

O NOVO REGIME DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO TRAZIDO PELA LEI Nº 11.187/05 - IRRECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE CONVERTE O AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO?

*Carlos Miguel Castex Aida**
*Daniel Penteadó de Castro***

SUMÁRIO: 1. Introdução - A reforma introduzida pela Lei nº 11.187/05; 2. Regimes do agravo contra as decisões de primeiro grau - Breves considerações históricas; 3. Análise do artigo 527 e parágrafo único - Irrecorribilidade das decisões que convertem o agravo de instrumento em agravo retido?; 4. Conclusões; 5. Bibliografia.

1. Introdução - A reforma introduzida pela Lei nº 11.187/05

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.187/2005¹, o artigo 522 do Código de Processo Civil passou a contar com nova redação, de tal sorte a tornar o recebimento do recurso de agravo de instrumento em sua forma retida como regra geral, ressalvada as hipóteses (i) quando se tratar de dano de perigo irreparável ou de difícil reparação para o agravante; (ii) quando interposto em face da decisão que deixa de receber a apelação ou (iii) contra as decisões relativas aos efeitos em que a apelação é recebida.

Como decorrência lógica da alteração supra citada, o artigo 527 do Código de Processo Civil, o qual trata do recebimento do recurso de agravo de instrumento pelo relator, sofreu alteração em seu inciso II, determinando como regra a conversão, pelo relator, do agravo de instrumento em sua forma retida, salvo quando se materializarem as exceções supra citadas.

* Advogado formado em 1969 pela Universidade Mackenzie. Especialista em Direito Processual Civil em 1973 pela PUC/SP. Ex-Secretário Geral da OAB/SP 1998/2000 e ex-Presidente da OAB/SP 2001/1003.

** Advogado formado em 2003 pela Universidade Mackenzie. Especialista em Direito dos Contratos pelo Centro de Extensão Universitária. Mestrando em Direito Processual Civil pela USP.

¹ A lei decorre de anteprojeto enviado ao Congresso nacional, como parte do "pacote republicano", apresentado pelo Poder Executivo no dia 15.12.2004, tramitando inicialmente pela Câmara dos Deputados (PL 4.727/2004), tendo como relator o Deputado José Eduardo Cardozo (PT-SP), e posteriormente no Senado Federal (PLC 72/2005), tendo como relator o Senador Edilson Lobão (PFL-MA).

Contudo, contrariamente ao antigo regime da Lei nº 10.352/2001, a qual previa o cabimento do recurso de agravo ao órgão colegiado competente nas hipóteses em que o relator receber o recurso de agravo de instrumento na forma retida, a nova redação introduzida pela Lei nº 11.187/2005 suprimiu o cabimento deste último recurso, de tal sorte que o legislador deixou de prever o cabimento de novo agravo ao órgão colegiado.

Referida lei alterou também o §º3, do artigo 523 do Código de Processo Civil, para obrigar a interposição do agravo retido contra as decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento na forma oral e imediata à decisão, mediante termo a ser lavrado em audiência.

Estas são, em síntese, as alterações substanciais trazidas à luz da Lei nº 11.187/2005. O presente trabalho não tem o condão de solucionar todas as questões atinentes ao novo regime desta lei, mas sim o de analisar, com modesta clareza, as peculiaridades referentes à irrecorribilidade das decisões que convertem o agravo de instrumento em agravo retido (Artigo 527, II, do Código de Processo Civil).

2. Regimes do agravo contra as decisões de primeiro grau - Breves considerações históricas

Na atual sistemática do Código de Processo Civil, dois são os regimes do agravo: O primeiro, à luz do artigo 522, caput, interposto diretamente no tribunal (art. 524 caput), em autos separados e instruídos com as peças exigidas pelo artigo 525 e, por conta disso, propriamente designado de “agravo de instrumento”, de tal sorte a devolver a matéria impugnada ao órgão *ad quem*².

Em contrapartida, há o agravo que permanece retido nos autos, o qual o órgão *ad quem* somente conhecerá dele, preliminarmente, se reiterado pelo agravante quando interpor eventual recurso de apelação, caso a sentença lhe seja desfavorável ou na resposta à apelação interposta pela outra parte.

Contudo, não era essa a redação inicial prevista no Código Civil de 1973, o qual conferia ao agravante indistintamente, a faculdade de optar entre um destes regimes, sem que fosse exigida lesão grave ou de difícil reparação para evitar o agravo retido.

Deveria ser interposto no prazo de 5 dias, perante o juízo a quo, cabendo aos cartorários a formação do instrumento (extração das cópias), ficando sob responsabilidade do agravante tão-somente o ônus de indicar as peças a serem trasladadas. Salvo poucos casos taxativos, ao agravo não era possível conferir o chamado “efeito suspensivo”³.

Este regime inicial experimento inúmeras dificuldades a saber: a primeira delas, consis-

² ASSIS, Araken de. Regime vigente do agravo retido in *Revista do advogado*., Ano XXVI, nº 85, São Paulo: AASP, 2006, p. 113.

³ CHEIM JORGE, Flávio. A nova disciplina de cabimento do recurso de agravo: Lei nº 11.187, de 19/10/2005, in *Revista do advogado*, Ano XXVI, nº 85, São Paulo: AASP, 2006, p. 135.

tente na morosidade atribuída ao processamento do agravo em primeiro grau, em que os cartorários extraíam as cópias necessárias para instrução do instrumento, porquanto atrasava o encaminhamento ao tribunal. Outra dificuldade era a limitação para a concessão do efeito suspensivo, o que teve como consequência o hábito do advogado interpor o recurso de agravo de instrumento e após protocolo, anexá-lo junto ao mandado de segurança ensejando a concessão de efeito suspensivo.

Tais dificuldades conduziram a primeira reforma experimentada no regime dos agravos, por força da Lei nº 9.139/95, cujas alterações relevantes, em síntese, determinaram a interposição do agravo diretamente perante o tribunal, bem como o poder conferido ao relator do recurso para suspender a decisão agravada ou conceder a antecipação da tutela recursal (efeito ativo), em determinadas situações.

Por conta destas alterações primárias caberia a própria parte a diligência de instruir o recurso de agravo com as peças necessárias para a formação de seu instrumento, bem como o dever de distribuí-lo diretamente perante o tribunal. Estas medidas, além de reduzirem a prática de impetração de mandado de segurança a fim de obter-se o efeito suspensivo, também dinamizaram a celeridade de processamento do agravo, na medida em que o mesmo seria interposto diretamente pelo tribunal, acompanhado das cópias providenciadas pela parte.

Por outro lado, tais reformas contribuíram para o aumento demasiado na interposição de agravos, o que, paulatinamente veio trazer a morosidade de volta, conquanto o julgamento destes recursos retardou-se diante da enxurrada de agravos a serem julgados. Fato que também contribuiu para o aumento do número de agravos foram as reformas do Código de Processo Civil de 1994, notadamente a antecipação dos efeitos da tutela no procedimento ordinário introduzida pela nova redação dada ao artigo 273 (Lei nº 8.952/94).

Isso porque, a concessão de liminares (antes previstas apenas no mandado de segurança, na ação popular, nas ações possessórias e no procedimento cautelar) trouxeram como remédio para obter sua suspensão o recurso de agravo de instrumento, daí o aumento do manejo desta espécie recursal.

Novamente, coube ao legislador editar a Lei nº 10.352/2001, cujo escopo foi o de evitar a interposição de recursos de agravo protelatórios, de modo a tornar regra a interposição do agravo retido contra decisões proferidas em audiências de instrução e julgamento, além de conferir ao relator do recurso a possibilidade de conversão do agravo de instrumento em sua forma retida, salvo quando este entendesse pela necessidade de provisão jurisdicional de urgência ou existisse perigo de lesão grave ou de difícil reparação⁴.

Em contrapartida, o agravo retido assim permaneceria nos autos, para ser apreciado pelo tribunal somente na ocasião do recurso de apelação, desde que a parte assim o reiterasse. Estas modificações, infelizmente, não foram suficientes para refrear a enxurrada de agravos.

⁴ Nesse sentido, CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2ª ed., 2002.

⁵ CHEIM JORGE, Flávio, ob. cit., p. 137.

No Tribunal de Justiça de São Paulo foram interpostos 24.966 agravos, ao passo em que em 2002 foram 33.581 e em 2004 30.206⁵. Por fim, a Lei nº 11.187/2005 trouxe nova tentativa do legislador de reduzir o número de agravos. Afinal, em que medida a redução do número de agravos significaria maior celeridade ao processo? Ainda, seria a restrição de cabimento do agravo a melhor solução para mitigar a tormentosa morosidade do Poder Judiciário?

Parece-nos que não. Mesmo porque, a tentativa de redução do número de agravos, seja limitando sua hipótese de cabimento, seja conferindo ao relator a decisão de poder convertê-lo a forma retida, pode representar cerceamento a prerrogativas. Em última análise, podem desafiar a impetração de mandado de segurança, o que, a nosso ver, apenas altera a via recursal utilizada, de modo a remanescer, portanto, a necessidade de revisão da matéria impugnada pelo tribunal.

Logo, o intuito da Lei nº 11.187/2005 não parece ser o mais efetivo com vistas a trazer a celeridade do processo e desafogar a hipertrofia do Poder Judiciário, o que será melhor elucidado adiante.

3. Análise do artigo 527 e parágrafo único – Irrecorribilidade das decisões que convertem o agravo de instrumento em agravo retido?

A nova redação do inciso II e parágrafo único do artigo 527 do Código de Processo Civil deixaram clara a possibilidade de reforma da decisão que converte o agravo de instrumento em sua forma retida, somente quando do julgamento do agravo, ou mediante reconsideração do relator:

“Art. 527... II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;

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

E a incongruência do legislador constante no parágrafo único do artigo 527 é manifesta, conquanto seria cabalmente inútil o relator reformar sua decisão que converteu o agravo em sua forma retida apenas na ocasião do julgamento do agravo retido, ou seja, uma vez considerado que o agravo deva comportar a forma retida, somente na ocasião do julgamento do recurso de apelação é que tal decisão poderia ser reformada. Afinal, que reforma seria essa se o agravo já havia sido convertido e processado em sua forma retida, para suposta modificação somente conjuntamente ao julgamento do recurso de apelação?

Diante dessas considerações, conclui-se que tal incongruência, na forma como está lançada, não traria utilidade prática alguma. Vale dizer, limitaria o direito de recorrer da decisão que converte o agravo de instrumento em sua forma retida somente mediante o pedi-

do de reconsideração, de modo a extinguir a figura do agravo regimental. Justamente por esse motivo, que a maior parte da doutrina defende o cabimento de outras espécies recursais diante desta decisão específica.

Mesmo porque, imagine-se o rigor da decisão em que o agravante, diante da lesão grave e de difícil reparação que seu cliente sofrerá, interpõe agravo de instrumento contra determinada decisão interlocutória lesiva. Contudo, o relator, ao receber o recurso, entende ausentes tais requisitos, bem como determina o processamento do recurso em sua forma retida, cuja reforma, ao rigor das modificações trazidas pela Lei nº 11.187/2005, somente poderá ocorrer através de pedido de reconsideração e, ao final, mediante apreciação de preliminar quando interposto recurso de apelação.

Evidencia-se, portanto, manifesto dano marginal que a parte poderá sofrer através da espera do julgamento de seu agravo somente quando interposto recurso de apelação. Logo, a decisão que converte agravo de instrumento em agravo retido comporta recorribilidade, porquanto do contrário, o princípio do duplo grau de jurisdição ficaria mitigado, pois o tribunal de segunda instância sequer apreciou o agravo de instrumento cuja irresignação reclama apreciação e provimento imediato, diante das circunstâncias vivificadas nos autos, que em alguns casos prescindem a presença de dano irreparável ou de difícil reparação.

A título elucidativo, veja-se a situação e quem o juiz não admite a reconvenção, de tal sorte que o reconvinte não encontrará utilidade processual alguma no manejo do agravo retido, justamente pelo fato de que seu objetivo é a concomitância da ação e da reconvenção, perdendo-se o interesse jurídico após o proferimento da sentença. Outro exemplo seria quando o juiz não admite a intervenção de um terceiro, como, v.g., o assistente. Ora, pouco adiantará ao terceiro uma assistência deferida apenas em sede de recurso de apelação, quando a lide já estará julgada⁶.

Tais situações, a despeito de inexistir dano irreparável ou de difícil reparação, certamente impõe o manejo de outra via recursal contra a decisão que converte o agravo de instrumento em sua forma retida.

O recurso mais cogitado para esta hipótese é o mandado de segurança, conquanto não incidiria o teor da súmula 267 do STF⁷, pois, a rigor do texto do próprio inciso II e parágrafo único do STF, não caberia outro recurso contra a decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido senão o pedido de reconsideração.

⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. O recurso de agravo ante a Lei nº 11.187/2005 in *Revista Jurídica*, ano 54, nº 339. São Paulo: Ed. Fonte do Direito, p. 20.

⁷ O STJ tem reiterado o entendimento que “a jurisprudência da Corte somente tem admitido a impetração de mandado de segurança contra ato judicial em situações excepcionais, quando não existir recurso ou correição capaz de atacar a ilegalidade, abusividade ou teratologia da decisão (RMS 19.486/SP, Rel. Min. Castro Meira). No mesmo sentido, a súmula 267 do STF preconiza: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.”

Celso Agrícola Barbi pondera com maestria que “a verdade é que, no curso das demandas, com bastante freqüência, surgem atos judiciais ilegais, cuja execução é capaz de causar dano grave ou irreparável a uma das partes. A existência de recurso contra esse ato não é suficiente para evitar o dano, quando o recurso não tiver efeito suspensivo... Nesses casos, o único meio de evitar o dano era mesmo o mandado de segurança, notadamente pela impossibilidade da suspensão liminar do ato impugnado. Esta era a realidade a que não se podia fugir e a que nos redemos, modificando, portanto, nossa posição exposta nas 1.^a, 2.^a e 3.^a edições deste livro. Se o mandado de segurança não pretendia, inicialmente, ser instrumento de controle de atos judiciais, as necessidades da vida judiciária todavia, acabaram levando-o a preencher essa finalidade”.⁸

Em sentido mais específico, Athos Gusmão Carneiro, cujo entendimento já foi contrário à recorribilidade das decisões liminares proferidas pelo relator do agravo de instrumento, sabiamente reviu sua posição, após analisar com sapiência algumas peculiaridades de nosso sistema processual civil brasileiro, de tal sorte a concluir pelo cabimento do agravo interno.⁹

E, com o advento da Lei nº 11.187/2005, ao deixar de prever espécie recursal contra a decisão singular do relator, o litigante poderá novamente utilizar o mandado de segurança como sucedâneo recursal.

Nesse sentido, no mandado de segurança interposto contra a decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido, o relator poderá adotar três diferentes posturas, todas passíveis de recorribilidade via agravo interno: i) indeferir a petição inicial, por entender ausentes os requisitos de admissibilidade do writ (art. 8 da Lei nº 1.533/51); ii) deferir o processamento do mandado de segurança, mas indeferir a liminar (art. 7, II, da Lei nº 1.533/51; e iii) deferir o processamento do mandado de segurança e deferir a liminar (art. 7 da Lei nº 1.533/51).

Ato contínuo, contra o acórdão que denegar a ordem, caberá recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e o extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, conforme se trate de violação ao texto infraconstitucional ou constitucional, respectivamente.

Assim, diante da impossibilidade de recurso imediato contra a decisão do relator (artigo 527, II e III), o retorno ao manejo do mandado de segurança mostra-se inevitável. Ou seja, a sistemática da nova lei dá margem ao retrocesso processual, porquanto a celeridade e efetivação da tutela poderão restar sobrestadas, em manifesta guerra recursal, o que retrocede em confronto, inclusive, com a sistemática da Lei nº 9.139/95, cujo escopo foi justamente o de evitar a utilização do mandado de segurança nestas hipóteses.

4. Conclusões

A nova sistemática da Lei nº 11.187/2005 teve por escopo diminuir a utilização de recurso de agravo, por instrumento. Por outro lado, não parece que a supressão do agravo

⁸ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 10^a ed., 2002, p. 91 e 92.

⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 176.

interno trazida pelo regime da nova lei pode ser vista como fator de aperfeiçoamento da celeridade, porquanto a decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido, conceder ou negar, a antecipação da tutela recursal ou efeito ativo, abriu espaço para o manejo do mandado de segurança, paralelamente ao pedido de reconsideração, de modo a trazer um cabedal de recursos propícios a hipertrofiar, ainda mais, nossos tribunais.

Destarte, a promessa de um processo com duração razoável e de meios que garantam a celeridade de sua tramitação, trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual introduziu o inciso LXXXVIII ao artigo 5º, da Constituição Federal¹⁰, somente atingirá sua efetividade se houver a quebra de paradigmas do juiz, do Ministério Público, da Fazenda Pública e do advogado, da tacanha cultura de sempre querer recorrer, porquanto é cediço que o ponto nevrálgico da morosidade do Poder Judiciário reside na própria deficiência de seu aparelhamento, de tal sorte que em nada contribuirão novas reformas as quais deixem de trazer efetividade ao jurisdicionado.

5. Bibliografia

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

ARRUDA ALVIM. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro, in *Revista de Processo*, vol. 48. São Paulo: RT, 1987.

ASSIS, Araken de. Regime vigente do agravo retido in *Revista do Advogado*, Ano XXVI, nº 85, São Paulo: AASP, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 3ª edição.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 10ª ed., 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 5, 12ª ed., 2005.

CALMO DE PASSOS, J. J. Processo e democracia, in *Participação e processo* GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. São Paulo: RT, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto de. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos* (Coord. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: RT, 2000.

¹⁰ “Art. 5º, LXXXVIII, da Constituição Federal de 1988: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

CARNEIRO, Athos Gusmão. *O novo recurso de agravo e outros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. O recurso de agravo ante a Lei nº 11.187/2005 in *Revista Jurídica*, ano 54, nº 339. São Paulo: ed. Fonte do Direito.

CHEIM, Flavio Jorge. A nova disciplina de cabimento do recurso de agravo: Lei nº 11.187, de 19/10/2005, in *Revista do Advogado*, Ano XXVI, nº 85, São Paulo: AASP, 2006.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 4ª ed. 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 16ª ed., 2000.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do código de processo civil. (Coord. Carlos Alberto Carmona), São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2005.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. RT, 1992.

_____. *Teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 6ª ed., 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 7, 1975.

SALLES, Carlos Alberto de. Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 do STF revisadas. In *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. Coord. BUENO, Cássio Scarpinella, et al. São Paulo: RT, 2002.

SOUZA LASPRO, Oreste Nestor de. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. São Paulo: RT, 4ª ed., 2006.