somente terá interesse recursal se o fizer por meio de agravo de instrumento, caso contrário, a revisão da decisão denegatória somente poderá ser apreciada com a apelação e, se esta espécie de recurso for utilizada e admitida.

A apelação terá como objeto o pedido formulado na demanda, cuja antecipação de efeitos houvera sido indeferida e, agora, será reapreciado pelo Tribunal em uma única oportunidade.

A interposição do agravo sob a forma retida não pode trazer qualquer utilidade ao recorrente, na forma em que o problema é proposto. O recurso não se apresenta útil ao recorrente, não se lhe possibilita posição de vantagem em seu provimento, de modo que o agravante é carecedor de interesse recursal.

Várias outras hipóteses podem ser apontadas, todas embasadas no mesmo fundamento, da ausência de interesse recursal do agravante.

Assim, a decisão que: julga a impugnação ao valor da causa, aprecia incompetência relativa, indefere liminarmente a reconvenção¹², rejeita liminarmente ação declaratória incidental; destitui inventariante; defere ou indefere a conexão de ações; indefere intervenção de terceiros; não acolhe requerimento para declaração de vício concernente a qualquer matéria de ordem pública, indefere liminar cautelar e etc.

Peculiares, ainda, são as decisões interlocutórias proferidas no processo de execução, as quais devem ser atacadas por agravo de instrumento, uma vez que a extinção do procedimento, em 1º grau de jurisdição, se faz por sentença declaratória (art. 795, do CPC), normalmente, embasada em umas das hipóteses da lei (art. 794, I a III, do CPC), sendo raramente objeto de recurso de apelação.¹³

Apesar do novo diploma legal ser omissivo, o agravo contra o juízo negativo provisório de admissibilidade do recurso extraordinário e ou do recurso especial,

¹² Conclusão nº 58 aprovada por unanimidade no VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, realizado em Belo Horizonte em junho de 1983 (RT 580/297).

¹³ Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 167; Athos Gusmão Carneiro, *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 152/3; e, Fabiano Carvalho, *A conversão do agravo de instrumento em agravo retido na reforma do Código de Processo Civil*. Repr nº 111, São Paulo: RT, 2003, p. 117. Sérgio Bermudes diz ser cabível agravo retido, “embora pouco prático”, *A reforma do Código de Processo Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 85.

somente pode ser manejado sob a modalidade de instrumento, sob pena de o agravante carecer de interesse recursal.

Com efeito, este é o meio hábil para permitir a reapreciação dos requisitos de admissibilidade dos referidos recursos pelos órgãos fracionários colegiados do STF e ou do STJ, competentes para o julgamento do mérito recursal, consoante estipula o art. 544, do CPC. A negativa de seguimento dos agravos de instrumentos pelo juízo *a quo*, em tais casos, importa em usurpação de competência do STF e ou do STJ, a ser atacada por meio do remédio constitucional da reclamação.¹⁴

A interposição retida de recursos não é novidade do sistema, tendo a Lei nº 9.756, de 17.12.1998, ao inserir o §3º, no art. 542, do CPC, criado hipóteses em que o recurso extraordinário ou o recurso especial somente podem ser interpostos sob a forma retida.

Trata-se da interposição de recursos extraordinário ou especial contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução.

Nestas situações, revela-se que o interesse recursal é diferido, devendo o recorrente reiterar seu interesse em que o recurso seja conhecido, quando da oposição (ou na resposta oferecida) do recurso extraordinário ou do recurso especial contra a decisão final da causa.

Em suma, desde que verificada a presença do interesse recursal, incumbe ao recorrente decidir sobre qual a modalidade de interposição do recurso de agravo pretende se utilizar.

A interposição de agravo retido, quando a situação exige a modalidade de instrumento, implica em juízo negativo de admissibilidade por falta de interesse recursal. Não há qualquer norma ou princípio que autorize o juízo mandar proceder à conversão de uma forma de interposição na outra.

Em acréscimo, entendemos que não é lícito à parte variar de modalidade de interposição, mesmo que ainda não tenha atingido o termo final do prazo de 10 dias. Isto, tanto em virtude da peculiaridade dos procedimentos de cada modalidade de

¹⁴ Cf. Nelson Rodrigues Netto, *Recursos no processo civil*, pp. 163/7.

interposição do recurso de agravo, quanto por força do princípio da preclusão consumativa.¹⁵

Pela preclusão consumativa dos recursos, não é dado ao recorrente, mesmo em relação ao mesmo recurso e dentro do prazo recursal, alterar-lhe qualquer aspecto, seja para realizar o preparo; adicionar, subtrair ou alterar razões; corrigir aspectos de sua regularidade formal e etc.¹⁶

3 – O Agravo de Instrumento e a Tutela Antecipada criada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994

Limitado aos aspectos que apontamos no item anterior, o tema da diversidade de modos de interposição do agravo, não suscitava maior atenção da doutrina ou na jurisprudência.

Desde que verificada a presença do interesse recursal, incumbe ao recorrente decidir sobre a modalidade de interposição do agravo que pretende se utilizar.

Nada obstante a liberdade de escolha, na forma de manejo do agravo, esta sempre foi criticada por Barbosa Moreira, que propugnava pela adoção de hipóteses em que o agravo deveria ser obrigatoriamente retido.¹⁷

É importante lembrar que, por mais de 20 anos, o agravo, sob a forma de instrumento, era interposto em 1º grau de jurisdição, com formação paulatina e morosa, sendo que a extração, a conferência e o concerto do traslado, eram de responsabilidade do escrivão (original art. 525, do CPC).

Além disso, sob o manto do princípio fundamental da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, o recurso de agravo, mesmo se interposto

¹⁵ Semelhantemente, Teresa Arruda Alvim Wambier. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2000, pp. 327/8; Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil comentado*. 7ª Ed. São Paulo, 2003, nota 11 ao art. 522, p. 899; Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma do Código de Processo Civil brasileiro*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 185.

¹⁶ Sobre o princípio da preclusão consumativa nos recursos, Nelson Rodrigues Netto, *Recursos no processo civil*, pp. 41/3.

¹⁷ Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. V, p. 483.

mediante instrumento, era (e ainda o é) recebido somente no efeito devolutivo (art. 497, do CPC).

A suspensão da eficácia da decisão interlocutória somente poderia ser obtida, mediante requerimento do agravante, acolhido pelo relator (ou pelo juiz, enquanto os autos do recurso estivessem em 1º grau de jurisdição).

O requerimento de suspensão deveria estar fundamentado em hipóteses de prisão do depositário infiel, ou, de adjudicação, remição de bens ou levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea (original art. 558 e p. único, do CPC).

Daí a difusão do uso de ações autônomas impugnativas, principalmente, o mandado de segurança, para obter efeito suspensivo ao agravo de instrumento, visando evitar que a execução da decisão pudesse gerar dano de difícil ou impossível reparação.¹⁸

Não bastasse a ausência de plena efetividade que acoimava o agravo de instrumento, o processo civil brasileiro alterou-se, profundamente, com a promulgação da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994.

Surgia o instituto da antecipação dos efeitos da tutela pretendida, universalizando as decisões *in limine litis*, relativas ao pedido deduzido, as quais eram, anteriormente, somente passíveis de concessão em procedimentos especiais do CPC, ou, de legislação extravagante, como previsto na lei do mandado de segurança.¹⁹

¹⁸ Apesar de seu emprego freqüente, recepcionado pelos pretórios, a melhor doutrina criticava o uso do mandado de segurança, sob diversos aspectos: desde a falta de possibilidade jurídica do pedido, pois não havia direito líquido e certo contra o ato judicial atacado, já que a lei não concedia efeito suspensivo fora das hipóteses taxativamente arroladas, ou, a falta de objeto porque o *mandamus* não se voltava nem contra o ato guerreado, nem tampouco contra qualquer ato do juízo *a quo* (cf. Barbosa Moreira, ob. cit., 11ª Ed., p. 669; Nery-Nery, ob. cit., nota 4 ao art. 558, p. 953). O mandado de segurança somente seria cabível se demonstrado o direito líquido e certo que a decisão recorrida havia violado, *v.g.*, se, num caso concreto, estivesse presente uma das hipóteses da legais de suspensão e, ainda assim, o relator não concedesse o efeito suspensivo. Mais acertadamente, os requisitos que justificam a suspensão da eficácia da decisão recorrida são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* pertinentes à ação cautelar.

¹⁹ A tutela antecipada é regulada, como norma geral, no art. 273, do CPC. No art. 461, §3º, do CPC, está disciplinada a possibilidade de antecipação de tutela específica para as pretensões concernentes a obrigações de fazer e não fazer. Em 2002, a Lei nº 10.444, ao criar o art. 461-A, do CPC, estendeu o regime jurídico previsto no art. 461, §§ 1º a 6º, às ações que tenham por objeto a entrega de coisa (art. 461-A, §3º).

Assim, houve um brutal aumento de decisões interlocutórias, relacionadas à antecipação dos efeitos da tutela pretendida e, por conseguinte, uma enxurrada de recursos contra elas interpostos.

4 – A reformulação do Agravo de Instrumento (Lei nº 9.139, de 30.11.1995)

Visando solucionar os entraves que vinha sofrendo o processo, por causa da multiplicação das decisões interlocutórias, concernentes a requerimentos de tutela antecipada, a Lei nº 9.139/95, alterou todo o capítulo concernente ao recurso de agravo e os arts. 557 e 558, do CPC.²⁰

Mudanças radicais foram introduzidas pela referida lei, produzindo uma ruptura com o procedimento tradicional do sistema recursal brasileiro, destacando-se a possibilidade de interposição do agravo, sob a forma de instrumento, diretamente no Tribunal (art. 524), e, o incremento dos poderes dos relatores.^{21 22}

Os relatores passaram a poder apreciar, em *decisão monocrática*, e em relação a *quaisquer recursos*, a sua admissibilidade e o seu mérito, desde que para negar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estivesse em confronto com súmula do respectivo tribunal ou de Tribunal Superior (art. 557).^{23 24 25}

²⁰ Cândido Rangel Dinamarco, chegou a se manifestar, dizendo que: “como estava não poderia continuar”, *A reforma do Código de Processo Civil brasileiro*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 180.

²¹ Art. 524, *caput*, na redação da Lei nº 9.139/95: “Art. 524 - O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos: (*omissis*)”.

²² Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *ob. ult. cit.*, p. 179 e ss.

²³ Art. 557, na redação da Lei nº 9.139/95: “Art. 557 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior. Parágrafo único - Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Interposto o agravo a que se refere este parágrafo, o relator pedirá dia”.

²⁴ Em sua redação original, o art. 557, do CPC, era aplicável somente ao recurso de agravo e o relator estava somente autorizado a proferir juízo negativo de admissibilidade (cf. Barbosa Moreira, *ob. cit.*, 2ª Ed., pp. 609 e 610).

²⁵ A redação atual e em vigor do art. 557, foi dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1997. Houve novo aumento de poderes aos relatores dos recursos, que ficaram autorizados a *dar* e negar provimento desde que haja conflito com súmula ou *jurisprudência dominante* do próprio tribunal ou de tribunal superior.

Considerando a novidade, de interposição do agravo de instrumento diretamente no Tribunal, a lei determinou a sua distribuição incontinenti ao relator, explicitando a incidência, nesta espécie recursal, do preceito do art. 557, do CPC. Ademais, autorizou o relator a suspender a eficácia da decisão recorrida, com base no art. 558, conforme previsão do art. 527, *caput* e inciso II, do CPC.

No tocante à possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a Lei nº 9.139/95 alterou o regime jurídico de sua disciplina.

Ao rol taxativo de hipóteses de cabimento, foi acrescentada uma *norma de encerramento*, contendo conceito vago ou indeterminado, que autoriza a concessão do efeito suspensivo “em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação sendo relevante a fundamentação” (art. 558, *caput*, do CPC).

Além disso, o procedimento foi adaptado, prevendo-se que o requerimento de efeito suspensivo fosse dirigido apenas ao relator (considerando que o agravo é interposto diretamente no Tribunal). A norma foi, ainda, estendida ao recurso de apelação (art. 558, p. único, do CPC). Todas essas regras se encontram em vigor.

A primeira norma, restringindo a liberdade de escolha do agravante, entre a modalidade retida ou por instrumento, foi o §4º, do art. 523, na redação da Lei nº 9.139/95. Determinou-se que, das decisões posteriores à sentença, o agravo seria interposto sob a forma retida, obrigatoriamente, ficando ressalvado o uso do agravo de instrumento apenas contra a decisão que negasse seguimento à apelação, *in verbis*:

“Art. 523. (*omissis*)

§ 4º - Será sempre retido o agravo das decisões posteriores à sentença, salvo caso de inadmissão da apelação”.

Apesar de seu campo de incidência ser restrito às decisões posteriores à sentença, a norma foi objeto de críticas, haja vista que, a única ressalva feita, não

abarcava todos os casos, em que a situação concreta, pudesse exigir a interposição do agravo por instrumento.²⁶

Em seguida, a Lei nº 9.245, de 27.12.1995, estabeleceu, no procedimento sumário, que as decisões relativas a matéria probatória ou proferidas em audiência, seriam impugnáveis somente por agravo retido (art. 280, III, do CPC). O atual art. 280, alterado pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, não trata mais do tema, o qual está, integralmente, disciplinado no capítulo do recurso de agravo.

Imperioso ressaltar que, se a natureza da decisão interlocutória exigir a interposição do agravo, sob a forma de instrumento, o uso do agravo retido, provoca sua inadmissibilidade por falta de interesse recursal, apesar de não haver norma expressa nesse sentido.

Diferentemente, é o caso de previsão legal expressa, do cabimento do agravo, somente sob a forma retida. Nesta situação, a interposição, sob forma de instrumento, revela a falta de interesse recursal.

O art. 523, §3º, previa ainda, a possibilidade da interposição do agravo retido, sob a forma oral, das decisões interlocutórias proferidas em audiência, como se verifica de sua redação original:

“Art. 523. (*omissis*)

§ 3º - Das decisões interlocutórias proferidas em audiência admitir-se-á interposição oral do agravo retido, a constar do respectivo termo, expostas sucintamente as razões que justifiquem o pedido de nova decisão”.

É importante esclarecer que, o agravo, na situação retratada, tanto podia ser manejado por instrumento, como sob a forma retida. Em acréscimo, havia a *possibilidade*, e não a *obrigatoriedade*, da interposição oral do agravo retido.²⁷

²⁶ Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, ob. cit., p. 169; Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier, *Breves comentários à 2ª fase da reforma do CPC*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2002, p. 156; José Rogério Cruz e Tucci, *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2002, p. 114.

²⁷ Neste sentido, Athos Gusmão Carneiro, ob. cit., p. 173; Nery-Nery, ob. cit., nota 18 ao art. 523, p. 903. Dinamarco, acrescenta que se proferida sentença em audiência, eventuais *errorres* não impugnados por agravo, poderão ser pela apelação, ob. ult. cit., p. 184. Parece-nos na mesma esteira, Humberto Theodoro

Apesar da melhoria do funcionamento do sistema recursal, a experiência demonstrou que o mesmo ainda se mostrava deficiente, o que veio a exigir uma nova reformulação do CPC.²⁸

Aumentaram-se as hipóteses de agravo retido obrigatório, e, conferiu-se ao relator, autorização para converter o agravo de instrumento em agravo retido, respectivamente, consoante os arts. 523, §4º, e, 527, II, na redação da Lei nº 10.352, de 26.12.2001.

Por ser didaticamente mais útil, vamos tratar destas regras, hoje em vigor, confrontando-as com as novidades da Lei nº 11.187, de 19.10.2005, no item seguinte.

5 – A generalização da obrigatoriedade do Agravo Retido criada pela Lei nº11.187, de 19.10.2005

Sob o apanágio da celeridade processual, o legislador instituiu a generalização da obrigatoriedade da interposição do agravo, sob a forma retida, restando excepcional, o seu uso, sob a forma de instrumento.

Assim, Sua Excelência, o Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, afirma na exposição de motivos da lei, que: “Faz-se necessária a alteração do sistema processual

Júnior. *Curso de direito processual civil*. 43ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I, p. 640/1; Nery-Nery, afirmam que devem ser interposto, dentro de seus respectivos prazos, agravo de instrumento e apelação, ob. cit., nota 4 ao art. 522, p. 898. Athos Carneiro, entende que o recurso cabível é apelação, no “prazo decendial”, ob. cit., p. 174.

²⁸ O ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, na qualidade de um dos principais artífices das mudanças processuais, asseverara que: “Veio o novo modelo, reconhecidamente bem superior na concepção. Todavia, encontrou ele uma nova realidade forense, em consequência do aumento das decisões interlocutórias, causadas pelo instituto da antecipação da tutela e demais medidas de urgência. Estivéssemos hoje com o modelo pretérito de agravo de instrumento e inviabilizada praticamente estaria a prestação jurisdicional. Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que excessivo tem sido o número de agravos em sua modalidade de instrumento, a abarrotar os tribunais. Entretanto, como não é recomendável suprimir esse tipo de recurso, ou admiti-lo apenas em sua feição retida (o que ensejaria o retorno abusivo e anômalo do mandado de segurança para obtenção de efeito suspensivo), a solução encontrada foi permitir ao relator converter o agravo de instrumento em agravo retido em inexistindo perigo de dano de difícil ou incerta reparação, encaminhando os autos, então, ao juízo da causa (art. 527). Tal mecanismo não só desestimulará o uso desnecessário do agravo de instrumento como permitirá ao relator, exame rápido, separar os casos, normalmente poucos, merecedores de pronto reexame pela instância revisora”, cf. *O prosseguimento da reforma processual*. Repro nº 95. São Paulo: RT, 1999, p. 10.

brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional”.

Na mesma linha, segue Sua Excelência, o Deputado Federal José Eduardo Martins Cardozo, afirmando, em seu relatório do projeto de lei, que: “Há muito é sentida a necessidade de alterações em nossa Lei Adjetiva e muitas têm sido as iniciativas que, em diversos casos, levaram a cabo modificações importantes no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista a implementação de nova processualística, mais eficaz e mais célere, para adequação da lei ao movimento atual de modernização do nosso processo civil”.

A partir da vigência da nova Lei, o agravo deverá, via de regra, ser interposto de forma retida, e, excepcionalmente, por instrumento, apenas quando a decisão recorrida for suscetível de causar à parte, lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.

Além disso, quando o relator determinar a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, por não ter se convencido de que a decisão recorrida é suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, não caberá qualquer recurso ao órgão fracionário colegiado.

Considerando a criação da nova lei, constata-se que a Lei nº 10.352/01, que vinha no mesmo diapasão, frustrou a expectativa dos operadores do direito, não florescendo o pretendido desestímulo ao uso desnecessário do agravo de instrumento.

Tampouco, concretizou-se a desejada celeridade, que deveria ter o relator, na avaliação dos casos que exigissem revisão imediata, por meio do agravo de instrumento, como expressara o ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (v. nota 26).²⁹

Somente o tempo dirá se esta nova investida do legislador vingará, ou, se a natural irresignação da parte vencida não provocará a utilização de outros remédios legais, com a finalidade de proporcionar uma mais célere reapreciação das decisões interlocutórias, ou mesmo, de propiciar a revisão de decisões que se tornaram irrecorríveis, com o novel diploma legal.

²⁹ Sobre as nossas considerações relativas ao art. 527, II, do CPC, na redação da Lei nº 10.352/01, v. *Recursos no processo civil*, p. 104.

Nos itens seguintes, apresentamos nossas primeiras considerações sobre os novos dispositivos do CPC, transcrevendo os artigos, conforme a redação dada pela Lei nº 11.187/05.

5.1 – Art. 522, *caput* – interesse recursal para o Agravo sob forma de instrumento

“Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

(*omissis*)”.

Ao exigir a existência da lesão grave e de difícil reparação, a primeira impressão que se tem é que a lei criou um novo requisito específico de admissibilidade para o recurso de agravo, interposto sob a modalidade de instrumento.³⁰

Assim, o agravo, na forma de instrumento, somente será admitido, se o agravante demonstrar a urgência na reapreciação da decisão agravada. O suposto novo requisito de admissibilidade exige ser evidenciado o *periculum in mora*.³¹

Todavia, alguns aspectos afastam esta idéia, que comporta certo aprofundamento neste espaço.

Em primeiro lugar, deve ser observado que no sistema recursal brasileiro, os requisitos de admissibilidade são elementos objetivamente verificáveis (cabimento, legitimidade, prazo, preparo, fundamentação, pedido etc.).

³⁰ Analisando o art. 527, II, do CPC, ainda em vigor, Athos Gusmão Carneiro, pontificava: “a conversão do agravo de instrumento em agravo retido é uma autorização uma faculdade do relator (caso contrário, o ‘periculum in mora’ seria um novo requisito de admissibilidade do agravo de instrumento...)”, ob. cit., p. 161. Igualmente, Fabiano Carvalho, ob. cit., p. 118.

³¹ Já lecionava Arruda Alvim, que: “O *discrímen*, portanto, entre a possibilidade de agravo de instrumento e retido, passou a ser a urgência”, *Notas sobre algumas das mutações verificadas com as Leis 10.352 e 10.358, de dezembro de 2002*, in, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos* (coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier). v. 6. São Paulo: RT, 2002, pp. 92/3.

Ao contrário, a locução “lesão grave e de difícil reparação”, consiste de um conceito vago ou indeterminado, que deve, casuisticamente, ser preenchido pelo relator. Ela é aquilatada, portanto, de modo subjetivo pelo relator. Com isto não se quer dizer que haja discricionariedade judicial, mas, como assevera Barbosa Moreira, o relator “com certeza atuará com boa dose de subjetividade”.³²

Mais importante, os requisitos de admissibilidade constituem-se de *questões preliminares* em relação ao mérito recursal.³³

De tal sorte, estando eles presentes, deverá o órgão julgador, apreciar o mérito do recurso. Ao contrário, estando ausente qualquer requisito de admissibilidade, é vedado ao juízo enfrentar o mérito recursal.

A questão em pauta, em verdade, mais se aproxima de uma *prejudicial*.

Com efeito, se o relator entender estar presente a “lesão grave e de difícil reparação”, passará ao juízo de admissibilidade do recurso, podendo inclusive, julgá-lhe o mérito na forma do art. 527, I, c.c. art. 557, do CPC.

Neste ponto, deve ser salientado que o legislador melhor teria andado, se tivesse invertido a ordem dos incisos I e II, do art. 527.

Afigura-se-nos que, somente depois de ter admitido o agravo de instrumento, é que o relator poderá aplicar o disposto no art. 557, do CPC. Em sendo negativa sua decisão, o relator converterá o agravo de instrumento em agravo retido, remetendo os autos ao juízo de 1º grau de jurisdição (art. 527, II, parte final).

O que a lei exige, segundo nos apresenta, é um *interesse recursal qualificado* (adjetivamos de *interesse recursal imediato* no item 2 supra) pela urgência de apreciação do recurso de agravo, de modo que ele deve ser utilizado e julgado, segundo o procedimento da modalidade agravo de instrumento.

O interesse recursal é qualificado pela possibilidade da decisão recorrida poder causar lesão grave e de difícil reparação ao direito do agravante, de modo que sua ausência, revela apenas um *interesse recursal diferido*, o qual, presentes os demais

³² Ob. cit., 11ª ed., p. 670.

³³ Sobre o tema, Nelson Rodrigues Netto, *Interposição conjunta de recurso extraordinário e de recurso especial*, pp. 114/8.

requisitos de admissibilidade do recurso, autoriza a irresignação por meio do agravo, mas, somente na forma retida.

Em conclusão, parece razoável afirmar-se que o julgamento sobre a possibilidade da decisão recorrida causar lesão grave e de difícil reparação soluciona uma questão prejudicial, revelando uma qualidade especial do interesse recursal, que permite a interposição sob a forma de instrumento. Ausente o risco de lesão grave e de difícil reparação, resta o interesse recursal diferido, de modo que o juízo de admissibilidade e, eventualmente, de mérito do recurso, ficam postergados no tempo, para o momento do julgamento do recurso de apelação.

Voltando à redação da lei, vemos que caberá o agravo de instrumento, se a decisão for *suscetível* de causar lesão grave e de difícil reparação, de maneira que não é razoável exigir-se a consumação do dano. A gravidade da lesão e a dificuldade de sua reparação, devem ser encaradas subjetivamente, sob o prisma do sujeito que se encontra na possibilidade de sofrê-las.³⁴

Certamente o bom senso dos julgadores deverá imperar, para em caso de a efetivação da decisão ser, *possível, passível, capaz*, em suma, *suscetível* de provocar lesão grave e de difícil reparação, seja admitido o recurso por meio de instrumento.

No tocante à técnica legislativa, verificamos que o legislador, praticamente, uniformizou o uso da locução que exprime o conceito vago ou indeterminado: “lesão grave e de difícil reparação”. Ele está previsto no art. 522, *caput* e inciso II, seguindo a letra do art. 558, do CPC (redação da Lei nº 9.139/95), que apenas acrescenta a *relevância da fundamentação*.

Destas alterações, surge a seguinte questão: se o relator admitir o agravo de instrumento, ainda assim é exigível que o agravante tenha que pleitear a concessão do efeito suspensivo ou a antecipação da pretensão recursal, a fim de evitar que a eficácia da decisão provoque a lesão grave e de difícil reparação?³⁵

³⁴ Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco: “Sempre que houver risco palpável de ocorrência de um dano e o dano previsto for de significativa gravidade, afasta-se a incidência do §4º do art. 523 e abre-se caminho ao agravo de instrumento”, *A reforma da reforma*, p. 171.

³⁵ *Mutatis, mutandis*, Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina, já haviam vislumbrado a íntima ligação entre a conversão do agravo e a concessão de efeito

A interpretação literal conduziria a uma resposta positiva já que o art. 558, que serve de fundamentação para a concessão de efeito suspensivo ou do “efeito ativo”, exige requerimento do agravante.³⁶

A norma está a exigir uma interpretação sistemática, impedindo a possibilidade de contradição lógica e jurídica. Efetivamente, se está demonstrado o cabimento do agravo por instrumento, significa que a decisão recorrida é capaz de causar lesão grave e de difícil reparação, o que somente poderá ser evitado mediante a suspensão de sua eficácia ou de providência positiva suficiente a obstar o dano.

Não vislumbramos qualquer dificuldade para que o relator possa agir, de ofício, com relação à concessão do efeito suspensivo, que nada mais é do que a manutenção da ineficácia da decisão recorrida.

Com relação à antecipação da pretensão recursal, total ou parcial, alguma dificuldade pode se apresentar. Segundo o que nos parece, deverá o relator ater-se aquilo que é o objeto do recurso, e determinar qual a providência que se faz necessária para impedir a concretização da lesão grave e de difícil reparação, caso esta já não esteja devidamente delineada pelo agravante.

5.2 - Art. 523, §3º - decisões proferidas em audiência

“Art. 523. (*omissis*)

§3º. Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

(*omissis*)”.

suspensivo: “Pensamos que, pelo menos em princípio, esta conversão [do agravo de instrumento em retido] inviabilizaria a concessão de efeito suspensivo”, ob. cit., 3ª Ed., 2005, p. 298.

³⁶ No sistema atual, este é o entendimento uníssono da doutrina, ver por todos, Barbosa Moreira, ob. cit., 11ª ed., p. 670.

Como destacamos no item 4, as hipóteses de interposição obrigatória de agravo retido, eram concernentes a decisões posteriores à sentença, de inadmissão da apelação (art. 523, §4º, do CPC, na redação da Lei nº 9.139/95), e, as relativas à matéria probatória ou proferidas em audiência no procedimento sumário (art. 280, III, do CPC, na redação da Lei nº 9.245/95). No tocante às decisões interlocutórias proferidas em audiência, o agravante tinha a faculdade de escolher entre a interposição de agravo de instrumento ou agravo retido, e, o agravo retido poderia ser manifestado por escrito ou oralmente.

Posteriormente, a Lei nº 10.352, de 26.12.2001, veio acertar ponto já pacificamente resolvido pela jurisprudência, determinando que caberia agravo de instrumento da decisão relativa aos efeitos em que a apelação é recebida.³⁷ Ademais, estipulou caber apenas agravo retido das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação (art. 523, §4º).

De tal sorte, a restrição de liberdade de opção do agravante, até agora, estava limitada às decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento, quando era obrigatório o agravo retido. Humberto Theodoro Júnior leciona que: “É a proximidade da sentença que desaconselha a formação do instrumento”.³⁸

Com efeito, nenhuma restrição há para a interposição do agravo por instrumento de decisões proferidas na audiência preliminar do procedimento comum ordinário (art. 331, do CPC). Nesta audiência deverá o juiz sanear o processo, proferindo decisões importantes que muitas vezes exigem a imediata reapreciação pelo Tribunal.³⁹

³⁷ “Contra decisão interlocutória que verse sobre os efeitos em que é recebida a apelação, cabe o agravo de instrumento” (STJ, Resp. 263.824-CE, 3ª T., rel. Min. Menezes Direito, não conheceram por maioria de votos, j. 19.03.01, *apud*, Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil*. 35ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, nota 4 ao art. 518, p. 567).

³⁸ Cf. *Curso de direito processual civil*. 43ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I, p. 642.

³⁹ Neste sentido e citando julgado do STJ, Athos Gusmão Carneiro, *ob. cit.*, p. 163, nota 2. Humberto Theodoro Junior após afirmar que as decisões em quaisquer audiências, independentemente do procedimento, somente são passíveis de recurso de agravo retido, diz que caberá mandando de segurança “se a deliberação judicial se revelar abusiva e capaz de gerar lesão iminente para o direito do agravante”, *ob. cit.*, p. 643.

Tampouco, parece razoável impedir o uso de agravo de instrumento da audiência de conciliação, no procedimento sumário, considerando a possibilidade de decisões que exijam imediata revisão.

Entretanto, duas mudanças significativas estão sendo criadas pelo novo §3º, do art. 523.

Primeiramente, a especificação da “audiência de instrução e julgamento”, parece ter o condão de impedir a interposição de quaisquer recursos das decisões proferidas em outras audiências.⁴⁰

Por esta razão é que o §4º, do art. 523, foi derogado (cf. art. 3º, da Lei nº 11.187/05), uma vez que ele já explicitava que das decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento somente caberia agravo retido.

Pode-se ponderar, contudo, que não há explicitude na lei, vedando a interposição de recursos das decisões proferidas nas demais espécies de audiências.

De qualquer forma, interpretação no sentido restritivo, nos soa inconstitucional, violando os princípios constitucionais do direito de ação, devido processo legal e, contraditório e ampla defesa (art. 5º, XXXI, LIV e LV, da C.F.) e duplo grau de jurisdição.

Não se pode admitir que relevantes questões proferidas em outras audiências que não de instrução e julgamento, fiquem sem qualquer controle interno a ser realizado pelo Judiciário por meio de recurso.

Em segundo lugar, tornou-se obrigatória a interposição oral do agravo retido, contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento.

Defendíamos que, nada obstante a interposição oral, ao agravado era facultado responder por escrito, dentro do prazo legal. A opção do agravante não tinha, segundo

⁴⁰ É exatamente esta a justificativa do relator da lei: “Atualmente, *ex vi* do disposto no §3º do art. 523 do Código de Processo Civil, é admissível a interposição do agravo retido em qualquer audiência, seja de simples conciliação (CPC, art. 125, IV), seja preliminar (CPC, art. 331), seja de instrução e julgamento (CPC, art. 447 e segs), oralmente ou por petição, neste último caso, no prazo de dez dias (CPC, art. 522). A alteração proposta no §3º do art. 523, quando especifica decisões interlocutórias proferidas ‘na audiência de instrução e julgamento’, restringe a hipótese de recorribilidade de decisões com a natureza referida àquelas ocorridas nestas audiências, limitando, outrossim, a possibilidade recursal ao uso tão somente de agravo na forma retida, impondo, ao mesmo tempo, interposição imediata do recurso, o que indica maior celeridade ao processo, sem prejuízo das garantias constitucionais reservadas aos contendores”.

nossa opinião, o condão de impor ao agravado, o modo com que deveria responder ao recurso.⁴¹

Considerando que a nova norma, impõe ao agravante a obrigatoriedade de interpor oralmente o recurso, entendemos que o agravado deverá, igualmente, responder oralmente, em observância ao princípio da isonomia, que deve reger a atividade dos litigantes no processo (art. 125, I, do CPC).

5.3 - Art. 527, II – conversão do Agravo de Instrumento em Agravo Retido

“Art. 527. (*omissis*)

II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa; (*omissis*)”.

Por força da nova redação do art. 527, II, o relator deixou de ter a *faculdade* de converter o agravo de instrumento em agravo retido.

O relator deverá fazê-lo, ressalvadas as duas hipóteses, objetivamente previstas (que já constavam redação anterior do CPC), e quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

Houve a supressão da expressão “provisão jurisdicional de urgência”, que em última instância, encontrava-se imbricada na atual “lesão grave e de difícil reparação”, que a decisão recorrida possa provocar, não trazendo qualquer alteração substancial ao dispositivo.⁴²

⁴¹ Cf. *Recursos no processo civil*, p. 104.

⁴² Neste sentido, Carreira Alvim: “As provisões de urgência – melhor teria dito ‘provimentos’ – referidas pela lei são as medidas cautelares e antecipatórias, que, geralmente, se reputam de urgência quando há perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação. Realmente, o que é de urgência é para evitar lesão grave e de difícil ou incerta reparação, e o que pode causar lesão grave e de difícil ou incerta reparação exige uma provisão de urgência. Portanto, ao versar a última hipótese, o preceito ‘choveu no molhado’, mas deu aos recorrentes contumazes – inclusive os entes públicos – excelentes argumentos para insistirem

Igualmente, a lei não trouxe nenhum elemento novo, para solucionar a questão apresentada pela doutrina, concernente ao momento em que o relator deverá proceder à conversão.

Como destacamos no item 5.1 supra, o legislador deveria ter invertido a ordem dos incisos I e II do art. 527, de sorte que, somente após decidir positivamente a questão prejudicial do interesse recursal qualificado, estaria autorizado a dar prosseguimento ao agravo, inclusive aplicando as normas contidas no art.557, do CPC, para admitir ou não o recurso, e até julgar-lhe o mérito.

Se o relator decidir que não há o interesse recursal qualificado para a utilização do agravo, sob a forma de instrumento, ele deverá, segundo reza o preceito legal, converter o recurso em agravo retido. Não deve realizar o juízo de admissibilidade do agravo retido.⁴³

Cabe destacar que, tendo sido admitido o agravo, na forma de instrumento, não nos parece correto poder a turma pretender convertê-lo em agravo retido.

O fundamento da conversão é, exata e precisamente, evitar o excesso de recursos a serem apreciados pelo órgão fracionário colegiado. Ora, não faz sentido que, somente no dia do julgamento, admita-se determinação do 2º ou do 3º juiz votante para que seja o agravo de instrumento convertido em agravo retido. Aqui restaria patente a contradição com a finalidade de eficiência da atividade jurisdicional, norte da norma de conversão obrigatória do agravo.⁴⁴

O julgamento provisório da admissibilidade do agravo retido é realizado pelo juízo de 1º grau de jurisdição, de cuja decisão caberá novo agravo, que, na nova sistemática, deverá ser interposto sob a forma retida.

A ausência de nova impugnação, tornará precluso o julgamento da admissibilidade do agravo retido, estando o juízo *ad quem* proibido de reapreciá-lo quando do julgamento da apelação. O CPC já não contempla norma semelhante ao

nos seus propósitos *agravistas*”. *Alterações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, pp. 164/5.

⁴³ Semelhantemente, Wambier-Wambier-Medina, ob. cit., p. 298/300.

⁴⁴ Apesar de terem sido manifestadas antes da atual alteração legal, são neste sentido e integralmente válidas, opiniões de Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 172.

antigo art. 528 (anterior à Lei nº 9.139/95), que proibia o juízo singular de negar seguimento ao agravo.⁴⁵

Nenhuma mudança há, no que pertine ao juízo de retratação. Este continua sendo facultado ao juízo *a quo*, tanto no agravo sob a forma retida (art. 523, §2º, do CPC), quanto no agravo por instrumento (art. 529, do CPC).

No tocante ao preparo, o legislador perdeu a oportunidade de solucionar o problema concernente ao agravo de instrumento convertido em agravo retido.

Como é sabido, atualmente, funciona a regra do preparo imediato, o qual deve ser comprovado junto com a interposição do recurso (art. 511, do CPC).

O agravo retido não tem preparo (art. 522, p. único, do CPC). O agravo na forma de instrumento deverá ser preparado, segundo os valores estabelecidos em tabela dos tribunais (art. 525, §1º).

Esta norma é de duvidosa constitucionalidade, já que o preparo recursal tem natureza jurídica de *taxa*, espécie do gênero tributo, servindo para remunerar o serviço público, específico e divisível, da prestação jurisdicional (art. 145, II, da C.F.).

Neste aspecto, corretamente, o art. 4º, §5º, da Lei estadual nº 11.608, de 29.12.2003, que estipulou, para a Justiça comum do estado de São Paulo, o valor correspondente a 10 Ufesp's (unidades fiscais do estado de São Paulo).

Assim, na hipótese de conversão do agravo de instrumento em agravo retido, figura razoável que o valor correspondente ao preparo seja devolvido pelo Tribunal ao agravante.⁴⁶

No afã de suprimir a parte final do dispositivo, que previa a possibilidade de interposição de agravo interno da decisão de conversão, o legislador suprimiu a frase “onde serão apensados aos principais”. Todavia, nenhuma relevância tem, posto que o

⁴⁵ No mesmo sentido, Nery-Nery que afirmavam, antes da atual reforma do CPC, que o agravo contra o juízo negativo provisório de inadmissibilidade do agravo retido, poderia ser interposto, indistintamente, por instrumento ou de forma retida, ob. cit., nota 6 ao art. 523, p. 902.

⁴⁶ Esta era uma das soluções propugnadas por Fabiano Carvalho, ob. cit., p. 121. A alternativa sugerida, permitindo que o preparo fosse realizado, somente depois de admitido o agravo de instrumento, infelizmente, somente poderia ter sido contemplada por lei federal (consoante o disposto no art. 22, I, da C.F.), que não o fez (Idem, ibidem).

instrumento do agravo convertido em retido, deverá ser apensado aos autos principais em 1º grau.

5.4 – Art. 527, V - diferença entre cópias de peças e documentos

“Art. 527. (*omissis*)

V - mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial;
(*omissis*)”.

A modificação do artigo restringe-se à acrescentar que o agravado, além de poder juntar cópias de peças do processo, poderá juntar documentos novos.

A novidade reconduz ao antigo art. 524, do CPC, que autorizava o agravado a “juntar documentos novos”. Esqueceu-se, contudo, de repetir a regra do antigo parágrafo único, do art. 525, que estipulava o prazo de 5 dias, para que o agravante pudesse se manifestar sobre o documento novo.⁴⁷

Atualmente, tal procedimento já era admitido, aplicando-se-lhe a regra geral do art. 185, do CPC, para a manifestação do agravante, em 5 dias. Cabe apenas reforçar a lição de Barbosa Moreira, no sentido de que documento novo, somente se admite, rigorosamente, na forma do previsto no art. 397, do CPC.⁴⁸

Não foi alterada a forma de intimação do agravado para responder ao recurso. De resto, o inciso V, do art. 527, guarda simetria com as regras gerais dos arts. 236 e 237, do CPC.

⁴⁷ Neste sentido, já no regime anterior, Sérgio Bermudes, ob. cit., p. 96.

⁴⁸ Ob. cit., 11ª ed., p. 510.

A única peculiaridade, diz respeito à intimação por meio de imprensa nas comarcas sedes de Tribunal (art. 527, V), já que o art. 236, refere-se às comarcas do Distrito Federal e de capitais dos Estados. Para a Justiça comum dos estados, as normas se sobrepõem, mas, para os Tribunais Regionais Federais isso não acontece, uma vez que existem apenas 5 TRF's no Brasil.

Por fim, havendo órgão de publicação dos atos oficiais na comarca, a intimação se faz por meio da imprensa (este é o mesmo conteúdo para o art. 237, *caput*, e para o art. 527, V, ambos do CPC).⁴⁹

5.5 - Art. 527, VI – oitiva do membro do Ministério Público

“Art. 527. (*omissis*)

VI - ultimadas as providências referidas nos incisos III a V do **caput** deste artigo, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias.

(*omissis*)”.

Alegando que a oitiva do Ministério Público, nas hipóteses dos incisos I e II, é “ato processual que retarda a tramitação do feito”, o legislador especificou a manifestação do *Parquet* somente nas hipóteses dos incisos III a V, do art. 527.⁵⁰

A importante ressalva que a lei já fazia, era no sentido de que a oitiva do Ministério Público deve ser realizada, *em sendo o caso*.

Deste modo, havendo interesse público, e nas hipóteses de intervenção obrigatória estipuladas nos arts. 82 e 83, do CPC, art. 25, da Lei nº 8.625, de 12.02.1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), e arts. 127 e 129, da C.F, deverá ser ouvido o membro do Ministério Público oficiante junto ao órgão fracionário colegiado do Tribunal respectivo.

⁴⁹ Entendendo que as intimações na Justiça Federal e na Justiça comum do Distrito Federal sempre se farão por meio da imprensa, Carreira Alvim, ob. cit., p. 170.

⁵⁰ Manifestação constante do voto do relator do projeto de lei.

Assim, a despeito da nova norma, configurando-se hipótese de intervenção obrigatória do órgão do Ministério Público, a ausência de sua intimação importa em nulidade absoluta, na forma do art. 246, do CPC.

5.6 - Art. 527, p. único – irrecorribilidade das decisões monocráticas do Relator

“Art. 527. (*omissis*)

Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar”.

O dispositivo criou três novidades: 1ª) a irrecorribilidade da decisão do relator que converte o agravo de instrumento em agravo retido; 2ª) a irrecorribilidade, expressa, da decisão do relator que concede efeito suspensivo ou que antecipa, total ou parcialmente, a pretensão recursal no agravo; e, 3ª) a possibilidade do relator reconsiderar sua decisão, nas duas hipóteses anteriores.

O inciso II, do art. 527, em vigor, é expresso em prever a possibilidade de impugnação da decisão monocrática do relator, por meio de agravo interno ao órgão colegiado fracionário.

Apesar do silêncio da lei, a doutrina entendia que, por razões de ordem sistemática, da decisão do relator relativa ao inciso III, do art. 527, deveria também caber recurso de agravo interno.⁵¹

Após algumas posições contrárias, formadas em Tribunais estaduais⁵², o mesmo entendimento se firmou no Superior Tribunal de Justiça, como se constata da ementa abaixo reproduzida:

⁵¹ Cf. Nery-Nery, ob. cit., nota 13 ao art. 527 e nota 15 ao art. 557, respectivamente, pp. 913 e 951, Barbosa Moreira, ob. cit., 11ª ed., p. 671, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Os agravos no CPC brasileiro*, pp. 231/5; Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 192; Nelson Rodrigues Netto, ob. cit., p. 111/2; William Santos Ferreira, *Aspectos polêmicos e práticos da Nova Reforma Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 153; Athos Gusmão Carneiro, reconsiderando posição anterior, ob. cit., p. 234; Pedro Luiz Pozza, admitindo somente se o pronunciamento do relator contivesse conteúdo diverso da decisão recorrida, *As novas regras dos recursos no processo civil e outras alterações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 46; Carreira Alvim, ob. cit., p. 167.

“Processual civil. Recurso especial. Decisão monocrática que concede ou nega efeito suspensivo a agravo de instrumento. Recurso cabível. Agravo regimental. Princípio da colegialidade dos tribunais e art. 39 da lei nº 8.039/90. Divergência comprovada.

1. A decisão monocrática de relator que defere ou nega efeito suspensivo ou ativo a agravo de instrumento interposto perante Tribunal de segunda instância pode ser impugnada por recurso interno ao colegiado. Aplica-se, *in casu*, o princípio constitucional da colegialidade dos tribunais e do art. 39 da Lei 8.039, de 1990. Dissídio pretoriano comprovado (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ).

2. Recurso especial provido” (Resp. nº 770.620-PA, 2ª T., rel. Min. Castro Meira, j. 01.09.2005, DJ 03.10.2005 p. 236).⁵³

É possível prever que, um dos principais objetivos da reforma do recurso de agravo, desde a Lei nº 9.139/95, qual seja, o de evitar a utilização do mandado de segurança para obtenção de efeito suspensivo a agravo, ficará ameaçado.

Ao que parece, haverá grande possibilidade de que o art. 527, p. único, venha a ser acoimado de inconstitucional, e que as decisões que com base nele venham a ser proferidas, sejam atacadas por meio de mandado de segurança.⁵⁴

⁵² “Não cabe agravo regimental das decisões atinentes à agregação de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, bem como daquelas em que o relator deferir antecipação de tutela ou tutela cautelar” (6ª Conclusão Centro de Estudos do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul), *apud*, Theotônio Negrão, ob. cit., nota 4 ao art. 527, e outras ementas, na nota 3 ao art. 527, p. 619.

⁵³ No mesmo sentido, Ag.Rg. na MC nº 6.566-MT, 1ª T., rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 05.08.2003; Resp. nº 343.749-SP, 3ª T., rel. Min. Castro Filho, j. 09.09.2003.

⁵⁴ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco: “A negativa do agravo contra decisões do relator abre caminho para algo que a *Reforma* quis restringir muito e era o mandado de segurança contra ato jurisdicional. Na medida em que o ato do relator, positivo ou negativo, imponha lesão ou séria ameaça a direito líquido-e-certo, da irrecorribilidade, desse ato decorrerá a necessidade de impetrar o *writ*, que a Constituição Federal assegura ao sujeito lesado ou ameaçado (art. 5º, inc. LIXX)”, ob. ult. cit., pp. 192/3. Com proveito, ver ainda, José Rogério Cruz e Tucci, ob. cit., p. 118; e Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., pp. 647/8.

É lamentável que o legislador tenha se afastado da melhor doutrina e da orientação preconizada pelo Superior Tribunal de Justiça, Corte de cúpula da Justiça comum, da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Outro ponto que, provavelmente, irá provocar intensas controvérsias, é o da pretensa legalização do pedido de reconsideração.

A norma sob comento, proibiu, expressamente, o cabimento do agravo interno contra a decisão do relator nos casos dos incisos II e III, do art. 527.

Por outro lado, autorizou que o relator venha a reconsiderar a decisão antes do julgamento pelo órgão fracionário colegiado.

Sobre o tema, já tivemos a oportunidade de nos manifestar, apontando que o pedido de reconsideração foi bastante utilizado no regime original do recurso de agravo, dado seu processamento em fases, e sua interposição perante o juízo *a quo*.

Assim, contra a decisão interlocutória, formulava-se um pedido eventual, solicitando-se a reconsideração da decisão, ou, em caso negativo, que a petição fosse recebida como um recurso de agravo.

Rigorosamente, o expediente somente poderia ser eficiente com relação a questões de ordem pública, que não precluem (art. 267, §3º, c.c. art. 301, §4º, do CPC).

Como é cediço, ao juiz se impõe a preclusão *pro iudicato*, expressamente prevista no art. 471, do CPC, de modo que o mesmo está impedido de reapreciar questões que já decididas.⁵⁵

Admitida, por hipótese, que a situação do inciso II, do art. 527, é enquadrável em requisito de admissibilidade recursal, surgiria uma questão de ordem pública, autorizando a revisão judicial. Entretanto, o caso do inciso III, do art. 527, não se trata desta natureza de questão.

Nada obstante tais ponderações, é de se perguntar como funcionará a reconsideração do relator, expediente sem forma nem figura de juízo, como destaca Nelson Nery Júnior.

De tal sorte, questiona-se: a reconsideração exige provocação? Em que prazo pode ser apresentada? Há possibilidade de contraditório? É possível haver reconsideração da reconsideração?

⁵⁵ V. *Recursos no processo civil*, pp. 29 e 30.

Estas indagações, e outras que o tempo haverá de produzir, somente poderão ser dirimidas a partir dos precedentes judiciais que virão a se formar.

6 – *Vacatio legis* e Direito intertemporal

O novo diploma legal estabeleceu, em seu art. 2º, uma *vacatio legis* de 90 dias, a contar de sua publicação, que se deu em 20 de outubro de 2005.

No tocante ao direito intertemporal, afigura-nos correta a assertiva de que a lei aplicável, em matéria de recursos, é aquela vigente quando da prolação da decisão.

Deste modo, a lei nova deverá incidir somente sobre os julgamentos proferidos após o início de sua vigência.

Entretanto, é importante considerar que, em passado recente, tivemos outra orientação, aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça.

No início de vigência da Lei nº 9.756, de 18.12.1998, o STJ, por meio da Resolução nº 01/99, determinou que o regime de retenção dos recursos especiais, tirados contra decisões interlocutórias, que haviam sido interpostos antes da vigência da norma, seguissem o procedimento da retenção, e não o previsto anteriormente ao da vigência do aludido diploma legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUDA ALVIM Netto, José Manoel de. *Notas sobre algumas das mutações verificadas com as Leis 10.352 e 10.358, de dezembro de 2002*, in, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos* (coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier). Vol. 6. São Paulo: RT, 2002.
- _____, *Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro*, in, *Estudos e pareceres (Direito processual civil – 3)*. São Paulo: RT, 1995.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 3º vol.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. V.
- _____, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. Vol. V.
- BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Alterações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- CARVALHO, Fabiano. *A conversão do agravo de instrumento em agravo retido na reforma do Código de Processo Civil*. Repro nº 111, São Paulo: RT, 2003.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2ª Ed. São

Paulo: RT, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____, *A reforma do Código de Processo Civil brasileiro*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERREIRA, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da Nova Reforma Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRECO Filho, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 2º vol.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1976. Vol. 3, 2ª parte.

MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos de competência originária dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

NOTARIANO Júnior, Antônio de Pádua. *A conversibilidade do agravo de instrumento e as matérias de ordem pública*, in, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais* (coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier). Vol. 8. São Paulo: RT, 2005.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*. 35ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY Júnior Nelson Nery Júnior e NERY Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 7ª Ed. São Paulo, 2003.

POZZA, Pedro Luiz. *As novas regras dos recursos no processo civil e outras alterações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES NETTO, Nelson. *Interposição conjunta de recurso extraordinário e de recurso especial*. São Paulo: Dialética, 2005.

_____, *Recursos no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O prosseguimento da reforma processual*. Repró n° 95. São Paulo: RT, 1999.

THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 43ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. I.

WAMBIER Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2000.

_____, e WAMBIER, Luiz Rodrigues Wambier. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do CPC*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2002.

_____, e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do CPC*. 3ª Ed., 2005.