

OS RECURSOS NO PROCESSO CIVIL

(Sétima Parte)

Roberval Clementino Costa do Monte

36 — *Agravo de instrumento e efeito suspensivo.* 37 — *Preclusão.*

38 — *Efeitos de provimento do agravo.* 39 — *Agravo retido após a sentença; juízo de retratação.*

O agravo não tem efeito suspensivo, ou seja, não impede o normal prosseguimento do processo⁽³⁴⁹⁾, exceção para as hipóteses previstas no art. 558, do CPC⁽³⁵⁰⁾ onde a decisão agravada tem seu cumprimento obstado pela interposição do agravo: é facultado ao agravante requerer ao relator (ou ao próprio juiz da causa, enquanto o agravo não tiver subido) que suspenda a execução da medida, até decisão definitiva, nos casos de prisão de depositário infiel, de adjudicação, remissão de bens ou levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea (CPC., art. 558). O efeito suspensivo, então, não terá a plenitude de paralisar *todo* o processo, mas, e *unicamente*, a execução daquelas medidas ali previstas.

O efeito suspensivo do agravo, previsto no artigo 558, não difere, qualitativamente, do conferido à apelação (art. 520), pois, caso constasse do elenco do citado art. 558, e. g. a suspensão dos efeitos do despacho que indeferisse pedido de julgamento antecipado da lide (art. 330), conseqüentemente, mandando o juiz prosseguir o feito, o eventual agravo oferecido teria o efeito suspensivo pleno, paralisando, então, todo o processo; e, na hipótese, o recurso adequado seria o agravo, uma vez que a apelação somente é cabível de sentença (art. 513), que é o ato do juiz que põe termo ao processo, e o agravo residual, somente não é admissível nos despachos de mero expediente (art. 504), irrecorríveis.

Como seria possível ao órgão *ad quem* examinar o acerto da decisão agravada se, mesmo nas hipóteses previstas no art. 558, o agravo não obsta o prosseguimento do processo? Prevê a lei, então, que, com cópia de peças extraídas dos autos, seja formado o *instrumento* (autos apartados), permissivo desse exame pelo segundo grau.

(349) CPC, art. 497: "...a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo..."

(350) CPC, art. 558: "O agravante poderá requerer ao relator, nos casos de prisão do depositário infiel, adjudicação, remição de bens ou de levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea, que suspenda a execução da medida até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. Parágrafo único — igual competência tem o juiz da causa enquanto o agravo não tiver subido".

O Código, com referência às decisões de primeiro grau, facultou, de forma ampla, o uso do agravo, somente não se lhe aplicando no caso de sentença (ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo — sentença *definitiva* — ou não — sentença *terminativa* — o mérito da causa), apelável (CPC., art. 513), ou em se tratando de despachos de “mero expediente” (CPC., art. 504), irrecorríveis; conseqüentemente, não sendo sentença ou despacho de mero expediente, caberá agravo de instrumento. Registre-se, porém, que alguns despachos, embora decisórios, foram considerados irrecorríveis, e.g., quando o juiz releva a pena de deserção e restitui ao apelante o prazo para efetuar o preparo (CPC., art. 519, § 2.º).

O Código anterior, nesta parte, era mais complexo, onde as interlocutórias, muitas vezes, não tinham recurso previsto, obrigando a parte ao uso analógico do mandado de segurança ou da reclamação, não obstante três fossem os agravos⁽³⁵¹⁾; as sentenças terminativas eram impugnáveis pelo agravo de petição, eliminado pelo Código atual por duas razões: esse recurso, teoricamente específico, passou a ter conteúdo genérico e variável, e, por outro lado, precisar o que seja o mérito continua a ser uma das dificuldades do processo⁽³⁵²⁾.

A nova sistemática tornou mais tranqüilo o uso dos recursos no primeiro grau, traçando limites para a apelação e para o agravo.

Se a parte não agravar da decisão, esta preclui, vedado, então, seu reexame pela instância superior; é o que diz o Código (art. 516): “Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença final, salvo as impugnáveis por agravo de instrumento”, embora em infeliz redação, pois toda sentença é final e impugnáveis por agravo de instrumento são as *decisões* das questões, e, não estas.

A preclusão foi definitivamente consagrada com *Chiovenda*⁽³⁵³⁾, isolando-a do conceito de coisa julgada, e, embora inspirada no direito alemão⁽³⁵⁴⁾, não obteve maior atenção de sua literatura proces-

(351) O velho processo português contemplava cinco agravos: de petição, no auto do processo e de instrumento, originários das Ordenações Manuelinas, o agravo de ordenação não guardada, que surgiu nas Ordenações Filipinas e o agravo ordinário, inspirado na *supplicatio romana*. Esses agravos, entre nós, tiveram curso até o advento da Disposição Provisória, de 1832.

(352) Exposição de Motivos, V. 29; E. T. Liebman, *Notas às Instituições de Chiovenda*, vol. III; E. D. Moniz de Aragão, *Estudos sobre os embargos de nulidade e infringentes*, Curitiba, 1959, pág. 130. Alfredo Buzaid, *do Agravo de Petição*, Saraiva, São Paulo, 1956, 2ª ed., pág. 115.

(353) Giuseppe Chiovenda, “Cosa Giudicata e Preclusione”, em “*Riv. Ital. per le Scienze Giuridiche*”, 1933, pág. 5.

(354) O instituto teve seu ponto de partida com a obra de Oskar Bülow, *Civil processualische Fiktionen und Wahrheiten*, publicada em 1879, como informa Machado Guimarães (*Estudos de Direito Processual Civil, Jurídica e Universitária*, Rio—São Paulo, 1969, pág. 9).

sual, provavelmente ante a concentração e oralidade do sistema, desde o Regulamento alemão de 1977 (355).

Segundo *Couture*, no processo romano-canônico já se encontrava a preclusão, embora sob a forma de ameaça jurídica (356), e, entre nós, teria sido M.A. de Gusmão o pioneiro, embora de forma imprecisa (357).

De Plácido e Silva, no verbete preclusão, pretende que, "no sentido forense, preclusão processual exprime o encerramento do processo ou o impedimento para que ele prossiga" (358) enquanto *Eliezer Rosa* propõe o seguinte conceito: "perda de uma faculdade ou de um direito subjetivo processual, quer porque não se fez uso deles no momento e no prazo devido, quer porque se realizaram atos incompatíveis com a vontade de usar deles, ou ainda, porque já se usou deles uma vez, consumindo-os" (359).

A preclusão tem pontos de aproximação com certos institutos, como a prescrição, a decadência e a perempção, mas deles se distingue, fundamentalmente. A preclusão não atinge mais que direitos processuais, não impede a propositura de nova ação, com o mesmo objeto, e não extingue o processo; a perempção também atinge somente direitos processuais, mas, além de impedir a propositura de nova ação, extingue o processo, e, o direito perempto somente poderá ser alegado em defesa (CPC., art. 268, § único, *in fine*).

A perempção extingue o processo sem julgamento do mérito (CPC., art. 267, V), fazendo, conseqüentemente, a coisa julgada formal, que não obsta a renovação do processo, com o mesmo objeto, mas, por expressa determinação legal, não poderá a ação ser renovada (CPC., art. 268).

A prescrição e a decadência extinguem o processo com julgamento do mérito (CPC., art. 269, IV), e, além de não permitirem a renovação do processo, a decadência atinge o próprio direito subjetivo, motivo pelo qual o direito decadente não mais poderá ser invocado, mesmo em defesa, enquanto a prescrição, que somente atinge o direito processual, permite que o direito prescrito seja alegado em defesa.

(355) O código germânico concentrou na audiência oral o debate e a decisão das questões suscitadas (ZPO, § 274), permitindo, inclusive, que até a prolação da sentença sejam oferecidos os meios de ataque e defesa (ZPO, § 278) e produzidas as respectivas provas (ZPO, § 283) enquanto o nosso direito "se desenvolve apoiado em preclusões" (*Eliezer Rosa, O Despacho Saneador*, 1967, pág. 43).

(356) *Eduardo Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Buenos Aires, 1972, pág. 16.

(357) *Manuel Aureliano de Gusmão, Coisa Julgada*, 1922, pág. 26, (nota 3).

(358) *De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico*, verbete preclusão.

(359) *Eliezer Rosa, Dicionário de Processo Civil*, 2ª ed., pág. 324.

A prescrição comporta atenuantes, atendendo a certas circunstâncias, quando poderá ser suspensa ou interrompida: a decadência, declarada, produzirá seus efeitos inexoravelmente.

A decadência deverá ser declarada, de ofício, ainda que não invocada pelo demandado, enquanto a prescrição, tecnicamente, somente deveria ser considerada quando argüida em defesa, mas o Código generalizou a declaração de ofício da prescrição, somente limitada quanto a direitos patrimoniais (CPC., art. 219, § 5.º), facultando até o indeferimento, de ofício, da petição inicial, quando o juiz verificar, desde logo, a ocorrência da prescrição (CPC., art. 295, IV).

Entendemos que é da preempção que mais se aproxima a preclusão (ambas produzem a coisa julgada formal), enquanto a prescrição e a decadência produzem a coisa julgada material, atingindo a decadência o próprio direito subjetivo (360).

Os tipos de preclusão geralmente aceitos são o *temporal*, o *consumativo* e o *lógico*: "A perda da possibilidade de praticar-se um ato processual por não ter o mesmo sido praticado no prazo para tanto designado (preclusão temporal), por já ter sido o ato praticado (preclusão consumativa) (361), incluindo-se a preclusão por passagem, e a preclusão lógica, que representa a impossibilidade de uma faculdade processual pelo fato de ter sido realizada atividade incompatível com o respectivo exercício. A preclusão temporal, ou *poena praecusis*, a preclusão por passagem (*prozessualische überholung*), ou seja, a preclusão, através de todos os seus tipos, permitirá que o processo chegue ao seu final, sem as marchas e contramarchas infundáveis que sua ausência proporcionaria.

O valor da causa, e. g., poderá determinar, segundo a extensão ou eficácia preclusiva (*präklusionwirkung*), a ocorrência da preclusão por passagem ou por perda, se o valor de causa for deixado, pela

(360) José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, Forense, 3ª ed., 1966, pág. 290; Rogério Lauria Tucci, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, verbete preclusão, vol. 60, pág. 10; Leib Solbelman, *Enciclopédia do Advogado*, Editora Rio, 2ª ed., pág. 283: "Não se confunde com a prescrição ou preempção, porque... nem com a decadência. ...Mas, inegavelmente, é da decadência que ela mais se aproxima". Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Saraiva, 2ª vol., pág. 108: "Decadência é a extinção do direito... A prescrição é a extinção da ação".

(361) Humberto Piragibe Magalhães e Christóvão Piragibe Tostes Malta, *Dicionário Jurídico*, Edições Trabalhistas S.A., Rio, 3ª ed., vol. II, pág. 753. Veja-se, outrossim, Leib Solbelman, *Enciclopédia do Advogado*, Editora Rio, 2ª ed., pág. 283: "Preclusão é palavra que só se usa em direito processual, pois, não atinge o direito material discutido no processo, não tem qualquer efeito fora do processo. É a perda de uma faculdade ou direito processual por não ter sido exercido no devido tempo. Esse não exercício de um direito ou faculdade processual pode ter vários motivos: perda de prazo, utilização de um direito incompatível com outro ato processual já praticado ou decisão em recurso interposto pela parte, que não se conformou com um despacho. O grande efeito da preclusão é impedir a eternização do processo, não permitindo que o juiz volte a decidir novamente questões já decididas, relativas à mesma lide".

lei, ao arbítrio da parte ou não; se deixado ao arbítrio da parte e inexistir impugnação, ter-se-á consolidado a questão, à *sombra da lei* (CPC, art. 261, § único), operando-se, então, a preclusão por passagem, que impedirá o reexame pelo órgão *ad quem*. Se o valor arbitrário legal for impugnado, poderá: a) o juiz decidir, quando, irrecorrida a decisão, não mais tratar-se-á de preclusão por passagem, mas por *perda*, e o órgão *ad quem* também não mais poderá rever esse valor; b) o juiz decidir e ser oferecido o agravo, quando a instância superior poderá rever (ou o próprio juízo monocrático, em se tratando de agravo de instrumento); c) o juiz não decidir, quando inexistirá preclusão, e a matéria será levada ao reexame do órgão *ad quem, ut art. 516 do CPC*. — questão não decidida, inexistindo agravo da questão, mas de decisão.

Se a lei fizer previsão do valor da causa e outro tiver sido dado, embora sem impugnação da parte contrária, não ocorrerá a preclusão por passagem, porque a característica deste tipo preclusivo é que a etapa processual se tenha passado na *forma da lei*.

A conseqüência do provimento do agravo retido não oferece maior indagação, porque dele conhecerá o tribunal preliminarmente, quando julgar a apelação (CPC, art. 522, § 1.º); mas, quanto ao agravo de instrumento provido, seu resultado jurídico é de ser examinado, à luz da marcha dos autos principais, até o julgamento desse agravo (à exceção das hipóteses previstas no art. 558 do CPC, o agravo não tem efeito suspensivo). Julgado o agravo de instrumento, entende a doutrina que somente deverá ser anulado o que não se ajustar à sua decisão ⁽³⁶²⁾.

Diz o Código que na "petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação"; (CPC, art. 522, § 1.º). Esse agravo, conhecido como agravo retido, não difere, substancialmente do agravo no auto do processo, do Código de 39 (art. 851), e, embora não constasse do Projeto do Código atual, deve sua existência a *Moniz de Aragão*: "mantive o agravo no auto do processo, com caráter facultativo e auxiliar. Ao impedir a preclusão, ele continuará a prestar relevantes serviços à oralidade. A experiência me tem mostrado que, por vezes, de nada vale o agravo subir incontinenti, pois a imaturidade da causa faz imprudente uma solução radical. Quando do julgamento da apelação, entretanto, ele se salienta, possibilitando corrigir erros cuja gravidade só se observa com nitidez ao analisar em conjunto os problemas contidos no processo" ⁽³⁶³⁾.

(362) Gouvêa Pinto, *Manual*, Lisboa, pág. 250; Eliezer Rosa, *Dicionário de Processo Civil*, pág. 42; Sergio Bermudes, *Comentários*, vol. VII, pág. 165.

(363) E. D. Moniz de Aragão, *Estudos sobre a reforma processual*, U.F. do Paraná, Curitiba, 1969, pág. 20.

O Código de 39 nomeava, expressamente, os três tipos de agravo (art. 841), enquanto o Código atual somente menciona o agravo de instrumento, mas seria imprópria e irreal, para a hipótese do § 1.º, do art. 522, a denominação "agravo de instrumento retido" porque: a) o agravo de instrumento tem características próprias, como o imediato contraditório entre as partes, o juízo de retratação expressamente facultado ao juiz e a eventual deserção; b) no agravo de instrumento pretende o agravante que a questão seja examinada pelo órgão *ad quem* o mais breve possível, e, no agravo retido, o principal objetivo do agravante é não deixar que a decisão preclua; c) a doutrina, acertadamente, continua a ver no agravo retido o agravo no auto do processo ⁽³⁶⁴⁾.

Em três pontos o agravo no auto do processo (ou agravo retido) teve tratamento diverso no Código atual, com referência ao Código de 39: a) não mais há necessidade de tomar o agravo por termo; b) sua interposição oral é inadmissível; c) seu uso, agora, é genérico, somente não cabendo em caso de sentença ou de despacho de mero expediente (CPC do 1939, arts. 851 e 852).

Desejando o agravante que seu recurso fique retido nos autos, para que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação, bastará que, na petição do recurso assim o requeira; o agravo retido independerá de preparo (CPC, art. 527, § 2.º), não podendo, conseqüentemente, ser declarado deserto. O agravado somente será intimado para oferecer contra-razões se o agravo for de instrumento (CPC, art. 526), porque, em se tratando de agravo retido, poderá oferecer suas razões quando apelante ou apelado.

Se, entretanto, o agravante pretender transformar o agravo retido em instrumento, deverá apresentar seu requerimento no prazo do agravo, embora haja quem entenda possível essa opção posteriormente.

Poderá o juízo monocrático rever sua decisão, em se tratando de agravo retido? No Código anterior inexistia, entre os autores, entendimento uniforme, e, no Código atual, também a doutrina vacila: "no direito anterior, manifestaram-se no sentido do texto *Seabra Fagundes, op. cit.*, pág. 365; *Frederico Marques, op. e vol. cits.*, pág. 182; *meu Curso cit.*, pág. 107 e julgado in "RF", 96/652. Pela retratação, *Alfredo Buzaid, Del Agravio cit.*, pág. 153; *Jorge Americano, op. e vol. cits.*, págs. 95/96; "RT" 145/714; "Arq. Jud." 72/376; 71/209; "RF" 112/142. Sobre a polêmica, veja-se, ainda, *Galeno Lacerda, Despacho Saneador*, págs. 181/187 e, em especial, *Eliezer*

(364) Alcides de Mendonça Lima, "Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros", Ano VII, nº 31, pág. 75; Sergio Bermudes, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VII, pág. 165; E. D. Moniz de Aragão, Estudos sobre a reforma processual, U.F. do Paraná, Curitiba, 1969, pág. 20.

Rosa, *Dicionário cit.*, págs. 51/56. Alcides Mendonça Lima, conferência cit., pág. 76, criticou a falta de dispositivo permitindo, expressamente, o juiz reconsiderar a decisão agravada, dizendo o seguinte: "interessante é o seguinte: quando o agravo é de subida imediata, permite-se expressamente, como é da índole do agravo, que o juiz reforme a sua decisão (art. 527), impedindo-se, então que o agravo suba ao Tribunal, salvo se o agravado pedir a remessa. Mas, por que, expressamente, não consta essa faculdade também para o juiz no agravo que fica retido? Algum dia esse agravo subirá ao Tribunal. Então, já podia o juiz reformar a decisão, e nada impedia que o agravado pedisse que ele ficasse retido para apreciação posterior." . . . "Em favor da possibilidade de retratação da decisão agravada pelo próprio juiz, já na vigência do atual Código, há acórdão de E. 5.^a Câmara Cível da Guanabara. . . ("Rev. de Processo", 1/197). Também sob a égide do novo Código, opinaram em sentido favorável à possibilidade de retratação, Luís Antônio de Andrade e, até certo ponto, José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários*, vol. cit., pág. 484. . . ." (365).

Se o juiz, no agravo retido, pretender a revisão da decisão agravada deverá, antes, dar ao agravado *vista* dos autos, para que tenham as partes o tratamento igualitário legal (CPC, art. 125, I); se houver reforma dessa decisão poderá o agravado tornar-se agravante, através de recurso próprio (de instrumento ou retido), sendo-lhe vedado, porém, o uso do permissivo constante do art. 527, § 6.º.

O juízo de retratação, tecnicamente, não deve ser admitido no agravo retido, porque, embora não tenha a decisão precluído com a interposição desse agravo, ao juiz não é facultado decidir novamente as questões (CPC, art. 471), salvo nos casos em que a lei, expressamente, o permite, como no agravo de instrumento (CPC, art. 527 c/c o art. 471, II), e o agravo retido não pode e não deve ser considerado como de instrumento; entretanto, não consideramos heresia jurídica esse juízo de retratação (ainda que o juiz não dê *vista* ao agravado antes de reconsiderar sua decisão), porque o então agravado poderá agravar dessa nova decisão, com o conseqüente reexame pelo mesmo juiz ou pelo órgão *ad quem*, sendo inegável, porém, que o juízo de retratação no agravo retido atenderia ao princípio da economia processual.

Para que o agravo fique retido ou tenha imediata subida (agravo de instrumento), o agravante deverá, sempre, fazer menção expressa ao tipo de recurso que pretende: "na petição, o agravante poderá *requerer* que o agravo fique retido nos autos. . .", e "*Requerendo* o agravante a imediata subida do recurso. . ." (CPC, art. 522, §§ 1.º e 2.º, respectivamente, os grifos são nossos); mas, caso não

(365) Sergio Bermudes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, págs. 167/168.

seja feita a opção, num ou noutro sentido, parece-nos que, do exame da petição do recurso, poder-se-á inferir se o agravante preferiu o agravo de instrumento ou o retido, inclusive porque, para que formado seja o instrumento, o Código determina (CPC, art. 523, III e parágrafo único) que certas peças do processo sejam trasladadas (obrigatoriamente a decisão agravada, a certidão da respectiva intimação e a procuração outorgada ao advogado do agravante, salvo se outra instruir a petição de agravo), e o agravante poderá (deverá, do nosso entender) a elas se referir ou indicar outras peças que pretenda sejam trasladadas (peças facultativas).

Para que o agravo retido seja julgado deverá a parte pedir expressamente, nas razões ou contra-razões da apelação, sua apreciação pelo tribunal, pois, se não o fizer, "reputar-se-á renunciado" (art. 522, § 1.º); essa exigência do Código é oportuna, porque, ante o desenrolar de todo o processo, a decisão agravada poderá tornar-se despicienda, evitando-se, assim, perda de tempo para as partes e para o órgão *ad quem*.

O Código fala em *renúncia*, mas o instituto adequado seria a *desistência implícita*, porque esta é referente a recurso já oferecido e aquela prende-se à não interposição de recurso.

O agravante poderá reiterar o retido em apelação principal ou adesiva, em apelação sua, da parte contrária, do Ministério público ou de terceiro prejudicado, porque o Código unicamente determina que essa reiteração seja feita "nas razões ou nas contra-razões da apelação" (art. 522, § 1.º).

Reiterado o retido, passará o tribunal ao exame de sua admissibilidade; à falta da reiteração, o tribunal não tomará conhecimento do agravo, porque não se conhece de recurso desistido. Ainda que reiterado, poderá o agravante desistir, até antes do julgamento, do recurso, "sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes" (art. 501).

O retido será conhecido pelo tribunal preliminarmente, quando do julgamento da apelação, mas, se esta não for recebida, na primeira instância e os autos não subirem, o agravo não será julgado.

E quanto ao cabimento do agravo retido, após a sentença? Foi dito, quanto à decisão que julga deserta a apelação adesiva: "... se se declarou deserta a apelação *adesiva*, não há necessidade de formar-se instrumento, pois os autos vão subir ao tribunal, de qualquer sorte, para julgamento da apelação principal. O caso é, tipicamente, de retenção do agravo..."^(365-A), e que, "julgado deserto, no primeiro grau, o recurso adesivo, o recorrente não tem necessidade de interpor agravo de instrumento da decisão. Neste caso, interporá agravo, que subirá nos próprios autos..."^(365-B).

(365-A) José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários*, vol. V., pág. 436.

(365-B) Sérgio Bermudes, *Comentários*, vol. VII, pág. 150.

Também entendemos cabível o agravo retido após a sentença, *mas unicamente* quando o agravante puder cumprir a exigência do artigo 522, § 1.º, isto é, reiterar o agravo nas razões ou contra-razões de apelação, e quando ao agravado for dada a possibilidade de, *por escrito*, responder.

A reiteração, que alguns consideram mera formalidade, quer nos parecer exigência legal intransponível, ínsita à possibilidade de ser o retido conhecido pelo tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação, pena de ser considerado renunciado (desistência tácita).

A possibilidade do agravado dizer (responder), por escrito, se baseia no tratamento igualitário que deve ser dado às partes: enquanto o agravante, na petição do recurso, diz porque o agravo deve ser provido, o agravado, se já tiver oferecido suas razões ou contra-razões, não poderá expor seu entendimento, inclusive porque, para o agravo (365-C), inexistente sustentação oral (CPC, art. 554). Conseqüentemente, e porque na hipótese de decisão que julgue deserta a apelação adesiva não mais tenha oportunidade de reiterar o agravo retido (já ofereceu suas razões como apelante ou apelado, na apelação principal e na adesiva), não consideramos adequado o agravo retido, tecnicamente, além da álea de poder ser considerado como renunciado (desistência tácita) pelo órgão *ad quem*.

Preceitua o artigo 523, do Código, que o "agravo de instrumento será interposto no prazo de cinco (5) dias, por petição, que conterá: I — a exposição do fato e do direito; II — as razões do pedido de reforma da decisão; III — a indicação das peças do processo que devam ser trasladadas. Parágrafo único. Serão obrigatoriamente trasladadas a decisão agravada, a certidão da respectiva intimação e a procuração outorgada ao advogado da agravante, salvo se outra instruir a petição de agravo".

Quer no procedimento ordinário, quer no sumaríssimo, o prazo para oferecimento do agravo é de cinco dias, sempre por petição, com a exposição do fato e do direito, além da indicação das peças que deverão ser trasladadas.

Exigindo o Código, para o agravo de instrumento, que o agravante requeira "a imediata subida do recurso" (art. 522, § 2.º) ou "que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação" (art. 522, § 1.º), deverá a petição do recurso, também, conter a indicação do tipo de agravo pretendido.

(365-C) José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários*, vol. V, pág. 469: "...ao órgão *ad quem* competirá apreciar o agravo retido antes de julgar a apelação... antes, portanto, de examinar-lhe a admissibilidade".

A petição deverá ser dirigida ao juízo monocrático e as razões determinantes do recurso poderão ser oferecidas na mesma peça ou em apartado, porém, simultaneamente.

A doutrina entende que, para formar o instrumento, há traslados obrigatórios e facultativos, estes devendo ser indicados pelas partes ou pelo juiz, e, aqueles, constituindo obrigação do cartório, motivo pelo qual a ausência das peças obrigatórias (art. 523, III) não deverá prejudicar o agravante: "I — O acórdão comentado, mantendo antiga jurisprudência, deixou de conhecer de um recurso de agravo, por não constarem do instrumento, em traslado, as peças que o art. 845 do Cód. Proc. Civil considera essenciais: a decisão recorrida e a respectiva certidão de intimação, se houver. Declarou-se vencido o Sr. Ministro *Orozimbo Nonato*, cujo voto dissentâneo decorreu do raciocínio seguinte: se o traslado das peças aludidas independe de indicação ou requerimento da parte, caso é de se converter o julgamento em diligência, a fim de que seja cumprido pelo escrivão o que determina o invocado art. 845 da lei processual. Realmente, a jurisprudência até "aqui mantida, que já não se coadunava com os preceitos das legislações estaduais caducas, revela-se, agora, em aberto conflito com a letra e com o sistema do Cód. vigente; III — O Cód. Proc. Civil brasileiro manteve, claramente, essa distinção entre as peças *necessárias* e as peças *facultativas*. . . É inegável, pois, que o destinatário da norma contida no art. 844, II, isto é, a pessoa a quem a lei faculta indicar as peças, cujo traslado pretende, é o agravante; o destinatário da norma contida no art. 845, isto é, a pessoa que deverá trasladar a decisão recorrida e a respectiva certidão de intimação é o escrivão" (366).

Argumenta-se, ainda, que ao relator é facultado converter o julgamento em diligência, se o agravo estiver insuficientemente instruído (art. 557), mas, entendemos que o agravante, para evitar dúvida, deve requerer o traslado das peças obrigatórias, inclusive, porque não consideramos absurda a interpretação de que a oração constante do parágrafo único do art. 523 possa vir a ser considerada como subordinada ao preceito do inciso III do art. 523, o que resultaria em obrigação do agravante de requerer o traslado das peças obrigatórias.

(366) *Luiz Machado Guimarães, Estudos de Direito Processual Civil*, Editora Jurídica e Universitária Ltda., Rio—São Paulo, 1969, págs. 319/320. No mesmo sentido, e comentando o atual Código, *Barbosa Moreira, Comentários*, vol. V., pág. 471.