

UMA LEITURA CRÍTICA DO NOVO REGIME DO AGRAVO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Antonio Adonias Aguiar Bastos¹

SUMÁRIO: 1. O novo regramento do agravo; 2. O agravo retido como regra geral do sistema e o novo requisito de admissibilidade do agravo de instrumento no processo civil brasileiro; 2.1. O novo requisito de admissibilidade do agravo de instrumento; 3. Irrecorribilidade da decisão que determina a conversão do agravo de instrumento em retido, da que aprecia o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso e da que aprecia o pedido de antecipação da pretensão recursal; 4. O agravo imediato contra as decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento – uma “terceira espécie”?; 5. O novo regramento do agravo e o cabimento do mandado de segurança contra as decisões judiciais; 5.1. Impugnação das decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento que causarem à parte lesão grave e de difícil reparação; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. O novo regramento do agravo.

Promulgada em 19 de outubro de 2005 e vigendo desde 18 de janeiro de 2006, a Lei n.º 11.187 modificou os artigos 522, 523 e 527, do Código de Processo Civil, dando novo regramento ao recurso de agravo². Aparentemente com o intuito de imprimir celeridade à marcha processual, parece-nos frustrada a tentativa do legislador, como passaremos a expor, abordando as principais alterações que operou no ordenamento.

2. O agravo retido como regra geral do sistema e o novo requisito de admissibilidade do agravo de instrumento no processo civil brasileiro.

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Processual pela Universidade Salvador (UNIFACS). Professor nas Faculdades de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSal.), da UNIFACS e da Faculdade Ruy Barbosa (FRB). Professor visitante dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da Fundação Faculdade de Direito da UFBA e do Curso JusPodivm. Advogado.

² A Lei n.º 11.187/2005 resultou dos Projetos de Lei n.º 3.578/2004 e 4.727/2004, apresentados à Câmara dos Deputados, respectivamente, em 18/05/2004 e 27/12/2004. A justificação do primeiro deles atribui a elaboração do anteprojeto à Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB.

A primeira e mais importante modificação foi o estabelecimento do agravo retido como regra geral do sistema. O legislador acentuou a intenção da reforma anterior, promovida pela Lei n.º 10.352/2001, que havia alterado a redação do inc. II, do art. 527, permitindo ao magistrado converter o agravo de instrumento em retido, salvo quando se tratasse de provisão jurisdicional de urgência ou houvesse perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação³. Ao fazê-lo, deveria remeter os respectivos autos para o juízo de 1ª instância, apensando-os aos fólios principais. Da decisão que determinava a conversão, cabia agravo interno⁴.

Com a medida, pretendia-se diminuir o grande número de agravos de instrumento que assolavam (e ainda assolam) os tribunais, incentivando o processamento na forma retida, aspecto contributivo para a marcha processual⁵. Contudo, a reforma não logrou o

³ Sobre o assunto, recomendamos a leitura do interessante artigo de Fabiano Carvalho, intitulado “A conversão do agravo de instrumento em agravo retido na reforma do Código de Processo Civil”, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5660>>.

⁴ Eis a redação do art. 527, II, do CPC, alterado pela Lei n.º 10.532/2001 e antes da modificação empreendida pela Lei n.º 11.187/2005:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator:

(...)

II - poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente;

⁵ Comentando a Lei n.º 10.352/2001, Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Junior e Marcelo Abelha Rodrigues (2003, p. 172-173) afirmavam:

Contrariando as expectativas existentes no início da vigência da Lei n. 9.139/95, aumentou o número de agravos consideravelmente. Como já mencionado, os tribunais estão deixando para segundo plano o julgamento dos recursos de apelação e detendo-se nos agravos de instrumento, quase todos com pedido de efeito suspensivo.

Se se pode afirmar, por um lado, que houve um considerável desfogamento no primeiro grau, quando se perdia muito tempo na formação do instrumento, de outro, não se pode negar que os tribunais estão abarrotados de agravos de instrumento, comprometendo a prestação da tutela jurisdicional.

Os referidos doutrinadores ainda traziam os seguintes dados:

O Professor da UFES e também Desembargador do TJES Álvaro Bourguignon realizou uma pesquisa estatística nesse tribunal e apontou números, em relação ao agravo de instrumento, que demonstram o aumento significativo desses recursos. Em 1994 foram interpostos 264 agravos. Já em 1996, um ano após a vigência da Lei n. 9.139/95, foram interpostos 1.197, enquanto no ano 2001 houve a interposição de 1.811 agravos de instrumento. Apesar de o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo ser um órgão pequeno se comparado com os de outros Estados, a pesquisa levada a efeito serve de indicativo para a preocupação

esperado êxito, pois, ordenada a conversão, o recorrente apresentava agravo interno (ou regimental), mantendo o volume de trabalho jurisdicional da 2ª instância no mesmo patamar, senão o aumentando, ao invés de reduzi-lo.

A previsão legal não vinculava uma ou outra forma de agravo a certas situações, como ora faz. Excetuadas as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento e as prolatadas após a sentença (salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida), que eram alvo de agravo retido por expressa disposição do art. 527, § 4º, a parte poderia optar por qualquer das espécies do recurso. O que a lei fazia era somente permitir ao relator a conversão, vedando-a nos casos de provisão urgente ou na existência de perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação.

Em apertada síntese, o panorama que se tinha antes da Lei n.º 11.187/2005 era o seguinte: contra as decisões interlocutórias cabia qualquer das espécies de agravo indistintamente, salvo se ele atacasse as proferidas em audiência de instrução e julgamento e as prolatadas após a sentença, caso em que o recurso deveria ser necessariamente apresentado na forma retida. Nestes últimos casos, admitia-se a formação do instrumento apenas se fosse situação de dano de difícil e de incerta reparação, de inadmissão da apelação ou se versasse sobre aos efeitos em que a apelação é recebida. Na hipótese de a parte optar pelo agravo de instrumento, poderia o relator convertê-lo em retido se não vislumbrasse urgência, nem perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação.

A Lei n.º 11.187/2005 modificou este cenário por completo, alterando o art. 522, cuja atual redação determina que o agravo será sempre retido, exceto quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento⁶.

vivenciada pelos operadores do direito (CHEIM JORGE; DIDIER JUNIOR; ABELHA RODRIGUES, 2003, p. 172).

⁶ Eis a atual redação do art. 522, do CPC:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil

Modificou-se também o inc. II, do art. 527, que agora impõe (e não mais faculta) ao magistrado a conversão para a forma retida⁷.

Como se vê, o agravo retido passou a ser a regra geral do sistema, sendo admissível o processamento do recurso por instrumento somente nas situações em que a decisão puder causar à parte lesão grave e de difícil reparação⁸, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.

reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

Compare-se com a redação anterior, que dizia:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de dez dias, retido nos autos ou por instrumento.

⁷ A nova redação do inc. II, do art. 527, é a seguinte:

Art. 527. (...)

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

⁸ A justificativa do Projeto de Lei n.º 3.578/2004 afirma o seguinte:

Conforme se depreende da nova redação conferida pela Lei n.º 10.352, de 2001, ao inciso II do art. 527 do Código de Processo Civil - CPC, é possível concluir que o legislador pretende instituir o agravo, na modalidade retida, como regra na forma de impugnação das decisões interlocutórias (art. 162, § 2.º, do CPC), deixando o agravo por instrumento como exceção, cabível apenas nas hipóteses de provisão jurisdicional de urgência ou quando houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação.

Nessa esteira interpretativa, incompreensível que na reforma legislativa não se tenha pensado na hipótese de alterar os demais artigos do CPC que tratam desse recurso, fazendo com que das decisões interlocutórias fosse oponível apenas o agravo retido, deixando a modalidade por instrumento naquelas situações previstas no inciso II do art. 527 do Código de Processo Civil.

Algumas situações concretas e inquestionáveis devem ser levadas em consideração neste período histórico-processual brasileiro. Primeiro, é importante ressaltar os inúmeros recursos disponíveis na legislação em vigor, possibilitando o prolongamento exagerado das lides forenses.

Em segundo, o elevadíssimo número de agravos de instrumento que ingressa nos Tribunais, transformando a instância revisional numa verdadeira instância instrutória dos processos que tramitam na jurisdição *a quo*, enfraquecendo sobremaneira a figura do Juiz de Direito como órgão de representação do Poder nas comarcas do Estado, levando-o ao descrédito e desprestígio, fatores nocivos à própria afirmação do Judiciário como Poder autônomo e independente. Por outro lado, a concessão de efeito suspensivo aos agravos, juntamente com a recorribilidade de todas as decisões interlocutórias, faz com que o magistrado de primeiro grau seja apenas um coletor de provas e ordenador do processo, ficando a cargo do segundo grau, antes mesmo da sentença, decidir sobre todas as questões postas em juízo.

Deixando de lado estas últimas hipóteses, que já eram previstas pela legislação anteriormente, concentremo-nos no problema da só admissibilidade do recurso na forma instrumental quando houver lesão grave e de difícil reparação.

2.1. O novo requisito de admissibilidade do agravo de instrumento.

A primeira consequência das alterações realizadas pelo legislador é a de que a lesão grave e de difícil reparação passou a ser requisito de admissibilidade do agravo de instrumento. A parte precisará demonstrar a sua ocorrência ao relator, sob pena de, em assim não o convencendo, ver o seu recurso necessariamente convertido para a forma retida. Aliás, a doutrina já apontava tal providência como uma orientação ao julgador desde a Lei n.º 10.352/2001 (agora, é um seu dever):

Neste ponto, o legislador modificou sobremaneira o requisito de admissibilidade do agravo de instrumento relacionado com o interesse de recorrer. A partir de agora, para que o agravante tenha interesse na interposição do agravo de instrumento, deverá demonstrar também que não poderá sofrer os efeitos da decisão agravada até o seu pronunciamento final pelo Judiciário.

Isto é, deverá demonstrar que precisa de uma pronta prestação da tutela jurisdicional, de modo que, caso a decisão agravada não seja revertida no agravo de instrumento, não haverá mais interesse, de sua parte, na revisão posterior. Essa falta de interesse na revisão posterior é oriunda, como regra, da própria consumação dos efeitos prejudiciais da decisão que

Em terceiro, a sobrecarga de trabalho do magistrado de segundo grau, que além do encargo de revisão das sentenças, aliás, mister fundamental do órgão colegiado, perde tempo precioso no exame de agravos, muitos deles inconseqüentes e protelatórios, que poderiam ser interpostos na modalidade retida, junto ao próprio órgão prolator da decisão.

Tomando-se como base os processos que tramitam na Justiça do Trabalho, onde há respaldo nas decisões dos juízos monocráticos de primeiro grau, entendemos imprescindível a importação dessas idéias progressistas de fortalecimento da jurisdição *a quo* para o âmbito da legislação processual civil brasileira.

Para tanto, é fundamental a alteração da interposição do recurso de agravo (retido ou por instrumento) e adoção, pelas partes, de uma nova postura processual, conscientes de que o agravo por instrumento é cabível somente nas situações excepcionais, ou seja, naquelas referidas no atual inciso II do art. 527, sendo que nos demais casos, tal recurso sempre deverá ser interposto na modalidade retida.

Nos casos em que a parte entenda que a situação em concreto mereça exame imediato pelo Tribunal, poderá interpor agravo de instrumento, sendo que o relator, no momento do juízo de admissibilidade e sem prejuízo do disposto no art. 557 do CPC, poderá convertê-lo em retido, quando não verificar presente o requisito da urgência. Mas essa decisão do relator deve ser irrecurável, sob pena de ineficácia da alteração legislativa já em vigor.

impede que o recorrente aguarde o resultado final da causa (CHEIM JORGE; DIDIER JUNIOR; ABELHA RODRIGUES, 2003, p. 174).

Daí decorre que, se for interposto agravo de instrumento com fulcro na existência de risco de lesão grave e de difícil reparação, e se ele não for convertido para a forma retida, é porque o relator entendeu que existe tal perigo. Sendo necessária a tutela de urgência e admitida a forma instrumental, será difícil imaginar que o magistrado não conceda o efeito suspensivo ou a antecipação da pretensão recursal, parcial ou integralmente, tanto lhe seja requerida a concessão de tal efeito e tanto verifique a existência de fundamento relevante (*caput* do art. 558, do CPC). Note-se, também, que seja esta decisão concessiva ou denegatória, ela não poderá ser reformada senão no julgamento do recurso, exceto se o próprio relator a reconsiderar, como preceitua o parágrafo único, do art. 527.

3. Irrecorribilidade da decisão que determina a conversão do agravo de instrumento em retido, da que aprecia o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso e da que aprecia o pedido de antecipação da pretensão recursal.

A outra importante modificação operou-se sobre o parágrafo único, do art. 527. O comando afirma que a decisão liminar, proferida pelo relator, convertendo o agravo de instrumento em retido, bem como a que aprecia os pedidos de atribuição de efeito suspensivo ao recurso e a que trata da antecipação, parcial ou integral, da pretensão recursal, não pode ser reformada antes do momento do julgamento do recurso, salvo se o próprio relator a reconsiderar⁹. Podemos dizer que esta disposição é de eficácia realmente questionável. Afinal, qual é a utilidade de reforma de tais decisões somente no momento do julgamento do agravo retido? Não esqueçamos que a eficácia deste recurso é contida, quedando-se latente até que ele seja julgado, o que só ocorrerá depois que tramitar juntamente com a apelação, se for elencado em preliminar do apelo contra a sentença, ou nas suas contra-razões. Em outras palavras, o agravo retido só é

⁹ Eis o novo texto do parágrafo único, do art. 527:

Art. 527. (...)

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

apreciado com o processamento da apelação, quando é inútil o reconhecimento de que a conversão foi indevida, de que deveria ter sido atribuído efeito suspensivo ao recurso, ou de que deveria ter sido antecipada a pretensão recursal. Se realmente houvesse risco de dano de difícil reparação e caso ele tenha se concretizado, ter-se-á uma prestação jurisdicional completamente ineficaz, distorcendo tudo o que se espera em termos de *acesso à ordem jurídica justa*, garantido pelo art. 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

4. O agravo imediato contra as decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento – uma “terceira espécie”?

Ao modificar o § 3º e ao revogar o § 4º, do art. 523, do CPC, o legislador parece ter concebido uma “terceira” figura, que, a nosso ver, mais causa tumulto processual do que propicia a almejada celeridade: o agravo retido, oral e imediato, contra decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento, distinguindo-o substancialmente dos agravos de instrumento e retido cabíveis contra as demais interlocutórias.

A sistemática anterior determinava (i) que, das decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, cabia somente o agravo retido (§ 4º), exceto nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida; e (ii) das decisões proferidas *em audiência* (qualquer que fosse ela), *admitia-se* a interposição oral do recurso, a constar do termo da audiência, com a sucinta exposição das razões justificadoras do pedido de nova decisão (§ 3º).

A imposição da forma retida como regra (excepcionadas as situações que pudessem causar dano de difícil ou incerta reparação), com a inadmissibilidade do agravo de instrumento em relação às decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento¹⁰,

¹⁰ Sobre a inadmissibilidade do agravo de instrumento contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento, Humberto Theodoro Júnior (2005, p. 641) explicava quando da vigência da Lei n.º 10.352/2001:

Por outro lado, a reforma do § 4º do art. 523 tornou expressa a obrigatoriedade de ficar retido o agravo interposto contra decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento. O caso não é, pois, de faculdade do recorrente. Todas as decisões tomadas pelo

foi modificação empreendida pela Lei n.º 10.352/2001, com o fito de imprimir velocidade ao processo, devolvendo a matéria impugnada ao Tribunal somente em preliminar de apelação, o que evita a suspensão do feito para a apreciação da questão incidental pela 2ª Instância¹¹, dada a proximidade da prolação da sentença.

juiz no correr da audiência terão de ser impugnadas por agravo retido. É a proximidade da sentença que desaconselha a formação do instrumento. A solução da causa pode prejudicar o agravo; se assim não for, o agravo subirá juntamente com a apelação.

A jurisprudência também já havia assentado o seguinte entendimento:

De acordo com o Tribunal local, 'contra as decisões proferidas em audiência, o recurso cabível é o de agravo retido e não o de instrumento'. Em tal aspecto, não se ofendeu texto de lei federal.

'Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal 'a quo' (Súmula 211).

Agravo regimental improvido. (AgRg-AI nº 197250/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, p. no DJU de 21.02.2000, p. 121).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – OITIVA DE TESTEMUNHAS – INTIMAÇÃO - DILIGÊNCIA – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA PROFERIDA EM AUDIÊNCIA – AGRAVO RETIDO – IMPROPRIEDADE DO RECURSO – NÃO CONHECIMENTO.

Não se pode conhecer do agravo de instrumento interposto impropriamente, sendo certo que as decisões interlocutórias proferidas em audiência desafiam recurso de agravo retido. Inteligência do § 4º do artigo 523, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 10352/2001. (Ag.Inst. 419.145-1) (AI n.º 2.0000.00.516861-0/000 – TJMG – 12ª Câmara Cível – Rel. Des. Antônio Sérulo – j. 28.09.2005).

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - FALTA DE PREVISÃO LEGAL - CABIMENTO DO AGRAVO RETIDO - DESCABIMENTO - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Com o advento do novo sistema do agravo, o recurso cabível contra decisão interlocutória proferida em audiência no curso do processo é o agravo retido.

Recurso improvido (AI n.º 8.216 – TJMT – 2ª Câmara Cível – Rel. Des. Odiles Freitas Souza, j. 10.03.1998).

¹¹ Os referidos §§ 3º e 4º, do art. 523, haviam sido inseridos no ordenamento pela Lei n.º 9.139/1995, com as seguintes redações:

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

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

Posteriormente, a Lei n.º 10.352/2001 modificou este último comando, que passou a estatuir:

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

O regramento não ofendia o contexto do recurso. Primeiramente, porque admitia o agravo de instrumento em casos de risco de dano de difícil e incerta reparação. Em segundo lugar, porque facultava ao sucumbente a interposição do agravo retido no prazo de 10 (dez) dias, por escrito, como estatuiu a antiga regra geral do art. 522, do CPC, ou a imediata insurgência, oral, contra a interlocutória vergastada. *Admissão*, na dicção anterior do dispositivo, era sinônimo de *permissão*. Uma alternativa a mais para o agravante. Não uma vedação, nem uma limitação à sistemática ordinária. Assim entendia a doutrina antes da reforma aqui comentada:

Em virtude da inovação operada no § 4º do art. 523, ficou determinada, *ex lege*, a obrigatoriedade da forma retida para o agravo contra as decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento. Isto, porém, não obriga a forma oral. Mesmo retido o agravo, sua interposição poderá, a critério da parte, se dar por petição (art. 522). A diferença é que, sob a forma oral, o recurso terá de ser interposto no curso da própria audiência (art. 523, § 3º); e, se se adotar a forma escrita a parte poderá agravar até dez dias após o encerramento da audiência (art. 523) (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 642).

Na mesma esteira, posicionavam-se os Tribunais Pátrios:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE COBRANÇA - AGRAVO RETIDO - ROL DE TESTEMUNHAS - PRECLUSÃO - INOCORRÊNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA.

I - O artigo 523 do Código de Processo Civil não excluiu a possibilidade de interposição de agravo retido, por escrito, no prazo de dez dias a contar da audiência em que foi proferida a decisão interlocutória.

II - Acarreta cerceamento de defesa a decisão que indefere a produção de prova testemunhal apresentada depois da audiência de conciliação.

III - Recurso provido.(19980110457044APC, Relator JOÃO MARIOSA, 1ª Turma Cível, julgado em 12/03/2001, DJ 02/05/2001 p. 36)

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO – AGRAVO RETIDO INTERPOSTO EM DEZ DIAS - FLUÊNCIA DO PRAZO A PARTIR DA INTIMAÇÃO NA PRÓPRIA AUDIÊNCIA – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO

Ainda que a decisão seja proferida em audiência, poderá a parte agravar por escrito, no prazo de 10 (dez) dias conforme preceituado no artigo 522 do Código de Processo Civil.

Proferida decisão interlocutória em audiência de tentativa de conciliação, pode a parte sentindo-se prejudicada com esta recorrer de pronto oralmente, justificando suas razões que serão reduzidas a termo na própria audiência, ou querendo, no prazo de dez dias a contar da aludida audiência, donde saiu intimada a interpor agravo na forma retida ou de instrumento. (AI n.º 397.702-0 – TAMG – 4ª Câmara Civil – Rel. Juiz Batista Franco – j. 02/04/2003).

O Relator deste último Acórdão motivou seu voto da seguinte maneira:

Pela leitura do artigo supracitado [art. 523], temos que das decisões proferidas em audiência admitir-se-á a interposição oral do agravo retido, a constar do respectivo termo. Assim, podemos concluir que a interposição oral é mera faculdade do agravante, não encerrando uma obrigação.

A norma não exige que o agravo retido seja interposto na audiência, muito menos de forma oral. O comando torna-se imperativo somente no caso de decisão proferida em audiência realizada no procedimento sumário, e isso por força de exigência expressa contida no art.280, III, do CPC¹².

Então, é de se concluir que o prazo para interpor agravo retido, no procedimento ordinário, é de dez dias, ainda que a decisão seja proferida em audiência.

A Lei n.º 11.187/2005 estabeleceu regramento peculiar ao agravo retido contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento, excluindo-o da regra geral¹³.

Primeiramente, não cogitou de outra audiência, dirigindo-se especificamente à de instrução e julgamento. A obrigatoriedade da interposição oral e imediata não incide sobre qualquer outra assentada, mas somente sobre esta. Daí tiramos duas conclusões: (i) das decisões proferidas nas outras espécies de audiência caberá agravo retido, por escrito, e no prazo de dez dias; e (ii) também será admissível agravo de instrumento, se houver risco de dano de difícil ou incerta reparação, já que não há qualquer regra legal que aponte a forma retida como a única adequada para as decisões proferidas nas demais audiências.

¹² O art. 280, III, do CPC, tinha a seguinte redação, dada pela Lei n.º 9.245/1995:

Art. 280. No procedimento sumário:

(...)

III - das decisões sobre matéria probatória, ou proferidas em audiência, o agravo será sempre retido.

O inc. III foi revogado pela Lei n.º 10.444/2002, que também modificou a redação do *caput* do artigo:

Art. 280. No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro.

¹³ É o que determina o novel § 3º, do art. 527:

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

Quanto à nova regulamentação atinente à sessão de instrução e julgamento, ela parece abençoar os jurisdicionados com a celeridade. O agravo tem que ser apresentado *imediatamente*, não havendo mais os dez dias da legislação anterior. Retirando a alternativa existente na ordem precedente, busca-se evitar que, no decêndio que sucede a audiência, um dos litigantes apresente seu inconformismo contra a decisão proferida em audiência, abrindo-se vista, por igual prazo, para a parte adversa contra-arrazoar. Agora, tem-se a impressão que o processo marcha à frente sem qualquer percalço. Ou recorre-se com imediatidade, ou ocorre a preclusão.

No entanto, surgem questões bastante complicadas ao derredor da modificação, que está mais propensa a retardar a prestação jurisdicional do que a lhe dar velocidade.

A primeira delas diz respeito ao prazo para interposição do recurso. Como já exposto, o legislador retirou do agravante a possibilidade de apresentá-lo em dez dias, impondo a imediata insurgência. O advérbio “imediatamente” utilizado no texto legal não deixa dúvidas: o inconformismo deve ser apresentado tão-logo seja prolatada a decisão. Não será no final da assentada, mas no seu curso, à medida em que o magistrado proferir cada uma das decisões, sob pena de preclusão. O legislador olvidou que a audiência é um ato jurídico-processual complexo. Composta por momentos distintos e inúmeros outros atos, ela está sujeita a uma série de intercorrências, que vão da fixação dos pontos controvertidos sobre que incidirá a prova (art. 451), até o indeferimento da contradita de uma testemunha ou de questões técnicas ligadas ao esclarecimento da prova pericial. Todas essas decisões desafiam o agravo imediato, comprometendo a viabilidade da própria assentada. Não se pode deixar de lado todas as dificuldades envolvidas na *audiência* enquanto ato processual complexo, a exemplo da presença não só do magistrado, das partes e de seus advogados, mas também das testemunhas, dos peritos e dos assistentes técnicos. Além de ser necessário intimar a todos, a ausência de um deles, ou a sua intimação tardia, pode implicar no adiamento do ato, com a necessidade de convocá-los novamente. A obrigatoriedade de apresentação do recurso em audiência representa a concentração de atos que poderiam ser praticados posteriormente sem qualquer prejuízo para o andamento do processo. A assentada não tem outra finalidade senão a de colher a prova oral e obter os esclarecimentos acerca da

perícia¹⁴. Quanto mais ela se estende ou é adiada para outra data, mais se retarda a prestação jurisdicional. Dada a quantidade de decisões e de agravos que podem ocorrer em certos casos, a assentada poderá ser suspensa, para continuar em outro dia, prejudicando o andamento processual. Afora isso, não podemos desconsiderar a realidade forense, cujas pautas de audiências já se encontram bastante abarrotadas. Melhor do que obrigar a interposição de inúmeros agravos retidos, contra cada uma das decisões isoladamente, seria facultar a apresentação do recurso por escrito, nos dez dias anteriormente previstos pela lei, contra todas elas conjuntamente.

Não fosse o bastante, verifica-se que o legislador não tratou do lapso temporal para a apresentação das contra-razões pela parte adversa. O problema não existia anteriormente, já que a interposição imediata em audiência era uma opção do recorrente e não uma imposição legal, como agora acontece. Não havendo disposição específica sobre o assunto, deve valer o decêndio previsto pelo art. 523, § 2º, do CPC. Como os prazos legais não podem ser presumidos, o atual sistema impõe ao agravante a imediatidade, mas deixa ao agravado os dez dias para apresentar suas razões em contrário. Somente depois disso é que o magistrado poderá exercitar o juízo de retratação, se for o caso.

Ao alterar o prazo para o recorrente, mas não para o agravado, a medida legislativa em nada contribui para a celeridade processual, já que o recorrido pode valer-se do interstício dado pelo § 2º para formular sua motivação, quedando o processo na espera dos dez dias, para que, só então, o juiz possa enfrentar a retratação. Daí é que o feito poderá retomar seu transcurso normal.

Não fosse o bastante, a modificação legal ofende o princípio da isonomia. O sistema recursal brasileiro estabelece o mesmo lapso temporal para que a parte sucumbente apresente suas razões e para que o recorrido as combata. É assim com a apelação, com os embargos infringentes e com os recursos especial e extraordinário. E era assim com o agravo, fosse ele retido ou de instrumento, em qualquer situação. O legislador garantia

¹⁴ É o que diz Humberto Theodoro Júnior (2005, p. 526):

Pela sistemática do Código, a audiência só é, entretanto, indispensável quando haja necessidade de prova oral ou esclarecimentos de perito e assistentes técnicos. Fora desses casos, o julgamento da lide é antecipado e prescinde da solenidade da audiência (art. 330).

ao agravante e ao agravado, cada um a seu turno, os dez dias previstos pelos arts. 522 e 523, § 2º, do CPC. Como já vimos acima, o regramento anterior estabelecia o agravo retido como regra para atacar as interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento (comportando as já mencionadas exceções), mas facultava a sua apresentação oral e imediata, fazendo constar do respectivo termo, ou a interposição por escrito, no decêndio legal. Ao estabelecer que o agravante deve recorrer de imediato, a nova regra lhe impõe uma franca desvantagem em relação ao agravado. O recorrente terá que elaborar suas razões no afogadilho da sessão, de forma oral e sucinta (a lei é expressa neste sentido), ao passo que o recorrido, se desejar, terá os dez dias para elaborar sua resposta, por escrito, construindo-a com o cuidado que o ato pode exigir, inclusive com fartas pesquisas e transcrições jurisprudencial e doutrinária, fortalecendo sua argumentação. O legislador deveria ter observado, pelo menos, o princípio da isonomia.

5. O novo regramento do agravo e o cabimento do mandado de segurança contra as decisões judiciais.

Por força da alteração do § 3º e da revogação do § 4º, do art. 523, além das modificações sobre o parágrafo único, do art. 527, podemos ainda apontar o cabimento do mandado de segurança contra as decisões proferidas pelo relator no que toca à conversão do agravo de instrumento em retido, ao efeito suspensivo do recurso ou à antecipação, parcial ou integral, da pretensão recursal.

Ao afirmar que a decisão liminar proferida pelo relator, convertendo o agravo de instrumento em retido, apreciando o pedido de efeito suspensivo ao recurso ou versando sobre o pleito de antecipação da pretensão recursal, só pode ser reformada no momento do julgamento do recurso, salvo se o próprio relator a revisar, o parágrafo único, do art. 527, não deixa nenhuma opção, no sistema recursal, ao sucumbente. O pedido de reconsideração, porventura apresentado ao relator, não guarda as mesmas características e não tem efeito suspensivo.

Nesta esteira, o mandado de segurança volta a ter cabimento a fim de atacar as mencionadas decisões judiciais, dada a inexistência, no sistema, de recurso hábil para atacá-las.

Vejam os o que dizia a doutrina, ainda em relação ao regramento vigente em 2003, acerca da decisão proferida pelo relator, com lastro no art. 527, do CPC:

Com a possibilidade, agora, de o relator decidir sobre o próprio mérito do recurso, adiantando a pretensão recursal, nasceu situação idêntica à anterior [à da reforma empreendida pela Lei n.º 9.139/1995], quando não se lhe dava poder de receber o recurso no efeito suspensivo, isto é, a decisão, agora não de primeiro grau, mas do próprio relator, não se sujeita a nenhum recurso, posto não haver agravo inominado previsto, e, ainda que houvesse, faltar-lhe efeito suspensivo, indispensável para obstar o mandado de segurança. Nesse caso, conclui-se que, se voltar a prevalecer jurisprudência de se poder conceder a segurança – *o que se tem como certo* –, para imprimir suspensividade a decisões irrecorríveis, ou cujo recurso não tenha efeito suspensivo até ulterior deliberação do julgamento definitivo do recurso, a avalanche de mandados de segurança voltará, certamente, com o incômodo e inconveniente de ser contra relator de recurso, cujo ato, em tal procedimento, é, geralmente, apreciado pelos próprios pares (SANTOS, 2003, pp. 604-605).

Sobre o cabimento do *mandamus* contra decisões judiciais, colhemos a lição de Cassio Scarpinella Bueno (2002, p. 49), que estabelece uma regra geral:

Em suma: toda vez que se puder evitar a consumação da lesão ou da ameaça pelo próprio sistema recursal e pela *dinâmica* do efeito suspensivo dos recursos, descabe o mandado de segurança à minguada de *interesse jurídico* na impetração. Inversamente, toda vez que o sistema recursal não tiver aptidão para evitar a consumação de lesão ou ameaça na esfera jurídica do recorrente, o mandado de segurança contra ato judicial tem pleno cabimento. Cabe, a bem da verdade, para salvaguardar o direito do recorrente e como forma de colmatar eventual lacuna da ineficiência do sistema recursal. Na lição de Kazuo Watanabe (*Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*, p. 106), o mandado de segurança contra atos judiciais não pode apresentar-se como um “... remédio alternativo à livre opção do interessado, e sim como instrumento que completa o sistema de remédios organizados pelo legislador processual, cobrindo as falhas neste existentes no que diz com a tutela de direitos líquidos e certos”.

Constata-se, pois, ser cabível o mandado de segurança contra as decisões proferidas pelo relator, que convertem o agravo de instrumento em retido, e as que tratam da concessão do efeito suspensivo ou da antecipação, total ou parcial, da pretensão recursal, visto que não há previsão legal de recurso capaz de reformá-las antes do julgamento do agravo retido.

A tentativa do legislador em diminuir o volume dos agravos de instrumento e dos agravos internos (ou regimentais) que eram apresentados aos tribunais culminará na sua substituição pelos mandados de segurança. Além de manter a enxurrada de processos perante a 2ª Instância, tal circunstância também aumentará a quantidade de recursos apresentados ao STJ. Relembremos que, da decisão que denega a segurança postulada

em única instância a um dos TRFs ou a um dos TJs, cabe recurso ordinário constitucional para o STJ. Não olvidemos, de outro lado, que, na sistemática anterior, tínhamos, em última análise, os recursos especial e extraordinário que ficavam retidos nos fólios quando interpostos contra decisões interlocutórias em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução, sendo processados somente se a parte os reiterasse no prazo para a interposição do recurso contra a sentença ou para as suas contra-razões (art. 542, § 3º). Portanto, não subiam de logo ao STJ, nem ao STF, mas só seguiam para lá se e quando houvesse o correspondente recurso contra a decisão final. Com a vigência da Lei n.º 11.187/2005 não ocorre o mesmo. Agora ataca-se o ato do relator através da interposição de mandado de segurança perante a o Tribunal, com a conseqüente interposição do recurso ordinário contra a decisão que o denegar, não sendo necessário aguardar a prolação da sentença no processo principal (em que foi proferida a interlocutória vergastada) para que se remeta o recurso ordinário para o STJ, o que deverá aumentar o trabalho jurisdicional deste Tribunal. E tudo isso apenas para debater se o recurso deve se processar na forma de instrumento ou retida, ou se deve ser concedido o efeito suspensivo ou a antecipação, integral ou parcial, dos efeitos da pretensão recursal.

5.1. Impugnação das decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento que causarem à parte lesão grave e de difícil reparação.

Questão interessante diz respeito à recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento que causarem à parte lesão grave e de difícil reparação. Elas podem ser atacadas por agravo de instrumento ou serão alvo de mandado de segurança?

Como vimos, o § 3º, do art. 523, é taxativo ao estatuir que, das interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento, cabe somente o agravo retido, interposto oral e imediatamente. Há que se notar que o revogado § 4º, do mesmo artigo legal, também previa, como regra, o cabimento do mencionado recurso contra decisões que tais, mas trazia expressa ressalva em relação às interlocutórias que pudessem causar dano de difícil e de incerta reparação. Tendo o legislador retirado o mencionado § 4º do ordenamento jurídico, ele não deu essa opção no novo texto.

Parte da doutrina, então, posicionou-se no sentido de que o legislador atuou com a intenção de não permitir o agravo de instrumento em casos que tais, cabendo somente o recurso na forma retida. Tendo retirado da parte qualquer meio recursal para impedir o perigo de dano, já que o agravo retido evita apenas a preclusão, sem operar qualquer outro efeito de imediato, caberia o mandado de segurança.

Avulta, por sua importância, a hipótese de a decisão proferida em audiência de instrução e julgamento poder acarretar lesão grave e dificilmente reparável para qualquer das partes litigantes. Como descabe, em casos do tipo, a interposição de agravo de instrumento – a lei somente admite o retido, sem a possibilidade de concessão de efeito suspensivo - restará ao interessado o manejo do remédio excepcional do mandado de segurança com vista ao obtenimento da suspensividade de que trata o artigo 558 do Código de Processo Civil (NEVES, 2006).

Diversamente, outros doutrinadores de escol entendem ser cabível o agravo de instrumento, dada a existência do risco de lesão grave e de difícil reparação.

É por isso que não se considera relevante a menção, feita no *caput* do art. 523, § 3º, à obrigatoriedade de agravo retido contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento. Isso porque, havendo urgência, caberá agravo de instrumento, pouco importa o momento em que a decisão foi tomada. Não há interesse recursal na interposição do agravo retido em situações de urgência. O critério não é cronológico, é circunstancial: está relacionado com a aptidão da decisão interlocutória gerar danos (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2006, p. 106).

Misael Montenegro Filho (2006, p. 171) também defende a possibilidade de interposição de agravo de instrumento em casos que tais.

Embora nosso entendimento inicial fosse pelo cabimento do mandado de segurança, passamos a acompanhar esta última corrente doutrinária, considerando que, nas situações de perigo, o interesse recursal reside na necessidade de devolução imediata da matéria constante na decisão impugnada à 2ª Instância, para o que é previsto o agravo de instrumento.

6. Conclusão.

Como visto, a Lei n.º 11.187/2005 operou sérias modificações nos sistema de impugnação às decisões interlocutórias no processo civil brasileiro.

Primeiramente, ficou o agravo retido à regra geral do sistema, como o meio apto para atacar todas as interlocutórias, exceto as suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como as que inadmitem a apelação e as que tratam dos efeitos em que ela é recebida, situações em que será admitido o agravo de instrumento.

Deixando as duas últimas hipóteses de lado, porque já existiam no regramento anterior, podemos depreender que o risco de lesão grave e de difícil reparação passou a ser requisito de admissibilidade do agravo de instrumento. Caso não exista tal perigo, o relator converterá o agravo de instrumento em retido, através de decisão que só poderá ser reformada no momento do julgamento do agravo retido, ou seja, após o processamento da apelação, salvo se o próprio relator a reconsiderar.

Situação de idêntica irrecorribilidade se dá quanto às decisões que apreciam o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso ou de antecipação da pretensão recursal.

A outra modificação foi a imposição do agravo retido, imediato e oral, contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento. Sem exceções, essa regra também deixa a parte sem recurso previsto para tais interlocutórias.

Não havendo outro meio de impugnação previsto em lei, ao sucumbente caberá atacar por meio de mandado de segurança as interlocutórias que convertem o agravo de instrumento em retido e as que analisam o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso ou de antecipação da tutela recursal, visando reformá-las ou, pelo menos, obter efeito suspensivo, conforme o caso. Este novo panorama provocará um aumento no ajuizamento de mandados de segurança perante os TRFs e TJs, e na interposição de recursos ordinários, a serem julgados pelo STJ, contra as decisões que denegarem os *Writs*.

Contra as decisões que representem risco de lesão grave e de difícil reparação, mesmo que proferidas em audiência de instrução e julgamento, entendemos ser cabível o agravo de instrumento.

Além disso, o legislador silenciou quanto à espécie do agravo cabível contra as decisões proferidas nas demais audiências que não as de instrução e julgamento, deduzindo-se

ser cabível tanto o recurso na sua forma instrumental, se houver perigo de dano de difícil e incerta reparação, como na retida. Quanto a esta última maneira, será cabível também por escrito e no decêndio legal.

Sob outro prisma, e no que toca especificamente ao agravo retido contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento, há que se observar que a imediatidade imposta pelo legislador pode turbar o regular andamento da assentada, que consiste ato complexo, podendo levar à sua suspensão e prorrogação, o que, sem dúvida, é prejudicial para a celeridade da prestação jurisdicional.

O legislador olvidou-se de cuidar do prazo para a apresentação das contra-razões pelo recorrido. Pelo princípio da isonomia, poderíamos depreender que elas devem ser ofertadas com a mesma imediatidade imposta à parte adversa. Contudo, os prazos processuais não podem ser presumidos, devendo constar expressamente na lei, se de prazo legal se tratar, ou, sendo ele judicial, deve a lei trazer tal expressa atribuição ao juiz. Não tendo o legislador estabelecido nenhuma regra específica, continuam valendo os dez dias dispostos no § 2º do art. 523, o que, evidentemente, ofende o princípio da igualdade das partes e da ampla defesa.

Prevalecendo o decêndio legal para a apresentação das contra-razões ao agravo retido interposto contra decisão interlocutória proferida em audiência de instrução e julgamento, não se terá economia de tempo alguma, caindo por terra a celeridade perseguida pelo reformador.

A partir do que expusemos aqui, parece-nos que as alterações provocadas pela Lei n.º 11.187/2005 mais provocarão tumulto ao processo civil brasileiro do que lhe proporcionarão ganhos.

7. Referências.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança*. São Paulo, Saraiva, 2002.

CARVALHO, Fabiano. *A conversão do agravo de instrumento em agravo retido na reforma do Código de Processo Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 428, 8 set. 2004.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5660>>. Acesso em: 10 out. 2004.

CHEIM JORGE, Flávio; DIDIER JUNIOR, Fredie; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *A nova reforma processual – comentários às Leis n. 10.317/2001, 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. Vol. 3. Salvador, JusPodivm, 2006.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução. Vol. II. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2006.

NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. *Agravo retido como recurso regra*. Palestra proferida no V ENCONTRO REGIONAL ESMAPE, realizado no dia 25 de Novembro de 2005, no Salão Gilberto Freire, do Atlante Plaza Hotel, Recife/PE. Disponível em: <www.tjpe.gov.br/.../artigos/arquivos/AGRAVO%20RETIDO%20COMO%20RECURSO%20REGRA%20-%20Des%20Fred.doc>. Acesso em 04/05/2006.

ROCHA, Felipe Borring. *Considerações iniciais sobre as últimas alterações no recurso de agravo*. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 857, 7 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7557>>. Acesso em: 23 dez. 2005.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 43. ed. Vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 2005.