

AGRAVO RETIDO OU POR INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO: uma escolha do recorrente?.¹

*Amanda Maria Maciel de Lima e Renatta Maysa Campos Froz*²
*Bruno Rocio*³

Sumário: Introdução; 1 Rito do Agravo no Direito Processual Civil Brasileiro; 2 A análise da (in) admissibilidade do Agravo de instrumento em decisão proferida em audiência de conciliação; 3 A audiência de conciliação e a possibilidade do agravo retido; 4 O Princípio da Fungibilidade e a conversão do Agravo de Instrumento em Agravo Retido; Considerações Finais e Referências.

RESUMO

Abordar-se-á neste trabalho a diferenciação do agravo na forma instrumentada e na forma retida, e a sua interposição como obrigatoriedade da lei ou uma escolha do recorrente, consequentemente explanando de forma geral sobre cada um deles de acordo com o Código de Processo Civil. Em um segundo momento será analisado, a possibilidade do agravo de instrumento contra decisão proferida em audiência de conciliação. Discorrendo acerca da admissibilidade do Agravo na modalidade retida, em razão de analogia quanto ao art. 523, §3º, CPC, que permite esse recurso em audiência de instrução e julgamento, não definindo o legislador sobre esse assunto e a audiência de conciliação. Diante das divergências que englobam esse assunto, será discorrido o entendimento dos Tribunais Superiores e da doutrina sobre o tema abordado e a possibilidade da conversão do agravo de instrumento em retido quando cabível a fungibilidade dos mesmos.

PALAVRAS-CHAVES

Agravo de Instrumento – Audiência de Conciliação– Agravo retido- Admissibilidade – Código de Processo Civil

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 11.187 de 19 de outubro de 2005, o Código de Processo Civil sofreu várias alterações em diversos dispositivos. Tratando-se do recurso agravo, este foi alterado no que diz respeito ao seu cabimento. Um dos pontos relevantes dessa alteração está o art. 523 § 3º, do Código de Processo Civil, que por sua vez, passou por uma nova roupagem, explanando que em face de decisões proferidas em sede de audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma oral e retida, devendo ser interposto imediatamente. Ocorre que, o artigo refere minuciosamente que

¹ Case apresentado à disciplina Recursos no Processo Civil, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, UNDB.

² Alunas do 6º período, do curso de direito, da UNDB.

³ Professor, orientador.

cabará agravo na forma retida em audiência de instrução e julgamento, não se referindo à audiência preliminar.

Diante deste dilema, a questão é se deve abranger esse dispositivo a audiência de conciliação ou não é cabível o agravo retido ou de instrumento nesse tipo de audiência, pois o legislador especificou apenas na audiência de instrução e julgamento. Alguns autores e tribunais ampliam o dispositivo e dizem que cabe o agravo retido na forma oral e imediata na audiência de conciliação, como refere o artigo supramencionado.

Em contrapartida, outros doutrinadores fundamentam que nas audiências preliminares a interposição do agravo retido ou de instrumento poderá ser realizada na forma escrita, por se tratar de questões processuais importantes, pois com a limitação ao agravo oral poderia acarretar uma lesão grave ou difícil reparação que não seriam apreciadas de imediato, pelo fato de permanecer retido até que o Tribunal viesse apreciar por meio da apelação, e desta forma, haveria uma violação a garantia constitucional do recorrente.

No que se trata o agravo de instrumento, este é uma exceção e possui uma interpretação restritiva, como também é taxativo. Não é uma escolha da parte em optar por agravo retido ou por instrumento, o recorrente passou a ser obrigado a interpor agravo retido em decisões interlocutórias, cabendo o agravo de instrumento em hipóteses taxativas que elenca o CPC, diferenciando da antiga lei que tratava do agravo.

O agravo de instrumento está contido no art. 522 do CPC, e é interposto diretamente ao tribunal. Nas audiências de conciliação, via de regra o recurso cabível é o agravo retido, mas, quando a decisão interlocutória viabilizar uma lesão grave e de difícil reparação é hipótese de interposição do agravo de instrumento. Porém, a doutrina e os Tribunais divergem sobre essa interposição do agravo, diante disso, será abordado posteriormente o entendimento dos doutrinadores sobre cada recurso do agravo, como também dos Tribunais Superiores e suas decisões sobre o tema citado.

1 O RITO DO AGRAVO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

O Agravo é um recurso voluntário que fora designado pelo Código de Processo Civil para impugnar as decisões interlocutórias proferidas pelos juízes de primeiro grau de jurisdição. Esse recurso visa combater as decisões interlocutórias que causem prejuízos jurídicos as partes litigantes, podendo ser admitido nas modalidades: retida (que é a regra) e instrumental, estas com procedimentos diferentes.

Para aclarar o exposto, cita-se o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior (2006, p.646) que leciona sobre o Agravo sendo: “recurso cabível contra as decisões interlocutórias (art.

522 do CPC), ou seja, contra os atos pelos quais, o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente (art. 162 §2 do CPC)”.

É importante destacar a classificação do referido recurso e seus efeitos, que podem ser: ordinário, de fundamentação livre; e efeito devolutivo, efeito suspensivo *ope iudices* e regressivo.

Ao tratarmos dos recursos em espécie, insta destacar a importância dos princípios que são aportados pelo ordenamento jurídico, posto que visam trazer uma segurança jurídica. Portanto, vale ressaltar o ensinamento de Marinoni (p. 513, 2008) ao suscitar o princípio da unirrecorribilidade, que aduz: “Ao estipular a lei processual quais são os recursos cabíveis, evidentemente há de indicar, para cada um dos recursos uma função determinada e uma hipótese específica de cabimento”.

Nestes termos, deve-se interpor o recurso adequado, para que este seja admitido de forma tempestiva e a parte possa ter seu pleito admitido e/ou reformado ou anulado pelo Tribunal. O agravo de instrumento é interposto de forma direta no juízo *ad quem* possuindo devolutividade imediata, enquanto que o retido é interposto no juízo *a quo* possuindo devolutividade diferida, sendo apreciado em momento posterior ao da sua interposição.

O agravo de instrumento difere-se do retido pela urgência, pois a decisão pode causar a parte lesão grave ou de difícil reparação. Necessariamente para interposição desse recurso na forma instrumentada devem ser assegurados os elementos dispostos no artigo 525 do CPC, que são consideradas as peças obrigatórias e necessárias deste instituto, sob pena de inadmissibilidade do recurso.

Ressalta-se que, as duas formas supracitadas devem respeitar o prazo legal estabelecido, caso contrário, o recurso não será admitido por intempestividade. Os dois possuem prazo prescricional de 10 dias, que devem ser contados da intimação da decisão interlocutória. Tratando-se da Fazenda Pública e do Ministério Público o prazo deverá ser computado em dobro.

2 A ANÁLISE DA (IN) ADMISSIBILIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM DECISÃO PROFERIDA EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

A audiência de conciliação ou preliminar é regida pelo artigo 331 do Código de Processo Civil, com o objetivo de suprir o conflito existente de uma maneira rápida e harmônica, baseando-se ao princípio da celeridade. Neste prisma, a audiência preliminar além de tentar conciliar as partes, também, realiza o saneamento do processo, efetuando decisões de preliminares do processo. Se não houver a conciliação na audiência, o juiz fixará pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas. Havendo alguma

decisão que afeta a parte, será possível o cabimento de agravo de instrumento, como exemplo o indeferimento de provas que podem gerar uma lesão grave e difícil reparação a parte.

Assim posiciona-se Mauro Cappelletti (1994, p. 84): “A conciliação- ao contrario da decisão que declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida”- oferece a possibilidade de que as causas mais profundas do litígio sejam examinadas, recuperando-se o relacionamento cordial entre os litigantes”.

O agravo de instrumento como fora anteriormente mencionado é cabível contra decisões interlocutórias que tem uma certa “urgência” para serem resolvidas dentro do processo, quando se trata de decisão proferida em audiência de conciliação, maior parte da doutrina posiciona-se pela inadmissibilidade desse instituto. Contudo, alguns doutrinadores se posicionam que é cabível agravo de instrumento em audiência preliminar quando o procedimento ordinário versar sobre direitos que admitem a transação (direitos disponíveis), por não se tratar de audiência de instrução e julgamento que é cabível o agravo retido na forma oral e imediata.

Isso pois, questões que eventualmente causem lesão grave e difícil reparação devem ser conhecidas de imediato, e o não cabimento desse recurso para modificar a decisão prolatada poderia interferir no direito do litigante interessado, e a possibilidade de ser na forma retida poderia causar prejuízos a parte, visto que esse instituto permaneceria retido nos autos, até ser apreciado pelo Tribunal por ocasião da interposição da apelação. Não obstante, verifica-se que com a inadmissibilidade do agravo de instrumento poderá gerar uma situação irreversível a parte, sendo impossível repor o estado anterior ao mesmo, sendo assim, afrontaria a garantia constitucional do recorrente.

3 A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E A POSSIBILIDADE DO AGRAVO RETIDO

Majoritariamente a doutrina entende que por analogia ao art. 523, §3º do CPC, que dispõe sobre as decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento, bem como o cabimento do agravo de instrumento na forma retida, nas audiências de conciliação seria cabível também o referido recurso quando se trata de Audiência Preliminar.

Posto isso, tenta-se assegurar a celeridade processual nesse entendimento explica Nelson Nery Junior (2006. p. 525) que “embora o CPC 523 §3º se refira à audiência de instrução e julgamento, aplica-se o mesmo regime às audiências tout court realizadas no processo, como no caso da audiência preliminar”.

Assegura Diddier que “não obtida a conciliação e existindo questões processuais pendentes para análise jurisdicional, deve o juiz resolvê-las em audiência. Se dessa resolução

resultar e extinção do feito, caberá o recurso de apelação. Do contrário, caberá o recurso de agravo, que deverá ser interposto de maneira oral e imediatamente (art. 523, §3º, CPC).”

Retratando a possibilidade acima mencionada leciona Misael Montenegro Filho, que:

[...] o agravo retido (como espécie do gênero agravo) admite as formas (de interposição) escrita e oral, a primeira destinada ao combate de decisões interlocutórias manifestadas no ambiente da audiência de tentativa de conciliação e da audiência preliminar, além de pronunciamentos escritos do magistrado, remanescendo a segunda subespécie para o ataque a decisões proferidas no curso da audiência de instrução e julgamento.

As decisões interlocutórias proferidas em audiências de instrução e julgamento, podem ser alvo de agravo na forma retida, oral, seguindo o tramite adequado, e posteriormente aguardando as contrarrazões da parte que também podem ser na forma oral, imediatamente, pois deve-se respeitar o princípio da isonomia. A aplicação do agravo retido oral e imediato à hipótese da audiência de instrução e julgamento, é plausível, vislumbrando também parte da doutrina que a interposição deste em audiência preliminar, quando se decidem questões processuais relevantes, deveriam ser atacadas por meio da forma retida. Com base nessa explanação, o Tribunal do MS, com o relator Divoncir Schreiner Maran, julgou da seguinte maneira o agravo retido em audiência preliminar:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DELEGADO DE POLÍCIA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE DAS DECISÕES. AFASTADAS. AGRAVO RETIDO. NÃO CONHECIDO. SENTENÇA ULTRA PETITA. NÃO CARACTERIZADA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA MULTA CIVIL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS DIMINUIÇÃO DO PRAZO. HONORÁRIOS MINISTERIAIS. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. AFASTAMENTO E PERDA DO CARGO PREJUDICADOS. SUPERVENIÊNCIA DA APOSENTADORIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. É possível, com base no princípio da unirrecorribilidade, decidir o juiz numa mesma ocasião a respeito do pedido de antecipação e da extinção do processo com ou sem julgamento do mérito, entretanto, contra cada uma dessas decisões, de natureza distintas, deverá ser interposto o recurso apropriado, como in casu, afastando-se eventual preclusão consumativa. Deveria o agravo retido ter sido procedido oral e imediatamente, na ocasião da audiência, nos termos do artigo 523, § 3º, do Código de Processo Civil, ainda que em audiência preliminar, mormente a finalidade da reforma processual introduzida pela Lei n. 11.187/2005, em que decidindo o magistrado oral e imediatamente, também assim o faz a parte inconformada, tudo visando agilizar os recursos e decisões proferidas em audiência. [...] (TJMS; AC-LEsp 2008.024068-4/0000-00; Dourados; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran; DJEMS 20/04/2010; Pág. 22)⁴.

No entanto, ocorre que na audiência de instrução e julgamento, o juiz decide normalmente questões relativas ao conjunto probatório dos autos. O juiz pode decidir determinada

⁴ NASCIMENTO, João Rockenbach. **O (des) cabimento do agravo retido oral e imediato em audiência preliminar.** Disponível em: < <http://zg.adv.br/artigos/o-des-cabimento-do-agravo-retido-oral-e-imediato-em-audiencia-preliminar>>. Acesso em 27 de Julho de 2013.

questão em audiência e uma das partes visando uma melhora na sua situação jurídica, interpor agravo retido. É portanto, cabível o agravo retido contra a decisão interlocutória proferida em audiência preliminar, pois a doutrina abrange o entendimento do texto legal. Quando surgir alguma dúvida em uma decisão judicial, o andamento do feito não será prejudicado enquanto a questão não for solucionada, sendo analisada e decidida, podem ocorrer duas situações: que as partes interessadas aceitem a decisão proferida ou se oponham ao ato decisório. No primeiro caso, aceitando a decisão proferida, aguarda-se a preclusão que impedirá sua discussão posterior.

Nesse entendimento, Luiz Guilherme Marinoni (2008, P. 230), traduz este raciocínio, de forma clara:

Não obtida a conciliação e existindo questões processuais pendentes para análise jurisdicional, deve o juiz resolvê-las em audiência. Se dessa resolução resultar a extinção do feito, caberá o recurso de apelação. Do contrário, caberá o recurso de agravo, que deverá ser interposto de maneira oral e imediatamente (art. 523, §3º, CPC).

É oportuno frisar que toda decisão é passível de revisão, para que sejam assegurados os princípios constitucionais. A decisão proferida se contraria ao interesse da parte poderá ser recorrida, e deve-se assegurar o instrumento adequado para isso.

4 O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E A CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO

O Princípio da Fungibilidade tem como alicerce a ausência de má-fé e a inexistência de erro grosseiro. E tem como natureza a substituição de um recurso por outro. Ou seja, esse princípio viabiliza a permutabilidade dos recursos e da conversibilidade dos mesmos, fazendo com que a parte não venha sofrer prejuízos quanto interpor um recurso, havendo a possibilidade de converter para outro, desde que, preencha os requisitos exigidos.

No que tange ao agravo, como citado anteriormente à lei estabelece como regra o agravo retido para decisões interlocutórias. As questões que envolvem o deferimento ou indeferimento de provas deverão ser impugnadas com agravo retido. Interposto o agravo de instrumento e sendo cabível na verdade, o agravo retido, o relator designado determinará necessariamente a sua conversão, com a remessa dos autos do agravo de instrumento ao primeiro grau de jurisdição para que apensado nos autos principais. Esse procedimento é caracterizado por um dever processual de proceder à conversão e não de um poder. A reiteração do agravo retido na apelação ou na contrarrazão da apelação, deve ser realizada, sob pena de não reconhecimento. Essa reiteração constitui requisito indispensável de admissibilidade do agravo retido.

Quando ocorrer a situação de o relator decidir monocraticamente, o mesmo pode determinar a conversão, mas, deve necessariamente fundamentar, como aborda o art. 93, inc. IX da Constituição Federal. Não basta o relator informar que não cabe o agravo de instrumento, por estar faltando o requisitos essencial que é a lesão grave e de difícil reparação. O julgador deverá apresentar as suas razões que fundamentam o motivo que o recurso deve ser submetido à forma retida, verificando as circunstâncias particulares de cada caso concreto, em outras palavras, deve abordar os motivos que não se enquadra o caso concreto nas hipóteses de agravo de instrumento.

Desta forma, com a conversão do agravo de instrumento em agravo retido compromete necessariamente os efeitos suspensivos e a antecipação da tutela recursal. Contudo, se o agravante decidir interpor o agravo retido, primeiramente, o juiz não poderá determinar que ele seja processado em agravo de instrumento, devendo respeita a escolha do recorrente. Mas, se o recorrente interpor agravo retido quando a hipótese traçada pela lei é clara no sentido de somente se admitir agravo de instrumento constitui erro grosseiro, não podendo o juiz receber um recurso pelo outro. Portanto, concluindo o raciocínio anteriormente, há a possibilidade da fungibilidade do recurso de agravo de instrumento ser convertido ao agravo retido. No qual será realizado pelo relator que verificará situação que não se enquadra ao agravo de instrumento, por não cumprir requisitos exigidos pela lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas pesquisas realizadas, o recorrente não possui uma escolha necessariamente para interpor o recurso desejado, ou seja, a lei determina que cabe via de regra a interposição de agravo retido em decisões interlocutórias, nas audiências de instrução e julgamento, situação em que se a parte não realizar na hora exigida por meio oral, seu direito de recorrer será precluso. E no que diz respeito à audiência preliminar, a maioria da doutrina e dos tribunais superiores abrangem esse dispositivo que trata da audiência de instrução e julgamento para audiências de conciliação, cabendo o agravo retido oral e imediatamente. E o agravo de instrumento caberá nas hipóteses em que causar lesão grave e difícil reparação à parte, caso contrário, estaria o judiciário confrontando as garantias constitucionais dos recorrentes.

A fungibilidade dos recursos é uma hipótese em que o relator, viabilizando que o recurso correto é o agravo retido, converte o que a parte interpôs (agravo de instrumento) em retido, não prejudicando o direito da parte de recorrer adequadamente. Portanto, conclui-se que cabe agravo de instrumento e retido em audiência de conciliação, por meio do art. 523 § 3º do CPC, fazendo uma analogia e abrangendo o dispositivo da Lei nº 11.187/05 .

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. **Acesso a Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NASCIMENTO, João Rockenbach. **O (des) cabimento do agravo retido oral e imediato em audiência preliminar**. Disponível em: < <http://zg.adv.br/artigos/o-des-cabimento-do-agravo-retido-oral-e-imediato-em-audiencia-preliminar>>. Acesso em 27 de Julho de 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2006. p. 525.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008. p. 333.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 133.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimentos. Vol I. 44o ed. RJ. Ed. Forense, 2006, pág.646.