

DO AGRAVO RETIDO

Roy Reis Friede (*)

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, § 2º, do CPC): *mandamus* contra ato judicial (Lei nº 1.533/51) e o recurso de agravo de instrumento (arts. 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* 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 intrínse-

(*) Juiz Federal; Mestre e Doutor em Direito, Prof. Titular em Direito Processual da Unesa.

(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*.

co — 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 agravo 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.

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-lhes 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. 2378).

«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*, vol. 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 § 1º como o § 2º 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 discricção 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, inexistente, 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 norteadora 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 levava 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 da mera substituição de uma por outra modalidade recursais.» (MOREIRA, José Carlos Barbosa, *in Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, Forense, 1981, págs. 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 nº 1.608/39, que continha regra semelhante.

Código de Processo Civil (Lei nº 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 nº 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, 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 4ª Câm. do TJSP de 14-6-84, no Agr. nº 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 procrastinatória devesse permanecer inerte o Juiz, a que o CPC impôs entre outros, o dever de velar pela rápida solução do litígio». (Ac. unân. da 8ª Câm. do 2º TAVivSP de 2-12-81, no Agr. Reg. nº 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 6ª Câm. do 1º TARJ de 5-2-80, no Agr. nº 19.178, Rel. Juiz Fonseca Costa, Adcoas. 1980, nº 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 au-

diência, nos processos que seguem, por imperativo legal, o rito comum sumaríssimo.

Este tem 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:

Processo nº 89.000220-2 — 12ª Vara

«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 nº 35/79.

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

II — velar pela rápida solução do litígio;

LC nº 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 4ª Câm. do TJSP de 14-6-84, no Ag. nº 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 in-

conveniência 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 célebre 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 nº 11*, in *Revista Forense*, vol. 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, §§ 1º e 2º 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... legislatoris*, *mens legis*, *ocasio legis*), 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*, 4ª ed. Revista dos Tribunais, págs. 1899/1900.)

«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 4ª Câm. do TJRS de 25-8-83, no Agr. nº 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 tomar a matéria preclusa». (Ac. unân. da 1ª Câm. do TJSC de 24-3-83, na Apel. nº 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 dos mesmos nos autos, até esgotar-se o prazo para a interposição do recurso de apelação».