

O RECURSO DE AGRAVO E AS DIRETRIZES ESTABELECIDAS PELA LEI 11.187/2005

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, mestre e doutor em direito (UFPA), Procurador do Estado do Pará, professor da Universidade da Amazônia, do Centro Universitário do Estado do Pará e da Faculdade Ideal.

Sumário

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

1) OS OBJETIVOS DA CONTINUIDADE DAS REFORMAS PROCESSUAIS

A partir da década de 1990, as discussões quanto a necessidade de reforma do Código de Processo Civil ganharam maior fôlego, debatendo-se a questão envolvendo a celeridade e a efetividade da prestação Jurisdicional¹.

Assim, a comissão reformista desenvolveu importante estudo visando o aperfeiçoamento da lei processual, culminado com a elaboração de três anteprojetos de reforma do CPC, convertidos nas Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02.

¹Celeridade não significa, sempre e sempre, efetividade da prestação jurisdicional. Efetividade enseja a necessidade do processo assegurar a entrega do bem jurídico discutido, haja vista que a falta de julgamento ou o atraso excessivo constituem-se clara injustiça. Aliás, como bem ensina João Batista Lopes: “um processo célere não será necessariamente efetivo se, por exemplo, sacrificar uma das garantias constitucionais. Suponha-se, por exemplo, que, em causa de grande complexidade técnica, que envolva matéria contábil, resolva o juiz indeferir a perícia e julgar antecipadamente a lide. Teremos, aí, não um julgamento antecipado, mas um julgamento precipitado...E julgamento precipitado não garante, à evidência, a efetividade da jurisdição”. *Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil*. Revista de Processo n. 116, julho-agosto de 2004. São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 34.

Os projetos procuraram, de certa forma, superar alguns entraves existentes na legislação adjetiva civil. A Lei 10.352/01 trouxe, dentre outras, alterações substanciais no instituto do reexame obrigatório; no efeito suspensivo da apelação; além de consagrar maiores poderes aos relatores do agravo de instrumento e a possibilidade do próprio advogado declarar que as peças juntadas no agravo de instrumento são autênticas.

Em outra oportunidade apresentou-se ensaio abordando especialmente as alterações ocorridas em relação ao agravo retido, ocasião em que se observou que as mesmas atenderam aos reclamos dos operadores do direito, visando desafogar a grande quantidade de recursos existentes nos Tribunais Estaduais e Regionais Federais². Portanto, em última análise, a intenção do legislador foi oferecer maior poder ao relator em determinar o retorno do recurso para o processamento em primeira instância, convertendo-o em retido, além de possibilitar a concessão de tutela emergencial em sede recursal.

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

Ocorre que, mesmo após a entrada de vigência das três leis citadas anteriormente, houve a continuidade dos projetos de reformas do CPC, inclusive estando hoje aproximadamente 23 projetos de lei sendo discutidos no legislativo federal, dentre os quais dois (nos. 4.727/2004-72/2005 e 4.729/2004) tratando novamente do recurso de agravo.

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

2- AS ALTERAÇÕES DECORRENTES DA LEI 11.187/2005 ENVOLVENDO O RECURSO DE AGRAVO

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

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.

²ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Novas diretrizes do agravo retido após as reformas processuais*. Revista Forense vol. 374. agosto/2004. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

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

Inicialmente, a Lei 10.352/01 procurou estimular a utilização do agravo retido que, antes desta etapa da reforma, era utilizado segundo a livre convicção do agravante. Com efeito, como esclareceu o Professor Humberto Theodoro Júnior, em lição anterior à Lei 10.352/01: “A escolha entre formar o instrumento para imediata apreciação do tribunal ou reter o agravo nos autos para futuro julgamento, em preliminar de apelação, é, em princípio, faculdade exclusiva da parte recorrente. São apenas suas conveniências que determinam a opção por uma ou outra modalidade de processamento”³

A vantagem do agravo retido em relação ao agravo de instrumento⁴ é a sua tramitação, considerando que independe de preparo, de peças obrigatórias, de autos independentes e permanece nos autos do processo de conhecimento, aguardando a ratificação quando da interposição da apelação ou nas contra razões. Sem dúvida que o agravo retido é mais simpático dentro da sistemática de efetividade do processo e de tempestividade da prestação jurisdicional, inclusive atendendo às novas diretrizes estabelecidas pelo *princípio constitucional da duração razoável do processo* – proveniente da EC 45 (art. 5º, LXXVIII).

Realmente, é mais simpático e atende ao reclamo de tempestividade da tutela jurisdicional considerando que: a) evita preclusão da matéria decidida; b) a sua apreciação fica condicionada à chamada dupla provocação (quando da interposição e da ratificação na apelação); c) não se acumula nos tribunais ordinários, considerando que permanece nos autos originários aguardando momento próprio de subida. O efeito devolutivo do agravo retido dependerá da ratificação quando da interposição do apelo em face da decisão final. Destarte, como bem destaca Cândido Dinamarco, trata-se de *devolução gradual*, dependendo de certos eventos que no futuro ocorrerão ou deixarão de ocorrer⁵.

Assim, a alteração processual ocorrida no ano de 2001/2002 procurou aumentar o campo de cabimento do agravo na modalidade retida nos autos, inclusive trazendo hipóteses onde seu manejo passou a ser obrigatoriamente retido.

Com efeito, a redação do §4º do art. 523, proveniente da Lei 10.352/01 é a seguinte: “*Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida*”.

³ THEODORO, JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol I, 30ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 584.

⁴ Dever-se-ia mencionar agravo por instrumento, porque sua tramitação requer instrumento novo, autos independentes, com as peças obrigatórias e facultativas contidas no CPC. Aliás, a alteração do art. 522 do CPC advinda da lei 11.187/05 corretamente menciona a interposição de agravo *por instrumento*.

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

Pela redação processual, procurou a Comissão de reforma inverter a ordem recursal: o agravo retido passando a ser regra e o por instrumento, a exceção.

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

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

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

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

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

- a) Decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento – Agravo retido oral⁶;
- b) Decisões envolvendo inadmissão da apelação, bem como os efeitos em que é recebida – agravo por instrumento;
- c) Qualquer decisão interlocutória proferida em primeiro grau, exceto quando se tratar de decisão suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação – agravo retido;

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

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

⁶ Necessário registrar que a redação advinda da Lei 10.352/01 apenas sugeria a interposição oral do agravo retido. Com o projeto, a forma *retida e oral* passa a ser obrigatória.

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

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

Especificamente no que respeita à primeira indagação, mister é ratificar as lições apresentadas por Leonardo José Carneiro da Cunha, ao comentar, ainda com a redação proveniente da Lei 10.352/01, a hipótese de tutela de urgência concedida na audiência de instrução e julgamento. De acordo com seu posicionamento: “obviamente que se a decisão proferida naquela audiência for, por exemplo, uma *liminar*, uma *tutela antecipada* ou, enfim, um *provimento de urgência*, haverá risco de dano irreparável, devendo ser interposto um agravo de instrumento, sendo despropositado o agravo retido. Não somente nos casos de liminares, mas de qualquer outra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento que cause dano iminente, restará a via do agravo de instrumento, estando cerrado o caminho para o agravo retido, á míngua de interesse recursal, dada sua inutilidade ou inaptidão para combater o dano ou a lesividade imposta à parte”⁷.

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

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

⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Inovações no Processo Civil (Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001)*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 96 e 97.

Aliás, não haveria interesse na interposição de agravo retido considerando o regime de retenção e o adiamento de sua apreciação. Nos casos em questão, apesar das decisões terem sido proferidas em audiência de instrução e julgamento, a necessidade de imediata manifestação jurisdicional demonstra a falta de interesse em interpor o agravo na modalidade retida. Portanto, cabível o agravo de instrumento, inclusive com pedido de antecipação da pretensão recursal.

B) decisões posteriores à sentença. Apenas as que apreciam o recurso de apelação e seus efeitos estão sujeitas à agravo por instrumento?

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

Nesse particular, andou bem a proposta de reforma que antecedeu a lei 11.187/05, inclusive aprimorando a redação advinda da Lei 10.352/01, que naquela ocasião alterou redação obscura contida no art. 524, §4º de que *será sempre retido o agravo das decisões posteriores à sentença, salvo caso de inadmissão da apelação*.

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

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

Contudo, analisando o projeto, devem ser enfrentadas as situações envolvendo decisões posteriores às sentenças mandamentais e executivas. Destarte, o processo civil deste novo século caminha no sentido de quebrar a autonomia dos Livros do CPC, permitindo que a efetivação das decisões judiciais possa vir a ocorrer sem a necessidade de ação de execução autônoma.⁸

⁸Alexandre Freitas Câmara chega a afirmar que a “tutela jurisdicional condenatório-executiva permanece sendo, muitas vezes, o grande ‘vilão’ a prejudicar a plena efetividade do processo, vez que a demora do processo de conhecimento de procedimento ordinário, somado às mazelas do processo executivo, é capaz de provocar situações em que o direito material (ou o próprio processo) seja alvo de um dano grave, de difícil ou impossível reparação”. *Novas observações sobre a efetividade do processo*. In *Escritos de Direito Processual*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 43. A preocupação quanto à autonomia do processo de execução quando advém do processo de conhecimento também foi bem enfrentada por Athos Gusmão Carneiro, em trabalho publicado em 2001, quando observou que: “após o longo contraditório do processo de conhecimento, ultrapassados todos os percalços, vencidos os sucessivos recursos, sofridos os prejuízos decorrentes da demora (pelo menos o *damno marginale in senso stretto* de que nos fala Italo Andolina), o demandante logra

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

Destarte, com a alteração advinda da lei 10.444/02, as sentenças envolvendo tutelas específicas em regra são efetivadas sem a necessidade de processo de execução autônomo⁹, mediante técnicas mandamental ou executiva¹⁰, restando a execução judicial tão somente para os títulos executivos extrajudiciais, consoante a redação dos arts. 461, 461A, 621, 632 e 644¹¹, todos do CPC.

Ademais, necessário destacar que está em está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei 3.253/04 que procura implementar maior estímulo à execução sem a autonomia do

obter ao fim a prestação jurisdicional definitiva, com trânsito em julgado da condenação da parte adversa. Recebe então a parte vitoriosa, de imediato, sem tardança maior, o ‘bem da vida’ a que tem direito? Triste engano: a sentença condenatória é título executivo, mas não se reveste de preponderante eficácia executiva. Se o vencido não se dispõe a cumprir a sentença, haverá iniciar o processo de execução, efetuar nova citação, sujeitar-se à contrariedade do executado mediante ‘embargos’, com sentença e a possibilidade de novos e sucessivos recursos”. *Sugestões para uma nova sistemática da execução*. Revista de Processo n. 102. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 140.

⁹ De acordo com as lições de Luiz Guilherme Marinoni, “o CPC, em seus arts. 461 e 461A, *generalizou a dispensa de ação de execução diante das sentenças relativas a não-fazer, fazer e entrega de coisa*. Em razão dessas disposições, tais sentenças, mesmo que *dependentes da prática de ato pelo réu* (as quais, assim, em princípio poderiam ser condenatórias), embora não autorizem, desde logo, a expedição de mandado de execução, eliminam a *necessidade de propositura da ação de execução*”. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004, p. 121.

¹⁰ Utiliza-se a expressão *mandamental* e *executiva*, para denominar decisões que são efetivadas sem a necessidade de nova provocação judicial, em que pese haver, em doutrina, quem prefira utilizar, em relação a esta última, a denominação *executiva lato sensu* para diferenciar daquelas decisões que necessitam de nova provocação judicial para sua efetivação. Ambas atuam sem a necessidade de nova demanda, como se pode observar, *v.g.* na sentença envolvendo o mandado de segurança ou as ações possessórias, onde a conduta é alcançada sem a presença de uma nova provocação judicial. Aliás, sobre a diferenciação entre essas duas modalidades, em que pese a polêmica que o assunto ainda provoca, entende-se bastante esclarecedora a observação apresentada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “a tutela mandamental, embora atue como a executiva *lato sensu*, por meio de emissão de ordens do juiz, desta se diferencia porque age sobre a vontade da parte e não sobre o seu patrimônio. Assim o exige a situação jurídica substancial porque a natureza da obrigação não recomenda, dentro da idéia de maior efetividade possível, o emprego da tutela condenatória”. *O problema da eficácia da sentença*. Revista de Processo n. 112. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p.21.

¹¹ Com isso, as recentes reformas incentivam o sincretismo processual, permitindo que, diante de única provocação judicial, possam ser praticados atos de conhecimento e execução, permitindo a duração razoável do processo. Aliás, Joel Dias Figueira Júnior, comentando a Lei 10.444/02, chega a afirmar que: “o nosso legislador reformista, ou os doutrinadores, haverão de encorajar-se para conferir às malsinadas *sentenças condenatórias* natureza verdadeiramente *mandamental*, a exemplo do que se verifica no revolucionário art. 17 inserto na nova Lei que instituiu os *Juizados Especiais Federais* (Lei 10.259, de 12/7/01), onde encontramos a *transmutação da condenação (exortação) em mandamentalidade (ordem)*, se e quando constatado o inadimplemento espontâneo da sentença diante da recalcitrância do sucumbente”. *Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 09.

livro II do CPC, ou da efetivação sem execução, desta feita nos casos envolvendo condenação em quantia¹².

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

Nesses casos, a sentença efetivamente não encerra a prestação da tutela jurisdicional, configurando apenas o encerramento de um capítulo (talvez o mais simples em termos práticos) que identifica o ônus a ser cumprido, restando o capítulo do *efetivo* cumprimento, inclusive utilizando as medidas de apoio no alcance da tutela específica ou mesmo do resultado prático equivalente. Aliás, no cumprimento há o rompimento das amarras previstas no princípio da adstrição (arts. 128 e 460 do CPC)¹³.

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

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

¹² Já se teve oportunidade de lançar algumas observações sobre o cumprimento da sentença e a nota etapa da reforma processual. Sobre o assunto, ver meu *Cumprimento da sentença e a 3ª etapa da reforma processual – primeiras impressões*. Revista de Processo n. 123. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, pp. 142-158.

¹³ Em outra oportunidade, já se observou que: “Destarte, na obtenção da tutela específica ou do resultado equivalente, poderá o juiz utilizar as medidas de apoio do sistema, inclusive fixando a multa, modificando seu valor ou periodicidade, além de dar conteúdo diverso daquele pedido pelo autor, tudo como forma de alcançar a efetividade da tutela jurisdicional sem a necessidade de ação de execução do julgado”. ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Efetivação, execução e cumprimento das decisões judiciais – os poderes do juiz diante das novas reformas do CPC*. Revista Dialética de Direito Processual n. 28. São Paulo : Dialética, 2005, p. 71. Ainda abordando os arts. 461 e 461 A, Cândido Rangel Dinamarco ensina que: “Esses dispositivos transgridem a tradicional regra da correlação entre o provimento jurisdicional e a demanda (art. 128 e 460), quando mandam que o juiz, diante da resistência do obrigado ao preceito contido na sentença, determine ‘providências que assegurem resultado prático equivalente ao do adimplemento’- sem que essas providências hajam sido postuladas na demanda inicial do processo de conhecimento. Transgridem ainda a regra do *exaurimento da competência* porque, embora o juiz esteja em princípio impedido de inovar no processo de conhecimento depois de publicada a sentença de mérito (art. 463), para a efetivação dessas obrigações a lei o autoriza a inovar mediante as providências descritas no *caput* e parágrafos do art. 461 (v. também art. 461 – A); essas providências desencadeiam-se no próprio processo de conhecimento, que para sua realização se reanima apesar de declarado extinto (art. 469, inc. I)”. Nova era do processo civil. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 19 e 20. Já Luiz Guilherme Marinoni defende que: “está prevista, nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, a possibilidade de o juiz dar conteúdo diverso ao fazer ou ao não fazer pedido, ou melhor, impor outro fazer ou não fazer, desde que capaz de conferir resultado prático equivalente àquele que seria obtido em caso de adimplemento da ‘obrigação originária’. Assim, por exemplo, se é requerida a cessação da poluição, e o juiz verifica que basta a instalação de certa tecnologia para que ela seja estacada (um filtro, por exemplo), outro fazer deve ser imposto”. *As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva*. Revista Genesis de Direito Processual, vol. 29. Curitiba : Genesis Editora, 2003, p. 559.

A resposta de início pode caminhar para a primeira sugestão, fazendo simples leitura do art. 522, inclusive levando em conta que a *ratio legis* é esvaziar a utilização do agravo por instrumento em face de decisão interlocutória de primeiro grau. Contudo, nos casos de risco de dano à parte, mesmo sendo a decisão proferida após a sentença, mister defender o cabimento do agravo na modalidade instrumental.

Realmente, nos casos de sentenças efetivadas sob as técnicas *mandamental* ou *executiva*¹⁴, as ordens de cumprimento estão sujeitas ao agravo por instrumento, desde que comprovado o enquadramento na previsão contida no caput do art. 522 (*lesão grave e de difícil reparação*). Imaginem-se ordens de cumprimento provenientes de ação de despejo, de reintegração de posse, de mandado de segurança, de obrigação de fazer ou não fazer, de entrega de coisa, etc, não haverá interesse recursal no manejo de agravo retido, considerando a provável necessidade de tutela emergencial visando evitar o dano a ser suportado pelo agravante.

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

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

Não resta dúvida que, com a implementação da regra do agravo na modalidade retida nos autos, há claro prestígio ao trabalho do magistrado de primeiro grau, considerando que os seus pronunciamentos judiciais interlocutórios apenas serão analisados quando do julgamento do eventual recurso de apelação interposto em face da sentença. Contudo, se de um lado procura o projeto de reforma¹⁵ prestigiar os princípios da celeridade, oralidade e diminuir o número de agravos de instrumento nos Tribunais Estaduais e Regionais Federais, por outro poderá aumentar as hipóteses das chamadas *sentenças sob condição resolutiva*.

Destarte, imagine hipótese de interposição de agravo retido discutindo o cerceamento do direito de defesa em virtude do indeferimento de uma prova e, em virtude da procedência

¹⁴ Não é objetivo do presente trabalho enfrentar a classificação das sentenças, nem a existência ou não de autonomia em relação a mandamental e executiva. Utiliza-se a expressão *técnica de cumprimento* apenas para demonstrar que a efetivação do *decisum* é realizada sem necessidade de nova provocação judicial. Sobre a classificação das sentenças, sem cansar o leitor com indicação bibliográfica longa, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. Temas de Direito Processual . 4ª série. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 175-183 e *Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças*. Temas de Direito Processual, 8ª série, São Paulo : Saraiva, 2004, p. 125-142. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. 1ª edição. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas – SP : Bookseller, 1998, p. 131-159. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O problema da eficácia da sentença*. Revista de Processo n. 112. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p.9-22 e SATTA, Salvatore. *Teoria e pratica del processo (saggi di diritto processuale)*. Roma : Soc. Ed. Del ‘foro italiano, 1940, p. 321-330.

¹⁵ O que também ratifica as diretrizes também previstas pela Lei 10.352/01.

do pedido requerido pela parte adversa, houver a interposição de apelação e a ratificação do agravo. *In casu*, é claro que há prejudicialidade entre os recursos, sendo primeiramente apreciado o agravo retido e, em seguida e dependendo do resultado daquele, é apreciado o recurso de apelação¹⁶. Se houver o provimento do agravo retido, o resultado poderá atingir os atos decisórios posteriores, inclusive a sentença impugnada pela apelação, *ex vi* art. 248 do CPC.

Referida hipótese, de extrema relevância prática, poderá ensejar discussões envolvendo a demora no encerramento da litispendência. A consequência, em primeira análise, é que a sentença será atingida pelo provimento do agravo, porque estava sujeita ao desprovimento de ambos os recursos. Sobre o assunto, importante transcrever as lições de Rodrigo Xavier Leonardo: “Suponhamos que o juízo monocrático defira a utilização de prova moralmente inidônea ou ilícita e que a contraparte recorra da decisão, manejando o recurso de agravo sob a forma retida. Saindo-se vitoriosa a parte que se utilizou da prova moralmente inidônea ou ilícita, caso o tribunal, ao conhecer preliminarmente do recurso retido, entenda pela ilicitude ou imoralidade da prova o processo deverá retornar à fase instrutória, que deve ser refeita integralmente, sendo, inclusive, substituído o julgador monocrático que teve contato com a prova inadmissível em nosso sistema processual”¹⁷.

Aliás, o Professor Nelson Nery Júnior faz importantes observações envolvendo o tema da sentença sob condição resolutiva. Destaca que: “Como o agravo é recebido, em regra, apenas no efeito devolutivo (CPC 497 e 527, III *a contrario sensu*), a decisão agravada é desde logo eficaz e o procedimento não se interrompe com a interposição do recurso. Os atos processuais que são praticados depois da interposição do agravo ficam sujeitos a *condição resolutiva*, isto é, dependem do desprovimento do recurso. Caso seja provido, todos esses atos tornam-se ineficazes”¹⁸

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

¹⁶ Essa prejudicialidade ocorre nos casos de julgamento simultâneo da apelação e do agravo (retido ou mesmo por instrumento) pendente de apreciação colegiada. Aliás, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, inclusive indicando outros precedentes daquele próprio tribunal, do STF e do extinto TFR: “Processual civil. Mandado de segurança. Decisão indeferitória de pedido de intervenção como assistente. Apresentação de agravo de instrumento. “Writ” concedido. “Interposição” de apelação. Ordem do julgamento: agravo e depois, se for o caso, a apelação, e não o contrário. Provimento do agravo de instrumento: insubsistência dos atos processuais posteriores incompatíveis com o resultado do julgamento do agravo. Precedentes do STF, do STJ e do extinto TFR. Recurso provido. I - Havendo num mesmo processo recursos de apelação e de agravo de instrumento, este “deve” ser julgado antes daquele. Precedentes do STJ: Resp 49652/RJ, Resp 17030/Pe e Resp 43.784/MT. II - Por força do efeito devolutivo, o provimento do agravo de instrumento torna insubsistentes todos os atos processuais (inclusive a sentença proferida durante o processamento do agravo) incompatíveis com o resultado do julgamento deste recurso. Precedentes do STF: RE 89.980/SP, RE 94.344/BA. Precedente do extinto TRF: Ac 125.835/RJ. III - Recurso especial conhecido e provido”. (REsp. 29035/ PR – Rel. Min. ADHEMAR MACIEL – 2ª Turma – J. em 12/12/1996 – DJ de 24.02.1997 p. 3310 - REVPRO vol. 87 p. 287 - RSTJ vol. 95 p. 142).

¹⁷ *O Recurso de Agravo e a Nova Reforma do Código de Processo Civil*. In A Segunda Etapa da Reforma Processual. Coord. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 271.

¹⁸ *Teoria geral dos recursos*. . 6ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais 2004, p. 434.

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

Contudo, de maneira geral vale a pena correr o risco, considerando que as situações em que tal consequência poderá ocorrer por certo são bem menores do que o número de agravos por instrumento que se procura evitar, inclusive permitindo o desfogamento das pautas de julgamento dos tribunais recursais estaduais e regionais federais.

D) Maior prestígio aos poderes do relator – o incabimento do agravo interno de suas decisões monocráticas

A proposta de alteração prevista na redação final do legislativo federal para o art. 527, parágrafo único, também caminha no sentido de manter como regra o agravo retido nos autos, além de evitar o costumeiro uso do agravo interno em face das decisões monocráticas proferidas pelos relatores no agravo de instrumento (especialmente no que respeita aos poderes previstos nos incisos II e III).

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

Portanto, fazendo análise do texto vigente e da proposta de alteração, é possível concluir que o sistema processual autoriza ao relator do agravo de instrumento interposto em face de decisão interlocutória o poder de convertê-lo em retido, se entender não se tratar de provisão jurisdicional de urgência, não havendo perigo de lesão grave e de difícil reparação, ou não se enquadrar nas situações envolvendo o recurso de apelação.

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

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

determinação da conversão, o que não traduzia qualquer diminuição de trabalho ao relator do agravo de instrumento.

Na verdade, a previsão do agravo interno em face da decisão do relator que determinava a conversão significava um verdadeiro contra senso, acabando por ocasionar duplicação ou triplicação do trabalho por este exercido. Ademais, o *poderá* previsto no inciso II, acabava por gerar a interpretação de que se tratava de faculdade e, quando não exercida (até por força da previsão do agravo interno) acabava por manter a quantidade exacerbada de agravos de instrumento nos tribunais ordinários, sem qualquer circunstância que ensejasse o processamento imediato.

Aliás, em ensaio anterior, quando analisada especificamente a previsão advinda da Lei 10.352/01, já se teve oportunidade de afirmar que: “percebe-se, com isso, em que pese a intenção ser a melhor, na prática *poderá* significar aumento no trabalho dos relatores dos agravos de instrumento, isso sem falar na possibilidade de interposição de novo agravo da decisão que determinou a conversão. Logo, *poderá* o Relator ter a necessidade de apreciar a matéria constante no agravo por mais de uma vez, significando um aumento de sua atividade nesse incidente processual. Logo, onde estará a celeridade buscada pela Reforma processual? Sem medo de errar, entendo que a celeridade e a diminuição do número de agravos de instrumento dependerá muito mais da consciência do jurisdicionado do que da própria atividade do relator, já que aquele que deverá fazer a primeira triagem quanto à admissibilidade do agravo de instrumento, evitando a utilização desse recurso em situações que não haja urgência nem a impossibilidade de manejo do retido”¹⁹.

Contudo, há luz no fim do túnel, considerando que a lei 11.187/05 caminha no sentido de excluir o cabimento do agravo interno contra a decisão que determina a conversão.

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

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

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

Com efeito, a expressão *salvo se o próprio relator a reconsiderar*, prevista no novo parágrafo único do art. 527, torna lícita a utilização do pedido de reconsideração que,

¹⁹ ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Novas diretrizes do agravo retido após as reformas processuais*. Revista Forense vol. 374. agosto/2004. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 181.

mesmo não tendo natureza recursal, poderá provocar a reapreciação da decisão pelo relator. A novidade é que, não havendo essa retratação, prevalece a decisão de conversão, sem a possibilidade de manejo de medida recursal.

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

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

Por fim, permanece o cabimento do agravo para a respectiva turma na hipótese prevista no art. 527, I – negativa de seguimento liminar, nas hipóteses do art. 527 do CPC.