

LACUNA RECURSAL EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Marcello Corrêa da Cunha Medeiros¹

José Fernando Marques Maia Vasconcellos²

RESUMO

A partir da análise do recurso de agravo na AIJ e sua conceituação legal, o presente artigo busca explorar a possibilidade lesiva que a utilização de tal instrumento, em certas circunstâncias, pode acarretar. Tal aspecto lesivo estaria diretamente ligado ao caráter processualista cada vez mais presente na interpretação e prática do direito. Após a análise de toda a problemática e a indicação de algumas soluções utilizadas pelos intérpretes do direito atualmente, busca-se apontar uma saída mais cabível e coerente ao atual Código de Processo Civil e aos Princípios que regem a ciência jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: AGRAVO. LACUNA RECURSAL. PRINCÍPIO DA ESPERANÇA.

¹ Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.

² Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.

INTRODUÇÃO

Conforme assevera o artigo 522 do CPC, agravo é o recurso cabível contra as decisões interlocutórias, que são aquelas que resolvem questões incidentes no processo, proferidas em qualquer instância. O prazo para sua interposição será de 10 dias, contados a partir da intimação da decisão, com exceção do parágrafo 3º do artigo 523 e do parágrafo 1º do artigo 557, ambos do CPC.

Superada a antiga nomenclatura atribuída pelo Código de Processo Civil anterior (agravo de instrumento), o gênero “agravo” passou a admitir o processamento sob a forma retida (escrita ou oral) e por/de instrumento. Não deixando de lado também o agravo interno ou regimental que, apesar de não estar previsto na lei com esse nome, visa provocar o Tribunal a rever suas próprias decisões proferidas de maneira monocrática através Relator.

1 AGRAVO RETIDO E AGRAVO DE INSTRUMENTO

Com relação ao agravo retido vale ressaltar que se trata da regra geral do nosso diploma legal. Visa, principalmente, evitar a preclusão da matéria discutida no processo e decidida de maneira incidental. Por ser interposto em primeira instância, dirigido ao juiz da causa, não se observa a ocorrência do efeito suspensivo. Já o efeito devolutivo só será verificado na hipótese da existência de recurso de apelação impetrado pela mesma parte titular do agravo retido, que o levará à apreciação do Tribunal, requerida expressamente, para que seja tomada a devida decisão. Em síntese: diz-se que o agravo é retido devido ao fato de ficar “preso” aos autos do processo, até que dele conheça a instância superior, preliminarmente, em eventual recurso contra sentença desfavorável.

O parágrafo 3º do artigo 523 do CPC institui o chamando agravo retido oral, será aquele a ser utilizado quando a decisão interlocutória for proferida em Audiência de Instrução e Julgamento. Não se trata de uma nova modalidade, a diferença está simplesmente na forma de proceder da parte, que deve interpor o recurso de maneira oral e imediata, assim como a parte contrária, quanto das

contrarrazões. Nesse sentido, as decisões interlocutórias proferidas no curso da audiência de instrução e julgamento são atacáveis pelo agravo retido na forma oral, ainda no curso da audiência, sob pena de se tornar preclusa a matéria decidida pelo magistrado (THEODORO, 2011).

Ressalte-se, novamente, que ainda encontra-se no âmbito do recurso de agravo retido que, como regra geral, será cabível sempre que a decisão interlocutória puder ser reanalisada pelo Tribunal no futuro, sem que isso prejudique o agravante.

Por fim, há o agravo de instrumento. Sua incidência estará sempre restrita nas hipóteses previstas no artigo 522 do CPC, em sua segunda parte, quais sejam: decisão de inadmissão da apelação; da decisão que atribui efeitos à apelação; da decisão que causar lesão grave ou de difícil reparação à parte. Diferentemente da modalidade retida, o agravo de instrumento é interposto diretamente perante o Tribunal para julgamento imediato, ocupando assim, uma posição de exceção.

Recebe esse nome, pois, literalmente, se dará início no Tribunal a um instrumento processual. Tal instrumento deverá ser composto, obrigatoriamente, por cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas de ambas as partes (art. 525, I, CPC). Há também a possibilidade da parte agravante juntar outras peças processuais que achar necessárias, junto à petição de agravo (artigo 525, II, CPC); ou também do juiz Relator pedir mais informações diretamente ao juiz original da causa (artigo 527, IV, CPC).

Recebido o agravo de instrumento, o Relator poderá realizar as providências expressas no artigo 527, mediante despacho, podendo até mesmo converter o agravo em retido (artigo 527, II, CPC), situação a qual será analisada adiante. Se, liminarmente, negar seguimento ao recurso, conforme o artigo 527, I, CPC, poderá o agravante interpor novo agravo, desta vez, interno (desde que não haja retratação do juiz relator).

Vale destacar que ao agravo de instrumento pode ser atribuído efeito suspensivo, desde que seja requerido pela parte agravante e seja observado o disposto nos artigos 527, III e 558, ambos do CPC.

2 A PROBLEMÁTICA DO RECURSO DE AGRAVO NA AIJ

Para começo de análise e discussão, formula-se a seguinte pergunta: se durante uma Audiência de Instrução e Julgamento for proferida uma decisão interlocutória que cause lesão grave a um direito e/ou um dano de difícil reparação, como proceder? A doutrina aponta três caminhos possíveis para resolver essa situação, mas são todos bons remédios contra uma lesão grave ou um dano irreparável ao direito de uma das partes? A análise será feita caso a caso.

O primeiro caminho seria o óbvio, interpor um agravo retido oral. Como o prazo para interpor esse recurso é imediatamente após a decisão interlocutória contrária ao interesse da parte e deve ser feito de forma oral, o advogado da parte prejudicada se valeria deste recurso para evitar uma possível preclusão. Feitas as contra razões também em audiência, como já visto anteriormente, o juiz irá de imediato refletir sobre as motivações do agravante e do agravado podendo reformar sua decisão.

Mas, se depois de feito o juízo de retratabilidade o juiz não reformar sua decisão, o que acontecerá com a lesão grave de difícil reparação? O agravo retido não possui o duplo efeito do agravo de instrumento, os efeitos, devolutivo e suspensivo, fazendo com que o processo siga seu curso naturalmente até que seja proferida a sentença de mérito.

Note-se que entre o agravo retido oral, em Audiência de Instrução e Julgamento, até o julgamento da matéria agravada pelo Tribunal, via apelação, terá transcorrido considerável lapso temporal capaz de consumir a lesão grave e de difícil reparação que a parte tentava solucionar e, até mesmo, evitar. Portanto, embora tenha se entendido que das decisões interlocutórias proferidas em Audiência de Instrução e Julgamento cabem agravo retido na forma oral, esse recurso não é plenamente eficaz diante do caso de lesão grave e de difícil reparação. Dessa forma, constata-se que, o referido recurso, interposto para solucionar uma decisão interlocutória na Audiência de Instrução e Julgamento mostra-se ineficaz se o juiz não reformar sua própria decisão, ainda que a interposição do recurso obste a preclusão do direito de se poder suscitar a matéria

agravada em apelação para ser julgada em segunda instancia. Ou seja, não se impedirá que a lesão grave de difícil reparação se consuma.

Veja-se outra possibilidade cabível. Entendendo a parte que a decisão interlocutória proferida pelo juiz seja de lesão grave e de difícil reparação poderá estar diante de um dos requisitos para interpor o outro tipo de agravo, por instrumento. Uma das razões que torna o agravo de instrumento, *a priori*, o recurso mais adequado a essa situação é ter, diferentemente do agravo retido, efeito suspensivo que visa resguardar as tutelas de urgências. Optando por interpor o agravo por instrumento a parte deverá fazê-lo no prazo de 10 dias após o conhecimento da decisão interlocutória que lhe causou lesão grave e de difícil reparação.

Porém, segundo Theodoro (2011) a parte não pode interpor agravo por instrumento fundado na lesão grave e de difícil reparação quando se tratar de dano processual derivado exclusivamente de uma prestação judiciária ineficaz.

Além disso, a gravidade da lesão e seus efeitos serão, inicialmente, questão de análise da própria parte e seu respectivo advogado, uma vez que, apenas a partir dessa análise é que se decidirá sobre qual modalidade de agravo deve ser seguida. Supondo-se que o juiz Relator se valha daquela premissa, ou não se convença dos mesmos motivos do agravante para considerar a lesão grave causada pela decisão interlocutória, em ambos os casos se verá forçado a converter o agravo de instrumento em retido.

Com a entrada em vigor da Lei 11.187 de 19 de outubro de 2005 ficou modificado o antigo Artigo 527, II do CPC, afastando a facultatividade e criando um imperativo ao relator que, poderá converter o agravo por instrumento em agravo retido se julgar inexistente o requisito que a parte agravante se valeu para interpor o recurso, no caso, a lesão grave e de difícil reparação. Quanto a essa decisão do relator cabe ao agravante dirigir uma petição para que seja reconsiderado o seu pedido, pois, segundo o artigo 527, parágrafo único, do CPC, a decisão do juiz relator que converte o agravo de instrumento em agravo retido não é passível de recurso.

Sob este enfoque, o agravo por instrumento que seja convertido pelo Relator em agravo retido, portanto em agravo retido oral (pois se trata de decisão interlocutória proferida em Audiência de Instrução e Julgamento), estaria intempestivo, já que o agravo retido oral deve ser arguido imediata e oralmente. O que não foi feito, uma vez que o advogado da parte, prejudicada pela decisão interlocutória, optou por usar do prazo de 10 dias para interpor um agravo de instrumento. Ou seja, a parte além de ver seu direito de recorrer precluso, terá de se conformar com a impossibilidade de suscitar a respectiva matéria, da qual tratava o agravo, em apelação.

Sendo assim, estaria sendo desrespeitado um dos fundamentos gerais dos recursos, aquele que diz respeito ao inconformismo humano com a decisão contrária proferida pelo juiz (fundamento psicológico). Psicologicamente o recurso corresponde a uma irresistível tendência humana de inconformar-se diante do primeiro juízo ou parecer que lhe é dado (RODRIGUES, 1959).

Ou seja, a parte ao ver seu direito precluso, devido a toda problemática apresentada, terá seu inconformismo aumentado e agravado, já que, da decisão do juiz relator não caberá recurso, causando o recurso efeitos contrários dos esperados e desejados. Apenas com o enfoque didático de citar outros fundamentos, os recursos também servem para evitar erros materiais pelo próprio juiz originário da causa, através do reexame da matéria por outros jurisdicionados, além de também levarem ao juiz originário da causa a ter maior zelo, cuidado e vaidade quanto às suas decisões, já que estas estão sujeitas a apreciação de outros juízes, de acordo com o duplo grau de jurisdição. A possibilidade do reexame recomenda ao juiz inferior maior cuidado na elaboração da sentença e o estímulo ao aprimoramento de suas aptidões funcionais, como título para ascensão nos quadros da magistratura (AMARAL, 1995).

3 PRINCÍPIOS RECURSAIS

Não se pode deixar de lado também a questão principiológica dos recursos. A estes se aplicam princípios indispensáveis da teoria geral recursal, e no caso do agravo não seria diferente. Cita-se os que são mais necessários para esse artigo. O princípio da *singularidade* ou unirrecorribilidade significa que existe um recurso, adequado por lei, para cada caso. O desrespeito a singularidade gera o não conhecimento do recurso, porém essa regra não é absoluta. Tal princípio assevera ainda que cada decisão judicial desafia apenas um recurso, gerando o não conhecimento do segundo recurso que trate da mesma matéria do primeiro. A jurisprudência aceita também o princípio da *fungibilidade*, em que é possível reconsiderar o recurso inadequado convertendo-o naquele que deveria ter sido interposto, encontrando justificativa na economia processual, desde que seja cumprido determinados requisitos, como dúvida sobre qual recurso usar (diante de jurisprudência não pacífica), não conter erro crasso e ter cumprido prazo do recurso que deveria ter sido interposto.

Portanto, feita tal análise, exclui-se como solução para o caso acima exposto a hipótese do advogado agravar retido oral na Audiência de Instrução e Julgamento e oferecer, conjuntamente, agravo retido por instrumento da mesma decisão interlocutória, pois o segundo recurso não seria reconhecido pelo tribunal, de acordo com princípio da unirrecorribilidade. Assim como não caberia a adequação do recurso pelo princípio da *fungibilidade recursal*, por faltar o requisito essencial da tempestividade (o agravo por instrumento importa em preclusão e consequente renúncia expressa do prazo do agravo retido oral).

Ainda sob esse enfoque subjetivo-principiológico, não se pode esquecer de que as normas processuais são instrumento para melhor aplicação do direito material. Não pode se deixar levar por um formalismo exagerado, que em certos momentos chega a sufocar o direito dos cidadãos, a lei é o resultado da coalizão das forças de vários grupos sociais, e que por isso frequentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos, torna-se evidentemente a necessidade

de submeter à produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça (MARINONI, 2006).

4 SOLUÇÕES POSSÍVEIS

O que vem sendo utilizado na prática é o instrumento do mandato de segurança. Porém, tal alternativa não é viável, já que o artigo 5º, inciso II, da Lei nº 12.016 de 2009, assevera que o mandato de segurança não será concedido quando da decisão judicial caíba recurso com efeito suspensivo. Portanto, no caso concreto, a parte tendo a possibilidade de interpor um recurso com efeito suspensivo deve fazê-lo antes do mandato de segurança. E, diante do exposto acima, existe a possibilidade de se interpor recurso com efeito suspensivo, o agravo por instrumento.

Portanto, resta outra hipótese de solução, ainda não suscitada em doutrina ou jurisprudência. Através deste artigo, propõem-se outra hipótese de solução coerente para a problemática apresentada, buscando alternativas. Vale dizer: configurada a 'decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação', é direito seu a impugnação fora do regime comum do agravo retido e com a celeridade própria do agravo de instrumento. Para se precaver do risco de se supor atingido por preclusão, pode a parte requerer que conste do termo da audiência seu propósito de atacar o decisório por agravo de instrumento nos termos e no prazo do art. 522. Advirta-se, porém, que a medida é simples cautela porque, de fato, a natureza da decisão, por si só, afasta da regra do parágrafo 3º do art. 523 (agravo retido oral), tornando-a agravável por instrumento (THEODORO, 2011).

Diante do exposto, seguindo a linha de pensamento do ilustre doutrinador, esse artigo apresenta uma nova hipótese de solução para o problema. Ao propor em audiência – constar no termo de audiência- a pretensão de atacar o decisório por agravo de instrumento, e esse vindo a ser indeferido pelo relator, nos termos do artigo 527, II do CPC, o advogado teria o direito de suscitar a tempestividade do seu agravo de instrumento convertido em agravo retido oral, pelo relator do tribunal.

É sabido que aceitar a hipótese de devolver o prazo para quem tenha seu agravo de instrumento convertido em agravo retido oral seria uma brecha para os advogados de má-fé ou até mesmo desconhecedores da lei. Sempre que por algum motivo - seja perda de prazo ou desconhecimento - não viessem a agravar na forma retida oral, podendo usar o prazo, de 10 dias, para agravar de instrumento alegando qualquer fato como dano irreparável, ciente de que o relator converteria em agravo retido oral, para então, poder ter de volta seu direito que estava precluso. Tal hipótese, se generalizada, causaria em larga escala a extinção do agravo retido oral.

Porém, é baseado em outro princípio, o da boa-fé, que se fundamenta a nova tese. O advogado que suscita em audiência, para que conste do termo da audiência sua pretensão de atacar o decisório por agravo de instrumento, está demonstrando sua boa-fé em defender e resguardar da melhor maneira os interesses do seu cliente, bem como estar atento à hipótese do agravo retido oral, à forma e aos prazos inerentes a esse recurso. Dito isso, fica claro que o advogado de má-fé, como dito acima, não teria o mesmo direito, porque, seja por perda do prazo, não conhecimento ou outro motivo, não suscitaria a lavratura da sua pretensão a termo, portanto, ficando privado do direito de ter de volta seu prazo no caso de conversão do agravo pelo relator.

Portanto, o requisito para que a tempestividade do agravo retido oral (já convertido) fosse deferida era justamente o pedido de se constar em ata. Nesse diapasão, os advogados que perdessem o prazo do agravo retido oral, tendo seu direito precluso, estariam perdendo também o direito de ter de volta seu prazo caso o agravo de instrumento fosse convertido pelo relator, não podendo litigar de má-fé para recuperar os prazos que explicitamente não se atentou.

5 O PRINCÍPIO DA ESPERANÇA

Diante do que foi exposto nesse artigo e durante toda pesquisa realizada, é visível que o tema em tela causa grandes dúvidas e incertezas no campo processual. Poucos são os doutrinadores que se arriscam a expor ou propor

soluções para a problemática. Por isso, será abordado um novo princípio que ajudará a complementar o posicionamento e a argumentação.

Pouco explorado no nosso país, mais que certamente ganhará destaque nos debates jurídicos internos, o Princípio da Esperança, de Ernst Bloch, usado pelo Ministro Gilmar Mendes, na ADI 3510, para embasar seu voto acerca de um tema de grande repercussão. Extrai-se, com o primado do Princípio da Esperança, que o poder judiciário como forma de solução de conflitos se legitima a partir do momento em que o povo, ao se despir do direito de resolver seus próprios conflitos (como num primeiro momento da história, onde existia a autotutela e a composição) permite que o Estado, como um terceiro estranho ao conflito possa dizer o direito das partes e quem deve sucumbir ao direito do outro. Portanto, o povo deposita esperança no Estado para que esse possa tutelar de forma segura e justa seus direitos.

Perceptível é a ligação direta que tal princípio possui com as funções do Estado.

Os discursos fechados e totalizantes que fundamentavam a Constituição entraram em crise no século XX. Morreu, por assim dizer, o constitucionalismo como metanarrativa, nascendo uma nova noção de ordem constitucional, construída a partir dos princípios de abertura e possibilidade. Nas palavras de Peter Häberle, a constituição deve ser reconhecida como um sistema aberto de possibilidades, que encerra em seu bojo uma axiologia e uma deontologia pluralistas. A teoria da constituição aberta – ou possibilista – de Häberle é inegavelmente influenciada pelo pragmatismo filosófico de Ernst Bloch, em especial pelos escritos de sua maturidade, cujo grande marco é sua obra-prima – O Princípio Esperança. A grande inserção do pensamento de Bloch na doutrina constitucional de Peter Häberle reside justamente na noção de esperança. O constitucionalista alemão vai buscar na filosofia blochiana esse elemento, que exerce posição central na sua estrutura constitucional, ao explicar o nexo entre o ser e o dever da constituição aberta (VARGAS, 2004).

Com base neste princípio, conclui-se que não pode o Estado nem o Poder Judiciário se limitarem à letra da lei. Em tempos pós-positivistas, mais do que nunca, os conflitos sociais devem ser resolvidos de maneira plena, célere e com base nos

princípios; não sendo isso possível, os cidadãos devem ter, no mínimo, a esperança de terem suas lides resolvidas pelo Estado, já que esta é uma atribuição inerente de sua formação.

CONCLUSÃO

Conforme explanado, há uma brecha na lei que pode fazer com que a parte perca seu direito de recorrer e pior, ainda tenha que sofrer com uma decisão que lhe cause grave lesão. Será este o tipo de resposta que se quer receber da justiça?

Nem sempre ao se seguir cegamente a lei, ter-se-á os resultados esperados da justiça. Na problemática apresentada, a parte que tem seu agravo convertido e por isso vê a respectiva matéria nele suscitada preclusa, poderá estar sendo injustiçada, uma vez que ainda aplicando-se corretamente as leis do processo (meio) não será afastado o risco de lesão grave ao seu direito (fim); jamais se poderia concluir que o texto da lei é perfeito, e assim deve ser simplesmente proclamado pelo juiz, apenas por ser o resultado de um procedimento legislativo regular. De modo que se tornou necessário resgatar a substância da lei e, mais do que isso, encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça (MARINONI,2006).

Enfim, nesse contexto não resta dúvidas sobre o desrespeito ao Princípio da Esperança, já que o Estado não estaria dando uma resposta e conseqüente solução ao mérito do recurso do ofendido. Ou seja, uma grave omissão.

REFERÊNCIAS

MARINONI, Luiz Guilherme, **Curso de Direito de Processo Civil: teoria geral do processo**, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de Direito processual civil**. 5. ed., São Paulo, 1959.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de processo civil**, 3. Vol., 15. ed., Saraiva, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, 1. Vol., 52. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VARGAS, Daniel Barcelos. O Constitucionalismo e a esperança: um estudo dos pressupostos da constituição Aberta de Peter Häberle a partir do princípio da esperança de Ernst Bloch. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/469/439>. Acesso em: 12/2011.