

Do agravo retido

ROY REIS FRIEDE

Juiz Federal

Mestre e Doutor em Direito

Professor Titular em Direito Processual da

UNESA

Sem a menor sombra de dúvida, um dos problemas mais angustiantes que aflige atualmente o Poder Judiciário — em sua missão de prestar, com eficiência⁽¹⁾ a tutela jurisdicional — é exatamente a **aparente** permissão, ampla e liberal, prevista pelo atual ordenamento jurídico-processual em vigor, quanto aos meios recursais, à disposição das partes, para impugnar as chamadas decisões judiciais não terminativas (interlocutórias).

Basicamente, dois são os principais instrumentos à disposição das partes, para a impugnação dos atos judiciais que têm por objetivo a solução de questões incidentes (decisões interlocutórias — art. 162, § 2.º do CPC): **mandamus** contra ato judicial (Lei 1.533/51) e o recurso de agravo de instrumento (art. 522 e seguintes do CPC).

No primeiro caso, muito embora a Constituição e a própria legislação infraconstitucional estabeleçam expressa ou tacitamente, limites à interposição de ações autônomas de impugnação do tipo mandamental (mandado de segurança contra ato judicial), o número de **writs** contra pronunciamentos judiciais de caráter decisório interlocutório tem sido significativamente ampliado nos últimos anos. Ao que tudo indica, existe, no momento, um verdadeiro “abuso processual” na utilização do **remedium iuris** constitucional pelas partes (nem sempre interessados na impugnação da decisão judicial e sim no atraso conseqüente da prestação jurisdicional final, de resultado previsível, contrário as suas pretensões), simultaneamente, a uma certa “liberalidade” atual de nossos Tribunais, em deferir, inclusive liminarmente, o **writ**

(1) A expressão **eficiência** não se confunde com o amplo termo **eficácia**. **Eficiência** traduz um sentido econômico de **eficácia**, sendo, portanto, mais específico. Ser **eficiente**, por conseqüência, é ser **eficaz** ao menor custo *lato sensu*.

contra ato judicial, não obstante seus estreitos limites de viabilidade (pressupostos para o despacho liminar positivo), condicionadores do regular exercício do direito à interposição, ou seja, a comprovada presença de **ilegalidade** ou **abuso de poder** na decisão judicial impugnada, em face de **direito líquido e certo** da parte impetrante, além da inexistência de **remedium iuris** específico para a hipótese, com resultado final equivalente.

No segundo caso — interposição do recurso de agravo de instrumento — as partes, de uma maneira geral, procuram se beneficiar da norma do art. 528 do CPC, que expressamente, dispõe que o Magistrado, sob nenhum argumento (exceto ausência de preparo), poderá negar seguimento ao recurso, ao órgão **ad quem**, ainda que ausente o requisito recursal intrínseco — **cabimento** (perfeita adequação entre o recurso interposto e o recurso interponível), entre outros intrínsecos (legitimação recursal, interesse, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer) ou mesmo extrínsecos (tempestividade e regularidade formal). Embora o recurso de agravos de instrumento seja desprovido do denominado **efeito suspensivo** (mais conhecido tecnicamente por efeito obstativo), o agravo, além do efeito devolutivo (efeito que transfere o conhecimento da matéria impugnada de um órgão para outro), também possui, **indiretamente**, o efeito restritivo à formação da coisa julgada (no sentido em que efetivamente **retarda** (atrasa) o trânsito em julgado da decisão final terminativa), suficiente para reduzir o grau de eficiência da prestação jurisdicional e, conseqüentemente, a rápida solução do litígio.

Não obstante a absoluta inexistência, no primeiro caso, de solução legal prática — a ser aplicada pelo Magistrado de Primeira Instância — com o propósito de impedir o atraso na entrega final da prestação jurisdicional, pela utilização abusiva ou mesmo indevida do remédio processual; no segundo caso, é nossa opinião, que o julgador do primeiro grau de jurisdição está plenamente capacitado — com fulcro na interpretação integral — sistêmica da atual lei processual em vigor — para evitar qualquer obstáculo à rápida solução do litígio, como procuraremos demonstrar a seguir.

Da disciplina legal do recurso de agravo de instrumento

O recurso de agravo de instrumento está disciplinado no novo Código de Processo Civil, em vigor, através de dois tipos básicos: a) agravo de instrumento de subida imediata e b) agravo de instrumento retido nos autos (regime especial de agravo).

A segunda modalidade de agravo de instrumento, convencionalmente denominada apenas por agravo retido (que não se confunde com o antigo agravo no auto do processo), procura atender aos casos em que não há, por qualquer motivo, interesse na revisão imediata da decisão pelo órgão **ad quem** ou quando, por circunstâncias de ordem processual, é mais célere a retenção nos autos do agravo interposto.

“Não nos parece seja o agravo retido mero sucedâneo do agravo no auto do processo. A origem, a forma de interposição e o disciplinamento legislativo diversos, dão-lhe a conotação de uma nova espécie de agravo de instrumento que surgiu ao lado do agravo de subida imediata no processo luso, a princípio como tímida criação das leis antigas, desenvolvendo-se no processo português a partir do início deste século.” (Noronha, Carlos Silveira, in *Do Agravo de Instrumento*, Forense, 1978, pág. 2.378.)

“O regime especial do agravo atende a que, em certos casos, não interesse na revisão imediata da decisão pelo órgão **ad quem**. Torna-se mais aconselhável, então, poupar às partes as despesas, e ao processo mesmo às delongas, que necessariamente envolve a formação do instrumento”. (Moreira, José Carlos Barbosa, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, v. V. Forense, 1981, pág. 522).

A opção pelo regime do agravo de instrumento interposto (de subida imediata ou retido nos autos), consoante a doutrina majoritária, é sem dúvida, em regra, opção do agravante.

“Tanto o § 1.º como o § 2.º supõem que a vontade do agravante seja expressamente manifestada, ou no sentido de retenção, ou no da formação do instrumento para subida imediata do agravo, respectivamente. Nada se diz sobre a eventualidade de silenciar o agravante em sua petição, quanto ao regime por que opta. O problema é de interpretação da petição; não se deve entender que o agravante deixou a discricão do órgão judicial processar o agravo por uma ou por outra forma”. (Moreira, José Carlos Barbosa, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1981, pág. 554).

A exclusividade na manifestação de opção pelo regime de agravo, contudo, **inexiste, em nosso entender, consoante a interpretação lógico-sistemática da legislação processual civil em vigor**. Embora tenha surgido à guisa de excepcionalidade, é certo que na quase totalidade dos casos, o agravo de subida imediata — em face à necessidade prévia da formação do instrumento — poderá demandar um tempo superior para ser apreciado pelo Tribunal (órgão **ad quem**) se comparado ao agravo retido, que, consoante a lei processual, não necessita de autuação em apartado, com a respectiva indicação e traslado de peças. Nestes casos (que na atualidade contemporânea, são majoritários), o desejo sincero manifesto do agravante pela subida imediata do recurso, sem a menor dúvida, poderá ser melhor atendido, pelo Juízo a quo, através da retenção do agravo interposto nos próprios autos.

Trata-se, a bem da verdade, de situações especiais, que a atualidade processual retirou a qualidade da excepcionalidade, uma vez que o agravo de subida imediata (regime-regra do agravo de instrumento), como o próprio nome sugere, deveria consubstanciar a modalidade mais célere para apreciação e, se for o caso, revisão imediata da decisão não-terminativa (interlocutória), proferida pelo Juízo a quo, pelo órgão, **ad quem**.

O próprio Prof. José Carlos Barbosa Moreira vem reconhecendo que, em certos casos específicos (hoje de grande expressão numérica) a modalidade **retida** do agravo de instrumento pode se mostrar mais eficiente do que a modalidade de subida imediata, **admitindo, inclusive, a própria retratabilidade da opção pelo agravante**.

“Mais frutífera mostra-se a reflexão norteada pela consideração valorativa dos interesses em jogo, à luz do sistema do Código. É, fora de dúvida, que a substituição de um regime por outro, em certos casos, pode interessar ao agravante: ele optará pela retenção, por supor, que se aproxima do termo o **iter processual** no primeiro grau de jurisdição, mas verifica que em virtude de complicações supervenientes, o julgamento ainda vai demorar, e passa a achar mais vantajoso que se resolva desde logo, em caráter definitivo, a questão incidente; ou, ao contrário, inesperadamente, se abra a perspectiva do advento breve da sentença, e com isso cessa o motivo que levara o agravante a solicitar a formação do instrumento para subida imediata do

recurso”. (Moreira, José Carlos Barbosa, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 5, Forense, 1981, pág. 557).

Com mais razão, reconhece, inclusive, o ilustre processualista, que o Estado-Juiz, na defesa do legítimo interesse público, pode substituir, **ex officio**, o pedido de formação do instrumento pelo de retenção do agravo nos autos.

“Resta examinar o interesse do Estado — ou se preferir, o interesse público — em prevenir vaivéns que comprometam a regularidade da marcha do feito. Substituir o pedido de formação do instrumento pelo de retenção do agravo nos autos, é atitude que não acarreta, em princípio, qualquer complicação procedimental; antes se afigura muito provável o contrário. A hipótese inversa é que pode suscitar objeções nessa perspectiva. Não se deve esquecer, porém, que o Código expressamente proíbe o juiz de negar seguimento ao agravo “ainda que interposto fora do prazo legal” (art. 528). Quer isso dizer que, mesmo no caso de não ter a parte agravado na ocasião própria, segundo qualquer das formas possíveis, o agravo porventura venha depois a manifestar, requerendo a formação de instrumento, há de ser necessariamente recebido e processado pelo órgão a quo. Ora, se a lei tolera nesse caso — de maior gravidade! — os inconvenientes relacionados com o processamento do recurso, não parece haver razão suficiente para que eles se tenham por intoleráveis no caso de mera substituição de uma por outra modalidade recursais”. (Moreira, José Carlos Barbosa, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 5, Forense, 1981, 577/8).

Esse especial poder do juiz, amparado no art. 125, II, do CPC em vigor, em nosso entender, se traduz pelo próprio **dever** do Magistrado de dar rápida solução ao litígio, ratificando os exatos termos do art. 112 do Decreto-lei n.º 1.608/39, que continha regra semelhante.

Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869/73).

Art. 125. O Juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

II — velar pela rápida solução do litígio;

Decreto-lei n.º 1.608/39

Art. 112 — O Juiz dirigirá o processo na forma que assegure à causa andamento rápido.

A própria jurisprudência dominante, reconhecendo a crescente complexidade processual da atualidade, defende o ponto de vista de que compete ao Juiz, **ex officio**, determinar todas as providências necessárias para assegurar a rápida e eficiente solução do litígio, o que não poderia deixar de incluir o poder de substituir o regime do agravo interposto.

“No exercício da jurisdição, compete ao juiz dirigir o processo e, nessa atribuição, determinará o requerimento das partes ou de ofício, as providências necessárias para impedir o tumulto, assegurar e permitir a segurança da prestação jurisdicional.” (Do ac. unân. da 4.ª Câm. do TJSP de 14.06.84, no agr. 46.896-1, rel. Des. Alves Braga).

“O sistema jurídico não admite reiteração pura e simples de recurso jamais se poderia admitir que, em face do procedimento notadamente procrastinatório, devesse permanecer inerte o juiz, a que o CPC impôs entre outros, o dever de velar pela rápida solução do litígio.” (Ac. unân. da 8.ª Câm. do 2.º TAVivSP de 2.12.81, no agr. reg. 125.808, rel. Juiz José Cardinale; JTACivSP 74/234).

A substituição do regime do agravo não desnatura, sob nenhum prisma, a qualidade originária do recurso, e, muito menos, impede que seus objetivos sejam alcançados.

"O agravo retido está sujeito ao Juízo de retratação. O agravo retido não perde a sua natureza de agravo de instrumento, ao ser determinada no art. 522 do CPC, a sua apreciação como preliminar do julgamento da apelação. Apenas na hipótese de retido; não obriga a formação de instrumento seguindo nos próprios autos..." (Ac. unân. da 6.^a Câm. do 1.^o TARJ de 5.02.80, no agr. 19.178, rel. Juiz Fonseca Costa, Adcoas 1980, n.^o 74.213).

Inclusive, no atual estágio processual que nos encontramos, grande parte da doutrina já se inclina por sustentar a posição de que, em certos casos específicos, simplesmente não pode e não há, de forma efetiva, qualquer faculdade de escolha do regime de agravo por parte do recorrente; especialmente quando o recurso de agravo de instrumento é interposto em audiência, nos processos que seguem, por imperativo legal, o rito comum sumaríssimo.

Este têm sido o entendimento reiteradamente manifestado por este autor, a propósito do tema; nas oportunidades que lhe tem sido concedidas pelos jurisdicionados, com excepcional sucesso no que tange a necessária e imperiosa celeridade processual e eficiente organização cartorária:

Processos n.^o 89.000220-2 — 12.^a VÁRA

"Preliminarmente, indefiro a modalidade "instrumento" (agravo de subida imediata) escolhida pela ré para o recurso de agravo que a mesma interpôs, em audiência, contra decisão não terminativa (interlocutória) deste Juízo que indeferiu pedido de denunciação à lide do Banco Central do Brasil e da União Federal, na mesma audiência, como preliminar de contestação, determinando a retenção do mesmo nos autos, até esgotar-se o prazo para interposição do recurso de apelação. E, assim, decido em face da celeridade, exigida e, imposta, por lei, ao rito comum sumaríssimo, com base nos amplos poderes que o Código de Processo Civil outorga ao Magistrado no Livro I, Título IV, capítulo IV, como presidente e responsável pelo bom andamento do processo e especialmente o disposto no art. 125, inciso II, do CPC e art. 35, inciso II da Lei complementar n.^o 35/79.

CPC Art. 125: O Juiz dirigirá o processo conforme disposições deste Código, competindo-lhe:

II — velar pela rápida solução do litígio;

LC 35/79 Art. 125: São deveres do Magistrado:

II — Não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar.

"No exercício da jurisdição compete ao Juiz dirigir o processo e, nessa atribuição, determinará a requerimento das partes ou de ofício, as providências necessárias para impedir o tumulto e assegurar e permitir a segurança da prestação jurisdicional." (Do Ac. unân. da 4.^a Câm. do TJSP de 46.896-1, rel. Des. Alves Braga)

Não tendo, diferente sistema do Código de Processo Civil em 1939 em seu artigo 851, o atual Código em vigor, realizado uma enumeração casuística das decisões agraváveis de forma retida, o diploma vigente não permitiu, por outro lado, em nosso entender, inteira, e sim, apenas parcial, liberdade para o agravante escolher a espécie que entender mais adequada. Sem dúvida, existem inegáveis razões de ordem técnica e de ordem prática a demonstrar a inconveniência da utilização do agravo de subida imediata (regime-regra do agravo de instrumento) contra decisões não terminativas (decisões interlocutórias) proferidas em audiência

de instrução e julgamento, especialmente, no rito comum sumaríssimo; inclusive, como instrumento subversivo à marcha normal e célere do procedimento imposto, de forma imperativa, pela lei nos casos expressos no art. 275 do CPC. Esta é a opinião praticamente unânime da doutrina e da jurisprudência.

"...nossa opinião é no sentido de que todos os agravos interpostos em audiência devem ser retidos nos autos..." (Aragão, Egos D. Moniz de, Considerações Práticas sobre Agravo n.^o 11, in Revista Forense, v. 246, pág. 66).

Nem poderia ser diferente, pois profundas e insuperáveis seriam, e são as inconveniências do uso do agravo de instrumento (com subida imediata) contra decisões incidentes proferidas no curso da audiência de instrução e julgamento, ou em outras situações especiais, subvertendo os próprios princípios da economia e da celeridade processuais.

"... muitas são as razões de ordem prática que desaconselham a utilização do agravo de subida imediata contra decisões interlocutórias proferidas em audiência. A principal inconveniência resulta da confluência de dois procedimentos recursais paralelos, o do agravo e o de apelação, um entorpecendo marcha do outro, sem resultados positivos quanto ao deslinde final da causa, porque, ambos podem subsumir-se no recurso de apelação, que atrairá e ao qual se agregará o procedimento do agravo, se este for retido nos autos". (Noronha, Carlos Silveira; in Do Agravo de Instrumento, Forense, 1978, pág. 256).

Ainda, em nosso entender, nada autoriza a se fazer uma interpretação meramente literal do disposto no artigo 522 parágrafos 1.^o e 2.^o do CPC, concluindo-se pela absoluta faculdade do agravante de escolher a modalidade de seu recurso de agravo. Muito pelo contrário, em nosso ordenamento jurídico, como regra de boa hermenêutica, é imprescindível a interpretação integral, utilizando-se de forma sistêmica, não só da interpretação gramatical mas, também, de todos os outros meios disponíveis, como a interpretação lógica ou racional (com suas inerentes subdivisões: *mens legislatori*, *mens legis*, *ocasiolegis*, *argumento a fortiori* e *argumento a contrario sensu*), sistemática, histórica e sociológica, que assim realizado nos conduz à conclusão diametralmente oposta.

"Parece-nos que, tendo o agravo manifestado no transcurso da audiência, poderá o Juiz ordenar fique o agravo retido nos autos. Não faria sentido, a esta altura, a formação do instrumento, revelando-se protelatório o pedido em tal sentido. O ato do Juiz teria a ampará-lo o disposto no art. 125, II." (Paula, Alexandre de, in CPC anotado, 4.^a ed. Revista dos Tribunais, pág. 1.899/1.900)

"A interpretação sistemática e teleológica do art. 522 do CPC leva à conclusão que as questões incidentes relativas a atos processuais cujo vício gera a impossibilidade de realização futura dos subseqüentes, que dele dependem, ou são consequência, ou cuja ineficácia prejudica e contamina os subseqüentes que dele dependem ou sejam consequência, dão origem a decisões interlocutórias impugnáveis mediante agravo retido. Daí por que não ficou ao arbítrio das partes a escolha do recurso a ser interposto." (Ac. unân. da 4.^a Câm. do TJRS de 25.08.83, no agr. 183.035.294, rel. Juiz Luiz Machado; JTARS 49/218)

"No processo sumaríssimo a decisão que repele a preliminar é interlocutória e deve ser atacada com agravo retido, sob pena de tornar a matéria preclusa." (Ac. unân. da 1.^a Câm. do TJSC de 24.03.83, na apel. 19.195, rel. Des. Osny Caetano da Silva; JC 40/106)

Deixo, portanto, pelas razões e fundamentos supra-relacionados, de ordenar o traslado das peças conforme requerido nos autos do agravo de instrumento interposto, determinando, outrossim, a retenção do mesmo nos autos, até esgotar-se o prazo para a interposição do recurso de apelação.”