

A Reforma Processual de 2002

Ligeiras Anotações

Lei nº 10.352, de 26.12.01

II - O Agravo de Instrumento

WILSON MARQUES*

Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ

ARTIGO 523 - PARÁGRAFO 2º

Agravo de Instrumento - Agravo retido

O artigo 523, parágrafo 2º, na redação que lhe deu a Lei nº 9.139, de 30.11.95, estabelecia o seguinte :

“Interposto o agravo, o juiz poderá reformar sua decisão, após ouvida a parte contrária, em cinco (5) dias”.

O dispositivo teve o mérito de deixar claro que, no agravo retido, há juízo de retratação.

A sua redação, no entanto, era ambígua.

O prazo de 5 (cinco) dias era prazo dentro do qual o juiz poderia reformar sua decisão ou era prazo dentro do qual o juiz ouviria a parte contrária ?

Como, no sistema do Código, o prazo para responder é sempre igual ao prazo para interpor recurso (argumento *ex-artigo 508*), o que afina com o princípio da igualdade das partes no processo, às vezes chamado, também, de princípio da isonomia processual, sempre entendemos que se o agravante dispõe de 10 dias para apresentar o seu recurso de agravo retido (artigo 522), diferente não pode ser o prazo de que disporá o agravado para respondê-lo.

* Do mesmo autor, na **Revista EMERJ** nº 20, p. 193-204, “A Reforma do CPC, de 2002 - I. Apelação”.

Portanto, a nosso aviso, a regra do artigo 523, parágrafo 2º, devia ser interpretada assim: o agravado poderá contraminutar o agravo retido, no prazo de 10 dias, e o juiz disporá de 5 para proferir a sua decisão.

Em um outro ponto, a redação do dispositivo também deixava a desejar: no em que dizia que “interposto o agravo, o juiz poderá reformar sua decisão, após ouvida a parte contrária, em 5 (cinco) dias”.

Teria andado melhor o legislador de 1995 se tivesse dito que “o juiz julgará o agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, após ouvir a parte contrária, no de 10 (dez)”.

Na verdade, sendo o agravo retido um recurso de efeito devolutivo diferido, ou seja recurso que somente se devolve ao órgão *ad quem* depois de julgado pelo órgão *a quo*, o que o juiz vai fazer, na oportunidade do artigo 522, parágrafo 2º, é *julgar* o agravo, ao qual dará ou negará provimento, mantendo ou reformando a sua decisão, o que mostra bem a insuficiência da fórmula que se inseriu no referido dispositivo legal.

Agora, na redação de 2002, o discutido dispositivo legal diz que “interposto o agravo, e ouvido o agravado, no prazo de 10 (dez) dias, o juiz poderá reformar a sua decisão”.

Melhorou um pouco, pois agora já não há mais dúvida possível de que o agravado dispõe do prazo de 10 (dez) dias para responder.

Não se disse qual é o prazo de que o juiz dispõe para decidir, mas isso não era necessário porque o artigo 189 estabelece que o juiz proferirá os despachos de expediente no prazo de dois dias e as decisões no de dez.

As insuficiências da fórmula “o juiz poderá reformar a sua decisão” não foram eliminadas, na nova redação do dispositivo legal em exame.

Espera-se que venham a sê-lo, na próxima vez.

ARTIGO 523 - PARÁGRAFO 4º

Agravo retido - Retenção obrigatória

De acordo com o que estabelecia o parágrafo 4º do artigo 523, na redação da Lei nº 9.139, de 1995, “será sempre retido o agravo das decisões posteriores à sentença (leia-se: proferida no processo de conhecimento!) salvo caso de inadmissão de apelação”.

Com a nova redação dada ao referido dispositivo legal, pela Lei 10.352, de 2001, será sempre retido o agravo, não só quando interponível contra decisões posteriores à sentença, como já ocorria antes, mas, também, quan-

do utilizável contra decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento – artigos 450 e seguintes.

Aludindo à audiência de instrução e julgamento, o novo dispositivo legal parece que está excluindo do seu âmbito de incidência a audiência preliminar do artigo 331, dita impropriamente audiência de conciliação, que é exatamente aquela em que serão proferidas, em maior número, decisões interlocutórias suscetíveis de serem atacadas através de recurso de agravo retido.

Com efeito, é na audiência preliminar que o juiz, não conseguindo obter a conciliação, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, havendo, aí, portanto, campo fértil para utilização do agravo retido contra todas essas decisões proferidas na audiência de conciliação.

Desse modo, criou-se um sistema híbrido, ao que parece sem nenhuma razão justificável: a) se a decisão interlocutória foi proferida na audiência preliminar o agravo poderá ser interposto pela forma retida ou por instrumento; b) mas se proferida na audiência de instrução e julgamento só do agravo retido o interessado poderá lançar mão.

Se o que se queria era evitar a proliferação dos agravos de instrumentos e estimular o uso do agravo retido, o benefício obtido podia ter sido maior.

A lei abre exceções à regra geral. Por razões que, de tão óbvias, não precisam ser declaradas expressamente, nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, o agravo interponível é o de instrumento. Igualmente naqueles em que houver receio de dano de difícil e de incerta reparação.

Sobre essa matéria – a da retenção obrigatória - a lei continha disciplina própria, para o caso de ser sumário o procedimento.

Com efeito, o artigo 280, III, na redação da Lei nº 9.245, de 26.12.93, com início de vigência a partir de 25 de fevereiro de 1996, estabelecia que *“no procedimento sumário... das decisões sobre matéria probatória, ou proferidas em audiência, o agravo será sempre retido.”*

Ocorre que a Lei nº 10.444, deu nova redação ao artigo 280; incluiu a matéria do inciso I, no caput, silenciando sobre a matéria dos incisos II e III, que assim deixaram de existir.

Eis como ficou o artigo 280 depois da Lei 10.444:

“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”.

Portanto, hoje em dia, o agravo, no procedimento sumário, será obrigatoriamente retido nos mesmos casos em que o será nos outros procedimentos.

ARTIGO 526

Comunicação da interposição do agravo ao juízo do primeiro grau de jurisdição.

A teor do que estabelecia o artigo 526, na sua primitiva redação, “o agravante, no prazo de três dias, requererá juntada aos autos do processo, de cópia da petição de agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso”.

A lei não dizia qual era a sanção para o descumprimento do preceito.

Barbosa Moreira sustentava que “a única consequência processual da inércia do agravante, aqui, consiste (ia) em obstar ao exercício, pelo órgão *a quo*, do poder de rever a decisão agravada” (**Comentários**, volume V, 7ª edição, página 500)

Esse era, também, o pensamento, dentre outros, de Nelson Nery Júnior, de Cândido Dinamarco, de Sérgio Bermudes, de Teresa Arruda Alvim Wambier.

Entendiam diversamente Sálvio de Figueiredo, Vicente Greco Filho, Clito Fornaciari e Carreira Alvim, para os quais o descumprimento do ônus acarretava juízo negativo de admissibilidade do recurso.

Sempre entendemos que a razão estava com os últimos porque o juízo de retratação, que a comunicação possibilita, e que, se positivo, torna prejudicado o recurso, interessa não só ao agravante, como, sobretudo, ao ordenamento jurídico, sendo, pois, matéria de ordem pública, que escapa ao poder dispositivo da parte.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro chegou a tomar partido na discussão:

“Não atendido, por parte do agravante, o disposto no artigo 526 do Código de Processo Civil, o relator o inadmitirá, cabendo de tal decisão agravo regimental”. (artigo 206, § 1º)

Agora, a discussão vai terminar porque o parágrafo único, acrescido ao artigo 526, pela lei nova, estabelece claramente que a consequência do descumprimento do ônus instituído no caput é a inadmissibilidade do agravo :

“O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que argüido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo”.

Não obstante o mérito que se lhe possa atribuir pelo fato de ter acabado com a discussão e por ter adotado a solução correta para o problema, o novo dispositivo não merece aplausos, na parte em que, sem razão justificável, condicionou o juízo de inadmissibilidade do agravo, no caso de não cumprimento do disposto no caput, à argüição e prova, pelo agravado, do descumprimento do ônus.

Tratando-se de requisito de admissibilidade do recurso, matéria da qual o juiz deve conhecer de ofício, mal se compreende por qual inusitada razão o juízo negativo de inadmissibilidade há de ficar condicionado à argüição do descumprimento do ônus, pelo agravado.

Por outro lado, se o ônus de juntar aos autos do processo a cópia da petição do agravo e seus anexos é do agravante, porque é que, ao invés de ele ter de provar que cumpriu o comando legal, é o seu adversário, ou seja o agravado que há de ter de provar o inverso, ou seja o fato negativo, o de não ter o agravante se desincumbido do ônus que lhe foi imposto pela lei ?

Espera-se que, pelo menos, se aceite como prova do descumprimento do ônus a informação do juiz, em tal sentido, veiculada nas suas informações, o que, no entanto, não será capaz de afastar o ônus da respectiva argüição, indispensável à emissão de juízo de inadmissibilidade do recurso, ao fundamento sob exame.

ARTIGO 527 - INCISO I

Agravo de Instrumento - Procedimento

O novo artigo 527, inciso I, estabelece que:

“Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído incontinenti, o relator: I: negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do artigo 557”.

O caput ao antigo 527 dizia a mesma coisa, com outras palavras:

“Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, se não for o caso de indeferimento liminar (artigo 557), o relator...”.

Portanto, até aqui nenhuma novidade.

De qualquer modo, o nosso legislador bem que podia ter sido mais cuidadoso na terminologia, usando, no lugar do horroroso “negar-lhe-á seguimento” a expressão técnica apropriada : “... o relator julgará o recurso inadmissível, liminarmente...”

INCISO II

Aqui está, senão a maior, uma das maiores novidades da lei em exame: a instituição de poder de que se investe o relator para converter o agravo de instrumento em agravo retido.

Eis a nova redação do inciso II:

“...O relator 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-se os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente”.

Como se sabe, contra as decisões interlocutórias, o legitimado a recorrer, em princípio, pode escolher entre o agravo de instrumento - de julgamento imediato - e o agravo retido - de julgamento diferido para o momento do julgamento da apelação - .

Já vimos, anteriormente, que, por exceção, a lei contempla casos em que o agravo somente pode ser retido (decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e decisões posteriores à sentença).

Mas a regra geral continua sendo esta: o agravante pode escolher o regime a que deve ser submetido o seu agravo: o regime comum (instrumento) ou o regime especial (retido).

Agora, no entanto, a lei nova vem de introduzir importante modificação nesse sistema: o agravante continua com a opção entre o agravo retido e o agravo de instrumento, mas se ele optar pelo agravo de instrumento, o relator poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, só não o podendo fazer “quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação”.

Se o juiz indeferiu determinada prova impertinente e a parte que a requereu entra com agravo de instrumento, postulando a reforma da decisão e o deferimento da prova indeferida, o relator pode converter o agravo de instrumento em agravo retido. Não se vislumbra, aqui, “provisão jurisdicional de urgência” ou “perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação”.

Mas se o juiz, ao despachar petição inicial de ação de alimentos, intentada pelo rito especial da Lei nº 5.478/68, fixou os alimentos devidos a três crianças, em quantitativo irrisório, inferior ao mínimo de que necessitam para se manterem vivas, no curso do processo, interposto o recurso de agravo

de instrumento contra tal decisão, objetivando a elevação da verba alimentar insuficiente, o relator não pode converter o recurso de agravo de instrumento em agravo retido, porque o caso é de “provisão jurisdicional de urgência” e há perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação”.

Havendo conversão, o relator manda remeter os respectivos autos ao juiz da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo ao tribunal julgar esse agravo retido como preliminar do julgamento da apelação (artigo 523).

Da decisão que determina a conversão, cabe recurso de agravo (inominado) para o órgão competente para o julgamento do agravo de instrumento. No silêncio da lei, o prazo para interposição desse recurso é de 5 (cinco) dias (argumento *ex* artigo 185).

Como é intuitivo, com a inovação procura a lei resolver ou, quando menos, atenuar o problema da pleora de agravos de instrumento.

A inovação é oportuna, mas não pode ser descartada a possibilidade que o seu uso, máxime sem as cautelas devidas, venha a produzir resultado inverso ao objetivado, onerando as partes e retardando, mais do que o suportável, o encerramento do processo.

Por exemplo:

O juiz indeferiu prova indispensável ao deslinde da controvérsia – pericial, por exemplo – ; a parte entra com agravo de instrumento; o relator converte o agravo de instrumento em agravo retido; prossegue-se, no feito, sem a produção da prova indeferida; julga-se o mérito da causa contra a parte que requereu a prova denegada; interposta apelação, o Tribunal, preliminarmente, dá provimento ao agravo retido e determina que seja produzida a prova denegada. Tudo o que se fez a partir do momento em que a prova fora indeferida está perdido e terá que ser refeito depois de produzida a prova, agora deferida: audiência, sentença etc.

Além desse inconveniente, é preciso não esquecer do outro, representado pelo acréscimo de trabalho e de despesas resultantes da utilização do agravo interponível contra a decisão que determinou a conversão.

INCISO III:

O novo inciso III estabelece que o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (artigo 558), ou deferir, em antecipação da tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”.

A primeira observação a ser feita a esse dispositivo está em que o que o relator faz, ao abrigo do artigo 558, é “suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara”, o que não é exatamente a mesma coisa do que “atribuir efeito suspensivo ao recurso”, embora, no plano prático, acabe dando tudo na mesma.

Com o dispositivo sob exame, parece que a lei nova pretendeu resolver problema sobre o qual grassa séria controvérsia: o do chamado efeito suspensivo ativo do recurso de agravo de instrumento.

Se a decisão agravada é de conteúdo negativo – v.g. o juiz indeferiu determinada liminar - pode o relator deferi-la, no uso dos poderes que o artigo 558 lhe confere?

Sempre entendemos que não, ao argumento de que o artigo 558 só permite ao relator, através de norma de exceção, que, como tal, só pode ser interpretada restritivamente, “suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou da câmara” e suspender o cumprimento da decisão que não deu, obviamente ... não é dar.

Ao que tudo indica, com o novo texto legal o legislador, na linha da jurisprudência que majoritariamente se formara sobre a matéria, pretendeu resolver, no sentido inverso, o magno problema.

Agora, o relator poderia atribuir ao recurso de agravo de instrumento o efeito suspensivo ativo. Poderia dar a liminar que o juiz negou. Poderia substituir a negação por afirmação.

Se é isso, parece que o legislador atirou o disco muito além da meta, criando, entre nós, instituto novo: o da antecipação da tutela da pretensão recursal.

A expressão “poderá ... deferir, em antecipação de tutela... a pretensão recursal”, na sua amplitude, alcança, não somente os casos em que o juiz não deu e o recorrente pretende que se lhe dê, mas também os casos inversos, em que o juiz deu e o recorrente quer que se tire do recorrido o que lhe foi concedido.

A liminar foi deferida. O relator poderá indeferi-la. Ou então, foi indeferida. O relator poderá deferi-la.

Já não se trata mais de suspender o cumprimento da decisão agravada, até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara”.

Trata-se de autorizar o relator a julgar o agravo, isoladamente, em “antecipação de tutela da pretensão recursal”.

Em outras palavras: o que se antecipa, com base no referido dispositivo legal, não é a tutela de mérito, pleiteada na inicial - a de que trata o artigo 273 – e sim o próprio julgamento do recurso-antecipação do julgamento da “pretensão recursal”.

Esse é, também, o pensamento de Hélio José Cavalcanti Barros, *in verbis*: “Destarte, na acepção da expressão ‘deferir, em antecipação da tutela’, constante do inciso III do artigo 527 do CPC, há que se compreender uma antecipação da tutela recursal, ou seja, o deferimento de início daquilo que, no todo ou em parte, pretende-se (com) o julgamento do recurso de agravo de instrumento, e não uma antecipação de tutela de mérito como prevista no artigo 273 do Diploma Processual Civil” . (Comentários às Alterações do CPC, Lumen Juris, 2ª. tiragem, página 81).

Aliás, essa possibilidade de o relator julgar isoladamente o recurso de Agravo de Instrumento, mesmo fora dos casos do artigo 557, só é novidade no plano estadual, porque, nos Tribunais Superiores, já era e continua sendo assim, se de recurso interposto contra decisão denegatória de recurso especial ou extraordinário se tratar (artigo 544, parágrafo 2º).

Não diz a lei em que casos e sob quais condições o relator pode usar da faculdade que a lei lhe conferiu, o que implica em dizer que poderá fazê-lo, sempre que entender necessária a adoção da providência, em qualquer caso, independentemente de qualquer condição, salvo a que logo em seguida será indicada.

Como a lei fala em “deferir em antecipação....” o que se deve entender é que o relator não pode antecipar a tutela recursal *ex officio*.

A lei não diz que essa antecipação da tutela da pretensão recursal é provisória, nem, muito menos, que está destinada a ser substituída por tutela definitiva, a ser prestada pelo colegiado.

Isso confirma a conclusão a que antes já se chegou - a de que a lei nova simplesmente transferiu do colegiado para o relator a competência para o julgamento do recurso de agravo de instrumento.

Em homenagem ao princípio do contraditório, pensamos que o relator só poderá “antecipar a tutela da pretensão recursal”, após ouvir o agravado.

A lei não prevê recurso algum contra a decisão do relator, proferido em julgamento isolado do agravo de instrumento, mas diante do que dispõe

o Regimento Interno do nosso Tribunal, dessa decisão caberá recurso de Agravo Regimental, no prazo de 5 (cinco) dias (artigos 200 e seguintes).

INCISO IV

Sem nada lhe acrescentar ou tirar o inciso IV da lei nova repete o inciso I da lei velha, deixando a critério do relator requisitar ou não informações do juiz que, caso requisitadas, por terem sido reputadas úteis ou até indispensáveis à exata compreensão da controvérsia, deverão ser prestadas no prazo de 10 (dez) dias.

INCISO V

No inciso V, que corresponde ao III, da legislação anterior, substituiu-se a expressão ... “o relator... intimará o agravado...” por ... o relator mandará intimar o agravado...”, modificação que dispensa comentários, pois, como é óbvio, o relator não intima ninguém: manda intimar.

A outra novidade é o acréscimo que se fez, no referido dispositivo, para deixar claro que a intimação do agravado, na pessoa do seu advogado, será feita mediante publicação no órgão oficial, não apenas nas comarcas sede de tribunal, como estabelecia o antigo inciso III, mas também “naquelas cujo expediente forense for divulgado no diário oficial”.

Como se está a tratar de intimação do agravado na pessoa do seu advogado, a expressão “nas comarcas sede.... e naquelas cujo...” deve ser entendida no sentido de que a intimação será feita por intermédio de publicação do órgão oficial, se o escritório do advogado do agravado estiver localizado em comarca onde circula o órgão oficial que publica o expediente forense.

Em resumo: se o advogado do agravado tem escritório em comarca onde circula o Diário Oficial que publica o expediente forense, a intimação será feita só pela publicação.

Se o escritório do referido advogado está localizado em comarca onde não circula o Diário Oficial que publica o expediente forense, a intimação será feita “por ofício, dirigido ao advogado, sob registro e com aviso de recebimento”.

Já era assim antes, segundo o entendimento dominante, mas havia controvérsia sobre a matéria, entendendo alguns, como o Professor Barbo-

sa Moreira, que, a ser assim, o artigo 527 não precisaria dispor como dispõe. Bastaria remeter ao artigo 237 ou repetir o que neste se contém.

Agora a controvérsia acabou.

Resta apenas a referência inútil à “comarcas sede de tribunal e naquelas cujo expediente forense for divulgado no diário oficial”, pois, como é óbvio, não há comarca sede de tribunal em que não circule órgão oficial que publica o expediente forense. Portanto: se dissesse “nas comarcas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á...” já se teria dito tudo.

INCISO VI :

O novo inciso VI, que corresponde ao IV da lei anterior, estabelece o seguinte :

“Ultimadas as providências referidas nos incisos I a V (o relator) mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias.”

Trata-se de mais um dispositivo ocioso, na medida em que se é caso de intervenção do Ministério Público (artigo 82) obviamente o relator, para que seja cumprido o preceito legal, há de mandar dar vista dos autos... ao Ministério Público.

A lei não precisava declará-lo expressamente.

Mas se disse o que não precisava dizer, o legislador deixou de dizer o que precisava ser dito, para resolver questões tormentosas: 1: Quem é que decide se é o ou não caso de intervenção do Ministério Público? O relator? O próprio Ministério Público? Se for o relator, como deve este proceder se o órgão do Ministério Público se recusar a officiar nos autos? 2: Se o agravado é o Ministério Público, a quem será feita a intimação para apresentação de razões? Ao órgão em exercício no primeiro grau de jurisdição? Ao que funciona no segundo grau de jurisdição, no próprio órgão julgador? Em ambos os casos, além das contra-razões, o Ministério Público apresentará, também, parecer, como *custos legis*? ◆