

IX. O RECURSO DE AGRAVO E A LEI Nº 11.187/05

Flávia Pereira Hill¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípios norteadores da recente reforma do CPC. 3. Agravo retido como regra geral. 3.1. Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. 3.2 Ausência de Interesse-adequação na interposição do agravo de instrumento. 4. Obrigatoriedade da interposição imediata de agravo retido oral contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento. 4.1. Cabimento do agravo de instrumento. 4.2. Possibilidade de interposição de apenas um recurso contra decisões proferidas em audiência. 5. Conversão do agravo de instrumento em retido pelo colegiado. 6. Restituição das custas judiciais recolhidas em caso de retenção do agravo de instrumento. 7. Dispensa da reiteração do agravo retido em casos excepcionais: reexame necessário e questões de ordem pública. Não-infringência do princípio que veda a *reformatio in pejus*. 8. Faculdade outorgada ao agravado de juntar “documentação que entender conveniente”. 9. Oitiva do Ministério Público nas hipóteses previstas nos incisos III a V do artigo 527, do CPC. 10. Irrecorribilidade da decisão do relator que versar sobre retenção do agravo, pedido de tutela antecipada e efeito suspensivo. 10.1. Inconstitucionalidade da irrecorribilidade. 10.2. Meios de impugnação da decisão monocrática. 11. Direito Intertemporal. 12. Bibliografia.

RESUMO: o presente artigo versa sobre as principais alterações trazidas pela Lei nº 11.187/05 ao recurso de agravo. Primeiramente, apresentamos uma breve resenha histórica, expondo a origem do recurso de agravo, bem como a evolução legislativa verificada no ordenamento jurídico pátrio sobre o tema. Após, tratamos dos principais princípios processuais que nortearam a recente alteração legislativa. No capítulo seguinte, passamos a examinar as principais inovações decorrentes da citada norma legal. Dedicamo-nos, a seguir, a estudar a constitucionalidade da irrecorribilidade da decisão monocrática proferida pelo Relator do agravo, assim como os possíveis meios de impugnação a serem manejados contra a citada decisão. Por fim, discorremos sobre o Direito Temporal a ser aplicado ao tema.

¹ Mestranda em Direito Processual pela UERJ. Pós-graduada em Direito Processual pela Universidade Gama Filho. Tabeliã.

ABSTRACT: *The present paper approaches the main modifications brought fourth by the Law number 11187/05 to interlocutory appeals. First, we present one brief historical summary, displaying the origin of this sort of appeal, as well as the legislative evolution of the Brazilian legal system on the subject. After, we deal with the main principles that inspired the recent legislative modifications. In the following chapter, we examine the main innovations of the aforementioned rule of law, and study the constitutionality of the prohibition of appealing against the preliminary decision pronounced by Reporting Justice of the interlocutory appeal, as well as the possible means of challenging such decision. Finally, we examine the issues relating to the conflict of laws in time.*

PALAVRAS-CHAVE: Recurso de agravo – Retenção - Irrecorribilidade.

KEYWORDS: *Interlocutory appeal - Regime of retention - Unappealability.*

1. Introdução:

No Direito Romano, tanto no período da *legis actiones* quanto no período formulário, as decisões interlocutórias (*interlocutiones*) não eram recorríveis. Isso porque, em ambos os períodos, a decisão era proferida por juiz privado, escolhido pelas partes, cumprindo ressaltar, ainda, quanto ao período formulário², que o pretor elaborava a “fórmula” e, posteriormente, as provas eram produzidas perante o *iudex*, escolhido pelas partes. Inexistia hierarquia entre ambos, o que inviabilizava a existência de agravo de instrumento, dada a ausência da estrutura hierárquica necessária para tanto, notadamente a existência de juízes de graus de jurisdição diversos³.

Com efeito, a origem do agravo remete à figura do Rei, uma vez que as queixas dos súditos – denominadas “querimas” ou “querimônias” - eram a ele dirigidas, que as avocava para si, a fim de examinar a justiça da decisão. As querimas deveriam ser acompanhadas de “cartas testemunháveis”, elaboradas pelo escrivão ou “estormentos públicos”, elaboradas pelo tabelião, que atestavam a verdade das alegações tecidas pelo requerente. Em um primeiro momento, as querimas eram examinadas diretamente pelo Rei e, ao depois, este passou a encaminhá-las à autoridade jurisdicional superior.

A nomenclatura “agravo” originou-se do uso incorreto da palavra. Isso porque os indivíduos dirigiam ao juiz as querimas, a fim de tentar reverter o agravo sofrido. No entanto, correntemente, diziam que haviam submetido o seu “agravo” ao Rei e, com isso, a medida

² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT. 2005. Vol. 2. pp. 28/29.

³ ALVIM, J. E. Carreira. In *Novo Agravo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 18.

processual adotada acabou por substituir o resultado que se buscava remediar, restando consagrada a expressão “agravo” pelo uso.

O agravo, com as características com que hoje se apresenta, teve a sua primeira previsão nas Ordenações Manuelinas, de acordo com o ilustre jurista Moacyr Lobo da Costa⁴.

Aportando em momento posterior, temos que o Código de Processo Civil de 1939 previu três regimes de agravo: de instrumento, de petição e no auto do processo. No aludido compêndio, o legislador previu, casuisticamente, as hipóteses em que cada qual dos regimes deveria ser adotado pelo recorrente. No artigo 842⁵, estavam previstas as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, sendo certo que o agravo no auto do processo, que equivaleria, *mutatis mutandis*, ao atual agravo retido, tinha as suas hipóteses de cabimento previstas no artigo 851⁶.

O agravo de petição, por sua vez, se destinava a reformar a chamada “decisão terminativa”, que extingue o processo sem examinar o mérito, e se processava nos próprios autos principais, consoante dispunha o artigo 846⁷ do Diploma de 1939.

⁴ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *op. cit.* p. 42.

⁵ CPC, 1939. “Artigo 842 – Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões: I- que não admitirem a intervenção de terceiro na causa;

II – que julgarem a exceção de incompetência;

III – que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação;

IV- que não concederem vista para embargos de terceiro, ou que os julgarem;

V- que denegarem ou revogarem o benefício da gratuidade;

VI- que ordenarem a prisão;

VII- que nomearem, ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante;

VIII- que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidante ou a vintena dos testamenteiros;

IX- que denegarem a apelação, inclusive a terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção;

X- que decidirem a respeito de erro de conta;

XI- que concederem, ou não, a adjudicação ou a remissão de bens;

XII- que anularem a arrematação, adjudicação ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido;

XIII- que admitirem, ou não, o concurso de credores, ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos;

XIV- que julgarem, ou não, prestadas as contas;

XV- que julgarem os processo de que trata os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas;

XVI- que negarem alimentos provisionais;

XVII- que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta subrogação ou arrendamento de bens.”

⁶ CPC, 1939. “Artigo 851 – Caberá agravo no auto do processo das decisões:

I- que julgarem improcedentes as exceções de litispendência e coisa julgada;

II- que não admitirem a prova requerida ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado;

III- que concederem, na pendência da lide, medidas preventivas;

IV- que considerarem, ou não, saneado o processo, ressalvando-se, quanto à última hipótese o disposto no art. 846.”

⁷ CPC, 1939. “Artigo 846 – Salvo os casos expressos de agravo de instrumento, admitir-se-á agravo de petição, que se processará nos próprios autos, das decisões que impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito.”

O Código de Processo Civil de 1973, diversamente do Diploma anterior, optou por adotar, em sua redação original, o agravo de instrumento como regra geral.

No entanto, verifica-se que as reformas implementadas desde então, no texto do Código de 1973, caminharam no sentido de restringir as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, até culminar com a Lei Federal nº 11.187/05, que, adotando posicionamento diametralmente oposto, instituiu o agravo retido como regra geral, conforme será exposto em momento posterior do presente trabalho.

Com efeito, a fim de elaborar um breve panorama das sucessivas Reformas do Código de Processo Civil de 1973 em matéria de agravo, poder-se-ia separá-las, sucintamente, em quatro fases:

1ª fase: redação original do CPC/1973. Características:

- Impugnação dirigida ao juiz prolator da decisão agravada;
- A retenção ou não do agravo derivaria exclusivamente de uma opção do recorrente;
- Prazo para agravo de 5 dias;
- Formação do instrumento contava com a participação do cartório e do agravado;
- Havia possibilidade de juízo de retratação, que, se fosse exercido, permitia que o agravado aproveitasse o recurso já interposto em seu favor.

2ª fase: 1ª reforma (lei nº 9.139/1995). Características:

- Endereçamento do agravo para o Tribunal;
- Imposição do agravo retido em situações isoladas;
- Possibilidade de apresentação oral de agravo retido contra decisão proferida em audiência;
- Alargamento do prazo para agravo para 10 dias;
- Carreou ao agravante o ônus de formar o instrumento;
- Outorgou ao relator poderes para antecipar a tutela recursal e suspender os efeitos da decisão agravada;
- Incentivou que o relator julgasse liminar e monocraticamente os agravos manifestamente inviáveis;
- Dispôs que se dê por prejudicado o agravo, na hipótese de exercício do juízo de retratação.

3ª fase: 2ª reforma, intitulada “Reforma da Reforma” (lei nº 10.352/01). Características:

- Ampliação das hipóteses de retenção impositiva do agravo;

- Imposição sanção de não-conhecimento do agravo no caso de o agravante não comunicar ao prolator da decisão acerca da interposição do agravo, se o agravado suscitar a questão;
- Incentivou-se ainda mais o julgamento monocrático e liminar pelo relator;
- *Autorizou-se* o relator a converter o agravo de instrumento em agravo retido.

4ª fase: Lei nº 11.187/2005. Características:

- Transformação do agravo retido em regra e agravo de instrumento em exceção.
- Imposição do agravo retido e oral, a ser interposto imediatamente, contra decisões proferidas em AIJ;
- Ordem para que o relator determine a retenção dos agravos de instrumento em dissonância com as hipóteses legais;
- Autorização para que o agravado apresente, além das peças do processo, documentos inéditos;
- Irrecorribilidade das decisões do Relator sobre retenção do agravo, antecipação da tutela recursal e concessão de efeito suspensivo.

2. Princípios norteadores da recente reforma

A partir do exame dos lineamentos da Reforma introduzida pela lei federal nº 11.187/05, traçados no item anterior, verifica-se que o legislador norteou-se, especialmente, pelos seguintes princípios processuais.

Princípio da celeridade, na medida em que, ao tornar o agravo retido a regra geral, visou o legislador a condensar o reexame das questões incidentais em um mesmo momento processual, notadamente por ocasião do julgamento da apelação, e evitar que o Tribunal seja chamado a julgar, separadamente, diversos recursos de agravo ao longo do processo, procurando, com isso, reverter o que se tem chamado de “crise de tempestividade da prestação jurisdicional”⁸. Com efeito, a sistemática anterior à reforma ocasionava um maior dispêndio de tempo, inclusive porque, não raro, a parte agravante requeria a concessão de efeito suspensivo ao agravo ou, ainda que este não fosse concedido, as partes acabavam por aguardar o julgamento do recurso para, verdadeiramente, impulsionar o processo. Digno de destaque que o prestígio do legislador ao princípio da celeridade se coaduna com a garantia da razoável duração do processo, assegurada pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso LXXVIII, em razão da recente Emenda Constitucional nº 45⁹.

⁸ Nesse sentido, leciona o jurista José Henrique Mouta Araújo, *in verbis*: “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.” *O Agravo e as mais recentes alterações processuais: alguns questionamentos*. . In NERY JR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e assuntos afins*. Volume 10. São Paulo: RT. 2006. p. 206.

⁹ *Idem*, p. 208.

De igual sorte, o princípio da economia processual norteou o legislador, eis que a recente Reforma buscou instituir procedimentos mais simples, desburocratizando-os.

É autorizado concluir, outrossim, que o princípio a oralidade igualmente orientou as alterações implementadas, como, por exemplo, ao ser prevista a interposição de agravo retido obrigatoriamente oral contra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento, por força da nova redação dada ao artigo 522, §3º, do CPC.

3. Agravo retido como regra geral.

3.1) Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

A Lei Federal nº 11.187/05, alterando a redação dada ao artigo 522, *caput*, do CPC, tornou o agravo retido a regra geral no que tange à recorribilidade das decisões interlocutórias em nosso sistema.

Cumprе destacar que o eminente processualista Athos Gusmão Carneiro minimiza o impacto surgido com a alteração legislativa em comento. De fato, o autor reconhece que o termo “converterá”, adotado na redação atual, é bastante forte, mas entende que o relator sempre dispôs do poder-dever de converter o agravo de instrumento em retido, quando não fosse urgente a tutela recursal pretendida. Segundo o ilustre jurista, o Relator nunca possuiu autêntica discricionariedade¹⁰ nessa avaliação, mas pôde apenas lançar mão de certo grau de flexibilidade que, segundo afirma, seria inerente ao exame de conceitos jurídicos indeterminados, como é o caso, por exemplo, do conceito de “lesão grave e de difícil reparação”, expressão utilizada pelo legislador da reforma e que há existia em nosso Código. Pretende o citado jurista, com isso, afirmar que, agora não mais do que antes, cabe ao juiz, sempre que presentes os requisitos legais, converter o agravo de instrumento em retido, não havendo, por isso, profunda alteração, quanto a esse ponto, em decorrência da recente Reforma¹¹.

No entanto, a maior parte da doutrina, a nosso ver, com razão, reconhece que, até hoje, os julgadores agiam com parcimônia na conversão do agravo de instrumento em retido, e que, com o advento da lei nº 11.187/05, teria surgido uma perspectiva concreta de aumento substancial da utilização do agravo retido e, por conseguinte, uma mudança, real e significativa, no tratamento do recurso de agravo¹².

¹⁰ Candido Rangel Dinamarco, por outro lado, entende que o relator dispunha de discricionariedade para converter o agravo de instrumento em retido, durante a vigência da lei 10.352/01. In *A Reforma da Reforma*.

¹¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do Recurso de Agravo ante a Lei 11.187/2005*. In NERY JR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e assuntos afins*. Volume 10. São Paulo: RT. 2006. pp. 34/48.

¹² Por todos, BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Primeiras impressões sobre o novo regime do agravo*. In *Aspectos Polêmicos...* Especialmente pp. 233/235.

Feitas tais ponderações, tem-se que o artigo 522 do CPC, em sua redação atual, prevê as seguintes hipóteses de cabimento do *agravo de instrumento*, que serão examinadas separadamente.

1º) Se a decisão agravada for suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação:

Tendo em vista que o agravo de instrumento tornou-se exceção, caberá ao agravante demonstrar a presença dos requisitos legais de cabimento do agravo de instrumento, previstos no artigo 522 do CPC.

Cumprido, primeiramente, destacar que o processualista Guilherme Rizzo Amaral sustenta, com propriedade, que caberá ao agravante apenas demonstrar superficialmente o risco de lesão (*in status assertionis*), sendo equivocada exigir do recorrente a comprovação cabal e concreta do *efetivo* perigo de dano, pois isso tocaria o próprio mérito recursal¹³. Pretendendo o agravante a concessão de tutela antecipada, caso o relator entenda que não há *efetivo* dano ou perigo de dano, *in concreto*, este deverá negar provimento ao agravo e não convertê-lo em agravo retido, pois, do contrário, haveria *error in procedendo*.

De fato, forçoso convir que contraria a própria finalidade da reforma processual a conversão em agravo retido, se o relator já está convencido da ausência de “periculum in mora”, uma vez que a questão seria, desnecessariamente, examinada de novo pelo colegiado, quando do julgamento do agravo retido, juntamente com a apelação, o que atentaria contra a celeridade e economia processuais.

Com efeito, o célebre processualista José Carlos Barbosa Moreira já alertava para a ausência de tecnicidade dos julgadores na distinção entre admissibilidade e mérito recursais, especialmente quanto ao julgamento dos recursos excepcionais pelos Tribunais Superiores, onde freqüentemente “não se conhece” do recurso por não haver violação ao preceito constitucional ou de lei federal, o que tange ao próprio mérito do recurso¹⁴.

Dito isso, entende a doutrina que o requisito da “lesão grave e de difícil reparação”, previsto no artigo 522 do CPC, se identifica com aquele insculpido no inciso I do artigo 273, o “periculum in mora”, exigido para a concessão de tutela antecipada, o que afasta eventuais dúvidas por parte dos operadores do Direito, por estarem estes habituados, desde longa data, a identificar os lineamentos do “periculum in mora”.

Merece destaque outro importante parâmetro trazido pela doutrina, segundo o qual, sempre que estiverem presentes as hipóteses previstas no artigo 558 do CPC - quais sejam, prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea -,

¹³ O agravo de instrumento na lei nº 11.187/05 e as recentes decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: um alerta necessário. Artigo disponível no endereço eletrônico: www.abdpc.org.br. Consulta realizada em 20/04/06.

¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. pp. 201.202.

será cabível o agravo de instrumento¹⁵. Isso porque, nesse dispositivo legal, o legislador prevê hipóteses expressas de “lesão grave e de difícil reparação”, exatamente o mesmo requisito exigido pelo artigo 522 para o cabimento do agravo de instrumento, devendo aquele dispositivo legal, portanto, ser aplicado por analogia. Nesse caso, sustenta-se que *o próprio legislador* teria dado concretude ao conceito jurídico indeterminado, que é a lesão grave e de difícil reparação, no artigo 558.

Cumprе salientar, ainda, que parte da doutrina entende que tal exceção se estende a toda e qualquer hipótese de apreciação de tutela antecipada. Ou seja, versando o agravo sobre pedido de tutela antecipada, *ipso facto*, seria cabível o agravo de instrumento¹⁶.

No entanto, há casos em que a tutela antecipada não se lastreia no “periculum in mora”, mas sim no abuso do direito de defesa do réu (inciso II, artigo 273) ou na incontrovérsia da questão (§ 6º, artigo 273). Nesses casos, o melhor entendimento seria no sentido do não-cabimento do agravo de instrumento, uma vez que o aguardo do momento do julgamento da apelação para que seja examinado o mérito do agravo retido não ocasionaria, a princípio, risco de lesão grave. Logo, apenas o pedido de tutela de urgência (inciso I do art, 273, CPC) ensejaria o cabimento do agravo de instrumento e não a tutela de evidência (inc. II e § 6º do artigo 273), salvo se demonstrado, no caso concreto, o perigo de lesão¹⁷.

O professor Luis Guilherme Aidar Bondioli entende que apenas no caso de *deferimento* do pedido de antecipação da tutela seria cabível a interposição de agravo de instrumento. Isso porque, no caso de indeferimento, segundo o citado jurista, “não teria precipitado a tutela jurisdicional final”, mas apenas teriam sido impostos ao requerente os ônus naturais de aguardar o desfecho do processo (denominados “danos marginais do processo”), que não ensejam, por si sós, a interposição de agravo de instrumento. Seria necessário ao agravante ir além e demonstrar que, naquele caso, haveria perigo de dano grave decorrente do não acolhimento imediato de seu pedido de antecipação de tutela¹⁸. Ousamos discordar do citado jurista, por entendermos que, estando o pedido de tutela antecipada fundado na urgência, o recurso a ser interposto será necessariamente o agravo de instrumento, independentemente de a decisão recorrida ter acolhido ou rejeitado o pedido.

Cabe ressaltar, ainda, que a lei não exige demonstração da plausibilidade do direito alegado pelo agravante para que seja cabível o agravo de instrumento, mas tão somente a

¹⁵ BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. *Op. cit.*

¹⁶ Nesse viés de orientação, ARAÚJO, José Henrique Mouta. *op. cit.* p. 211.

¹⁷ Assim sendo, não merece prosperar o entendimento no sentido de que a retenção do agravo, nessas hipóteses, retiraria toda a sua utilidade. Isso porque, se não houver perigo de lesão grave e de difícil reparação para o agravante, isso significa que o mesmo poderá suportar o cumprimento da tutela antecipada até o julgamento do recurso juntamente com a apelação. Do contrário, caso esteja presente o risco de lesão, então estará aberta a possibilidade de interposição de agravo de instrumento. Além disso, a sentença poderá manter ou revogar a tutela antecipada anteriormente concedida.

¹⁸ *Primeiras impressões sobre o novo regime do agravo. In Aspectos Polêmicos... op. cit.* pp. 240/241.

demonstração do perigo de lesão. Assim sendo, somente o *periculum in mora* pode ser tido como requisito legal de cabimento do agravo de instrumento, e não o *fumus boni iuris*¹⁹.

2º) Casos de “inadmissão da apelação e casos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida”:

Nessa segunda hipótese de cabimento do agravo de instrumento, verifica-se que, na verdade, não seria possível solução diversa, uma vez que o agravante sequer teria ocasião para reiterar o agravo retido. Isso porque a apelação, que consiste justamente na ocasião própria para a reiteração do agravo retido, já teria sido interposta, o que inviabilizaria a apreciação do agravo pelo Tribunal. Dessa feita, vem o legislador, ao prever essa segunda hipótese de exceção à regra geral, exclusivamente permitir que o agravo possa ser examinado, o que não seria viável se fosse adotado o regime retido.

3º) Outras hipóteses de cabimento do agravo de instrumento:

Pode-se apontar outras hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, que não se inserem em nenhum dos casos previstos no *caput* do artigo 522, do Código de Processo Civil. Assim sendo, é autorizado destacar as seguintes exceções, muitas das quais consagradas em sede doutrinária, que poderiam ser chamadas de “atípicas”.

1) Decisões proferidas durante a execução do julgado, eis que a sentença da execução não decide questões controvertidas, mas apenas põe fim à execução. Diante disso, seria remota a probabilidade de interposição de apelação contra a sentença proferida na execução, faltando ao agravante, portanto, a oportunidade adequada para a reiteração do agravo retido. Essa hipótese já era defendida pelo ilustre processualista Cândido Rangel Dinamarco²⁰, mesmo antes da recente Reforma do Processo de Execução introduzida pela lei federal nº 11.132.

Insta salientar que esse argumento fica robustecido pela recente reforma processual, que instituiu o cumprimento imediato da sentença, com a execução sem intervalo, uma vez que sequer haveria a instauração de novo processo, mas mero desdobramento da relação processual anteriormente instaurada.

Ademais, introduziram-se os artigos 475-H – que prevê a interposição de agravo de instrumento na fase de liquidação de sentença - e 475-M, § 3º - que dispõe sobre o cabimento de agravo de instrumento contra a sentença proferida na impugnação do devedor -, que fazem expressa menção a agravo de instrumento, fazendo crer que este seria o regime de agravo mais adequado durante a execução.

¹⁹ Cabem aqui as considerações tecidas pelo jurista Guilherme Rizzo Amaral sobre a análise superficial das alegações e a distinção entre admissibilidade e mérito recursal, constantes do início deste tópico. No entanto, é forçoso reconhecer que, estando o julgador convencido da manifesta ausência de fundamento do pleito recursal, dificilmente permitirá o seu prosseguimento, ainda que sob o regime retido.

²⁰ *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 167.

Cumpramos consignar, embora discordemos, o entendimento doutrinário²¹ no sentido de que, por ser anterior o projeto de lei que introduziu tais dispositivos (lei federal nº 11.232/05) em relação ao da lei federal nº 11.187/05, deveria prevalecer a regra geral do agravo retido. Isso porque, quando foi elaborado o projeto da lei federal nº 11.232/05, o legislador ainda não tinha ciência de que o regime retido de interposição do agravo viria a ser adotado como regra geral. Todavia, entendemos que tal posicionamento não deve prevalecer, em razão das próprias peculiaridades da execução, acima destacadas, e principalmente devido à impossibilidade de reiteração do agravo retido, que acaba por inviabilizar o seu julgamento.

2) Prisão civil, seja no caso de deferimento ou indeferimento do pedido de prisão. Em caso de deferimento, devido à supressão da liberdade do indivíduo, valor este de estatura constitucional, que exige, pois, reexame imediato da decisão por parte do órgão jurisdicional competente, através de agravo de instrumento. De igual sorte, seria cabível agravo de instrumento no caso de indeferimento do pedido de prisão, uma vez que, especialmente com relação à dívida de alimentos, o alimentando permaneceria sem receber os alimentos devidos, causando-lhe graves danos²².

3) Perícia, especialmente diante do risco de que os documentos a serem analisados possam perecer²³. Ousamos, contudo, discordar de que esta seria uma nova exceção ao regime retido de interposição do agravo. Isso porque entendemos que o risco de perecimento do objeto a ser periciado poderia ser facilmente enquadrado como “risco de lesão de difícil reparação”, hipótese expressamente prevista no artigo 522, do CPC. Assim sendo, segundo nosso entendimento, esta seria uma exceção típica, com expressa previsão legal, e não uma nova hipótese.

4) Todas as decisões interlocutórias proferidas em incidente processual seriam passíveis de agravo de instrumento, tais como: exceção de incompetência, impugnação à gratuidade de justiça, impugnação ao valor da causa, etc., consoante o entendimento do eminente jurista Athos Gusmão Carneiro, que comungamos, tendo em vista que, nesses casos, não seria prolatada sentença, sob o prisma técnico.

Cabe destacar, embora discordemos, que o não menos ilustre processualista Araken de Assis externou posicionamento contrário, defendendo que tais decisões são *materialmente sentença* e não decisão interlocutória, pois decidem questões novas, devendo ser desafiadas através de recurso de apelação e não agravo. Com efeito, forçoso convir que a adoção desse entendimento põe fim a qualquer celeuma quanto ao regime de interposição do agravo nesses casos, eis que este sequer seria o recurso cabível.

²¹ ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Op. cit.*

²² BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. *Op. cit.*

²³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *op. cit.*

Indo além, vale ressaltar que esse eminente jurista sustenta que o recurso cabível inclusive contra a decisão que põe fim à liquidação de sentença seria a apelação e não o agravo, muito embora a lei nº 11.132/05 tenha revogado o inciso III do art. 520, do CPC, e tenha inserido do art. 475-H, o qual faz expressa menção ao cabimento do agravo de instrumento. Seguindo esse raciocínio, o processualista Humberto Dalla aponta que, para essa corrente, seria cabível apelação *com* efeito suspensivo²⁴. Todavia, o este jurista manifesta a sua discordância – a nosso ver, com razão -, salientando que, a prevalecer esse entendimento, o regime anterior, que previa o cabimento de apelação *sem* efeito suspensivo, seria substituído pelo cabimento de apelação *com* efeito suspensivo — por se tratar da regra geral —, que ocasiona maiores entraves ao andamento do processo e compromete a celeridade processual, contrariando uma das principais finalidades das recentes reformas do Código de Processo Civil, o que não pode ser cancelado.

5) Decisão que inadmite a reconvenção, uma vez que interessa ao reconvinte justamente o processamento simultâneo da reconvenção e da ação principal. O ideal de celeridade e economia processuais, que orientam a reconvenção, ficariam comprometidos se, quando do julgamento da apelação (ocasião em que seria examinado o mérito do agravo retido), o Tribunal admitisse, só então, a reconvenção.

De igual sorte, o mesmo raciocínio seria aplicável às hipóteses de intervenção de terceiros. Por exemplo, o assistente afastado da lide em razão de decisão interlocutória passível de agravo retido já não mais poderia colaborar com a parte se o seu pedido fosse acolhido somente no momento de julgamento da apelação, esvaziando a própria efetividade do instituto da assistência. Por esse motivo, seria cabível a interposição de agravo de instrumento.

6) Exame da competência do juízo. É aplicável o mesmo raciocínio exposto no item anterior, uma vez que, se for considerado incompetente o juiz somente no julgamento da apelação, todos os atos decisórios seriam anulados, contrariando toda a lógica do sistema de retenção. Vale salientar que o Superior Tribunal de Justiça já adotava esse entendimento em relação ao processamento do recurso especial e que entendemos ser aplicável, *mutatis mutandis*, ao recurso de agravo²⁵.

A doutrina aponta outras exceções ao regime retido de interposição do agravo, tais como a decisão interlocutória que examina a alegação de litispendência; a decisão de indeferimento parcial da petição inicial e de fixação de honorários periciais, adotando como fundamento principalmente a inutilidade da adoção do regime retido nessas hipóteses peculiares. Por fim, outra exceção indicada consiste na decisão de substituição do perito por negligência, tendo em vista que tal medida pode ensejar a aplicação de sanção ao

²⁴ A nova sistemática do cumprimento da sentença. In *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 37, pp. 46/62, São Paulo: Oliveira Rocha, 2006.

²⁵ Nesse sentido, RESP 227.787/CE. 3ª Turma STJ. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível no endereço eletrônico: www.stj.gov.br

perito, por força do artigo 424, CPC, o que justificaria o pronto processamento do agravo contra essa decisão.

3.2) Ausência de interesse-adequação na interposição de agravo de instrumento

Doutrinariamente, entende-se que, não estando presentes os requisitos autorizadores do agravo de instrumento, carecerá o agravante de interesse-adequação, eis que o agravo de instrumento não será a via recursal adequada para tutelar o direito alegado pelo recorrente²⁶.

Nesse caso, entendemos, seguindo o entendimento doutrinário majoritário, que caberá, obrigatoriamente, ao relator *converter* o agravo de instrumento em agravo retido.

No entanto, merece nota o entendimento divergente esposado por Manoel Caetano Ferreira Filho²⁷, segundo o qual o relator *não pode converter* o agravo de instrumento em agravo retido, mas sim negar-lhe seguimento por ser manifestamente inadmissível, com fulcro no artigo 558, *caput*, do CPC. Isso porque, segundo esse autor, se for autorizada a conversão do regime pelo relator, haverá um incentivo a que o recorrente tente sempre interpor agravo de instrumento, não havendo qualquer sanção em razão da indevida – e quiçá maliciosa – utilização dessa via recursal, ainda que manifestamente infundada.

Todavia, entendemos que esse posicionamento colide frontalmente com o disposto no inciso I do artigo 527, do Código de Processo Civil, que dispõe que o relator “converterá” o agravo de instrumento em agravo retido, nos casos em que aquele seja interposto indevidamente, indicando o legislador, em razão da ênfase ínsita ao tempo verbal escolhido – que se deve reputar propositalmente adotado, uma vez que não há palavras supérfluas no texto legal, conforme reza o brocardo *verba cum effectu, sunt accipienda*²⁸ –, que a conversão consiste em um dever do julgador.

4) Obrigatoriedade da interposição imediata de agravo retido oral contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento

A regra geral prevista na lei nº 11.187/05 consiste na interposição de agravo retido, no prazo de 10 dias, por escrito, a ser apresentado ao juiz prolator da decisão agravada, estando isento o agravante do recolhimento de custas judiciais.

No entanto, o § 3º, do artigo 522, do diploma processual, prevê a obrigatoriedade da interposição do agravo retido, *imediatamente e oralmente*, contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento. Logo, previu-se um *regime especial* de interposição do agravo retido especificamente nessa hipótese, cujas peculiaridades e controvérsias passaremos a analisar.

²⁶ SOUZA, André Pagani de. *O regime de retenção do agravo como regra geral. In Aspectos Polêmicos... op. cit.* p. 23.

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*

²⁸ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.* p. 204.

4.1) Cabimento do agravo de instrumento

Entendemos que, estando presentes os requisitos autorizadores da interposição de agravo de instrumento, este seria cabível inclusive contra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento²⁹, excetuando, portanto, o regime especial. Desse modo, não estaria excluído, de plano, o cabimento do agravo de instrumento, caso seja demonstrado pelo agravante o risco de lesão grave e de difícil reparação, como, por exemplo, no caso de indeferimento em audiência, da oitiva de testemunha à beira da morte; ou, ainda, do juiz que se declara incompetente na audiência de instrução e julgamento ou que indefere a intervenção de terceiros.

Cumpramos consignar entendimento divergente, esposado por Marcelo Andrade Féres, em obra anteriormente citada, segundo o qual, ainda que seja proferida decisão, em AIJ, que seja suscetível de causar lesão grave à parte, mesmo assim não seria cabível a interposição de agravo de instrumento, mas somente retido, em razão da expressa imposição legal, que, segundo o citado autor, não seria passível de exceção. O autor afirma que caberia à parte a impetração de mandado de segurança, a fim de evitar a perpetração da lesão.

De outra parte, entendemos que, sendo cabível o regime especial ora em comento, deverá o recorrente se submeter ao regramento previsto, cumprindo-lhe interpor agravo retido oral e imediatamente, não sendo, pois, admissível a sua interposição por escrito ou a dilação do prazo para a apresentação das razões recursais, dado o caráter público e cogente das normas processuais. Vale dizer, ou se admite a interposição de agravo de instrumento³⁰ – que, aí sim, poderá ser por escrito e no prazo de 10 dias – ou então será aplicável o regime especial, que impõe a interposição oral e imediata.

Todavia, o Defensor Público Felipe Borring Rocha³¹ adota posicionamento mais flexível ao sustentar que, em caráter excepcional, o agravante poderá postular por nova data para apresentar seu agravo retido oral, se, no momento em que a decisão interlocutória for proferida, ele alegar e provar que não dispõe de dados ou documentos necessários para embasar sua impugnação. Com isso, segundo o Defensor, será possível respeitar a oralidade do sistema, sem ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF).

A doutrina discute, ainda, se esse regime especial de agravo retido seria aplicável somente às decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento ou se estenderia àquelas proferidas em audiência preliminar ou de conciliação. Com efeito, o ilustre

²⁹ No mesmo sentido, ASSIS, Araken de. *op. cit.*

³⁰ Essa hipótese somente tem validade para a corrente (majoritária) que admite a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida em audiência de instrução e julgamento, caso haja risco de lesão grave e de difícil reparação.

³¹ In *Considerações iniciais sobre as últimas alterações no recurso de agravo*. Texto disponível no endereço eletrônico: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7557>. Consulta realizada em 20/04/06.

processualista Athos Gusmão Carneiro, em obra citada, entende que se estende sim a essas audiências e que a lei disse menos do que pretendia (*minus dixit quam voluit*). Segundo o aludido jurista, caberia ao agravante demonstrar que se trata de hipótese de cabimento de agravo de instrumento, caso contrário, deveria ele interpor agravo retido oral e imediatamente inclusive contra as decisões proferidas em audiência preliminar ou de conciliação.

Ousamos dissentir do ilustre jurista, tendo em vista o fato de que esse regime especial de interposição do agravo retido se mostra mais gravoso para o recorrente, pois lhe impõe a apresentação imediata e oral, no momento da audiência, retirando-lhe o prazo decendial para a elaboração mais apurada de suas razões recursais. Portanto, não seria cabível uma interpretação extensiva do disposto no § 3º do artigo 522, tendo em mira a regra hermenêutica segundo a qual as normas restritivas devem ser interpretadas literalmente.

4.2) Possibilidade de interposição de apenas um recurso contra decisões proferidas em audiência.

Outra interessante discussão a respeito do tema se refere à hipótese de o juiz ter proferido mais de uma decisão durante a AIJ, sendo apenas uma delas suscetível de causar lesão de difícil reparação. Seria cabível agravo de instrumento contra ambas as decisões ou deveria a parte interpor agravo de instrumento contra a decisão lesiva e também agravo retido contra a outra decisão?

Cumpramos ressaltar que parte da doutrina entende que caberá à parte interpor ambos os agravos³². Ou seja, deveria interpor agravo retido imediato e oral durante a audiência e, ainda, agravo de instrumento, no prazo de dez dias perante o Tribunal, em face da decisão suscetível de lhe causar lesão de difícil reparação.

Todavia, entendemos que caberá apenas agravo de instrumento³³, o qual abrangerá ambas as decisões, em observância ao princípio da unirrecorribilidade. A corrente que adota o entendimento oposto apregoa que o princípio não seria violado, uma vez que, segundo eles, teria sido proferida mais de uma decisão, embora na mesma audiência, cada qual atacável por um recurso específico.

5) Conversão do agravo de instrumento em retido pelo colegiado

Ainda outra questão digna de registro se refere à hipótese de a parte ter interposto agravo de instrumento e o Relator ter admitido o recurso sob esse regime, sendo certo que, quando do julgamento do mérito do agravo pelo Colegiado, este entende que seria, em verdade, caso de interposição sob o regime retido. Caberia ao Colegiado converter o agravo em retido ou prosseguir no julgamento e examinar o mérito?

³² Nesse sentido, FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. Cit.* FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. Cit.*

³³ No mesmo sentido, BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Op. cit.*

O magistrado Gustavo Filipe Barbosa Garcia³⁴ entende que o colegiado deve converter o agravo de instrumento em retido, pois a regra insculpida no inciso I do artigo 527, do Código de Processo Civil, é cogente, não importando que o agravo de instrumento já tenha sido processado. Segundo ele, a conversão do agravo de instrumento em retido é imperativa, não havendo margem de discricionariedade do órgão julgador.

No entanto, comungamos o entendimento preconizado por Cândido Rangel Dinamarco³⁵, segundo o qual deveria o colegiado julgar o mérito do agravo, uma vez que tudo o que se queria evitar com o agravo retido, que seria o assoberbamento do Tribunal, já teria ocorrido. Com efeito, na hipótese em análise, o agravo já fora processado, a pauta já fora ocupada para o exame daquele recurso, valendo destacar que a finalidade da retenção é a economia e a celeridade processuais, que seriam comprometidas se o tribunal convertesse o agravo em retido àquela altura. Uma interpretação literal do inciso I do citado dispositivo legal conduziria, portanto, ao desatendimento da própria finalidade da norma. Seria autorizado concluir, inclusive, que se trataria da aplicação, por analogia, da conhecida teoria da causa madura – desenvolvida quanto ao julgamento do recurso de apelação -, uma vez que todo o trâmite do agravo já teria se desenvolvido, estando o recurso pronto para ser julgado.

Indo além, e, segundo nosso entendimento, com razão, defende Dinamarco, de *lege ferenda*, que “seria oportuno apenar expressamente o agravante que optasse pelo agravo de instrumento em casos onde a lei o exclui, impondo-lhe uma multa em regime de *responsabilidade objetiva* (independentemente de sua boa ou má-fé). O inc. VII do art. 17 do CPC, sancionando como litigância de má fé a interposição de recursos com intuito protelatório, mostra-se insuficiente para a produção dos resultados desejados (...).”³⁶.

Com efeito, reputamos de todo válida a aplicação de mecanismos de contenção da indevida utilização do agravo de instrumento, como meio de buscar balizar o comportamento das partes e evitar o esvaziamento do agravo retido em virtude da atuação temerária dos litigantes. Todavia, entendemos que a responsabilidade objetiva nesse caso se afigura excessivamente onerosa para a parte recorrente, que pode ter incorrido em erro ou pode, sinceramente, acreditar, embora sem razão, que o seu caso concreto se adequa à hipótese de lesão grave e de difícil reparação, autorizadora, em tese, da adoção do agravo de instrumento. Nesse caso, que decerto ocorrerá inúmeras vezes no cotidiano forense, a imputação de responsabilidade objetiva ao recorrente será injusta, o que nos conduz a defender a comprovação da má fé como requisito para a aplicação da multa.

6) Restituição das custas judiciais recolhidas em caso de retenção do agravo de instrumento

³⁴ A nova disciplina do agravo no processo civil decorrente da Lei 11.187/2005. In *Aspectos Polêmicos...* pp. 138/151

³⁵ A Reforma da Reforma. Op. cit. p. 172.

³⁶ Idem. pp.178/179.

Tendo em vista que o agravo retido é isento de custas judiciais, por força do artigo 522, parágrafo único, do Código de Processo Civil, caso a parte recorrente interponha agravo de instrumento e o Relator venha a convertê-lo em retido, terão sido recolhidas as custas desnecessariamente. Nesse caso, para que a parte não seja lesada, sustentamos deva ser estabelecida uma forma de restituição do valor recolhido, seja a devolução das custas, seja a sua compensação com os emolumentos a serem recolhidos futuramente ao longo do processo, cabendo ao Tribunal respectivo regulamentar a questão.

7) Dispensa da reiteração do agravo retido em casos excepcionais: reexame necessário e questões de ordem pública. Não-infringência do princípio que veda a “reformatio in pejus”.

Entendemos, comungando o entendimento esposado pelo ilustre Desembargador Federal José Eduardo Carreira Alvim³⁷, que, em caso de *reexame necessário*, não é necessário que a parte reitere o agravo retido, cabendo ao Tribunal examinar todos os agravos retidos interpostos ao longo do processo, mesmo aqueles contrários aos interesses da Fazenda Pública, independentemente de reiteração.

De fato, não haveria *reformatio in pejus* contra a Fazenda Pública, pois, na remessa necessária, a parte contrária não teria oportunidade de reiterar o agravo retido interposto, uma vez que não seria intimada para apresentar contra-razões, não sendo razoável exigir que interponha apelação voluntária exclusivamente para reiterar o agravo retido outrora apresentado³⁸. Estaria, nesse caso, afastada a previsão contida no §1º do artigo 522, do Código de Processo Civil, que exige que a parte requeira *expressamente* a apreciação do agravo retido pelo Tribunal, sob pena de não-conhecimento do recurso³⁹.

Do mesmo modo, quanto às questões de ordem pública, entendemos que⁴⁰, ainda que o agravante não tenha reiterado o agravo retido por ocasião da interposição da apelação, poderá o Tribunal, mesmo assim, examinar tais questões, uma vez que são congoscíveis de ofício (art. 267, § 3º, CPC).

8) Faculdade outorgada ao agravado de juntar “documentação que entender conveniente” (inc. V, art. 527, CPC).

O legislador, na recente Reforma, alterou a redação do inciso V do artigo 527, para autorizar ao agravado a juntada da “documentação que entender conveniente”. Antes da reforma, poderia o agravado juntar “cópias das peças”. Com isso, permitiu o legislador que o

³⁷ *Novo Agravo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

³⁸ No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. op. cit. p. 501.

³⁹ No mesmo sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Agravo*. op. cit. pp. 594/595. A autora registra o posicionamento divergente de Athos Gusmão Carneiro, exposto no artigo Aspectos Polêmicos do novo CPC, RT 475/216.

⁴⁰ No mesmo sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. op. cit. p.264.

agravado junte aos autos do agravo de instrumento não apenas xerox de peças já existentes no processo, mas *documentos inéditos*. Para o ilustre jurista Athos Gusmão Carneiro, passa o agravado a poder juntar “documentos obtidos em outro processo ou alhures”⁴¹.

No entanto, entendemos que essa permissão deve ser vista com redobrada cautela, em razão dos seguintes fundamentos. Primeiramente, cumpre considerar que o documento a ser apresentado pelo agravado nas contra-razões pode ser *preexistente* e o ele tenha decidido, *propositamente*, juntá-lo somente em grau recursal, configurando verdadeiro “fator surpresa”, configurador de comportamento desleal do recorrido, que não pode ser admitido.

Além disso, forçoso reconhecer que seria *suprimida uma instância*, eis que o juiz de 1º grau não teria examinado esse documento. Pairaria, portanto, sempre a dúvida sobre se o juiz, com esse documento, não teria decidido diversamente, tornando desnecessária, inclusive, a interposição desse agravo de instrumento.

Um argumento final e de capital importância reside no fato de que essa faculdade *não é oferecida ao agravante*, eis que o inciso II do artigo 525, do CPC, que se dirige ao recorrente, continua a autorizar a juntada apenas de “peças” constantes do processo e não de documentos novos, como faz o inciso V do artigo 527, em favor do agravado. Assim sendo, seria criada uma prerrogativa unilateral, apenas para uma das partes (o agravado), ferindo a isonomia, o que não pode ser admitido, devendo ser conferida a mesma prerrogativa a ambas as partes.

Diante das ponderações acima expostas, reputamos indispensável que o julgador esteja atento ao receber um documento inédito trazido somente em grau recursal pelo agravado, a fim de evitar comportamentos desleais.

9) Oitiva do ministério público nas hipóteses previstas nos incisos III a V, do artigo 527, CPC

A lei federal nº 11.187/05 corrigiu um equívoco constante do inciso VI do artigo 527, do Código de Processo Civil. Antes, previa a lei a manifestação do Ministério Público em todas as hipóteses previstas nos incisos I a V do artigo 527, e agora a limita aos incisos III a V.

Isso porque, nos incisos I e II, por ocasião da manifestação do Ministério Público, o Relator já teria decidido monocraticamente acerca da conversão do agravo de instrumento em retido ou lhe teria negado seguimento liminarmente. Assim sendo, naquele momento processual, ou o Relator já havia determinado a manifestação prévia do *Parquet*, se entendesse necessária, ou já não seria mais útil a sua manifestação, após a decisão, salvo se fosse para exercer, eventualmente, o juízo de retratação, sendo, pois, adequada a correção implementada pela recente Reforma.

⁴¹ *Op. cit.* pp. 43/44.

10) Irrecorribilidade da decisão do relator que versar sobre retenção do agravo, pedido de tutela antecipada e efeito suspensivo

O parágrafo único do artigo 527, do CPC, tornou *irrecorrível* a decisão do relator que verse sobre retenção do agravo, pedido de tutela antecipada, total ou parcial, ou de efeito suspensivo, sendo cabível exclusivamente a *reconsideração* da decisão pelo próprio Relator do agravo. Vale ressaltar, desde já, que a decisão do Relator que nega seguimento ao agravo, nos casos do artigo 557, do CPC, continua a ser passível de recurso para o colegiado.

Uma curiosidade destacada por Athos Gusmão Carneiro⁴², e que merece nota, é que, nos debates precedentes à remessa do projeto de lei ao Congresso, houve forte reação à utilização da palavra “irrecorrível”, acusando-se o dispositivo legal de ser “anti-democrático” e ofensivo ao princípio constitucional da ampla defesa. Optou-se, então, por dizer o mesmo com outras palavras, a fim de amenizar o impacto, daí porque prevê a norma que a decisão do relator seria “passível de reforma no momento do julgamento do agravo”, e não diz diretamente que tal decisão é irrecorrível, embora os (polêmicos) efeitos sejam, enfim, os mesmos. Passemos, então, a examinar as principais questões atinentes à irrecorribilidade da decisão proferida pelo Relator.

10.1) Da inconstitucionalidade da irrecorribilidade

Parcela considerável da doutrina pátria reputa inconstitucional, a nosso ver, com propriedade, a irrecorribilidade da decisão proferida monocraticamente pelo Relator do agravo⁴³. Podemos destacar os seguintes fundamentos jurídicos.

Violação do *princípio da colegialidade*, já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁴ e pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁵. Segundo o princípio da colegialidade, o colegiado é que seria o juiz natural para o julgamento do recurso e o Relator do agravo estaria apenas apresentando a Turma ou Câmara julgadora. Assim sendo, a decisão proferida pelo Relator seria constitucional na medida em que fosse passível de conferência pelo órgão colegiado.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo 183.380-7/MG, de relatoria do Min. Carlos Velloso, entendeu que “é legítima a disposição que confere ao relator competência para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso, *desde que*, mediante recurso – agravo regimental, por exemplo – possam as decisões ser submetidas ao controle do

⁴² *Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005. op. cit. p. 47.*

⁴³ Nesse sentido, antes mesmo da recente Reforma, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma. op. cit. p. 192.* Adotando o mesmo posicionamento, ROCHA, Felipe Borring. *Op. cit.* SOUZA, André Pagani de. *O regime de retenção do agravo. In Aspectos Polêmicos... Op. cit. pp. 26/27.*

⁴⁴ Resp 575.938/SC, Rel. Min. Luiz Fux; Resp 770.620/PA, Rel. Min. Castro Meira. Disponíveis no endereço eletrônico: www.stj.gov.br

⁴⁵ AgReg no AI 471.080-1/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível no endereço eletrônico: www.stf.gov.br

colegiado.”. Desse modo, não havendo recurso contra a decisão monocrática, seria inconstitucional tal decisão.

Cândido Rangel Dinamarco, por seu turno, com a autoridade que lhe deve ser conferida, reconhece que “constitui fator legitimante da outorga desses poderes extraordinários ao relator a oferta de um recurso contra o ato deste, como meio de assegurar à parte contrariada um julgamento em colegiado (turma, câmara) – porque a colegialidade dos julgamentos superiores é inerente à fórmula ocidental de diversidade de graus jurisdicionais e de seu próprio fundamento sistemático.”⁴⁶. O aludido jurista entende que solução diversa seria de “duvidosa constitucionalidade”, pois iria contra a garantia constitucional do devido processo legal.

O ilustre Professor Leonardo Greco⁴⁷ defende que a colegialidade não consiste em garantia do jurisdicionado, mas uma garantia estrutural, especialmente nos sistemas, como o nosso, de juiz monocrático de primeiro grau. A probabilidade de acerto de uma decisão proferida por um só juiz e revista por apenas um juiz seria reduzida, segundo o mencionado jurista, pondo em xeque a irrecorribilidade da decisão proferida monocraticamente pelo Relator.

Assim sendo, embora se entenda que o duplo grau de jurisdição não consiste em garantia constitucional inafastável⁴⁸, certo é que, sendo previsto recurso para o Tribunal Superior, e, assim, estando previsto o duplo grau de jurisdição na espécie, como é o caso do agravo, esse princípio só seria atendido no caso de possibilidade de exame da matéria pelo colegiado, uma vez que a finalidade desse princípio é o aprimoramento da decisão jurisdicional. Seria necessário submeter a questão aos Desembargadores integrantes da Turma ou Câmara competente, que são juízes mais experientes e que, em conjunto, debateriam a matéria. Somente assim seria verdadeiramente alcançada a finalidade de aprimoramento da decisão judicial.

Cabe registrar, inobstante a nossa discordância, que parte da doutrina não vislumbra qualquer mácula de inconstitucionalidade na irrecorribilidade da decisão proferida pelo Relator. O magistrado Gustavo Filipe Barbosa Garcia, em obra anteriormente mencionada, argumenta que a irrecorribilidade busca “imprimir maior celeridade no procedimento recursal do agravo de instrumento”, não violando qualquer disposição constitucional, e que estaria o legislador adotando a sistemática “amplamente adotada no processo do trabalho”.

10.2) Meios de impugnação da decisão monocrática

Primeiramente, merece registro o posicionamento adotado pelo ilustre processualista Humberto Theodoro Junior, em seu artigo “O problema da recorribilidade das interlocutórias

⁴⁶ *A Reforma da Reforma. op. cit.* p. 192

⁴⁷ GRECO, Leonardo. *A falência do sistema de recursos*. In Revista Dialética de Direito Processual 1/103.

⁴⁸ Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros. 2003. pp. 158/159.

no processo civil brasileiro”⁴⁹ que, antes mesmo da edição da lei federal nº 11.187, já defendia a conversão *obrigatória* pelo Relator dos agravos de instrumento em retido, salvo casos de lesão de difícil reparação, sendo *irrecorrível* essa decisão. Segundo o renomado Professor, esta seria uma forma de conter a avalanche de recursos dirigidos aos Tribunais de todo o país.

No entanto, o próprio Professor detectou – e criticou – a problemática concernente à *proliferação de mandados de segurança* nessas situações, que poderiam ser consideradas “situações-limite”, em que não há previsão legal de um recurso *stricto sensu* a ser utilizado pela parte. O citado jurista examinou a multiplicação de mandados de segurança à luz da impossibilidade – vigente à época da elaboração daquele trabalho – de o Relator do agravo conceder efeito suspensivo ao recurso, mas seus comentários se aplicam, *mutatis mutandis*, ao cenário que ora se apresenta por força da irrecorribilidade das decisões monocráticas proferidas pelo Relator, em que também não há previsão de recurso cabível.

Todavia, inobstante as críticas formuladas pelo célebre jurista, dirigidas ao vultoso número de mandados de segurança, mesmo assim, defende o seu uso como sucedâneo do agravo retido. A esse respeito, merecem transcrição as suas palavras, inseridas na citada obra, *in verbis*:

“Se o volume de agravos de instrumento descabidos, aliados aos agravos internos que o insucesso dos primeiros acarreta é muito maior que o dos antigos mandados de segurança – que sempre foram excepcionais porque sujeitos a requisitos mais sérios que os dos agravos internos –, já seria tempo de pensar em voltar ao risco de conviver com o mandado de segurança durante a tramitação mais bem policiada dos agravos.”

Desse modo, tendo em vista a inexistência de recurso contra a decisão monocrática proferida pelo Relator, seria cabível a impetração de mandado de segurança, conforme preconizado pelo Professor Humberto Theodoro Junior desde há muito e ora reconhecido pela doutrina.

Externando posição diversa, o autor Manoel Caetano Ferreira Filho entende que, *a rigor*, de acordo com a letra da lei, seria incabível qualquer meio de impugnação da decisão monocrática do Relator, inclusive mandado de segurança, uma vez que o parágrafo único do artigo 527, do CPC, dispõe que tal decisão somente será “passível de reforma no momento do julgamento do agravo”. Logo, conclui o referido jurista, a lei vedaria *qualquer meio* de reforma da decisão, inclusive o mandado de segurança, e não apenas o descabimento de recurso *stricto sensu*. No entanto, o próprio autor acaba por reconhecer o cabimento de mandado de segurança, caso preenchidos os requisitos de liquidez e certeza do direito alegado, sob pena de violar o princípio do acesso à justiça e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

⁴⁹ Artigo disponível no endereço eletrônico: www.abdpc.org.br. Consulta realizada em 10/04/06.

Ademais, conforme destacamos anteriormente, o legislador da recente Reforma apenas adotou essa expressão mais extensa meramente com a finalidade de suavizar o impacto advindo da redação original do projeto de lei, que previa textualmente a “irrecorribilidade”, e que ensejou, à época, severas críticas de diversos segmentos da sociedade. No entanto, o propósito do legislador continuou a ser o descabimento de qualquer recurso ao colegiado contra a decisão monocrática do Relator do agravo, o que fragiliza o argumento tecido pelo citado jurista.

Outro meio de impugnação apontado pela doutrina⁵⁰ consiste no cabimento de requerimento de medida cautelar inominada dirigida ao Presidente da Câmara ou Turma - colegiado integrado pelo Relator do agravo -, demonstrando os requisitos da cautelar. Seria, em última análise, uma forma de transpor a irrecorribilidade da decisão monocrática, submetendo-a à revisão do Presidente.

Por fim, cumpre registrar nosso posicionamento sobre a questão ora debatida. Entendemos que a irrecorribilidade da decisão monocrática proferida pelo Relator, além de inconstitucional, configuraria um verdadeiro retrocesso prático e, inclusive, científico⁵¹. Se o ordenamento jurídico já previa um recurso adequado - seja na lei, seja no regimento interno dos Tribunais - para a revisão da decisão desfavorável à parte, a sua supressão, para dar lugar a um “lamentável sucedâneo”, nas palavras de Athos Gusmão Carneiro ao aludir ao mandado de segurança⁵², seria um contra-senso e uma involução.

Alie-se a isso o fato de que, a todas as luzes, tendo em vista a cultura vigente em nossa comunidade jurídica de interposição sucessiva de recursos – que talvez beire uma verdadeira “compulsão” -, decerto a inexistência de recurso próprio dará lugar à multiplicação de mandados de segurança, ocasionando justamente o mesmo asoberbamento do Tribunal a que se visava inicialmente suplantar. Diante disso, se essa perspectiva se concretizar, nem mesmo o único (louvável) propósito do legislador da Reforma de desafogar os Tribunais terá sido alcançado, restando apenas, como legado, um lamentável retrocesso técnico e científico, em que se suprime um recurso para dar lugar à utilização promíscua e atécnica de um sucedâneo recursal.

Com efeito, a exclusão da previsão legal de um recurso específico e próprio não possui o condão de conter eventual “fúria recursal” das partes e seus advogados, que certamente irão, com criatividade, lançar mão de outros meios processuais – decerto menos adequados tecnicamente – para canalizar seu descontentamento.

⁵⁰ ROCHA, Felipe Borring. *op. cit.*

⁵¹ No mesmo sentido, ROCHA, Felipe Borring. *op. cit.*

⁵² *Op. cit.* pp. 34/48.

Desse modo, o ponto fulcral, segundo nosso entender, reside na *utilização responsável* do agravo regimental⁵³, e não a sua supressão, como optou o legislador através da lei federal nº 11.187/05.

Se a interposição incabível e indiscriminada do agravo regimental acarretou o assoberbamento do Tribunal, o mais adequado seria conter os abusos através da aplicação da multa por interposição de recurso manifestamente protelatório ou inadmissível (artigo 16, inciso VII e artigo 557, §2º do CPC), medida essa pouco utilizada pelos Desembargadores e que já era preconizada, mesmo antes da recente Reforma, por juristas do jaez de Cândido Rangel Dinamarco, conforme expusemos oportunamente.

Talvez com isso se lograsse reeducar as partes e advogados e, a médio prazo, fazer com que o agravo regimental fosse interposto somente nos casos em que a decisão do Relator fosse irrazoável ou contrária à lei ou à prova dos autos, sem o (elevado) custo de suprimir um recurso e envolver tecnicamente, elastecendo e comprometendo, inclusive, os contornos específicos do mandado de segurança.

11) Direito intertemporal:

A doutrina distingue o cabimento do recurso de seu processamento, no que tange à aplicação da lei nova⁵⁴. Quanto ao cabimento, aplica-se o novo regime às decisões publicadas na vigência da nova lei⁵⁵, ou seja, caberá agravo retido como regra geral contra as decisões *publicadas* após 17/01/2006, a fim de preservar o que se denomina, doutrinariamente, “direito adquirido processual”⁵⁶.

De outra parte, quanto ao processamento, a lei nova atingirá o processo no exato momento processual em que se encontre, ou seja, terá aplicação imediata, alcançando o processo imediatamente. Assim sendo, disposições novas, como a possibilidade de o agravado

⁵³ Esse raciocínio também é válido em relação à utilização responsável do agravo de instrumento como verdadeira *exceção* à regra geral do regime retido de interposição do agravo. Entendemos que a melhor solução a ser adotada pelos julgadores não consiste na adoção de uma postura rígida e extremista contrária à admissão de agravos de instrumento, mas sim no exame apurado da efetiva presença dos requisitos autorizadores de sua interposição, tais como a ocorrência, *in status assertionis*, de lesão grave e de difícil reparação. Do contrário, estar-se-á suprimindo, daquele a que faz jus, o reexame imediato da questão jurídica controvertida, o que poderá significar a própria negativa da prestação jurisdicional, que, prestada a destempo, pode não ter mais nenhuma utilidade ao agravante.

⁵⁴ FÉRES, Marcelo Andrade. *op. cit.*

⁵⁵ Nesse sentido, a nosso ver, com razão, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC Brasileiro. op. cit.* pp. 620/621, nos seguintes termos: “Assim, se a lei nova passa a vigorar, tendo sido já prolatada a decisão, ainda em curso o prazo para a interposição do recurso, este deve ser interposto *no antigo regime*. O recurso segue o regime da lei vigente à época da prolação da decisão. (...) Dia da sentença seria, em princípio, quando de sentença se tratar, a data em que foi publicada a decisão, seja em audiência na presença das partes e/ou de seus advogados, ou em cartório, nas mãos do escrivão, ou pela imprensa oficial.”

⁵⁶ Expressão utilizada por Galeno Lacerda em sua obra *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense. 1974.

juntar documentos inéditos aos autos do agravo será possível desde já, inclusive nos agravos interpostos *anteriormente* à entrada em vigor da lei federal nº 11.187/05⁵⁷.

O jurista Marcelo Andrade Féres entende que o Relator deverá converter imediatamente em retido o agravo de instrumento em que não haja perigo de lesão grave, ainda que tenha sido interposto contra decisão proferida antes da entrada em vigor da nova lei, ao argumento de que a conversão em agravo retido concerne meramente ao *processamento* do recurso e não a seu cabimento.

Ousamos divergir do citado jurista, pois entendemos que o regime do agravo – ou seja, retido ou de instrumento - se refere sim ao *cabimento* do recurso, devendo, por isso, incidir a lei nova somente quanto às decisões publicadas após a sua entrada em vigor, a fim de preservar os valores de segurança e previsibilidade⁵⁸, primordiais no Estado Democrático de Direito.

12) Bibliografia

ALVIM, J. E. Carreira. *Novo Agravo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *O Agravo de Instrumento na lei nº 11.187/05 e as recentes decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: um alerta necessário*. Disponível em: www.abdpc.org.br. Consulta realizada em 10/04/2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Algumas Considerações sobre a Nova Sistemática legal do agravo contra decisões interlocutórias no Processo Civil Brasileiro (Modificações da Lei n. 11.187/05)*. In *Revista Dialética de Direito Processual*. Vol. 37. São Paulo: Oliveira Rocha, 2006.

GUEDES, Jefferson Carús. *O Princípio da Oralidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

NORONHA, Carlos Silveira. *Do agravo de instrumento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

⁵⁷ Em sentido contrário, entendendo que o processamento do recurso obedece à mesma regra de Direito Intertemporal de seu cabimento, ou seja, incide a lei vigente na data da publicação da sentença inclusive no que se refere ao processamento do recurso, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *op. cit.* pp.631/633.

⁵⁸ Teresa Arruda Alvim Wambier, na citada obra *Os Agravos no CPC Brasileiro* pp. 616/617, externa a mesma preocupação com tais valores, ao examinar o Direito Intertemporal.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Nova Sistemática do Cumprimento de Sentença: Reflexões sobre a lei nº 11.232/05*. In *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 37, São Paulo: Oliveira Rocha, 2006.

ROCHA, Felipe Borring. *Considerações iniciais sobre as últimas alterações no recurso de agravo*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br>. Consulta realizada em 20/04/2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O problema da recorribilidade das interlocutórias no Processo Civil Brasileiro*. Disponível em www.abpc.org.br. Consulta realizada em 20/03/2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (org.) *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. Vol. 2. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.