

JOÃO ALEXANDRE CAVALCANTI ZARPELLON

A CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO

CURITIBA

2003

JOÃO ALEXANDRE CAVALCANTI ZARPELLON

A CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Edson Ribas Malachini.

CURITIBA

2003

TERMO DE APROVAÇÃO

JOÃO ALEXANDRE CAVALCANTI ZARPELLON

A CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO

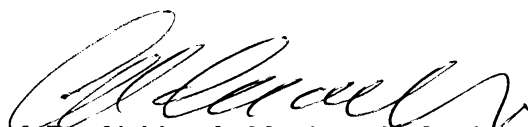
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Orientador:

Prof. Dr. Edson Ribas Malachini

Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Dr. Alcides A. Munhoz da Cunha

Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Prof. Elton Venturi

Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 22 de outubro de 2003

A meus pais, de quem tanto recebi amor e ajuda, e a quem tanto peço compreensão e paciência, para que o fruto do meu estudo se revele com maior grandeza e intensidade no futuro não distante.

A meus amigos, as pessoas
mais próximas de mim, pelo
companheirismo e pelo auxílio
compartilhados durante toda a
faculdade.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO	01
2 PROPEDÊUTICA REFORMISTA	05
2.1 HISTÓRICO DAS MODIFICAÇÕES E RAZÕES DE REFORMA	05
3 HERMENÊUTICA REFORMISTA	12
3.1 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE E PROCESSO CIVIL DE RESULTADO	12
4 PROPEDÊUTICA RECURSAL	17
4.1 CARÁTER RECURSAL DO AGRAVO	17
4.2 AGRAVO. DIFERENÇAS ENTRE OS PROCEDIMENTOS. O ANTIGO CARÁTER DA POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO	18
5 A CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO PREVISTA NO INCISO II DO ARTIGO 527 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ..	22
5.1 OPÇÃO ENTRE AGRAVO RETIDO E AGRAVO DE INSTRUMENTO	22
5.2 REQUISITOS DA CONVERSÃO	25
5.3 CONVERSÃO E ADMISSIBILIDADE RECURSAL	28
5.4 CONVERSÃO – FACULDADE OU DEVER DO JUIZ?	30
5.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
5.5.1 Procedimentais	35
5.5.2 Materiais	35
6 PROCEDIMENTOS EXTERNOS AO RITO COMUM ORDINÁRIO	37
6.1 DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO PROCEDIMENTO SUMÁRIO E NOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS	37
6.2 DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO	38
7 PROCESSOS EXTERNOS AO CONHECIMENTO <i>STRICTO SENSU</i> ..	40
7.1 DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO E NO PROCESSO CAUTELAR	40
8 RECURSO CABÍVEL	42
9 MANDADO DE SEGURANÇA	52
10 LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ	58
11 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

RESUMO

O processo civil vem sofrendo importantes modificações, evoluções e renovações tanto no seu aspecto material, quanto nas formas que determinam sua aplicação aos casos concretos. A onda renovatória que se delineia na atualidade visa, sobremaneira, a atribuição de efetividade ao processo instrumentalmente considerado. Tal efetividade é fruto da doutrina que vislumbrou outros escopos para o processo civil que não somente o jurídico, mas também o político, o social, entre outros. Para ser mais consentâneo com a realidade, o processo tende a ver os jurisdicionados como “consumidores” da necessidade de tutela. Em razão dessas constatações, a Constituição Federal de 1988 consagrou inúmeros princípios processuais garantidores de direitos fundamentais. Neste diapasão reformista, analisou-se a lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, concernente aos recursos - especificamente a conversão do agravo de instrumento em retido. As razões e os princípios balizadores da reforma foram importantes, sobretudo na elaboração da lei; contudo, após o tratamento da hermenêutica e da propedêutica reformista, analisou-se a conversão do agravo de instrumento em retido numa perspectiva técnica, legalista, que orientará os jurisdicionados no caminho a ser percorrido para o uso do recurso de agravo. Assim, sabe-se que, embora no rigor técnico ainda caiba à parte optar pelo regime do agravo, o Código de Processo Civil consagrou em suas diretivas a modalidade retida como regra recursal. Se não for respeitada essa diretiva, e o juiz não verificar a presença dos requisitos da “provisão jurisdicional de urgência ou do perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação”, a conversão deve ser determinada. Este dever não é assumido no conceito privatista, mas sim se trata de poder-dever do juiz que, não obstante, embora constatados os requisitos, poderá processar o instrumento, já que a regra legal não é impositiva da conduta do magistrado. Construiu-se também, sem o intuito de minar os pressupostos de admissibilidade e sua sistematização, a opção pela modalidade de agravo como interesse recursal específico ou especial. Da decisão que determina a conversão cabe agravo interno ao colegiado competente, pois se trata de atividade delegada ao relator e imprescindível é o controle dessa delegação. Ainda, como muito se questiona sobre a possibilidade de mandado de segurança contra ato judicial, concluiu-se que, em regra, quando o recurso cabível prevê a possibilidade da eficácia pretendida com a ação mandamental, não é possível a propositura desta. Aliada à ausência do efeito pretendido deve estar a existência de concreta ilegalidade ou abuso de poder da autoridade pública. Também algumas peculiaridades dos diversos processos e procedimentos foram levantadas; contudo, no geral foi estudado o procedimento comum ordinário e as decisões agraváveis de primeira instância. Por fim, para a consagração da conversão, atribui-se importância crucial à influência que os julgados que estão se formando exercerão para consolidar o regime de retenção como regra.

1 INTRODUÇÃO

O direito processual civil brasileiro historicamente se direcionou a proporcionar recurso contra as decisões interlocutórias, ficando preclusas as questões solucionadas caso o interessado não recorresse. Tanto que se destina atualmente o recurso de agravo a impugnar, evitando a preclusão, decisões desse jaez sobre questões incidentes proferidas no curso do processo, salvo se houver disposição expressa do legislador em sentido contrário¹.

Existe o agravo desde muito antes do Código de Processo Civil (CPC), sendo por este diploma também recepcionado. Com a lei n. 8.950/94, que modificou o *codex*, foi corrigida sua denominação, passando a **Agravo**, *tout court*. Este recurso, após promulgada a lei n. 9.139/95, sofreu várias modificações. Quatro modalidades foram consagradas, consoante o magistério de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO:

- a) agravo por instrumento, admissível contra decisão em primeira instância, interposto e processado, em separado, diretamente no tribunal *ad quem*;
- b) agravo retido, admissível contra decisão de primeira instância e interposto perante esta, evitando a preclusão, e dotado de eficácia diferida, dependente de eventual e futuro recurso de apelação;
- c) agravo por instrumento disciplinado no artigo 544 do CPC, com rito peculiar contra decisão de não-admissão de recursos extraordinário ou especial;
- d) agravo interno, interponível contra decisões monocráticas proferidas pelos relatores, podendo estar previsto em lei processual ou em normas regimentais².

Outros autores sustentam que o agravo, cabível contra decisões

¹ Aponta OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA que os artigos (arts.) 557, parágrafo (§) primeiro e 532 da lei 5.869/73, Código de Processo Civil (CPC), embora considerados agravos pela lei processual, a rigor teriam de ser considerados apelações, dado que a decisão recorrida é terminativa do feito. Esta ambigüidade conceitual obrigou, ainda, o legislador a oferecer como recurso da decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário e ao recurso especial (artigo 544, CPC) o agravo de instrumento. (SILVA, O. A. B. da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 440–441)

² CARNEIRO, A. G. **Recurso Especial, agravos e agravo interno: exposição didática: área do processo civil, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 130-31.

interlocutórias, apresenta-se sob duas modalidades, por instrumento ou retido. Os outros agravos seriam tipos diferentes de recursos* sem relação com a disciplina do artigo 522 do CPC. Nada obstante, entende-se que todas as modalidades (ou todos os “recursos” com procedimento diverso) estão abarcadas pela taxatividade *lato sensu* do art. 496 do CPC.

A inovação a ser tratada toca a possibilidade, *ex lege*, de o relator converter a modalidade por instrumento, *stricto sensu*, em retida (art. 527, inciso II, do CPC), satisfeitos os requisitos legais*, diminuindo, pois, as hipóteses em que se admite o agravo de instrumento, visando o desemperramento do Poder Judiciário para a satisfação das demandas adequada e tempestivamente. Ainda, atentar-se-á apenas para os aspectos pertinentes ao agravo (art. 522 do CPC) contra decisões de primeiro grau. Também a primeira análise concerne ao procedimento comum ordinário, estando as peculiaridades dos demais processos e procedimentos expostas posteriormente à análise daquele. Retirou-se do estudo quaisquer outras ponderações relativas ao recurso tratado *lato sensu*, sejam as trazidas também pela lei 10.352/2001, sejam as das demais modalidades admitidas pelo Código ou leis federais extravagantes[∇]. Excetua-se dessa restrição, por ser objeto do estudo que se traceja, o agravo interno legalmente previsto no inciso II do artigo 527 do CPC, cabível da decisão que determinar a conversão.

Não obstante a importância do tema fica, do mesmo modo apartado do escopo pretendido o tratamento do direito intertemporal quanto ao procedimento recursal. Tratar-se-á então de recursos processados já sob o império da nova lei, portanto após a data da entrada em vigor desta (passada a *vacatio legis*) e para aqueles casos em que esta lei se tornou eficaz antes da publicação da sentença ou do acórdão. Sabe-se que não há possibilidade de direito adquirido a regime jurídico de instituto de direito, conforme assente na lição de CARLOS MAXIMILIANO³, citado por OLIVEIRA (2002, p. 139). Assim sendo, passados quase dois anos da nova lei, é

* Entende-se que o agravo interno nem natureza recursal possui (*vide* 8).

• Os requisitos legais para a conversão são aferidos por exclusão; ou seja, converte-se quando não se tratar “de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação”.

[∇] Nesse sentido, portanto, escapam do intuito da análise recursos contra acórdãos ou contra outras decisões existentes em segunda instância; também, dos agravos interponíveis contra decisões proferidas individualmente por membros de tribunais (artigos 532, 544, 545, 557 § 1º e artigo 39 da lei 8.038/90).

³ MAXIMILIANO, C. **Direito Intertemporal**. 2. ed. Rio de Janeiro: s/e, 1955, p. 9-13.

unicamente ela aplicável ao instituto do agravo.

Notório estar no âmbito recursal uma das maiores causas de congestionamento da máquina judiciária. Resta saber se as modificações atenderão aos fins que as inspiram.

A inovação, como já referido, foi trazida pela lei 10.352, de 26.12.2001. Com ela, os poderes do relator foram aumentados, e sistematizados em ordinatórios* e decisórios*. Estes poderes reclamam prudência e preparo dos magistrados na sua aplicação para que os princípios e os escopos informadores da reforma se materializem. Não obstante, tais poderes ainda demandam controles. Nas hipóteses de conversão, portanto, o recorrente dispõe do agravo interno, mecanismo que lhe possibilita submeter à apreciação do órgão colegiado competente a decisão do relator.

O interesse em recorrer[∇] através de determinada modalidade, por vezes muito esquecido na aplicação do Direito realizada pelos tribunais pátrios, com os contornos recursais atuais deverá nortear sobremaneira o uso de recursos. O agravo por instrumento passa a ser cabível apenas “quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação”. Sem, portanto, o *periculum* com o diferimento da prestação da tutela não há interesse na modalidade por instrumento. Embora ainda haja “utilidade” por esta modalidade ante a situação de prejuízo jurídico decorrente da decisão formulada, a “necessidade” não está de todo presente porque por outro modo (agravo retido) a questão pode ser resolvida, alterando-se o prejuízo verificado. O interesse em recorrer por determinada modalidade (específico), portanto, amolda-se com perfeição ao pressuposto recursal do interesse em recorrer (amplo). Como este interesse não é ferido, ainda quando não se enquadrar a *quaestio juris* nas hipóteses do art. 527, II, previu o legislador a conversão, pois não poderia considerar inadmissível o recurso. Nesse sentido, pela exegese do artigo 523, § quarto (4º) do CPC, em conjunto com o comentado artigo 527, a retenção se torna a regra do agravo.

* Artigo 527, incs. IV, V e VI, CPC.

* Artigo 527, incs. I, II, III, CPC.

∇ Não se confunde este interesse com aquele específico tratado como requisito de admissibilidade recursal.

Espera-se que a influência⁴ dos julgados, que estão por vir sobre o assunto, ajude a sedimentar ainda melhor a compreensão do que seja e de quando é cabível a “urgência recursal”, norteadora do interesse em recorrer pela modalidade de agravo de instrumento. Não obstante, parte-se da premissa de que todos estão, eficiente e adequadamente, realizando seu trabalho. Em não sendo assim, a mudança da lei nunca adiantará⁵, seja para os juízes e tribunais, seja para os advogados e operadores. O prejuízo acaba sendo sofrido pelos jurisdicionados.

⁴ A jurisdição é exercício de influência. Também é exercício de poder, quando dotada de imperatividade. “Mas a influência nem sempre se caracteriza como poder. Caracteriza-se, no seu sentido mais amplo, como ‘relação entre dois agentes, em que um agente induz outros agentes a agirem por uma forma que de outra maneira não agiriam. (...) Quando não dotada de imperatividade, poder não é. Pois o exercício da jurisdição apresenta uma capacidade muito ampla de influir no espírito das pessoas, determinando-lhes a conduta e decisões, de forma semelhante ao que se dá quando se trata de poder, mas agora destituída de imperatividade. Trata-se da influência dos precedentes jurisdicionais.” (DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 109.)

⁵ “Erasmus de Roterdã em *A educação de um príncipe cristão* já dizia, como Platão, que ‘(u)m número muito pequeno de leis será suficiente em um estado bem ordenado, com um príncipe e magistrados honestos, e se as coisas forem diferentes, nenhuma quantidade de leis será suficiente’ (Conselhos aos Governantes, Coleção Clássicos da Política. Brasília: Senado Federal, 1998. p. 387).” (MACIEL, A. F. Considerações sobre as causas do emperramento do Judiciário. **Revista de Processo**, n. 97, p. 23-24, jan./mar. 2000.)

2 PROPEDÊUTICA REFORMISTA

2.1 HISTÓRICO DAS MODIFICAÇÕES E RAZÕES DE REFORMA

Com o advento do Código de 1939, iniciou-se a inadmissão de recursos contra decisões que causassem dano irreparável, quebrando tradição do direito brasileiro. Em *As tendências do processo civil contemporâneo*, E. D. MONIZ DE ARAGÃO (1999) já ressaltava que isto ensejou o aparecimento da medida denominada correição parcial, que supria a omissão legal permitindo até a suspensão liminar dos efeitos do ato impugnado. A medida, entretanto, incomodava os operadores do Direito, razão pela qual, no regime adotado pelo CPC de 1973, generalizou-se o recurso de agravo, que poderia ficar retido ou subir em instrumento, o qual seria apto a impugnar toda decisão não final de primeira instância. As correições praticamente desapareceram. Contudo, a não previsão de efeito suspensivo ao agravo e diante dos efeitos, não raro malignos, do cumprimento imediato de decisões relevantes, os operadores passaram a utilizar o mandado de segurança contra ato judicial, dirigido ao tribunal, para suspender o cumprimento da decisão agravada até o julgamento do agravo. Também esta medida trouxe antipatia, dado o abarrotamento que causava nos tribunais.

Para evitar o mandado de segurança visando atribuir efeito suspensivo aos agravos*, os condutores da reforma do Código de Processo Civil procuraram inovar com a lei 9.139/95 que previu a interposição do agravo de instrumento diretamente no tribunal com possibilidade de atribuição de efeito suspensivo. Antes, em 1994 surgira a antecipação de tutela, aplicável em todos os processos e procedimentos. A lei, embora visando desafogar os tribunais de mandados de segurança, teve um efeito contrário a seus propósitos. Ocorreu que os advogados utilizaram em larga escala o recurso de agravo de instrumento quase inviabilizando o conhecimento das demais causas de competência dos órgãos colegiados.

A reforma do Código de Processo Civil, em sua fase atual, visa combater então, a excessiva lentidão do processo ao verificar que o recurso de agravo tornou-se verdadeiro obstáculo às demais causas nos tribunais.

* Desde que presentes a irreparabilidade do dano, aliado à inexistência de recurso com o efeito pretendido, além dos requisitos constitucionais do mandado de segurança, regra geral (*vide* 9).

É sabido que as deficiências na tutela jurisdicional decorrem eminentemente da organização judiciária. Nada obstante, também a formação do processo continua sendo altamente formal, exigindo o concurso do juiz em praticamente todos os atos do processo e, o despertar do povo para seus direitos de cidadania passou a exigir do Poder Judiciário maior desempenho. Em igual modo, as normas processuais regentes colaboram para a ineficácia da tutela. Contudo, o intróito de elaborar novas leis ou modificar as existentes nem sempre corresponderá à esperança do legislador. O ilustre jurista E. D. MONIZ DE ARAGÃO ressaltava neste aspecto, a necessidade de se levantar certas premissas, quais sejam; alterações legislativas resolvem a questão, em parte, pois novas dificuldades surgirão, "...e o balanço final tanto poderá apresentar saldo credor, como devedor."⁶ Também, há importância e necessidade de emprego da estatística procedimental para a solução dos problemas do Direito processual. "Sem criteriosa pesquisa estatística jamais será possível: a) saber, se é necessário e conveniente alterar a lei; b) aferir os resultados produzidos pela alteração."⁷ Sem controle estatístico, não se sabe se as correções diminuíram, se os mandados de segurança representam maior ou menor número que as correções, se o manejo dos agravos é maior ou menor que de mandados de *segurança, entre outros*.

Passadas as premissas expostas, comentando os defeitos das normas processuais regentes e procurando soluções, o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, idealizador das reformas processuais, em conjunto com o ex-Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, expõe:

No concernente ao agravo, é de recordar-se, em primeiro lugar, o quanto era deficiente o sistema anterior à Lei 9.139/95, pela morosidade, pelos incidentes que proporcionava, pelas chicanas procrastinatórias que ensejava, pelo uso anômalo do mandado de segurança etc. Veio o novo modelo, reconhecidamente bem superior na concepção. Todavia, ele encontrou uma nova realidade forense, em consequência do aumento das decisões interlocutórias, causadas pelo instituto da antecipação da tutela e demais medidas de urgência. Estivéssemos hoje com o modelo pretérito de agravo de instrumento e inviabilizada praticamente estaria a prestação jurisdicional. Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que excessivo tem sido o número de agravos em sua modalidade de instrumento, a abarrotar os tribunais. Entretanto, como não é recomendável suprimir esse tipo de recurso, ou admiti-lo apenas em sua feição retida (o que ensejaria o retorno abusivo e anômalo do mandado de segurança para a obtenção de efeito suspensivo), a solução encontrada foi permitir ao relator converter o agravo de instrumento em agravo retido em inexistindo perigo

⁶ MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Reforma processual: dez anos. **GENESIS - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 24, p. 282, abr./jun. 2002.

⁷ *Ibid.*, p. 283.

de dano de difícil ou incerta reparação, encaminhando os autos, então, ao juízo da causa (art. 527). Tal mecanismo não só desestimulará o uso desnecessário do agravo de instrumento, como permitirá ao relator, em exame rápido, separar os casos, normalmente poucos, merecedores de pronto exame pela instância revisora.⁸

Numa análise mais específica dos defeitos existentes após a reforma de 1995, pode-se melhor entender os motivos que levaram o legislador a operar a nova reforma de 2001. Pela reforma anterior, estabeleceu-se também a licitude ampla do recorrente poder optar pelo procedimento a reger o recurso de agravo, salvo nas hipóteses em que se impusesse o regime, seja por disposição legal ou aferida, a *posteriori*, a falta do interesse em recorrer pela incompatibilidade com o binômio necessidade-utilidade. Como sustentava TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, a fungibilidade dos regimes não era absoluta⁹. A opção nem sempre era absoluta, mas muito aberta à conveniência das partes.

Com isso, os tribunais se depararam com inúmeros recursos de agravo por instrumento, muitos sem o requisito da imediatidade da apreciação jurisdicional, sem interesse recursal por aquela modalidade. Com a liberdade na escolha, parece que foi esquecida a existência do agravo retido, também previsto no artigo 522 do CPC.

Nesse quadro, a solução localizada, portanto, foi a possibilidade de conversão do agravo de instrumento em retido¹⁰, concedida ao relator com ressalvas expressas, devendo, com isso, os autos serem encaminhados ao juízo da causa. É certo que não se poderia simplesmente, tornar irrecorríveis as decisões ou impor uma modalidade própria a todos os recursos de agravo, pois esta privação ao acesso à justiça logo ensejaria a utilização de inúmeras ações mandamentais, subvertendo os motivos da reforma. Neste contexto, recentemente, com a promulgação da lei 10.352/2001, inseriu-se no texto legal a referida possibilidade, continuando a tendência reformista iniciada em 1995.

A conversão, como anota a aguda lição de SÉRGIO LUIZ KUKINA em

⁸ TEIXEIRA, S. de F. O prosseguimento da reforma processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 95, p. 10, jul./set. 1999.

⁹ WAMBIER, T. A. A. **Os agravos no CPC brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 322-323.

¹⁰ MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO opinou por não se admitir a conversão na reforma, pois "a própria sistemática criada pela normatividade vigente (órgãos em que devem ser interpostos, preparo etc.), inviabiliza a transformação, pelo Judiciário (tribunal ou juiz), do agravo de instrumento em retido e vice-versa". (FERREIRA FILHO, M. C. **Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento, arts. 496 a 565** [SILVA, O. A. B. da (Coord.)]. São Paulo: RT, 2001, v. 7., p. 207.)

Apontamentos sobre um novo projeto de reforma recursal (2001), guarda identidade de propósito com a implantação, em 1998, do regime de retenção dos recursos extraordinário e especial interpostos contra decisão interlocutória (art. 542, § 3º do CPC). A identidade está na assunção do regime retido como regra geral do agravo.

Levantado o quadro ensejador das reformas* e elevadas à categoria de leis vigentes, as críticas começaram a aparecer. Não obstante o intento renovador do processo civil brasileiro, ora demonstrado, ainda persiste, na opinião do professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, um mito de desnecessária exacerbação no tocante ao duplo grau de jurisdição e a ampla recorribilidade das decisões¹¹. Inegavelmente existe no Brasil um excesso de recursos processuais. E este é embaraço que deve ser mitigado. Muito embora se pugne por sua relativização não se verifica, para o jurista mineiro, ser este o intróito da lei 10.352. A ampla recorribilidade afasta a oralidade e seus subprincípios (imediatidade, concentração, identidade física do juiz, concessão ao juiz de poderes amplos e liberdade na formação da convicção). Não que a nova disciplina do agravo queira contribuir com a retomada da oralidade, mas, ao menos, procura tornar o procedimento mais célere, consoante os subprincípios acima expostos. Também a exacerbação do segundo grau de jurisdição e principalmente o curso simultâneo do processo em primeira e segunda instância constitui óbice àqueles valores pugnados pelo sistema da oralidade.

No mesmo sentido, EDUARDO ARRUDA ALVIM e CRISTIANO ZANIN MARTINS atestam que o duplo grau de jurisdição por vezes se torna limitação à garantia de acesso à Justiça, desprestigia a decisão proferida em primeira instância, revela fragilidade do sistema jurisdicional e obstáculo à eficiência da organização judiciária¹². Para estes autores, embora o texto constitucional consagre o princípio

* O quadro reformista é formado pelas leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02.

¹¹ THEODORO JÚNIOR, H. Inovações da Lei nº. 10.352 de 26/12/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição. **GENESIS – Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 25, p. 502, jul./set. 2002.

¹² ARRUDA ALVIM, E.; MARTINS, C. Z. Apontamentos sobre o sistema recursal vigente no direito processual civil brasileiro à luz da lei 10.352/2001. In: NERY JR., N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2002. p. 135-136. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, 6).

do duplo grau da jurisdição*, todavia não impede a restrição das hipóteses de cabimento de recursos em algumas situações*.

Contudo, elevada a conversão a texto legislativo, não há agora como a refutar. O manejo de uma ou outra modalidade, para as partes, deverá estar adstrito à necessidade, ao interesse naquelas formas recursais, determinados ambos pela urgência, pois ao relator estará autorizada a conversão quando inadequada a modalidade de instrumento escolhida.

Ao agir assim, o legislador justifica a tendência a um refinamento da técnica processual, apontado por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹³.

Ainda na pauta das críticas, a técnica adotada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, em conjunto com a Escola Nacional da Magistratura, demonstrase questionável, agora com foco nos poderes do relator. Lança-se, neste diapasão, a opinião de ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO e RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO para quem é questionável "...se a técnica de ampliação gradativa dos poderes do relator efetivamente serve – e tem servido - como forma de combater os problemas da morosidade e falta de efetividade do processo. Afinal, os princípios do processo não permitem que tais decisões de natureza jurisdicional permaneçam sem controle."¹⁴ Como bem ressaltado por EDUARDO TALAMINI, o julgamento dos recursos por juízo monocrático constitui atividade delegada pelo órgão colegiado, efetivamente o competente para o exame de tais recursos. Por essa razão, o aumento dos poderes conferidos ao relator deve ser analisado sempre com máxima cautela, na medida em que constitui providência que excepciona a regra geral – de matriz constitucional – de julgamento colegiado pelos tribunais¹⁵.

Estas críticas se embasam, sobretudo na constatação de que a decisão enseja mais uma possibilidade recursal, o agravo interno, e também porque deveria

* A conclusão aferida, neste aspecto, é não se tratar o duplo grau de jurisdição consagração constitucional.

* Os princípios do duplo grau de jurisdição e do acesso à justiça serão melhor analisados adiante (*vide* 3.1).

¹³ BARBOSA MOREIRA, J. C. Tendências contemporâneas do direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 31, p. 199, jul./set. 1983.

¹⁴ MOREIRA, A. C. et. al. **Nova reforma processual civil: comentada**. São Paulo: Método, 2003, p. 284.

¹⁵ TALAMINI, E. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos Tribunais: legitimidade e controle (agravo interno). In: NERY JR., N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: RT, 2002, p. 180. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, 5).

haver limitação à própria recorribilidade das interlocutórias.

Contrariamente, o eminente processualista CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO em *A reforma da reforma* (2002), defende uma maior aplicação dos artigos 527 e 557 do CPC, de forma que os relatores efetivamente se valham de tais poderes e aumentem o número de agravos julgados de forma monocrática.

A delegação de poderes ao relator visa atender à efetividade do processo ao afastar o mito da segurança e ampla discussão anterior às decisões. Não obstante, a delegação de poderes é submetida a um necessário controle que enseja, portanto, mais uma possibilidade recursal.

Sem dúvida que a efetividade têm e continuará tendo grande relevância nas discussões do direito contemporâneo, sacrificando a aspiração por uma justiça baseada na “verdade” dos acontecimentos. CARNELUTTI em *Verdade, Dúvida e Certeza*, interpretado por COUTINHO (1997), mostrou a intangibilidade desta aspiração¹⁶. Como princípio central do ordenamento processual hoje, cabe aos operadores focar o estrito sentido do princípio da efetividade em tela não obscurecendo, contudo, a certeza dos seus juízos. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA em *Celeridade versus economia processual* (2000), explicita que pode comprometer a efetividade a ocorrência constante de urgência nas relações. Este fator, para ele, faz com que a procurada efetividade tenda a reduzir-se a simples celeridade.

Deve-se atentar, portanto, sobre se a conversão constituirá adequada melhora no sistema processual e também na organização interna dos tribunais ou se, ao contrário, determinará o manejo de inúmeros agravos internos e mandados de segurança, ao que estatisticamente o trabalho nos tribunais irá aumentar. Para esta resposta, resta aguardar como irão se posicionar os tribunais e o número de ações interpostas perante este, comparativamente ao modelo antigo do agravo. Este critério quantitativo, contudo, não afasta aquele qualitativo, a saber, da efetiva adequação da tutela jurisdicional aos anseios dos jurisdicionados.

Também se considera que a conversão atrai o princípio da economia processual ao evitar o procedimento recursal em segunda instância, obstando o instrumento na maioria dos casos. Não se esqueça que o procedimento recursal tem

¹⁶ Estudos sintetizados pelo professor JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, quando do curso proferido na Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, no Recife, em outubro-novembro de 1997, e intitulado “Glosas ao ‘Verdade, dúvida e certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito”.

custo e duração, pelo que outra vantagem está no fato de o agravado, quando da conversão, sequer ter que participar do feito.

3 HERMENÊUTICA REFORMISTA

3.1 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE E PROCESSO CIVIL DE RESULTADO

A jurisdição tem entrado em um novo enfoque, com modernos estudos processuais, não apenas de aplicação do direito, mas também como criação do direito, ao que alguns denominam movimento pós-positivista (informação verbal), realçado no direito pátrio com a Constituição Federal (CF) de 1988. Jurisdição pretendida, portanto, não apenas como reflexo do direito de ação.

Pugna-se, destarte, por profundas alterações no alcance e nos efeitos da jurisdição, para que esta atenda à efetividade do processo, norteadora da reforma aqui tratada. Nosso CPC, no enfoque dado por LIEBMAN tutela sobremaneira o direito de ação, com o que a jurisdição precisa responder com a prestação da tutela tempestiva e adequadamente.

Como corolário desta postura, deste enfoque da jurisdição, aponta-se sua consagração como direito fundamental esculpida no Pacto de São José da Costa Rica. A Constituição Federal, em seu artigo quinto (5º), § segundo (2º) prescreve que os direitos fundamentais expressos em seu corpo não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Ora, o direito à jurisdição não se opõe aos princípios já adotados por nosso regime e, ainda, neles se reforça. Não obstante, o Brasil é um dos signatários do pacto de San José da Costa Rica, datado de 22 de novembro de 1969. O artigo 8.1 deste pacto consagra o direito à jurisdição, entendendo-o sobremaneira como direito à tutela tempestiva e adequada¹⁷.

O artigo 126 do CPC consagra a jurisdição; contudo, em termos de que o Estado, pelo Poder Judiciário, não se eximirá de responder a provocação dos cidadãos, ante a anterior avocação da competência de decidir os conflitos de interesses ocorridos dentro de sua soberania. Coloca ainda os princípios como

¹⁷ “Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. (BRASIL. Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1992. 09.11.1992.)

normas suplementares, pois tem caráter positivista. A Constituição de 1988, contudo, coloca-os como normas superiores¹⁸, conferindo ao juiz tarefas normativas devido à abstração inerente aos princípios. Isto nada mais é que decorrência da assunção, ou do início desta ao menos, da posição de Estado de Justiça, notadamente principiológico. Além da referida inversão entre normas e princípios* enfatiza-se a jurisdição não como mera resposta, mas réplica adequada, célere, tempestiva e calcada na defesa dos princípios consagrados no Estado brasileiro.

Dentre os princípios que tanto se requer como balizadores das soluções dos litígios está o devido processo legal substantivo, pelo qual o juiz deixa de ser um mero aplicador da lei para se transformar num criador do Direito. Trata-se de princípio processual apto a provocar a junção da Constituição Federal com o CPC. Daqui decorrem outros princípios, além dos já referidos, que foram verificados como construtores da reforma do CPC pela lei 10.352/01, como, dentre outros, ampla defesa, isonomia, celeridade, concentração, economia processual.

Em outro enfoque, destinado ao processo como instituto, categoria fundamental do Direito, observa-se que a CF protege o processo precisamente para que a atuação jurisdicional faça com que a Constituição seja eficaz. O processo deve ser norteado por uma função social garantidora dos ditames constitucionais.

Focado o campo de aplicação do CPC e da Constituição, devem os operadores do direito ter como norte esta, enfatizando seus valores e princípios, para aplicação daquele. Contudo, nem sempre foi assim.

Neste diapasão, em *Juízes Legisladores*, MAURO CAPPELLETTI (1993) apontou a entrada do processo numa fase evolutiva instrumental, o processo civil de resultado. Todo o desenvolvimento ocorrido foi simplesmente no aspecto jurídico do processo. Não se pensou em outro escopo que o processo deva atender como o

¹⁸ Os princípios, para MIGUEL REALE, citado por ALVES (2002, p. 200), são “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários”. (REALE, M. *Filosofia do Direito*, pág. 59)

* Neste ponto, salientam-se os princípios como espécies normativas, como as regras o são; e não se contrapondo as normas. Contudo, não se tratou desta forma no corpo do texto para que o conteúdo semântico esculpido no artigo 126 do CPC não fosse alterado eis que prescreve: “No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” (BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 1973. 17.11.1973.)

social, político, teleológico, dentre outros. A primeira grande conquista desta fase foi um modelo constitucional de processo civil. O Brasil, nesta tendência, colocou na Constituição várias disposições sobre o processo civil, principalmente no artigo quinto, ampliando os instrumentos processuais de tutela de interesses da sociedade e de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Para além desta onda instrumental, há uma finalidade específica congruente com o que este estudo pretende comentar, a prestação jurisdicional célere* através da simplificação de procedimentos*.

Com a reforma que aqui se faz comentar, comparativamente ao sistema processual civil anterior, percebe-se a existência de disparidades de valores e de princípios, por exemplo, antes a exacerbada “segurança”, agora a efetividade. Contudo, entende-se que outros princípios podem se manifestar, em determinada época, de modo mais marcante, agudo, ante aos novos anseios. E referidas mudanças figuram dotadas de total normalidade por efeito do sistema de balizamento que se faz entre os princípios. Os princípios devem ter como escopo orientador os fins teleológicos das normas, e estes fins, como a sociedade mundana, estão em constante transformação. Resta ao operador firmar o cotejo mais apropriado dos princípios colocados.

Então, os princípios constitucionais do processo não apenas condicionam a validade como norteiam a hermenêutica a ser retirada das normas infraconstitucionais regulamentadoras do processo. Dentre estes princípios, o foco está na efetividade da tutela jurisdicional, donde decorrem os demais que interessam neste estudo.

Por último na sistemática principiológica, cabe analisar alguns aspectos do duplo grau de jurisdição, princípio estreitamente ligado à sistemática recursal. A Constituição Federal não garante o duplo grau de jurisdição. Pela análise do art. quinto, LV, quando a CF afirma que são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os **recursos** inerentes, não se está a dizer que toda e qualquer demanda deve sujeitar-se a uma revisão ou duplo juízo. Válidos e pertinentes os argumentos de LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART:

* Terceira onda renovatória da fase instrumental (informação verbal).

* Neste contexto, a conversão pugna por uma simplificação de procedimentos ao influenciar o manejo, em regra, dos agravos retidos.

A ampla defesa, que insere-se em uma perspectiva mais dilatada que é a do devido processo legal, deve sempre ser pensada em confronto com o direito à tempestividade e à efetividade da tutela jurisdicional, que são corolários do direito de ação, também expressamente garantido no art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Ao legislador infraconstitucional, em outras palavras, é deferida a oportunidade de verificar quando é racionalmente justificável, em nome do direito constitucional à tempestividade da tutela jurisdicional, a dispensa do duplo juízo, por não ser o recurso inerente à ampla defesa.¹⁹

Deve haver um cuidado muito grande nas reformas propostas com o mito do duplo grau de jurisdição, não raro desnecessário tanto pela morosidade quanto pela segurança e correição do julgado, até porque o art. quinto, XXXV da CF garante não só o direito de ação, mas, como exposto, a possibilidade de um acesso efetivo à justiça e assim à obtenção de uma tutela adequada e tempestiva. A conversão comentada, contudo, não se insere nestas últimas críticas, pois, como será visto oportunamente (*vide* 8), o agravo interno é imprescindível, e está sendo possibilitado um adiamento no duplo grau de juízo para eventual e futuro recurso final.

Não obstante a importância que se quer conceder aos princípios para a aplicação do direito processual civil, o estudo se aproxima sobremaneira de uma análise legalista e técnica. Ao se encorajar a tratar de um tema novo, de ainda incipiente debate na doutrina e no início de sua aplicação pelos tribunais, pretendeu-se sistematizar o instituto da conversão do agravo de instrumento em retido com outros recursos da técnica processual. Os princípios, sobretudo os da garantia da adequada tutela jurisdicional (artigo quinto, XXXV, CF), do devido processo legal (art. quinto, LIV, LV, CF), do acesso à justiça (art. quinto, XXXV, CF), da celeridade, da economia processual e da legalidade, exerceram sua influência quando da feitura da norma hoje já incorporada ao sistema processual brasileiro. Cabe aos intérpretes orientarem suas aplicações à vontade da lei com o melhor tecnicismo possível.

Neste aspecto, toma-se mais uma vez a percuciente análise de EDUARDO TALAMINI para demonstrar o intróito técnico do que aqui se pretende expor. Não sem razão, diz o professor paranaense: “Apenas se bradar por ‘acesso à justiça’, por ‘instrumentalidade’ e ‘efetividade’ do processo não basta. Isso tem de ser traduzido em resultados concretos – o que só se faz com o correto emprego da técnica processual”.²⁰

¹⁹ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2001, p. 498.

²⁰ TALAMINI, E. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, 80, p. 126, out./dez. 1995.

Portanto, conciliando o legalismo aos princípios constitucionais do processo, pretende-se firmar uma orientação que se coaduna com o que se pensa ideal ao instituto da conversão. Com a humildade de um conhecimento longe do necessário, pugna-se por orientações pretendidas corretas e não soluções que se mostrem únicas e absolutas.

4 PROPEDÊUTICA RECURSAL

4.1 CARÁTER RECURSAL DO AGRAVO

“Recurso, em direito processual, é o procedimento através do qual a parte, ou quem se encontrar legitimado a intervir na causa, provoca o reexame das decisões judiciais, a fim de que elas sejam invalidadas ou reformadas pelo próprio magistrado que as proferiu ou por algum órgão de jurisdição superior”²¹. São meios voluntários de impugnação das decisões judiciais voltados à refutação das disposições no mesmo processo em que foram proferidas.

Há para os recursos, princípios pertinentes, ante a já referida importância que o ordenamento constitucional dispensou ao sistema processual. Foge do estudo o esgotamento dos conceitos e decorrências dos princípios; não obstante se extrai do ordenamento principiológico o duplo grau de jurisdição, a correspondência, a taxatividade, a unirrecorribilidade, a fungibilidade, a consumação e a preclusão consumativa, a proibição da *reformatio in pejus*, a dialeticidade dos recursos, entre outros. Estes princípios devem orientar todas as construções correspondentes ao tema recursal e as conclusões sobre a conversão obtidas não figuram como exceção a essa regra.

Manobrado o recurso percuciente, o exame preliminar sobre seu cabimento denomina-se “juízo de admissibilidade”. Favorável a admissibilidade, o órgão julgador analisará o mérito do recurso. Os requisitos de admissibilidade dividem-se em intrínsecos e extrínsecos. Dentre os primeiros, lança-se:

- a) cabimento e adequação do recurso – existência de um provimento judicial capaz de ser atacado por meio de recurso e que esse recurso seja o legalmente previsto;
- b) legitimação do recorrente;
- c) interesse recursal (este de suma importância para a análise da possibilidade de conversão);
- d) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.

São requisitos extrínsecos a tempestividade, a regularidade formal e o

²¹ SILVA, O. A. B. da. op. cit., p. 409.

preparo.

Alerte-se que, nem todas as questões processuais são matéria pertinente ao juízo de admissibilidade.

Aceita a admissibilidade, o recurso é conhecido, declarado cabível. Então, respondendo o órgão judicial afirmativamente ao exame da admissibilidade, passa-se ao exame de mérito do recurso. Objeto do juízo de mérito é o conteúdo da impugnação à decisão recorrida, seja quando se denuncia *error in iudicando*, quando se pede a reforma do julgado, seja na existência de *error in procedendo*, quando se pleiteia a invalidação da decisão. Se verificada que a impugnação é fundada, se lhe deve dar provimento. Se infundada o recurso é improvido.

Em regra, competente para a análise do juízo de mérito, é o órgão *ad quem*. A retratação que pode ocorrer na modalidade de agravo é uma das exceções a esta regra.

No mais, não há espaço no estudo para tratamento do tema recursal *latu sensu* ante o especial interesse nos princípios recursais e nos pressupostos de admissibilidade expostos.

4.2 AGRAVO. DIFERENÇAS ENTRE OS PROCEDIMENTOS. O ANTIGO CARÁTER DA POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO

O agravo é recurso cabível contra todas as decisões proferidas no processo, consoante o artigo 522 do CPC, excetuados os despachos de mero expediente²², dos quais não cabe recurso (art. 504 do CPC), e as sentenças, de que caberá apelação* (art. 513 do CPC).

No regime atual, a regra é não terem os agravos, consoante o artigo 497, efeito suspensivo, com a ressalva dos artigos 558 e 527, III, do CPC, quando o relator poderá outorgar referido efeito. Em ambas modalidades pode haver retratação pelo prolator da decisão atacada.

O agravo retido caracteriza-se por ser um recurso de eficácia diferida,

²² “Outra observação pertinente é a que diz respeito a uma imprecisão terminológica do próprio Código de Processo Civil, que às vezes denomina despachos provimentos judiciais que são verdadeiras decisões, que, não obstante a impropriedade do nome, na generalidade dos casos são agraváveis”. (Ibid., p. 442)

* Fica a ressalva exposta na Introdução (*vide* 1).

impeditiva da preclusão da questão decidida e com conhecimento dependente de futura interposição de apelação, quando será apreciado preliminarmente, desde que reiterado nas razões ou contra-razões do recurso da sentença. Independe de preparo. Interposto, ouve-se o agravado no prazo de dez dias, podendo, após, o juiz reformar sua decisão. Admite-se sua interposição oral das decisões interlocutórias proferidas em audiência. É obrigatória esta modalidade quando de “decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença”, ressalvados os 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” (artigos 522 e 523 do CPC). Numa interpretação sistemática, os casos de dano de difícil e de incerta reparação estendem-se tanto às decisões posteriores à sentença quanto às proferidas em audiência. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO delimita estas “decisões posteriores à sentença”, como vindouras à decisão, mas anteriores a remessa dos autos ao tribunal, quando ainda sujeito o processo à instância monocrática²³.

Para as audiências preliminares*, constantes no art. 331 do CPC, o agravo pode tanto adotar a modalidade retida como por instrumento. Contudo, como já externado, a reforma considerou como regra o regime retido, ressalvados aqueles casos dos artigos 523 § quarto (4º) e 527, II, do CPC.

O agravo de instrumento tem apresentação efetuada diretamente ao tribunal competente, com formação do instrumento (art. 525 do CPC) a cargo do recorrente. O prazo para sua interposição é também de dez dias. Admite-se a concessão, pelo relator, de efeito suspensivo bem como de efeito ativo. O agravante ainda deverá, em três dias, requerer a juntada da cópia da petição do agravo, do comprovante de interposição e do rol de documentos que instruíram o instrumento, aos autos do processo perante o juízo *a quo* sob pena de admissibilidade negativa do agravo de instrumento*.

Questão bastante debatida pela doutrina era tratar-se a modalidade do agravo escolha do agravante. BARBOSA MOREIRA ressaltava que cumpria ao juiz

²³ CARNEIRO, A. G. op. cit., p. 150.

* Não se pode conceber a audiência preliminar como meramente conciliatória. Nela se operam decisões de grande relevância, não raro decidindo questões e pontos controvertidos, questões processuais, saneando o processo (art. 331, §§ 2º e 3º do CPC).

* Trata-se de requisito de admissibilidade tardio e especial.

observar a opção manifestada pelo agravante²⁴. E. D. MONIZ DE ARAGÃO, contudo, ressaltava, citado por CARNEIRO (2002, p. 145), a possibilidade de:

...surgir algum caso em que o juiz, serena e motivadamente, manda subir *incontinenti* o agravo, de ofício ou a pedido do agravado, conquanto o recorrente houvesse optado pela sua permanência nos autos. Tal conduta, não feriria o texto, que não a exclui; antes nele encontraria amparo, como corolário da regra que faculta ao agravante requerer a permanência de recurso nos autos.²⁵

Esta manifestação, contudo, deu-se anteriormente à reforma de 1995.

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, também sobre a sistemática anterior à lei n. 9.139/95, ponderava assistir ao magistrado a possibilidade de operar a conversão “no interesse do recorrente em uma ou outra modalidade de agravo, a respeito da utilidade prática da modalidade de agravo pela qual a parte optara.”²⁶ Operada a conversão, tal decisão seria tomada como irreversível, como opinaram JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA²⁷ e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER²⁸, citados por CARNEIRO (2002, p. 145).

Com o advento da lei n. 9.139, a faculdade acima exposta se apresentou inviável, dada a apresentação do agravo retido no juízo de origem, e do agravo por instrumento no juízo *ad quem*. *Electa una via, non datur regressus ad alterum*. Não de outra forma se manifesta NELSON NERY JÚNIOR, para quem além da diversidade de órgãos destinatários, há a de ritos procedimentais pelo que “...não é possível a conversão do agravo retido em agravo de instrumento, tampouco a aplicação do princípio da fungibilidade, recebendo-se o retido como de instrumento. Inadmissível o agravo na forma retida, o juiz deve pura e simplesmente indeferi-lo.”²⁹ As partes ainda poderiam optar entre os regimes, regra geral, ressalvada eventual exceção oposta pela lei. O interesse em determinada modalidade balizava a opção a ser efetuada. Na ausência de interesse em recorrer o agravo simplesmente deveria ser declarado inadmissível. Em regra, a ausência do interesse em recorrer por

²⁴ BARBOSA MOREIRA, J. C. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. V, p. 490.

²⁵ MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Estudo in *Revista Forense*, v. 246, p. 65.

²⁶ CARNEIRO, A. G. op. cit., p. 145.

²⁷ BARBOSA MOREIRA, J. C. **Comentários ao CPC**. [Rio de Janeiro]: Forense, v. V, 6. ed.[sic], 1999 [sic], n. 272.

²⁸ WAMBIER, T. A. A. **Agravo de instrumento**. [São Paulo]: RT, 1991, p. 181-185.

²⁹ NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 1022.

determinado regime não afetaria o interesse em recorrer amplo. Tanto isto é verdade que os tribunais se tornaram amontoados de agravos, muitos sem o requisito da imediatidade de apreciação.

Na sistemática anterior a 1995, portanto, opinaram MONIZ DE ARAGÃO e ATHOS GUSMÃO CARNEIRO no sentido de ser possível a conversão das modalidades de agravo. Para o primeiro, apenas do agravo retido em instrumento. Para o segundo jurista, também a conversão do instrumento em retido.

Muito embora tratadas como opiniões doutrinárias de realce, dado o gabarito dos aludidos juristas, estas possibilidades não foram amplamente adotadas pela jurisprudência.

Portanto, não obstante a inaplicabilidade da antiga possibilidade de conversão, a modificação trazida pela recente lei 10.352/01 não tem caráter integralmente precursor do instituto da conversão no sistema recursal pátrio. Resgatou-se um instituto já antes querido com, sem dúvida, características e contornos muito diferentes. A inovação está na possibilidade, *ex lege*, de ser determinada a conversão e o rito procedimental desta adoção. O próprio recurso de agravo hoje se apresenta com uma roupagem totalmente diferente daquela anterior à reforma de 1995; aperfeiçoado está seu procedimento e as relações processuais como um todo. Também agora, a conversão se dá por decisão do relator, órgão delegado do colegiado; antes, eventual determinação era do juiz consoante o interesse recursal numa modalidade em pauta.

Ressalta-se, contudo, que a modificação só tende a operar para converter a modalidade de instrumento em retida e não vice-versa.

5 A CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO PREVISTA NO INCISO II DO ARTIGO 527 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Hoje, com a modificação trazida ao artigo 527 do CPC pela lei 10.352 de 26 de dezembro de 2001, a norma legal em comentário se encontra com a seguinte redação:

Artigo 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator: I – (...); 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 dessa decisão ao órgão colegiado competente; III - ...³⁰

Também a nova redação do artigo 523, § quarto, é importante ao desenvolvimento do estudo. Assim ela se encontra: “Artigo 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.”³¹

5.1 OPÇÃO ENTRE AGRAVO RETIDO E AGRAVO DE INSTRUMENTO

A liberdade na manifestação de vontade das partes sob a modalidade do recurso de agravo a ser adotada*, vinha sendo de longa data criticada pela doutrina e sentida de forma negativa pelos tribunais.

A opção pelo regime (instrumento ou retido) era, de certa forma, cabível ao recorrente, desde o surgimento do Código de Processo Civil de 1973. Não obstante, o Código passou a elencar casos taxativos, como o cabimento exclusivo do agravo de instrumento da decisão que não recebe a apelação, e somente retido das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento (artigo 523 § quarto do

³⁰ BRASIL. Lei n. 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. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 2001. 17.11.2001.

³¹ Id.

* Vide 4.2.

CPC³²), quanto à modalidade a ser adotada, excepcionando a plena liberdade de escolha das partes. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER³³, citada por HERNANDEZ (2003, p. 149), ressaltava, diante disso, que com a reforma de 1995 “... evidentemente, o texto da lei não mais permite que se sustente caber sempre à parte optar pelo agravo retido ou pelo agravo que é interposto diretamente no tribunal”.

Com a recente modificação introdutória do instituto da **conversão**, JOSÉ RUBENS HERNANDEZ sustenta estarem ainda mais adstritas as opções do recorrente por uma ou outra das modalidades de agravo³⁴. Também a taxatividade legal para certa modalidade continua delineada pelo CPC em determinados casos. Em regra, como constitui limitação específica, a obrigatoriedade de regime afasta a possibilidade de conversão nos casos em que admite o instrumento, seja devido a proximidade de prejuízos iminentes, seja nos casos de danos presumidos.

Então a lei, neste aspecto, adotou outro instrumento, possibilitando, além da taxatividade, a conversão determinada pelo relator. Assim, a opção original do agravante, que ainda se considera em regra cabível, pode ser desconsiderada se o tribunal não vislumbrar o requisito da urgência. A escolha estaria, deste modo, condicionada a mais esta hipótese.

O novo instituto da conversão deve, desse modo, ser analisado sob a perspectiva da necessidade da tutela imediata, do interesse da parte em determinada modalidade recursal. O interesse reside justamente no binômio necessidade-utilidade da decisão jurisdicional. “À obtenção do resultado prático a que o recorrente almeja deve ser necessária a interposição do recurso. Por utilidade, deve-se entender que a reforma da decisão, obtida por meio da interposição do

³² “Embora à primeira vista, possa parecer negativa a ampliação das exceções, levando-se em conta a premissa de que devem ser diminuídos os agravos de instrumento, elas obedecem a uma necessidade. Por haver risco de prejuízo irreparável e vendo-se a parte impossibilitada de utilizar o agravo na modalidade de instrumento, fatalmente lançaria mão do mandado de segurança contra ato judicial, figura que a reforma processual buscou justamente eliminar ou reduzir ao mínimo. É claro que a abertura consagrada no § 4º deve ser entendida como uma exceção e, como tal, interpretada restritivamente”. (ASSIS, C. A. O agravo após a lei 10.352/2001. Algumas considerações. **GENESIS – Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 22, p. 656, out./dez. 2001.)

³³ WAMBIER, T. A. A. **O novo regime do agravo**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: RT, 1996, p. 225.

³⁴ HERNANDEZ, J. R. A conversão do agravo de instrumento em retido. **Revista de Processo**, n. 109, p. 149, jan./mar. 2003.

recurso, deve ser vantajosa, proveitosa, do ponto de vista prático, ao recorrente.”³⁵

Como já exposto, é intenção da lei a simplificação da sistemática recursal nestes casos, ao limitar os episódios de agravo de instrumento aos casos em que for provisão de urgência ou de lesão grave e de difícil ou incerta reparação. O extremo e indevido uso dos agravos de instrumento perante os tribunais balizou esta possibilidade sujeitando a opção do agravante a controle sobre o interesse recursal naquela modalidade, pelo tribunal, devendo este operar a conversão ou se for o caso, indeferir de plano o recurso.

Não obstante o que se expôs quanto a possibilidade de escolha da parte, a regra geral da modalidade retida, sugerida pela lei, deve balizar esta opção sob pena de conversão da modalidade inicialmente pretendida se ausentes os requisitos necessários.

Sem embargo, à parte cabe aferir os prejuízos que pode ou não sofrer com o diferimento da eficácia da tutela e, partindo daí, manejar sua opção. Como esta escolha inclui muito da subjetividade da parte e de suas previsões sobre a urgência e a lesividade, bem como ao juiz cabe fixar os conceitos indeterminados presentes na lei com base forte em sua experiência, eventual imposição da modalidade do agravo poderia ensejar inúmeros mandados de segurança para obtenção da eficácia pretendida no instrumento, não concebida em eventual julgamento diferido em agravo retido.

Então, seria temerário expor que a escolha é da lei e não da parte ante a regra de retenção externada. Isto seria afirmar, também, que a conversão das modalidades é obrigatória se o agravo retido fosse regra obrigatória, o que como se verá adiante (*vide* 5.4) não é a melhor interpretação. A escolha seria *ope legis* se não fosse dado à parte a possibilidade de interpor um ou outro tipo de agravo. As partes aferirão, segundo seu ponto de vista sobre os eventos presentes e futuros, a necessidade do agravo por instrumento ou retido. O relator, na primeira modalidade, pode, contudo, entender não haver *periculum* no diferimento da prestação da composição da questão. Ainda, como se trata de uma faculdade*, o relator pode achar conveniente, embora não vislumbre os requisitos do inciso II do art. 527, o

³⁵ OLIVEIRA, G. K. L. de. As alterações impostas ao recurso de agravo pela lei 10.352/2001. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 107, p. 148. jul./set. 2002.

* Faculdade que, contudo, deve ser entendida como um poder-dever de agir concedido ao magistrado.

imediate processamento do recurso, segundo outros princípios que podem balizar sua decisão.

5.2 REQUISITOS DA CONVERSÃO

Não se deve operar a conversão quando, verificado o conjunto de elementos requerentes de urgência ou lesividade, considerar-se que o diferimento na apreciação do recurso possa acarretar à parte recorrente grave prejuízo ou dano de difícil ou incerto ressarcimento, ou haver necessidade imediata do provimento jurisdicional. Pressupõe-se a inexistência de *periculum in mora* para a determinação da conversão.

Os requisitos do inc. II, “provisão jurisdicional de urgência”, “perigo de lesão grave e de difícil reparação”, ou “incerta reparação”, não são cumulativos. Aferido qualquer deles, a conversão não deve ser realizada. Também não é necessário que o dano já tenha se consumado.

Tanto matérias processuais quanto materiais podem se encaixar nos prejuízos requeridos pela lei para o processamento do agravo de instrumento.

O mencionado inciso, do art. 527 do CPC, elenca apenas as circunstâncias excepcionais que impedem tal conversão, reafirmando, portanto, a retenção como regra. Dentre as primeiras (provisões jurisdicionais de urgência), incluem-se no geral as tutelas cautelar e antecipatória, do que são exemplos as liminares que antecipem os efeitos da tutela final, as liminares em cautelares, em mandados de segurança, em possessórias, revisionais e todas as outras que contemplem pedidos liminares. ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO e RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO ampliam o rol de impossibilidades de retenção a decisões proferidas em ações executivas *lato sensu*, decisões a respeito de competência relativa ou absoluta, que decretam falência, que indefiram a produção de provas importantes, entre outras³⁶. Estes exemplos não pretendem esgotar as possibilidades de urgência na prestação de tutela, apenas ilustrar a ampla gama ainda remanescente.

As decisões que versem sobre matéria a respeito da qual não se opera preclusão não se coadunam com o interesse recursal na modalidade retida. Assim

³⁶ MOREIRA, A. C. et. al. op. cit., p. 283.

se manifestam LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI³⁷. Como, em regra, são matérias de ordem pública, cognoscíveis a qualquer tempo e grau de jurisdição, por provocação da parte ou *ex officio*, seu diferimento pode afrontar sobremaneira o princípio da economia processual. Não raro, decisões desse quilate podem determinar desde logo a extinção do processo, como na verificação das condições da ação e dos pressupostos processuais. Seria atentatório à economia processual, desgastante e dispendioso levar um processo até a segunda instância para se verificar que, logo em seu início, ele deveria ter sido extinto.

Particularidades há na incompetência relativa, no impedimento e na suspensão que sujeitarão o processo à suspensão até que definitivamente julgadas. Se o Código, em seu artigo 306, determina essa suspensão imediata, é porque não pretende o diferimento da decisão sobre a causa. Eventual agravo dessas decisões deve se processar pela forma de instrumento.

Então, não se converterá quando se tratar de “provisão jurisdicional de urgência”, quando a questão elementar envolver conteúdo que necessite decisão de imediato e quando assim exigir sua própria natureza.

Configurado o “perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação” o agravo deve ser admitido por instrumento, pois faltaria interesse em recorrer na modalidade retida. A conversão poderia ensejar a violação ao artigo quinto, inciso XXXV, da CF.

O artigo 558 do CPC alude também aos casos dos quais possa resultar “lesão grave e de difícil reparação”. Por este dispositivo, o relator poderá suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo. A conversão aqui não tem cabimento. Contudo, apresenta-se outra discussão de relevância ao processo civil hodierno no tocante a haver ou não necessária correlação entre o disposto no inciso II do art. 527 e a concessão de efeito suspensivo ao agravo, como exposto no corpo do art. 558. JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA refuta esta correlação devido ao fato de a concessão de efeito suspensivo demandar “relevante fundamentação” (art. 558, *caput*), *fumus boni iuris*, e o inciso II do art. 527 não fazer tais exigências. Também, frise-se que a determinação do alcance dos preceitos que

³⁷ WAMBIER, L. R. et. al. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, v. 1.

graus³⁸. A suspensão exige gradação maior para sua concessão, e não necessariamente a indeterminação de seus requisitos coaduna-se perfeitamente com aqueles ensejadores do processamento do agravo de instrumento. SÉRGIO LUIZ KUKINA, ao contrário afirma que se pode vaticinar que todo agravo de instrumento que não obtenha de plano o efeito suspensivo dada a ausência de *periculum in mora* estará potencialmente sujeito ao instituto da conversão facultada ao juiz³⁹.

Parece que se a matéria discutida na decisão agravada estiver caracterizada dentre os procedimentos de urgência, autorizado estará o processamento do agravo de instrumento, independentemente de quaisquer requisitos para concessão de liminares suspensivas ou ativas, inscritas nos artigos 527, III e 558 do CPC.

A princípio, com a conversão da modalidade de agravo, fica afastada a possibilidade de atribuição de efeitos suspensivo ou ativo, não raro efêmeros. Se for atribuído o efeito pleiteado e diferida a apreciação do recurso para o momento de eventual apelação, ao prejudicado isto terá efeito análogo ao julgamento do recurso, como anotam LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER⁴⁰.

O conceito de “urgência” a que o artigo se refere dependerá da apreciação do próprio relator e sua complementação interpretativa, caso a caso, dado o fato de se tratar de qualificador indeterminado. Também “lesão grave e de difícil ou incerta reparação” enseja esta capacidade interpretativa do juiz (*vide* 5.4).

Ainda que tenha o relator dúvidas sobre a proximidade de “lesão grave e de difícil ou incerta reparação” ou da urgência requerida, não deve operar a conversão. Como instituto aplicável em sede de cognição sumária, deve ser apostado com as devidas restrições. Não se considera a possibilidade de poder o relator, em havendo dúvida, ouvir o agravado antes de decidir pela conversão, porquanto, é mais

³⁸ MEDINA, J. M. G. A recentíssima reforma do sistema recursal brasileiro – análise das principais modificações introduzidas pela lei 10.352/2001 e outras questões. In: NERY JR., N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2002. p. 357. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, 6).

³⁹ KUKINA, S. L. Apontamentos sobre um novo projeto de reforma recursal. In: MARINONI, L. G.(Coord.); DIDIER JR., F.(Coord.). **A segunda etapa da reforma processual civil**. [São Paulo]: Malheiros, 2001. p. 224.

⁴⁰ WAMBIER, L. R.; et. al. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 167.

razoável que se determine de plano o processamento do instrumento e o agravado seja ouvido já sobre as razões recursais. Também, pelo princípio da economia processual, não é aberta nova possibilidade do relator determinar a conversão depois de ouvido o agravado ante a movimentação já exercida no sentido de um julgamento final do agravo. Também, isto seria uma afronta à segurança jurídica pretendida pelas partes.

Então, a verificação do cabimento destas hipóteses compete, *incontinenti*, ao relator do recurso de agravo de instrumento, que determinará ou não seu processamento. Não fica afastada a possibilidade do julgamento do próprio agravo como dispõe o artigo 557, § primeiro (1º) - A, do CPC. O procedimento, contudo, será melhor tratado adiante (*vide* 8).

Nada impede que se opere a conversão quando interposto um agravo de instrumento de uma retratação. Assim se explica o afirmado: se o juiz se retrata, à outra parte cabe, sustentam alguns autores, apenas a modalidade por instrumento, eis que provavelmente inviável a retratação. Contudo, parece que não deverá importar na escolha da modalidade apenas eventual retratação, pois geralmente o juiz não reforma sua decisão, mas sim o critério da necessidade imediata da reforma da decisão. Não ocorrendo esta, dever-se-á optar pela modalidade retida, mesmo que por óbvio o juiz monocrático não se retratará. Ou em não ocorrendo esta opção, deverá o relator converter o agravo em retido, de plano.

5.3 CONVERSÃO E ADMISSIBILIDADE RECURSAL

Inicia-se com uma problemática ventilada pelos professores TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e LUIZ RODRIGUES WAMBIER. Questionam se um agravo de instrumento não admissível poderia ser transformado em retido. E se este requisito de admissibilidade fosse o ônus constante do artigo 526 § único? Na opinião dos ilustres juristas, para este requisito a resposta é afirmativa, pois se levando em conta a disposição do Código, a possibilidade de conversão aparece antes da determinação ordenatória de intimação do agravado, momento em que este eventualmente oporá o descumprimento do referido ônus. Ainda, como o ônus do artigo 526 visa sobremaneira possibilitar a retratação, o recurso que descumpriu o ônus pode ser convertido, pois a partir da remessa dos autos ao juízo de primeira

instância se abrirá novo ensejo para a retratação do juízo. Também afirmam que os recursos retidos não trazem qualquer prejuízo processual e que agora, com a inversão da ordem da regra recursal, "...seria desarrazoado exigir-se a implementação de um requisito de admissibilidade de recurso, exigível exclusivamente no regime de interposição imediata no Tribunal, se o seu destino será o de ser convertido em recurso retido, segundo a regra geral."⁴¹

Contudo, estas soluções se sedimentam na inadmissibilidade por descumprimento do ônus do artigo 526; para os demais casos, a solução é diferente, pois o requisito de admissibilidade não é tardio e especial como este.

No tocante aos demais requisitos, só se pode converter recurso admitido*, pois recurso não admitido não acarreta processamento para posterior julgamento. Os autores do problema exposto, contudo, articulam que só se saberá se o recurso fora admitido após a resposta do agravado. Nada obstante, esta hipótese também só tem validade em havendo o descumprimento do ônus do artigo 526 do CPC.

A LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER assiste razão no tocante ao requisito do art. 526 pelo princípio da instrumentalidade das formas. Contudo, trata-se de requisito, ressalte-se, especial e tardio a admitir esta interpretação. Como exposto, aos requisitos de admissibilidade próprios não se aplica esta fungibilidade na conversão do instrumento em retido pela ausência de algum deles. Tanto é assim que, a falta de cabimento e adequação não acarreta admissibilidade nem processamento, também a ausência de legitimidade e a existência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer (isto apenas no tocante aos requisitos intrínsecos). Talvez, numa esforçada e temerária operação, somente a falta de interesse em recorrer legitimaria a admissibilidade do agravo; contudo, tecnicamente não há falta de interesse em recorrer, mas sim em recorrer por determinada modalidade, como é o caso da possibilidade de conversão onde o relator reconhece a falta de interesse pela modalidade de instrumento. Entretanto, seria arriscado considerar, de forma precursora, a falta de necessidade numa modalidade em detrimento da outra como interesse recursal especial ou específico. Não se quer minar a construção doutrinária dos pressupostos de admissibilidade do

⁴¹ Ibid., p. 168.

* A admissibilidade recursal (pressupostos recursais) deve ser analisada de plano independentemente de provocação e de oitiva da parte contrária.

recurso. Porém, como o requisito do artigo 526 é considerado por alguns, requisito de admissibilidade tardio e especial, e se assim o é, também o interesse numa certa modalidade poderia ser considerado requisito especial. Como exposto nas notas introdutórias, pode ser considerado um interesse recursal específico, pois embora se enquadre no binômio utilidade-necessidade, a utilidade existe na medida em que a decisão recorrida tenha acarretado prejuízo a parte; contudo, a necessidade estará presente se a decisão não se possa resolver de outro modo, e no caso da conversão, a decisão pode se resolver por agravo retido, não necessariamente o instrumento.

Basta saber que na ausência de pressupostos de admissibilidade o recurso não deve ser conhecido e se desinteressante o agravo de instrumento, deve ser convertido. Legítima essa opinião o estudo do professor CARLOS AUGUSTO DE ASSIS, para quem, se a parte deixar de respeitar o requisito da urgência, ela não mais terá a sanção do não conhecimento do recurso, mas sim, seu recurso poderá ser convertido, sendo infrutífero o esforço manejado na formação do instrumento⁴². No mais, deve o recurso preencher todos os demais requisitos de admissibilidade.

5.4 CONVERSÃO – FACULDADE OU DEVER DO JUIZ?

Discute-se se a norma teria efeito imperativo sobre o relator ou se trata de faculdade a este órgão delegado atribuída. A doutrina já vem adotando posição controversa neste particular.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR afirma ter o relator poder para converter por decisão singular quando não houver urgência, nem risco de dano para a parte, determinando a remessa do recurso ao juízo da causa⁴³.

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO opina tratar-se de faculdade do relator*, a ser exercida com prudente discricção. Nas próprias considerações sobre o Anteprojeto 15 pode-se reconhecer a vontade do legislador no tocante à conversão: “Trata-se de faculdade, não de dever do relator, uma vez que, conforme as circunstâncias, o relator poderá vislumbrar a conveniência em desde logo solucionar a questão

⁴² ASSIS, C. A. op. cit., p. 660.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, H. op. cit., p. 511.

* Verdadeira interpretação autêntica.

processual pendente.”⁴⁴

Manifestando-se pela propriedade da expressão normativa “poderá”, ARRUDA ALVIM afirma que, para ser determinada a conversão, o julgador terá de ler e estudar os autos; em incoorrendo urgência converterá em agravo retido. Contudo, ulteriormente, o julgador, seja o mesmo que determinou a conversão ou outro, terá de reestudar o caso. Devido a este cotejo, o julgador terá a possibilidade de converter ou não⁴⁵.

Defende JOSÉ RUBENS HERNANDEZ, no contexto exposto, que: “Embora a lei afirme que o relator ‘poderá’ determinar essa conversão, o certo é dizer que ele tem o poder-dever de agir assim”⁴⁶. E o autor embasa seu posicionamento no mestre VICENTE MIRANDA (MIRANDA⁴⁷, *apud* HERNANDEZ, 2003, p. 151) quando este explica que “faculdades, direitos ou pretensões são atributos das partes, ao passo que o juiz tem poderes, sem os quais não consegue exercer sua autoridade no processo. Esses poderes aparecem com o ‘significado de dever para com os jurisdicionados, no sentido de que seu titular não pode dispor nem deixar de exercitá-lo’”. Esse entendimento, então, se coaduna com o disposto no art. 125 do CPC e seus três objetivos: assegurar às partes igualdade de tratamento, velar pela rápida solução do litígio e prevenir e reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça. Na verdade, é certo que não seria coerente com os princípios reformistas e com o ordenamento constitucional não se tratar este de um dever do juiz. Trata-se sim de necessário compromisso com a rápida e eficiente solução do litígio, mas que, contudo, não ganha ares de obrigatoriedade. Se o juiz, portanto, deve oferecer prestação jurisdicional célere e adequada, se cabível a hipótese, deve operar a conversão velando pela eficiência pugnada pela Constituição Federal em seu art. 37. O julgador deve operar com todos os meios tendentes à efetividade do processo. Mas pode ocorrer que, no cotejo com outros valores aferidos no caso concreto, embora possível a conversão, o relator proceda o imediato julgamento do recurso.

⁴⁴ CARNEIRO, A. G.; TEIXEIRA, S. de F. Reforma do CPC. Anteprojeto n. 15. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 2, p. 157, nov./dez. 1999.

⁴⁵ ARRUDA ALVIM. Notas sobre algumas das mutações verificadas com a lei 10.352/01. In: NERY JR., N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2002. p. 94. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, 6).

⁴⁶ HERNANDEZ, J. R. *op. cit.*, p. 151.

⁴⁷ MIRANDA, V. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 101.

Como isso pode ser realizado pelo posicionamento que o julgador assumir, obrigatoriedade não há. O que há, evidentemente, é uma faculdade outorgada pela lei*.

A lei, contudo, orienta e influencia os relatores no sentido de proceder a conversão, pois a reforma veio justamente para minimizar os maléficis efeitos da imensa gama de agravos de instrumento opostos nos tribunais.

É, além disso, importante analisar se o poder conferido pela citada norma ao relator constitui uma atuação discricionária ou vinculada. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, bem interpretada por HERNANDEZ (2003, p. 152-153), neste particular, salienta que:

A circunstância de haver uma norma que, na verdade, possa comportar mais de uma interpretação não leva necessariamente à conclusão de que o Judiciário tem 'discricionariedade'(...). Com isso, queremos significar que o juiz não tem diante de si vários caminhos dentre os quais pode, indiferentemente, escolher um, sendo, todos, juridicamente lícitos e 'queridos' pela norma. Para o magistrado, há uma só solução, que há de ser tida como a correta: a desejada pelo legislador e determinada pela norma.⁴⁸

A decisão com os requisitos do inc. II do artigo 527 do CPC, portanto, não é discricionária, ao menos naquele conceito próprio do Direito Administrativo*. Há apenas a fixação de conceitos indeterminados. Reafirma esta posição o fato de que a decisão é submetida ao devido controle. Ainda, se operada ou não a conversão, esta decisão não pode ser revogada *ad nutum* pelo juiz, apenas se novos elementos forem considerados. Esta corrente que afasta a discricionariedade na aplicação de conceitos indeterminados, também manifesta que estes conceitos integram a descrição do fato ao passo que a discricionariedade se situa no campo dos efeitos. Também se invoca o escólio do professor JOSÉ MIGUEL DE GARCIA MEDINA, para quem:

...*data máxima vênia*, o fato de o dispositivo legal em análise conter conceitos vagos e indeterminados não significa que estão sendo dadas, ao relator, duas opções de igual valor – converter ou não o agravo de instrumento em retido – como se ambas fossem corretas, perante a lei. Diante de conceitos vagos, naturalmente deverá o julgador proceder à sua

* Dentre todos os já citados, também OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA reputam tratar-se de faculdade do relator.

⁴⁸ WAMBIER, T. A. A. Efeito suspensivo do agravo e recorribilidade da decisão que o concede (ou não concede) e outros assuntos. In: NERY JR. N.(Coord.); et. al. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: RT, 2000, p. 631.

* Discricionariedade pressupõe oportunidade e conveniência.

interpretação, atentando às necessidades do caso concreto.⁴⁹

Este fenômeno, na verdade, é o exercício da liberdade de investigação crítica. Contudo, é inegável a amplitude do quadrante interpretativo do requisito.

Então, sustenta GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA:

Nos conceitos indeterminados, a liberdade do aplicador exaure-se na fixação da premissa, da qual resulta a solução predeterminada. Três são os momentos da atividade do juiz: conceber o que seja perigo da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação; verificar se, no caso concreto, está presente o mencionado requisito; e, por último, manter o regime de instrumento ou converter o agravo de instrumento em agravo retido, se presente ou ausente estiver o respectivo requisito legal. (...) Portanto, a problemática em torno dos conceitos vagos ou indeterminados reside apenas no plano da interpretação, devendo a decisão ser vinculada à premissa adotada.⁵⁰

Opinião destoante expõe MARCOS AFONSO BORGES para quem, a adoção da modalidade de instrumento ou retida é um direito da parte, como decorrência do direito de ação e da ampla defesa. Para ele, a inovação viola estes direitos, pois ao julgador só cabe decidir o que foi postulado, na medida do pedido. Determinar outra forma que não a postulada é decidir para além do que foi pedido. “É verdade que o diretor do feito não deve ter uma atitude estática, tanto que pode determinar a movimentação do processo independentemente de requerimento da parte. No entanto, uma coisa é dar andamento ao feito e outra decidir o que não foi pleiteado”⁵¹. Na verdade, não há limitações ao direito de ação. Este direito não está sendo vedado, antes apenas condicionado à satisfação de requisitos outros. Se cabível, adequado o recurso, deve ser admitido. Contudo, se inexistentes os pressupostos de sua apreciação imediata, será convertido e aguardará prestação jurisdicional eventual e diferida. Também a ampla defesa não está sendo violada. Se ocorridas as hipóteses legais o recurso terá imediato processamento, senão ainda assim será julgado mas na dependência de eventual e futuro recurso da sentença final. A questão, contudo, não deixará de ser objeto de reapreciação se oportunamente reiterada.

Admitir a conversão como limitação ao direito de ação e à ampla defesa é

⁴⁹ MEDINA, J. M. G. op. cit. p. 356.

⁵⁰ OLIVEIRA, G. K. L. de. op. cit., p. 150-151.

⁵¹ BORGES, M. A. Alterações no código de processo civil oriundas das leis 10.352, de 26.12.2001, e 10.358, de 27.12.2001. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 106, p. 185, abr./jun. 2002.

minar a própria construção de LIEBMAN sobre as condições da ação, pois em ambos os casos há verdadeiro condicionamento e não limitação.

Melhor se coaduna com os princípios constitucionais considerar a necessidade do relator exercitar, sempre que sua atividade verificadora notar a perfeita subsunção dos fatos à norma pelo preenchimento dos requisitos legais, a conversão. No rigor técnico não há “discricionariedade” e nem por isso se poderá falar em mera “faculdade”; também não há o rigor do termo “dever”, pois que o juiz possui poderes. Os conceitos jurídicos indeterminados, existentes na regra legal, são expressões vagas e amplas cujo sentido será fixado por quem cabe aplicá-las. Os valores principiológicos reinantes devem nortear esta fixação, mas não se pode ver aqui plena liberdade do juiz em aplicá-las ou não. É a norma que incide ou não. Mais uma vez salutar a lição de EDUARDO TALAMINI, para quem não:

..., haverá de se falar em mera ‘faculdade’ ao ‘arbitrio’ do julgador. Uma tal conclusão estaria em desacordo com todas as mais básicas noções de direito público. O juiz exerce função pública, função jurisdicional. Ora, função é o dever de satisfazer finalidades no interesse de outrem (no caso da função pública, no interesse da coletividade), através do exercício de um poder (...). Assim, o agente público, no exercício de função pública, jamais possui uma simples ‘faculdade’ (...). Todo poder que se lhe confere, tem em vista uma finalidade maior, o interesse público. (...) Assim, quando a lei dá ao juiz determinado poder, igualmente o incumbe do dever de desempenhar esse poder adequadamente.⁵²

Claro, portanto, que não se pode falar em “discricionariedade” nem considerar a decisão como mera “faculdade” do juiz. Uma solução simplista conduziria a subversões à ordem jurídica almejada.

O juiz possui poderes-dever* de exercer a subsunção dos fatos à norma. Por óbvio que, tendo em vista o norte constitucional, poderá balizar sua decisão noutros princípios não considerando única e exclusivamente a regra do artigo 527.

Sabe-se que, eventual enumeração casuística das hipóteses que justificariam o agravo de instrumento por haver urgência presumida atentaria contra o dinamismo da realidade, que não raro motiva as modificações no Código de Processo Civil.

⁵² TALAMINI, E. A nova..., p. 135.

* Vide 8, a nova postura do relator no julgamento dos agravos.

5.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

5.5.1 Procedimentais

Não é permitido que a parte lance mão de ambas as modalidades de agravo, simultaneamente, ante o princípio da unicidade do recurso, submetendo-se, em caso de descumprimento às sanções pela litigância de má-fé*.

Determinada a conversão, o relator remeterá os respectivos autos ao juízo da causa, os quais serão apensados aos principais. Após o apensamento, o regime do agravo será aquele previsto no art. 523, § 1º. Somente será conhecido e julgado pelo tribunal se houver posterior apelação da sentença final. Também as razões, para eventual conhecimento, devem ser reiteradas por ocasião da apelação.

A intimação da decisão de conversão deve ser feita na pessoa do procurador, caso a parte já tenha advogado constituído nos autos, senão pessoalmente.

5.5.2 Materiais

Pelo exposto, a conversão pode se referir tanto à conveniência da questão ser decidida por agravo retido quanto ao momento em que a parte interpuser o recurso sem interesse naquela modalidade. Como não poderia simplesmente ocorrer o indeferimento, mais razoável com a instrumentalidade e a fungibilidade recursal*, a possibilidade de conversão. Afigura-se esta como uma posição não formalista e mais atenta à efetividade do processo.

Quando construída acima a possibilidade de se considerar a modalidade do recurso como um interesse recursal específico, não esteve em vista a possibilidade de por este especial interesse recursal se impugnar a admissibilidade do recurso,

* Artigo 17, III, do CPC.

* Este princípio tem o fim precípuo de evitar que o recorrente seja prejudicado nos casos em que o sistema processual pode opor dúvida (objetiva) em relação ao recurso cabível, permitindo que um ou outro recurso sejam admitidos. A sistemática da instrumentalidade das formas o consagrou. Como o *codex* em suas disposições anteriores consagrava uma regra de liberdade de opção entre os agravos, não havia dúvidas objetivas quanto a possibilidade de uma ou outra modalidade. Contudo, a nova lei ao limitar ainda mais as opções do agravante e consagrar a retenção como regra, concede um asilo aos casos em que os requisitos da urgência e da lesividade não forem atendidos quando do manejo do agravo, embora satisfeitos os demais requisitos de admissibilidade.

mas sim apenas embasar numa construção doutrinária e principiológica a possibilidade de conversão.

Noutro aspecto, com temor ainda é vista a possibilidade do julgamento do agravo retido ou do agravo de instrumento sem efeito suspensivo anular o processo a partir da decisão agravada. Muito embora as principais questões devam, desde logo, ser conhecidas pelo juiz, não seria desinteressante considerar que a retenção poderia causar eventuais danos muito maiores do que concretamente auxiliar a efetividade do processo, já que grande parcela das decisões recorríveis sofre reforma. Isto, contudo, só o andamento dos tribunais poderá responder.

6 PROCEDIMENTOS EXTERNOS AO RITO COMUM ORDINÁRIO

6.1 DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO PROCEDIMENTO SUMÁRIO E NOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

O sistema de recursos criado pelo CPC não varia em função dos mesmos fatores relevantes no primeiro grau de jurisdição. Para o processamento e julgamento de cada recurso, seja o procedimento comum, ordinário ou sumário, ou especial*, é estabelecido um rito recursal unificado. Os recursos cabíveis são os mesmos, tampouco variam os requisitos de admissibilidade e os princípios peculiares.

A anterior disposição do artigo 280, III, do CPC ditava que no procedimento sumário, "...das decisões sobre matéria probatória, ou proferidas em audiência, o agravo será sempre retido." Muito embora esta disposição fosse, não raro, mitigada⁵³, com a reforma preconizada pela lei 10.444, de 07 de maio de 2002 não mais persiste esta limitação legal. A nova redação do artigo 280 indica que: "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."⁵⁴

Portanto, os recursos contra decisões proferidas no processo, excetuados os despachos de mero expediente e as sentenças, obedecem às limitações e disposições previstas para o procedimento ordinário, como dispõe o § único do artigo 272 do Código de Processo Civil.

O agravante pode, em princípio, como já delineado, optar pelo regime de instrumento ou pela retenção. Entretanto, há casos, como já exposto, obrigatórios e noutros possibilita-se a conversão se ausentes os requisitos exigidos para o processamento do agravo por instrumento. Também as hipóteses referidas no artigo

* O procedimento sumaríssimo será objeto de análise própria no capítulo seguinte (*vide* 6.2).

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A decisão proferida em audiência, transformando o procedimento de sumário em ordinário, pode ser atacada através de agravo de instrumento, sendo inaplicável, no caso, a determinação do art. 280, III, do CPC. Sistecon Sistema Integrado de Terminais Ltda. Ivo José Bonafini. Recurso especial n. 157.635. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. **Diário da Justiça**. 06.04.1998. p. 139.

⁵⁴ BRASIL. Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 2002. 08.05.2002.

558 requerem o agravo de instrumento.

No tocante aos procedimentos especiais, ressalvadas regras específicas que não serão no estudo tratadas, aplica-se o procedimento comum ordinário.

6.2 DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

Delineou-se acima a unicidade da sistemática recursal para os diversos procedimentos. Neste capítulo cabe a análise do procedimento comum sumaríssimo, dotado de especialidades próprias.

Necessário, *ab initio*, distinguir o procedimento adotado pelos Juizados Especiais estaduais daquele adotado pelos Juizados federais. Nos primeiros, sob procedimento sumaríssimo, cabem somente os recursos de embargos de declaração e recurso da sentença para o próprio Juizado (art. 41, *caput*, da lei 9.099/95). A matéria decidida em interlocutórias, contudo, não estará preclusa, podendo ser reiterada no recurso da sentença.

No âmbito federal, também sob a égide do procedimento sumaríssimo, anota ATHOS GUSMÃO CARNEIRO uma particularidade que difere o procedimento daquele previsto para os Juizados Especiais estaduais. Isto se deve à previsão, imposta pela lei nº 10.259/01 em seu artigo quinto, no sentido de que, à exceção dos casos do art. quarto (4º), somente será admitido recurso de sentença definitiva. O art. quarto trata da concessão, inclusive de ofício, de medidas cautelares no curso do processo. Diante disso, conclui o mencionado autor: "...donde se infere a possibilidade de interposição de recurso das decisões que defiram ou deneguem tais medidas (cuidando-se de decisões 'no curso do processo', o recurso será o de agravo de instrumento, presume-se)"⁵⁵. A natureza das medidas cautelares não se coaduna com o regime da retenção, pelo que o posicionamento corrente é não caber em regra a aplicação do inciso II, do art. 527 do CPC a estas decisões cautelares.

Anote-se ainda outra possibilidade lançada por JOEL DIAS FIGUEIRA JR.⁵⁶, citado por CARNEIRO (2002, p. 142), que aceita o agravo de instrumento em casos excepcionais, quando da decisão interlocutória decorra lesão à parte, evitando assim

⁵⁵ CARNEIRO, A. G. op. cit., p. 141.

⁵⁶ FIGUEIRA JR., J. D. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 2. ed. [São Paulo]: RT, p. 275-283.

a interposição de mandado de segurança como meio autônomo de impugnação, tanto no âmbito estadual quanto no federal. Adotado este posicionamento, evidente que não será possível a conversão do agravo de instrumento em retido, pois o requisito da interposição do recurso insere-se dentre aqueles de inadmissão da conversão.

Clara já estava a possibilidade de agravo de instrumento no âmbito dos Juizados Especiais federais consoante artigos quarto e quinto da lei 10.259 de 2001. Os Juizados Especiais estaduais, contudo, têm sua taxatividade recursal peculiar. Não há, portanto, correspondência e cabimento do agravo de instrumento para suas hipóteses de decisão interlocutória. Para manifestar sua irrisignação, a parte deve opor suas razões no recurso cabível contra a sentença. Contudo, pela sistemática processual, tanto nos Juizados Especiais como em qualquer outro órgão jurisdicional competente e em qualquer processo e procedimento, satisfeitos os requisitos legais (*vide* 9), pode ser intentada a ação mandamental. Fica a ressalva.

7 PROCESSOS EXTERNOS AO CONHECIMENTO *STRICTO SENSU*

7.1 DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO E NO PROCESSO CAUTELAR

Contra as inúmeras possibilidades de decisões interlocutórias no curso da execução, o agravo retido mostra-se inoperante. Isto porque, a sentença a ser proferida ao termo da execução será a de extinção do próprio processo executivo (art. 794 do CPC). De nada adianta ao recorrente valer-se de recurso com eficácia diferida, pois consolidado estaria o dano alegado. Nesta fase, portanto, não há que se falar em conversão da modalidade de agravo. Não há qualquer interesse ao recorrido em aguardar a retenção para eventual recurso de sentença definitiva. Não havendo atividade cognitiva relevante* (salvo nos embargos, verdadeiro conhecimento) na execução, a sentença de extinção não comportará recurso de apelação. Portanto, faltará o "...veículo condutor do agravo retido e, conseqüentemente, a parte não pode ficar privada do agravo de instrumento".⁵⁷

Como anota ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, àquele que sucumbe em questão incidental não assiste a faculdade de opção entre uma e outra modalidade de agravo. A ele será útil, em princípio, apenas o agravo de instrumento⁵⁸. Inútil a eficácia diferida. Ainda nas hipóteses de homologação da liquidação e dos julgamentos dos diversos embargos (à execução, à arrematação ou adjudicação e de retenção por benfeitorias), realizados nestes casos os julgamentos por sentença e recorríveis por meio de apelação, não se deve abrir ensejo à possibilidade de agravo retido ante eventual apelação. O escopo satisfativo da execução deve possibilitar meios imediatos ao atingimento dos bens da vida, e não meios de eficácia diferida ou postergada.

Ainda, nas decisões interlocutórias proferidas após a sentença nas ações executivas *lato sensu* também não operará qualquer eficácia eventual agravo retido, tendo em vista que as atividades de construção se realizarão logo após a sentença, não havendo decisão final executiva a ser prolatada.

* Tecnicamente mais apropriado seria considerar como cognição exauriente.

⁵⁷ MOREIRA, A. C. et. al. op. cit., p. 274-275.

⁵⁸ CARNEIRO, A. G. op. cit., p. 141.

O processo cautelar, por sua sistemática, consiste em assegurar a eficácia prática, resolver a insegurança, seja de providências cognitivas, seja executivas. A tutela jurisdicional é, portanto, mediata. O caráter urgente de que é dotado o processo cautelar explica porque nele é formulado um juízo de probabilidade acerca do direito alegado, na convicção de que a omissão ao conhecimento poderia acarretar dano irremediável ou de difícil reparação. Embora acessório, o processo cautelar é distinto do principal. Submete-se também à sistemática recursal comportando suas decisões impugnação específica. As figuras recursais são aquelas mesmas utilizáveis para as decisões emitidas no processo de conhecimento e execução. São, portanto, agraváveis as decisões interlocutórias do processo cautelar.

Atrás havia sido exposta a incompatibilidade do regime de retenção dos agravos com as medidas cautelares. Sem embargo, não estão excluídas possibilidades de, no curso do processo cautelar, advirem decisões imunes aos requisitos de urgência e irreparabilidade. Nestes casos, a modalidade retida estará precisamente disponível. Noutros casos, no geral a regra do processo cautelar, o interesse recursal admite apenas o instrumento, como, por exemplo, a concessão ou indeferimento da medida liminar requerida.

Neste processo, a lei não contempla a existência de audiência de conciliação. A audiência de instrução e julgamento se faz presente. A ela se aplicam as limitações recursais constantes do § quarto (4º) do artigo 523 do CPC. Apesar destes casos de obrigatoriedade, a parte final do dispositivo mencionado contém as ressalvas pertinentes, principalmente os casos de dano de difícil ou de incerta reparação.

Se destarte, aceitáveis tanto as modalidades de instrumento quanto a retida, a conversão pode ser feita quando existentes as limitações àquela modalidade, embora clara esteja a ampla necessidade de urgência do regime cautelar.

8 RECURSO CABÍVEL

Vem ganhando corpo nos últimos anos, tendência a se ampliar os poderes atribuídos ao relator. O julgamento colegiado, efetivado no segundo grau, não impede que se delegue a prática de determinados atos a um dos integrantes do colegiado. Esta possibilidade se justificou, quando da feitura da lei 9.756/98, por motivos de economia processual e celeridade da tutela jurisdicional; não obstante, ante os percalços existentes, ainda é de duvidosa efetividade. Para expor o problema, toma-se a lição de SÉRGIO CRUZ ARENHART:

Se, todavia, esta foi, certamente, a primitiva idéia do legislador ao conceber aquela lei, dificilmente se poderá dizer que atingiu o resultado esperado. Observando a praxe forense, nota-se claramente que as reformas introduzidas – (...) – vêm sendo compreendidas como a introdução de mais um estágio na linha recursal, autorizando, agora, um primeiro recurso analisado pelo relator da impugnação e, posteriormente, pelo colegiado a quem, originária e anteriormente, tocara conhecer do tema. Neste contexto, e considerada a atual visão emprestada pelo instituto, conclui-se pela timidez da abrangência da inovação, a pôr em dúvida sua utilidade.⁵⁹

Até se chegou a opor eventual inconstitucionalidade da possibilidade de julgamento pelo relator ante a conclusão de que a decisão deveria ser tomada por colegiado. Ainda que o eminente jurista paranaense acima citado afirme a inexistência de determinação constitucional no sentido de que o julgamento há de ser levado a cabo por determinado órgão do tribunal⁶⁰, não ferindo a delegação, portanto, o princípio do juiz natural, o STF veio a extirpar qualquer divergência ao entender que "...podem os Tribunais atribuir competência aos seus membros, desde que as decisões tomadas por estes, solitariamente, possam ser, mediante recurso, submetidas ao controle do colegiado" (STF⁶¹, citado por ARENHART, 2001, p. 40).

EDUARDO TALAMINI também afirma haver a mesma condição nesta

⁵⁹ ARENHART, S. C. A nova postura do relator no julgamento dos recursos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 103, p. 37, jul./set. 2001.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 39.

⁶¹ "Constitucional. Mandado de Segurança. Seguimento negado pelo relator. Competência do relator (RI/STF, art. 21, § 1º; Lei 8.038, de 1990, art. 38): constitucionalidade. Pressupostos do mandado de injunção. Legitimidade ativa.

I – É legítima, sob o ponto de vista constitucional, a atribuição conferida ao relator para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal ou for evidente a sua incompetência (RI/STF, art. 21, § 1º; Lei 8.038, de 1990, art. 38), desde que, mediante recurso – agravo regimental – possam as decisões ser submetidas ao controle do colegiado.

(...) (STF, Pleno, MI 375 (AgRg) – PR, rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 139/53).

delegação; para ele: "..., em qualquer caso, a atuação isolada do integrante do tribunal submete-se a uma condicionante para que seja compatível com a Constituição. Terá de existir – sob pena de inconstitucionalidade – mecanismo que permita a conferência, por parte do órgão colegiado, do correto desempenho da atividade delegada."⁶² São várias as hipóteses de decisão singular em que há previsão de mecanismo de conferência da delegação, seja através de agravo interno ou outro meio cabível. A percuciente lição do mestre paranaense ressalta que, ainda que a lei ou o regimento omitisse a possibilidade de controle, há direta imposição das premissas constitucionais de julgamento colegiado. Então, na opinião de EDUARDO TALAMINI:

A rigor, o 'agravo interno' nem mesmo tem natureza de recurso. É antes mecanismo de conferência, pelo colegiado, de atuação delegada ao seu integrante. (...) ...se o 'agravo interno' ou 'regimental' presta-se precisamente a fazer com que o colegiado pronuncie-se ratificando ou corrigindo a atuação do seu 'delegado' basta à parte que o interpõe pleitear a simples revisão da decisão tomada isoladamente. Não é necessário que ele aduza novas razões que critiquem a decisão individual.⁶³

Então, basta à parte reiterar as razões anteriores ou a elas se reportar. Afinal, se é direito dela que a medida de competência do tribunal seja examinada pelo colegiado, basta pleitear tal exame. Não se adentrará ao cerne desta questão, apenas basta saber que a parte, ao menos devido à cautela, deve aduzir as razões fáticas de reforma da decisão.

Como propriamente a natureza jurídica do agravo interno não constitui recurso, importa ressaltar que é verdadeira delegação da função do colegiado ao relator, imposta pela própria dicção do art. 527, inc. II que prevê, da decisão que determinar a conversão, agravo ao "órgão colegiado competente". Ora, se há um órgão originariamente competente, a atribuição ao relator é delegada. É clara, portanto, a opção da lei por manter o juiz natural dos agravos no órgão colegiado.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI resumindo o exposto arrazoa que:

...como a atividade decisória preambular do juiz relator delinea-se *vice sacra*, vale dizer, delegada pelo colegiado que é o órgão jurisdicional natural no sistema do duplo grau, a transcrita norma encontra-se em perfeita harmonia com a tradição do direito brasileiro, que sempre concebeu, para o reexame das decisões de primeiro grau, julgamento por órgão colegiado. Ademais, o inc. II do 527 é claro ao prover a recorribilidade ao 'órgão colegiado

⁶² TALAMINI, E. *Decisões...*, p. 185.

⁶³ Id.

competente⁶⁴.

Portanto, pela regra legal em comentário cabe, na hipótese, o recurso de agravo interno ou inominado ou regimental* (conforme a nomenclatura que se adotar) ao órgão colegiado competente, ao qual pertence o relator (turma, câmara, e outros). A exigibilidade de conferência da decisão singular foi, portanto, claramente disciplinada na lei processual.

Por tratar-se de delegação legal, transformando-se o relator em verdadeiro “porta-voz avançado” do colegiado, em situações excepcionais (BARBOSA MOREIRA⁶⁵, citado por ARENHART, 2001, p. 43), SÉRGIO CRUZ ARENHART afirma que não constitui a previsão mera faculdade do relator. Neste ponto, há identidade com o que se concluiu atrás (*vide* 5.4) quanto se tratar a decisão de poder-dever do relator, pois não é dado a ele se desvencilhar da atribuição delegada pelo colegiado⁶⁶.

A especialidade do agravo interno (que, portanto, apenas desobstrui a via normal do recurso) impõe devolução ao órgão *ad quem* imediata e nos próprios autos em que proferida a decisão recorrida.

Então, embora o poder de converter seja dado ao relator, haverá um controle pelo órgão colegiado, exercido para analisar a conversão determinada, se provocado, confirmando-a ou não. Não pode, contudo, determinar a conversão depois que o relator mandou processar o agravo por instrumento e nem haverá oportunidade para tanto. Além da imprevisibilidade legal para esta hipótese, JOSÉ RUBENS HERNANDEZ também opõe razões de ordem prática e de eficiência:

...se, num juízo de admissibilidade, o relator admite o agravo de instrumento, procedendo conforme estipula o art. 527 do CPC, pedindo dia para julgamento (art. 528), o colegiado depois não poderá mais converter o recurso em agravo retido, dado que já terá se reunido para promover o próprio julgamento. Se determinar a conversão, haverá retrabalho, perda de tempo, enfim, ineficiência.⁶⁷

⁶⁴ TUCCI, J. R. C. e. **Lineamentos da nova reforma do CPC: lei 10.352, de 26.12.2001, lei 10.358, de 27.12.2001**. São Paulo: RT, 2002, p. 117.

* Embora, como exposta, não tenha o agravo interno verdadeira natureza jurídica de recurso, está sendo assim considerado por força de expressão e por atender à sistematicidade recursal própria, no geral.

⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, J. C. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos cíveis. In: NERY JR. N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999, p. 324.

⁶⁶ ARENHART, S. C. op. cit., p. 43.

⁶⁷ HERNANDEZ, J. R. op. cit., p. 153.

Salienta ainda o citado autor que não fica impedido o não conhecimento do agravo de instrumento por impropriedade do regime adotado, caso em que não terá mais como se operar a conversão autorizada pelo inciso II do artigo 527 do CPC. Aqui, contudo, trata-se de erro grosseiro na escolha da modalidade que desautoriza a fungibilidade das formas, como no caso de optar por outra modalidade quando só uma é cabível. Não caberia aqui a conversão, pois patente a inadequação do recurso ante a situação expressamente prevista em lei. Quando a lei, de forma expressa, prevê determinada modalidade de recurso em ocorrendo a *fattispecie* hipoteticamente considerada, a interposição de outro agravo, que não o legalmente expresso, importa em inadequação (cabível é outra modalidade), pelo que efetivamente o agravo deve ser considerado inadmissível. Esta inadequação também se afigura como uma especial condição de admissibilidade, pois diz respeito à modalidade e não ao recurso considerado *tout court*. Em regra, sabe-se que as decisões interlocutórias são recorríveis (cabimento) e que o recurso previsto é o agravo (adequação). Em outro plano, nas hipóteses em que o *codex* não prevê determinada modalidade taxativamente e a parte interpõe o instrumento sem os requisitos do inc. II do art. 527, há ausência de interesse naquela modalidade, e o recurso deve ser convertido e não declarado inadmissível.

Ainda para JOSÉ RUBENS HERNANDEZ, o colegiado competente para o julgamento do agravo interno, aquele competente para o julgamento do agravo de instrumento, deverá, ao decidir por reformar a conversão antes ordenada pelo relator, resolver o próprio recurso⁶⁸. Esta opinião, contudo, se afirma por não encontrar o autor mencionado um procedimento legal expresso para a espécie. Se simplesmente fosse efetuado o julgamento conjunto poderia se cogitar de eventual inconstitucionalidade, pois a lei não preservou o contraditório em relação ao processamento do agravo interno. Então, como não se estabeleceu nenhuma oportunidade para o exercício do direito de resposta por parte do agravado, embora tenha o órgão julgador que preservá-lo a todo custo, visando colmatar a lacuna encontrada, pugna o mencionado autor pela adoção do rito dos incs. IV e seguintes do art. 527, depois de apresentado o agravo interno. Informações seriam

⁶⁸ Ibid., p. 154.

requisitadas, intimar-se-ia o agravado para responder tanto o agravo interno quanto o de instrumento, ouvido seria o Ministério Público quando fosse o caso, datar-se-ia o julgamento (art. 528). Só então seria, ou poderia ser efetuado o julgamento conjunto.

Contudo, as opiniões apontadas por JOSÉ RUBENS HERNANDEZ padecem de grave equívoco. Primeiro porque a lei não foi omissa no regramento do agravo interno. No Capítulo VII, Livro X do Título I do CPC, encontra-se a “Ordem dos Processos no Tribunal”, aplicável à generalidade dos recursos quando compatível a disciplina. O artigo 557 vem sendo aplicável às demais modalidades de agravo interno previstas no Código, como por exemplo aos artigos 532, 545 e 557. Quis o legislador, ao não disciplinar especificidades ao agravo interno admitido no inciso II do artigo 527, que fosse seguido o procedimento do art. 557. E se sustenta aplicável esse dispositivo em sua inteireza, ou seja, o relator quando do agravo de instrumento poderá negar seguimento ou dar provimento liminarmente ao recurso. Quanto ao agravo interno, o prazo é de cinco dias, e será endereçado e julgado pelo órgão competente para o julgamento do recurso original. Não há qualquer problema em haver retratação sobre a decisão de conversão e o agravo de instrumento ser processado normalmente segundo o artigo 527. Se não ocorrer a retratação o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto e se provido o agravo, o recurso original terá seguimento. Ao se afirmar que o “recurso terá seguimento”, a própria lei esboça a ausência de uma natureza jurídica recursal ao agravo dado que o órgão delegante retoma para si o julgamento do recurso originariamente interposto. O órgão colegiado iniciará o julgamento do agravo de instrumento e não do interno.

Ressalte-se a gritante diferença entre a retratação que determina o processamento do agravo de instrumento, perfeitamente possível (art. 557, § primeiro) e a decisão do juiz que reforma anterior determinação de processamento do instrumento agora para não admiti-lo nesta modalidade. Entende-se, como exposto, que o relator não pode retratar-se quando determinar o processamento do agravo e após ouvir as razões do agravado. Isto porque, segundo o magistério de EDUARDO TALAMINI: “O estabelecimento de um procedimento relativamente rígido, com um regime de preclusões, visa a, mais do que imprimir velocidade ao procedimento, garantir a certeza e a segurança das situações jurídicas processuais. Assegura-se às partes que elas não serão surpreendidas durante o processo por

uma nova decisão de matéria há muito resolvida.”⁶⁹

Como não existe uma fase precisa e previamente determinada em que se estabelece a oportunidade do juiz retratar-se, assegura-se que não poderá assim proceder sob possibilidade de ofensa ao princípio do devido processo legal, cuja função é garantir rapidez, justiça, certeza e segurança no procedimento, exceto, como exposto, quando determina a conversão e a parte prejudicada interpõe agravo interno.

Em concordância com o exposto, opina o eminente processualista ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, tratar-se a modalidade de agravo interno, com interposição aprezada em cinco dias, devendo ser submetido de imediato ao colegiado competente ao qual caberia o julgamento do precursor agravo de instrumento, pugnano pela aplicação analógica do artigo 557, § primeiro (1º) do CPC⁷⁰.

No tocante ao contraditório no agravo interno, mais uma vez adotamos o posicionamento do eminente EDUARDO TALAMINI. Para ele, essa garantia em favor do adversário do agravante deverá ser observada sempre que não houver já antes sido eficazmente assegurada e não puder ser aplicada depois de modo igualmente eficaz, e desde que não haja urgência que justifique sua postergação⁷¹. Destrinchando o ensinamento, nos casos de agravo interno não há que se falar em contraditório específico porque nas situações de urgência há justificativa de pronto exame sem abertura de vista para a parte contrária. Também, a inexistência de contraditório é afirmada por não se tratar de recurso propriamente dito, apenas toma a sistemática destes. Por fim, como razão de maior relevância, opõe-se que, quando do ensejo do agravo de instrumento, a decisão deve ser tomada liminarmente pelo relator por dicção legal expressa para aquele momento e sem audiência da parte contrária; ainda, só há que se cogitar de agravo interno se o instrumento foi convertido e, portanto, o contraditório não é garantido porque não há prejuízo à parte contrária.

Nada obstante, se determinado o processamento ainda que sem os requisitos do inc. II do art. 527, o agravado em suas razões poderá fazer um alerta ao juízo sobre a conduta desnecessária ou inútil da parte contrária, mas a decisão

⁶⁹ TALAMINI, E. **A nova...**, p. 141.

⁷⁰ CARNEIRO, A. G. *op. cit.*, p. 146.

⁷¹ TALAMINI, E. **Decisões...**, p. 187.

não pode ser reformulada, pois não há mais oportunidade para tanto. A decisão do relator que admite o agravo por instrumento é final e não admite impugnação. Há também razões de ordem prática, economia e efetividade que impedem qualquer possibilidade recursal ao agravado neste caso. O órgão colegiado acabaria por analisar as razões e contra-razões do agravo, preliminares e de mérito, e ele o fará ao examinar o próprio agravo de instrumento, não havendo razão para delongas no tocante à retenção ou não. Ainda, poder-se-ia entender que ao agravado não há prejuízo apenas com o processamento do instrumento; se operada a conversão haveria vantagem, senão a situação apenas não se altera e o instrumento é processado.

Se o órgão colegiado, ao rever a decisão, admitir o processamento do agravo por instrumento, também sem audiência da outra parte, esta parte recorrida deverá apresentar defesa ao recurso de agravo por instrumento, levantando também os pressupostos de admissibilidade, embora, como exposto, a decisão não possa ser revista.

A conversão do agravo de instrumento em retido não deixa de ser uma “inadmissão” do agravo de instrumento. Aqui não houve contraditório prévio. Se da decisão que determina a conversão é manejado o agravo interno e porventura o órgão colegiado admite a modalidade instrumental, não poderá, por certo, decidir o mérito do agravo de instrumento como colocou doutrina específica, pois estará configurada ofensa ao contraditório. Então, ou se separa a admissibilidade do julgamento, do mérito, ou, antes da decisão do órgão colegiado opera-se dilação para que o agravado se manifeste sobre as razões do agravante, inclusive as de admissibilidade correlatas com o inciso II do art. 527. Em qualquer das hipóteses, contudo, verifica-se um desvirtuamento do intróito reformista porque haverá emperramento da organização judiciária nos mesmos moldes que o agravo por instrumento proporciona. Salienta-se, do exposto, que o procedimento do agravo interno deveria ser melhor tratado pelos fatores da reforma. Ainda, criticou-se a norma reformada por promover mais uma possibilidade de recurso. Contudo, este como demonstrado, é indispensável.

Não serão tratadas questões peculiares ao agravo interno, como a sustentação oral, eventuais custas, entre outras várias, por indevido alongamento ao tema aqui proposto.

Ainda que a lei fosse omissa a respeito do agravo interno da decisão que opera a conversão, e para além da lição de EDUARDO TALAMINI acima exposta, parcela da doutrina entende que cabível seria tanto o agravo do artigo 557, § primeiro quanto qualquer agravo disciplinado regimentalmente. Interposto ainda, qualquer dos recursos, incide o princípio da fungibilidade⁷², na opinião de LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER. Não há razões para discordar dessa posição.

Para GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA, consoante o procedimento adotado pelo art. 557 § primeiro do CPC, “interposto o agravo interno e não havendo retratação, deve o relator apresentar o processo em mesa no órgão colegiado, proferindo voto. Apesar do silêncio da norma, deve-se entender obrigatórias a (...) e a inclusão do feito em pauta de julgamento”⁷³. Ainda para o autor, se houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, em conjunto com a relevância da fundamentação, até que o recurso interno seja julgado pelo órgão competente, “o agravante pode solicitar a antecipação da tutela recursal, cujos efeitos fruiriam até o julgamento em definitivo do recurso de agravo interno.”⁷⁴ A tutela antecipada, como já exposto, pode ser concedida a qualquer tempo e grau de jurisdição. Neste diapasão, se pode o mais, pode o menos e não há, portanto, porque se afirmar que o agravo interno não possa obter eficácia suspensiva em havendo necessidade. Ressalva feita, neste último aspecto, ao artigo 248 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que veda a concessão de efeito suspensivo ao agravo regimental*. Se a eficácia suspensiva é vedada, não deve ser atribuída também a eficácia ativa; se não pode o menos, não deve poder o mais por coerência. Sem embargo, se não há limitações, as eficácias podem ser normalmente atribuídas.

Ainda, pela dicção do art. 551 do CPC, o agravo interno a ser apreciado pelo órgão colegiado não tem revisor. Talvez se possa opor que o relator, ao apresentar o processo para julgamento do agravo interno passará, como a prática forense

⁷² WAMBIER, L. R. et. al. op. cit., p. 169.

⁷³ OLIVEIRA, G. K. L. de. op. cit., p. 153.

⁷⁴ Id.

* Contudo, o Regimento Interno do TJ/PR diferencia agravo interno de agravo regimental. Agravo interno é aquele previsto na lei processual, como por exemplo o inc. II do art. 527 do CPC, e regimental o previsto nos Regimentos dos Tribunais. Tecnicamente, portanto, esta limitação não abrange o agravo do inc. II do art. 527 do CPC.

demonstra, sua impressão, aquela que determinou a conversão, ao colegiado. Contudo, determinar que no agravo interno estivesse presente o revisor sobrecarregaria em demasia os tribunais, estando contra os princípios reformistas.

Também aplicável o § segundo (2º) do art. 557 que prevê a aplicação de multa quando manifestamente infundado o agravo (*vide* 10). Além disso, a interposição de qualquer outro recurso fica condicionada ao depósito do valor da multa imposta. Trata-se de mais um caso de extensão dos pressupostos de admissibilidade recursais.

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART expõem, no concernente ao recurso especial, não se prestar o apelo a exercer um juízo de mérito sobre a decisão atacada, não se aprecia o caso posto sob tutela jurisdicional. Têm por finalidade assegurar o controle da aplicação da lei federal que deve ter o mesmo teor e a mesma aplicabilidade em todo o âmbito nacional⁷⁵. Por isso é chamado de recurso de fundamentação vinculada ou de estrito direito; não se discute qualquer tema de interesse da parte*. Então, se não há controvérsia a respeito da aplicação ou interpretação de lei federal, fica o interessado impedido de se utilizar dessa via recursal. Não se discute em recurso especial matéria de fato ou apreciação feita pelo tribunal inferior a partir da prova constante nos autos*.

Em nenhuma situação o recurso especial pode ser interposto da decisão do relator que converte as modalidades de agravo, pois se exige o prévio esgotamento das vias recursais ordinárias. No mais, como a discussão limita-se à aplicação dos direitos sobre os fatos, necessário fazer uma construção quanto às possibilidades de conversão. Sabe-se que se não determinada a conversão de plano, no primeiro momento de contato do relator com o instrumento, razões várias impedem que seja feita a conversão posteriormente[∇]. Se, não obstante, determina a conversão, pode eventualmente retratar-se em sede de agravo interno. Só há que se cogitar do manejo do recurso especial quando a decisão determine a conversão e esta decisão seja reafirmada pelo colegiado competente; contudo, o direito processual afirmado e

⁷⁵ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *op. cit.*, p. 557.

* Também ao recurso extraordinário se estendem estas considerações, exceto pelo fato de que este recurso visa assegurar a aplicação e a interpretação da Constituição Federal.

• Súmula 279 do STF e Súmula 7 do STJ.

[∇] Embora normalmente não se possa falar em preclusão *pro judicato*, aqui é concebida oportunidade única ao relator para que aprecie a causa, mantendo ou modificando o regime adotado.

aplicado pelo tribunal não tem, *ab initio*, qualquer problema em sua interpretação e aplicabilidade. Se o fato não se subsumir as hipóteses do inc. II do art. 527 a conversão deve ser operada e não há qualquer óbice a essa atitude. As hipóteses do art. 527 se inserem num quadrante fático que impede o conhecimento do apelo especial. Nada obstante, se alguma situação se encaixar nas alíneas 'a' ou 'c', do inc. III do art. 105 da CF, numa remota hipótese, o recurso especial é cabível. Afirma-se que a hipótese é de rara, senão impossível ocorrência, pois a violação do art. 527, II deve ficar demonstrada pela urgência ou o perigo de lesão grave que necessita do regime instrumental. Tanto uma como outra situação poderá colidir com a fundamentação vinculada do recurso especial, onde apenas se conhece de estrito direito, não sendo revistas ou sequer analisadas as questões fáticas.

Ainda que se admitisse o recurso especial, a medida provavelmente será de todo ineficaz à urgência pleiteada tendo em vista a retenção obrigatória quando interposto de decisão interlocutória, sobretudo em processo de conhecimento. Somente será processado se houver reiteração em eventual recurso especial da decisão final.

9 MANDADO DE SEGURANÇA

É certo que, independentemente das vicissitudes do conceito de recurso, “subsiste o fato de que as partes utilizam, à margem dos recursos estabelecidos em lei, com inaudita desenvoltura, outros e diversos expedientes para eliminar o gravame imposto pela decisão judicial. O conjunto desses meios heterodoxos recebe o nome de ‘sucedâneos recursais’”⁷⁶. Assim pensa o mestre ARAKEN DE ASSIS, ao elencar o mandado de segurança como sucedâneo recursal. Por outro lado, leciona JOSÉ DA SILVA PACHECO que o “mandado de segurança não é sucedâneo recursal, a fim de que não haja subversão do sistema de formas, termos e preclusões imprescindíveis à operacionalidade do processo”⁷⁷. Para CLAYTON MARANHÃO, os recursos submetem-se à previsão legal, devem atacar ato jurisdicional integrante da mesma relação processual e seu manejo é voluntário. No rigor técnico, o mandado de segurança não se configura como sucedâneo recursal, mas sim como ação que visa à garantia constitucional de proteção a direito líquido e certo⁷⁸. Os recursos impedem a formação da coisa julgada enquanto as ações autônomas dão nascimento a um novo processo.

Não obstante visarem as reformas à abolição da via do mandado de segurança como sucedâneo recursal ou ação impugnativa, necessário se faz ponderar sobre esta impossibilidade ou, ao contrário, ainda ser esta via exercitável por aqueles insatisfeitos com a prestação concedida dentro do processo.

Regula o mandado de segurança a lei 1.533/51. Por ela: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que

⁷⁶ ASSIS, A. de. Introdução aos sucedâneos recursais. In: NERY JR., N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2002. p. 16. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, 6).

⁷⁷ PACHECO, J. da S. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 193.

⁷⁸ MARANHÃO, C. Mandado de segurança contra ato judicial. In: NERY JR., N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: RT, 2002. p. 90. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, 5).

categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”⁷⁹ Ainda, disciplina o artigo quinto da mesma lei que não cabe a ação mandamental contra ato judicial recorrível. Neste mesmo sentido se posicionou o Supremo Tribunal Federal*. Outro entendimento propõe o incabimento do mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado*.

Com modificações na legislação e o advento da Constituição Federal de 1988, o mandado de segurança passou a ser admitido contra ato judicial quando dele advém dano irreparável claramente demonstrado e o recurso previsto na lei processual não tem o efeito requerido. Com isso, se demonstrou a afastabilidade da Súmula 267 do STF. Então, vem se fortalecendo um abrandamento à regra do incabimento do mandado de segurança contra ato judicial recorrível, ou seja, havendo recurso previsto na lei processual. Tal suavização, contudo, só se faz necessária em casos excepcionais, quando imediato e manifestamente ilegal ou abusivo ato de autoridade e que desde logo resulte ao titular do direito dano grave ou irreparável. Ou seja, é cabível contra decisão recorrível flagrantemente ilegal, teratológica. A cautela deve prevalecer nestes casos porquanto o ato jurisdicional atacado tenha a seu favor a presunção de conformidade com a lei.

Do Colendo STJ também advém a orientação de que, em princípio, o mandado de segurança não é hábil a impugnar decisões recorríveis. É admissível, não obstante, quando ausente o efeito suspensivo e ocorrente a probabilidade de dano de difícil e incerta reparação. Também, em amparo à Súmula 268 do STF, não cabe contra ato judicial irrecorrido e que transitou em julgado. Este último aspecto será afastado da análise por não interessar sobremaneira ao estudo, apenas salienta-se que o STJ, no geral entende que o conhecimento do *mandamus* subordina-se à interposição do recurso próprio, pois é ele o meio adequado a evitar a preclusão. Isto porque, deixar de interpor recurso cabível judicialmente seja por preclusão, seja por emprego do mandado de segurança, é ofensa ao instituto da preclusão e do devido processo legal.

A ação mandamental, além de não substituir recurso próprio contra decisão

⁷⁹ BRASIL. Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1951. 31.12.1951.

* Súmula 267. Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

* Súmula 268 do STF.

judicial, não pode concorrer com ele.

O mandado de segurança, então, é oportuno para dotar de efeito pretendido recurso sobre decisão judicial que não contemple este efeito. Contudo, após a lei 9.139/95 o efeito suspensivo passou a ter possibilidade quase generalizada no âmbito recursal, sempre que alguém venha a sofrer violação de direito seu ou houver justo receio de sofrê-la e deste ato puder advir dano irreparável, dada a ilegalidade ou abuso de poder do ato judicial. Portanto, embora poucas as hipóteses, se da decisão cabe tão só recurso sem efeito suspensivo e demonstrado que o ato judicial é lesivo e insuportável até que o tribunal se manifeste quando do recurso e ensejando isto irreparabilidade, deve ser admitido o *mandamus*, desde que demonstrando o impetrante que o dito recurso foi interposto a tempo e modo. Se o recurso previsto possui efeito suspensivo, a princípio o mandado de segurança não é cabível para que não se subverta a ordem recursal legal. Então, não comprovado o risco de danos irreparáveis ou de difícil e incerta reparação, improvável o deferimento da segurança para dar efeito suspensivo ao agravo, que é o remédio legal para o deslinde da espécie, recurso que por natureza comporta o efeito solicitado no *mandamus*.

Atualmente, no regime do agravo, basta o requerimento expresso de suspensão, em lugar do mandado de segurança. A reforma de 1995 trouxe essa possibilidade, e a reforma de 2001 ao limitar os agravos de instrumento, continuou afastando a possibilidade de mandado de segurança contra ato judicial. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI assim se manifesta:

Emerge claro, pois, o intuito da reforma em tela, no sentido de continuar a obstar a impetração do mandado de segurança para o atingimento daquela finalidade, qual seja, a concessão excepcional de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento ou mesmo a dação de efeito ativo. (...) Endossando opinião generalizada de que a atuação do relator, quanto à suspensão da eficácia da decisão agravada ou da concessão de efeito ativo antecipado, nada tem de discricionária, entendemos que restaria ao agravante, uma vez ilegitimamente rejeitado o pedido de concessão liminar ou de antecipação da eficácia, a via excepcional do mandado de segurança para se obter tal providência.⁸⁰

Neste diapasão, também o agravado pode se valer do *mandamus*. No geral, se o relator converte, rejeitando tacitamente ao não apreciar o recurso, portanto, pedidos de eficácia ativa ou suspensiva, cabível, a princípio, para CRUZ E TUCCI, o

⁸⁰ TUCCI, J. R. C. e. op. cit., p. 118.

mandado de segurança. Pela simples e solitária ausência de concessão da eficácia pretendida não cabe agravo interno para discussão no mesmo processo ante a imprevisibilidade legal. Aqui será inevitável a admissão do mandado de segurança eis que não há previsão de recurso e o decisório pode conter eventual ilegalidade ou abuso de poder.

Na apreciação do agravo interno da decisão que procede a conversão e rejeita a eficácia pretendida, havendo ilegalidade ou abuso, a ação mandamental é cabível. Como acima foi exposto, se operada a conversão e interposto o agravo interno provavelmente o relator não concederá a eficácia pugnada até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. Se este lapso corresponder a dano grave ou de difícil reparação ao agravante, não restará a parte lesada alternativa senão o mandado de segurança.

Ainda que possível, é preciso limitar, contudo, ao máximo a disponibilidade do mandado de segurança vinculando-o sobremaneira aos requisitos constitucionais e legais próprios. Assim que, para TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, o mandado de segurança contra ato judicial “só se justifica e é harmônico com o sistema quando a lei ordinária não contém medida EFICAZ para resguardar o direito da parte. Hoje, em face do enriquecimento do CPC, com as medidas trazidas pela Reforma, este campo diminuiu drasticamente.”⁸¹ Além da necessidade do sistema da lei ordinária ser ineficaz, inoperante, a situação deve se encaixar estritamente nos requisitos constitucionais: ato abusivo ou ilegal, que ofende direito líquido e certo da parte. “Todo ato que ofende direito líquido e certo é ilegal, embora a recíproca não seja verdadeira. Por outro lado, o ato abusivo também é ilegal, pois a ilicitude, enquanto mau uso do poder discricionário é redutível à ilegalidade.”⁸²

O artigo quinto, inciso II, da lei do mandado de segurança, como já referido, tem de ser entendido no contexto da nova Constituição e da nova sistemática recursal, trazida pelo CPC de 1973. Uma decisão contra a qual se pudesse ainda recorrer, em princípio, não teria ainda ofendido direito líquido e certo, salvo se este recurso não fosse capaz de impedir a efetivação, a concretização, a eficácia palpável da decisão impugnada, conducente à irreparabilidade. O que resultava do correto processo interpretativo era, grosso modo, que o ato do juiz que não fosse

⁸¹ WAMBIER, T. A. A. *Os agravos...*, p. 288.

⁸² *Id.*

recorrível através de recurso com efeito suspensivo seria, em tese, se preenchidas as demais condições, vulnerável por meio do *writ*. Não se tratava, pois, de exigir que o ato fosse irrecorrível.

Portanto, a partir da lei 9.139/95, emergem três hipóteses de cabimento do *mandamus*, para CLAYTON MARANHÃO, contra ato judicial:

- a) nos casos, hoje raros, de irrecurribilidade⁸³, como por exemplo, o artigo 558 e os danos que pode trazer ao agravado, ainda ante a generalizada possibilidade de recurso com efeito suspensivo das decisões;
- b) ainda que recorrível a decisão, com manifesta ilegalidade* ou teratologia;
- c) a possibilidade inscrita na Súmula 202 do STJ em que, terceiro prejudicado pela decisão impetra a ação mandamental por não haver interposição de recurso cabível (art. 499 do CPC).⁸⁴

Colocando termo ao exposto, e com fulcro na percutiente lição de EDUARDO TALAMINI mais uma vez, não cabe mandado de segurança contra ato judicial quando couber recurso com efeito suspensivo. Faltaria, neste particular, interesse processual. Se o efeito suspensivo não for atribuído ao recurso, dependerá muito do caso concreto. Óbvio que se os outros elementos do texto constitucional ensejadores da ação mandamental forem verificados, cabível o *mandamus*.

Também, o mandado de segurança não é apenas apto a dotar de efeito suspensivo recurso que não o obteve, mas também efeito ativo. Dois preceitos constitucionais fundamentam tal uso: a previsão constitucional do mandado de segurança, esculpida no inciso LXIX do art. quinto (5º) e a inafastabilidade da adequada tutela jurisdicional (inc. XXXV do mesmo artigo).

No tocante à conversão, não cabe a ação mandamental pois há recurso cabível e a eficácia pretendida, quando solicitada, já foi analisada. Contudo se este recurso, o agravo interno, se mostrar de todo ineficaz para impedir a irreparabilidade

⁸³ Expõe CLAYTON MARANHÃO: “Realmente, ao que nos consta, atualmente as únicas hipóteses de irrecurribilidade de decisão judicial dizem com a vedação, segundo o regimento interno de alguns tribunais, de agravo regimental contra a decisão isolada do relator que defere ou indefere efeito suspensivo ou ativo em agravo de instrumento, como também com a jurisprudência do STF que não admite agravo regimental da decisão que defere ou indefere liminar em mandado de segurança originário e em mandado de injunção”. (MARANHÃO, C. op. cit., p. 99.) Opõem-se os argumentos contra o incabimento do agravo regimental contra decisão do relator de EDUARDO TALAMINI, exposto no estudo.

* Por exemplo, sustenta-se ser cabível mandado de segurança contra decisão nula por falta de fundamentação (artigo 93, IX, CF).

⁸⁴ Id.

do dano, a ação mandamental deve ser aceita com o preenchimento dos demais requisitos constitucionais. Sobre a decisão do próprio agravo interno, também a ação mandamental só deve ser aceita nos casos extremos que acima se cogitou. Aqui, a possibilidade de impetração do mandado de segurança se liga à eficácia pretendida pelo agravado, não à conversão propriamente dita. Se a eficácia pugnada fosse considerada singularmente, a decisão sobre sua concessão ou não seria considerada irrecurável (arts. 527, III e 558 do CPC). Não obstante essa fuga do tema proposto no estudo monográfico, construiu-se de certa forma uma sistematicidade com o instituto da conversão como alerta sobre a possibilidade de admissão da ação mandamental e conseqüente subversão do intróito reformista. Então, embora existam estas possibilidades para o *mandamus*, seu alcance deve ser muito restrito sob pena de minar os alicerces da reforma que prega a efetividade e a celeridade. Se muito abertas as possibilidades mandamentais, a eficácia reformista da lei ficará na dependência do entendimento jurisprudencial sobre a viabilidade ou não do mandado de segurança, seja na primeira decisão de conversão ou no julgamento do agravo interno.

10 LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

A litigância de má-fé vem consubstanciada nos dispositivos 16, 17 e 18 do Código de Processo Civil. A responsabilidade por perdas e danos de quem pleiteia de má-fé como autor, réu, interveniente decorre do artigo 16. O artigo 17 elenca os casos de má-fé processual e o art. 18 trata do conteúdo da indenização devida pelo *improbis litigator*. Ainda, o artigo 14 elenca os deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.

FRANCISCO GLAUBER PESSOA ALVES salienta que “a expressão litigante não tem conteúdo semântico idêntico ao de parte”⁸⁵. Condutas enquadradas no artigo 17 do CPC configuram litigância de má-fé para toda e qualquer pessoa, seja ou não parte, tanto que o artigo 16 responsabiliza os intervenientes (não apenas terceiros intervenientes) e qualquer outra pessoa que participe da relação processual. A nova redação do artigo 14 vem inumar qualquer opinião contrária.

Litigante de má-fé é, pois, aquele que se utiliza de procedimentos esconso com o objetivo de ver procedente sua demanda, que prolonga deliberadamente o processo ou emprega atos procrastinatórios. O artigo 17 é elucidativo das hipóteses enquadráveis como litigância repulsiva. Considerável parcela da doutrina entende ser o artigo 17 *numerus clausus*. Sem entrar, contudo, na relevância da discussão, segue-se posicionamento contrário, segundo escólio de J. E. CARREIRA ALVIM:

Se bem interpretado, no entanto, o art. 17, em cotejo com o art. 16, permite ver que o que parece taxativo não passa de um elenco meramente exemplificativo, e nem poderia ser de outra forma, se considerar que o legislador não é adivinho, nem possui ‘bola de cristal’, para prever todas as condutas processuais capazes de se comportarem no elenco de um conceito tão fluido e indeterminado como é o da má-fé.⁸⁶

O litigante não atenta apenas contra o direito da parte contrária, mas principalmente contra a administração da própria justiça.

Cotejando o princípio da ampla defesa (art. quinto, LV, CF), deve-se verificar

⁸⁵ ALVES, F. G. P. Ampla defesa x desvirtuamentos (litigância de má-fé e seu ônus financeiro). In: NERY JR., N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2002. p. 209. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, 6).

⁸⁶ CARREIRA ALVIM, J. E. Litigância de má-fé. Abuso do direito de recorrer. Lei nº. 9.669, de 23/6/98. Sanção Processual. **GENESIS - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 24, p. 291, abr./jun. 2002.

quando ela deixa de ser defesa e se torna abuso. Busca a ampla defesa assegurar aos litigantes plena possibilidade de demonstrar seus fatos e seus direitos. A dificuldade reside na definição desse abuso.

O uso abusivo do direito de recorrer configura conduta de má-fé. É, porquanto, a prática de atos sem utilidade que evidenciam ou podem propiciar dano a outrem. Também as disposições gravadas no artigo 14 condenam as formulações de pretensões cientes de que são destituídas de fundamento.

Para PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, o recente inciso VII do artigo 17 que trata da interposição de “recurso com intuito manifestamente protelatório”, deixou clara a possibilidade de configuração tanto em situações dolosas quanto naquelas em que se verifica culpa grave⁸⁷.

Com a explanação sobre a litigância de má-fé, não se quer adentrar aos problemas e alcances do instituto relativamente aos prejuízos, a fixação da indenização, momento da condenação e outros; quer-se sim, ressaltar o contexto recursal e sua ampla sistematicidade com o instituto da litigância de má-fé. Recursos e meios protelatórios, sejam agravos internos, agravos de instrumento, devem responsabilizar o recorrente quando claramente contrários ao procedimento que a lei lhes fornece. Se não for desse modo, verificar-se-á ampla recorribilidade dos agravos de instrumento ao colegiado competente ou a interposição de mandados de segurança para garantia da eficácia pretendida. Ainda que o mandado de segurança não seja entendido como recurso, as hipóteses do artigo 17 são absolutamente abertas quanto à sua determinação podendo facilmente ser enquadrado o uso anômalo da ação mandamental instrumentalmente conexa a uma causa.

No tocante ao próprio agravo de instrumento, deve ser também analisado com cautela. Não se exclui a possibilidade de, quando forem manejados inúmeros agravos sobre as decisões de primeira instância insuscetíveis de imediata apreciação, ser imposta a condenação como litigante de má-fé. Contudo, como o prejuízo em havendo conversão ou indeferimento do agravo é do recorrente*, deve ser operada com cuidado a responsabilização por litigância de má-fé.

⁸⁷ LUCON, P. H. dos S. Abuso do exercício do direito de recorrer. In: NERY JR., N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2001. p. 885. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, 4).

* Também em parte é do tribunal que vê submeter a causa a processamento, embora cobre custas para tanto.

Também, numa interpretação sistemática, a lei 9.756/98 inibiu a interposição de agravos internos ou “regimentais” (manifestamente inadmissíveis ou infundados) prevendo a condenação do “agravante a pagar ao agravado multa entre 1% (um por cento) e 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor” (artigo 557 § 2º)⁸⁸. Esta disciplina se afeiçoa ao instituto da litigância de má-fé, pelo que, como aplicável o procedimento integral do artigo 557 ao agravo da decisão que determina a conversão, também, quando o caso, a multa deve ser imposta.

Parcela da doutrina entende que exigir a satisfação da multa como condição para a interposição de outros recursos, fere o princípio do duplo grau de jurisdição por se tratar de obstáculo excessivo ao direito de recorrer. SÉRGIO CRUZ ARENHART entende, todavia, que o condicionamento da interposição de outros recursos a certos requisitos é algo constante no direito processual. Por óbvio que na ausência de condições para satisfazer a dívida, sem prejuízo do sustento do recorrente, a imposição deve ser afastada. Ainda, a exigência legal implica prestígio à autoridade da decisão judicial e a extirpação dos casos de grave má-fé e de ato protelatório⁸⁹.

⁸⁸ BRASIL. Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1998. 18.12.1998. Retificada em 05.01.99.

⁸⁹ ARENHART, S. C. op. cit., p. 57.

11 CONCLUSÃO

Muito embora o amplo direcionamento dos escopos da reforma à instrumentalidade e à efetividade do processo, não é de se acreditar na ocorrência de uma sobreposição das formas sobre os conteúdos no processo civil. As formas têm adequado o procedimento com vistas a uma maior celeridade e melhor adequação do Poder Judiciário aos anseios materiais de seus jurisdicionados.

Como se pugnou por uma análise à luz dos preceitos constitucionais, sobretudo aquele que assegura o acesso à justiça, no plano normativo salienta-se que esse acesso deve configurar-se como elevação efetiva a uma ordem jurídica dignificada pelos outros princípios constitucionais, e a efetividade do processo é fundante da possibilidade concreta de se obter quaisquer interesses assegurados pelo ordenamento jurídico. A conversão possibilitada não fere esse acesso quando da decisão impugnada não possa resultar dano grave e de difícil ou incerta reparação, antes garante àqueles que efetivamente necessitam dessa tutela o acesso nos termos que se tem afirmado, ou seja, célere e efetivo. Também a interpretação, noutro plano, deve seguir este norte constitucional garantidor do acesso à Justiça, consagrado no inciso XXXV do artigo quinto da *Magna Carta*. Levantada a conversão a texto legal, segundo as razões de reforma expostas, não há agora como refutá-la, mas sim adequá-la ao correto direcionamento.

A tendência das modernas leis processuais é limitar cada vez mais as hipóteses de concessão de efeito suspensivo aos recursos, a ponto de torná-lo uma consequência excepcional e rara. Menos aguda que essa tendência é cortar o curso simultâneo dos recursos e do processo principal. Nem ao menos, pela possibilidade de conversão, a criticada ampla recorribilidade está sendo afetada pelo que não há qualquer limitação à ampla defesa e ao direito de ação.

Parece evidente a mudança de orientação principiológica. Nos moldes atuais, o novo artigo 527, inciso II do CPC, afirma que, não havendo urgência, o regime será o da retenção. O critério cotejador de uma ou outra possibilidade passa a ser a urgência no provimento. A possibilidade do agravo de instrumento está ligada sobremaneira, portanto, ao requisito do interesse em recorrer. Com isso, não se esquece, contudo, a existência de dois postulados antes tidos como opostos, a segurança jurídica e a efetividade, que apesar no todo não se excluem. Do equilíbrio

entre eles emergirão os melhores resultados.

Não sem razão o ex-Ministro do STF, FRANCISCO REZEK, em artigo publicado, afirmou que nossas regras de processo parecem não querer que o processo termine, os recursos possíveis são inúmeros e poucos hoje crêem que isso ajude mesmo a apurar melhor a verdade para melhor fazer justiça (informação verbal). Neste sentido foram analisados os institutos associados à conversão do agravo e chegou-se a conclusão, com base na propedêutica e na hermenêutica reformista de que a opção por dada modalidade de agravo, ainda que assista à parte a escolha entre uma ou outra, está condicionada, taxativamente aos casos de instrumento ou retenção obrigatórios e nos demais casos, à regra da retenção oferecida pela lei advinda com a possibilidade do relator do agravo por instrumento aferir a ausência de urgência na prestação da tutela.

Os requisitos do artigo 527, inciso II do CPC, portanto, devem ser satisfeitos para que haja conhecimento e processamento do agravo de instrumento. Na ausência deles, a conversão deve ser determinada. A normal ordem dos requisitos de admissibilidade intrínsecos e extrínsecos ainda se faz presente, e na ausência de seu preenchimento, o agravo deve ser considerado inadmissível.

A conversão, tecnicamente uma faculdade, deve ser interpretada como um poder-dever do juiz, exercitável sempre que os fatos não se encaixem no quadrante imposto pela lei. Muito embora este quadro legal seja amplo, não se deve ver aqui uma discricionariedade judicial, mas sim uma vinculação que, contudo, não amarra o juiz às nuances do processo e, sobretudo da realidade social como um todo.

Como a conversão pode ser determinada pelo relator, órgão delegado do colegiado constitucionalmente previsto, o próprio artigo comentado prevê o controle desta decisão. Tal controle será efetuado pelo órgão competente para o julgamento do recurso original, quando acionado pela interposição do agravo interno. O procedimento deste agravo será aquele fornecido pelo artigo 557 e seus parágrafos, do CPC. Saliencia-se que, determinado o processamento do instrumento, passou-se a oportunidade de conversão dos regimes pelo que esta não mais será possível. Nada obstante, se convertida a modalidade, o relator, quando do julgamento do agravo interno, poderá retratar-se e admitir o processamento do agravo por instrumento.

Também aplicável é o parágrafo segundo do art. 557 que prevê a imposição

de multa para o *improbis litigator*. Para coibir a ampla utilização recursal que inviabiliza os tribunais, pugna-se por uma aplicação mais esforçada da litigância de má-fé aliada à “inadmissibilidade” do recurso por falta de interesse de agir na modalidade instrumental, convertendo-o em retido. Como já ressaltado, um dos principais efeitos que a reforma proporciona é a influência que os julgados projetarão sobre as condutas das partes. Numa aplicação rígida da conversão e da multa por litigância de má-fé tendencialmente os recursos afastados da urgência e meramente protelatórios diminuirão. Também esta aplicação se projetará no âmbito dos mandados de segurança contra atos judiciais. Como figura excepcionalmente admitida, o mandado de segurança só deve obter efeitos quando efetivamente satisfeitos os requisitos constitucionais, aliado à possibilidade de danos graves e de difícil ou incerta reparação, e que o recurso previsto na lei processual mostre-se inoperante a obter a eficácia pretendida.

É e será sempre primordial localizar os pontos de enforcamento do sistema, para que se possa modificar e estampar maior celeridade ao processo.

Entende-se, portanto, que a possibilidade de conversão *ex lege* do agravo de instrumento em retido deverá ser aplicada com vistas a conduzir, com o tempo, o agravo apenas para soluções urgentes. Quer-se, com isso, partir da premissa de que, mesmo ante o grande volume e o constante acréscimo de causas nos tribunais, os juízes efetivamente julgam. Se, esta premissa não se revela em sua inteireza, os advogados e operadores, munidos de maior tempo e menor carga de serviço, quando verificarem casos errôneos de conversão, deverão se condicionar a manejar o agravo de instrumento quando efetivamente necessitem dele, para que o volume de serviço dos magistrados diminua e a apreciação da *quaestio* posta em suas mãos se dê com maior eficiência. Embora ácidas, são reais as considerações que ora se propõe.

Ante essa necessidade de fixação e aplicação dos preceitos legais não se pode, a princípio, qualificar como proveitosa ou não a regra da conversão. A realidade dos tribunais e da praxe judiciária deverá determinar se houve avanço ou não. Pretendeu-se com as ponderações expostas caminhar para a primeira possibilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, F. G. P. Ampla defesa x desvirtuamentos (litigância de má-fé e seu ônus financeiro). In: NERY JR., N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2002. p. 199-224. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, 6).

ARAÚJO, F. F. de. **As mais recentes inovações no código de processo civil: comentários às leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02, artigo por artigo**. Campinas: Copola, 2002.

ARENHART, S. C. A nova postura do relator no julgamento dos recursos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 103, p. 37, jul./set. 2001.

ARRUDA, A. C. M. de. **Recursos no processo civil**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2.

_____. Notas sobre algumas das mutações verificadas com a lei 10.352/01. In: NERY JR., N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2002. p. 61-98. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, 6).

ARRUDA ALVIM, E.; MARTINS, C. Z. Apontamentos sobre o sistema recursal vigente no direito processual civil brasileiro à luz da lei 10.352/2001. In: NERY JR., N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2002. p. 133-178. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, 6).

ASSIS, A. de. Introdução aos sucedâneos recursais. In: NERY JR., N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2002. p. 13-60. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, 6).

ASSIS, C. A. O agravo após a lei 10.352/2001. Algumas considerações. **GENESIS – Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 22, p. 653-667, out./dez. 2001.

BARBOSA MOREIRA, J. C. **Comentários ao código de processo civil, lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565.** Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. V.

_____. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento.** 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 31, p. 199-209, jul./set. 1983.

BORGES, M. A. Alterações no código de processo civil oriundas das leis 10.352, de 26.12.2001, e 10.358, de 27.12.2001. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 106, p. 179-188, abr./jun. 2002.

BRASIL. Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1951. 31.12.1951.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1973. 17.11.1973.

BRASIL. 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1988. 05.10.1988.

BRASIL. Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1992. 09.11.1992.

BRASIL. Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1994. 14.12.1994.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1995. 27.09.1995.

BRASIL. Lei n. 9.245, de 26 de dezembro de 1995. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, relativos ao procedimento sumaríssimo. **Diário Oficial da República**

Federativa do Brasil, Brasília, 1995. 27.12.1995. Retificada em 04.01.19.

BRASIL. Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1998. 18.12.1998. Retificada em 05.01.99.

BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 2001. 13.07.2001.

BRASIL. Lei n. 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. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 2001. 17.11.2001.

BRASIL. Lei n. 10.358, de 27 de dezembro de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, relativas ao processo de conhecimento. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 2001. 28.12.2001.

BRASIL. Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 2002. 08.05.2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A decisão proferida em audiência, transformando o procedimento de sumário em ordinário, pode ser atacada através de agravo de instrumento, sendo inaplicável, no caso, a determinação do art. 280, III, do CPC. Sistecon Sistema Integrado de Terminais Ltda. Ivo José Bonafini. Recurso especial n. 157.635. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. **Diário da Justiça**. 06.04.1998. p. 139.

CAPPELLETTI, M. **Acesso à Justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

_____. **Juizes legisladores**. Tradução de: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

CARNEIRO, A. G. Lei nova e admissibilidade de recursos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 108, p. 213-220, out./dez. 2002.

_____. **Recurso especial, agravos e agravo interno: exposição didática: área do processo civil, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNEIRO, A. G.; TEIXEIRA, S. de F. Reforma do CPC. Anteprojeto n. 15, **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 2, p. 157-168, nov./dez. 1999.

CARREIRA ALVIM, J. E. Litigância de má-fé. Abuso do direito de recorrer. Lei nº. 9.669, de 23/6/98. Sanção Processual. **GENESIS - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 24, p. 290-296, abr./jun. 2002.

CUNHA, A. M. da. Recursos Retidos – as inovações da Lei 9756/98. **Revista do IAP**, Curitiba, n. 30, p. 110-115, dez. 2000.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **A reforma da reforma.** São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 1.

FERREIRA FILHO, M. C. **Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento, arts. 496 a 565** [SILVA, O. A. B. da (Coord.)]. São Paulo: RT, 2001, v. 7.

HERNANDEZ, J. R. A conversão do agravo de instrumento em retido. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 109, p. 151-168, jan./mar. 2003.

KUKINA, S. L. Apontamentos sobre um novo projeto de reforma recursal. In: MARINONI, L. G.(Coord.); DIDIER JR., F.(Coord.). **A segunda etapa da reforma processual civil.** [São Paulo]: Malheiros, 2001. p. 211-236.

LEONARDO, R. X. O recurso de agravo e a nova reforma do código de processo civil. In: MARINONI, L. G.(Coord.); DIDIER JR., F.(Coord.). **A segunda etapa da reforma processual civil.** [São Paulo]: Malheiros, 2001. p. 265-286.

LUCON, P. H. dos S. Abuso do exercício do direito de recorrer. In: NERY JR., N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2001. p. 873-904. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, 4).

MACIEL, A. F. Considerações sobre as causas de emperramento do Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, p. 17-26, jan./mar. 2000.

MARANHÃO, C. Mandado de segurança contra ato judicial. In: NERY JR., N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: RT, 2002. p. 86-105. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, 5).

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2001.

MEDINA, J. M. G. A recentíssima reforma do sistema recursal brasileiro – análise das principais modificações introduzidas pela lei 10.352/2001 e outras questões. In: NERY JR., N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2002. p. 333-384. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, 6).

MONIZ DE ARAGÃO, E. D. As tendências do processo civil contemporâneo. **GENESIS - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 11, p. 154-161, jan./mar. 1999.

_____. Reforma processual: dez anos. **GENESIS - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 24, p. 281-289, abr./jun. 2002.

MOREIRA, A. C.; NEVES, D. A. A.; LASPRO, O. N. de S.; APRIGLIANO, R. de C.; SHIMURA, S. **Nova reforma processual civil: comentada**. São Paulo: Método, 2003.

NERY JÚNIOR, N. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. _____. 6. ed. São Paulo. RT, 2002.

NOGUEIRA, A. de P. F. **Questões controvertidas de processo civil e de direito material: doutrina, jurisprudência e anteprojetos.** São Paulo: RT, 2001.

OLIVEIRA, G. K. L. de. As alterações impostas ao recurso de agravo pela lei 10.352/2001. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 107, p. 136-166, jul./set. 2002.

PACHECO, J. da S. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas.** 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

PARANÁ. Resolução normativa n. 04, de 08 de maio de 1986. Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Diário da Justiça**, Curitiba, 1986. 23.06.1986. Atualizado até a resolução n. 12, de 08 de novembro de 2002 (DJ 20.11.2002).

PASETTI, B. **A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

SILVA, O. A. B. da. Celeridade *versus* economia processual. **GENESIS - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 15, p. 49-55, jan./mar. 2000.

_____. **Curso de processo civil: processo de conhecimento.** 5. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1.

_____. _____. 6. ed. São Paulo: RT, 2002, v. 1.

TALAMINI, E. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 80, p. 125-146, out./dez.1995.

_____. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos Tribunais: legitimidade e controle (agravo interno). In: NERY JR., N.(Coord.); WAMBIER, T. A. A.(Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis.** São Paulo: RT, 2002, p. 179-191. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, 5).

TEIXEIRA, S. de F. O prosseguimento da reforma processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 95, p. 09-11, jul./set. 1999.

THEODORO JÚNIOR, H. Inovações da lei nº. 10.352 de 26/12/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição. **GENESIS – Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 25, p. 502-516, jul./set. 2002.

TUCCI, J. R. C. e. **Lineamentos da nova reforma do CPC: lei 10.352, de 26.12.2001, lei 10.358, de 27.12.2001**. São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, v. I.

WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, T. A. A. Efeito suspensivo do agravo e recorribilidade da decisão que o concede (ou não concede) e outros assuntos. In: NERY JR. N.(Coord.); et. al. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: RT, 2000.

WAMBIER, T. A. A. **Os agravos no CPC brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.