

OS RECURSOS NO PROCESSO CIVIL (Oitava parte)

Roberval Clementino Costa do Monte

40 — *Deferimento e formação do instrumento do agravo*;
40.1 — *Preparo e deserção*; 41 — *Juízo de retratação e reforma da decisão agravada*; 42 — *Agravo de instrumento intempestivo*; 42.1 — *Décuplo das custas*

40. Menciona o Código, em seu artigo 524, que, “deferida a formação do agravo, será intimado o agravado para, no prazo de cinco (5) dias, indicar as peças dos autos, que serão trasladadas, e juntar documentos novos.”.

Para o entendimento desse dispositivo deverão ser observados os artigos 527, § 1.º e 528: o último esclarece que “o juiz não poderá negar seguimento ao agravo, ainda que interposto fora do prazo legal”, e o artigo 527, § 1.º determina que a falta de preparo, por parte do agravante, resultará na deserção do recurso.

Conseqüentemente, o juiz somente poderá denegar o processamento do agravo de instrumento à falta de preparo, quando deverá impor a pena de deserção.

Considerando-se que, na fase inicial do processamento do agravo (formação do instrumento), constante do artigo 524, ainda não foi alcançado o momento do seu preparo, concluímos que a expressão “deferida”, ali constante, encerra, apenas, uma determinação (e não uma faculdade) ao juiz de deferir o processamento do agravo de instrumento.

Oferecido o agravo, e “deferida” sua formação, não será feito, de imediato, o traslado das peças indicadas pelo agravante, antes, intimando-se o agravado para, no prazo de cinco dias, apontar as peças que desejar traslado ou juntar documentos novos.

O traslado deverá ser de peças dos autos que deram origem ao recurso, ou, ainda, de autos eventualmente apensados; quaisquer outras peças, ainda que de outros autos, serão consideradas documentos novos e deverão ser oferecidas através de cópia autêntica.

A despesa com o traslado e cópias autênticas do agravado correrá por sua conta, *ut* artigo 19 do Código.

Até o advento da Lei n.º 5.925, de 1.º de outubro de 1973, na oportunidade prevista no artigo 524, o agravado também deveria contraminutar o recurso, o que não deixava de ser um *bis in idem*, face ao disposto no artigo 526, quando o agravado “será intimado para responder.”

Note-se que somente a procuração outorgada ao advogado do agravante é de traslado obrigatório (art. 523, parágrafo único), não exigindo o art. 524 o mandato referente ao advogado do agravado.

Se o agravo subir insuficientemente instruído (omissão de traslado de peça oportunamente indicada, ausência de intimação do agravado para indicar traslado ou juntar documento novo ou a não abertura de vista ao agravante para dizer sobre documento novo oferecido pelo agravado), o relator poderá determinar sua baixa para sanar a falta (art. 557, segunda parte), e, não o fazendo, deverá o órgão julgador fazê-lo.

Se o agravado perder o prazo de cinco dias para indicar traslado ou juntar documentos novos (art. 524) não poderá, ao responder (art. 526), pretender trasladar peças ou juntar documentos novos.

Segundo o artigo 525, será “de quinze (15) dias o prazo para a extração, a conferência e o concerto do traslado, prorrogável por mais de (10) dias, mediante solicitação do escrivão. Parágrafo único. Se o agravado apresentar documento novo, será aberta vista ao agravante para dizer sobre ele no prazo de cinco (5) dias” (v. art. 389).

O instrumento do agravo formar-se-á paulatinamente: a petição do agravante (interposição do recurso), a do agravado, o traslado das peças indicadas pelo agravante e pelo agravado, os novos documentos, a petição do agravante sobre os documentos novos que eventualmente oferecer o agravado e a resposta do agravado; também poderão integrar o instrumento o traslado de peças indicadas pelo juiz e, obrigatoriamente, sua decisão, mantendo ou reformando o que decidiu.

O prazo do escrivão para “a extração, conferência e concerto do traslado” (art. 525) é de quinze dias, prorrogável por mais dez dias, e seu excesso poderá acarretar procedimento administrativo mandado instaurar pelo juiz (art. 194).

Concluída a formação do instrumento, o agravado será intimado para responder (art. 526), não marcando o Código prazo para essa resposta, que, entretanto, deverá ser feita em cinco dias, segundo o princípio de que, “não havendo preceito legal nem assinação pelo juiz, será de cinco (5) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte” (art. 185).

40.1 Segue-se o artigo 527: “O agravante preparará o recurso no prazo de dez (10) dias, contados da publicação da conta, subindo os autos conclusos ao juiz para reformar ou manter a decisão agravada. § 1.º — O agravante efetuará o preparo, que inclui as custas do juízo e do tribunal, inclusive do porte de retorno, sob pena de deserção. § 2.º — Independe de preparo o agravo retido (art. 522, § 1.º). § 3.º — O juiz poderá ordenar a extração e a juntada aos autos de peças não indicadas pelas partes. § 4.º — Mantida a decisão, o escrivão remeterá o recurso ao tribunal dentro em dez (10) dias. § 5.º — Se o juiz a reformar, o escrivão trasladará para os autos principais o inteiro teor da decisão. § 6.º — Não se conformando o

agravado com a nova decisão, poderá requerer, dentro de cinco (5) dias, a remessa do instrumento ao tribunal, consignando em cartório a importância do preparo feito pela parte contrária, para ser levantado por esta, se o tribunal negar provimento ao recurso."

O preparo do agravo de instrumento deve ser feito em um decêndio, "que flui a partir da publicação da conta. Onde o legislador disse publicação da conta, deve-se ler intimação da conta, expressão que, aliás, consta do art. 519, que dispõe sobre o preparo da apelação, ao qual me reporto para solução do problema decorrente da necessidade de pagar, no contador, a elaboração da conta, e, depois, a própria conta, mostrando que a deserção ocorre se há omissão quanto à prática de qualquer dos dois atos" (1). Parece-nos que o prazo de dez dias, para o preparo, foi excessivamente longo, não se coadunando com a celeridade ínsita ao agravo.

Abrangendo o preparo do agravo as custas do juízo e do tribunal, inclusive do porte de retorno (art. 527, § 1.º), ficou o agravante dispensado de preparar o recurso também no órgão *ad quem*, e o vencido exonerado do pagamento da baixa dos autos, obrigações constantes do Código anterior (2).

Se o agravante não efetuar o preparo, incorrerá na pena de deserção; na apelação, ocorrendo justo impedimento, "o juiz, ao relevar a pena de deserção, restituirá ao apelante o prazo para efetuar o preparo" (art. 519, § 1.º), mas, com referência ao agravo, inexistente dispositivo idêntico, entretanto, entendemos que ao mesmo resultado chegar-se-á através do disposto no art. 183, pois, "decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa", acrescendo seu parágrafo que, "verificada a justa causa o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar."

Se o agravo ficar deserto, a decisão ficará preclusa, e precluirá por perda do prazo (*poena praecclusi*).

Se o agravo for retido, independerá de preparo, e, quanto ao agravo de instrumento, somente após seu adequado preparo é que irá ao juiz para manter ou reformar a decisão agravada.

O juízo de retratação é facultado expressamente pelo legislador no agravo de instrumento, sabendo-se que "nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma *lide*, salvo: II — nos demais casos prescritos em lei" (art. 471).

Outra hipótese de deserção do agravo de instrumento contém o parágrafo terceiro do art. 527, pois o juiz "poderá ordenar a extração

(1) Sergio Bermudes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VII, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, 2ª ed., pág. 182.

(2) Código de 1939, arts. 849 e 817.

e a juntada aos autos de peças não indicadas pelas partes. Esse poder a lei deu ao juiz para possibilitar a melhor instrução do recurso. Tem o juiz, no parágrafo citado, meio eficaz de suprir as deficiências das partes na formação do instrumento do recurso de agravo. O princípio examinado é reflexo da concepção publicista do processo, que substitui o juiz passivo e inerte de outros tempos pelo juiz ativo, sujeito predominante da relação processual, que, como tal, desenvolve atividades amplas e variadas, não só quanto ao andamento do processo, como, ainda, no tocante à sua instrução e à formação do material de convicção. Se o juiz ordenar a extração de peças não indicadas pelas partes, incumbe ao agravante o pagamento das despesas respectivas. Essa a conclusão que impõe o § 2.º do art. 19, pois o agravante, no que respeita a despesas, se equipara ao autor. O não pagamento dessas despesas, nos dez dias seguintes à intimação da respectiva conta, também acarreta a deserção" (3) sabendo-se que compete ao autor "adiantar as despesas relativas a atos cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público" (art. 19, § 2.º).

Se o juiz mantiver a decisão agravada, confere o Código ao escrivão o prazo de dez dias para remeter o recurso ao tribunal.

41. Cumpre, entretanto, distinguir se a decisão agravada foi mantida integralmente ou não; mantida integralmente, não será necessário aguardar a publicação do despacho respectivo para remessa ao tribunal, e, no caso de reforma parcial, no juízo de retratação, a nova decisão deverá ser publicada, aguardando-se o prazo de cinco dias para que o agravado, se assim o entender, requeira a remessa do instrumento ao tribunal *ut art.* 527, § 6.º, evitando, dessa forma, que contra si preclua a parte da decisão reformada.

Reformada a decisão, o escrivão trasladará para os autos principais o inteiro teor da nova decisão, mas, "não se conformando o agravado com a nova decisão, poderá requerer, dentro de cinco (5) dias, a remessa do instrumento ao tribunal, consignando em cartório a importância do preparo feito pela parte contrária, para ser levantado por esta, se o tribunal negar provimento ao recurso" (art. 527, § 6.º), passando, então, o primitivo agravante à condição de agravado e o então agravado à agravante, sem que haja necessidade da formação de novo instrumento de agravo, pois o existente já contém todos os elementos necessários ao pleno conhecimento da questão pelo tribunal; também o juízo de retratação não mais é facultado ao juiz, e conseqüentemente (art. 471, II), o magistrado estará legalmente impedido de proferir nova decisão. Serão dispensadas novas razões

(3) *Sergio Bermudes, Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. VII, 2ª ed., 1977, pág. 184.

de agravante ou de agravado, pois as existentes no instrumento do agravo, invertidos os pólos de interesse das partes, elucidam o ponto de vista jurídico dos interessados.

O juízo de retratação, facultado ao juiz no agravo de instrumento (art. 527, § 5.º), constitui um dos casos em que ao magistrado é permitido decidir, novamente, a questão já decidida, na mesma *lide* (art. 471), merecendo “exame em separado o caso de reformar-se apenas em parte, no juízo de retratação, a decisão agravada — por exemplo: o juiz que, no despacho saneador indeferira ambas as provas requeridas pelo autor, no agravo por este interposto modifica a decisão para deferir uma das provas. O instrumento terá de subir, ainda assim, pois a decisão foi parcialmente mantida (art. 527, § 4.º); não é necessário que o autor o requeira, visto que já agravara e, por hipótese, a impugnação subsiste quanto à outra prova, não deferida. Se o autor já não quer a remessa do instrumento ao tribunal, cabe-lhe desistir do agravo, na parte subsistente.

Resta verificar a situação do outro litigante, que agora tem contra si decisão parcialmente desfavorável. Poderia supor-se que não precisa ele tomar iniciativa alguma, porque de qualquer modo o instrumento subirá. Mas, em primeiro lugar, é concebível que o agravante primitivo desista, caso em que já não ocorreria a remessa sem o requerimento do agravado. Além disso, mesmo na hipótese de subida do instrumento, deve entender-se que ao órgão ad quem só será lícito reapreciar a matéria impugnada, de sorte que, se o primitivo agravado não se manifestou, escapa ao reexame superior a parte da decisão reformada pelo próprio juiz a quo. Se o tribunal, ao julgar o agravo — que, no caso figurado, é apenas do primitivo agravante —, restabelecesse nessa parte a decisão originária, modificada no juízo de retratação, haveria *reformatio in peius*.

Por conseguinte, ainda que o instrumento haja mesmo de subir por força do agravo primitivo (subsistente, embora com a extensão diminuída), corre ao agravado o ônus de requerer que ele suba para o fim de ser reapreciada também a parte que o próprio órgão a quo reformara” (4).

Se o juiz reformar a decisão (art. 527, § 6.º), além de poder o agravado requerer, em cinco dias, a remessa do instrumento ao tri-

(4) José Carlos Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 2ª ed., 1976, vol. V, pág. 481.

bunal, para evitar que a nova decisão preclua, também poderá optar pelo permissivo do art. 522, § 1.º (agravo retido), pois o Código, com referência às decisões de primeiro grau, facultou, de forma ampla, o uso do agravo de instrumento ou do agravo retido, 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 (art. 513), ou em se tratando de despachos de mero expediente (art. 504), irrecorríveis; conseqüentemente, não sendo sentença ou despacho de mero expediente, caberá agravo de instrumento ou agravo retido. 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 (art. 519, § 2.º). Se a parte não agravar da decisão, esta precluirá, vedado seu reexame pela instância superior, pois ficam submetidas ao tribunal todas as questões anteriores à sentença, salvo as que não forem impugnadas pelo agravo. É o que diz o art. 516 do Código, embora em infeliz redação, pois menciona *sentença final* (toda sentença é final) e impugnação de questões, quando impugnáveis são as *decisões* das questões.

Reformada a decisão e requerendo o então agravado fique o agravo retido, aos autos principais juntar-se-á o agravo de instrumento, para que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação (art. 522, § 1.º).

42. O juiz não poderá negar seguimento ao agravo, ainda que interposto fora do prazo legal (art. 528), ou seja, ao magistrado é vedado impedir a subida desse recurso mesmo que o agravante tenha perdido o prazo de cinco dias previsto no art. 523. Qualquer outro motivo (exceção para o caso de deserção — art. 527, § 1.º) que o juiz possa concluir que o agravo não devesse ter seguimento (ilegitimidade do agravante, falta de interesse para o recurso, etc.) será inoperante e unicamente ao tribunal será facultado apreciar qualquer dessas questões. O agravo somente não subirá se o agravante não efetuar oportunamente o preparo, que inclui as custas do juízo e do tribunal, inclusive do porte de retorno, quando ser-lhe-á aplicada a pena de deserção (art. 527 e § 1.º), ou se o agravante desistir do recurso.

O art. 528 é categórico quando diz que o juiz não pode negar seguimento ao agravo mas, evidentemente, não impede ao agravante o facultado no art. 501: o recorrente poderá, a qualquer tempo, e sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso; nem ao juiz seria obrigatória a remessa do agravo ao tribunal contra a vontade do agravante-desistente.

Se, entretanto, o magistrado, contrariando expresse dispositivo processual, negar seguimento ao agravo por entendê-lo intempestivo,

por faltar interesse para o recurso ou por outro motivo que não a falta de oportuno preparo (deserção), poderá o agravante representar junto ao Conselho da Magistratura (CORJERJ, art. 39), reclamar ou impetrar mandado de segurança.

42.1. No caso do agravo de instrumento não ser conhecido, porque interposto fora do prazo legal, o “tribunal imporá ao agravante a condenação, em benefício do agravado, ao pagamento do décuplo do valor das custas respectivas” (CPC, art. 529).

Essa condenação, entretanto, não é automática, dependendo de que assim determine, expressamente, o acórdão, parecendo-nos lícito que, em certas circunstâncias, a condenação não se verifique, pois, o que pretende reprimir o Código é o recurso deliberadamente intempestivo; se reconhecer o acórdão que a intempestividade decorreu de aceitável engano do agravante (questões de interrupção ou suspensão de prazo, dias em que não houver expediente ou que o tribunal determinar o encerramento das atividades forenses mais cedo) estará bem decidindo se não impuser a pena do décuplo das custas.

Lícito, entretanto, em qualquer caso, ao agravado oferecer embargos de declaração para que motive ou esclareça (ou comine) o acórdão porque não impôs o pagamento do décuplo; as custas a serem pagas em décuplo, pelo agravante são, unicamente, as custas despendidas com o agravo de instrumento. Se, na execução da sentença, o agravado for o exeqüente, incluirá na conta o valor do décuplo das custas do agravo, mas, sendo o executado, esse valor ser-lhe-á compensado.

A cominação do décuplo das custas somente deverá existir se o tribunal não conhecer do recurso por intempestivo, vedada sua imposição se o agravo não for conhecido por qualquer outro motivo; também passível dessa multa o agravado que se torna agravante, *ut* permissivo do art. 527, § 6.º, se não requerer, no prazo de cinco dias, a remessa do instrumento ao tribunal. No caso do tribunal não conhecer do agravo retido, porque intempestivo, não deverá cominar a multa do décuplo das custas, reservada que foi pelo Código para a intempestividade do agravo *de instrumento* (art. 529).