ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

O AGRAVO NA NOVA SISTEMÁTICA DA LEI 11.187/2005

INTERLOCUTORY APPEAL BILL OF REVIEW IN THE NEW SYSTEM OF THE LAW 11.187/2005

Gustavo de Medeiros Melo*

RESUMO: O presente trabalho examina os reflexos da Lei 11.187/2005 na sistemática do recurso de agravo, à luz da jurisprudência e da doutrina especializada, com análise crítica das implicações decorrentes do novo regime do agravo retido, enfocando também os poderes do relator no âmbito do agravo de instrumento.
Palavras-chave: Acesso à justiça. Agravo retido. Agravo de instrumento. Conversão. Pedido de reconsideração. Mandado de segurança.

ABSTRACT: This paper examines the repercussions of the Law 11.187/2005 in the systematic feature of the interlocutory appeal under the jurisprudence and the specialized doctrine's point of view, with critical analysis of the implications of the new regime of the retained interlocutory appeal also focusing on the powers of the reporter of the appeal in the context of the interlocutory appeal.
Keywords: Access to justice. Retained interlocutory appeal. Interlocutory appeal. Conversion. Request for reconsideration. Writ of injunction.

* Mestre em Direito Processual Civil (PUC-SP). Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte (FESMP-RN) e da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). *E-mail*: gustavomelo@supersonico.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O legislador cumpriu mais uma etapa da reforma legislativa que, desta vez, mexeu novamente na disciplina do recurso de agravo. A nova intervenção do Congresso Nacional sobre o assunto é resultado do consenso de que não haveria necessidade de um novo Código de Processo Civil, sendo suficiente um movimento de adaptação sistemática que realize alterações intercaladas no estatuto de 1973.

A finalidade do presente trabalho é examinar as modificações da Lei 11.187, de 19 de outubro de 2005, dentro da nova disciplina estabelecida para o cabimento dos agravos retido e de instrumento.

2 O ESPÍRITO DA REFORMA NO CONTEXTO DO ACESSO À JUSTIÇA

Fala-se que o tempo é a dimensão fundamental da vida humana, desempenhando no processo idêntico papel. Sendo o processo uma entidade da vida social, a demora em sua conclusão corre em detrimento da própria eficácia do direito material que visa a proteger.[1]

A tutela jurisdicional dos direitos e interesses legítimos não é útil senão quando obtida em espaço razoavelmente rápido de tempo, sendo por isso indiscutível que a lentidão do aparelho judiciário provoca o que se tem chamado de *fenômeno de compressão dos direitos fundamentais do cidadão*. O fator tempo sobressai como elemento determinante para garantir e realizar o acesso à Justiça.[2]

Por conseqüência, a natureza dinâmica do processo como ordenação de atos tendentes à definição da lide insere o tempo como obstáculo a ser adequadamente administrado.[3] A idéia do processo sem dilações indevidas,

1 ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar, **RPGESP**, 23/115.

2 CARPI, Federico. La tutela d'urgenza fra cautela, *sentenza antecipata* e giudizio di mérito, **Rivista di Diritto Processuale**, Anno XL, n. 4, 1985, p. 682. Outra passagem de CARPI é eloqüente nos seguintes termos: "Nel nostro ordinamento non esiste una norma costituzionale siffatta, ma 'è impossibile negare che un giudizio lento e macchinoso come quello imposto all'attuale organizzazione processuale giudiziaria, dà luogo a fenomeni di *compressione dei diritti fondamentali del cittadino*'; donde l'acquisita coscienza che la rapidità del processo è uno strumento indispensabile non solo per l'effettiva e concreta attuazione del diritto d'azione e di difesa, previsti dall'art. 24 cost., ma anche per il perseguimento dei fini indicati dall'art. 3, comma 2º, cost." (**La provvisoria esecutorietà della sentenza**, Milano: Giuffrè, 1979. p. 12).

3 ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: Corso di lezioni, Torino: G. Giappichelli, 1990. p. 88.

além de ser um dos imperativos da Justiça moderna, tem sido proclamada no texto das principais constituições democráticas do mundo e das grandes convenções diplomáticas do período pós-Segunda Guerra.[4]

Nesse panorama, a disciplina do procedimento recursal brasileiro há muito está a merecer a atenção dos especialistas e do legislador, no sentido de que o desdobramento da causa em grau de recurso não venha a comprometer a garantia do *acesso adequado à Justiça* (CF, art. 5º, XXXV), que compreende o direito fundamental à *duração razoável do processo* (CF, art. 5º, LXXVIII).[5]

O recurso de agravo, em particular, vem sendo discutido amplamente nos meios acadêmicos. O debate que visa ao estado de otimização do processo tem por finalidade fazer com que o incidente gerado da decisão interlocutória seja resolvido da forma menos burocrática possível, de maneira a não atrapalhar o escopo maior do Estado-juiz com a prestação jurisdicional em tempo razoável.

Em termos práticos, a filosofia do movimento de reforma do Código de Processo Civil continua no sentido de simplificar ainda mais o processamento do agravo, acelerando a tramitação do feito nos tribunais. O ambiente político que fez surgir a Lei 11.187/2005 demonstra a preocupação que a Comissão de Reforma tem dispensado ao programa de acesso aos canais de jurisdição.

3 O CABIMENTO DO AGRAVO RETIDO

O primeiro dispositivo a ser modificado foi o art. 522 do Código de Processo Civil. A última alteração vinha da Lei 9.139/95, que abria o Capítulo III (Do Agravo) e estabelecia as duas modalidades do recurso cabível contra as decisões interlocutórias: o agravo retido nos autos e o de instrumento.

4 ROGER PERROT, La procédure civile française à la veille du XXIème siècle. In: **Cinquanta anni di studi sul processo civile:** Incontro internazionale in occasione del cinquantenario dell'associazione, Milano: Giuffrè, 1998. p. 27.

5 Sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004 à luz do *justo processo*: Gustavo de Medeiros Melo, "A tutela adequada na Reforma Constitucional de 2004", *RePro*, 124/76. O assunto foi examinado ainda com mais profundidade: **O princípio da fungibilidade nas tutelas de urgência**: Tentativa de sistematização para uma tutela jurisdicional adequada, PUC-SP, Dissertação, 2004.

Até então, o sistema anterior à Lei 11.187/2005 conferia ao recorrente a *faculdade* de fazer uso de qualquer das duas modalidades de agravo, atendidas as ressalvas ali estabelecidas.[6] Só não haveria poder de escolha quando envolvesse decisão proferida em audiência de instrução e julgamento, ou quando se atacasse decisão posterior à sentença.

Nessa situação excepcional, a espécie seria de agravo retido, exceto se houvesse dano de difícil e de incerta reparação; se não fosse admitida a apelação, ou quanto aos efeitos com que foi recebida, ocasião em que o agravo seria de instrumento (CPC, art. 523, § 4º, com redação da Lei 10.352/2001).

Atualmente, a partir da Lei 11.187/2005, o regime da retenção passou, em termos categóricos, a constituir a *regra geral* a ser observada no processamento do recurso de agravo.

A nova disciplina é a seguinte:

> Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento (CPC, art. 522, com redação da Lei 11.187/2005).

A idéia de retenção do recurso não é novidade no sistema, nem é exclusiva do recurso de agravo. Foi instituída no âmbito do recurso especial e extraordinário, quando a reforma de dezembro de 1998 consignou que "O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões" (CPC, art. 542, § 3º, com redação da Lei 9.756/98).

Pelo que se observa do histórico das últimas reformas do processo

6 MOREIRA, J. C. Barbosa, **Comentários ao Código de Processo Civil***:* Arts. 476 a 565, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, n. 272, p. 495; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 117.

civil brasileiro, a linha política adotada pela Comissão tem sido a de restringir o espaço do agravo de instrumento, na medida em que for possível sobrestar o recurso nos autos, a fim de ser apreciado, depois, por ocasião do julgamento da apelação (CPC, art. 523).

A despeito de ser esse o objetivo da reforma, constatou-se que o regime da retenção nos autos não pode ser absoluto. A ressalva que vem sendo feita na legislação, e que foi produto da experiência dos tribunais, está no sentido de salvaguardar o interesse do recorrente, na interposição do agravo de instrumento, quando a decisão for suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação.

O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar os diversos casos envolvendo o § 3º do art. 542 do CPC, fixou a interpretação de que, havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o relator deve dar seqüência normal ao processamento do recurso extraordinário ou especial[7].

Essa exegese, que resguarda as demandas de fundo *cautelar,* contou com o apoio da doutrina,[8] tendo sido adotada depois pela Lei 10.352/2001, ao estatuir que "Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo nos casos de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida" (CPC, art. 523, § 4º, com redação da Lei 10.352/2001).

Quanto aos poderes do relator, havia outro preceito equivalente que lhe autorizava converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratasse de provisão jurisdicional de urgência, ou houvesse perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação (CPC, art. 527, II, com redação da Lei 10.352/2001).

Eis o motivo da última alteração feita no art. 522 do CPC. Por força de sua nova fisionomia, a Lei 11.187/2005 revogou expressamente o § 4º do art. 523

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T., MC 3.940/RJ, Min. GARCIA VIEIRA, ac. de 02.10.2001, DJ de 19.11.2001; 1ª T., AgRg na MC 9.529/RJ, Min. LUIZ FUX, ac. de 13/09/2005, DJ de 26.09.2005; 3ª T., MC 8.126/RJ, Min. Min.ª NANCY ANDRIGHI, ac. de 08/06/2004, DJ de 01.07.2004; 4ª T., REsp 66.1145/ES, Min. JORGE SCARTEZZINI, ac. de 22.02.2005, *RT*, 838/191.

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: Teresa A. A. Wambier e Nelson Nery Jr. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 141; Eduardo Arruda Alvim, "Recurso especial e recurso extraordinário". In: Nelson Nery Jr. e Teresa A. A. Wambier (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: de acordo com a Lei 10.352/2001.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 167. v. 5.

do Código, que havia sido objeto da Lei 10.352/2001 (situações posteriores à sentença), o qual perdeu sua razão de ser pela abrangência sistemática da nova lei.

Por outro lado, pode-se dizer que, mesmo implantada a regra geral do agravo retido, as hipóteses excepcionais do art. 522 do CPC, que impõem a tramitação do instrumento, *não são exaustivas*.

A doutrina, com reflexo na jurisprudência do STJ,[9] tem observado que, após a sentença de mérito, na fase de execução, em que normalmente não se interpõe apelação (a não ser em sede de embargos ou da impugnação de que trata a Lei 11.232/2005), não faz sentido exigir a forma retida do agravo.[10] O recurso apensado é inócuo para resolver o problema.

4 A INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Um outro preceito alterado recentemente foi o § 3º do art. 523 do Código. Aqui, a última versão vinha da Lei 9.139/95, que dizia que, das decisões interlocutórias proferidas em *audiência,* seria admissível interposição oral do agravo retido, a constar do respectivo termo, expostas sucintamente as razões que justificassem o pedido de nova decisão.

Agora, a nova redação do § 3º do art. 523 do CPC diz o seguinte:

> *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* (com redação da Lei 11.187/2005).

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T., REsp 756.236/SC, Min. JOSÉ DELGADO, ac. de 28/06/2005, DJ de 08.08.2005; 2ª T., REsp 800.208/PR, Min. CASTRO MEIRA, ac. de 02/02/2006, DJ de 20.02.2006.

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 167; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 437; OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de**. As alterações impostas ao recurso de agravo pela Lei 10.352/2001**, RePro**,** p. 107-142; MEDINA, José Miguel Garcia. **A recentíssima reforma do Sistema Recursal brasileiro:** análise das principais modificações introduzidas pela Lei 10.352/2001, e outras questões. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa A. A. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, p. 355, 2002; CARNEIRO, Athos Gusmão. Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 10. p. 37.

Antes de atirar as primeiras impressões, não custa observar que o primeiro período do dispositivo é um tanto quanto supérfluo. Não era necessário dizer que caberá agravo na forma retida das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento. Isso já foi dito pelo art. 522 do mesmo estatuto, quando consignou, com todas as letras, qual será a modalidade de agravo a ser utilizada como regra geral, inclusive, é claro, em audiência.

Ao que parece, a boa técnica legislativa recomenda que, na pressuposição de tratar-se de agravo retido, bastaria o parágrafo terceiro disciplinar apenas a *forma de sua interposição* em audiência.

Sendo assim, talvez a redação ficasse mais organizada do seguinte modo: *em audiência de instrução e julgamento, o agravo deve ser interposto oral e imediatamente, acompanhado da exposição sucinta de suas razões, as quais constarão do respectivo termo (art. 457)*.

Pela sistemática atual, e até pelas características de sua interposição, porque oral e reduzido a termo, é evidente que o preceito se refere ao agravo retido. Mas essa é uma observação de técnica legislativa.

Quanto ao conteúdo, o novo § 3º do art. 523 traz duas novidades. A primeira, está na referência que se fez à decisão proferida em *audiência de instrução e julgamento*, expressão mais limitada do que aquela anterior alusiva à audiência.

A justificativa para dessa restrição se deve ao fato de que a audiência de instrução e julgamento tem grande proximidade com a solução final da causa, não sendo recomendável, a essa altura, conturbar o procedimento com a interposição de um incidente no tribunal[11].

Entretanto, mercê da nova sistemática implantada, tornou-se irrelevante, hoje, saber se há proximidade com a sentença de mérito. Em essência, tendo presente que o espírito da norma é o mesmo para qualquer espécie de audiência, a Lei 11.187/2005 não precisava especificar o ato processual, ainda mais agora, firmada em termos explícitos a regra geral do processamento retido (CPC, art. 522).[12]

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Inovações da Lei 10.352/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa A. A. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 276. v. 6

12 Era a interpretação do § 3º do art. 523 do CPC, na sua redação anterior: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 167-168; NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 903. A propósito: "Processo Civil. Procedimento Sumário. Decisão Interlocutória.

De concerto com essa regra geral, pode-se afirmar que, contra decisão proferida em qualquer audiência – inclusive a audiência *preliminar* (CPC, art. 331) –, o agravo deve ser retido e interposto de imediato.[13]

A forma convencional, porém, comporta exceções. Se for necessário a parte, por algum motivo relevante, fazer uso do agravo de instrumento? Na doutrina, existe posição favorável à sua aceitação, no prazo respectivo de 10 (dez) dias, quando houver algum motivo de urgência que justifique a subida do pedido como instrumento (CPC, art. 522).[14]

Em tese, pode-se dizer possível a postulação no tribunal, embora não deixe de ser um empreendimento arriscado. O interessado pode insistir no agravo de instrumento, apostando na interposição no prazo de 10 dias, a contar do dia útil seguinte à audiência (CPC, art. 242, § 1º); mas o relator, por sua vez, pode achar que não havia necessidade.

Resultado: converter-se-á em retido. Isso significa também que o agravo (a partir de então retido) não será mais aceito no futuro, quando sobrevier a apelação, tendo em vista a manifesta intempestividade. Como se viu, impugnou-se decisão proferida em audiência.

Nessa dinâmica, é curioso até cogitar se, após a conversão do agravo de instrumento, o relator pode, já verificando de plano ser o agravo retido manifestamente intempestivo, negar-lhe seguimento.

No exemplo figurado, não tendo feito uso imediato do recurso contra a decisão proferida em audiência, a parte protocola, nos 10 dias seguintes àquele ato processual, agravo de instrumento perante a Corte. O relator, verificando que não é caso de processamento imediato, determina-lhe a retenção

Audiência. Agravo Retido. Art. 280-III, CPC. Doutrina. Recurso desprovido. Nos termos do art. 280-III, CPC, no procedimento sumário o agravo, em regra, é retido em duas hipóteses: a) quando interposto contra decisão sobre matéria probatória, seja ela proferida ou não em audiência; b) quando interposto contra decisão interlocutória proferida em audiência, independentemente do tema decidido" (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça, 4ª T., REsp 267.757/MG, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. de 05/10/2000, DJ de 20.11.2000).

13 CARNEIRO, Athos Gusmão, "Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005". In: NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 41. v. 10.

14 CARNEIRO, Athos Gusmão. Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005, cit., p. 46; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Questões controvertidas sobre o agravo (após as últimas reformas processuais. In: NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 7. p. 28. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A nova disciplina do agravo no processo civil decorrente da Lei 11.187/2005. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 146. v. 10.

em primeiro grau, mas também verifica, desde logo, se o recurso apresentado na espécie foi manifestamente intempestivo, em face da atual regra, que lhe exige a interposição *imediata,* na própria audiência (CPC, art. 523, § 3º).

Ao que parece, não há obstáculo algum que impeça o relator de, após a conversão, *negar seguimento* ao agravo retido que se mostre francamente fora de prazo. É certo que o mérito do agravo retido só pode ser examinado depois, por ocasião do julgamento da apelação, mas a questão de ordem pública subjacente à sua admissibilidade pode, e deve, ser enfrentada desde logo.

Não tem sentido manter-se um recurso em apenso nos autos quando se sabe, com razoável certeza, que não será admitido, posteriormente, perante o mesmo órgão revisor.

Em contrapartida, é necessário reconhecer que tal decisão, diferentemente dos casos de que trata o § único do art. 527 do Código, comportará o recurso de agravo previsto exatamente para as hipóteses de negativa de seguimento (CPC, art. 557, § 1º).

Nesses casos de dúvida, quando o prejudicado resolve insistir no agravo de instrumento fora da audiência, é recomendável consignar em ata o protesto logo após a decisão, suscitando o agravo retido prontamente. Isso evita a preclusão temporal e garante-lhe a sobrevivência para um conhecimento posterior. É apenas uma medida de precaução contra o eventual insucesso da tentativa paralela do agravo de instrumento.

Tal raciocínio não representa nenhum desprezo pelo princípio da singularidade dos recursos. No caso, a parte interporá somente um recurso contra a decisão – o agravo, embora sob modalidades diversas e simultâneas, mercê das características que a hipótese apresenta.

Tenha-se presente que, por uma questão de segurança jurídica e previsibilidade, sobretudo para facilitar o acesso à Justiça, em situações de incerteza, a primeira interposição em audiência não deve gerar preclusão consumativa para a parte que venha a manifestar interesse na formação do instrumento.

Afigura-se uma demonstração de que melhor seria se o legislador houvesse mantido o prazo uniforme para as duas modalidades, de sorte a diminuir esse estado de insegurança no processo, típico de um jogo de aposta.

4.1 A FORMA DE INTERPOSIÇÃO ORAL E IMEDIATA

A segunda mudança do dispositivo diz respeito à exigência de interposição *oral* e *imediata*.

A forma de interposição *oral* já era franqueada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[15] e vista com bons olhos pela doutrina,[16] homenagem feita aos princípios da economia, da oralidade e da concentração. Posteriormente, a Lei 9.139/95 sinalizou a favor com a antiga redação do § 3º do art. 523 do Código.

A Lei 11.187/2005 impôs a oralidade para o agravo em audiência. Contudo, o bom senso haverá de prevalecer, quando eventual petição *escrita* for apresentada a tempo, devendo ser admitida da mesma forma, ante a inexistência de qualquer prejuízo para o interesse público que governa a relação processual. Aqui, invoca-se o princípio da instrumentalidade das formas (CPC, arts. 154 e 244).

E o que significa interposição *imediata*? No vernáculo, imediato tem o sentido de logo depois, direto, instantâneo, em lapso temporal muito próximo ao presente.

O vocábulo não é estranho ao sistema do Código de 1973. A título de informação, os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem *imediatamente* a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais (CPC, art. 158). A qualquer juiz integrante do órgão julgador é facultado pedir vista por uma sessão, se não estiver habilitado a proferir *imediatamente* o seu voto (CPC, art. 555, § 2º).

Quando o juiz recebe a apelação contra a sentença que indefere a inicial, não sendo reformada a decisão, os autos serão *imediatamente* encaminhados ao tribunal competente (CPC, art. 296, § único). Em matéria de prescrição de direito patrimonial, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de *imediato* (CPC, art. 219, § 5º). E não só no plano da lei ordinária, porque a Constituição Federal vigente determina que "a

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª T., REsp 2.319/RJ, Min. Cláudio Santos, ac. de 08.05.1990, DJ de 04.06.1990; 4ª T., REsp 6.134/RJ, Min. BARROS MONTEIRO, ac. de 21/05/1991, *RT*, 675/234.

16 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. n. 170. p. 131. Com abordagem mais atual: GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 128.

distribuição de processos será *imediata*, em todos os graus de jurisdição" (CF, art. 93, XV, com redação da EC 45/2004).

Pondo o raciocínio em termos do cenário da audiência, que é um ato processual complexo,[17] pode-se entender que a impugnação imediata é aquela feita logo após o instante em que a decisão do juiz é tomada na audiência, mais ou menos dentro do espaço de tempo que antecede à prática do ato processual subseqüente.

De qualquer modo, a tempestividade do agravo retido não será aferida pelo órgão de primeiro grau. Tal como ocorre com o agravo de instrumento (CPC, art. 524), o controle de admissibilidade do agravo retido é do tribunal respectivo (TJ ou TRF), sob pena de usurpação de competência, com ofensa direta ao preceito que lhe confere atribuição para conhecer do recurso, preliminarmente, por ocasião da apelação (CPC, art. 523).

Ao órgão monocrático, só lhe cabe receber a impugnação e processá-la, com possibilidade de exercer a retratação.[18] O bom senso do juiz deve ser aplicado com atenção especial para esse detalhe, de sorte que o pedido da parte seja devidamente reduzido a termo, acompanhado de fundamentação sucinta, material este que poderá ser levado depois ao conhecimento do tribunal revisor, o que depende do requerimento expresso do agravante, e desde que seja conhecido o recurso de apelação[19], ou admitido o reexame necessário (CPC, art. 475).[20]

Convém assinalar que, em se tratando de regra específica, e até pela inviabilidade prática, as hipóteses excepcionais de prazo dobrado não incidem na espécie (CPC, art. 188 e 191). A partir da nova disciplina, a Fazenda Pública, o Ministério Público, os litisconsortes (com procuradores diferentes) e o Defensor Público (Lei 1.060/50, art. 5º, § 5º) não têm prazo em dobro para interpor agravo retido em audiência.

17 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 11. n. 170.

18 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 466.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª T., REsp 26.996/SP, Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, ac. de 22/09/1992, *RSTJ*, 42/455. Na doutrina: J. C. Barbosa Moreira, Comentários, cit., n. 274, p. 502; NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de, **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 902.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T., REsp 100.715/BA, Min. Humberto Gomes de Barros, ac. de 31.03.1997, *RSTJ*, 96/153. Na doutrina: J. C. Barbosa Moreira, Comentários, cit., n. 274, p. 499.

Para complementar o presente tópico, um aspecto de ordem *constitucional* deve ser observado. Em audiência, o interessado deve interpor o agravo retido imediatamente, mercê da redação dada ao § 3º do art. 523 do CPC. Diante dessa nova regra, pergunta-se: qual seria o prazo para o agravado responder ao recurso interposto em audiência?

Aparentemente, a resposta estaria no § 2º do art. 523 do CPC, onde se aponta, em termos genéricos, o prazo de 10 (dez) dias. Porém, é legítimo o entendimento de que o agravado dispõe de 10 dias para responder ao recurso que o agravante teve que apresentar no momento imediatamente posterior à decisão?

Do ponto de vista constitucional, especificamente em face do princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput*), a resposta só pode ser *negativa*, sob pena de desequilibrar a posição dos litigantes com uma norma que oferece muito mais condições de defesa ao recorrido. Se o direito de recorrer é desdobramento do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), há um evidente desequilíbrio de armas em detrimento de quem não dispõe de muito tempo para impugnar e fundamentar o pedido, como é o caso do agravante.

Uma interpretação conforme à Constituição poderá ser formulada com a exegese segundo a qual o prazo de 10 (dez) dias de que trata o § 2º do art. 523 do Código, para responder ao agravo retido, *não se aplica no procedimento de interposição em audiência*. Nesse caso, o juiz deve abrir oportunidade ao recorrido para apresentar sua resposta oral logo em seguida à manifestação do agravante.[21]

5 A FUNÇÃO DO RELATOR NO PROCESSAMENTO DO AGRAVO

O tópico relativo à função do relator em grau de recurso tem sido uma constante em todos os movimentos de reforma do Código de Processo Civil. A tendência do sistema vem sendo a de reforçar a atuação monocrática do juiz na esfera recursal, de modo que o relator possa antecipar uma decisão que represente o entendimento pacífico ou predominante do colegiado a que pertence, dos tribunais superiores ou do Supremo Tribunal Federal.

21 CARNEIRO, Op. cit., p. 41.

Esse controle monocrático, pelo relator tem sido feito tanto em juízo de admissibilidade quanto na esfera de mérito do recurso (CPC, art. 557) e da remessa oficial (STJ, Súmula 253).

No processamento do agravo, há disposição específica autorizando o relator a lhe negar seguimento liminar, quando o recurso for manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em contradição com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Superior (CPC, art. 527, I e 557).

5.1 A CONVERSÃO DO RECURSO E SEUS DESDOBRAMENTOS

Importa examinar a *natureza do ato de conversão do recurso*. Tecnicamente, o que significa a conversão? A conversão traduz tão-somente uma mudança na *forma de processamento do recurso*[22]. Converter um agravo de instrumento, por exemplo, não implica negativa de seguimento ao pedido, como também não significa, por automático, já admitir o agravo retido.

O relator não emite juízo de valor definitivo sobre a admissibilidade do recurso, de sorte que o procedimento recursal continua instaurado por força da interposição do pedido. A interposição pendente de análise obsta à preclusão, e a decisão se mantém passível de ser modificada (reformada ou anulada), quando sobrevier o julgamento de mérito do recurso.

Convertendo-o, o relator não está negando seguimento, como se o recurso fosse inadmissível. Portanto, a conversão não impede a abertura do procedimento recursal, mas tão-só aquela determinada *forma de processamento eleita pela parte*, o que implica manter o recurso interposto, para que obedeça a um outro regime de tramitação, cuja admissibilidade será aferida posteriormente.

Nessa perspectiva, a Lei 11.187/2005 introduziu algumas alterações no inciso II do art. 527 do Código. A primeira, foi para fixar uma imposição ao juiz, no sentido de que este *converterá o agravo de instrumento em agravo retido*. Quanto do que antes aparentava um poder de escolha,

22 De acordo com o Prof. Ovídio Baptista da Silva: A forma de interposição e processamento do agravo é que pode assumir a estrutura de um agravo de instrumento ou de um agravo retido. (SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 440. v. 1).

embora sem traduzir discricionariedade, o preceito agora passou a impor o caminho da retenção[23].

A segunda mudança se verifica quanto à exceção estatuída para o regime retido. A Lei 10.352/01 dizia que só não haveria sobrestamento quando o recurso tratasse de provisão jurisdicional de urgência, ou quando houvesse perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação.

Com outra linguagem, a nova lei abandonou o termo *provisão jurisdicional de urgência*, certamente pelo peso da crítica que lhe foi endereçada na doutrina,[24] e arrumou o texto para afirmar que o relator

> converterá o agravo de instrumento em 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 (CPC, art. 527, II, com redação da Lei 11.187/2005).

Como exceção à regra, a situação de *urgência* continua a justificar o endereçamento imediato do agravo no tribunal respectivo.[25] O requisito do perigo da demora (*periculum in mora*) se mantém como válvula de autorização para o processamento destrancado do recurso, além das hipóteses correspondentes ao juízo negativo de admissibilidade da apelação e aos efeitos com que é recebida pelo órgão de primeiro grau.

É necessário, todavia, registrar que não basta a simples afirmação do recorrente. Ao agravante, compete-lhe demonstrar a situação de urgência

23 CARNEIRO, Athos Gusmão. Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins.** São Paulo: RT, 2006. p. 43. v. 10; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 362 e 383. Com idêntica opinião em relação à Lei 10.352/01: Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, "As alterações impostas ao recurso de agravo pela Lei 10.352/2001", *RePro*, 107/150; José Miguel Garcia Medina, "A recentíssima reforma do Sistema Recursal brasileiro: análise das principais modificações introduzidas pela Lei 10.352/2001, e outras questões". In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa A. A. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: RT, 2002. p. 356. v. 6.

24 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005**, Op. cit., p. 37.

25 ALVIM, Arruda. Notas sobre algumas das mutações verificadas com a Lei 10.352/2001. In: Nery Júnior, Nelson; WAMBIER, Teresa A. A. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: RT, 2002. p. 93. v.6.

que exige o processamento do recurso em segundo grau.[26] Em contrapartida, a norma impõe, ao relator, o dever de sobrestar o recurso quando constatar, de forma fundamentada, que o caso se enquadra na regra geral, não reclamando processamento perante o órgão colegiado.

A conversão deve ser feita de ofício, desde que suficientemente visível, ao órgão destinatário, a desnecessidade de tramitação do recurso pela Corte de Justiça. Tenha-se presente que, por órgão destinatário, se compreende tanto a figura do relator quanto o próprio colegiado.

A Câmara ou Turma, quando em mesa de julgamento, pode rediscutir os pressupostos do regime retido e, se for o caso, determinar o apensamento do agravo nos autos de origem. Entretanto, convém ponderar que, por uma questão de política judiciária, não tem mais sentido alterar a forma de processamento do recurso, a essa altura do campeonato. É mais razoável prosseguir no seu julgamento perante o colegiado.[27]

Uma prática que tem sido adotada por alguns tribunais é a seguinte. Analisando o pedido de efeito suspensivo, e verificando não haver *perigo da demora*, o relator indefere a medida cautelar, dada a ausência de um dos pressupostos do art. 558 do CPC. Por conseqüência, sem perigo da demora, o relator retém automaticamente o processamento do recurso.

O itinerário parece correto porque a constatação de não haver perigo de dano grave para a parte, no âmbito do pedido de efeito suspensivo, já autoriza a retenção do agravo, assim como o reconhecimento de que há risco de dano, no incidente que analisa o efeito suspensivo, constitui óbice necessário à retenção.[28]

Nessa perspectiva, o *perigo da demora* que justifica o efeito suspensivo (CPC, art. 558), capaz de produzir um dano material (ou processual) significante, na esfera jurídica do recorrente, é ontologicamente o mesmo que impede a conversão do instrumento para o regime retido (CPC, art. 527, II).[29]

26 ALVIM, Op. cit., p. 93; JORGE; Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 97.

27 CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. **A reforma da reforma.** São Paulo: Malheiros, 2002. p. 172.

28 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Questões controvertidas sobre o agravo: após as últimas reformas processuais. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: RT, 2003. v. 7. p. 282.

29 Na nossa opinião, o chamado dano *processual* tanto justifica o deferimento do efeito suspensivo quanto impede a conversão do recurso para o regime retido. No caso da decisão proferida por órgão absolutamente incom-

Por outro ângulo, convém chamar a atenção para o seguinte aspecto. Nesse caso, a providência acima está correta, mas uma coisa nem sempre leva necessariamente à outra. O indeferimento do efeito suspensivo *nem sempre implicará a retenção automática do recurso*. O *efeito suspensivo* (ou tutela antecipada recursal) e a *conversão* são duas providências independentes, cada uma com o seu regime jurídico próprio.[30]

No exemplo figurado, a falta de perigo da demora pode ter coincidido na análise dos dois provimentos. Mas, eventualmente, pode não coincidir. Como prova disso, basta inverter um dos elementos da equação.

Analisando o pedido de efeito suspensivo, e verificando não haver *relevância dos fundamentos* (fumaça do bom direito), o relator do agravo não tem outro caminho senão indeferir a medida de urgência, porquanto ausente um dos pressupostos do art. 558 do CPC.

Porém, mesmo sem probabilidade de êxito, a constatação de haver *perigo da demora* na espécie já impossibilita o relator de apensar o agravo em primeiro grau, dada a situação de urgência que ameaça a esfera jurídica do recorrente, tal como prevista no novo art. 522 do Código.

Imagine-se um decreto de despejo liminar contra o qual se interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo. Verificando a relevância dos fundamentos que embasam o despejo, o relator pode considerar improvável o sucesso do recurso, motivo que o fará indeferir o pedido de efeito suspensivo. Contudo, a situação de despejo iminente, por óbvio, impõe a tramitação do agravo como instrumento, uma vez que não há nenhuma utilidade prática no agravo retido em semelhante estado de coisas[31].

petente, o prejuízo processual decorrente da nulidade absoluta das decisões proferidas no curso do processo justifica, ao lado da relevância dos fundamentos, a suspensão imediata da decisão pelo relator (CPC, art. 558). Nesse contexto, havendo forte indicativo de que a decisão foi proferida por juízo manifestamente incompetente, o relator deve deferir o efeito suspensivo e, ao mesmo tempo, manter o instrumento de agravo no tribunal.

30 De acordo com José Miguel Garcia Medina, "não há necessária correlação entre a manutenção do regime do agravo de instrumento e a imposição de efeito suspensivo ao mesmo recurso. Ou, melhor dizendo, sempre que incidir a hipótese do art. 558 do CPC deverá o agravo ser de instrumento, mas nem sempre se deverá atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento que não tenha sido convertido em agravo retido (cf. art. 527, inc. II) ("A recentíssima reforma do Sistema Recursal brasileiro – Análise das principais modificações introduzidas pela Lei 10.352/2001, e outras questões". MEDINA, José Miguel Garcia. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa A. A. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: RT, 2002. p. 357. v. 6).

31 Nesse ponto, com inteira procedência a afirmação de ser "inadmissível a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, quando o objeto do recurso consistir na reforma de decisão relativa a tutela de urgência" (WAMBIER,

Neste último exemplo, não houve correlação necessária entre os dois institutos, porque o *perigo da demora* não foi determinante para a concessão das duas providências simultâneas. Vale dizer, o pedido de efeito suspensivo pode ser negado pela baixa probabilidade de vitória do agravante, enquanto o risco de dano (material ou processual), uma vez presente, impede a retenção do recurso.

Caso interessante consiste em saber se o relator pode transformar em retido o agravo de instrumento que não seria admitido, por exemplo, pela falta de informação ao órgão de primeiro grau a cargo do agravante (CPC, art. 526).

Há manifestação favorável na doutrina, sob o argumento de que, pela própria ordem do procedimento, o relator primeiro verifica se é caso de conversão, para só, em seguida, ouvir o agravado. Por essa ótica, a retenção pode ser feita antes mesmo de o agravado suscitar a preliminar de não-conhecimento por ausência da informação exigida pelo art. 526 do CPC.[32]

No entanto, é necessário atentar para o seguinte detalhe. Nesse caso, se a conversão foi imediata (antes de ouvido o agravado), porque houve motivo bastante que impôs a retenção, ou seja, o fato de o relator não haver vislumbrado qualquer das hipóteses que justifique o processamento do recurso no tribunal. Isso, por si só, é suficiente para transformá-lo em retido, com abstração das formalidades inerentes ao agravo de instrumento, que poderiam ser detectadas de ofício ou por iniciativa do agravado, como preliminar, no decorrer do procedimento recursal.

Por outras palavras, a conversão foi feita com fundamento nos pressupostos do art. 522 do CPC.

Outra coisa seria o relator converter o instrumento em retido em face de alguma causa que impeça a admissibilidade do agravo, como falha na formação do instrumento, ou mesmo a ausência da informação obrigatória, no juízo inferior.

Esse segundo caminho não parece ter respaldo no sistema. É certo que a sistemática processual instituiu a regra geral do agravo retido, mas também é verdade que o sistema fixou as balizas que devem ser postas para tal transformação.

Em suma, a conversão será feita quando a *decisão não for suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação, quando o recurso não for contra juízo negativo de ad-*

Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 438).

32 Nesse sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, **Os agravos no CPC brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 298.

missibilidade da apelação ou contra o pronunciamento que dispuser sobre os seus efeitos, ou por qualquer outro motivo que *não* justifique a formação do instrumento.

Fora dessas hipóteses de cabimento, não se pode aceitar a retenção de um agravo que, de acordo com o art. 522 do CPC, *não poderia ser retido nos autos*, muito menos pelo fato de o recorrente haver deixado de cumprir alguma formalidade obrigatória à habilitação do instrumento.

Do contrário, toda vez que faltar o preparo ou uma peça obrigatória à formação do instrumento, o relator, ao invés de negar seguimento ao recurso, transforma-lo-á em retido, o que não parece uma solução desejável do ponto de vista sistemático.

Como se disse, a conversão não implica admissão automática do agravo, pelo que não prejudica o controle de admissibilidade posterior, por ocasião da apelação. A conversão também não está condicionada à prévia admissão do recurso, uma vez que pode, e deve, ser feita antes mesmo de se lhe aferir a admissibilidade, desde que presentes as condições que impõem o regime retido, na forma do atual art. 522 do CPC.

Porém, converter em retido o agravo de instrumento que não poderia ser convertido, à luz das hipóteses do art. 522 do Código, ainda mais quando o agravante não cumpriu uma formalidade necessária ao seu processamento, significa dar acesso ao tribunal por vias oblíquas, tangenciando a disciplina do procedimento recursal.

O agravo que deveria ser apreciado como instrumento, mas que não reuniu as condições legais mínimas para ser admitido, não pode entrar no tribunal pela "janela", sob outra modalidade. O agravante, cujo instrumento não foi sequer admitido, pode trabalhar junto ao órgão monocrático, a fim de convencê-lo de que errou. Só não terá direito ao reexame da decisão pelo órgão colegiado.

O agravo retido pode não gerar tumulto no processo, mas representa um incidente que, possivelmente, será apreciado pelo tribunal, ocupando o pronunciamento do colegiado com mais um recurso, além da apelação. Forçar a retenção pela tangente é medida que vai de encontro à própria filosofia da Lei 11.187/2005, na consideração de que sua finalidade foi barrar, quanto possível, o número de incidentes, na segunda instância.

5.2 O INSTRUMENTO DE AGRAVO E ALGUNS AJUSTES TÉCNICOS

O inciso V do mesmo art. 527 do Código sofreu alguns ajustes técnicos. Quando o relator determinava a intimação do recorrido para contra-razoar o recurso, o antigo enunciado desse inciso lhe conferia a faculdade de juntar as *peças que entendesse convenientes*. No parecer da melhor doutrina, o dispositivo autorizava juntar cópia de outras *peças dos autos*, e não quaisquer outros documentos, ressalvado o documento novo que exige prévio contraditório (CPC, art. 397 e 398).[33]

Agora, o entendimento haverá de ser diferente. Na oportunidade em que o relator determinar a intimação do agravado, para contra-razoar o recurso, ser-lhe-á facultado juntar *a documentação que entender conveniente*. Ao que parece, a nova mensagem da Lei 11.187/2005 abre a possibilidade de ser juntado algum documento eventualmente não constante dos autos do processo, o qual deve passar pelo crivo do contraditório.[34]

Por fim, quanto ao último inciso do art. 527 do CPC, não houve qualquer modificação substancial. A nova lei explicitou que os incisos III a V a que se refere o art. 527 são os da *cabeça daquele mesmo dispositivo*. Ultimadas as providências ali constantes – não mais em relação aos incisos I e II –, o Ministério Público será ouvido, se for o caso, para se pronunciar no prazo de 10 (dez) dias.

6 A DECISÃO DO RELATOR E OS MEIOS DE CONTROLE JUDICIAL

Sem dúvida, um dos pontos mais importantes da reforma empreendida com a Lei 11.187/2005 foi a nova redação dada ao parágrafo único do art. 527 do CPC.

Até então, contra o pronunciamento que convertia o recurso cabia o agravo interno do inciso II do art. 527 do CPC. Ao lado disso, contra a decisão que analisava pedido de efeito suspensivo, a jurisprudência assegurava o agravo interno do § 1º do art. 557 do CPC,[35] sendo inclusive fundamen-

33 MOREIRA, Op. cit., n. 275, p. 504; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 571.

34 ALVIM, José Eduardo Carreira. Agravo retido e agravo de instrumento: nova mini-reforma do Código de Processo Civil. **RePro,** v. 130, n. 91; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005**, Op. cit., p. 44.

35 BRASIL. Superior tribunal de Justiça, 1ª T., REsp 726.202/MG, Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, ac. de 16/08/2005, DJ de 05.09.2005; 1ª T., REsp 665.658/SC, Min. JOSÉ DELGADO, ac. de 03.03.2005, DJ de 18.04.2005; 2ª T., REsp 770.620/PA, Min. CASTRO MEIRA, ac. de 01/09/2005, DJ de 03.10.2005;

to para não se admitir mandado de segurança.[36]

Diferentemente, o novo parágrafo único registra hoje que *"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"* (CPC, art. 527, § único, com redação da Lei 11.187/2005).

Em sintonia com a própria natureza do pronunciamento judicial, o texto evidencia a natureza *interlocutória da decisão*, impondo, ao relator, o dever de fundamentação, sob pena de nulidade absoluta (CF, art. 93, IX; CPC, art. 165).[37] O órgão judicial deve expor o motivo que o fez converter a forma de processamento do recurso, ou deferir o efeito suspensivo (ou tutela antecipada recursal), tendo em vista os parâmetros da nova disciplina aplicável à espécie.

Embora seja uma decisão interlocutória, ficou claro, todavia, que a nova política legislativa vedou a possibilidade de recurso, fazendo-o por expressa disposição de lei. A estrutura da norma implantou a regra de ser *irrecorrível a decisão do relator que converte o recurso para o regime retido ou que lhe atribui efeito suspensivo (ou defere tutela antecipada recursal)*.

A partir desse quadro, deve-se atentar para alguns detalhes que merecem análise destacada. É visível que a vedação da norma é dirigida diretamente ao *agravante* que se sentir prejudicado com a retenção do seu recurso.

Por outro lado, a indagação que pode ser levantada é quanto à possibilidade de o *agravado* recorrer da decisão que, por algum motivo, não retiver o recurso do seu adversário.

Aqui, um critério de igualdade constitucional deve equiparar a situação de ambos os litigantes, para manter a decisão igualmente *irrecorrível para o agravado*. Para o recorrido, é evidente que existe interesse na retenção do recurso. Todavia, a decisão do relator que não retiver o agravo também é irrecorrível, dada a finalidade do novo parágrafo único do art. 527 do CPC.

3ª T., REsp 343.749/SP, Min. CASTRO FILHO, ac. de 09/09/2003, DJ de 29.09.2003.

36 BRASIL. Superior tribunal de Justiça, 2ª T., RMS 16.594/GO, Min. CASTRO MEIRA, ac. de 19/12/2003, DJ de 25.02.2004; 6ª T., RMS 11.544/SP, Min. PAULO MEDINA, ac. de 06/04/2004, DJ de 17.05.2004.

37 MEDINA, WAMBIER, José Miguel Garcia. **A recentíssima reforma do Sistema Recursal brasileiro**: Análise das principais modificações introduzidas pela Lei 10.352/2001, e outras questões". In: NERY JÚNIOR, Nelson; Teresa A. A. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 6, p. 356. É o mesmo raciocínio aplicável à decisão do juiz que se retrata na pendência de agravo de instrumento (CPC, art. 529): J. C. BARBOSA MOREIRA, *Comentários*, Op. cit., n. 281, p. 513.

Em relação ao inciso III do art. 527, a vedação de recurso é diretamente fixada para o *agravado* que se sentir prejudicado com a concessão do efeito suspensivo à decisão que o beneficia, ou com o deferimento de antecipação dos efeitos do provimento recursal (tutela antecipada).

A pergunta que se põe ao intérprete é saber se a vedação de recurso se estende igualmente aos casos em que o relator *indefere* o pedido de efeito suspensivo (ou a tutela antecipada recursal). Por outras palavras: assim como a decisão que concede, a que *nega* o efeito suspensivo (ou a tutela antecipada recursal) também seria irrecorrível?

A lógica do sistema e o espírito da nova lei respondem afirmativamente.

A remissão feita ao inciso III do art. 527 do CPC, onde se menciona a possibilidade de o relator *conceder* o efeito suspensivo (ou a tutela antecipada recursal), compreende também a circunstância em que o julgador *indefere* tal providência. A finalidade da nova sistemática é vedar o cabimento do recurso, para qualquer das duas situações.

De maneira que a decisão que concede ou indefere o pedido de efeito suspensivo (ou a tutela antecipada recursal) passa a ser *irrecorrível*, segundo o atual parágrafo único do art. 527 do CPC, na forma da Lei 11.187/2005.

Uma questão que pode ser suscitada, em paralelo, consiste em saber como fica a decisão do relator, em semelhante conjuntura, no âmbito da *apelação*. Em outros termos, é recorrível a decisão do relator que defere (ou indefere) pedido de efeito suspensivo (CPC, art. 558, § único) ou tutela antecipada recursal (CPC, art. 273) no recurso de apelação?

A resposta é afirmativa, uma vez que a irrecorribilidade imposta pela Lei 11.187/2005 é limitada à atuação do relator no processamento do agravo. É evidente que um dos objetivos da Lei 11.187/2005 foi evitar a proliferação de agravo interno (ou regimental) no curso do agravo de instrumento. Portanto, a incidência da nova lei é restrita àquela espécie recursal.[38]

No caso específico da apelação, não há obstáculo ao cabimento do recurso previsto nos regimentos internos dos tribunais. A possibilidade de agravo contra a decisão do relator da apelação se justifica, inclusive, pela circunstância de ser cabível o agravo de instrumento contra a decisão do juízo

38 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 354 e 364-365.

de primeiro grau que dispuser sobre os efeitos da apelação (CPC, art. 522).

Em nível sistemático, se é cabível agravo de instrumento contra a decisão do juiz que decide sobre os efeitos da apelação em primeiro grau, nada impede o cabimento de agravo regimental contra semelhante decisão do relator (da apelação), no tribunal.

Nessa linha, a decisão do relator na apelação – seja apreciando simples requerimento de efeito suspensivo (ou tutela antecipada) formulado no recurso, seja em sede de medida cautelar incidental – continua passível de impugnação pelo agravo disciplinado no Regimento Interno dos tribunais.

6.1 O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

O novo parágrafo do art. 527 do Código ressalta que a decisão de que tratam os incisos II e III somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar (CPC, art. 527, § único, com redação da Lei 11.187/2005).

Interessante observar que o legislador reconheceu aqui, ainda que implicitamente, uma figura há muito adotada na praxe forense: o *pedido de reconsideração*. Vedando o recurso em situações tais, ficou aberta a possibilidade de ser reexaminada a matéria, via pedido de reconsideração.

Por outro prisma, a negativa de seguimento ao recurso, por ser incabível, não impede a análise do problema como *simples pedido de reconsideração* formulado, em apartado ou no próprio recurso. Em termos práticos, o relator pode receber o agravo regimental, agora incabível, como mero pedido de retratação, para um exame monocrático do pleito, sem levá-lo ao órgão colegiado.

Há também um outro expediente que a prática forense certamente adotará. É a *medida cautelar incidental* com o objetivo de destrancar o recurso (CPC, art. 798). Antes ou após a conversão, o pedido de medida cautelar pode ser dirigido ao relator do agravo, com o intuito de demonstrar a necessidade de processamento urgente do pleito, perante o tribunal, sob pena de inutilizar o próprio julgamento futuro, do órgão colegiado, sobre a matéria.[39]

39 Sabe-se que essa providência vem sendo utilizada sistematicamente nas instâncias superiores como simples acessório dos recursos especial e extraordinário: **STJ**, 1ª T., MC 6.879/SP, Min. LUIZ FUX, ac. de 05.10.2004, DJ de 06.12.2004; 5ª T., MC 7.024/AL, Min. FELIX FISCHER, ac. de 06.05.2004, DJ de 28.06.2004; **STF**, 1ª T., MC 3.284/SP, Min. CARLOS BRITTO, ac. de 16.12.2004, DJ de 10-06-2005;

O embargo de declaração constitui uma via que pode ser manejada quando, porventura, apontado algum dos vícios descritos no art. 535 do CPC. Na pior das hipóteses, ainda que seja embargo de declaração com finalidade diversa da que estritamente lhe foi reservada pelo sistema, o relator deve recebê-lo como simples *pedido de reconsideração*. A formalidade é superável e irrelevante em face do mérito da providência.

Quanto à possibilidade de se interpor recurso especial, entende-se não ser cabível pela falta do pressuposto básico correspondente à decisão colegiada do Tribunal de segundo grau (CF, art. 105, III).

Duas dúvidas saltam aos olhos. A primeira, é a seguinte: a reconsideração do relator pode ser feita de ofício ou reclama pedido da parte?

É mais prudente pensar que a reconsideração pode ser realizada de ofício, à semelhança do que se verifica com a retratação do juiz que prolatou decisão pendente de agravo de instrumento (CPC, art. 529).

Além disso, a atividade do relator, no contexto dos incisos II e III do art. 527 do CPC, está diretamente ligada a situações de urgência. Sabe-se que as medidas urgentes, porque imbuídas de uma cognição sumária, são revogáveis a qualquer tempo, bastando que desapareçam as condições de fato em função das quais elas existem (CPC, art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, art. 807).

Existe um debate, na doutrina, a respeito da possibilidade de se revogar ou modificar de ofício a medida de urgência, quando fundada em simples equívoco do magistrado. Ao que parece, predomina o entendimento restritivo que condiciona o expediente à iniciativa da parte, a menos que haja aparecido alguma *circunstância nova* no plano dos fatos.[40]

No entanto, a dinâmica do sistema autoriza uma abertura, ainda maior, do preceito, como tem sinalizado o Superior Tribunal de Justiça.[41]

Pleno, QO em AC 929-4/RJ, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, ac. de 06.09.2005, *RePro*, 131/189.

40 Entre os italianos, fala-se em "mutamenti nelle circostanze": ATTARDI, Aldo. **Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace,** Padova: CEDAM, 1991. p. 253. Na literatura nacional: ALVIM, Arruda "Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas)". In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do CPC**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 98; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, "Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória". In: WAMBIER, Teresa A. A. (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 544.

41 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: "O juiz pode revogar a antecipação da tutela, até de ofício, sempre que, ampliada a cognição, se convencer da inverossimilhança do pedido" (3ª T., REsp 193.298/MS, rel. p/ ac. Min. ARI PARGENDLER, ac. de 13.3.2001, **RSTJ**, v. 152, p. 311).

Tem-se entendido que, em matéria de cognição superficial, cujo escopo é basicamente a defesa da jurisdição, existe um certo espaço de liberdade para ajustar o pedido deduzido às peculiaridades do caso concreto.[42]

O importante é requerer a tutela de urgência. A partir daí, o juiz está autorizado a revogar ou modificar de ofício a primeira decisão tomada, contanto que demonstre objetivamente as razões do seu convencimento,[43] com indicação do que tenha sido alterado no quadro fático ou probatório.

Dessa maneira, dada a possibilidade de revogação ou modificação, a qualquer tempo, da tutela de urgência, o relator do agravo poderá revogar sua decisão monocrática, *de ofício*, desde que exponha objetivamente os motivos que o levaram a alterar o entendimento anterior.

A segunda dúvida que nasce da reforma legislativa consiste em saber se é cabível algum recurso da decisão do relator que *reconsidera* o provimento inicial.

Uma interpretação teleológica do parágrafo único do art. 527 do Código responderá com o advérbio de *negação*. Boa ou ruim a política legislativa adotada, o espírito da nova sistemática foi vedar o recurso de agravo (interno ou regimental) contra a decisão do relator, nos casos que especifica, motivo pelo qual também será irrecorrível eventual juízo de retratação realizado no curso do procedimento.[44]

7 UM BALANÇO SOBRE A REFORMA PROCESSUAL

Para fechar o presente tópico, uma reflexão, de ordem sistemática, sobre a reforma legislativa de outubro de 2005, não pode deixar de ser feita.

Fazendo um balanço de todas as modificações pelas quais o Código de Processo Civil tem passado nos últimos 15 anos, em matéria de recursos, a impressão que fica é a de um *fechamento progressivo* do espaço reservado ao agravo de instrumento, no contexto dos meios de impugnação recursal.

Certamente não foi desta vez que o legislador o baniu do sistema,

42 FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência:** Fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 353.

43 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 104; ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 318.

44 Há quem entenda cabível o recurso de agravo interno ou regimental: ALVIM, José Eduardo Carreira. Agravo retido e agravo de instrumento: nova mini-reforma do Código de Processo Civil. **RePro,** p. 130-92.

nem seria uma opção adequada se viesse a fazê-lo, inclusive do ponto de vista constitucional. Mas é verdade que, pouco a pouco, a figura do agravo de instrumento vem saindo da vitrina judiciária, o que até agora, de certa forma, tem sido bom para a celeridade do procedimento.

Pelo ângulo político, a Lei 11.187/2005 é conveniente e oportuna para o fim a que se destina. O programa da reforma é claro em querer evitar o congestionamento dos tribunais com agravos que não têm real necessidade de ser apreciados no curso da ação em primeiro grau, antes da sentença de mérito.[45]

Entretanto, à semelhança do que ocorre no meio ambiente, não se deve perder de vista que determinados cortes legislativos, quando ultrapassam os limites do razoável, repercutem direta ou indiretamente em outros setores do sistema normativo.

No caso específico do procedimento do agravo, a experiência tem demonstrado que o sistema haverá de responder, de alguma forma, diante desse estado de irrecorribilidade da decisão do relator, sobretudo quando envolve tutela de urgência.[46]

Por constituir um direito fundamental, toda decisão que envolve urgência é geneticamente passível de controle pela instância judiciária. Garantir o direito fundamental à tutela tempestiva significa impor (ao legislador e ao juiz) o dever de não obstruir o acesso aos provimentos de urgência, e ainda assegurar o meio recursal adequado para correção imediata de eventual ilegalidade.

Não basta anunciar o direito ao processo célere; é preciso que se disponibilizem os meios de controle para a certeza de sua efetividade. Vedar o recurso em casos dessa natureza é o mesmo que burlar a garantia do acesso à Justiça, em contexto de ameaça a direito. Desarma-se o indivíduo diante da ofensa ao seu direito fundamental de ser guarnecido pela jurisdição de pronto atendimento.

Proclamar um direito, sem assegurar o correspondente meio de controle, equivale a tê-lo não mais que no papel. O estado de irrecorribilidade da decisão impõe, por automático, a abertura inexorável do sistema, o qual

45 Semelhante avaliação foi feita por ocasião de outras reformas do CPC: ALVIM, Arruda, "Notas sobre algumas das mutações verificadas com a Lei 10.352/2001", Op. cit., p. 94.

46 SICA, Heitor Vitor Mendonça, "Recorribilidade das interlocutórias e reformas processuais: novos horizontes do agravo retido". In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 191-194. v. 8.

passará a fornecer algum meio de controle judicial de que possa lançar mão a parte prejudicada, em situação de emergência.

Nessa perspectiva, não é temerário afirmar que o mandado de segurança será novamente convidado a entrar em cena (CF, art. 5º, LXIX; Lei 1.533/51, art. 5º, II; STF, Súmula 267),[47-48] seja com a finalidade de desconstituir a decisão irrecorrível (que dispôs sobre efeito suspensivo ou tutela antecipada recursal), seja tão-somente para determinar o processamento destrancado do recurso de agravo (contra a conversão).

Esse é um dado significativo para o entendimento de que a vinculação do órgão judicante aos parâmetros eleitos pelo sistema jurídico, mesmo quando resultado de uma interpretação que envolve conceito vago ou indeterminado, afasta a *discricionariedade* do juiz, nesse particular.

O conceito indeterminado integra a descrição do fato, de sorte que, uma vez coincidente o modelo normativo com a realidade subjacente, a solução estará predeterminada. A concessão da tutela está a depender da satisfação dos pressupostos legais correspondentes.[49]

No campo das medidas urgentes, a análise do julgador não escapa da

47 Desenvolvemos idêntico raciocínio para justificar a inutilidade da vedação do agravo contra decisão proferida em mandado de segurança: MELO, Gustavo de Medeiros. Aspecto recursal da concessão de liminar em mandado de segurança, ***RePro*,** v. 107, n. 324. No mesmo sentido, à luz da Lei 10.352/2001: THEODORO JÚNIOR, Humberto, "Inovações da Lei 10.352/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição". In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa A. A. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 278; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 118; DINAMARCO, Cândido Rangel, **A reforma da reforma,** São Paulo: Malheiros, 2002. p. 192-193.

48 Com base na Lei 11.187/2005: CARNEIRO, Athos Gusmão. "Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005", cit., p. 48; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro.** 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 98; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, "A nova disciplina do agravo no processo civil decorrente da Lei 11.187/2005". In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 150. v. 10.

49 Na literatura nacional, Barbosa Moreira: "O que um e outro fenômeno têm em comum é o fato de que, em ambos, é particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõem padrões rígidos de atuação. Há, no entanto, uma diferença fundamental, bastante fácil de perceber se se tiver presente a distinção entre os dois elementos essenciais da estrutura da norma, a saber, o fato (*tatbestand*, *fattispecie*) e o efeito jurídico atribuído à sua concreta ocorrência. Os conceitos indeterminados integram a descrição do fato, ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos. Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. Sucede o inverso, bem se compreende, quando a própria escolha da conseqüência é que fica entregue à decisão do aplicador" ("Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados", *RF*, 261/15-16).

forte subjetividade que rodeia os requisitos legais. Mas há um diferencial. Uma vez formulada a convicção de sua presença fática, diante do quadro apresentado, não há mais espaço para o juiz, estando ele *vinculado* ao material fático-probatório que impõe a concessão do provimento de urgência.[50]

Como se viu, o tópico anterior teve a intenção de enfatizar a *função do relator* no processamento do agravo. O termo *função*, preferível à expressão *poder*, foi destacado com o único propósito de chamar a atenção para o fato de que o poder, no processo, como em todo ramo do Direito Público, deve ser entendido tão-somente como instrumento ou garantia de que dispõe o juiz para cumprir com desembaraço a sua *função* jurisdicional.[51]

8 DIREITO INTERTEMPORAL

A norma processual é criada para entrar em vigor e reger, de imediato, os processos em tramitação que encontrar pela frente. É o que anuncia o art. 1.211 do Código de Processo Civil: "Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes".

Em contrapartida, sendo sua vocação a disciplina dos atos processuais, no presente e no futuro, a aplicação imediata da norma processual *não pode prejudicar* a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Eis um limite de ordem constitucional a ser observado (CF, art. 5º, XXXVI).

Em matéria de recursos, considera-se bem definido, na doutrina e nos tribunais, o entendimento de que a decisão pode ser impugnada pela espécie recursal em vigor, na data de sua publicação.[52-53] O recurso cabível é aquele previsto

50 LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 51; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória". In: WAMBIER, Teresa A. A. (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 483; LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2001. p. 69.

51 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 14-15.

52 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: "O recurso é regido pela lei vigente ao tempo da publicação da decisão impugnada" (4ª T., Resp 736.138/PR, Min. CÉSAR ROCHA, ac. de 28/06/2005, DJ de 10.10.2005).

53 MOREIRA, J. C. Barbosa, *Comentários*, Op. cit., n. 150, p. 269; NERY JÚNIOR, Nelson. **A forma retida dos recursos especial e extraordinário**: apontamentos sobre a Lei 9.756/98. In: WAMBIER, Teresa A. A; NERY JÚNIOR, Nelson (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 480.

pela lei vigente, no momento em que foi publicada a decisão, seja pela entrega da sentença na Secretaria Judiciária (CPC, art. 463),[54] seja pela proclamação do resultado do julgamento, na sessão do órgão colegiado (CPC, art. 556).[55-56]

Por esse critério, a questão ligada à modalidade recursal não apresenta grande dificuldade de compreensão.

A dúvida que surge repousa nos consectários que decorrem do novo regime jurídico conferido ao processamento do recurso. A pergunta que se formula é: a parte teria direito à *forma de processamento* do recurso prevista na lei revogada? Ou a nova disciplina de processamento deve ser aplicada imediatamente, inclusive nos recursos interpostos antes da reforma?

Com a Lei 11.187/2005, é necessário saber se os agravos de instrumento devidamente interpostos antes de sua vigência devem ou não ser retidos a partir da nova disciplina, considerando as hipóteses do atual art. 522 do Código.

Há forte manifestação doutrinária a sustentar que o regime da retenção do recurso possui natureza *procedimental*, o que justifica a incidência imediata da norma, com retroação para os recursos já interpostos.[57]

O Superior Tribunal de Justiça seguiu essa linha de raciocínio quanto ao recurso especial e extraordinário retidos (CPC, art. 542, § 3º). Prevaleceu a tese de que, não havendo supressão do recurso, *prevalecem as novas regras correspondentes ao seu procedimento*. O efeito prático consiste em apensar, aos autos da causa, os recursos interpostos, ainda que já admitidos.[58]

54 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 4ª T., REsp 93.813/GO, Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, ac. de 19.03.1998, DJ de 22.06.1998; 3ª T., REsp 48.991/ES, Min. EDUARDO RIBEIRO, ac. de 16/08/1994, DJ de 12.09.1994.

55 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Corte Especial, EREsp 649.526/MG, Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, ac. de 15/06/2005, DJ de 13.02.2006; 1ª T., REsp 615.226/DF, Min. LUIZ FUX, ac. de 05.05.2005, DJ de 22.08.2005.

56 ALVIM, Arruda, **Efeitos do julgamento no órgão colegiado**: Direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 245. (Coleção Estudos e Pareceres II).

57 ARMELIN, Donaldo. "Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à Lei 8.038/90, impostas pela Lei 9.756/98". In: WAMBIER, Teresa A. A; NERY JÚNIOR, Nelson (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 215; OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso especial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 95.

58 Superior Tribunal de Justiça: "Processual Civil. Recurso Especial Retido**.** Decisão Interlocutória. Lei n. 9.756/98. Incidência imediata. Sobrestamento dos recursos, ainda que já admitidos. Devolução dos autos à origem. Resolução n. 01/99 do Tribunal. Caso concreto. Precedentes da Terceira Turma. Agravo provido parcialmente. I - Como assinalado em sede doutrinária, tendo entrado a lei [Lei n. 9.756/98] em vigor na data de sua publicação (DOU de 18.12.1998), por força do seu art. 4º, é de observar-se a regra de direito intertemporal que disciplina o sistema jurídico brasileiro no concernente à aplicação da lei processual no tempo, segundo a qual as normas processuais civis têm incidência imediata, salvo expressa dicção legal em contrário. Ademais, não se deve confundir incidência

Nessa perspectiva, e de acordo com essa orientação jurisprudencial, em caso semelhante, o agravo de instrumento já interposto, e que não se enquadre nas exceções do atual art. 522 do CPC, deve ser retido nos autos originários da ação, a fim de aguardar eventual julgamento posterior.

Uma última observação merece ser registrada quanto à aplicação da lei no tempo. Nos casos dos incisos II e III do art. 527 do CPC, o recurso de agravo (regimental ou interno) *não* mais será cabível nas decisões publicadas a partir da vigência da Lei 11.187/2005.

8.1 ANÁLISE DA SOLUÇÃO ADOTADA PELO STJ

A solução de direito intertemporal dada pelo STJ não obteve consenso na doutrina. Ao que tudo indica, a lógica do sistema constitucional não parece concordar com a idéia da retenção automática dos recursos interpostos contra decisão proferida antes da nova regra.

Os agravos de instrumento interpostos antes de entrar em vigor a Lei 11.187/2005 constituem *ato jurídico perfeito* apto a consolidar, no seio das relações jurídicas pendentes, o regime jurídico conferido pela lei vigente à época da decisão.

A necessidade de segurança não é aleatória. As vantagens de se interpor a modalidade de instrumento em face do agravo retido são indiscutivelmente maiores para a parte prejudicada, motivo pelo qual tem ela o *direito à forma de processamento* do recurso tal como interposto, segundo a lei vigente, para aquela decisão.

Constitui direito subjetivo do recorrente a observância do regime de processamento que o sistema lhe garantiu na ocasião em que optou por fazer uso do recurso adequado. Se já é normal um estado de incerteza quanto ao resultado do julgamento, o percurso do agravo retido é ainda mais

imediata de leis processuais, de natureza recursal procedimental, com a regra segundo a qual o recurso próprio é o existente à época em que publicada a decisão, como acentuaram, dentre outros, Roubier e Galeno, este citando aquele em seu belo estudo *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*, Forense, 1.974. Se não se suprimiu o recurso, não há razão para que prevaleçam as regras anteriores do seu procedimento. Daí a justificativa da sustação dos recursos interpostos, mesmo que já admitidos, devendo eles ficar apensados aos autos da 'causa'. II - Este Tribunal, todavia, editou a Resolução n. 1/99 (DJ 18.3.99), estabelecendo que 'os recursos especiais interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar ou de embargos à execução', que já se encontram nesta Corte, 'aguardarão, no Superior Tribunal de Justiça, a remessa do especial relativo à decisão final da causa'. III - Demonstrando a parte, no entanto, o prejuízo na permanência dos autos nesta Corte, devem ser eles devolvidos à origem, a fim de que sejam apensados aos do processo principal, em exceção à regra estabelecida pela mencionada resolução, ora, aduza-se, objeto de reexame" (4ª T., AgRg no REsp 180.600/RS, Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, ac. de 14/12/1999, DJ de 08.03.2000).

sinuoso. Sua admissibilidade depende do eventual conhecimento da apelação, o que evidencia a situação de maior proveito para aquele a quem a lei autorizou cortar o caminho, via agravo de instrumento.

O interesse jurídico que emerge das vantagens oferecidas pela lei justifica a manutenção do agravo de instrumento regularmente interposto, a fim de ser levado diretamente ao conhecimento do tribunal respectivo, sendo apreciado de modo separado e formalmente independente.

Em nível de direito intertemporal, o interesse jurídico deve ser avaliado num contexto mais amplo, ou seja, em função das vantagens que o procedimento recursal, como um todo, pode oferecer a quem dele precisa. A parte tem direito não só ao recurso previsto na lei, como também *a todos os consectários que o seu regime de processamento mais favorável pode oferecer*.

Sob essa ótica, há uma espécie de direito adquirido ao *regime de processamento do recurso,* de acordo com a lei vigente à época da decisão.[59] Dentro da filosofia da Lei de Introdução ao Código Civil, a parte reuniu as condições legais então exigíveis para o processo e julgamento do agravo que interpôs, quando a decisão foi oficialmente levada a público (LICC, art. 6º, § 2º).

O benefício, ou situação jurídica de vantagem, incorporado ao patrimônio do indivíduo não pode ser retirado pela lei posterior. É dispensável mencionar que a proteção constitucional ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, tem por escopo a segurança jurídica. Por isso, desconsiderar tal estado de coisas significa aceitar o *prejuízo* categoricamente censurado pelo inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Com todo respeito ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o argumento não se justifica. O regime da retenção constitui *forma de processamento* do recurso, matéria de competência privativa da União (CF, art. 22, I), e não mero procedimento.

Se fosse procedimento, cada Estado da Federação teria competência para instituir o regime e dispor sobre suas hipóteses (CF, art. 24, XI), o que não repre-

59 DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: Teresa A. A. Wambier e Nelson Nery Jr. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 144; BUENO, Cassio Scarpinella, "Uma primeira reflexão sobre o novo § 3º do art. 542 do CPC". In: WAMBIER, Teresa A. A; NERY JÚNIOR, Nelson. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 183; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários:** à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 261.

senta uma conclusão aceitável do ponto de vista da sistemática constitucional.

Basta dizer que seria desnecessária a Lei 11.187/2005, nesse particular, com a conseqüência de haver vários regimes diferentes de agravo espalhados pelo país. Não haveria uniformidade entre os tribunais estaduais e federais, considerando-se que o Superior Tribunal de Justiça nem sequer poderia analisar a legislação local em sede de recurso especial (STF, Súmula 280).

Esta é uma ponderação que fica registrada como forma de manter aceso o debate sobre assunto relativamente complexo.

9 CONCLUSÃO

O programa de acesso adequado à Justiça exige um procedimento recursal compatível com a garantia da razoável duração do processo.

O objetivo da Lei 11.187/2005 foi instituir o regime de retenção do recurso como a regra geral a ser observada no processamento do agravo, 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.

O regime de retenção do recurso deve ser aplicado em qualquer audiência, e não só na audiência de instrução e julgamento.

A interposição do agravo retido em audiência deve ser imediata, acompanhada da exposição sucinta de suas razões. Em face do princípio constitucional da igualdade, o agravado deve responder ao recurso na própria audiência, não sendo aplicável aqui o prazo do § 2º do art. 523 do CPC.

A partir da Lei 11.187/2005, é irrecorrível a decisão do relator que converte (ou não) o agravo de instrumento em retido, assim como é irrecorrível a decisão que defere (ou não) pedido de efeito suspensivo ao recurso (ou tutela antecipada recursal).

Nas situações descritas no item anterior, o relator pode reconsiderar, de ofício, o seu entendimento inicial, desde que exponha objetivamente o motivo que o levou a se retratar. Essa segunda decisão também não comporta recurso de agravo (interno ou regimental).

É cabível mandado de segurança contra a decisão do relator que, na

vigência da Lei 11.187/2005, decidir sobre a retenção do processamento do agravo e sobre pedido de efeito suspensivo ou tutela recursal antecipada.

De acordo com a jurisprudência do STJ, os agravos de instrumento interpostos antes da nova lei, ainda pendentes, devem ser apensados aos autos da causa, na medida em que for aplicável a regra geral que institui o regime de processamento retido.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso especial e recurso extraordinário. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**: de acordo com a Lei 10.352/2001. São Paulo: RT, 2002. v. 5.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Agravo retido e agravo de instrumento: Nova mini-reforma do Código de Processo Civil. **RePro,** v. 130, n.91.

ANDOLINA, Italo Augusto & Vignera, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: Corso di lezioni. Torino: G. Giappichelli, 1990.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.

ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar, **RPGESP,** 23.

_____. Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à Lei 8.038/90, impostas pela Lei 9.756/98. In: NERY JÚNIOR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ARRUDA ALVIM, J. M. Notas sobre algumas das mutações verificadas com a Lei 10.352/2001. In: NERY JÚNIOR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de**

impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 6.

_____. **Efeitos do julgamento no órgão colegiado**. **Direito processual civil** .São Paulo: RT, 2001. (Coleção Estudos e Pareceres II).

_____. "Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas)". In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do CPC**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ATTARDI, Aldo. **Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace**. Padova: CEDAM, 1991.

BUENO, Cassio Scarpinella. Uma primeira reflexão sobre o novo § 3º do art. 542 do CPC. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: RT, 1999.

_____. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados**. *RF*, 261.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares.** 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Da antecipação de tutela**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Arruda Alvim, Teresa (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 10.

CARPI, Federico. La provvisoria esecutorietà della sentenza, Milano: Giuffrè, 1979.

_____. "La tutela d'urgenza fra cautela, *sentenza antecipata* e giudizio di mérito", **Rivista di Diritto Processuale**, Anno XL, n. 4, 1985.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIDIER JÚNIOR., Fredie. Questões controvertidas sobre o agravo (após as últimas reformas processuais). In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 7.

DINAMARCO, Cândido Rangel. "O relator, a jurisprudência e os recursos". In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência:** Fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A nova disciplina do agravo no processo civil decorrente da Lei 11.187/2005. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 10.

GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**. São Paulo: RT, 2003.

JORGE, Flávio Cheim. DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual.** São Paulo: Saraiva, 2002.

LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. A recentíssima reforma do Sistema Recursal brasileiro – Análise das principais modificações introduzidas pela Lei 10.352/2001, e outras questões. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2002. v. 6.

MELO, Gustavo de Medeiros. **O princípio da fungibilidade nas tutelas de urgência:** Tentativa de sistematização para uma tutela jurisdicional adequada, PUC-SP, Dissertação, 2004.

_____. A tutela adequada na Reforma Constitucional de 2004. **RePro**, v.124.

_____. Aspecto recursal da concessão de liminar em mandado de segurança. **RePro**, v. 107.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MOREIRA, J. C. Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil***:* Arts. 476 a 565. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

NERY JÚNIOR, Nelson. **A forma retida dos recursos especial e extraordinário**: Apontamentos sobre a Lei 9.756/98. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: RT, 1999.
_____. ; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** 7.ed. São Paulo: RT, 2003.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso especial**. São Paulo: RT, 2002.

_____. As alterações impostas ao recurso de agravo pela Lei 10.352/2001. **RePro,** v.107.

PERROT, Roger. "La procédure civile française à la veille du XXIème siècle". In: **Cinquanta anni di studi sul processo civile**: Incontro internazionale in occasione del cinquantenario dell'associazione, Milano: Giuffrè, 1998.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Recorribilidade das interlocutórias e reformas processuais: novos horizontes do agravo retido. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Arruda Alvim, Teresa (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: RT, 2005. v. 8.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1.

THEODORO JR., Humberto. "Inovações da Lei 10.352/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição". In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: RT, 2002. v. 6.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civill**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: WAMBIER, Arruda Alvim, Teresa (Coord**.). Aspectos polêmicos da antecipação de tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.