



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

MAURÍCIO PAZ SARAIVA CÂMARA

**DO RECURSO DE AGRAVO E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS
PELO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
ANÁLISE CRÍTICA.**

Brasília

2012

MAURÍCIO PAZ SARAIVA CÂMARA

**DO RECURSO DE AGRAVO E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS
PELO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
ANÁLISE CRÍTICA.**

Monografia apresentada como requisito
para obtenção do grau de bacharel em
Direito pelo Centro Universitário de
Brasília - UniCEUB

Orientador: Prof. João Ferreira Braga

Brasília

2012

MAURÍCIO PAZ SARAIVA CÂMARA

**DO RECURSO DE AGRAVO E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS
PELO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
ANÁLISE CRÍTICA.**

Monografia apresentada como requisito
para obtenção do grau de bacharel em
Direito pelo Centro Universitário de
Brasília - UniCEUB

Brasília, 6 de junho de 2012.

Banca Examinadora:

Professor João Ferreira Braga

Professor Eliardo Filho

Professor André Pires Gontijo

*À minha esposa Luciana.
Ao meu Príncipe, Gabriel, e à minha Branca de Neve, Mariana.*

AGRADECIMENTOS

*Ao professor João Ferreira Braga, pela confiança em mim depositada.
A todos que, de alguma forma, colaboraram para a realização desse trabalho.*

Resumo

A análise da evolução histórica do agravo, cujas origens remetem-se ao direito português, bem como a maneira como foi recepcionado pelo ordenamento brasileiro, evidenciam que esse instituto recursal sofreu uma série de aperfeiçoamentos para adequá-lo à *práxis* processual e conciliar dois dos atributos mais caros ao processo civil: efetiva prestação jurisdicional e celeridade processual. Como se verá ao longo do estudo, não se trata de providência singela. Após o advento do Código ora em vigor, mediante alterações por meio de leis esparsas, percebe-se claramente que foram instituídos desestímulos ao uso da modalidade instrumental e incentivos à espécie retida, embora nem sempre as soluções idealizadas pelo legislador tenham sido comprovadas na prática. Outra discussão que se coloca é se haveria, de fato, a necessidade da edição de um novo ordenamento processual, já que reformas pontuais acarretariam menos efeitos colaterais danosos, além de se evitar o rompimento dogmático de preceitos jurisprudenciais já sedimentados. Superada essa etapa, passa-se à discussão da nova sistemática do agravo prevista no projeto do Novo Código de Processo Civil, com a modulação casuística do agravo de instrumento e a supressão da espécie retida, postergando as questões levantadas para serem analisadas em preliminar de apelação. Em que pese a intenção do projetista, há fortes razões para supor que o processo não se tornará mais célere e a efetividade será posta em dúvida, uma vez que a insegurança jurídica será um ingrediente a mais a fazer parte da lide, já que as partes sempre recorrerão a sucedâneos recursais – em especial a mandados de segurança - para fazer valerem os seus direitos. Assim, defende-se a manutenção da regra atual do agravo retido, com adaptações de experiências positivas oriundas das Leis 10.352/01 e 11.187/05, e a interposição de penalidade financeira para recursos meramente protelatórios.

Palavras-Chave: Agravo retido. Agravo de instrumento. Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil. Alterações. Expectativas.

SUMÁRIO

Resumo	5
Introdução.....	7
2 A evolução do Agravo até o advento do CPC de 1973	9
2.1 Antecedentes históricos do Agravo.....	9
2.2 O Agravo no Código de Processo Civil de 1939.....	15
2.3 O Agravo no Código de Processo Civil de 1973.....	20
3 O Agravo e as principais reformas processuais que se sucederam após o CPC de 1973.....	27
3.1 As alterações instituídas no regime do Agravo pela Lei 9.139/95.....	27
3.2 As alterações instituídas no regime do Agravo pela Lei 10.352/01	31
3.3 As alterações instituídas no regime do Agravo pela Lei 11.187/2005.....	34
4 Principais alterações no regime da recorribilidade das interlocutórias no Projeto do novo CPC	39
5 Considerações doutrinárias e juízo de valor sobre as alterações no regime da recorribilidade das interlocutórias no Projeto do novo CPC	52
5.1 Considerações doutrinárias sobre as alterações no regime da recorribilidade das interlocutórias no Projeto do novo CPC.....	52
5.2 Juízo de valor e propostas sobre as alterações no regime da recorribilidade das interlocutórias no Projeto do novo CPC.....	59
Conclusão	64
Referências	66

Introdução

É certo que, atualmente, o cidadão não busca apenas o amplo acesso à justiça. Embora esse seja considerado como um dos mais básicos direitos, o que se pretende está inserido em um horizonte muito mais amplo de necessidades: que o Estado, por meio do Poder Judiciário, forneça respostas justas e céleres àqueles que litigam em defesa dos bens da vida. Esses preceitos, aliás, são garantias constitucionais, cujos fundamentos foram elevados ao grau de cláusulas pétreas.

E não há garantia constitucional desprovida de processo. Nesse sentido, quaisquer alterações nesse conjunto de regras que disciplinam a sequência de atos e de procedimentos que visam à efetiva prestação jurisdicional enseja o surgimento de amplo debate sobre os efeitos delas decorrentes. Assim tem ocorrido com o Projeto do novo Código de Processo Civil, pois o momento que precede a sua instauração, considerada a sua importância, propicia o aprofundamento da reflexão acerca da efetividade de institutos, das práticas nele constantes e a possibilidade de correção de rumos a fim de tornar o processo civil mais efetivo.

O projetista elegeu como pontos principais da reforma a conciliação de duas características essenciais: a efetiva prestação jurisdicional e celeridade processual. Não é tarefa fácil. A grande questão que se coloca no tocante aos recursos – especificamente quanto à nova concepção do agravo, objeto desse estudo – consiste em avaliar se é desejável privilegiar rapidez em detrimento do acesso à ampla defesa e ao contraditório, ao mesmo tempo em que se põe em dúvida a segurança jurídica no decorrer do processo judicial. São essas ponderações que são suscitadas frente à novel formatação da recorribilidade das interlocutórias no Projeto do Novo Código de Processo Civil.

O agravo tem suas raízes no direito português e, ao longo da história, tem-se tentado adequar o seu uso à *práxis* processual no sentido de se buscar uma efetiva prestação jurisdicional perante a recorribilidade das decisões interlocutórias. Assim, com o intuito de entender o alcance deste instituto recursal, o primeiro capítulo desse trabalho procura resgatar as origens, a maneira como foi inserido e a evolução no direito brasileiro até o atual Código de Processo Civil de 1973.

As reformas pontuais pelas quais passou o agravo por meio de leis esparsas após o advento do Código Buzaid são os fundamentos do segundo capítulo deste trabalho. Nessa parte, ficará evidente que houve uma restrição proposital ao cabimento da modalidade instrumental, privilegiando-se, ao mesmo tempo, a espécie retida, embora os efeitos idealizados pelo legislador nos ordenamentos que alteraram a sistemática desse recurso não tenham se verificado na prática.

O terceiro capítulo inicia-se com uma discussão sobre a real necessidade da adoção de uma nova codificação, já que nem mesmo essa providência mostrou-se pacífica entre os doutrinadores, que argumentam não haver benefícios em um abrupto rompimento dogmático no arcabouço processual e que reformas pontuais são menos danosas, tendo-se em conta os preceitos jurisprudenciais já cristalizados. Como prevaleceu a tese da necessidade de um novo Código, são apresentadas as justificativas, o ambiente, a tramitação e as principais alterações no regime do agravo introduzidas no projeto de lei.

No quarto capítulo expõem-se as considerações doutrinárias sobre a nova sistemática do agravo. Verifica-se que parte da doutrina deposita severas críticas a essa modelagem, pois entendem que o projetista, no afã de obter o maior rendimento possível do processo, suprime recursos, que são as mais basilares garantias processuais de que dispõem as partes. É nesse contexto que também é formulado um juízo de valor sobre o novo procedimento do agravo, tentando-se vislumbrar as consequências do modelo, já que supressão recursal não é sinônimo de inimpugnabilidade do ato. Por fim, são oferecidas sugestões a respeito do tema que poderiam ser adotadas no bojo das discussões do projeto de lei a respeito dessa modalidade recursal.

2 A evolução do Agravo até o advento do CPC de 1973

2.1 Antecedentes históricos do Agravo

No decorrer da história, o instituto relativo à recorribilidade das interlocutórias sempre apresentou comportamento hesitante no arcabouço jurídico em relação ao seu uso como um recurso ao alcance dos litigantes. Com efeito, houve momentos em que a autorização era expressa e, em outros, a supressão manifesta dessa possibilidade.

Esse instituto passou a ganhar forma de maneira lenta, justamente como uma reação à proibição de seu uso. Talvez um dos pontos de partida para a estruturação desse caminho tenha se dado no direito português do século XIII porque, à época, havia apenas duas espécies de sentenças, a definitiva e a interlocutória, e o único recurso disponível às partes era a apelação.

Contra essa sentença proferida por um juiz de primeiro grau cabia o recurso de *suplicação*. Segundo Wambier (2006, p. 36-37), esse instituto tem origem no direito romano e se referia a certas decisões proferidas por dignitários do Estado que exerciam função jurisdicional, sem que houvesse possibilidade de delas recorrer. Apesar da rigidez e da formalidade nelas contidas, instituíram-se mecanismos em que a parte suplicava à mesma autoridade que reexaminasse a causa. A autora continua: “esta providência, bem engendrada, de um lado reforçava o respeito à autoridade, pois que de uma suplicação se tratava; e de outro, do ponto de vista prático, contentava o litigante vencido, razoavelmente.” Foi nesse contexto que o precedente romano influenciou o direito português, na medida em que, até então, não havia instrumento processual similar ao que se conhece atualmente como agravo.

A chegada de Afonso III em 1248 ao poder dá uma nova configuração ao direito português vigente. Educado na França, o monarca dá organização à justiça e disciplina o curso processual, ao mesmo tempo em que incentiva o estudo do direito romano dos glosadores (Santos, 2009, p. 50). Com a influência do direito canônico, era de se esperar que uma maior amplitude recursal fosse empregada nos

litígios, embora já se sentisse uma grande morosidade nos processos. Mas não foi o que se verificou na prática.

Ao assumir o trono, Afonso IV, cujo reinado se deu entre os anos de 1325 e 1357, preferiu imprimir maior agilidade aos processos e, ao considerar que a morosidade na resolução dos conflitos decorria da recorribilidade das interlocutórias, decidiu proibi-la, exceto se ficasse constatado dano irreparável à parte. De acordo Assis (2007, p. 460), naquela conjuntura histórica, impôs-se a orientação do direito justinianeu, oposta à do direito canônico, que prevalecia frente a este com uma maior permissividade em relação ao apelo contra as interlocutórias.

Foi nessa época que surgiram as denominadas “querimas” ou “querimônias”, que nada mais eram do que queixas escritas dirigidas ao magistrado hierarquicamente superior ou ao soberano e que eram apresentadas pela parte que se julgava prejudicada. Posteriormente, para desafogar a Justiça da Corte, para onde as cartas eram direcionadas, foi introduzido um critério geográfico na atribuição da competência para julgar tais instrumentos. Esse critério presidirá a diferença entre o agravo de petição e o agravo de instrumento e, nesta época remota, denota o apreço do princípio da economia (ASSIS, 2007, p. 460).

Barbosa Moreira (2002, p. 482) ressalta que o recurso de agravo surgiu no direito português justamente como reação a essa prática judiciária ante a restrição imposta por Afonso IV à faculdade de apelar contra as interlocutórias. E vai além, ao afirmar que o juízo de retratação também tem origem a partir dessa experiência, já que as petições deveriam ser encaminhadas com a resposta do juiz que proferia a decisão impugnada.

A denominação agravo, segundo Assis (2007, p. 461), deu-se por metonímia, perdendo o seu sentido original e passando a designar o remédio em vez do mal (gravame produzido pela interlocutória). Flávia Hill (2007, p. 168-169) tem entendimento análogo, a saber:

“A nomenclatura ‘agravo’ originou-se do uso incorreto da palavra. Isso porque os indivíduos dirigiam ao juiz as querimas, a fim de tentar reverter o agravo sofrido. No entanto, correntemente, diziam que haviam submetido o seu ‘agravo’ ao Rei e, com isso, a medida processual adotada acabou por substituir o resultado que se buscava remediar, restando consagrada a expressão ‘agravo’ pelo uso.”

Em 1446, foram instituídas as Ordenações Afonsinas¹ pelo Rei Afonso V. Pacheco (1999, p. 44) entende que, embora dotadas de conteúdo heterogêneo e sem uniformidade, foram a primeira tentativa de compilação coordenada na época moderna, ainda que não possam ser tidas como uma codificação em sentido estrito, posto não serem dotadas de método nem de ordem jurídicos. Na verdade, as ordenações nada mais foram do que um ajuntamento do direito esparso que já vigia na sociedade da época, com transcrição de leis antigas, prescrições de direito promulgadas pela corte no decorrer do tempo e reproduções dos direitos romano e canônico.

No que tange à esfera recursal, as Ordenações Afonsinas apresentavam basicamente as seguintes espécies às quais os litigantes poderiam utilizar-se no curso processual, segundo Paula (2002, p. 153-154): apelação (pedido dirigido a um juiz de grau superior para que julgue novamente um caso já apreciado por outro juiz de sua jurisdição); agravo (recurso destinado aos reis ou aos seus juizes para obter a reparação da ofensa recebida); carta testemunhável (recurso cabível contra o não recebimento da apelação contra sentença interlocutória proferida por juiz fora do lugar onde a corte estiver); soprocação (recurso cabível contra decisões dos desembargadores do Paço, visando a impedir a execução de sentença cível).

Além das modalidades citadas, Wambier (2006, p. 42-43) assevera que as Ordenações Afonsinas previram o *agravo de ordenação não guardada*, que era um meio utilizado para fazer com que as autoridades judiciárias indenizassem a parte em razão de nulidades cometidas em desrespeito à lei processual vigente, bastando que não houvessem “guardado as ordenações”.

A propósito, cumpre lembrar que as Ordenações Afonsinas tiveram vigência até o ano de 1521. Assim, esse conjunto de regras jurídicas foi a primeira legislação processual a vigorar no Brasil.

¹ As ordenações Afonsinas eram compostas de cinco livros e, como documento histórico, podem ser consultadas, em português arcaico, por meio do sítio <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/> da Universidade de Coimbra, em Portugal. A parte atinente à apelação contra as interlocutórias consta do Livro Terceiro, Título LXXII (*Das Appellaçoens das Sentenças Interlocutorias, e quando poderam appellar dellas.*)

Às Ordenações Afonsinas, seguiram-se as Ordenações Manuelinas². Estas não apresentaram mudanças significativas em relação ao Código anterior – em alguns casos, normas eram tratadas como novas, mas eram meras alterações formais de leis já vigentes -, embora se notasse influências do direito canônico (Santos, 2009, p. 50) e algumas perspectivas jurídicas que levaram em consideração a expansão do império português que estava em franca ascensão.

Relativamente às interlocutórias, a inovação decorre da possibilidade de se formar instrumento para recorrer da sentença ou fazê-lo nos próprios autos. O uso de um ou outro artifício dependeria do critério territorial. Se a distância entre os juízos *a quo* e *ad quem* fosse de até cinco léguas, o agravo seria de petição, que subia com os próprios autos ante a facilidade de locomoção; se maior que aquela distância, seria de instrumento, com a necessidade de elaboração de documentação apartada e certificada pelo escrivão ou tabelião.

Segundo Wambier (2006, p. 43), surgia dessa necessidade de formação desse instrumento público, o gérmen da modalidade recursal denominada de agravo de instrumento, da maneira como se conhece atualmente.

Além da existência do agravo de ordenação não guardada, herança das Ordenações Afonsinas, previa-se, ainda, o agravo nos autos do processo, que podia ser utilizado pela parte denotando sua insatisfação contra sentença ou despacho interlocutório e seria conhecido pelo juiz de instância superior ao tempo em que os autos subissem quando da interposição de outro recurso.

Em 1603, foram editadas as Ordenações Filipinas, também conhecidas como Ordenações do Reino³. Segundo Santos (2009), esse novo regramento teve enfoque romano-canônico. Foram essas Ordenações uma compilação mais estruturada do ponto de vista jurídico, fundada no anseio de se produzir mais segurança jurídica no direito português. Mas existiam razões outras para a elaboração de um novo Código. Segundo Paula (2002, p. 166), havia o intuito de se centralizar o poder na monarquia e a vontade dos juristas de fazer prevalecer o

² As Ordenações Manuelinas, assim com as anteriores, eram compostas de cinco Livros e podem ser consultadas pelo endereço eletrônico <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/manuelinas/ordemanu.htm>. A parte relativa à recorribilidade das interlocutórias consta do Livro III, Títulos LII e LIII.

³ As Ordenações Filipinas, compostas de cinco livros, podem ser consultadas pelo endereço <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/>. A parte atinente às interlocutórias consta do Livro III, Títulos LXV e LXIX.

direito romano, repelindo a influência canônica, até então prevalente, tendo em vista a aceitação, por parte de Portugal, das diretrizes do Concílio de Trento.

O código filipino teve vigência em Portugal por mais de dois séculos e meio, circunstância que denota a sua qualidade singular. Para reforçar esse atributo, tem-se que o primeiro ato que modificou as Ordenações em relação aos recursos ocorreu mais de duzentos anos após a sua edição (Wambier, 2006, p. 45).

No Brasil, durante o período colonial, o direito era regulado pelas leis portuguesas, sob a égide das três grandes codificações: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Com a proclamação da independência do Brasil, por disposição do Decreto de 20 de outubro de 1823, as leis que vigiam em Portugal permaneceriam vigentes no País, desde que não fossem contrárias à soberania nacional e até que fossem editadas novas leis. Assim, cronologicamente, o primeiro ordenamento processual que vigeu no Brasil independente foram as Ordenações Filipinas.

Em 1832, foi revogada a legislação portuguesa no Brasil por meio do Código de Processo Criminal do Império, que abrangia a Disposição Provisória Acerca da Administração da Justiça Civil. O art. 14 desse dispositivo revogou expressamente os agravos de petição e de instrumento, transformando-os em agravos no auto do processo. Aboliu, também, o agravo ordinário.

Entretanto, em 1841, revogou-se a disposição anterior, retornando ao mundo jurídico os agravos de petição e de instrumento. A inovação consistiu na fixação de um critério territorial para o uso de um ou outro apelo recursal. Logo em seguida, em 1842, por meio do Decreto 143, foi abolido o agravo de ordenação não guardada. Assim, passaram a existir somente três espécies de Agravo: de petição, de instrumento e nos autos do processo.

Em 1850, foi editado o Regulamento 737, que foi um marco na legislação processual do Brasil. Lobo da Costa (1970, p. 32) ressalta⁴:

⁴ Mas esse pensamento não é unânime. Moacyr Lobo da Costa lembra que há doutrinadores de relevo que discordam frontalmente dessa ideia. Dentre eles, Pontes de Miranda, que considera o decreto “*defeituoso, mal concebido, fácil, por superficial, eivado de graves fugidias às mais sérias dificuldades científicas.*” (p. 32)

“Juristas de maior tomo, em maioria, consideram-no como verdadeiro monumento legislativo, que marcou uma fase de progresso em nosso direito processual, pela técnica, pela linguagem clara e precisa e pela simplificação dos atos e termos processuais; o mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, porventura o mais notável código de processo até hoje publicado na América.”

Moacyr Lobo da Costa pondera, no entanto, que, apesar das opiniões divergentes, que o Regulamento 737 deve ser considerado sob o olhar do seu tempo e de acordo com a mentalidade jurídica brasileira da época. Inegável o seu caráter vanguardista, pois até mesmo os principais códigos processuais europeus, à exceção do francês (1806), ainda não haviam sido promulgados.

O referido autor sustenta, assim, que o Regulamento “merece respeito e louvores, pelo muito que contribuiu para a própria formação da consciência processual brasileira” (1970, p. 33). Tal visão é corroborada pelo fato de que, mesmo após a Constituição Republicana de 1891, quando a maioria dos estados federados passou a regular suas próprias normas processuais, o Regulamento influenciou diretamente as suas diretrizes.

Paula (2002, p. 245) reforça esse ponto:

“Promulgada a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, em virtude da dualidade da justiça e da faculdade, outorgada aos Estados membros da federação, de legislarem sobre matéria processual civil e criminal, passaram eles a elaborar seus códigos processuais e suas leis de organização judiciária.

Escusado seria dizer que essas codificações dos Estados foram, em grande parte, ou cópias ou adaptações do Regulamento 737, como já o eram as leis processuais federais.”

O que constou após 1891 e nas primeiras décadas do século seguinte foi a ampliação das situações jurídicas agraváveis por meio de leis extravagantes e das disposições estaduais. Mantiveram-se, no entanto, via de regra, os agravos de instrumento, de petição e nos autos do processo.

2.2 O Agravo no Código de Processo Civil de 1939

É fato notório na história do Brasil que a década de 1930 se caracterizou por um período de grandes turbulências político-sociais, que vieram atreladas à grande crise econômica de 1929 nos Estados Unidos, cujos reflexos negativos no País foram evidentes.

Desde o início da década até a edição do Código de Processo Civil de 1939⁵, o Brasil passou por uma revolução que levou Getúlio Vargas ao poder, pela insurgência do estado de São Paulo, que levou à Revolução Constitucionalista, pela promulgação da segunda Constituição Republicana (1934), pelo recrudescimento do movimento revolucionário comunista, pela marcha dos integralistas. Em 1937, diante desse quadro de tensão, o então presidente fecha o Congresso Nacional e outorga uma nova Carta Política com o objetivo de atender aos anseios sociais. Com efeito, diante desse cenário, impossível não supor que o cenário jurídico foi sobejamente afetado, gerando consequências evidentes nas legislações da época, especialmente as que denotavam o caráter centralizador e autoritário do Estado⁶.

Uma das inovações da Constituição de 1937 foi o fato de a União avocar a competência para legislar sobre direito processual, ratificando a unicidade processual, tendo em vista que até então cada estado-membro tinha suas próprias regras processuais, como decorrência da interpretação da Constituição de 1891. Por trás desse propósito, está o caráter convergente da medida, tendo em vista que procedimentos esparsos e assimétricos não contribuem para uma boa gestão do sistema judiciário.

O Código de Processo Civil de 1939 significou um grande passo na evolução do direito processual legislado, uma vez que foram adotados modernos princípios processuais, desenvolvidos pela doutrina alemã e pela italiana. O sistema recursal, porém, era reconhecidamente imperfeito. (WAMBIER, 2006, p. 57)

É nesse mesmo sentido o pensamento de Santos (2009, p. 56-57):

⁵ Decreto-lei nº 1608, de 18 de setembro de 1939, que “*institui o Código de Processo Civil*”.

⁶ Um exemplo claro disso encontra-se na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, a saber: “*O regime instituído em 10 de novembro de 1937 consistiu na **restauração da autoridade** e do caráter popular do Estado. O Estado caminha para o povo e, no sentido de garantir-lhe o gozo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, o Estado teve que **reforçar a sua autoridade** a fim de intervir de maneira eficaz em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público.*” (grifei)

“O Código de 1939 não tinha poucas virtudes. Essas consistiam na adoção das doutrinas mais modernas, tomado o processo como instrumento do Estado no desempenho de sua função jurisdicional, e norteado pelos princípios da publicidade e da oralidade. [...]. Mas apresentava muitos e reconhecidos defeitos, especialmente no concernente aos processos especiais, aos recursos e à execução. Sem embargo de proclamar como um dos seus princípios informativos o da celeridade processual, e realmente estabelecia prazos curtos para a prática dos atos forenses, a verdade é que não conseguiu melhorar as condições da justiça brasileira. Pode-se dizer que o País atravessou uma grande crise, de processo e de justiça. Os processos se retardavam cada vez mais e iam se amontoando, sem solução, tanto no juízo de primeiro grau como nos tribunais, mui particularmente no Supremo Tribunal Federal.”

A homenagem excessiva ao clamor pela celeridade processual fez com que o legislador colocasse em segundo plano o valor jurídico dos recursos como instrumento para a correta prestação jurisdicional. Tal intenção foi sentida claramente já na Exposição de Motivos ao projeto de código de processo civil de 1939 no tocante à possibilidade de se recorrer dos despachos interlocutórios, a saber:

“Quanto aos recursos, foram abolidos os dos despachos interlocutórios. Tais recursos concorriam para tumultuar o processo, prolongá-lo e estabelecer confusão no seu curso. Fundavam-se na sua generalidade em matéria de caráter puramente processual, e só se justificariam em um sistema de processo concebido de maneira rígida ou hierática, como tento por única finalidade a estrita observância das suas regras técnicas, sem atenção ao seu mérito e à sua finalidade.”

Nessa mesma linha processual, o legislador optou por restringir as hipóteses de cabimento do recurso contra as decisões interlocutórias. Assim, o CPC de 1939 previu três espécies de agravo, que deveriam ser interpostos no prazo de cinco dias: de instrumento, de petição ou no auto do processo.

As situações em que era permitido o uso do agravo de instrumento foram casuisticamente elencadas no art. 842 do referido Diploma⁷, embora desse

⁷ Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões;

- I - que não admitirem a intervenção de terceiro na causa;
- II - que julgarem a exceção de incompetência;
- III - que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação;
- IV - que não concederem vista para embargos de terceiro, ou que os julgarem;
- V - que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade;

margem à previsão em leis extravagantes; o agravo de petição podia ser utilizado para impugnar decisões terminativas ao processo principal, sem que houvesse resolução de mérito (art. 846)⁸; já o agravo no auto do processo se prestava às situações previstas no art. 851⁹.

A utilização do agravo de instrumento somente era permitida nos casos expressamente previstos em lei. O rol era, pois, taxativo. Algumas hipóteses previstas pelo legislador, tidas como urgentes, ante a possibilidade de dano à parte que se considerava prejudicada, eram as seguintes: que julgassem a exceção de incompetência (inciso II); que denegassem ou revogassem o benefício da gratuidade de justiça (inciso V); que ordenassem a prisão (inciso VI); que denegassem a apelação (inciso IX); que negassem alimentos provisionais (inciso XVI).

A sistemática adotada à época está eivada de críticas. Sustenta VIANA (2006):

“Era situação perceptiva a de que a apresentação de hipóteses legais para o cabimento do agravo de instrumento não esgotava a totalidade dos casos do dia-a-dia, muitos a reivindicar tutela de

-
- VI - que ordenarem a prisão;
 - VII - que nomearem, ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante;
 - VIII - que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamenteiros;
 - IX - que denegarem a apelação, inclusive a de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção;
 - X - que decidirem a respeito de êrro de conta;
 - XI - que concederem, ou não, a adjudicação ou a remissão de bens;
 - XII - que anularem a arrematação, adjudicação ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido;
 - XIII - que admitirem, ou não, o concurso de credores, ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos;
 - XIV - que julgarem, ou não, prestadas as contas;
 - XV - que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas;
 - XVI - que negarem alimentos provisionais;
 - XVII - que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens.

⁸ Art. 846. Salvo os casos expressos de agravo de instrumento, admitir-se-á agravo de petição, que se processará nos próprios autos, das decisões que impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito.

⁹ Art. 851. Caberá agravo no auto do processo das decisões:

- I - que julgarem improcedentes as exceções de litispendência e coisa julgada;
- II - que não admitirem a prova requerida ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado;
- III - que concederem, na pendência da lide, medidas preventivas;
- IV - que considerarem, ou não, saneado o processo, ressalvando-se, quanto à última hipótese o disposto no art. 846.

urgência, gerando-se, daí, o uso da correção parcial e do mandado de segurança, o que gerava grave deformação no sistema.”

Segue o mesmo entendimento Assis (2007, p. 465), pois, segundo ele, as possibilidades jurídicas acerca da utilização do agravo de instrumento eram temperadas com inúmeras exceções e larga área de indefinições, o que dava vazão a que outros instrumentos recursais fossem utilizados para suprir lacunas deixadas pelo legislador. E continua:

“Desamparava-se o vencido de recurso, neste regime, contra os efeitos das interlocutórias gravosas. Supriram a generalizada aspiração por remédio expedito e eficiente contra as interlocutórias que causassem dano irreparável dois sucedâneos concorrentes: a correção parcial, ou reclamação; e o mandado de segurança, embora oblíqua e inadequadamente, a falha e erro do legislador.”

Ademais, o processamento do agravo não se verificava de forma simples, o que evidenciava que a prática revelava características opostas àquelas idealizadas pelo legislador. Assim, impossível não supor que a interposição desse recurso obstava o curso processual, uma vez que a sua impetração dava origem a um conjunto de peças que eram consideradas importantes pelo agravante e que deveriam, conforme o caso, ser trasladadas pelo cartório, com abertura de prazo para que o agravado pudesse contraminutar. E, se contivessem documentos novos, o agravante deveria ser ouvido novamente.

Ato contínuo, o juiz *a quo* poderia reformar ou manter a decisão agravada. Nesse último caso, a decisão deveria subir à instância superior, mas, se ela fosse reformada, o agravado também poderia solicitar a subida do instrumento, desde que provasse ter sofrido prejuízo e desde que também coubesse o recurso de agravo de instrumento da decisão recorrida.

O agravo de petição, por seu turno, estava previsto no art. 846 do Código. Essa modalidade recursal cabia, à exceção dos casos expressos de agravo de instrumento, contra decisões ditas terminativas, isto é, daquelas que implicassem a extinção do processo principal, sem resolução de mérito.

Wambier (2006, p. 58) enumera os pressupostos de admissibilidade do agravo de petição:

- “i) que de decisão terminativa se tratasse;
- ii) que, mesmo não se tratando de decisão definitiva, mas terminativa, não fosse ela agravável de instrumento, sendo necessário, assim, examinarem-se os termos do art. 842, cuja enumeração era taxativa. Se ali não se encontrasse a decisão, esta seria abrangida pelo art. 846, em princípio;
- iii) que fosse decisão proferida em processo principal;
- iv) que não se tratasse de causas de alçada, que se confinavam a um só grau de jurisdição.”

Mas o agravo de petição também tinha problemas, já que pressuposto básico para a sua interposição - o fato de estar voltado às decisões terminativas -, não era automático. Nas palavras de Wambier (2006, p. 58):

“A distinção entre decisão definitiva e terminativa não era fácil de se estabelecer, pois se assenta no conceito de mérito, e a esse respeito não era unânimes nem doutrina, nem jurisprudência e, no Código de Processo Civil revogado, inexistia dispositivo similar ao art. 269 do Código em vigor.”

Em razão dessa divergência, o recurso passou a ser utilizado em situações esdrúxulas, fazendo com o seu sentido originário fosse desvirtuado. Essas consequências foram apontadas por Viana (2006):

“Findou por acontecer uma indesejável desuniformização do sistema e o termo “agravo de petição” passou a representar um recurso com diferentes hipóteses de admissibilidade, sendo interponível ora de sentenças definitivas - v.g., a que negava ou concedia mandado de segurança -, ora de sentenças terminativas, como previsto originariamente no Código de Processo.”

Reveste-se de propriedade a manifestação de Wambier (2006, p. 81) sobre a desvirtuação tanto do emprego do agravo de instrumento como do agravo de petição. Veja-se:

“Inúmeras outras decisões, que podiam ter como efeito dano irreparável, ou de difícilíssima reparação, ao direito das partes ou influenciar o teor da sentença final, ficavam, teoricamente, imunes a ataques recursais.

Foi precisamente esta circunstância que fez com que os advogados acabassem por se valer de outros meios, que não os recursais, com o fito de tentar modificar estas decisões. Estes sucedâneos recursais eram o pedido de reconsideração, a correção parcial ou a reclamação, o conflito de competência, a ação rescisória e o mandado de segurança.”

Já o agravo nos autos do processo era aquele previsto no art. 851 e de enumeração taxativa, isto é, era interponível somente nos casos elencados nos quatro incisos do referido artigo. Constituíam-se em um recurso que não implicava a paralisação ou adiamento do caminhar processual, motivo porque era afeito aos princípios da oralidade e da concentração dos atos processuais.

Wambier (2006, p. 74) informa que essa modalidade de agravo atendia a duas necessidades: não interrupção do desenvolvimento procedimental e indispensável necessidade de se recorrer das interlocutórias. Segundo a renomada processualista, se não houvesse a interposição do recurso, ocorria a preclusão de tais decisões, sendo, pois, inviável a sua reapreciação.

Viana (2006) ressalta que o agravo no auto do processo “era um recurso de interposição simplificada. Tinha feição de simples protesto ou ressalva, de mera preliminar do recurso ordinário da apelação”

2.3 O Agravo no Código de Processo Civil de 1973

A tarefa para a elaboração do novo Código processual coube ao então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid que se utilizou das palavras de Chiovenda para definir o cerne do propósito a que lhe foi incumbido: “*Convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso*”¹⁰.

Na verdade, por detrás de tal assertiva, também estava a resposta a uma hesitação que, se no momento da apresentação da exposição de motivos já estava consolidada, permeou as primeiras discussões quando se chegou à conclusão de que o Código de 1939 já estava superado: rever o código então vigente ou elaborar um novo estatuto processual. Prevaleceu a segunda alternativa.

Buzaid acreditava que, embora o Código de 1939 tenha representado “*um esforço na tendência de adaptar o direito brasileiro à orientação legislativa dos povos civilizados*” (item 4, Capítulo II da Exposição de Motivos), ele continha uma série de problemas que precisavam ser solucionados.

¹⁰ Chiovenda, *La riforma del procedimento civile*, Roma, 1911, p. 4 – Mencionado por Alfredo Buzaid na Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

PACHECO (1999, p. 262) pontua algumas dessas questões identificadas por Buzaid:

- “i) pluralidade, diversidade e dispersão de leis processuais;
- ii) inadequação de certos princípios do código vigente à realidade;
- iii) deficiência dos quatro livros do código vigente;
- iv) injustificada série de ações especiais no código vigente;
- v) inconveniência do sistema de recursos.”

Para justificar a preparação de um novo arcabouço processual, o próprio elaborador do Código de 1973 é incisivo ao afirmar que:

“O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções.

[...]

Impunha-se refazer o Código em suas linhas fundamentais, dando-lhe novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos. Nossa preocupação foi a de realizar um trabalho unitário, assim no plano dos princípios, como no de suas aplicações práticas. (Exposição de Motivos, Capítulo I, item I)”

PACHECO (1999, p. 262-263) enumera algumas razões que justificavam tal radical providência por parte de Buzaid:

- “i) era mais difícil corrigir o código do que fazer um novo;
- ii) a emenda exigia uma acomodação de opiniões heterogêneas;
- iii) a emenda implicava transigir princípios;
- iv) era desejável uma obra unitária;
- v) era desejável uma obra harmônica com a ciência contemporânea;
- vi) era desejável uma obra coerente com as experiências dos povos cultos;
- vii) era necessário dar uma disposição ordenada nas matérias.”

No tocante às interlocutórias, reconheceu-se a necessidade de adequá-las a uma nova realidade, isto é, limitar a irrecorribilidade instituída pelo legislador de 1939, na medida em que a *praxis* processual dava margem à utilização de remédios impugnativos extravagantes no papel de sucedâneos recursais. Humberto Theodoro Júnior (2003) assevera que:

“Como muitos eram os casos de decisões não agraváveis ou recorríveis sem efeito suspensivo, era comum o apelo dos litigantes a meios impugnativos esdrúxulos, como a correção parcial e, principalmente, o mandado de segurança. Diante desse quadro

prático, o legislador de 1973, ao editar o Código atual, afastou-se do princípio da oralidade e, praticamente, desprezou o subprincípio da irrecorribilidade das interlocutórias, e autorizou o agravo de instrumento para todas as decisões interlocutórias.”

Assim é que, de acordo com o Código de Processo Civil de 1973¹¹, no art. 522, possível a ampla recorribilidade das interlocutórias, exceto para meros despachos e para os casos em que cabia apelação:

“Art. 522. Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, de todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento.”

Importa salientar que o *Código Buzaid*, embora previsse as modalidades de agravo de instrumento e agravo de retido, parece ficar claro que se tratavam do mesmo recurso, com dois regimes jurídicos, ainda que a lei sugerisse que o primeiro fosse gênero de que o segundo fosse espécie (Wambier, 2006, p. 82).

Depreende-se dos arts. 522 a 529 do CPC/73¹² que as características principais do agravo eram:

¹¹ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que “*institui o Código de Processo Civil*”.

¹² Art. 522. Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, de todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento.

§ 1º Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§ 2º Requerendo o agravante a imediata subida do recurso, será este processado na conformidade dos artigos seguintes.

Art. 523. O agravo de instrumento será interposto no prazo de cinco (5) dias por petição, que conterà:

I - a exposição do fato e do direito;

II - as razões do pedido de reforma da decisão;

III - a indicação das peças do processo que devem ser trasladadas.

Parágrafo único. Serão obrigatoriamente trasladadas a decisão recorrida, a certidão da respectiva intimação e a procuração outorgada ao advogado do agravante, salvo se outra instruir a petição de agravo.

Art. 524. Deferida a formação do agravo, será intimado o recorrido para, no prazo de cinco (5) dias, indicar as peças dos autos, que serão também trasladadas, juntar documentos novos e contraminutar.

Art. 525. Será de quinze (15) dias o prazo para a extração, a conferência e o concerto do traslado, prorrogável por mais dez (10) dias, mediante solicitação do escrivão.

Parágrafo único. Se o recorrido apresentar documento novo, será aberta vista ao recorrente para dizer sobre ele no prazo de cinco (5) dias.

Art. 526. Concluída a formação do instrumento, o recorrido será intimado para responder.

Art. 527. O agravante preparará o recurso no prazo de dez (10) dias, contados da publicação da conta, subindo os autos conclusos ao juiz para reformar ou manter a decisão agravada.

§ 1º O agravante efetuará o preparo, que inclui as custas do juízo e do tribunal, inclusive do porte de retorno, sob pena de deserção.

- a impugnação deveria ser dirigida ao juiz prolator da decisão agravada no prazo de cinco dias, com a exposição dos fatos e do direito, com as razões do pedido de reforma e as indicações das peças do processo que devem ser trasladadas, no caso da opção pelo agravo de instrumento;
- a forma retida ou por instrumento era uma opção do agravante. Wambier (2006, p. 82) afirma que *a fungibilidade entre os dois regimes era praticamente plena; a lei não continha dispositivo que estabelecesse, em algum caso, não poder a parte escolher*. Assim, o recorrente poderia requerer que o agravo permanecesse retido nos autos a fim de que ele fosse conhecido pelo Tribunal por ocasião do julgamento da apelação em caráter preliminar ou, alternativamente, poderia solicitar a imediata subida do recurso ao *Órgão ad quem*;
- O juiz *a quo* não poderia negar seguimento ao agravo, ainda que ele tenha sido interposto intempestivamente. Em outras palavras, nunca caberia a ele exercer o juízo de admissibilidade do recurso;
- A formação do instrumento contava com a participação tanto do escrivão do cartório (§§3º e 4º do art. 527) como do agravado (art. 523).
- A decisão sobre o mérito do agravo poderia ser exercida em três ocasiões: quando houvesse retratação do juízo *a quo* (se isso ocorresse, o agravado aproveitaria o recurso já interposto em seu favor, invertendo-se os polos do recurso); quando o relator não conhecesse do agravo de instrumento por considerá-lo manifestamente improcedente; e na oportunidade da sua apreciação pelo Tribunal.

§ 2º O juiz poderá ordenar a extração e a juntada aos autos de peças não indicadas pelas partes.

§ 3º Mantida a decisão, o escrivão remeterá o recurso ao tribunal dentro de dez (10) dias.

§ 4º Se o juiz a reformar, o escrivão trasladará para os autos principais o inteiro teor da decisão.

§ 5º Não se conformando o agravado com a nova decisão, poderá requerer, dentro de cinco (5) dias, a remessa do instrumento ao tribunal, consignando em cartório a importância do preparo feito pela parte contrária, para ser levantado por esta, se o tribunal negar provimento ao recurso.

Art. 528. O juiz não poderá negar seguimento ao agravo, ainda que interposto fora do prazo legal.

Art. 529. Se o agravo de instrumento não for conhecido, porque interposto fora do prazo legal, o tribunal imporá ao recorrente a condenação, em benefício do recorrido, no pagamento do décuplo do valor das custas respectivas.

- O agravo era, via de regra, carente de efeito suspensivo, salvo nas hipóteses do art. 558¹³.

A propósito, a inexistência da suspensividade, ou melhor, as consequências desse atributo no tocante ao agravo de 1973, deram ensejo à utilização exacerbada do mandado de segurança para se obter o efeito suspensivo. Diferentemente do que imaginou o idealizador do Código na Exposição de Motivos, que não pretendia “*sacrificar o andamento da causa e sem retardar injustificavelmente a resolução de questões incidentes, muitas das quais são de importância decisiva para a apreciação do mérito*” (Exposição de Motivos, Capítulo V, item 33), o que se verificou foi uma “*visão quimérica, distanciada da realidade, conforme se evidenciou a prática*”, de acordo com José Carlos Barbosa Moreira (2002, p. 486).

Isso porque desde a formação do instrumento e a abertura de inúmeros prazos para as partes entre manifestações sobre novos documentos juntados, respostas da parte contrária e intimações faziam com que tenha havido um hiato muito grande entre teoria e prática. Ou seja, esta demora – aliada à ausência do efeito suspensivo do recurso – fornecia condições para a utilização do mandado de segurança para que a decisão não fosse cumprida. Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira (2002, p. 486-487):

“Nunca nos pareceu possível – e a experiência vivida em duas décadas de aplicação do Código só confirmou nossos receios – que tudo isso se passasse ‘sem interromper a marcha do processo’ e ‘sem embarçar o andamento da ação’. Em favor da generalização do agravo de instrumento, afirmou-se, com grande autoridade, que ela feriria de morte a correição parcial e o mandado de segurança contra ato judicial, cuja utilização pressupõe a irrecorribilidade deste. A prática desmentiu semelhante expectativa. Como é notório, o mandado de segurança continuou a ser largamente utilizado contra atos judiciais.”

Araken de Assis (2007, p. 466-467) também era crítico em relação à ausência de efeito suspensivo, pois ressalta que “*dar cumprimento à decisão*

¹³ Art. 558. O agravante poderá requerer ao relator, nos casos de prisão de depositário infiel, adjudicação, remição de bens ou de levantamento de dinheiro sem caução idônea que suspenda a execução da medida até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

importa, na prática, tornar inútil o eventual provimento do agravo, pois já se terá produzido, para o agravante, dano de difícil ou impossível reparação". E continua:

“Logo, a necessidade da correção e do mandado de segurança sobreviveu ao novo estatuto, aquela progressivamente substituída por este, na medida em que se firmou, graças ao prestígio do STF, a jurisprudência permissiva do seu emprego como meio para colmatar as falhas do sistema recursal.”

É nessa mesma direção o olhar de Humberto Theodoro Júnior (2003), quando leciona que:

“O propósito do Código de 1973, que era o de evitar o uso do mandado de segurança contra interlocutórias não foi atingido. Aumentaram-se os agravos de instrumento e persistiu a prática da ação de segurança para atribuir-lhe o efeito suspensivo que o Código, em regra, lhe negava. O princípio da oralidade e o da economia processual restaram completamente frustrados.”

A concepção do modelo de recorribilidade das interlocutórias também foi censurada por alguns doutrinadores. O argumento mais comum baseava-se no fato de que o legislador deveria ter fixado um critério para a utilização de uma ou outra modalidade de agravo e não deixar ao sabor da parte. Assis (2007, p. 466) é irônico ao afirmar que *“o critério da lei não é casuístico: vai se agravando à vontade...”*.

O processualista Humberto Theodoro Júnior (2003) conclui a respeito da sistemática de se deixar a critério único do agravante a escolha da modalidade do agravo a ser utilizado e as consequências para o Poder Judiciário dessa opção feita pelo legislador do Código de 1973:

“Em suma: a lei pode ser pródiga ou liberal com a admissibilidade do agravo retido, que nenhum embaraço causa à marcha e economia do processo, mas não pode sê-lo em termos de agravo de instrumento, pelos evidentes transtornos que o excesso de recursos da espécie acarreta aos tribunais de segunda instância.

Na verdade, a minimização do uso do agravo retido, e a exagerada liberação do uso do agravo de instrumento, causam prejuízo não apenas à celeridade do processo em que o recurso é interposto, mas a todo o desempenho do tribunal de segunda instância. Não é, à evidência, apenas aquele feito, mas são todos os demais em tramitação perante o tribunal que ficam afetados pelo congestionamento gerado pelo incomum e desnecessário volume de

agravos, tanto os de instrumento como os internos, que deles derivam.”

Para Barbosa Moreira (2002, p. 488), teria sido mais interessante tornar obrigatória, em certos casos, a retenção do recurso nos autos como, por exemplo, no tocante às interlocutórias proferidas já no curso da audiência de instrução e julgamento, a fim de evitar as complicações procedimentais relacionadas com a circunstância de poderem interpor-se, quase ao mesmo tempo, um ou mais agravos e a apelação cabível contra a sentença.

3 O Agravo e as principais reformas processuais que se sucederam após o CPC de 1973

3.1 As alterações instituídas no regime do Agravo pela Lei 9.139/95¹⁴

O regime adotado pela Lei 9.139/95 atribuiu uma nova estrutura ao instituto do agravo. Em linhas gerais, diferentemente da redação original do Código, quando deixava a cargo do agravante a escolha da modalidade, o novo dispositivo legal fez uma distinção importante: reservou o agravo retido para casos menos urgentes (art. 523) e o agravo de instrumento para as situações mais graves (art. 524 e seguintes). Além disso, alargou o prazo para a interposição para 10 dias.

No tocante ao agravo retido, o art. 523, *caput* e §4º da Lei passou a disciplinar as situações em que ele poderia ser interposto.

“Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

[...]

§ 4º Será sempre retido o agravo das decisões posteriores à sentença, salvo caso de inadmissão da apelação.”

José Carlos Barbosa Moreira (2002, p. 493) é didático na explicação do que entende ter sido o intuito do legislador nessa diferenciação entre as modalidades retida e por instrumento:

“A outra modalidade, como já se assinalou, é semelhante ao antigo agravo no auto do processo: em vez de dirigir-se em separado ao tribunal, fica o recurso retido nos autos, a fim de que dele se conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação que venha a ser interposta contra sentença.

Semelhante distinção atende a que, em certos casos, não há interesse na revisão imediata da decisão pelo órgão *ad quem*. Torna-se mais aconselhável, então, poupar o trabalho, o tempo e as despesas que implicam a formação do instrumento. Fica o recurso retido nos autos do feito, com a função precípua de impedir a preclusão da questão resolvida. Encerrado o procedimento em primeiro grau, se da sentença se interpuser apelação, competirá ao tribunal, na ocasião em que for julgá-la, apreciar preliminarmente o agravo retido.”

¹⁴ Lei 9.139, de 30 de novembro de 1995, que “*altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento.*”

A Lei 9.139/95 admitiu, ainda, a interposição do agravo retido na forma oral, quando a decisão interlocutória fosse proferida em audiência (art. 523, §3º)¹⁵. Importante ressaltar que, anteriormente ao advento dessa Norma, se tratava de uma faculdade, e não um ônus imposto ao agravante, já que este, com intuito de melhor fundamentar o agravo – providência obrigatória em qualquer situação por se tratar de pressuposto de todo e qualquer recurso -, poderia fazê-lo no prazo de dez dias previsto na Lei.

Previu-se, também, a possibilidade de o juízo *a quo* exercer o juízo de retratação, reformando a decisão contestada. Para tanto, deveria ouvir a parte contrária em cinco dias (art. 523, §2º). Trata-se de uma homenagem clara ao princípio da celeridade processual, evitando delongas excessivas e desnecessárias no caminhar processual.

Mas a maior inovação da lei 9.139/95 tocou ao agravo de instrumento. As alterações foram substanciais e os efeitos, já previstos à época da edição da norma, controversos. Veja-se o que diz Barbosa Moreira (2001, p.178):

“Sobre essa vistosa inovação (*a interposição do agravo de instrumento perante o órgão ad quem*), dividiram-se opiniões: houve quem lhe batesse palmas e, em menor número, quem a acolhesse com sobranceiras franzidas. Que padecia de sérias imperfeições a disciplina de 1973 é algo de que não se pode razoavelmente duvidar. Resta saber se o remédio escolhido foi o mais eficaz.”

Antes de abordar as consequências das mutações, cumpre relatar o novo formato do agravo de instrumento previsto na norma alteradora.

Instituiu-se que o agravo de instrumento deveria ser dirigido diretamente ao Tribunal (art. 524 do CPC, com a redação da Lei 9.139/95)¹⁶. Além

¹⁵ Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§ 1º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

§ 2º Interposto o agravo, o juiz poderá reformar sua decisão, após ouvida a parte contrária, em 5 (cinco) dias.

§ 3º Das decisões interlocutórias proferidas em audiência admitir-se-á interposição oral do agravo retido, a constar do respectivo termo, expostas sucintamente as razões que justifiquem o pedido de nova decisão.

¹⁶ Art. 524. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos:

I - a exposição do fato e do direito;

disso, a instrução passou a ser ônus do agravante, inclusive quanto à instrução, nos autos do processo, das cópias da petição do agravo, do comprovante da sua interposição e dos demais documentos necessários.

Aliada a essa mudança procedimental, passou-se a permitir que fossem atribuídos, pelo relator, poderes mais amplos para suspender os efeitos da decisão agravada. Em outras palavras, na redação original do Código, já existia essa possibilidade, mas estava restrita às situações estabelecidas em *numerus clausus*. A inovação foi estender a suspensividade aos casos “dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação”. No aspecto:

“Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.”

O propósito de tal dispositivo era o de eliminar a prática então recorrente de impetração de mandados de segurança perante os tribunais com o fito de suspender a decisão agravada¹⁷. É nessa direção a opinião de Barbosa Moreira (2002, p. 662-663):

“É de se esperar que a generalização da possibilidade de suspender-se o cumprimento da decisão agravada tenha a virtude pôr fim, senão ao uso (*rectius*: ao abuso) do mandado de segurança contra decisões interlocutórias de primeiro grau (seria excesso de otimismo), pelo menos à prática, muito difundida nos tempos anteriores à reforma, de impetrar segurança com o objetivo único de obter efeito suspensivo para o agravo, até o respectivo julgamento, em hipóteses não previstas em lei, mediante a alegação de que, sem isso, o litigante sofreria dano injusto e irreparável.”

II - as razões do pedido de reforma da decisão;

III - o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo.

¹⁷ De acordo com José Carlos Barbosa Moreira (2001, p. 178), o legislador “*obviamente nutria a esperança de que, com a nova sistemática do agravo, desaparecessem, ou pelo menos diminuíssem muito, os motivos que induziam os litigantes a valer-se do mencionado remédio nesse contexto. Pesquisa levada a cabo há anos em alguns tribunais apontou no sentido de que a incidência do mando de segurança declinara menos do que se tinha previsto, mas é bem possível que, com o correr do tempo, se haja intensificado o decréscimo.*” Essa pesquisa, que foi levada a cabo pelo próprio processualista nos anos de 1995 e 1996, com a colaboração de vários professores, abrangeu os Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná e do Rio Grande do Sul.

E prossegue o ilustre processualista em suas críticas a respeito do mandado de segurança como sucedâneo recursal:

“O agravante, de resto, valia-se do mandado de segurança para pleitear (com a complacência de muitos tribunais) providência gritantemente ilegal, consistente em dar ao recurso um efeito preexcluído *expressis verbis* pela lei: melancólico papel atribuído a instrumento processual que nascera com o destino de *combater* (e não de *provocar!*) atos ilegais...”

Sem embargo do nobre propósito de frear a utilização canhestra do mandado de segurança, o remédio utilizado – isto é, a possibilidade de concessão do efeito suspensivo via agravo de instrumento – desencadeou consequências ruins ao Poder Judiciário, qual seja, a proliferação desmedida de agravos de instrumento perante o órgão *ad quem*.

Foram dois, basicamente, os fatores que contribuíram para essa propagação: a simplificação do procedimento em relação à sistemática anterior, com aprimoramento da sua eficácia, e a possibilidade de concessão do efeito suspensivo.

Assis (2007, p. 468) expõe, com propriedade, o panorama que se delineou:

“É por demais evidente que tal sistema não economiza tempo e pouco contribui para a celeridade global dos processos. Ao contrário, transportou para o segundo grau incidentes dispensáveis e outrora desconhecidos. E o agravo de instrumento realmente disseminou-se, qual praga incontrolável, contra todo e qualquer ato do primeiro grau.”

Gajardoni (2006) é ainda mais incisivo no tocante à utilização em larga escala do agravo de instrumento:

“Este regime do agravo de instrumento interposto diretamente no 2º grau revelou-se, nos 05 anos que se seguiram, um verdadeiro fiasco. O agravo de instrumento, que até 1995 era todo processado em 1º grau e, somente depois, remetido ao 2º grau, servia de contenção à recorribilidade desenfreada. Como a Lei 9.139/95 permitiu a interposição diretamente no 2º grau mediante a extração de cópias, os Tribunais passaram a receber verdadeiras avalanches de agravos de instrumentos quase que imediatamente à prolação da decisão atacada. A consequência, os operadores do direito bem sabem: as apelações, que efetivamente decidem as controvérsias, deixaram de

ser julgadas pelos Tribunais, que passaram a se dedicar quase que exclusivamente aos agravos de instrumentos, a grande maioria deles (mais de 80%) de urgência nenhuma.”

Por fim, a Lei nº 9.139/95 também implementou pelo menos mais duas disposições dignas de nota: dispôs que o agravo de instrumento se daria por prejudicado se houvesse juízo de retratação por parte do juízo *a quo* (art. 529)¹⁸ e abriu a possibilidade de o relator negar provimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à sumula do respectivo tribunal ou tribunal superior, sendo que desta decisão denegatória caberia agravo no prazo de cinco dias (art. 557)¹⁹.

3.2 As alterações instituídas no regime do Agravo pela Lei 10.352/01²⁰

As alterações levadas a efeito pela Lei 10.352/01 – conhecida como “*segunda reforma*” ou “*reforma da reforma*” – tinham um objetivo claro: reduzir a quantidade de agravos de instrumento perante os tribunais²¹.

A nova redação do § 4º do art. 523²² impôs a retenção obrigatória do agravo nas decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, a não ser nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida. Assim, em novo sentido no tocante ao agravo, passou-se a atribuir a modalidade retida como regra, ao passo que a instrumentalidade foi

¹⁸ Art. 529. Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo.

¹⁹ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior. Parágrafo único. Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Interposto o agravo a que se refere este parágrafo, o relator pedirá dia.

²⁰ Lei nº 10.352, de 26 de Dezembro de 2001, que altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, referentes a recursos e reexame necessário.

²¹ Isso fica claro na Mensagem nº 1.110, de 18 de agosto de 2000, encaminhada pelo Presidente da República, que encaminha o projeto de lei que alterou o Código de Processo Civil. Veja-se o que consta da justificativa da alteração do art. 523, § 4º: “*Modifica-se, igualmente, o §4º, n sentido de que também o agravo interposto de decisões proferidas durante a audiência de instrução e julgamento deve ser retido, buscando-se com isso diminuir, na medida do possível, o número de agravos por instrumento.*”

²² Art.523, § 4º: Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.”

considerada exceção, até porque esta última poderia ser convertida no primeiro, a critério do relator, como se verá adiante.

O legislador incluiu o parágrafo único no art. 526²³ com vistas a impor sanção de não conhecimento do agravo caso o agravante não comunique ao juiz *a quo* a interposição do agravo de instrumento, desde que o agravo levante essa questão. Na Mensagem nº 1.110/2000 do Presidente da República, esse dispositivo visava solucionar as controvérsias surgidas se tal providência, a cargo do agravante, era facultativa ou se constituía condição de admissibilidade do recurso. Inclinou-se pela segunda alternativa a fim de *“proporcionar ao agravado imediato e perfeito conhecimento dos termos do agravo, de molde a habilitá-lo a bem oferecer a sua resposta sem necessidade de deslocar-se para consultar os autos na secretaria do tribunal.”*

Outra alteração importante refere-se ao fato de que, de acordo com a nova redação do inciso III do art. 527²⁴, o relator do agravo de instrumento poderá antecipar, parcial ou totalmente, os efeitos da tutela pretendida no recurso. Para tanto, o relator deveria estar convencido de que deveriam estar presentes, concomitantemente, os requisitos previstos no art. 273 do CPC, ou seja, a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Mas a modificação mais substantiva da Lei 10.352/01 é respeitante ao disposto no art. 527, II, que procurava desestimular a interposição do agravo de instrumento ao privilegiar a espécie retida²⁵. Eram os seguintes os termos da Lei:

“Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:
[...]

II - **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 os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão

²³ Art. 526, *Parágrafo único*. O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que argüido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo." (NR)

²⁴ "Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

²⁵ O Desembargador Silveira Lenzi, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no artigo “O novo sistema do agravo” (2004) informa que, *“na prática, verifica-se que a pretensão do legislador não pegou, mostrando as estatísticas a enxurrada de instrumentos que são distribuídos nos Tribunais, sendo que os agravos retidos não chegam a 3% (três por cento).”*

apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente;” **(grifou-se)**

A conversão do agravo de instrumento em retido era uma faculdade do relator e se utilizava, para tanto, do emprego de conceitos jurídicos indeterminados – urgência, lesão de grave e de difícil ou incerta reparação (Moreira, 2002, p. 509). Se houvesse a conversão, os autos deveriam ser remetidos ao juízo de origem para as providências próprias da modalidade retida.

O grifo no verbo *poder* acima, que denota uma clara faculdade do relator em relação à conversão, não foi sem motivo. Residiu justamente nesse ponto a bifurcação entre a intenção do legislador, qual seja, a desobstrução dos tribunais, e o que se verificou na *práxis* processual.

A professora Teresa Arruda Alvim Wambier (2006, p. 86) assevera que:

“A solução estabelecida pela Lei 10.352/2001 não conduziu a resultados satisfatórios, já que a decisão que determinava a conversão do agravo de instrumento em agravo retido era recorrível. Assim, embora se pudesse dizer, à luz dos dispositivos legais citados, no direito brasileiro o agravo devesse ficar, em regra, retido nos autos, tal circunstância não inibia, por si só, a interposição de agravo por instrumento, uma vez que a conversão dependia de decisão do relator – ou do órgão colegiado, se a parte recorresse contra a decisão do relator. Como resultado, observava-se o surgimento de mais um incidente processual a ser resolvido pelo tribunal, qual seja o de se saber se o agravo de instrumento devia ou não ser convertido em agravo retido. Assim, o esquema de conversão de agravo de instrumento em agravo retido, se permitia a redução de agravos de instrumento tramitando nos tribunais, não era de todo satisfatório, já que criava outro tema a ser decidido no curso do processo. Tal solução, deste modo, acabava repercutindo em outras fases do processo, multiplicando a quantidade de incidentes processuais e, conseqüentemente, de recursos.”

Humberto Theodoro Júnior (2003) tem opinião análoga:

“Mais uma vez, a medida se revela tímida, porque ao recorrente se assegura o direito a novo agravo para forçar julgamento do agravo de instrumento pelo colegiado e evitar sua conversão em agravo retido (CPC, art. 527, II).

O regime do agravo continuou frouxo e excessivamente liberal. Ao invés de forçar o uso do agravo retido nos casos não urgentes, a reforma conferiu apenas uma faculdade para o relator, quando o que se impunha era uma atitude muito mais firme, que se limitasse a franquear o agravo de instrumento apenas para os casos de

“urgência” ou de “perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação”. Fora desses casos especiais, o agravo retido não seria mais uma faculdade, mas um imperativo legal.”

Gajardoni (2006, p. 3) também é contundente nas críticas e as direciona aos inconvenientes efeitos práticos que foram ocasionados perante os tribunais:

“A experiência prática revelou mais uma vez que o legislador brasileiro não conhece bulhufas da cultura recursal arraigada em nossa formação jurídica: a disposição não teve nenhuma aplicação, pois da decisão que efetuava a conversão do instrumento em retido admitia-se o cabimento de outro agravo, dito interno (ou agravinho como impropriamente dizem alguns), dirigido à Câmara que julgaria o agravo de instrumento (art. 527, II, do CPC). Os desembargadores, então, sem delongas, preferiam julgar de uma vez o instrumento, mesmo em casos de nenhuma urgência, em vez de julgá-lo duas vezes, uma monocraticamente quando da conversão, e a outra quando da apreciação, pela Câmara (da qual fazem parte) do agravo interno da sua decisão.”

Com tais críticas da doutrina e perante os resultados práticos indesejáveis nos tribunais, não houve outra saída senão dar novo aperfeiçoamento ao instituto do agravo, mas sem perder de vista a intenção de manter o agravo retido como regra.

3.3 As alterações instituídas no regime do Agravo pela Lei 11.187/2005²⁶

A Lei 11.187/2005 não inovou no propósito quando alterou, pela quarta vez desde o CPC de 1939, a configuração do agravo, isto é, continuou com o intuito de restringir o acesso ao agravo de instrumento, estabelecendo a modalidade retida como regra no sistema processual brasileiro. O que ocorreu, dessa forma, foi um estreitamento ainda mais evidente das possibilidades de aplicação do agravo na forma instrumental, que vinham cumulando de recursos os tribunais e, em certos casos, inviabilizando o trabalho dos relatores e das turmas que o compõem.

²⁶ Lei 11.187, de 19 de outubro de 2005, que “altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências.”

Uma das alterações levadas a efeito pela nova Lei é respeitante à interposição de agravo retido nas audiências de instrução e julgamento. A regra geral de interposição, de acordo com o art. 522 do CPC²⁷, é o prazo de dez dias para o agravante; no entanto, o §3º do art. 523²⁸ menciona que, das decisões interlocutórias proferidas naquelas audiências, o agravo deverá ser interposto de forma retida, oral e imediatamente.

Questão controversa que se coloca é se, em decisão proferida em audiência de instrução e julgamento, estiverem presentes os requisitos para a interposição de agravo de instrumento (risco de lesão grave e de difícil reparação), qual forma de agravo deveria prevalecer. Para os mais legalistas, em razão de expressa disposição legal, o agravo deveria ser o retido, já que a lei não apresentou exceções (nesse caso, a alternativa para a parte agravante seria o mandado de segurança a fim de estancar a lesão). Hill (2007, p. 179) entende que deve prevalecer a modalidade instrumental, por se tratar de regime especial, caso se demonstre a existência daqueles dois requisitos.

Mas a mudança mais substancial da Lei refere-se à decisão de conversão do agravo do instrumento em retido pelo relator (art. 527, II)²⁹. Na legislação anterior, ela se aproximava mais de uma possibilidade, já que constava que o relator “poderá converter” a espécie instrumental em retida; desta feita, se não estiverem presentes os requisitos do instituto, consta que o julgador “converterá” uma modalidade tida como excepcional (por instrumento) naquela considerada como a regra (retida).

Ademais, incluiu-se parágrafo único no art. 527³⁰ a fim de que as decisões do relator, quanto à retenção do agravo, antecipação da tutela e concessão

²⁷ Art. 522. 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.

²⁸ Art. 523, § 3º 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.

²⁹ 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;

³⁰ Art. 527, 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.

do efeito suspensivo, somente seriam passíveis de reforma no momento do julgamento do agravo, a não ser que o próprio relator a reconsiderasse. Essa nova regra, polêmica, como se verá adiante, teve por objeto suprimir o uso do denominado agravo interno, que é dirigido à turma ou câmara que apreciará o agravo e, assim, conferir celeridade ao processo. A Exposição de Motivos da Presidência da República³¹ que acompanhou o projeto de lei que propôs as alterações no CPC deixa isso claro:

“5. Ademais, (*a proposta*) prevê que, das decisões dos relatores, ao mandar converter os agravos de instrumento em retidos, ou ao deferir ou indeferir o chamado efeito ativo, não mais caberá agravo interno (que, aliás, na segunda hipótese vários tribunais já atualmente não admitem), sem prejuízo da faculdade de o relator reconsiderar sua decisão. É interessante evitar a superposição, a reiteração de recursos, que ao fim e ao cabo importa maior retardamento processual, em prejuízo do litigante a quem assiste a razão.”

Entretanto, mesmo com a nobre intenção do legislador, as alterações não ficaram a salvo das críticas, especialmente no tocante à impossibilidade de se recorrer da decisão do relator em relação à conversão. Parte da doutrina entende se tratar de dispositivo que fere o princípio da colegialidade, segundo o qual o relator do agravo estaria apenas representando a turma ou câmara julgadora e cuja decisão deveria ser passível de confirmação pelo colegiado. De forma diversa, outra vertente doutrinária, com visão mais prática, exalta o princípio da celeridade no julgamento do agravo de instrumento como fundamento justificador de sua aplicabilidade.

Em todo caso, mais pacífica em termos doutrinários é a possibilidade de utilização do mandado de segurança contra as decisões em que o relator determina a conversão do agravo de instrumento em retido. Para tanto, bastaria o recorrente demonstrar que a manutenção da decisão atacada pelo agravo pode causar-lhe lesão de grave e difícil reparação. Wambier (2006, p. 99), no ano seguinte à edição da Lei, já prevê que tal situação ocorreria, pondo por terra o objetivo de descongestionar os tribunais:

“Parece, assim, que a alteração realizada pela Lei 11.187/2005 estimulará a impetração de mandados de segurança contra decisões

³¹ Exposição de Motivos EM nº 00185 – MJ, de 19 de novembro de 2004, que acompanha o projeto de lei nº 4.727/2004.

monocráticas proferidas pelo relator nas hipóteses referidas (as que eliminam o agravo interno contra decisão do relator que determinem a conversão e que decida sobre antecipação da tutela e concessão de efeito suspensivo), conduzindo, assim, a resultado contrário àquele que as reformas iniciadas há mais de dez anos pretendiam.”

O Juiz de Direito do Estado de São Paulo Fernando Gajardoni (2006) é mais contundente nas críticas, mas segue o mesmo entendimento de Wambier:

“Quem já chegou no 2º grau sob o fundamento de que urge a reforma da decisão interlocutória de 1º grau (o caso, ao menos para o agravante, é urgente!), levará a coisa adiante a qualquer custo. E o art. 5º, II, da Lei 1.533/1951, admite o cabimento do mandado de segurança como sucedâneo de recurso toda vez que não haja meio de impugnação previsto nas leis processuais.

Pois aí está: a restrição à recorribilidade sempre desemboca na utilização do mandado de segurança contra ato judicial, ressuscitado insanamente pelo advento da Lei 11.187/2005. Certamente quem já está em 2º grau para ganhar tempo vai se valer do mandado de segurança contra o ato do relator que converteu o instrumento em retido, writ que será julgado pelo próprio Tribunal.”

Parece, assim, que o legislador, conseguiu, de fato, o seu intuito no sentido de reduzir o quantitativo de agravos de instrumento perante os tribunais, uma vez que a lei passou a ser, modificação após modificação, mais restritiva com relação a essa modalidade, assumindo o agravo retido como regra. Todavia, outros problemas apareceram a partir da Lei 11.187/05 com a irreCORribilidade das decisões dos relatores, já que os recorrentes estarão sempre em busca de instrumentos sucedâneos para satisfazer sua pretensão recursal. Nesse sentido, o legislador, ao cerrar uma possibilidade, abriu outra, já que os tribunais estarão sujeitos à impetração de mandados de segurança, uma vez que, ao que parece, serão os remédios jurídicos contra o critério de irreCORribilidade estabelecido pela norma vigente.

Há, no entanto, precedentes jurisprudenciais no sentido de que, caso a lei que rege a organização dos tribunais dos estados preveja expressamente a possibilidade de uso do agravo regimental contra as decisões de relatores, no caso a conversão do agravo de instrumento em retido, descabida seria a utilização do mandado de segurança para o mesmo propósito. Veja-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA. LESÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO VERIFICADA. NÃO-CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA.

1. Hipótese em que a empresa Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda., por meio de Mandado de Segurança, insurge-se contra decisão do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que determinou a conversão de Agravo de Instrumento em Agravo Retido.

2. O STJ tem entendido pelo cabimento do mandamus quando inexistente recurso judicial para impugnar a medida. Todavia, havendo possibilidade de recurso no Tribunal de origem, não há razão para admitir a impetração do writ.

3. Descabe impetração de Mandado de Segurança contra ato judicial passível de recurso nos casos em que a lei que rege a organização dos tribunais dos estados prevê expressamente a possibilidade de Agravo Regimental (também denominado Agravo Interno ou Agravinho) para impugnar decisões unipessoais dos relatores (RMS 26.828/RJ, relator Min. Sidnei Beneti, julgado em 26.8.2009, acórdão pendente de publicação).

4. No presente caso, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco prevê expressamente no art. 252 o cabimento de Agravo Regimental contra decisão monocrática do relator. Desse modo, existindo recurso no Tribunal de origem, é inadmissível a impetração do Mandado de Segurança.

5. Em todo *writ* impetrado contra decisões do Poder Judiciário, é indispensável a demonstração de teratologia para que a segurança seja concedida.

6. Verifica-se nos autos que o Agravo de Instrumento, originalmente interposto, impugnou decisão liminar favorável ao autor da Ação Civil Pública ajuizada com o fito de coibir práticas predatórias no mercado varejista de medicamentos.

7. No presente caso, está evidenciado que não se identificam no acórdão recorrido os apontados vícios de teratologia e lesão a direito líquido e certo, porquanto a conversão do Agravo de Instrumento em Agravo Retido de nenhum modo ofendeu dispositivos processuais.

8. As razões de recurso, por seu turno, não logram demonstrar a existência de prejuízo irreparável que justificasse, em caráter absolutamente excepcional, o ajuizamento do Mandado de Segurança.

9. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no RMS 27.349/PE, Rel. MIN. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 1º/10/2009, DJe 09/10/2009)”

4 Principais alterações no regime da recorribilidade das interlocutórias no Projeto do novo CPC

Diante das amplas e inevitáveis consequências que a elaboração de uma nova codificação seguramente acarreta para o direito processual civil – em especial no tocante à segurança jurídica -, era de se esperar que surgisse nesse contexto um debate entre a necessidade da implementação de um novo Código ou se a continuidade das reformas dos institutos do atual Código de 1973 seria mais benéfica aos operadores do direito e à sociedade.

Alguns doutrinadores, de pronto, posicionaram contrariamente à feitura de um novo código processual civil. Há basicamente duas linhas argumentativas: ou sustentam que novas codificações pressupõem a existência de um rompimento dogmático ou defendem mudanças substanciais no campo do direito em geral não fazem sentido e, se implementadas, quase sempre não geram resultados satisfatórios.

Marinoni & Mitidiero (2010, p. 56) entendem que o Projeto não acrescenta inovações substanciais que justifiquem a adoção de nova codificação. Para eles, o contexto atual não reflete minimamente o que ocorreu na passagem entre os Códigos de 1939 e o Código Buzaid, quando houve realmente uma ruptura em termos dogmáticos (no caso, com a tradição do direito luso-brasileiro), com a conseqüente implantação do que, à época, melhor havia em termos de legislação processual civil, passando a sofrer influência italiana. E continuam:

“O projeto repete em grande parte as redações tais quais já existentes no Código vigente. Em muitos momentos há sutil reescrita do texto, preservando-se integralmente o seu sentido normativo. Em outros, simples incorporações de textos constitucionais e de diplomas legislativos infraconstitucionais extravagantes. Em novecentos e setenta artigos, não chega a ser significativa a quantidade de verdadeiras inovações legislativas propostas pelo Projeto. Muitas, aliás, são simples explicitações de soluções doutrinárias que já podem ser extraídas do sistema vigente. Da Exposição de Motivos, colhem-se quarenta e cinco focos de mudanças. Nada que não pudesse ser realizado, pois, por reforma do texto do Código vigente, sem que fosse necessária a instituição de um novo Código de Processo Civil.”

Rubin (2011, p. 5) é defensor da continuidade das reformas pontuais ao atual CPC, em contraposição a uma nova ordem processual, uma vez que refletem as transformações pelas quais o Brasil vem passando desde 1973. Segundo ele, a hermenêutica jurídica, resultado de um longo processo de pesquisa e embates doutrinários e jurisprudenciais, deve sempre ser conservada para o bem do próprio Direito, o que fornece elementos mais complexos no debate sobre a necessidade de um novo CPC, a saber:

“Ocorre que, no nosso sentir, antes de qualquer outro argumento, permanece viável a interpretação do sistema processual montado diante da realidade/contemporaneidade constitucional, não existindo na própria exposição de motivos do Projeto dados objetivos que apontem para a necessidade de movimento de absoluta retificação, especialmente em face de um suposto desajuste incorrigível do modelo infraconstitucional com os comandos contidos na Lei Fundamental. Nesse contexto [...], a norma jurídica deve ser mantida, não apenas em razão do princípio de economia de meios, mas, sobretudo, porque as longas pesquisas sobre a interpretação e a aplicação de uma lei representam um cabedal de experiência e de conhecimentos doutrinários que deve ser preservado.”

Soares (2010, p. 81) é mais ainda mais enfático ao defender o Código atual. Segundo o referido autor, ainda há muito que oferecer à sociedade, na medida em que seus institutos ainda não estão esgotados. Defende, ademais, que mudanças estruturais no Poder Judiciário são mais efetivas do que alterações nas leis para uma adequada prestação jurisdicional. Veja-se:

“O Brasil não precisa mais de reformas legislativas, o Brasil precisa é que as reformas legislativas sejam implementadas no plano fático. O próprio Código de Processo Civil de 1973 ainda não teve todos os seus institutos observados e já se encaminha uma nova reforma. O que irá modificar a estrutura de uma boa prestação jurisdicional é o investimento maciço em condições técnicas e de infraestrutura para o próprio Judiciário, que anda, infelizmente, precisando deixar a sua inércia e buscar uma atividade mais próxima do cidadão e da coletividade.

Assim, infelizmente, o novo Código de Processo Civil será um instrumento que pretende modificar o antigo, repetindo os mesmos erros de reformas anteriores, qual seja, alterando a legislação sem alterar a estrutura.”

Embora se reconheça a utilidade das vozes dissonantes que não veem razão para a elaboração de um novo código processual civil, na medida em que

atuam, de certa forma, como freios e contrapesos no *animus* reformador, essas teses não encontraram guarida na maior parte dos doutrinadores e na sociedade. Afinal, clama-se por uma prestação jurisdicional mais célere, justa, equilibrada e mais coesa com os novos tempos.

Sobre o questionamento se haveria, de fato, a necessidade de um novel código de processo civil no Brasil, o professor Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 21-22) responde positivamente, baseado em dois argumentos. Primeiramente, pela frequência com que o atual código tem sido emendado³² - e sem perspectiva de que esse movimento tenha fim -, o que denota a imperfeição do estatuto para acolher todas as demandas sociais dentro de um Estado Democrático de Direito. Em segundo lugar, pela constância com que as alterações acontecem, cria-se um sentimento de insegurança jurídica, o que é extremamente pernicioso para a qualquer Estado que vise a assegurar a correta prestação da tutela jurisdicional.

A propósito, as bases do discurso da Comissão de Juristas³³ encarregada de elaborar o anteprojeto do novo Código se contrapõem aos argumentos daqueles que acreditam que deveria haver um rompimento com a estrutura legal vigente para a adoção de uma nova codificação. A Comissão deixa claro na Exposição de Motivos (p.22) que o objetivo não era uma ruptura total, mas sim a implementação de um código que contemplasse um *“saudável equilíbrio entre renovação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado”*.

E foi seguramente baseado na consignação dessa harmonia é que Arruda Alvim (2010, p. 34) ressaltou a virtude do Projeto quanto à manutenção da segurança jurídica e da estabilidade da jurisprudência, procurando,

³² O CPC de 1973 entrou em vigor em 1º de janeiro de 1974, mas antes mesmo da sua vigência, quase uma centena de artigos já sofreram alterações, com o objetivo de aprimoramento de redação (Lei 5.925/73). Ao todo, foram editadas 65 leis que alteraram o Código.

³³ O Presidente do Senado Federal, por meio do Ato nº379, de 30 de setembro de 2009, instituiu Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil, que foi presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, e que era composta também por Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes.

simultaneamente, conferir maior rendimento e efetividade a cada processo individualmente considerado.

A Exposição de Motivos do anteprojeto parece não deixar dúvidas quanto à intenção do legislador em fazer uma transição serena, aproveitando a experiência passada, mas sem deixar de olhar para a nova realidade que se apresenta. Nesse sentido:

“[...] elaborar-se um Código novo não significa ‘deitar abaixo as instituições do Código vigente, substituindo-as por outras, inteiramente novas’. Nas alterações das leis, com exceção daquelas feitas imediatamente após períodos históricos que se pretendem deixar definitivamente para trás, não se deve fazer tábua rasa das conquistas alcançadas. Razão alguma há para que não se conserve ou aproveite o que há de bom no sistema que se pretende reformar.

Assim procedeu a Comissão de Juristas que reformou o sistema processual: criou saudável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado.

[...]

Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo.”

No tocante à condução do processo de elaboração da nova codificação, a Comissão de Juristas ressalta que os trabalhos foram orientados por cinco objetivos basilares:

- “1. Estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
2. Criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
3. Simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;
4. Dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e,
5. Imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.”

Foi com base nesses fundamentos que a Comissão Temporária da Reforma do Código Civil do Senado Federal, composta por onze parlamentares, cujo relator foi o Senador Valter Pereira, analisou o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº166/2010 e concluiu seus trabalhos³⁴ em 1º/12/10. Para subsidiar o relatório, realizaram-se dez audiências públicas em vários estados do Brasil; foram ouvidas centenas de autoridades dos Três Poderes e do Ministério Público, acadêmicos e estudiosos; analisaram-se dezenas de notas técnicas, *e-mails*, ofícios de diversas instituições; foram examinadas mais de seis centenas de sugestões encaminhadas pelo sítio do Senado Federal na *internet* por estudantes de Direito e cidadãos interessados na matéria. É por essa razão que o relator faz o seguinte apontamento em seu relatório, que viria a ser aprovado no Plenário da Câmara Alta em 15/12/10:

“Jamais na história um projeto de Código passou por tamanha consulta popular. Nunca um Código foi construído de maneira tão aberta. Do cidadão mais simples ao mais prestigiado e culto jurista, todos puderam opinar. Quem quis falar foi ouvido, e, o que é principal, a ponderação de todos – na medida do possível – foi efetivamente considerada. Foram comissões e mais comissões em todas as regiões do país, de todos os segmentos, que estudaram o projeto e nos remeteram sugestões.

Não poderia ser diferente! É o primeiro Código estrutural brasileiro que é integralmente construído sob o regime democrático.”

Ainda que o Relator no Senado tenha exaltado a participação de diversos setores da sociedade no Projeto, a celeridade na tramitação e a suposta superficialidade nas discussões sobre o texto nas audiências públicas não ficaram alheias às críticas da Academia Paulista de Letras Jurídicas (2011, p. 21-22):

“O tempo consumido entre a apresentação do anteprojeto ao Senado e a colocação para discussão na Câmara Federal não foi além de 448 dias corridos.

Não se constituiu Comissão Revisora do anteprojeto.

[...]

A pressa inexplicável que se imprimiu à apresentação e à tramitação do anteprojeto, em seguida Projeto, no Senado, sugeriu um comportamento pouco democrático, a impedir a discussão pormenorizada e serena das suas proposições.

³⁴ Para exarar seu Parecer, a Comissão apreciou 58 projetos de lei oriundos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal que foram apensados ao PLS nº 166/2010, bem como 220 emendas a artigos do texto original apresentados por 12 Senadores. Ao final, foram alterados e/ou excluídos 447 artigos e introduzidos outros 75 novos dispositivos no que, regimentalmente, passou a se chamar substitutivo ao projeto original.

Durante o breve tempo da discussão no Senado, houve reuniões em vários pontos do País, nas quais se faziam presentes um ou dois membros da Comissão de Juristas e que se resumiam na exposição superficial de características do projeto e nas respostas a perguntas que improvisadamente um ou outro assistente formulava.”

O professor Sergio Bermudes endossa as críticas levantadas por aquela Academia Jurídica:

“O projeto do Código de Processo Civil, que mereceu a aprovação do Senado, coonestou, em larga parte, um anteprojeto superficial, feito com injustificável rapidez, sem a análise das carências do Judiciário do Brasil. Tirante exposições a auditórios complacentes, ou desinformados, não houve qualquer consulta a grandes especialistas, como José Carlos Barbosa Moreira, no consenso unânime o maior processualista brasileiro e um dos melhores do mundo. Esta omissão, fruto do propósito de elaborar uma reforma a toque de caixa, é tão absurda quanto se criarem normas técnicas de arquitetura ou cirurgia plástica, sem pedir a opinião de Oscar Niemayer ou Ivo Pitanguy.”

Em que pese esse julgamento negativo de alguns segmentos, após a aprovação no Senado, a proposição foi encaminhada para a Câmara dos Deputados, quando passou a tramitar como Projeto de Lei nº 8046/2010. Em 18 de agosto de 2011, aquela Casa Revisora constituiu Comissão Especial, composta por 26 membros titulares e igual número de suplentes, para examinar e proferir parecer à proposição. Foram eleitos como presidente o Deputado Fabio Trad, de Mato Grosso do Sul, e como relator o Deputado Sérgio Barradas Carneiro, da Bahia³⁵.

O relator original do Projeto também se mostra a favor de um aproveitamento de muitos institutos do CPC de 1973, com a inserção de dispositivos que deem um novo rumo ao direito processual brasileiro. Em entrevista à Agência Câmara, em 20.9.2011, ele disse:

“O atual Código de Processo Civil é de 1973. Ele foi feito com base no princípio da segurança jurídica e, de lá para cá, sofreu alterações pontuais que quebraram a sistemática do texto. O que nós pretendemos é manter todos os institutos do atual código que deram certo e aproveitar a possibilidade de criar um novo CPC para desatar os nós constatados ao longo da vigência da lei atual.”

³⁵ Em 28.3.12 foi designado o novo relator, o Deputado Paulo Teixeira (PT-SP), tendo em vista que o Deputado Sérgio Barradas Carneiro retornou à sua condição de suplente.

Sobre a opinião de alguns especialistas de que seria mais eficiente continuar a realização de reformas pontuais no texto em vigor ao invés de criar um novo código com quase mil artigos, o parlamentar ressaltou:

“Uma reforma pontual não é boa. É necessária uma sistemática, um texto com início, meio e fim. É mais lógico fazer um novo CPC atendendo à comunidade jurídica, conciliando o dia-a-dia dos advogados com as necessidades da magistratura. É preciso dar aos juízes os instrumentos para que eles estejam liberados para pensar e inovar o Direito, e não ficar presos às causas repetitivas. Os advogados também não podem ser submetidos a determinados formalismos quando a oralidade e a conciliação podem estar presentes no novo Código.”

Seguindo a linha de que é necessária a efetiva participação da sociedade na elaboração do novo Código, a Câmara proporcionou ao cidadão uma série de ferramentas, dentre as quais se destaca a comunidade *e-democracia*. Por ela, qualquer pessoa, via internet, pode oferecer sugestões e/ou efetuar comentários diretamente nos artigos do código que lhe interessam, com a garantia de que são analisadas pelos relatores parciais. Até dezembro de 2011 foram registrados 17 mil acessos à comunidade e foram oferecidas 270 sugestões ao Projeto de Lei³⁶.

Também foram realizadas audiências públicas em Brasília e em diversos estados da Federação, com a participação efetiva da comunidade acadêmica, de representantes de associações de magistrados e Ministério Público, juízes, promotores, procuradores e advogados.

Em 22.12.2011, encerrou-se o prazo para apresentação de emendas na Comissão Especial de reforma do CPC. Foram oferecidas 900 sugestões ao texto pelos parlamentares. Em 3.4.12, foram submetidos à deliberação da Comissão os relatórios parciais, que foram divididos da seguinte forma: Parte Geral; Processo de Conhecimento e Cumprimento da Sentença; Procedimentos Especiais; Processo de Execução; e Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação das Decisões Judiciais e Disposições Finais e Transitórias.

No que tange aos recursos, o projetista procura deixar claro na exposição de motivos que as alterações sugeridas visam simplificar o sistema – mas

³⁶ Notícia veiculada na Agência Câmara, em 7.12.12. Disponível em: <http://edemocracia.camara.gov.br/web/codigo-de-processo-civil/noticias>

sem significar restrição ao direito de defesa -, proporcionando maior rendimento a cada processo individualmente considerado.

Assim, comparativamente à redação do atual Código de Processo Civil, o Projeto prevê as seguintes modalidades recursais:

Redação do Código de Processo Civil atual (CPC/1973)	Projeto de Lei 8046/2010
Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II – agravo; III – embargos infringentes; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.	Art. 948. São cabíveis os seguintes recursos: I – apelação; II – agravo de instrumento; III – agravo interno; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário; VIII – agravo de admissão; IX – embargos de divergência.

No Código de 1973 ora em vigor, como já observado alhures, o agravo, objeto desse estudo, é gênero que comporta duas espécies procedimentais distintas - agravo de instrumento e agravo retido -, que são interponíveis contra decisões do juízo no processo, excluídas as sentenças. A modalidade retida – regra no sistema processual – visa a atender as situações em que não há necessidade de se buscar uma revisão imediata pelo Tribunal, devendo ser apreciada, posteriormente, como preliminar em eventual apelação, evitando-se a preclusão da pretensão de impugnação das decisões interlocutórias. Já o agravo de instrumento é utilizado contra decisões suscetíveis de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, conforme a redação do art. 522 do CPC atual. Recebido o recurso, o relator converterá o agravo de instrumento em retido se não se enquadrar em algumas dessas situações.

No Projeto do novo Código, o legislador propôs modificações substanciais na sistemática do agravo, a começar pela enumeração das situações em que a modalidade instrumental poderá ser interposta pela parte que se sinta prejudicada, a saber³⁷:

“Art. 969. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I – tutelas de urgência ou da evidência;

II – o mérito da causa;

III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV – o incidente de resolução de desconconsideração da personalidade jurídica;

V – a gratuidade de justiça;

VI – a exibição ou posse de documento ou coisa;

VII – exclusão de litisconsorte por ilegitimidade;

VIII – a limitação de litisconsórcio;

IX – a admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X – outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.”

Essa opção dos elaboradores do Projeto do novo Código contrasta com o caráter genérico da redação do art. 522 da Lei vigente, que prevê a utilização do agravo de instrumento nas decisões suscetíveis 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.

³⁷ A redação proposta originalmente pela Comissão de Juristas no anteprojeto foi alterada na tramitação no Senado. Fica claro que os parlamentares preferiram contemplar outras situações de uso do Agravo de instrumento que estavam dispersas ao longo do Código e reuni-las nos incisos do artigo reenumerado:

Art. 929. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias:

I – que versarem sobre tutelas de urgência ou da evidência;

II – que versarem sobre o mérito da causa;

III – proferidas na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução;

IV – em outros casos expressamente referidos neste Código ou na lei.

No tocante ao procedimento do agravo de instrumento, as mudanças foram poucas. Segundo Souza (2011, p. 3), basicamente três³⁸:

“Quanto ao procedimento do agravo de instrumento podemos destacar três mudanças. A primeira estaria no reconhecimento e flexibilização da exigência de certidão comprobatória da intimação da decisão agravada, podendo esta ser substituída por outro documento oficial que comprove a tempestividade do recurso, como por exemplo, copia da publicação da decisão em Diário Oficial ou copia de certidão da publicação nos autos (art. 971, I). A segunda mudança, também relacionada aos documentos obrigatórios que compõem o instrumento do agravo e a impossibilidade de rejeição do agravo por falta de documento obrigatório, sem que o agravante tenha sido intimado, para em cinco dias, suprir a falta. Esta mudança vem impedir uma prática comum nos tribunais, que criaram uma jurisprudência processual de buscar no defeito uma possibilidade de se livrar do excesso de julgamento de recursos a que estão submetidos, rejeitando-os liminarmente (art. 971, §3º). A terceira mudança digna de nota e que a falta de juntada nos autos originais de cópia da petição de agravo de instrumento e da relação de documentos que o acompanham, não mais acarretam sua inadmissão junto ao tribunal, mas apenas impossibilita a faculdade de retratação do juízo *a quo* (art.972).”

A alteração mais substantiva – e controversa - no Projeto de Lei está na extinção do agravo retido. Se o texto for aprovado como inicialmente proposto, todas as situações não contempladas pela modalidade instrumental, que são casuisticamente enumeradas no art. 969 do Projeto, deverão ser levantadas no final do processo pela parte irrisignada, como preliminares do recurso de apelação, para serem analisadas pelo Tribunal, não sendo objeto de preclusão.

Interessante notar que no texto original do anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas (parágrafo único, art. 929) essa mudança procedimental constava do Capítulo III do Título II (Dos Recursos), na parte reservada ao agravo de instrumento:

³⁸ Eis os dispositivos mencionados pelo autor nas redações constantes do projeto de lei:

Art. 971. A petição de agravo de instrumento será instruída:

I – obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

[...]

§ 3º A falta de peça obrigatória não implicará a inadmissibilidade do recurso se o recorrente, intimado, vier a supri-la no prazo de cinco dias.

Art. 972. O agravante poderá requerer a juntada aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso, com exclusivo objetivo de provocar a retratação.

“Art. 929. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias:

[...]

Parágrafo Único. As questões resolvidas por outras decisões interlocutórias proferidas antes da sentença não ficam acobertadas pela preclusão, podendo ser impugnadas pela parte, em preliminar, nas razões ou contrarrazões de apelação.”

Entretanto, pela leitura atual do Projeto de Lei nº 8046/2010, fica evidente a opção do legislador por alocar esse dispositivo na parte que trata da apelação, Capítulo II, Título II, *verbis*:

“Art. 963. Da sentença cabe apelação.

Parágrafo único. As questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.”

A Exposição de Motivos (p. 16) apresenta as razões do legislador sobre a extinção da espécie retida, dando ênfase, inclusive, ao fato de que o momento do julgamento manteve-se inalterado (na apelação), mas não o da impugnação, modificando-se, portanto, o regime das preclusões:

“Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, alterando-se o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação.”

A opção por essa sistemática, segundo a Exposição de Motivos (p. 16), iria ao encontro de uma das alternativas colocadas pela doutrina processualista em relação ao problema da recorribilidade das interlocutórias, tendo-se prevalectido a primeira, a saber:

“Duas teses podem ser adotadas com vistas ao controle das decisões proferidas pelo juiz no decorrer do processo em primeira instância: ou, a) não se proporciona recurso algum e os litigantes poderão impugná-las somente com o recurso cabível contra o

juízo final, normalmente a apelação, caso estes em que não incidirá preclusão sobre tais questões, ou, b) é proporcionado recurso contra as decisões interlocutórias (tanto faz que o recurso suba incontinente ao órgão superior ou permaneça retido nos autos do processo) e ficarão preclusas as questões nelas solucionadas caso o interessado não recorra.”

Outra alteração digna de nota é a de que, de acordo com o art. 892, inciso V, do Projeto de Lei nº 8046/2010, passar-se-á a permitir a sustentação oral das razões e contrarrazões no julgamento do agravo de instrumento, desde que a decisão interlocutória trate de questões de mérito da causa, conforme art. 969, II.

De acordo com a Exposição de Motivos do anteprojeto (p.11), essa medida tem por propósito *“alcançar resultado do processo mais rente à realidade dos fatos.”* Esse ponto foi ressaltado também pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro Alexandre Freitas Câmara em audiência pública na Câmara dos Deputados em 16.11.2011, quando frisou:

“Outro ponto que me parece deve ser objeto de exame por esta Casa é a questão da sustentação oral em alguns agravos de instrumento. Nós não podemos deixar de prever a possibilidade de sustentação oral nos agravos de instrumento que versem sobre o mérito da causa. Muitas vezes será mais importante a sustentação oral num agravo desses do que numa apelação contra sentenças que, muitas vezes, têm uma carga decisória muito menos relevante.”

O Projeto de Lei nº 8046/2010 também enumerou expressamente o agravo interno como modalidade recursal (art. 948, III). Porém, o seu propósito foi mantido em relação ao Código atual, ou seja, levar ao conhecimento e à apreciação do Órgão fracionário a inconformação do recorrente contra a decisão proferida pelo relator. Nesse sentido, a redação que consta do art. 975 do Projeto é:

“Art. 975. Ressalvadas as hipóteses expressamente previstas neste Código ou em lei, das decisões proferidas pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão fracionário, observadas, quanto ao processamento, as regras dos regimentos internos dos tribunais.”

O mesmo tratamento foi dado ao agravo de admissão, que também passou a constar oficialmente do rol de recursos (art. 948, VIII), de acordo com o Projeto de Lei. Na verdade, o que houve foi uma mera mudança de nomenclatura ao que o art. 544 do Código atual denomina de agravo nos próprios autos. O seu

propósito, no entanto, permanece o mesmo: é utilizado contra decisão que inadmite os recursos especial e extraordinário no respectivo Tribunal competente. O art. 996 do Projeto assim dispõe:

“Art. 996. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de admissão para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.”

5 Considerações doutrinárias e juízo de valor sobre as alterações no regime da recorribilidade das interlocutórias no Projeto do novo CPC

5.1 Considerações doutrinárias sobre as alterações no regime da recorribilidade das interlocutórias no Projeto do novo CPC

Desde a edição do CPC de 1973 o legislador tem procurado recorrentemente adequar o uso do agravo à *práxis* processual com o intuito de buscar uma tempestiva prestação jurisdicional no tocante à recorribilidade das interlocutórias. Não é um objetivo fácil. Na redação original, havia a previsão de uma ampla utilização desse recurso, deixando a escolha entre as modalidades retida ou de instrumento a juízo do agravante. A Lei 9.139/95 reservou o retido para casos menos urgentes e o instrumental para situações mais graves, sendo processados diretamente nos Tribunais.

A consequência mais imediata foi transferir para esses uma atribuição que até então não tinham, transformando-os em “cortes de agravo”. Com o escopo de minorar essa prática, a Lei 10.352/01, previu-se a espécie retida como regra e a instrumental como exceção, sendo que esta poderia ser convertida naquela a critério do relator. Essa “solução” também não produziu resultados satisfatórios, justamente pelo fato de que o recurso contra a decisão de conversão criou mais um incidente a ser resolvido pelo Tribunal.

Por fim, a Lei 11.187/2005 procurou restringir ainda mais o uso do agravo de instrumento, retirando a possibilidade de conversão pelo relator para uma obrigatoriedade, caso não estivessem presentes os requisitos previstos na regra. Estabeleceu-se, também, a impossibilidade de se recorrer da decisão do relator, o que acarretou um aumento substancial do uso do mandado de segurança como sucedâneo recursal. Como se percebe, conciliar em um nível ótimo o binômio efetiva prestação jurisdicional/celeridade processual é o grande desafio que se apresenta ao projetista do novo Código relativamente à recorribilidade das interlocutórias.

Ainda que todas as tentativas de alteração do Código atual nem sempre tenham se mostrado efetivas, os objetivos do projetista permanecem inalterados em relação ao atingimento daqueles dois propósitos, que o legislador parece reunir em um único conceito: maior rendimento possível do processo. Eis o que consta da Exposição de Motivos (p.17):

“Vê-se, pois, que as alterações do sistema recursal a que se está, aqui aludindo proporcionaram simplificação e levaram a efeito um outro objetivo, de que se tratará: obter-se o maior rendimento possível de cada processo.”

A propósito, a Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto do Código “teve como ideologia norteadora conferir maior celeridade à prestação da justiça, no afã de cumprir a promessa constitucional³⁹ da ‘duração razoável dos processos’” (Fux, 2011, p.1). Esse objetivo é reforçado em outro ponto da obra (p. 3):

“A ideia de que 37 (trinta e sete) anos depois do Código de 1973 impunha-se elaborar um novo ordenamento atento aos novos reclamos eclipsados na cláusula constitucional da “duração razoável dos processos”, a Comissão, à luz desse ideário maior, entendeu erigir novéis institutos e abolir outros que se revelaram ineficientes ao longo do tempo, como o escopo final de atingir a meta daquilo que a genialidade do processualista denominou de árdua tarefa para os juízes: fazer bem e depressa.”

O Ministro Fux, embora afirme que tais valores foram os que conduziram o trabalho dos projetistas, ressalva no mesmo texto (p.1) que “a celeridade não pode ser obtida a qualquer preço, por isso que a Comissão foi cautelosa em prestigiar instrumentos garantísticos relevantes”.

Mas é justamente nesse ponto, isto é, na efetividade recursal como instrumento de garantia processual frente a uma suposta celeridade, obtida mediante a supressão de recursos, que reside a maior controvérsia entre os doutrinadores, entre eles Sérgio Bermudes e Fredie Didier. No caso em estudo, concentram-se nas consequências que já se vislumbram da proposta de extinção do

³⁹ A previsão a que o Ministro se refere, que foi incluída pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, é: art. 5 - [...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

agravo retido – tido pelo projetista como “ineficiente” - e na previsão taxativa das possibilidades para a utilização do agravo de instrumento.

Assim, o novo tratamento conferido ao agravo (gênero), de acordo com o novo Código, comporta não apenas a extinção da espécie retida e a modulação taxativa das hipóteses por instrumento, mas também dá novo sentido à preclusão no decorrer do processo. Com efeito, as decisões interlocutórias que não puderem ser confrontadas por agravo de instrumento, não precluem e devem ser objeto de alegação em preliminares ou nas contrarrazões no momento da apelação ao final do processo.

Não são poucos os doutrinadores defensores dessa nova sistemática em relação ao agravo, eis que acreditam estará apta a proporcionar maiores celeridade e efetividade ao andamento processual. Além dos próprios membros da Comissão de Juristas, que é composta por doutrinadores consagrados, tais como Teresa Wambier, Humberto Teodoro Júnior e José Roberto Bedaque, dentre outros, e que são responsáveis pelo lançamento dessa tese, há outros não menos importantes que se mostraram favoráveis ao novel modelo. Ada Pellegrini Grinover, em entrevista concedida à Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás, embora tenha feito ressalvas ao fato de que uma lei possa resolver todas as questões relativas à celeridade processual⁴⁰, mostrou-se favoravelmente à tese, quando afirma: “o agravo retido [no projeto] foi abolido, bastando, em substituição, a inexistência de preclusão para que a questão seja levantada em apelação ou contrarrazões. Esta também é uma ideia que me é cara e pela qual lutei muito.”

Arruda Alvim (2011, p. 45-46), outro processualista de renome, relativamente às mudanças previstas no Projeto, entende que “à luz da problemática que aflige especialmente aos Tribunais, parece tratar-se de uma boa solução.”

A mesma linha de entendimento é defendida por Talamini (2009, p.2), conquanto faça ressalvas a respeito do provável incremento do uso do mandado de segurança como sucedâneo recursal:

⁴⁰ Na mesma entrevista, a processualista, quando perguntada se o texto do projeto de lei, tal como redigido, poderia conduzir à celeridade e efetividade do processo, ressalta que “o problema da celeridade não é de natureza tal que possa ser solucionado pela Lei, por melhor que seja. Nosso processo civil emperra por uma questão de mentalidade e devido à burocratização dos serviços cartorários. O processo eletrônico deverá ajudar muito na desburocratização.”

“A mais marcante consiste na eliminação da possibilidade de se recorrer das decisões dadas em primeiro grau antes da sentença (i.e., decisões interlocutórias), as quais passariam a poder ser rediscutidas apenas por ocasião da apelação contra a sentença. O agravo de instrumento ficaria reservado apenas às decisões sobre medidas urgentes cautelares ou antecipatórias. A proposta vem ao encontro de diversas e autorizadas manifestações doutrinárias. Mas pode conduzir a uma retomada do emprego do mandado de segurança contra atos judiciais, o qual é cabível contra decisões judiciais irrecorríveis. Então, fechar-se-ia uma porta e abrir-se-ia outra... Mas vale a pena tentar, já se apostando num natural amadurecimento do sistema, que passaria a rejeitar, por falta de interesse processual, mandados de segurança que não versassem sobre questões que não pudessem aguardar a discussão na apelação.”

Apesar da envergadura processualistas que se mostraram favoráveis ao texto do Projeto, a nova estrutura do agravo não ficou imune a pesadas críticas de parcela considerável dos operadores do direito, especialmente quanto ao aspecto da eficiência processual e à insegurança jurídica.

No tocante ao agravo de instrumento, que passará a ser admitido nas situações taxativas previstas no art. 969 do PL 8046/2010, Silva (2011, p. 72) faz um alerta quanto ao teor desse dispositivo contido no Projeto de Lei⁴¹:

“A criação de rol com enumeração taxativa às hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, [...], além de afrontar garantia constitucional (ex vi do art. 5º, XXXV, CF/88), ressuscitará o manuseio de ações mandamentais (mandados de segurança).”

E continua, ao demonstrar sua preocupação, tendo em vista que, segundo ele, as substanciais alterações “implicam em desprestígio ao recurso de agravo de instrumento, provocando, ao que parece, o seu incontestado amesquinamento [...], trazendo, destarte, insegurança jurídica ao jurisdicionado.” (p.75)

Sérgio Bermudes (2011, p. 3-4) também condena as alterações previstas no Projeto que acarretarão o uso do mandado de segurança e lembra que

⁴¹ O dispositivo Constitucional a que o autor se refere é:

Art. 5º -

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

as hipóteses limitativas de interposição do agravo de instrumento também eram previstas no Código de 1939 e não lograram êxito:

“A admissibilidade do agravo de instrumento, limitado aos casos especificados no anteprojeto e no Projeto, não funcionou, na vigência do CPC de 1939. Malogrará também no novo Código, em decorrência da precariedade da postulação e da prestação da justiça no país. Isto levará, inevitavelmente, ao uso deturpado do mandado de segurança desviada, então, da sua finalidade esta ação onerosa para os cofres públicos.”

Silva (2011 p. 73-74) chama atenção, ainda, para o fato de que o não cumprimento do disposto no art. 972 do Projeto⁴², isto é, a juntada, nos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso, não provoca a inadmissibilidade do recurso – diferentemente da atual previsão contida no parágrafo único do art. 526 do CPC⁴³ – mas apenas a impossibilidade de ocorrer retratação por parte do juízo *a quo*. Trata-se, assim, de uma faculdade da parte recorrente em realizar os procedimentos previstos no *caput* do artigo.

Um dos maiores críticos em relação à nova configuração do agravo retido é Fredie Didier Jr. (2010, p. 1-3). Para ele, a proposta de extinção não é boa, pois afrontaria o princípio da segurança jurídica com a fim da preclusão. Segundo o autor, há uma clara tendência do legislador em prestigiar a qualquer custo as decisões de mérito, simplificando todo o processo.

Didier Jr. delineia o cenário em relação às consequências processuais em razão do fim da preclusão⁴⁴:

⁴² Art. 972. O agravante poderá requerer a juntada aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso, com exclusivo objetivo de provocar a retratação.

⁴³ Art. 526. O agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos do processo de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso.

Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo.

⁴⁴ O advogado Fábio Polli Rodrigues, ao elogiar o posicionamento de Fredie Didier a respeito dessa questão, lembra de uma espirituosa metáfora levada a efeito pelo processualista Sérgio Bermudes. Vejamos: "Foram muito oportunas as colocações do colega Didier Jr. a respeito da pretensão da Comissão do novo CPC de impedir a recorribilidade imediata das interlocutórias. Sérgio Bermudes, em uma de suas obras, faz a curiosa comparação entre o processo judicial e o processo de fazer café. Se usarmos essa ideia genial para estender a comparação, fica fácil perceber o quão equivocada é a proposição de abolição indiscriminada do agravo. Alguém em sã consciência deixaria de corrigir quem estivesse prestes a trocar o açúcar por sal, sob o pretexto de que o café deveria

“Se a decisão interlocutória é impugnável, caso o sujeito não recorra, há preclusão, que impede o reexame do que já foi decidido. Se a decisão interlocutória não é recorrível, a preclusão só ocorrerá se, no recurso contra a sentença, a parte não pedir a revisão da decisão proferida no decorrer do procedimento. Se a parte incluir a decisão interlocutória no objeto da apelação, o tribunal poderá revê-la. Se o tribunal acolher a apelação e, com isso, revir a decisão interlocutória proferida há tempos (às vezes, anos atrás), o processo será anulado, a questão voltará à primeira instância e tudo terá de ser refeito. Situações estabilizadas seriam desfeitas. Qualquer processo onde houvesse sido proferida uma decisão interlocutória (todos, me parece) ficaria em perene situação de instabilidade.

Em vez de processo, retrocesso.

Em vez de decisão de mérito, reinício de fases procedimentais já superadas.”

A seguir, o doutrinador ressalta os benefícios da preclusão para a estabilidade e celeridade processuais no curso do processo (p.1):

“Se a interlocutória é recorrível, haverá preclusão do direito ao recurso se a parte não a impugnar no primeiro momento que lhe couber falar nos autos. Aquela questão, já decidida, não poderia mais ser revista. O órgão jurisdicional passaria a ocupar-se das demais questões objeto da sua cognição, sejam elas questões de mérito ou de admissibilidade, questões de fato ou de direito. Haveria, assim, redução da extensão da cognição, já que em relação a algumas questões teria havido decisão já estabilizada.”

Montenegro (2010, p.1) tem o mesmo entendimento:

“Então, de fato, temeroso é o procedimento que sugere o anteprojeto do novo CPC, uma vez que permite que o órgão jurisdicional possa decidir uma questão, ao longo do procedimento, correndo o risco da mesma não ter qualquer utilidade, já que, em caso de apelação, poderia ser revista novamente sem qualquer prévia impugnação. A ausência da preclusão, no caso, é situação de clara ofensa à segurança jurídica.”

Importante ressalva a respeito da extinção da preclusão faz Sokal (2011, p. 420). Para o autor, ela não foi totalmente abolida pelo Projeto do novo Código. Bastaria examinar os artigos que tratam as nulidades processuais para que

veja que a preclusão subsiste. No art. 253 do Projeto⁴⁵ que está em análise na Câmara dos Deputados, reafirma-se a existência do instituto nas chamadas nulidades relativas quando não arguidas a tempo, devendo ser levadas ao conhecimento do juízo na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos.

Haverá, também, segundo o mesmo autor, preclusão das decisões interlocutórias em face das quais não tenha sido interposto agravo de instrumento, quando cabível na situações previstas no art. 969, dentro do prazo de quinze dias, previsto no parágrafo primeiro do art. 948. Reforça essa tese o disposto na primeira parte do parágrafo único do art. 963, quando menciona que “as questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficam cobertas pela preclusão”.

Outra questão importante que se coloca perante o novo procedimento do agravo é o substancial aumento dos poderes do juiz no caminhar processual. A proposta apresentada pela Comissão de Juristas em seu relatório (2010, p.11) no sentido “ampliar os poderes do magistrado para adequar as fases e atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa”, foi recebida de forma elogiosa por Fredie Didier, pois “permitiria acréscimos e alterações no processo, em seus aspectos objetivo e subjetivo, com mais facilidade do que o sistema atual”. Segundo o autor, “a proposta merece elogios no particular. Está em consonância com os principais ordenamentos jurídicos estrangeiros e com a melhor doutrina.” (2010, p.3). Ainda que se reconheça a sua modernidade, ela não ficou a salvo de críticas. Sokal (2011, p. 417) recebe com reservas a implementação dessa proposta aliada à nova configuração do agravo, que prevê a vedação à recorribilidade de interlocutórias com regra geral do projeto:

“A comissão do projeto acolheu esse conceito [da adequação das fases e atos processuais às peculiaridades do conflito]. Se, por um lado, ele é realmente virtuoso, por permitir que o processo se ajuste ao direito material discutido e às particularidades do conflito, a verdade é que, por outro lado, dele decorrerá um expressivo incremento dos poderes do juiz de primeiro grau. Assim, e combinando a ideia de flexibilização procedimental com a proposição de vedação, como regra, ao recurso contra decisões interlocutórias,

⁴⁵ Art. 253. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

um resultado plausível é o risco de arbitrariedades em primeiro grau. É que um dos fundamentos do direito ao recurso reside no controle do arbítrio, já que a sombra da revisão pelo órgão superior se reflete em maior cautela e moderação pelos juízes de primeiro grau. O que cabe indagar, então, é como ficará a contenção do arbítrio do juiz na definição do procedimento, já que o recurso ao final pode não reparar um dano potencialmente mais grave sofrido logo no começo, no planejamento do procedimento. E, mais ainda, resta em aberto como garantir a uniformidade na definição do procedimento, ainda que dotado de flexibilidade, par situações idênticas. Não se pode negar, em todo caso, que esses questionamentos serão influenciados de perto pelo modo concreto com que os juízes farão uso desses novos poderes, se moderadamente ou não.”

5.2 Juízo de valor e propostas sobre as alterações no regime da recorribilidade das interlocutórias no Projeto do novo CPC

Celeridade e efetividade processuais são duas das palavras de ordem que nortearam a elaboração do projeto novo Código de Processo Civil e que foram elevadas à categoria de dogmas pelo projetista, tamanho o reflexo que tiveram em preceitos contidos no texto. Não foi diferente em relação ao agravo. Com efeito, todas as alterações no delineamento da nova sistemática de recorribilidade das interlocutórias – com a modulação casuística de casos de interposição de agravo de instrumento e supressão da espécie retida – supostamente foram idealizadas para comportar esses dois atributos.

Muitas das críticas que têm sido direcionadas à proposta, no entanto, parecem fazer sentido, vislumbrando o que, de fato, acontecerá na prática: não se atingirá a tão almejada agilidade processual e a efetividade do processo será posta em cheque, já que a segurança jurídica passará a ser um ingrediente indesejado que comporá a relação entre as partes.

É preciso considerar que suprimir recurso significa lesionar garantia processual. Privilegiar celeridade em detrimento ao acesso à ampla defesa e ao contraditório não é uma decisão sensata. É nesse sentido que a supressão do agravo retido consiste em equívoco do projetista.

Fica patente pela redação do projeto e pela exposição de motivos que o objetivo do legislador é blindar o procedimento para atingir uma maior fluidez processual, relegando o instituto da preclusão relativamente às interlocutórias, que devem ser arguidas em preliminar de apelação. Esse efeito esperado, isto é, maior

celeridade, não será visto na prática, na medida em que as partes sempre buscarão valer seus direitos por sucedâneos recursais.

Assim, suprimem-se recursos, mas não a possibilidade de impugnação do ato, que seguramente ocorrerá por meio da impetração de mandados de segurança, que é um instrumento muito mais denso em termos de formalidades, o que vai de encontro ao intuito do projetista. Assim, não seria medida adequada porque milita contra todo o ideal de celeridade e economia processual, já que o processamento e julgamento do mandado de segurança têm contornos específicos posto que é julgado por órgão superior.

Situação afim ocorreu por ocasião das alterações promovidas pela Lei 11.187/05, que suprimiu o agravo contra a decisão de conversão que era prevista na Lei 10.352/01: diante da ausência do remédio recursal adequado, recorreu-se inadvertidamente aos mandados de segurança para suprir essa lacuna. Parece que a lição não foi aprendida.

Também não se deve desprezar o fator psicológico que seguramente influenciará a convicção do juízo, perante a sistemática do agravo prevista no projeto: o constrangimento em decretar a nulidade processual se recebidas as alegações no final do processo em preliminar de apelação como, por exemplo, em questões de ordem pública. Essa situação seria ensejadora de duas características que não coadunam com o adequado andamento processual - instabilidade e insegurança jurídicas -, já que todo o processo seria reputado como nulo se houver acolhimento do recurso contra a interlocutória alegada, muitas vezes, há vários anos. A questão é levantada por Araújo (2010, p.5):

“Será que a nova sistemática irá gerar um número elevado de processos anulados em decorrência do provimento de apelações, envolvendo vícios ocorridos no decorrer da fase cognitiva, como nos casos de cerceamento de defesa?

[...]

Tenho certo receio em relação ao projeto no aspecto ora em comento, tendo em vista que irá aumentar as hipóteses de sentenças sob condição resolutive (anuladas em decorrência de acolhimento de preliminar recursal ligada a uma decisão interlocutória anterior) e, provavelmente, também ocorrerá um acréscimo no número de mandados de segurança impetrados em face de decisão judicial irrecurável.”

Ademais, outra consequência do novo delineamento do agravo é que, deixar a análise das interlocutórias para a preliminar de apelação fará com que as partes não atuem com boa fé processual como ressalta Sokal (2011, p.415):

“Por essa regra [a da boa fé processual], cabe à parte manifestar o quanto antes seu inconformismo com a decisão que lhe prejudique, sob pena de se operar a preclusão. Do contrário, haverá margem para que as partes guardem “trunfos” ao longo do processo, pois teriam incentivos para silenciar a respeito de erros e de nulidades de que já tenham conhecimento, para só então suscitá-las ao final e, com isso, inquinando todos os atos que porventura tenham sido praticados em sequência. A exigência do protesto, assim, estimula um diálogo franco entre os sujeitos do processo, na medida em que a omissão do prejudicado acarretará a preclusão do vício. Além disso, levar a matéria ao conhecimento do juiz da causa permitirá que este corrija o que estiver ao seu alcance, em eventual juízo de retratação.”

Por tudo isso, faz todo o sentido a manutenção da sistemática atual do agravo, mas sem perder a oportunidade de fazer algumas adaptações para torná-lo instrumento hábil com vistas a alcançar resultados processuais mais efetivos. Esse entendimento está em conformidade com a manifestação de Comissão da Ordem dos Advogados do Brasil (2010), nas contribuições apresentadas em propostas do Conselho Federal ao novo CPC:

“Sugere-se, em linhas gerais, a manutenção da atual sistemática para o agravo. A manutenção do agravo retido reforça a figura da preclusão e faz com que o processo caminhe adiante sem maiores retrocessos. Além disso, o agravo retido [...] força a parte a deduzir as razões de seu inconformismo e fornece maiores subsídios para eventual reconsideração.”

Um ajustamento que poderia ser proposto, caso fosse mantida a atual estrutura do agravo, consiste no aproveitamento das experiências positivas de duas experiências recentes pelas quais já passou esse recurso. Reporta-se às Leis 10.352/01 e 11.187/05 no tocante à conversão da modalidade instrumental na retida, com a previsão explícita da possibilidade de interposição do recurso de agravo contra a decisão do relator. Assim, propõe-se a manutenção do verbo nuclear “converterá” previsto na Lei de 2005, mas com a previsão de cabimento de agravo contra essa decisão ao órgão colegiado competente, conforme disposto na Lei de 2001. Suprir-se-ia, assim, a lacuna recursal contida na projeto de lei - que as partes procurarão preencher mediante a utilização de mandados de segurança - e

privilegiaria a intervenção das partes do processo, homenageando as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Outra proposta que poderia ser levada adiante se refere ao estabelecimento de uma penalidade financeira para a interposição de agravos cujos fundamentos se mostrem manifestamente protelatórios, a serem balizados pelo caso concreto. Essa sugestão é concordante com o que o Instituto dos Advogados do Paraná denomina de “recorribilidade responsável” nas propostas apresentadas em audiência pública organizada pelo Senado Federal para discutir o projeto do novo Código de Processo Civil. A concepção do Instituto consiste no desestímulo do uso do mandado de segurança pelas partes para suprir eventual ausência recursal (2010, p. 2). Veja-se:

“Ao invés de incentivar o mandado de segurança, que não permite a condenação em honorários e, nesse sentido, gera um modelo de impugnação irresponsável, sugere-se permitir os recursos contra as decisões interlocutórias, com a adoção de um sistema de sucumbência recursal. Tal sucumbência seria adequada e proporcional ao objeto recursal.

Seria uma maneira de acomodar a preocupação em diminuir os recursos com a necessidade de se manter uma via adequada para a impugnação responsável.”

Caso venha a se consumir a intenção do projetista em tratar a recorribilidade das interlocutórias em preliminar de apelação – e o texto parece mesmo caminhar nesse sentido, já que os apelos da parcela inconformada da doutrina com a nova configuração do agravo não comoveu, até o presente momento, os parlamentares, passando praticamente incólume pelo Senado e sem qualquer movimento em sentido contrário na Câmara – poder-se-ia pensar numa flexibilização da sistemática prevista, isto é, a possibilidade de apreciação, pelo juiz, durante a fase cognitiva, de algumas situações específicas referentes a questões probatórias, que poderiam se mostrar inúteis no caso de demora na sua realização. É o que Sokal (2011, p. 413) intitula de “cláusula aberta de recorribilidade imediata”, que estaria circunscrita a determinadas espécies de decisões, de modo que se possa averiguar a sua razão finalística perante as particularidades do caso concreto, sem que a abstração das palavras da lei já imponha uma solução predeterminada. Exemplifica o autor: seria o caso da possibilidade de recurso quando constatado o

risco de demora excessiva pela prova deferida, à luz da pertinência e da relevância da alegação a ser provada. Em todo caso, complementa, se não obtida a permissão pelo juízo, a parte poderia manifestar o inconformismo ao final do processo, em preliminar de apelação.

Essa parece, sem dúvida, ser uma boa proposta, pois dá margem ao julgador, utilizando-se da sua percepção e experiência, para contornar as amarras da lei, adequando os atos processuais às especificações do caso concreto de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, conforme prevê a Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto do novo Código.

Em síntese, as sugestões que poderiam ser acolhidas em relação ao esboço do agravo no Projeto novo Código de Processo Civil seriam:

- Manutenção da sistemática do atual Código em relação ao agravo, privilegiando o instituto da preclusão e fornecendo elementos para eventual reconsideração pelo juízo;
- Aprimoramento da atual sistemática recursal, mediante a conjugação de aspectos das Leis 10.352/01 e 11.187/05, isto é, com a previsão de agravo contra a decisão que converte a modalidade instrumental em retida pelo relator;
- O estabelecimento da chamada “recorribilidade responsável”, mediante a imposição de penalidade financeira à parte que interponha agravos meramente protelatórios;
- Caso o modelo do projeto prevaleça, que se considere a possibilidade de incluir a chamada “cláusula aberta de recorribilidade imediata” relativa a algumas modalidades probatórias, sob pena de prejudicar a tutela do bem jurídico objeto da lide.

Conclusão

O objetivo fundamental do projetista do Novo Código de Processo Civil ao estabelecer o novo regime de recorribilidade das interlocutórias, mediante o estabelecimento das situações casuísticas para o agravo de instrumento e a extinção do agravo retido, postergando o recurso para análise em preliminar de apelação, foi, sem dúvida, blindar o procedimento para garantir fluidez processual e, assim, privilegiar as decisões de mérito.

De fato, qualquer medida que vise elevar a efetividade, especialmente se vier aliada à celeridade processual é sempre salutar. Esses propósitos, no entanto, não são exclusividade do atual Projeto de Lei; ao contrário, todas as alterações que modificaram a sistemática do agravo após a edição do CPC de 1973 tiveram por objeto conciliar esses dois atributos, mas o ideário do projetista nem sempre se verificou na prática.

Assim, o mote “fazer rápido e bem feito”, elevado ao mais alto grau de importância pela Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto do novo Código, como corolário de uma realidade otimista fundada na supressão de recursos, parece padecer do mesmo mal que permeou as alterações anteriores no regime do agravo: concepções ideais desprovidas de respaldo prático.

As lições do passado não foram aprendidas. Deveriam servir para conduzir as propostas que se apresentam para o futuro. A questão da restrição à ampla recorribilidade das interlocutórias que ora se coloca é o exemplo mais claro disso. Suprimem-se recursos, mas não a possibilidade de impugnação do ato. Nesse sentido, sempre haverá a possibilidade de se recorrerem a mandados de segurança, instituto de tramitação mais robusta perante o Poder Judiciário, para assegurar direitos. Tal realidade não coaduna com celeridade presumida na gênese do Projeto de Lei.

Com efeito, a manutenção da atual sistemática para o agravo retido parece fazer mais sentido. São necessárias algumas adaptações, é fato. Com vistas a uma maior efetividade processual, a extração de elementos pontuais apropriados oriundos das Leis 10.352/01 e 11.1187/05, com a manutenção da conversão, pelo relator, da espécie instrumental em retida, mas com a previsão explícita de recurso contra essa decisão pela parte insatisfeita, seria de todo benéfica, pois estariam

preservadas as garantias processuais. Paralelamente a essa providência, o estabelecimento de uma penalidade financeira para os recursos meramente procrastinatórios homenagearia a recorribilidade responsável pelas partes.

De toda sorte, caso a nova sistemática prevista para o agravo idealizada pelo projetista e que foi mantida no texto do projeto de lei que está sendo apreciado pela Câmara dos Deputados seja levada adiante, seria louvável que fosse considerada a possibilidade de apreciação, pelo juiz, ainda na fase cognitiva, de algumas situações especiais – questões probatórias, por exemplo -, considerando-se cada caso concreto, que poderiam perder o objeto caso haja mora na sua análise. Trata-se, assim, de medida que está em consonância com o objetivo de se buscar sempre a efetividade processual e que não afeta a estrutura do novo modelo proposto para a recorribilidade das decisões interlocutórias.

Referências

ACADEMIA PAULISTA DE LETRAS JURÍDICAS. *Proposta sobre o Projeto de Lei nº 8.046/2010 (Código de Processo Civil) em discussão na Câmara dos Deputados*. São Paulo, 2011. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/proposta-academia-paulista-de-letras>>. Acesso em: 29 mar. 2012.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Decisão interlocutória de mérito no projeto do novo CPC: reflexões necessárias*. Belém, PA, 2010. Disponível em <<http://www.henriquemouta.com.br/textos.php?p=3&>> Acesso em: 27 abr. 2012.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

BARRADAS, Sérgio. *Relator: novo CPC evitará ações paradas na Justiça*. 20.9.2011. Agência Câmara: entrevista concedida a Carol Siqueira. Disponível em <<http://edemocracia.camara.gov.br/web/codigo-de-processo-civil/andamento-do-projeto>>. Acesso em: 29 mar. 2012.

BERMUDES, Sergio. *Código de Processo Civil: Mudança Inútil*. Instituto dos Advogados do Brasil – IAB, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3926.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2012.

BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 164, de 6/12/10 da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 2 set. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995. *Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento*. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9139.htm>. Acesso em: 2 set. 2011.

BRASIL. Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001. *Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário*. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10352.htm>. Acesso em: 9 set. 2011.

BRASIL. *Mensagem da Presidência da República nº 1.110, De 18 de agosto de 2000, que submete à apreciação do Congresso Nacional o texto do projeto de lei que “altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário”.*

BRASIL. Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005. *Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências.* Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11187.htm>. Acesso em: 13 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Processual Civil. Conversão de Agravo de Instrumento em Agravo Retido. Inexistência de teratologia. Lesão de direito líquido e certo não verificada. Não cabimento de Mandado de Segurança. RMS 27.349/PE, Rel. Min Herman Benjamin, Segunda Turma. Brasília, 1º de outubro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801604449&dt_publicacao=09/10/2009>. Acesso em: 14 set 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, Audiência Pública da Comissão Especial – PL 6025/10 – Código de Processo Civil, Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação, 16/11/2011, 65 p. Disponível em < <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/nt-16.11.2011> >. Acesso em: 9 abr. 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Preclusão e decisão interlocutória. Anteprojeto do novo CPC. Análise da proposta da Comissão.* Editorial nº 82, 2010. Disponível em Disponível em < <http://www.frediedidier.com.br/editorial/page/7/> >. Acesso em: 17 abr. 2012.

FUX, Luiz. *O novo processo civil.* In Fux, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro – Direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil).* 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Brevíssimas considerações sobre a nova sistemática do recurso de agravo introduzida pela Lei n. 11.187/2005.* Revista Nacional de Direito e Jurisprudência, v. 79, p. 46-48, 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7927>>. Acesso em: 14 setembro 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ada Pellegrini comenta projeto do novo CPC.* 13.7.2011. Entrevista concedida Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás. Disponível em <<http://www.esmeg.org.br/entrevistas/entrevista-ada-pellegrini-grinover/>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

HILL, Flávia Pereira. *O recurso de agravo e a lei nº 11.187/05.* Revista Eletrônica de Direito Processual, 1ª ed., Rio de Janeiro, out-dez/2007. Disponível em: < http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf#page=167 >. Acesso em: 23 agosto 2011.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO PARANÁ. *Versão escrita da manifestação apresentada na audiência pública organizada pelo Senado Federal, em Curitiba, em 16.04.2010, para discutir as linhas gerais de um novo Código de Processo Civil.* Curitiba, abr/2010. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/migalhas_mostrarQuentes.aspx?cod=105480>. Acesso em: 27 abr. 2012.

LENZI, C. A. SILVEIRA. *O novo sistema do agravo.* Curitiba: Revista Bonijuris, ano XVI, nº492, nov/2004.

LOBO DA COSTA, Moacyr. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura.* São Paulo: RT/Edusp, 1970.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas.* São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

MONTENEGRO, Bruno Meyer. *Breves comentários sobre a extinção do agravo retido no anteprojeto do novo código de processo civil.* Fortaleza, out/2010. Disponível em <<http://www.fmsadvogados.adv.br/artigos/artigo05.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565.* 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense: 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reformas do CPC em matéria de recursos.* Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, mar-abr/2001.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Manifestação da Comissão instituída para análise do Novo CPC.* Brasília, abr/2010. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/migalhas_mostrarQuentes.aspx?cod=106249>. Acesso em: 27 abr. 2012.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio.* 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de Paula. *História do direito processual brasileiro. Das origens lusas à escola crítica do processo.* 1ª ed., São Paulo: Manole, 2002.

RUBIN, Fernando. *Do Código Buzaid ao Projeto para um novo Código de Processo Civil. Uma avaliação do itinerário de construções/alterações e das perspectivas do atual movimento de retificação.* Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19064>>. Acesso em: 7 mar. 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* 26ª ed., Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2009.

SOARES, Carlos Henrique. *Considerações preliminares sobre o relatório do novo código de processo civil.* Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 50, p. 75-82, jul./set. 2010.

SOKAL, Guilherme Jales. *A impugnação das decisões interlocutórias no processo civil*. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro – Direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOUZA, G. H. C. G. *O Projeto do Novo Código de Processo Civil e as Mudanças no Sistema Recursal*. Informativo Jurídico Consulex, nº 20/2011.

TALAMINI, Eduardo. *O primeiro esboço de um novo CPC*. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI99523,71043-O+primeiro+esboco+de+um+novo+CPC>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil, Belo Horizonte, ago/2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 46ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Algumas polêmicas surgidas após a divulgação do projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Sapucaia do Sul (RS): Revista Jurídica, Ano 58, nº 395, p. 11-41, Set/2010.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *História do processo: uma análise do código de Processo civil de 1939 sob o prisma terminológico*. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9201-9200-1-PB.pdf>>. Acesso em 2 de setembro de 2011.

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