

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO RECURSO DO AGRAVO PÓS A REFORMA DA REFORMA

Fábio Luis Franco *

SUMÁRIO: *Introdução; 2. Alterações pela Lei 10.352, de 26.12.2001; 3. Alteração pela Lei 10.444, de 07.05.2002; 4. Referências.*

1. INTRODUÇÃO

O direito processual civil, consoante intitulou Cândido Rangel Dinamarco¹, passou agora, pela *a reforma da reforma*. Foram alterações introduzidas pelas Leis Federais n.os 10.352, de 26.12.2001, 10.358, de 27.12.2001 e 10.444, de 07.05.2002². Nelas, algumas modificações, umas sensíveis, afetaram o recurso de agravo, tudo tendo por vistas a máxima prontez e efetividade de resultados. Faz-se algumas considerações sobre elas.

2. ALTERAÇÕES PELA LEI 10.352, DE 26.12.2001

2.1. O § 2.º, do art. 523, do CPC

A primeira alteração foi no tocante ao § 2.º, do art. 523, do CPC, atinente ao agravo retido, que ficou com esta redação: § 2. *o Interposto o*

* Aluno do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Professor do Curso de Pós-Graduação *laia sensu* do CESUMAR. Professor de direito do Curso de Graduação em Direito da Universidade Paranaense-Campus Paranaíba. Advogado na Comarca de Paranaíba(Pr).

¹ Dinamarco, C. R. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

² Esta lei entrou em vigor em 08.08.2002, vez que publicada no DOU de 08.05.2002 e teve uma *vacatio legis* de 3 meses (art. 5.º).

agravo, e ouvido o agravado no prazo de 10 (dez) dias, o juiz poderá reformar a sua decisão.

A alteração transmudou o prazo, anteriormente de 05 (cinco) dias e previsto para o juiz³ exercer o juízo de retratação⁴, para regular atividade da parte na resposta. Parecia dispensável. Primeiro, porque, se o prazo para interpor o agravo retido (CPC, art. 522) é de 10 (dez) dias, pelo princípio da isonomia⁵ (CF, art. 5.º, *caput* e inc. D e igualdade das partes (CPC, art. 125), o prazo para resposta também só poderia ser igual: 10 (dez) dias.

Parece que o intuito real da modificação foi afastar uma suposta e incorrida imperfeição legislativa. Ora, diz-se incorrida porque a redação anterior, como já foi dito, apontava um prazo de 05 (cinco) dias para o juiz decidir pela reforma ou não da decisão interlocutória agravada, após a apresentação ou não da resposta ao agravo retido interposto. Outra interpretação não poderia ser. Nesse sentido, já esclarecia Eduardo Talamini:

Encampando entendimento que já vinha prevalecendo em doutrina e jurisprudência, a nova disciplina expressamente a retratação do agravo retido, determinando que antes o juiz ouça o agravado (§ 2.º, do art. 523). Cria-se, assim, todo um 'trâmite' para o agravo retido na primeira instância (interposição, resposta, retratação ou não) Como se verá adiante, o prazo de cinco dias a que se refere o preceito não é o que se dará ao agravado para responder. Trata-se, isto sim, do lapso que terá o juiz para se retratar. Assim, a regra deve ser entendida nos seguintes termos. Se, quando do recebimento do agravo retido e em face das razões nesse apresentadas, surgir para o juiz uma concreta dúvida

³ Por isto, discorda-se da posição adotada por João Roberto Parizatto (*in* Alterações do Código de Processo civil. Ouro fino: Edipa, 2002. p. 54: "a modificação substancial no parágrafo 2.º do art. 523 do código de processo civil, refere-se unicamente ao prazo para a oitiva do agravado que era de cinco (5) dias e passou para dez (10)."), quando entendeu que dito prazo de 05 (cinco) dias era para o agravado, em total dissonância com o princípio da isonomia e igualdade de tratamento das partes. Da mesma forma e pelo mesmo fundamento discorda-se também do Prol. Cândido Rangel Dinamarco, *in* A reforma da reforma. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 174, que entendeu que *houve* na reforma somente uma ampliação do prazo para a resposta de 05 para 10 dias.

⁴ "O juízo de retratação, no entanto, é a possibilidade que se confere ao juiz de rever a sua decisão anteriormente proferida, somente em situações excepcionais e diante da interposição de determinados recursos." Jorge, F. C. Embargos infringentes: uma visão atual. *In* Wambier, T. C. A. A.; Nery Júnior, N. (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 324.

⁵ Como bem coloca o Prof. Nelson Nery Júnior: "O art. 5.º *caput* e o inciso I da CF de 1988 estabeleceram que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verificamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Assim, a norma do art. 125, inc. I, do CPC teve recepção integral em face do novo texto constitucional." Nery Júnior, N. Princípios do processo civil na constituição federal. 3. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 42.

*quanto ao acerto de sua decisão anterior, ele imediatamente dará oportunidade para que o agravado responda. Apresentadas as contra razões ou decorrido in albis o prazo para tanto, o juiz terá cinco dias para, eventualmente, se retratar. Passando esse momento, o agravo permanecerá retido nos autos, ficando fechada ao juiz a possibilidade de retratação*⁶.

A incoerência de tal norma (CPC, art. 523, § 2.º, na redação anterior) ficava por conta de que, quando exerce o Magistrado o juízo de retratação, há atividade com carga decisória e, portanto, o prazo de tal ato, a ser observado, segundo a regra do art. 189, inc. li, do CPC, seria de 10 (dez) dias.

Na verdade, havia em tal disposição um prazo específico para que o juiz, naquele momento, depois de propiciada a resposta, com ou sem ela, pudesse exercer o juízo de retratação. Tudo para que esse juízo de retratação não ficasse indefinidamente em aberto, visto que as situações processuais assim não podem permanecer.

O problema que a atual redação da referida norma gerou é o seguinte: qual o momento e o prazo para o juiz exercer a retratação? Parece que agora, a regra do inc. II, do art. 189, do CPC, é que deve ser aplicada, ou seja, interposto o agravo retido, após o prazo da resposta, com ou sem a mesma, o juiz terá 10 (dez) dias para exercer o juízo de retratação.

Discorda-se, assim, da opinião de Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr e Marcelo Abelha Rodrigues, quando atestam⁷ que: *quanto ao juiz, como a sua atuação n.ão está sujeita a laços temporais, poderá, sem limitação temporal, retratar-se*⁸

Surge então e por conseqüência, um segundo questionamento, como bem colocado por Teresa Celina Arruda Alvim Wambier: poderia o juiz retratar-se após este momento (prazo de 10 dias), tendo em conta que este prazo é impróprio⁹?

⁶ Talamini, E. *A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo*. RePro 80, no prelo.

⁷ Muito embora, referidos autores, em nota de rodapé refiram-se à preclusão lógica, não podendo ficar infinitamente aberta a via da retratação. Como já exposto, entende-se, aqui, que há de ser aplicado o prazo de 10 (dez) dias, para o exercício do juízo de retratação, na forma do inc. II, do art. 189, do CPC.

⁸ Jorge, F. C.; Didier Júnior, F.; Rodrigues, M. A. *A nova reforma processual*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 85.

⁹ Conforme ensina o insigne Cândido Rangel Dinamarco, *"nem todos os prazos são preclusivos, ou próprios: existem também os prazos impróprios, destituídos de preclusividade (...). São impróprios todos os prazos fixados para o juiz, muitos dos concedidos ao Ministério Público no processo civil e quase todos os de que dispõem os auxiliares da Justiça, justamente porque tais pessoas desempenham funções públicas no processo, onde tem deveres e não faculdades - seria um contra-senso dispensa-las de seu exercício, como penalidade (penalidade?) pela não exercício tempestivo."* Dinamarca, C. R. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. edição. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 197. v. I. Item 86. prazo próprio ou impróprio.

Parece-nos que, respeitando a regra de que para o juiz só há prazos impróprios (prazos cujo desatendimento não gera conseqüências de natureza processual) e de que não há preclusão temporal para o juiz, a única solução para este impasse é considerar-se que o juiz, nesse caso, é atingido pela preclusão lógica¹⁰.

Parece que, efetivamente, não. Mesmo que a novel redação do § 2.^o, do art. 523, do CPC, não atribua ao juiz expressamente prazo para o exercício do juízo de retratação, tal situação não pode ficar indefinida, sendo de se aplicar o prazo de 10 (dez) dias (CPC, art. 183, inc. II) e, a partir desse lapso temporal, não será mais dado ao juiz, por preclusão lógica, exercer a retratação¹¹.

Não se poderia, igualmente, entender¹² que esta preclusão lógica ocorreria quando o juiz praticasse outro ato no processo, diante do princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias¹³. É o decurso desse prazo, com prática de atos posteriores, que marca o momento dessa preclusão lógica.

Para concluir, tanto a manutenção como a retratação da decisão, devem vir sopesadas por uma decisão fundamentada (CF, art. 93, inc. IX, c/c CPC, art. 165 e 458¹⁴). O dever de fundamentar, como soi dizer, está atrelado à própria função jurisdicional.

¹⁰ Wambier, T. C. A. A. O novo regime do agravo. 2. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 156. Citação idêntica em: Wambier, L. R.; Wambier, T. C. A. A. Breves comentários à 2.ª fase da reforma do código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 110.

¹¹ O juízo de retratação insere no âmbito do juízo de mérito recursal, diante da possibilidade, pelo próprio órgão julgador ou juiz, analisar o conteúdo da postulação do recurso.

¹² Como fazem Wambier, L. R.; Wambier, T. C. A. A. Breves comentários a 2.ª fase da reforma do código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 110.

¹³ Vale menção feita pelo Prof. Nelson Nery Júnior, acerca de tal princípio: "Segundo esse princípio, as decisões interlocutórias não são impugnáveis de maneira tal a paralisar todo o curso do procedimento. Sua impugnação se dá de maneira racional, observando os princípios da concentração dos atos processuais e da economia processual." Ney Júnior, N. Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos. 4. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 150. Ou seja, julgam-se os recursos interpostos em face de decisões interlocutórias, concomitantemente com o andamento processual do feito donde originou-se a decisão interlocutória recorrida.

¹⁴ Invocando-se o art. 458, do CPC, por exemplo, quando na retratação exercida em agravo retido, o juiz extingue o processo, liminarmente, com ou sem julgamento de mérito.

2.2. O § 4.º, do art. 523, do CPC

Esta alteração, em conjunto com a que ocorreu, através da citada lei 10.444, de 07.05.2002, também com o art. 280, do CPC¹⁵, atraiu a regulamentação do regime de retenção compulsória do agravo somente para este § 4.º, do art. 523, do CPC, bem como afastou os questionamentos, já resolvidos pela jurisprudência, sobre a modalidade de agravo referente a efeitos da apelação e decisões posteriores à sentença, *in verbis*: *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 de apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.*

O art. 523, § 4.º, está postado no Livro I (Do Processo de Conhecimento), Título XI (Dos Recursos), Capítulo III (Do agravo), tratando, como já foi dito, agora de maneira única, a hipótese do regime de retenção compulsória do agravo. Ou seja, afora as limitações decorrentes da aferição da ocorrência ou não do interesse recursal¹⁶, o referido parágrafo de lei trouxe outra limitação à opção de regime a ser adotado no agravo.

A regra aplica-se tanto ao procedimento sumário (CPC, art. 278, § 2.º), como ao ordinário (CPC, arts. 447 e 450), visto que em ambos há a previsão de audiência de instrução e julgamento. Ademais, a norma está alocada nas que tratam de forma geral a respeito do agravo.

Para o procedimento sumário, tal alteração normativa acabou por *reduzir as hipóteses do regime de retenção compulsória* do agravo, não mais albergando as decisões proferidas em matéria probatória e aquelas tidas em audiência de conciliação, antes atingidas pela regra do inc. **III**, do art. 280, do CPC.

Quanto à hipótese de inadmissão de apelação, nenhuma novidade, visto que se manteve a redação anterior. Quando inadmitido o recurso de apelação, somente através de agravo de instrumento é que a questão poderia e poderá ser apreciada pelo órgão ad quem, até porque, o agravo na forma retida é cronologicamente anterior à apelação e necessita, para seu conhecimento, ser requerida sua apreciação como preliminar na apelação ou contra-razões (CPC, art. 523, *caput*).

Resolveu-se, pois, que efetivamente a decisão acerca dos efeitos que a apelação é recebida também demanda a interposição de recurso de agravo

¹⁵ O art. 280, do CPC, ficou com esta redação: "Art. 280. No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro." Como se vê, suprimiu-se os incisos anteriormente existentes e que, no de nº 111, tratava da hipótese de agravo retido compulsoriamente.

¹⁶ Que é requisito de admissibilidade intrínseco dos recursos.

pela forma instrumental, para que o tribunal dela conheça, antes mesmo do processamento e julgamento da apelação (CPC, art. 559). Já era nesse sentido a orientação doutrinária¹⁷.

2.3. O parágrafo único, do art. 526, do CPC

Previu-se, de maneira expressa, a necessidade do agravante, no prazo de 03 (três) dias, juntar aos autos do processo, cópia da petição de interposição, do rol dos documentos juntados no recurso e do comprovante da interposição, como requisito de admissibilidade extrínseco de tal recurso (regularidade formal), implicando, o descumprimento, em não conhecimento do mesmo. Entretanto, a inadmissibilidade só será decretada caso alegada e provada pelo agravado:

Art. 526, CPC. Parágrafo único. O não-cumprimento do disposto neste artigo, desde que argüida e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo.

Resolveu-se uma pequena parte das discussões que este parágrafo gerava: a juntada de tais documentos aos autos, trata-se de um ônus ao agravante que, se não cumprido, e uma vez alegado e provado pelo agravado, gerará a inadmissão do recurso.

Entretanto, o referido parágrafo é incongruente: ora, se se está em sede de requisitos de admissibilidade, isto implica em que, tais requisitos devem ser verificados de ofício pelo órgão julgador, assim como ocorre com a análise da ação¹⁸.

A alteração impôs o exame de um requisito de admissibilidade, mediante provocação da parte: será que o interesse de propiciar o contraditório e a ampla defesa, bem como a observância do devido processo legal é só da parte? Não é função jurisdicional? Por isso, entende-se que não será válido o argumento de que, se o agravado não se sentir prejudicado, não há necessidade da inadmissão. Ora, e se o próprio juiz, ao ser indagado do tribunal, em suas informações, atestar a falta de cumprimento de tal

¹⁷ Nesse sentido, consulte RePro 86-246, artigo da lavra de Roberto Armelin e João R. E. Piza Fontes, citado por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Celina Arruda Alvim Wambier, op. cit. p. 11.

¹⁸ "Fizemos também, co-relação entre ação e recurso, de sorte que se poderia transportar para a fase recursal, no que respeitam à análise dos requisitos de admissibilidade de um recurso, as exigências que, aqui, corresponderiam às condições da ação: ... Acresça-se a estes fundamentos o fato de a matéria de admissibilidade de recursos ser de ordem pública, impondo-se ao juiz o seu exame ex officio. (...) O tribunal pode assim agir porque os requisitos de admissibilidade constituem matéria de ordem pública, devendo ser examinados ex officio..." Nery Júnior, N. *Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos*. 4. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 219, 230-1.

dispositivo (*principalmente, porque na praxe forense, ao ser solicitada ao mesmo informações, já se questiona do cumprimento ou não de tal dispositivo*)? E se o agravado simplesmente alegar tal descumprimento, sem provar, a informação do juiz valerá como prova? Pior, e se ocorrer de o agravado, ser intimado pessoalmente, por não ter procurador constituído nos autos?

Outra resolução não pode ocorrer, senão a de que, a simples informação do magistrado¹⁹, ou a alegação do agravado, seja suficiente para a inadmissão do agravo de instrumento, quando não provado, pelo agravante, o cumprimento da exigência do parágrafo único do art. 526, do CPC. Inconcebível o propósito da inversão da comprovação desse ônus. Não pode ser do agravado a missão de provar o descumprimento de um requisito de admissibilidade para interposição do recurso.

Aliás, muito embora não repetida integralmente no texto da lei, em face da necessidade de argüição e prova do fato pelo agravado, na exposição de motivos, deixou-se claro a intenção da norma:

Inclina-se o projeto pela segunda alternativa, com amparo em autorizada doutrina, porquanto inconcebível impusesse a lei ao recorrente uma obrigação, fixando-lhe prazo, sem nenhuma consequência processual para o descumprimento.(...) Nesse sentido é o enunciado n. 2 aprovado pelo centro de Debates e Estudos do antigo Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, verbis: 'Não será conhecido o agravo quando desatendido o disposto no art. 526 do Código de Processo Civil.

2.4. O art. 527, do CPC

Diz O art. 527

Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: I- negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557; 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 apensados aos principais, cabendo agravo desta decisão; 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; IV - mandará requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias; V - mandará intimar o advogado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento,

¹⁹ Nesse sentido: Jorge, F. C.; Didier Júnior, F.; Rodrigues, M. A. A nova reforma processual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 93.

para que responda no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender conveniente; nas comarcas sede de tribunal e naquelas cujo expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante a publicação no órgão oficial; VI - ultimadas as providências referidas nos incisos I a V, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias.

O inciso I de tal artigo, trata do poder do relator negar, liminarmente, seguimento ao agravo, citando as hipóteses do art. 557, do CPC. Não se pode deixar de citar que este art. 557, do CPC, inequivocamente, padece de uma inconstitucionalidade pelo fato de dar ao relator possibilidade de se atribuir à Súmula e, o que é pior, à jurisprudência dominante do Tribunal, uma eficácia vinculativa que, violaria o princípio do livre convencimento do julgador (até mesmo do relator que teria que atender à jurisprudência dominante ou à Súmula), e, acarretar, inclusive, um engessamento jurisprudencial, sem contar, por último, que a decisão do relator estaria baseado em jurisprudência dominante e não na lei ou nas fontes subsidiárias do direito (LICC, art. 4.º)²⁰. Vale a transcrição, também neste particular, da lição de Teresa Celina Arruda Alvim Wambier:

Todavia, nos parece que o legislador da lei 9756/98 foi além do que teria sido permitido pela Constituição Federal vigente, emprestando à súmula peso maior do que esta poderia ter no nosso sistema. Diga-se o mesmo, a fortiori, da jurisprudência dominante. (...) Desnecessário dizer qu., na verdade, em nosso sistema, decisões judiciais devem ser baseadas em texto de lei, não em súmula e muito menos em jurisprudência dominante de qualquer tribunal²¹.

Outrossim, referida norma, ao mencionar a expressão *negar seguimento*, não dá, efetivamente, a real intenção do legislador. Ora, *negar seguimento*, está-se em sede de juízo de mérito ou de admissibilidade dos recursos? Veja que no art. 557, do CPC, referido expressamente neste inc. I, do art. 527, também do CPC, existem hipóteses que dão ensejo a julgamento de mérito, ou seja, dar-se ou negar-se *provimento*. A lição de Nelson Nery Júnior é explícita:

A linguagem forense já detectou os dois fenômenos, restando praticamente assentado que as expressões 'conhecer' ou 'não conhecer' do recurso, de

²⁰ LICC, art. 4.º: "Art. 4º- Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

²¹ Wambier, T. C. A. A. *Anotações à respeito da lei 9756, de 17 de dezembro de 1988*. In Wambier, T. C. A. A.; Nery Júnior, N. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 578.

*um lado, e 'dar provimento' ou 'negar provimento', de outro, significam juízo de admissibilidade e o juízo de mérito do recurso, respectivamente*²².

Daí com total razão a crítica de outrora, e que ainda é atual, feita por José Carlos Barbosa Moreira:

*Pode acontecer que, por defeito de técnica, o órgão ad quem, ao proferir sua decisão, diga que não conheceu de um recurso por entender infundada a impugnação, apesar de satisfeitos todos os requisitos de admissibilidade. Corrige-se o equívoco por via de interpretação: a decisão do órgão ad quem, erroneamente rotulada como de não conhecimento, deve ser interpretada como de não provimento, e assim para todos os efeitos práticos*²³.

Portanto, como esclarece o Prof. Cândido Rangel Dinamarco, com a precisão que lhe é peculiar: Negar seguimento, na dicção do art. 557, é uma locução de grande envergadura, abrangendo hipóteses de recursos desmerecedores de conhecimento, porque lhes falte algum pressuposto de admissibilidade, e recursos desmerecedores de provimento...²⁴.

Explicita-se, por fim, que também no agravo de instrumento aplica-se a regra geral prevista no art. 557, do CPC, não se permitindo, entretanto, que se dê provimento liminar a dito recurso (hipótese do § I-A, do art. 557, do CPC), ou seja, antes propiciar ao agravado direito à resposta.

No que toca ao inciso II, deste artigo, dois pontos merecerem apreciação: (a) a possibilidade de conversão do agravo de instrumento em agravo retido e (b) o agravo desta decisão.

Quanto (a) a possibilidade de conversão do agravo de instrumento em agravo retido, mister ressaltar que, antes dessa alteração legislativa, é inviável tal conversão (salvante casos de exceção), como já apontava Athos Gusmão de Carneiro²⁵ Agora, caso verificando o relator, que a questão tratada no agravo não demande provisão jurisdicional de urgência ou não houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, haverá a conversão do regime de instrumento para retido, do agravo interposto. Interessante que, nesta hipótese, o relator, para aferir a urgência da medida ou a possibilidade de dano, terá que adentrar, subjetivamente, ao mérito do recurso, ao conteúdo da postulação, o que, *data venia*, não é medida econômica, visto que, se convertido o agravo, novamente, em sede de

²² Nery Júnior, N. *Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos*. 4. edição. São Paulo Editora: Revista dos Tribunais. 1997. p. 219-20.

²³ Moreira, J. C. B. *O novo processo civil brasileiro*. 18. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.135.

²⁴ Dinamarco, C. R. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 183.

²⁵ Carneiro, A. G. de. *O novo recurso de agravo e outros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.

preliminar de apelação ou contra-razões desta, haverá a análise do mérito recursal.

Algumas perguntas surgem: se não concedido efeito suspensivo ou antecipação dos efeitos da tutela recursal, inexoravelmente, implicará, também na conversão do agravo de instrumento para retido? Um agravo de instrumento destituído ou com insuficiência de preparo, pode ser convertido em agravo retido? Outra: se concedido efeito suspensivo ou antecipação dos efeitos da tutela recursal, verificando-se, em momento posterior, a conversão do agravo de instrumento em retido, como fica esta situação?

À primeira questão a resposta só pode ser negativa. Ora, o fato de não se atribuir efeito suspensivo ou se antecipar a tutela recursal, seja total ou parcialmente, não pode implicar, automaticamente, em conversão de regime. Cita-se como exemplo, a hipótese de argüição de preliminar de incompetência absoluta do juízo, feita em preliminar da contestação (CPC, art. 301, inc. II), inferida na fase preliminar (CPC, arts. 327 e 328). É óbvio que, aqui, o agravo permanecerá na forma de instrumento, para ser julgado de imediato pelo tribunal, mesmo sem a concessão de antecipação de tutela recursal, evitando-se, inclusive, a prática de atos desnecessários, perda de tempo, despesas na ação principal. Portanto, a análise de conversão ou não do agravo de regime de instrumento em retido, demandará apreciação razoável e proporcional do relator.

Quanto a segunda questão, parece que o relator, deverá, antes de tudo, fazer uma análise dos requisitos de admissibilidade do agravo de instrumento para, só a partir de então e caso preenchidos tais requisitos, passar-se à verificação se se trata de hipótese de conversão ou não do regime do agravo de instrumento em retido. Portanto, não comprovado o preparo no agravo de instrumento, o mesmo não será conhecido, não dando azo, sequer, à aferição da conversibilidade de seu regime.

Desta resposta, nasce outro questionamento: se num agravo de instrumento, preenchidos os requisitos de admissibilidade, determinada a sua conversão em retido, como fica o preparo pago? Neste agravo de instrumento, convertido em retido, deverá o agravante cumprir o art. 523, § 1.º, do CPC? O preparo pago já se destinou ao processamento que o agravo de instrumento teve até a sua conversão na forma retida. Não pode ser diferente. Por decorrência do próprio pressuposto de admissibilidade do agravo retido, mesmo que originado de uma conversão de um agravo por instrumento, deverá sim o agravante cumprir o requisito do art. 523, § 1.º, do CPC, até porque pode perder interesse em seu processamento. Outros questionamentos, além dos ora ofertados, poderão surgir.

Por fim, quanto ao último questionamento, deve ser entendido que, com a conversão do agravo de instrumento em retido, fica sem efeito

qualquer decisão liminar naquele recurso, seja de concessão de efeito suspensivo, seja de antecipação da tutela recursal, visto que, tanto um como outro, além de não terem previsão para o agravo na forma retida, são incompatíveis com o seu iter procedimental.

Quanto (b) ao agravo a ser interposto da decisão que determina a conversão de regime no agravo de instrumento, parece que se deve aplicar o art. 557, § 1.º, do CPC, que é a norma referida no próprio art. 527, ou seja, será interposto no prazo de 05 (cinco) dias. Aplica-se aqui, como proposto por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Celina Arruda Alvim Wambier, a fungibilidade recursal: *Pensamos que cabível seria tanto o agravo do art. 557, § 1.º, quanto qualquer agravo disciplinado regimentalmente, incidindo, aqui, sem sombra de dúvida, o princípio da fungibilidade*²⁶.

No que toca ao inciso III, traz a norma, agora expressamente, a previsão de antecipação, total ou parcial, da tutela recursal, resolvendo a discussão acerca da natureza de tal provimento (se decorreria do poder cautelar geral do juiz - CPC, art. 798- ou se de natureza antecipatória - CPC, art. 273- ou se decorria de uma interpretação teleológica-sistemática - CPC, arts. 125, 527 e 558-²⁷), bem como regulamentando o que se designou como efeito suspensivo ativo, que encerra uma contradição em seus próprios termos.

Ora, decorrência novamente do princípio da isonomia e da igualdade das partes. Se, diante de uma decisão interlocutória de cunho positivo, é possível obstar a produção de seus efeitos, mediante a atribuição de efeito suspensivo ao agravo, também será possível, diante de uma decisão de cunho negativo, conseguir liminarmente no Tribunal, em antecipação de tutela recursal, a providência negada pela decisão interlocutória recorrida.

No inciso IV, nenhuma novidade quanto a agravo.

Já no inciso V, por sua vez, previu-se, agora *ex lege*, a possibilidade de intimação do agravado, por seu procurador, através do diário oficial, não só nas comarcas-sede de tribunal (como na redação anterior), mas em toda

²⁶ Wambier, L. R.; Wambier, T. C. A. A. *Breves comentários à 2.ª fase da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 124.

²⁷ Veja, a este turno: Ferreira, W. S. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 239: "Nos casos de urgência, de que trataremos com mais vagar mais adiante, será imprestável ao recorrente a postulação do feito suspensivo previsto no art. 558 do Código de Processo Civil, sendo imperiosa a urgente apreciação do pedido de concessão da tutela antecipada: como não se poderá aguardar o julgamento do mérito do recurso, dever-se-á, por interpretação teleológica do artigo 558 e Sistemática, admitir que o relator, se houver pedido expresso do agravante, aprecie e eventualmente defira, provisória e antecipadamente, o que só pelo órgão colegiado no futuro provavelmente será deferido. Com isto, temos a antecipação da tutela recursal, pois o órgão colegiado ainda não julgou o recurso, e, concomitantemente e em decorrência disto, há o deferimento da tutela antecipada, objeto da impugnação recursal

comarca onde o expediente forense seja divulgado por aquele meio. Vê-se que, também nesta atual redação, o legislador, equivocadamente, refere-se à *comarca*, quando trata de *foro*. Outrossim, não se explica que somente nas comarcas onde se publique os atos através do diário oficial se permita este meio de intimação, vez que os atos do tribunal, com certeza, são publicados e em todas as comarcas, servindo-se ou não de tal expediente, o jornal oficial circula. Vale a menção da crítica que faz Cândido Rangel Dinamarco:

*Que diferença faz estar o advogado na comarca-sede do tribunal ou em alguma outra cujo expediente seja publicado no jornal oficial, ou ter ele sede em uma comarca que não publique nesse jornal seus atos? O que importa é que os atos do tribunal são sempre publicados no órgão oficial. Ainda que o advogado tenha sede em outro lugar, ali chega jornal com as publicações que o relator mandar fazer*²⁸.

O inciso VI, nada de grave a comentar, a não ser a crítica, bem retratada por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Celina Arruda Alvim Wambier, em relação à falta de precisão terminológica de seus termos:

*Não é ideal a redação do n. VI. Tem-se a impressão de que se trata de um outro ato, posterior aos(s) anterior(es). E mais. Que se trataria de um outro ato, bipartido: o relator mandará **OUVIR** o Ministério Público, **PARA QUE** se manifeste no prazo de 10 dias. Pode ler o intérprete a impressão de que o Ministério Público deve, em primeiro lugar, manifestar-se quando a ser o caso de ser ouvido e, num segundo momento, em 10 dias, exarar sua manifestação. Melhor seria tivesse o legislador suprimido 'para que se pronuncie no prazo de' por 'em'. Teríamos: 'ultimadas as providências referidas nos incisos I a V. mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, [para que se pronuncie no prazo de]=[em] 10 (dez) dias'*²⁹.

2.4.1. Atribuição de efeito suspensivo ou antecipação dos efeitos da tutela recursal pelo próprio juiz prolator da decisão interlocutória recorrida

A prof. Teresa Celina Arruda Alvim Wambier, em obra conhecida sobre os agravos, trouxe à tona a seguinte questão: poderia o juiz, a requerimento da parte, ao invés de retratar-se, atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto? Seria a aplicação do princípio de que: "quem pode o mais, pode o menos". Vale a transcrição:

²⁸ Dinamarco, C. R. A reforma da reforma. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 193.

²⁹ Wambier, L. R.; Wambier, T. C. A. A. Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 130.

Assunto importante, de que não tratamos na 2.^a edição deste nosso estudo, diz respeito à possibilidade de, em conformidade com a regra de que 'quem pode o mais pode o menos', o juízo a quo, ao ser certificado no sentido de que sua decisão foi impugnada e no sentido de que se pede efeito suspensivo ao recurso interposto, simplesmente suspender a eficácia de sua própria decisão, no lugar de se retratar. Em face do pedido da parte, e não de ofício, parece-nos que pode o juiz fazê-lo, EMBORA NÃO SEJA ELE O DESTINATÁRIO DAS NORMAS CONSTANTES DOS ARTS. 558 E 527 DO CPC. Trata-se de fenômeno inortodoxo³⁰.

A questão é bastante interessante. Por primeiro, vale ressaltar que o juiz de primeiro grau, ao realizar o juízo de retratação adentra ao conteúdo da postulação, ou seja, ao mérito recursal e, portanto, está em sede de juízo de mérito³¹. Sua retratação implica em perda de objeto (prejudicado) do agravo (CPC, art. 529). Portanto, se poderia rever o mérito de sua decisão, não poderia atribuir efeito suspensivo, e agora também antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela recursal (o antigo efeito suspensivo ativo)?

A princípio parece que sim: realmente, quem pode o mais (adentrar ao juízo de mérito) poderia o menos (efeito do recurso). Mas o desdobramento dado pela ilustre doutrinadora é que merece considerações:

Por isso é que, interposto o agravo e imprimindo-lhe o juiz efeito suspensivo, FICA O ÓRGÃO A QUO sujeito à decisão do relator que NÃO DER AO AGRAVO EFEITO SUSPENSIVO, não prevalecendo a sua decisão (do juiz), mas a do relator³².

Por uma questão lógica, e até mesmo em decorrência do recurso de agravo ser classificado, quanto ao seu julgador, como misto³³, a decisão do relator se sobrepõe ao do próprio juiz que proferiu a decisão interlocutória recorrida. Mas daí decorre outra questão: Ora, se o juiz atribuir efeito suspensivo ao recurso, ou mesmo antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela (anteriormente denominado efeito suspensivo ativo), este ato não

³⁰ Wambier, T. C. A. A. Os agravos no CPC brasileiro. 3. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 417.

³¹ Veja, nesse sentido, a lição do Prof. José Carlos Barbosa Moreira: *«Competente para o juízo de mérito, em regra, é exclusivamente o órgão ad quem. A título de exceção, no agravo, abre a lei ao próprio órgão que proferiu a decisão a possibilidade de reexaminá-la (juízo de retratação: arts. 523, § 2,9 e 529).»* Moreira, J. C. B. O novo processo civil brasileiro. 18. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 142.

³² Wambier, T. C. A. A. Os agravos no CPC brasileiro. 3. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 417

³³ Misto porque propicia a retratação, bem como devolutividade ao órgão superior. Classificação dada por Humberto Theodoro Júnior, *in Curso de direito processual civil*. 24. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 548. v. I: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento: "... , os recursos podem ser classificados como: Quanto ao juiz que os decide. os recursos podem ser: c) mistos. quando tanto permitem o reexame pelo órgão prolator como a devolução a outro órgão superior. Exemplo: agravo de instrumento".

tem cunho decisório? Qual a natureza deste ato do juiz (CPC art. 162)? Não se trata de outra decisão? Parece que sim e, por conseguinte, geraria uma nova possibilidade de interposição de recurso (CPC, art. 522).

Assim, imprescindível que outra norma regulamentasse esta questão, inclusive para, como ocorre nos regimentos internos dos tribunais, não admitir recurso da decisão que concede ou não efeitos suspensivo ou antecipado ou não os efeitos da tutela recursal, ficando, ainda assim, a decisão do juízo *a quo*, subordinada somente à decisão do relator do agravo de instrumento acerca da atribuição de tais efeitos.

2.5. O § 1.º, do art. 544, do CPC

Primeiro, transcreve-se a redação de tal parágrafo: § 1.º. O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópias do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

Trata-se de hipótese de agravo de instrumento em face de decisão denegatória de seguimento de recursos especial e extraordinário. Com a atual redação previu-se expressamente a necessidade de se juntar, como peça obrigatória, integrando portanto a regularidade formal de tal recurso, a cópia da certidão do acórdão recorrido, peça processual que já era exigida, muito embora ante a omissão da lei, através da Súmula 223, do STJ³⁴, orientação também firmada no STF³⁵. Como explicitado por Luiz Rodrigues Wambier e

³⁴ Súmula 223, do STJ: "A certidão de intimação do acórdão recorrido constitui peça obrigatória do instrumento do agravo".

³⁵ Veja, por exemplo: 5017913 - Agravo de Instrumento - Certidão de Publicação do Acórdão Recorrido - Peça de Traslado Obrigatório - Ausência - Controle da Tempestividade do Recurso Extraordinário - Recurso Improvido - Não se presume a tempestividade dos recursos em geral, pois incumbe, a quem recorre, o ônus processual de produzir, com base em dados oficiais inequívocos, elementos que demonstrem que a petição recursal foi efetivamente protocolada em tempo oportuno. - Sem que a parte agravante promova a integral formação do instrumento, com a apresentação de todas as peças que dele devem constar obrigatoriamente, torna-se inviável conhecer do recurso de agravo, cabendo enfatizar que a composição do traslado deve processar-se, necessariamente, perante o Tribunal a quo e não, tardiamente, perante o Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Tratando-se de recurso extraordinário, compete ao Supremo Tribunal Federal - e a este Tribunal, apenas - o reconhecimento definitivo sobre a tempestividade, ou não, desse meio excepcional de impugnação recursal. (STF - AGRAG - 282628 - SC - 2ª T.- Rel. Min. Celso de Mello - DJU 20.04.2001 - p. 00115)

Teresa A. A. Wambier, as razões da alteração são evidentes e figall7-se aos valores de segurança e previsibilidade³⁶.

Como já é sabido e se analise expressamente no item 2.6 *infra*, tal recurso de agravo de instrumento (CCPC, art. 544), não se submete a aferição dos requisitos de admissibilidade no tribunal de origem.

O outro ponto a se destacar, foi a previsão de que é possível ao próprio advogado da parte, proceder a autenticação das peças processuais que integrarão o referido recurso de agravo de instrumento. Muito salutar a previsão. Aliás, não há sequer especificação de que a declaração de autenticidade deva constar de cada peça processual. Pode ser geral, com menção de todas as peças³⁷. Tratou-se de uma postura antiformalista e simplificadora, além de dar vazão a uma menor onerosidade à parte, bem como potencializar o tónus da instrução e efetividade do processo. O questionamento que se faz agora é o seguinte: qual o alcance que se deve dar a esta norma?

25.1. Possibilidade de autenticação de peças nos demais recursos, notadamente no agravo de instrumento em face de decisão interlocutória, pelo próprio advogado, numa interpretação extensiva e analógica do § 1.º, do art. 544, do CPC

Parece não ser outra, que não a interpretação extensiva e analógica, da regra do § 1.º, do art. 544, do CPC, também para as hipóteses dos demais recursos, notadamente o de agravo de instrumento (CCPC, art. 522). É se dar a maior potencialidade possível à norma, em atinência ao acesso à justiça³⁸, e à instrumentalidade³⁹ do processo.

³⁶ Wambier, L. R.; Wambier, T. C. A. A. *Breves comentários à 2.ª fase da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 147

³⁷ Veja, por exemplo, que no Paraná, notadamente no Tribunal de Justiça, por força da resolução 10/2002, exige-se, contrariamente ao espírito da norma, *data vênia*, a autenticada de peça por peça.

³⁸ Como bem colocam Capelletti e Garth ao elencarem o custo do processo como *entrave* ao acesso à justiça: *A resolução em geral de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas. Se é certo que o Estado paga os salários dos juizes e do pessoal auxiliar e proporciona prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo honorários advocatícios e algumas custas judiciais.* Capelletti, M.; Garth, B. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 15-6.

³⁹ O processo *deve* ser o meio para a resolução do conflito de interesses. Não tem um fim em si mesmo: *"Función del proceso. El proceso sirve para resolver un conflicto de intereses"*. Couture, E. J. *Introducción ai estudio del proceso civil*, 2, edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988. p. 55.

Ora, se se admite a declaração de autenticidade de fotocópias de peças processuais pelo próprio advogado, em sede de agravo de instrumento contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial/extraordinário, não existe razão, nem lógica nem mesmo jurídica⁴⁰, para que também se dê azo a esta mesma regra em relação a todos os demais recursos que necessitem de cópias de peças processuais e em especial, todos os agravos, mais nitidamente: o agravo de instrumento de decisões interlocutórias.

Na exposição de motivos do projeto, traz-se a exata intenção da desburocratização querida pela norma: Como novidade simplificadora e antiformalista, dá-se a possibilidade de o próprio advogado declarar a autenticidade das cópias, 'sob sua responsabilidade pessoal', ou seja, responsabilidade civil, responsabilidade perante os órgãos disciplinares da própria OAB e eventual responsabilidade criminal.

Se o advogado fica pessoalmente responsável por tal declaração de autenticidade naquela hipótese, porque isto também não ocorre com o agravo de instrumento de decisões interlocutórias?

Não existe, como bem apontaram Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Júnior e Marcelo Abelha Rodrigues, quaisquer razões, lógicas ou jurídicas, para não se interpretar assim:

De outro lado, se esse tratamento pode ser dado ao agravo de despacho denegatório de recurso especial, com maiores razões essa regra deve ser aplicada ao agravo de instrumento previsto nos arts. 524 e s. do CPC. Não existe razão, lógica ou mesmo jurídica, que conduz a conclusão diferente. Se já existiam decisões, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que dispensam autenticação de peças no agravo de instrumento, a situação atualmente encontra-se sobremaneira facilitada para o agravante. Basta que o seu advogado declare que as peças constantes do instrumento conferem com as existentes nos autos e que deles foram extraídas⁴¹.

Veja, que esta declaração de autenticidade (CPC, art. 544, § 1.º) irá valer para o processamento do recurso no tribunal *a quo* e também no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Se possível nestas instâncias superiores, porque não em primeiro grau de jurisdição? Teria querido ser o legislador menos rígido para os recursos nas instâncias

⁴⁰ Engisch, citado Bockelmann, dá exatamente esta dimensão na aplicação da norma: "O tribunal, ao aplicar o Direito, deve funcionar como um autômato, com a única particularidade de que o aparelho em função não é um mecanismo automático mas um mecanismo lógico," Engisch, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução, J. Batista Machado. 7. edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 206.

⁴¹ Jorge, F. C.; Didier Júnior, F.; Rodrigues, M. A. *A nova reforma processual*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113.

superiores, do que em relação a qualquer outro recurso que necessita de cópias de peças processuais? Evidente que não. Há que se interpretar a norma dentro de sua maior potencialidade, ou seja, atinentes a todos os recursos que necessitem de cópias de peças processuais, geraria uma economia e uma celeridade muito maior. Decorreria, inclusive, do princípio constitucional da isonomia.

É a perfeita aplicação da instrumentalidade, economia e celeridade processual. Com isto, facilita-se a instrução de tais recursos, diminui o custo do processo, reduz a carga de trabalho das serventias judiciais, permitindo, finalisticamente, a ampla defesa processual. Aliás, como citado na exposição de motivos, foi exatamente isto o objetivo da norma: ser simplificadora e antiformalista. Isto deve ser buscado em todos os níveis da jurisdição.

Aliás, importante a transcrição de acórdão do Superior Tribunal de Justiça da lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

*A necessidade de autenticação das peças, como requisito de admissibilidade do agravo, não encontra respaldo na legislação processual, nem se ajusta ao escopo do processo como instrumento de atuação da função jurisdicional do Estado, atritando, inclusive, com os princípios da celeridade e economia*⁴²

E é assim que a *praxis* acolheu.

Entretanto, que não se cometa excessos. Não se pode concordar⁴³ que tal norma confere amplas possibilidades ao advogado para declarar autênticas as peças processuais para quaisquer fins, até porque, em sede recursal, as partes envolvidas poderão controlar a seriedade do procedimento adotado. Não se poderá permitir, por exemplo, que as peças autenticadas sejam destinadas a outros feitos.

O que se pode, concluir, por fim, é que com tal norma, agora há previsão expressa da necessidade de se juntar as cópias das peças processuais *autenticadas*, o que não ocorria outrora.

⁴² STJ. 4.ª Turma, Resp 204.887-SP, in DJU 02.04.2001.

⁴³ Como por exemplo, diz Jorge Vicente Silva: "*Feitas estas considerações, verifica-se que a autorização dada pela norma em comento, não se limita à autenticação de peças para juntar em agravo de instrumento, conferindo também ao advogado atribuição para autenticar fotocópias extraídas de processos para instruir outros feitos, sejam cíveis, criminais, trabalhistas, etc., e em recursos, habeas corpus, ação rescisória, revisão criminal, etc.*" em artigo intitulado: *Autenticação de fotocópias. Agora o advogado tem fé pública*, publicado no jornal O Estado do Paraná, caderno Direito e Processo, dia 02.06.2002. p. 5.

2.6. O § 2.º, do art. 544, do CPC

O referido parágrafo segundo do art. 544, do CPC, agora contempla a seguinte redação: A petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. O agravado será intimado de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender convenientes. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental.

A primeira menção a se dizer é que no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, art. 112⁴⁴, já havia a previsão de isenção de preparo, para o agravo de instrumento, contra despacho denegatório de seguimento de recurso especial, sendo que tal recurso, por aquela previsão, só estava sujeito ao pagamento de porte de remessa e retorno.

No Supremo Tribunal Federal, também em seu regimento interno, arts. 57 e seguintes⁴⁵, havia previsão para tal recurso, do recolhimento de preparo e do porte de remessa e retorno.

Com a novel redação do artigo, o recurso de agravo de instrumento contra despacho denegatório de seguimento, tanto do recurso especial, como do extraordinário, fica totalmente isento de preparo e porte de remessa e retorno.

Outrossim, verifica-se também que o encaminhamento do referido recurso será feito aos tribunais superiores, onde será processado pela forma prevista em cada regimento, sem qualquer manifestação dos tribunais *a quo*.

Mister, ainda, outra consideração, visto que na redação de referido dispositivo constou os termos *custas* e *despesas postais*. Como aponta Flávio Cheim Jorge:

O preparo é lima espécie do gênero despesas. Para a interposição do recurso especial. por exemplo, não é devido preparo, mas, tão-somente, o porte de remessa e retorno, que também é uma espécie do gênero despesas. Assim sendo, preparo (espécie) é sempre uma despesa (gênero), enquanto a

⁴⁴ RISTJ, art. 112: "Art. 112. No Tribunal, não serão devidas custas nos processos de sua competência originária ou recursal." Vale a transcrição do acórdão publicado na RST J 56/442; "O recurso especial pode estar isento de custas, o que, porém, não exclui o porte de remessa e retorno, meras despesas, pelas quais deve arcar o recorrente, não se me afigurando razoável atribuir tal ônus aos cofres públicos, federais ou estaduais, e muito menos determinar diligências para suprir a inércia do interessado, onerando e retardando a prestação jurisdicional."

⁴⁵ RISTF, art. 59: "Art. 59. O preparo far-se-á: 1- o de recurso interposto perante outros Tribunais, junto às suas secretarias e no prazo previsto na lei processual; (...) § 1º Nenhum recurso subirá ao Supremo Tribunal Federal, salvo caso de isenção, sem a prova do respectivo preparo e do pagamento das despesas com remessa e retorno, no prazo legal."

*despesa nem sempre significa preparo, pois pode ser mencionada como porte de remessa e retorno*⁴⁶

Portanto, ao se referir a custas e despesas postais, nada mais fez o legislador que encontrar palavras sinonímias a preparo e porte de remessa e retorno. Ambas são despesas (gênero).

Por fim, destaque-se que na atual redação, até em decorrência do princípio do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa, constou-se expressamente a oportunidade do agravado, no próprio Tribunal *a quo*, apresentar resposta, devendo, para tanto, ser imediatamente intimado após a interposição do recurso. *Previsão explícita do contraditório*⁴⁷

2.7. O art. 555, do CPC

O referido artigo, traz expressamente que o julgamento do agravo por instrumento será tomado pelo voto de 03 (três) juízes, e omitiu-se a menção ao revisor contida na redação anterior, que, igualmente, não tratava expressamente de qualquer recurso: *No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será ramada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes*⁴⁸

Afastou-se, com isso, o questionamento de que tal artigo não se aplica ao agravo, vez que na redação anterior havia menção de revisor, bem como se se aplicasse aos embargos infringentes, ação rescisória, etc..., que têm regras diferentes. Por isso, com a clareza atual da norma, é de se concluir que: na apelação e no agravo, *ex vi legis*, o julgamento será tomado por 3 (três) juízes da câmara ou turma, sem presença de revisor para o agravo.

Aliás, esta análise também foi feita por Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Júnior e Marcelo Abelha Rodrigues:

A segunda modificação está inserta no caput do art. 555 e corrige a redação anterior, demonstrando que o julgamento por três juízes se refere unicamente à apelação e ao agravo, na medida em que outros recursos podem e devem ser julgados em maior número, v.g., embargos infringentes.

⁴⁶ Jorge, F. G. *Apelação erval: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 194.

⁴⁷ Expressão utilizada por José Cruz e Tucci ao tratar de tal modificação normativa, Cf: Cruz e Tucci, J. R. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 81.

⁴⁸ Atual redação do art. 555, CPC, dada pela Lei Federal n. 10352/2001.

*Além disso, retirou-se a menção expressa à presença do revisor, figura inexistente no julgamento do agravo de instrumento*⁴⁹

De se ressaltar, como bem apontou Cândido Rangel Dinamarco⁵⁰, que na dicção da lei, o termo "juízes" deve ser entendido, como: juízes de Tribunais de Alçada, Desembargadores, e Juízes auxiliares e substitutos a nível de Tribunal, bem como o termo "agravo", deve ser interpretado, como sendo somente atinente ao agravo por instrumento/retido, deixando os regimentais e interno para delimitação nos regimentos internos dos Tribunais.

3. ALTERAÇÃO PELA LEI 10.444, DE 07.05.2002

Nesta lei, a única alteração que atingiu o recurso de agravo foi no tocante à novel redação do art. 280, do CPC. Repita-se que tal lei teve período de *vacaria legis* de 03 (três) meses, e entrou em vigor somente em 07.08.2002. Ficou, em relação à lei 10.352/2001, e no que toca ao agravo retido no procedimento sumário, esta impropriedade temporal, já corrigida.

3.1. O art. 280, do CPC

Como já foi mencionado no tópico 2.2 supra, a alteração do art. 280, do CPC, pela Lei Federal n. 10.444, de 07.05.2002, no que diz respeito às suas implicações atinentes ao recurso de agravo, transferiu para o § 4.º, do art. 523, do CPC, com a redação dada pela Lei Federal n. 10.352, de 26.12.2001, que entrou em vigor no dia 26.03.2002, tendo como regra que o recurso de agravo será sempre retido das decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo as exceções previstas no próprio parágrafo do artigo.

Esta regra normativa, como aduzido, aplica-se tanto ao procedimento sumário (CPC, art. 278, § 2.º), como ao ordinário (CPC, arts. 447 e 450), visto que em ambos há a previsão de audiência de instrução e julgamento. Ademais, a norma está alocada nas que tratam de forma geral a respeito do agravo.

Para o procedimento sumário, tal alteração normativa acabou por *reduzir as hipóteses do regime de retenção compulsória* do agravo, não mais albergando as decisões proferidas em matéria probatória e aquelas ridas em

⁴⁹ Jorge, F. C.; Didier Júnior, F.: Rodrigues, M. A. *A nova reforma processual*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 116

⁵⁰ Dinamarco, C. R. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 194.

audiência de conciliação, antes atingidas pela regra do inc. III, do art. 280, do CPC.

São estas as considerações que se consideram como as mais pertinentes ao tema que foi desenvolvido neste despretencioso trabalho acadêmico.

4. REFERÊNCIAS

- CAPELETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CARNEIRO, A. G. de. *O novo recurso de agravo e outros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- COUTURE, E. J. *Introducción al estudio del proceso civil*. 2. edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.
- CRUZ E TUCCI, J. R. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- DINAMARCO, C. R. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 200 I. p. 197. v. 1. item 86.
- DINARMARCO, C. R. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ENGISCH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução. J. Batista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FERREIRA, W. S. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- JORGE, F. G. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- JORGE, F. C.; DIDIER JÚNIOR, F.; RODRIGUES, M. A. *A nova reforma processual*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- JORGE, F. C. Embargos infringentes: uma visão atual. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98* (Tereza Arruda Alvim Wambier - coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- MOREIRA, J. C. B. *O novo processo civil brasileiro*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- NERY JÚNIOR, N. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- NERY JÚNIOR, N. *Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos*. 4. ed. São

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PARIZATTO, J. R. *Alterações do Código de Processo civil*. Ouro fino: Edipa, 2002.

PINTO, N. L. *Manual dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

SILVA, J. V. Autenticação de fotocópias. Agora o advogado tem fé pública. O *Estado do Paraná*, caderno Direito e Processo, dia 02.06.2002.

TALAMINI, E. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *Revista de Processo*. n. 80.

THEODORO JÚNIOR, T. *Curso de direito processual civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. C. A. A. *Breves comentários à 2.^a fase da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, T. C. A. A. Anotações à respeito da lei 9756, de 17 de dezembro de 1988. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*.

WAMBIER, T. C. A. A.; NERY JÚNIOR, N. (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

WAMBIER, T. C. A. A. *O novo regime do agravo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

WAMBIER, T. C. A. A. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.