

ASPECTOS DO AGRAVO NO AUTO DO PROCESSO

VICENTE PAULO DE SIQUEIRA

(Assistente da 2ª Cadeira de Direito
Judiciário Civil)

Sumário I — Generalidades. 1) Rápidas considerações sobre a finalidade e gênese do recurso. 2) Compreensão do agravo e seu objetivo. 3) Espécies de agravo. 4) Ligeira história do agravo no Direito Brasileiro. 5) O agravo no auto do processo em nossa lei atual. II — Restrições. 1) Opiniões sobre o retorno do agravo no auto do processo à legislação vigente. 2) Críticas à limitação de seu emprego. 3) Improriedade técnica vocabular do art. 852 do Código de Processo Civil Unitário. 4) A restrição oriunda do art. 839 do Código. 5) O agravo no auto do processo quando o agravante não apela. III — Conclusões e soluções indicadas.

Rápidas considerações sobre a finalidade e gênese do recurso

1. O direito de recorrer procede da faculdade jurídica contida no princípio correntio da dupla conformidade.

A decisão única como meio de distribuição de justiça repugna ao sentido idealístico da aplicação da lei às realidades de cada caso, porque, a falibilidade do juízo humano (1), os erros muitas vezes contidos na apreciação da espécie emoldurada no processo, jamais poderiam conduzir à instância unitária traduzindo a fórmula do julgamento satisfatório (2).

Pouco obsta que, em certas apreciações judiciais, a resolução do órgão superior peque por fazer da primeira sentença, realmente boa, uma figura teratológica.

O resultado incoerente pode e deve ser levado à conta da imperfeita inteligência humana, para não falar de erros mais graves, e da impossibilidade mesma de ser conseguida a justiça ideal.

Mas, ao lado da liberdade de escolha, tradicionalmente concedida aos litigantes para a aceitação da primeira decisão é de relêvo notar que existe maior soma de razões na espera de resultado melhor no segundo julgamento, pela circunstância altamente ponderável, de que a nova apreciação surge depois das fases inaugurais do processo, quando as nuances do litígio se presumem mais perfeitamente definidas.

Esses aspectos que constituem objeto de substancioso estudo de GABRIEL REZENDE FILHO (3), bastantes à aceitação dos recursos, ainda sugerem outras apreciações, de não menor valia, como é o caso da advertência de AGUSTIN A. COSTA que, apreciando o tema sob feição sedutora, sustenta a conveniência de ser mantido o sistema de dupla instância, funcionando, como ocorre, no papel de órgão controlador das funções do Estado, preservando, assim, os direitos de cada um, uma vez que impede

-
- 1) Afirma Pisanelli, cit. por João Monteiro: "Il remedio della appellatione é la conseguenza della fralezza umana" ("Teoria do Processo Civil", tomo II, 6a. ed., 1956, pág. 606).
 - 2) Para Mortara, conf. João Monteiro, ob. cit., pág. 613: "Il contrasto tra la perfezione ideale del concetto di giustizia e la reale imperfezione del ministero giudiziario umano leggitima il bisogno dei mezzi di ricorso o reclamo contro le decisoni del magistrato civile e lo consacra innanzi alla scienza".
 - 3) "Direito Processual Civil", vol. III, ed. 1953, pags. 86/89.

a “formación de poderes excesivamente fuertes, peligrosos para los derechos y libertades individuales” (4).

2. Recurso, para JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, abandonado o sentido amplo da expressão, que entende—“a iteração ou reiteração da instância”, no vocabulário técnico-forense é “a insistência na instância da causa, quer relativamente à decisão principal, quer relativamente a atos incidentes ou emergentes, provocada para Juízo ou Tribunal de grau superior ao do Juízo ou Tribunal anterior recorrido” (5).

CÂMARA LEAL traça-lhe o conceito, usando o termo decisão para representar o gênero a que pertencem as espécies sentenças e despachos, dizendo: “Recurso é o meio processual que a lei faculta ao prejudicado para provocar, na mesma ou em superior instância, a reforma de uma decisão desfavorável” (6).

Nessas definições, como em muitas outras, encontramos a idéia uniforme de que são passíveis de recursos, entre nós, tanto as decisões que impliquem na solução da questão principal discutida, como aquelas que resolvem as interlocutórias simples ou mistas.

3. No direito pátrio, enraizado na velha legislação reíol, a idéia de recurso com êsse sentido constitui uma tradição, o que é mais para acentuar uma vez que a falta de conformidade como estado de espírito do gênero humano, ante a derrota judiciária, nem sempre mereceu a acolhida dos dias atuais no direito positivo.

EDUARDO COUTURE afirma que—“Em um primeiro momento, de concepção muito rudimentar e elementar da justiça, como a do processo germânico primitivo, de acentuada tonalidade religiosa, o fenômeno dos recursos nem se concebe, porque a sentença é uma expressão da divindade e participa do caráter

4) “El Recurso Ordinário de Apelación en el Proceso Civil”, Buenos Aires, 1950, pág. 11.

5) “Direito Judiciário Brasileiro”, 4a. ed., com adaptações por João Mendes Neto, 1954, pág. 349.

6) Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, vol. 5, pgs. 343/344, ed. 1933.

infalível desta. Mas desde que o processo se torne leigo, vão surgindo os recursos como meios de controle da sentença, que já então nada autoriza a considerar infalível" (7).

Temos merecido críticas, entretanto, pela variedade de formas que admitimos, embora o atual direito codificado represente um esforço de simplificação no comentário seguro de LIEBMAN (8).

Ressalvadas algumas falhas, na idéia de conjunto, sem dúvida, o sistema adotado apresenta um entrosamento razoável e não se pode negar que as modalidades acolhidas pelo nosso Código adjetivo representam a ânsia de uma justiça melhor e se constituem, de certo modo, numa garantia de direitos.

Por outro aspecto, o instituto vem se aperfeiçoando, inegavelmente, como produto da experiência e da evolução social, acomodando-se aos reclamos e às situações que têm surgido, consagrando tipos que se fazem necessários.

O agravo está entre eles, inclusive o agravo no auto do processo (9).

Compreensão do agravo e seu objetivo.

4. O agravo, pois, na processualística brasileira, é um instituto que se vem cristalizando através de secular evolução histórica.

-
- 7) "Fundamentos do Direito Processual Civil", Trad. de Rubens Gomes de Sousa, ed. 1946, pág. 271.
- 8) Notas que acompanham a edição da Livraria Acadêmica, S. Paulo, 1942 de "Instituições de Direito Processual Civil" de GIUSEPPE CHIOVENDA, vol. III, pág. 297.
- 9) ODILON DE ANDRADE, à pág. 222 de seus "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. IX, 1946, dá o art. 841 do Código, que classifica os agravos, sem correspondente na legislação comparada. JOÃO MONTEIRO estabelecia uma indagação sobre o recurso do direito alemão "Beschwerde", "admitido em casos especialmente indicados, em geral contra decisões relativas à instrução da causa, e interposto para o tribunal imediatamente superior", sem afirmar que se tratasse de agravo, embora, no direito português, assinalasse os agravos entre outros recursos, como os de apelação, cartas testemunháveis, embargos e revista (Ob. cit. págs. 619/620, 2º vol.).

Apresenta uma feição peculiar visando a reparar, prontamente, os gravames para os quais a apelação não se indica meio idôneo (10).

É bem certo que êle não foge à regra geral que serve de fundamento aos recursos, porque, — “todo recurso supone, como fundamento jurídico, la existencia de un gravamen (perjuicio) de la parte; es decir, una diferencia injustificada, desfavorable para ella entre su pretensión y lo que le haya concedido la resolución que impugna”, no dizer de JAMES GOLDSCHMIDT (11).

MARTINHO GARCEZ, há algumas décadas atrás, iniciava o seu conhecido livro “Dos Agravos”, mostrando que essa modalidade de recurso era a que sofrera mais profundas modificações entre os institutos de direito formal em nosso País (12).

De fato o agravo tem sido alvo de reiteradas modificações no campo legislativo até chegar ao estado atual em que, segundo PLÁCIDO E SILVA, funciona como o recurso hábil para atacar os despachos que não terminem o feito ou, se o fizerem parar, não hajam implicado na solução da liça pelo conhecimento do mérito (13).

5. A expressão agravo, originária do latim “aggravare”, lèxicamente, na tradução dos melhores dicionaristas, significando gravame, ofensa, injúria que se faz a alguém, ou ofensa, injúria, afronta (14), dá apenas uma idéia mas não corresponde exatamente à compreensão jurídica do termo.

Mesmo procurando adaptá-la à linguagem forense nem sempre têm sido felizes os lexicógrafos. Dessa forma é que CÂNDIDO DE FIGUEIREDO aponta-a vagamente como “recurso judicial contra uma presumível injustiça”, ou outros, como FRAN-

10) ARTUR RIBEIRO, cit. por INOCÊNCIO BORGES DA ROSA, “Processo Civil e Comercial brasileiro, vol. IV, pág. 526.

11) “Derecho Procesal Civil”, trad. da 2a. ed. alemã por Leonardo Prieto Castro, pág. 399.

12) Ed. 1914, pág. 1.

13) “Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, pág. 814, 2a. edição.

14) ANTÔNIO DE MORAES SILVA, “Dicionário de Língua Portuguesa”. LAUDELINO FREIRE, “Dicionário da Língua Portuguesa”.

CISCO FERNANDES, mais ou menos em idênticos termos, dizem-na “recurso contra uma injustiça (real ou presumida)” (15).

6. A própria definição dos praxistas está hoje revestida de sentido incompatível com a feição contemporânea do recurso, melhormente explicada com o ensinamento de processualistas modernos como BORGES DA ROSA, CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, CARVALHO SANTOS, JORGE AMERICANO, GABRIEL REZENDE FILHO, JOÃO BONUMÁ, COSTA CARVALHO e muitos outros. O conceito que expressam está acorde com a legislação revitalizadora do instituto.

Dos princípios enunciados pelos estudiosos da matéria e das regras contidas nas próprias disposições da lei em vigor, levada em conta, ainda, a crítica levantada aos conceitos ora obsoletos, o agravo no direito positivo brasileiro hodierno é entendido como o roteiro indicado para recorrer, ao fim de conseguir a reparação que se objetiva, nas seguintes hipóteses: a) nos casos expressamente previstos em lei (agravos de instrumento e no auto do processo); b) quando a decisão fôr terminativa do feito sem lhe resolver o mérito (agravo de petição), salvo os casos taxativos de agravo de instrumento; c) quando a lei impròpriamente classifica a decisão definitiva de primeira instância como de agravo de petição, que poderíamos chamar de agravo impróprio.

A regra, portanto, é afetar a decisão prejudicial à superior instância para corrigir uma interlocutória, mas, por exceção, admite a lei vigorante o conhecimento de recurso de sentença como agravo, desde que expressamente previsto no texto legislado.

Espécies de Agravo

7. Três são as modalidades de agravo no processo brasileiro contemporâneo: agravo de petição, agravo de instrumento e agravo no auto do processo (16).

15) “Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa” e “Dicionário Brasileiro Contemporâneo”.

16) Art. 841 do Cód. Proc. Civil.

Vale lembrar, entretanto, que, anteriormente, outros tipos de recurso com a designação genérica de agravo ou sem ela, ou mesmo sem as características das espécies atuais, tiveram existência na lei vigente no Brasil.

É o caso do chamado “agravo ordinário”, alinhado na avoenga legislação portuguesa, com inspiração na “supplicatio” do Direito Romano, como forma disfarçada de apelação em que a parte não reclamava justiça, mas a suplicava reverentemente, em face da consideração a certos juizes, cujas sentenças eram inapeláveis. Não é, assim, um agravo no sentido próprio.

Ainda podem ser lembradas as “cartas de justiça”, endereçadas ao rei, sobre as interlocutórias compreendidas no dano irreparável e nas terminativas do processo.

Contamos, finalmente, com o “agravo de ordenação não guardada” que, fugindo à linha dos verdadeiros agravos cabia até de sentenças definitivas, tendo aplicação quando houvesse desrespeito às ordenações, relativamente à ordem do processo.

Com o desaparecimento do julgador privilegiado, reflexo da época em que vivemos, feneceram os agravos ordinários e os de ordenação não guardada se integraram, de certa maneira, nas atuais modalidades, ficando aqueles perpetuados, apenas, na história jurídica luso-brasileira. E com a regulamentação legislativa que se impôs, as queixas dos prejudicados ao supremo gestor da coisa pública portuguesa também tiveram seu fim, passando a figurar como sementeira, tão somente, das espécies de agravo ora em vigor.

8.— O agravo de petição é um dos tipos de agravo da lei adjetiva civil surgida com o Decreto-Lei 1608, de 18 de setembro de 1939, aplicado indiscriminadamente quando a decisão termina o processo principal sem lhe solucionar o mérito, ressalvadas hipóteses especialmente previstas de que caiba o agravo de instrumento.

A segunda modalidade—o agravo de instrumento—tem lugar em qualquer dos casos do art. 842 do Código de Processo, encaminhando-se à superior instância em autos apartados.

Por último, o agravo no auto do processo, ajusta-se às decisões compreendidas nos itens do art. 851 do referido diploma, significando uma espécie de protesto sem efeito imediato.

Durante muito tempo a distinção prática entre os dois primeiros repousava no critério geográfico, nas vantagens ou desvantagens de levar ao juízo “ad quem” os próprios autos do processo ou o extrato das peças que interessassem ao julgamento.

Abandonamos a velha diferenciação pela sua impropriedade criada com o encurtamento das distâncias, proporcionado pelos meios de transporte mais rápidos (17).

No momento, prevalece o critério do legislador para essa distinção.

Ligeira história do agravo no direito brasileiro

9. “Las instituciones no nacen por capricho, ni son perfectas desde sus orígenes. Es concebible que algunas se mantengan únicamente por inercia. Lo regular es que si subsisten se deba a que cumplen una función útil”—proclamou AGUSTIN A. COSTA (18).

Aplica-se a observação ao agravo na processualística pátria que, por seus serviços à administração da justiça entre nós, advindo do antigo direito de Portugal, na afirmativa de LIEBMAN e ODILON DE ANDRADE (19) ainda agora se mantém em nossa legislação.

Nas Ordenações do Reino deparamos, portanto, suas primeiras espécies, sendo de notar que o agravo no auto do processo, de que nos ocupamos particularmente, “foi introduzido pela Carta Régia de 5 de julho de 1526, da qual foi compilado o livro 3º, tit. 20, da Ord. Philippina” (20).

17) ODILON DE ANDRADE, ob. cit., pág. 226.

18) Ob. cit. pág. 18.

19) Obs. cit., respectivamente às págs. 223 e 294.

20) GARCEZ, ob. cit., pág. 10 e JOÃO MONTEIRO, ob. cit. pág. 638. JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, transcrevendo o texto do livro 3º, tit. 54, § 8º das Ord. Manuelinas — “e no caso que o juiz inferior recebesse apelação de alguma sentença definitiva-

10. Com a nova ordem decorrente da emancipação política nacional, em 1822, reformas substanciais teriam de ser introduzidas no sistema legislativo do País.

O acontecimento nuclear originador do novo Estado sul-americano, implicaria, como natural, numa reorganização que se não fêz de inopino. E, assim, no campo processual civil, somente em 1832, guardadas, até então, as Ordenações, tivemos a Disposição Provisória acêrca da administração da justiça, sintetizados os agravos a um tipo único — agravos no auto do processo (21).

Quase dois lustros após foi revogada expressamente a norma em aprêço e revigorada a legislação anterior, para três meses depois surgir outra regulamentação extinguindo de uma vez por tôdas os agravos ordinário e de ordenação não guardada, reservando a sistemática processual do Brasil-independente a divisão dos agravos aos três conhecidos tipos tradicionalmente batizados como agravos de petição, de instrumento e no auto do processo.

O regulamento 737, que pontificou por muito tempo e encontrou reiteradas louvações ao seu mérito, vindo a lume em 1850, reduziu os agravos a dois, acabando com o do auto do processo.

11. Diante da radical modificação na estrutura político-administrativa que sofremos com a proclamação da República, o ideal federativo, levado aos seus pontos basilares, implicou na atribuição de uma maior dose de poderes ao Estado-membro, com reflexos na processualística.

A competência legislativa sôbre matéria processual passou

a alguma parte, e a outra parte contraria oppozesse por agravo nos autos sem delle tirar ostromento, por dizer que não era caso de appellação, os Sobre-Juizes... pronunciarão sobre o dito agravo" — relembrando a opinião de FRAGA, afirma que se a substância de tal agravo está nas Ordenações Manuelinas, não é menos verdade que foi pela referida lei (de 5 de julho de 1526) que o dito recurso foi expressamente admitido, com a denominação conhecida e para os casos previstos na mesma Ordenação", segundo o que consta do "Recurso de Agravo", 1950, pág. 61.

21) Art. 14.

aos Estados federados, ressalvada a concernente à justiça federal (22).

Colocado o assunto nesses termos, ou como diz MARTINHO GARCEZ, em obra publicada em 1914—"investidas as ex-províncias brasileiras do direito de promulgar leis adjectivas, todas ellas no uso da soberania de Estados, não podendo fazer nada de melhor em matéria de agravos do que tinham feito os regulamentos ns. 143 de 1842, 737 de 25 de novembro de 1850 e dec. n. 5467 de 12 de novembro de 1873, os adotaram, reproduzindo as suas disposições em leis ou decretos locais, com o acrescimo dos dois casos de agravo creados pelo dec. do Governo Provisorio, n. 370 de 2 de maio de 1890" ((23).

12. A fragmentária legislação da 1ª República não passa, portanto, de uma repetição daquelas regras, até que novo clima nacional tomou alento com a revolução vitoriosa de 1930.

Promulgada em 1934 uma outra Carta Magna, deslocou-se para o poder central a competência legislativa sobre processo (24). Era o resultado de uma aspiração geral de que dá conta ARAÚJO CASTRO, comentando o texto consagrado na Lei Maior do Estado Novo, idêntico ao da Constituição anterior, ao dizer: "Existiu sempre, entre nós, uma grande corrente que propugnava pela unificação do direito processual, corrente essa que, na Assembléia Constituinte de 1933/1934, foi vitoriosa por 141 votos contra 95" (25).

13. A melhor concretização do salutar desejo tomou corpo e existência regular com o vigente Código de Processo Civil, surgido, na ponderação de FRANCISCO CAMPOS, para atender "a própria ciência do processo, modernizada em inúmeros países pela legislação e pela doutrina" e que "exigia que se atualizasse

22) Inteligência do art. 34, n. 22 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891.

23) Ob. cit., pág. 220.

24) "Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, art. 5º, n. XIX, alínea "a".

25) Nota n. 10, à pág. 75 de "A Constituição de 1937", 2a. ed.

o confuso e obsoleto corpo de normas que, variando de Estado para Estado, regia a aplicação da lei entre nós" (26).

Graças à feliz iniciativa, a partir de 1º de março de 1940 (27) a legislação processual civil e comercial brasileira se unificou, persistindo essa orientação no momento assegurada pela última Constituição, tanto que a comentando, realça CARLOS MAXIMILIANO: "o Estatuto básico atual atribui à União a competência para legislar tanto sobre o Direito Material, como sobre o Formal, evitando, assim, a revivência da desordem que, no domínio da Constituição de 1891, resultou de fazerem defluir de fontes diversas as normas adjetivas e as substantivas" (28).

Dentro do novo diploma ordinário, na parte referente aos recursos, com o destaque merecido estão consagradas as três clássicas formas de agravo, como já ficou realçado.

O agravo no auto do processo em nossa lei atual

14. Essa espécie de agravo é fruto da herança lusitana e, em dado momento de nossa legislação, figurou como modalidade única, para depois ser esquecida com o Regulamento 737 (29) retornando, incontroversamente, a ter exercício na vigência do Código unificado, vez que fôra também deslembrada pelos Códigos estaduais, no dizer de LOPES DA COSTA (30).

Pela lei em vigor abrange as interlocutórias simples e as mistas, com força de definitivas, compreendendo, como o faz, tanto as exceções de litispendência como as de coisa julgada, ao contrário do que ocorria, na observação de OSVALDO PINTO DO AMARAL (31).

26) "Exposição de Motivos" que precede o referido Código.

27) Dec. Lei 1965, de 16.1.1940, que prorrogou o prazo contido no art. 1052 do Dec. Lei 1603, de 18.9.1939.

28) "Comentários à Constituição Brasileira", 1946, 4a. ed. atualizada (1948), págs. 197/198.

29) Art. 668, conf. "Processo Comercial e Civil" (Dec. n. 737, de 25 novembro de 1850), anotado por ANTÔNIO BENTO DE FARIA, ed. 1903. RIBAS incluiu-o na sua "Consolidação das Leis do Processo Civil", art. 1493.

30) "Direito Processual Civil Brasileiro, vol. III, pág. 228, ed. 1946.

31) "Código de Processo Civil Brasileiro", vol. V, pág. 85.

O seu efeito não opera de imediato. Fica, como antes, res-salvado o direito da parte para o conhecimento oportuno do re-clamo, adotado um interessante aspecto de preclusividade, rei-teradamente proclamado pela jurisprudência na hipótese de falta de interposição do agravo.

Pelo art. 851 do Código de Processo Civil, abrange a espé-cie, além das exceções de litispendência e coisa julgada, havidas como improcedentes, a inadmissão da prova requerida ou cer-ceamento da defesa do interessado, a concessão de medidas preventivas, na pendência da lide e o saneamento ou não do processo.

Opiniões sobre o retôrno do agravo no auto do processo à legislação vigente.

15. Diversificam-se as opiniões sobre a utilidade dêsse recurso.

É combatido por alguns como instrumento sem maior ser-ventia.

Recebe encômios de outros pelo seu papel definido e sua necessidade entre os recursos adotados.

Talvez um dos principais argumentos em seu desfavor seja o de sua omissão nas mais adiantadas legislações processuais es-trangeiras.

O próprio projeto do Código unitário não o incluía entre os agravos admissíveis (32).

E juristas de projeção no processo nacional o têm acometido impiedosamente como por exemplo, AFONSO FRAGA: — “Elle, ao contrario do agravo de petição e de instrumento não cons-titue um corpo formal distincto dos autos, uma entidade conten-do uma questão juridica que possa ser julgada independentemen-te do processo da acção principal, pelo contrario, interposto no

32) Arts. 1058 e 1061 do “Projeto do Código de Processo Civil e Co-mercial dos Estados Unidos do Brasil”, apresentado pelo Minis-tério da Justiça pub. no D. O. da União, de 4 de fevereiro de 1939.

processo nelle adhere como um appendice chué e ahi vive encrustado como a ostra na cabeça do mero, até ser decidido no juízo "ad quem" por ocasião deste se pronunciar sobre a appellação" (33). E porque, adianta — "se a appellação devolve à segunda instância o conhecimento e decisão de toda a controversia constante dos autos e se a materia desse agravo faz parte da causa, e, como tal é envolta no processo, é claro que, independentemente desse improficuo recurso, o Tribunal tomará conhecimento della e a decidirá pela mesma sentença que julgar a appellação" (idem).

O autor do Código de Minas Gerais, ARTUR RIBEIRO, explanou os motivos da exclusão do agravo no auto do processo do estatuto processual montanhês, ao que lembra, sem mais detalhes, OSVALDO PINTO DO AMARAL: "se o agravo no auto do processo hoje sòmente é julgado quando o feito sobe à instância superior, em grau de apelação, êle não tem razão de ser, por ficar compreendido o seu objeto no do outro recurso, que é o recurso por excelência. O seu papel, pois, está reduzido ao de um simples protesto ou de uma mera sublinha traçada abaixo de qualquer falta do processo, de que a instância superior, aliás sem essa formalidade, pode e deve conhecer, por fôrça da apelação interposta" (34).

PHILADELPHO AZEVEDO, fazendo a louvação da teoria da irrecorribilidade das decisões incidentes, explícita no Código de Processo Civil Italiano, procura convencer da desnecessidade do agravo no auto do processo. (35).

CARVALHO SANTOS, sem aprofundar a discussão, entende que o recurso em objeto pode ter influência decisiva no julgamento principal relativo à sentença (36).

De sua parte, o perquiridor autorizado de nossas peculiaridades processuais que tem sido LIEBMAN, mostra que a "subsistência dos agravos deve-se, em parte, a razões meramente

33) "Instituições do Processo Civil", vol. III, pág. 210, ed. 1941.

34) Ob. cit., pág. 62.

35) "Um Triênio de Judicatura" — Direito Processual, pág. 163.

36) "Código de Processo Civil Interpretado" vol. IX, pág. 368.

históricas, em parte a razões práticas, as quais consistem na maior simplicidade e brevidade do procedimento, em cotejo com a apelação” (37). Ou ainda mais incisivamente: “o agravo no auto do processo satisfaz a exigência, peculiar ao processo oral e concentrado, da não recorribilidade em separado das decisões interlocutórias; êsse antigo instituto português volveu, pois, à vida para vir de encontro das inovações mais caracteristicamente modernas do Código em vigor” (idem).

16. A crítica traz objeções relevantes. Em primeiro lugar, nada obstaría que, sem o formalismo do agravo no auto do processo, pudesse ser conhecida a matéria nêle cogitada pela devolução à superior instância de todo o conteúdo da demanda. E no segundo aspecto, se a tendência procesual moderna, no pensamento doutrinário mais difundido, é pela simplificação dos recursos, inadmissível seria a sua permanência no vigente corpo de leis.

Ora, nada impede, por outro lado, a formulação dêsse recurso, ainda que seja para sublinhar o desagrado da parte, deixando mais presente aos olhos do julgador a nesga do processo que está clamando por reforma, no juízo do agravante. E se não é só por razão de método, ainda sobreleva a função de eliminar do julgamento, na superior instância, as questões não recorridas, sujeitas à preclusão.

Constitui-se, sem dúvida, um veículo paradoxalmente aceitável. Enche o nosso sistema de dupla instância de um recurso a mais, completando-o, entretanto, nos seus contornos atuais.

Sua supressão não atenderia, na idéia de conjunto, aos imperativos rigorosos da perfeição processual trazendo vantagem ponderável.

Precisamos, antes, do aperfeiçoamento técnico do instituto na conformidade das exigências da lei em vigor, levada em consideração a realidade sentida praticamente.

37) Ob. cit., pág. 295.

Críticas à limitação de seu emprêgo

17. Não procede a limitação muitas vêzes adotada quanto ao emprêgo do agravo no auto do processo.

A falta de precisão do texto que o legitima e dá fôrça de obrigatoriedade serve de apoio a descabidas restrições.

Felizmente, a boa orientação doutrinária tem encontrado ressonância alentadora por imprimir um rumo certo a alguns dos problemas criados com a lacunosa conceituação legal do instituto.

As críticas mais comuns e que haurimos no diuturno contacto proporcionado pelos afazeres forenses e através dos comentadores de nossa lei processual civil, são de três ordens:

a primeira, originária da impropriedade vocabular do art. 852 do Código de Processo Civil, quando adotou, na parte final do dispositivo, o termo "apelação";

a segunda, filiada à restrição feita no art. 839 do Código;

a terceira, prêsa à elasticidade de redação do aludido art. 852, dando margem a interpretação antagônica no que tange ao agravo interposto pelo apelado.

A falha inicial limitou, pela letra da lei, sem atenção ao seu espírito, os casos de agravo no auto do processo às hipóteses de um recurso sòmente—o de apelação.

A outra, fá-lo inócuo nas causas de valor inferior a dois mil cruzeiros e das quais não caibam senão os embargos de nulidade ou infringentes do julgado, além dos embargos declaratórios.

A última, cria, para o agravante do auto do processo que não apela, uma situação angustiosa, pela possibilidade de não ser conhecido o seu recurso, em momento que dêle não podia prescindir, ou seja, quando vencedor o adversário apelante.

Já está expressa, portanto, a necessidade de suprir a deficiência legal.

**Impropriedade técnica vocabular do art. 852 do
Código de Processo Civil Unitário**

18. O art. 852 da vigente lei adjetiva civil dispõe: “O agravo no auto do processo, reduzido a termo poderá ser interposto verbalmente ou por petição em que se mencionem a decisão agravada e as razões de sua ilegalidade, a fim de que dêle conheça, como preliminar, o Tribunal Superior, por ocasião do julgamento da apelação”.

Atendida em exclusivo a letra da lei, por certo, teríamos de aceitar êsse recurso de agravo restrito aos casos que compo-tem apelação.

Nada mais desarrazoado.

Sabemos que há em nossa lei algumas situações em que o agravo de petição representa o papel de autêntica apelação e casos em que o agravo de instrumento é aplicado para remediar injustiças de primeiro julgamento como se fôra, também, um recurso apelatório.

Não é possível que em determinada posição (caso de devolução da matéria conflitada à superior instância, por apelação) a parte tenha direito de exercitar a faculdade de protesto consignada no agravo no auto do processo e, ao contrário, permaneça inerme ou apresente uma sublinha inútil de seu desagrado, na outra face (caso de devolução à instância superior da controvérsia, através dos agravos de petição ou de instrumento com a feição excepcional salientada), porque a lei sòmente permite que o agravo no auto do processo seja conhecido como preliminar da apelação.

Em semelhantes circunstâncias, seria, então, de admitir a gritante desigualdade de tratamento?

Dar o beneplácito a tal orientação repugna, data vênia, ao melhor entendimento.

19. Autores festejados como PLÁCIDO E SILVA limitam-se a afirmativa de que o agravo no auto do processo é usado na apelação (38).

Outros, como ZÓTICO BATISTA, dizem: "Do agravo conhecerá o Tribunal Superior, por ocasião do julgamento do recurso principal, seja apelação ou agravo" (39).

JORGE AMERICANO, casando sua opinião à derradeira corrente, assevera com argúcia: "Diz o art. 852 que o Tribunal o fará—referindo-se ao agravo no auto do processo—por ocasião do julgamento da apelação. É evidente que o fará também por ocasião do agravo, quando êste fôr o recurso dado para a decisão definitiva da causa, como é o caso do art. 842, XV (40) e o do art. 842, XVI" (41).

Em uma única conjectura CLAUDINO e SEABRA FAGUNDES aceitam o conhecimento do recurso aludido fora da apelação inicialmente interposta: isto é, quando formulado o agravo, o Tribunal conhece do recurso como apelação. Baseia-se o ponto de vista em que—"o agravo no auto do processo, que seria nenhum se o recurso da sentença definitiva fôsse agravo de instrumento ou de petição, passa a constituir objeto de julgamento, por se tratar do recurso de apêlo" (42).

20. O assunto mereceu apreciação por parte do Tribunal do Distrito Federal, no agravo de instrumento 8871, relatado por GUILHERME ESTELITA e que foi a julgamento em dia de 1947. Foram as seguintes as conclusões aceitas: "Do agravo no auto do processo é de se conhecer embora o recurso não seja de apelação (Cod. Proc. Civil, art. 852, "in fine") porque o espírito da lei processual ao estabelecer êsse recurso foi submetê-lo ao julgamento do Tribunal "ad quem" como preliminar, ao julgar

38) Ob. cit., pág. 764.

39) "Código de Processo Civil Anotado e Comentado", vol. 2, pág. 271.

40) Mencionado inciso foi suprimido pelo art. 2º do Dec. Lei 8570, de 8.1.1946.

41) "Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil, vol. 4º, pág. 96.

42) Obs. cit., págs. 225 e 369.

êle o recurso interposto da sentença definitiva da causa. Seja, portanto, êsse recurso apelação ou agravo, de instrumento ou de petição, no seu julgamento e como preliminar deve se conhecer e decidir o agravo no auto do processo. É certo que SEABRA FAGUNDES, em sua apreciada obra "Dos Recursos Ordinários" em Matéria Civil", n. 373, ensina dever restringir-se o conhecimento aos casos de apelação, mas a melhor orientação é, sem dúvida, a de JORGE AMERICANO em seus "Comentários ao Código de Processo Civil", isto é, o Tribunal "ad quem" está na evidente obrigação de conhecer do agravo no auto do processo ainda que o recurso não seja a apelação, embora também se pronunciem pela interpretação restritiva, autoridades como GABRIEL DE REZENDE FILHO ("Curso de Direito Processual Civil", III, pág. 124) e LOPES DA COSTA ("Direito Processual Brasileiro" III, pág. 231)" (43).

O aresto não é isolado. Dentre os que se filiam à admissibilidade do agravo no auto do processo em recurso que não é a apelação, pode ser invocado o Acórdão da Corte de São Paulo, selecionado por DIRCEU A. VICTOR RODRIGUES: "Não há razão de se deixar de conhecer do agravo no auto do processo que tenha subido através de agravos de petição que fazem as vezes de apelação, como recurso final, específico, de certas causas" (44).

Sòmente na coletânea em referência, entretanto, encontramos, em sentido contrário, sete julgados daquele Colégio Judiciário e até do Supremo Tribunal Federal (45).

21. A disputa teórica, com reflexos no direito aplicado, resulta, afinal, da redação conservadora que o Código perfilhou ao cuidar do recurso em análise.

Como adverte ODILON DE ANDRADE, em referência ao art. 852, deparamos ali com "uma impropriedade de expressão do Código, que copiou dispositivos de nossas leis imperiais, sem

43) "Diário da Justiça" 11/50, pág. 3678.

44) "O Processo Civil Perante os Tribunais", 1955, pág. 533.

45) Ob. cit., decisões ns. 3665, 3662, 2659, 3657, 3654, 3649 e 3624.

advertir na diversidade de situações" (46). E explica: "Ao tempo das Ordenações, conhecia o Tribunal Superior do agravo no auto do Processo, não só quando subiam os autos por apelação, como em razão de qualquer incidente "ou per outra qualquer maneira que seja". Por isso era usual no fôro a cautela "excogitada por Mendes", e de que Lobão nos dá notícia, de interposto o agravo no auto do processo, requerer a parte intressada "algumia coisa por mais frívola que seja", e, denegada, agravar (de petição ou de instrumento) para, por êste meio, obter mais rapidamente o julgamento daquele recurso. Para evitar essa chicana, a legislação imperial preceituou que a Relação julgasse os agravos no auto do processo quando tivesse de tomar conhecimento da apelação. Nenhum inconveniente havia nessa providência, pois, a êsse tempo, a apelação era o recurso cabível de tôdas as sentenças definitivas. O Código, porém, estabeleceu o agravo de instrumento como recurso ordinário de algumas sentenças definitivas, de modo que, a aplicar-se o dispositivo do texto no rigor de sua expressão literal, ficariam, em alguns processos,—e sem nenhuma razão que o justificasse,—sem corretivo possível, erros e violações de direito" (idem).

22. Ao que tudo indica o legislador estaria mais acertado se tivesse adotado no fim do referido art. 852 o vocábulo "recurso", de sentido amplo e que abrange a totalidade das provocações à instância superior.

E ainda com maior razão se impõe êsse caminho diante da duplicidade de situações e do tratamento desigual, que é uma resultante do contraditório que empolga o exame da matéria, e principalmente, dos próprios intuitos que parecem haver presidido a elaboração do instituto no processo brasileiro vigente.

Para não mais argumentar no particular, convém salientar que a regra meramente dispositiva precisa ser subordinada à verdadeira norma, como homenagem ao sentido ideal da lei, na sua função de disciplinadora da convivência social.

46) Ob. cit. págs. 303/304.

Enquanto não vier a reforma reclamada pela técnica para ajustar o dispositivo à sua real finalidade, cumpre-nos aplaudir o rumo tomado por parte considerável da jurisprudência, dando ao art. 852 a extensão que êle realmente tem, para obviar a impropriedade terminológica atacada, a fim de permitir o conhecimento do agravo no auto do processo, mesmo que o recurso principal apresentado não tenha a designação específica de apelação, mas desde que tenha igual fôrça, como recurso de decisão definitiva de primeira instância.

A restrição oriunda do art. 839 do Código

23. De acôrdo com a norma expressa no preceito em epígrafe, nas causas de valor igual ou inferior a dois mil cruzeiros, o recurso deixa de ser a apelação por sòmente estarem admitidos os embargos de nulidade ou infringentes do julgado e embargos de declaração.

Decorre dêsse princípio uma consequência também chocante aos direitos de quem litiga.

É que nessas causas de pequeno valor monetário duas possibilidades estão anuladas: a) o emprêgo da apelação ("caput" do art. 839); b) o conhecimento dos embargos pelo Tribunal Superior, como substitutivo do recurso apelatório (§§ 1º e 2º do cit. art. 839).

Tendo em vista os têrmos do art. 852, que fala em apelação e em Tribunal Superior, como se deve proceder em relação ao agravo no auto do processo?

É natural que a restrição do art. 839 e o sentido do art. 852 são suficientes para, na vigência do Código atual, resolverem negativamente quanto à admissão de agravo da natureza cogitada.

Mas, no sentido ideal, a norma em aprêço terá uma justificação satisfatória, implicando, ainda mais, na negação de qualquer outro recurso de agravo pelas desenganadas recomendações do art. 839 ?

24. "Nas causas de reduzido valor sempre se restringiram

os recursos a embargos interpostos perante o mesmo juiz e por êle julgados, como fêz êste Código, no art. 839—"destaca ZÓTICO BATISTA (47). E prossegue: "Contra semelhante restrição de recurso se insurgiu João Monteiro porque o Estado não deve menor defesa às relações de direito, porque sejam de menor valor econômico, e nesses casos não haverá maior presunção de acêrto que nos demais. Supomos bem fundada a lição do saudoso mestre. A conveniência ou a vantagem de usar do recurso deve ficar à discrição da parte interessada, a quem cabe ajuizar se, dado o insignificante valor da causa, lhe convirá, não obstante, usar do recurso para superior instância, onde porventura se lhe ofereça mais probabilidade de êxito na sustentação de seu direito, em contrário à decisão de primeira instância" (idem).

"Nem sempre,—diz SEABRA FAGUNDES—o pequeno valor econômico da demanda corresponde à sua pequena importância jurídica. Demandas há, de minguado valor, que envolvem graves controvérsias de direito" (48).

Pelo mesmo diapasão afina o pensamento de CARVALHO SANTOS (49).

Por mais convincentes que sejam as razões apregoadas pelos juristas nacionais ou mesmo estrangeiros, como ocorre com CARNELUTTI, mostrando que—"Una de las limitaciones más graves que el principio de economía procesal ocasiona a la satisfacción de la necesidad de justicia en materia de impugnación, es la que se traduce en la exclusión del doble grado y, por consiguiente, en la inapelabilidad de la sentencia"—encontram-se no direito positivo, não só do Brasil como do exterior, limitações dêsse tipo (50).

Ainda é o insígne processualista, Professor da Universidade de Milão, quem anota várias restrições nesse sentido, na Itália, contidas em leis de 1892, 1922, até uma de 1934 (idem).

47) Ob. cit., pág. 258.

48) Ob. cit., pág. 412.

49) Ob. cit., pág. 330.

50) "Sistema de Derecho Processal Civil, vol. III, pág. 733, trad. de Niceto Alcalá — Zamora Y Castilho y Santiago Sentis Melendo.

O Código de Procedimento Civil Italiano confirma a orientação restritiva (art. 339), assim como o austríaco e o alemão.

JORGE AMERICANO, sem discutir o assunto, dá a conhecer opiniões divergentes favoráveis à quebra da sistemática do Código Brasileiro quanto ao princípio do duplo grau, por “razões de economia geral” e “economia judiciária”, traduzindo o entendimento de que, não sendo erro judiciário de maior repercussão social, mais interessante é não sobrecarregar o trabalho dos Tribunais Superiores (51).

JOÃO CLAUDINO considera a exceção legal injusta e odiosa porque—“Cria um sistema de dois pesos e duas medidas; não faz, aos pequenos litigantes, que são, em geral, principalmente nos Municípios longínquos do interior, os que lutam por uma vitória de pequeno valor pecuniário, uma distribuição de Justiça perfeita e semelhante à que é feita aos litigantes poderosos; estabelece, quanto à matéria de direito discutida, uma desigualdade de tratamento injustificável, pois em causas de pequeno valor podem ser tratados assuntos de expressiva importância jurídica; cerceia a defesa e favorece a possibilidade de decisões injustas” (52).

São irrecusáveis os argumentos enunciados, ainda mais porque o Estado, chamando a si a obrigação de ministrar Justiça, o seu dever não deve ficar condicionado ao maior ou menor volume de serviços atribuídos ao Judiciário.

Assiste ao litigante, incontestavelmente, o direito de aceitar ou não o julgamento no mesmo grau, importando a rutura do princípio de duplicidade num aranhão sério à sua liberdade de escolha.

25. A repercussão das limitações do art. 839 no tocante a agravos também impressiona.

Certamente, a impossibilidade do emprêgo de apelação acarreta a inocuidade do agravo no auto do processo nas causas de valor reduzido.

51) Ob. cit., pág. 63.

52) “Dos Recursos no Código de Processo Civil”, pág. 197, ed. 1954.

E não haverá nessas demandas a necessidade de corrigir os defeitos que promanam de situações processuais intermédias absolutamente insustentáveis?

Ninguém pode recusar uma resposta positiva e, dentro do postulado de amplitude de recursos, que timbramos em manter, de acôrdo com a nossa formação processual, o resultado obtido não agrada.

Até que venha, assim, uma subrogação legislativa nesse particular, mister se faz a adoção de um caminho compatível com o sentido da processualística brasileira e que permita aos prejudicados a faculdade de recorrer nos casos contemplados no art. 851 do Código.

Dois seriam os rumos a apontar: a) pelo primeiro, o Tribunal poderia conhecer a espécie como reclamação; b) pelo segundo, o próprio Juiz competente para tomar conhecimento dos embargos (art. 839) conheceria, por igual, das interlocutórias antes de decidir sobre o mérito.

A primeira sugestão admite precedente jurisprudencial entre nós.

Nem por isso deixa de ser incoerente o resultado. É que quem não pode o mais não pode o menos. No caso, se ao Tribunal não compete examinar tais procedimentos para decidir quanto ao mérito, não lhe será dado fazê-lo no que concerne a interlocutórias.

E mesmo, a reclamação, nos seus limites regimentais (53), somente permitiria seu emprêgo, na falta de recurso específico, para chamar o processo à ordem, como exemplificativamente podemos lembrar no sistema do Regimento do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (54), ainda assim, sob o combate da corrente que lhe nega o caráter de recurso normal.

Passando ao outro rumo vemos que as dificuldades são insuperáveis.

53) JOSÉ DA SILVA PACHECO — "Curso Teórico — Prático do Processo Civil, tomo II, ed. 1956, pág. 865.

54) Aprovado em 27 de abril de 1949, — art. 263.

Surge de início uma pergunta essencial: persistirá o aspecto preclusivo em relação à interlocutória, por exemplo, no caso de despacho saneador irrecorrido?

Das duas uma—ou o saneador seria aí uma farsa, não cumpre a finalidade específica de escoimar o processo de questões irrelevantes e, nessa hipótese, os pontos por êle decididos poderiam ensejar reapreciação no julgamento dos embargos infringentes, ou, de fato, o saneador produz seus efeitos regulares, mas, quedaria a parte prejudicada pelo despacho sem direito de recorrer por falta de viabilidade do agravo no auto do processo, sòmente apreciável pelo Tribunal Superior, ante a recomendação do art. 852.

26. PEDRO BATISTA MARTINS (55), sem tergiversações é de parecer que,—“Suprimindo-se a dualidade de graus de jurisdição, suprimiu-se, “ipso jure”, o agravo de petição ou de instrumento ,para a superior instância. Competente para conhecer do pedido de reconsideração é o próprio juiz da alçada. Só o agravo no auto do processo pode ter cabimento”. Logo depois esclarece que nas causas de pequeno valor são cabíveis, além dos embargos, agravo no auto do processo, recurso extraordinário e corrigenda de inexatidões materiais prevista no art. 285.

JOÃO CLAUDINO (56) cita um Acórdão do Tribunal do Distrito Federal, por sua 5ª Câmara ,proclamando que “a alçada fixada no art. 839 não abrange os recursos interlocutórios e incidentes; só a apelação da sentença é que ficou excluída de ser apreciada pelo Tribunal”. Na mesma obra, porém, linhas adiante, enumera outros arestos de orientação divergente.

OSVALDO PINTO DO AMARAL faz a citação de uma decisão do Tribunal de São Paulo inspirada também na obediência à imposição processual cogitada: “Se da sentença que julga causa de valor inferior a dois contos de réis nenhum recurso cabe para a superior instância (Cod. de Processo, art. 839), também recurso

55) “Recursos e Procesos da Competência Originária dos Tribunais”, 1957, pág. 257.

56) Ob. cit. págs. 197/198.

algum pode ser interposto dos despachos interlocutórios nela proferidos" (57).

Ao que parece, dentro de posição certa, PONTES DE MIRANDA conclui: — "Os embargos do art. 839 substituem-se aos agravos de petição, aos de instrumento e às apelações". E ainda mais incisivo: "O agravo no auto do processo é interponível" (58).

27. O problema é complexo e não vemos como resolvê-lo de modo plenamente satisfatório acomodando-o à lei vigente, porque as soluções são lacunosas ou revestem características de injustiça, a não ser com uma reforma fundamental que exclua a restrição do art. 839, visto como, rigorosamente não se pode, hoje, interpor agravo no auto do processo, em face da imposição do Código vigente. E se no setor de outros recursos abre-se uma exceção para o recurso extraordinário, a permissão se embasa no n. III, art. 101 da Constituição Federal.

O agravo no auto do processo quando o agravante não apela

28. Divergem os Tribunais a respeito do agravo no auto do processo quando o agravante não haja formulado apelação.

A jurisprudência é vacilante até mesmo no Pretório Excelso.

As coletâneas de julgados estão repletas de Acórdãos contraditórios.

Prevalece a inadmissibilidade dêsse agravo se o agravante não manifestou recurso apelatório, para uma corrente, enquanto para a outra, é possível o seu conhecimento (59).

29. Presta-se, inegavelmente, o art. 852 da lei adjetiva civil ao antagonismo interpretativo.

57) Ob. cit. pág. 57.

58) "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, ed. 1949, pág. 200.

59) Para não citarmos a maior parte da torrente de Acórdãos sobre o assunto, salientemos apenas os seguintes: Pela admissibilidade — ap. 71382, T. J. São Paulo; embargos 45621, idem; recurso extraordinário 21537, S. T. Federal; rec. ext. 22812, idem; rec. ext.

Por essa razão, procesualistas de nomeada têm pôsto em relêvo a infelicidade do texto legal ao traçar as linhas do instituto no direito positivo pátrio.

O art. 852 dizendo que por ocasião do julgamento da apelação o Tribunal Superior tomará conhecimento do agravo no auto do processo, não precisou de qual apelação, como destaca LIEBMAN, em um de seus apontamentos sôbre o processo brasileiro (60).

Não cabe distinguir onde a lei não faz diferença. Pelo conhecido aforismo jurídico é vedado ao julgador traçar separação, circunscrevendo o agravo a um tipo de apelação—a do agravante.

A dependência do agravo no auto do processo à apelação não justifica, por inteiro, a inadmissibilidade daquele, quando desacompanhada do último, por iniciativa do agravante, como quer SEABRA FAGUNDES (61), porque a lei fala em apelação, mas, sem dizer de quem.

Na afirmativa de LIEBMAN, a nossa apelação tem um sentido amplo, com efeitos comuns aos litigantes, podendo o Tribunal reformar a sentença em benefício do apelante ou do apelado pela disposição do art. 824 do Código de Processo, e, assim, indiferente é a verificação de quem apelou, implicando o conhecimento da apelação no conhecimento mesmo do agravo no auto do processo, porventura existente, formulado pelo apelante ou pelo apelado (62).

Poderia prevalecer o argumento da renúncia tácita, de OROZIMBO NONATO, em benefício da tese da inadmissibilidade? (63).

27.560, idem; rec. ext. 25412, idem; rec. ext. 25575, idem; ap. 21350, T. J. Dist. Federal; ap. 49459, T. J. São Paulo; rec. ext. 14811 S. T. Federal. Pela inadmissibilidade: ap. 3438, T. J. Ceará; emb. 44555, T. J. São Paulo; rec. ext. 23009, Sup. Trib. Federal; rec. ext. 24626, idem; ap. 66677, T. J. São Paulo, idem (conf. "Ementário da Revista Forense").

60) "Estudos Sôbre o Processo Civil Brasileiro", 1947, pág. 199.

61) Ob. cit., ns. 370/371, págs. 365/366.

62) Ob. cit. pág. 201.

63) "Arquivo Judiciário", junho 1954, pág. 286, vol. CX, fasc. 3.

É intuitivo que se renúncia houvesse não seria ela pura e simples. A situação que se firma para o agravante com a vitória judicial obtida na instância inferior fá-lo não carecer de apelação. O seu agravo no auto do processo poderá ficar inerte se houver confirmação da sentença proferida no juízo singular, nunca, porém, se reformada a decisão pelo Tribunal Superior, quando, tudo indica, o protesto consignado no agravo permanece de pé. Essa não pode deixar de ser a vontade do agravante.

Como bem sentenciou CANTIDIANO DE ALMEIDA, no Tribunal de São Paulo,—“se apela a parte contrária tem êle interesse em ver conhecido preliminarmente o seu agravo que, não se sabendo qual será o julgamento do mérito na segunda instância, bem poderia tornar-se de importância decisiva. Quer dizer, a não se inteirar o Tribunal do agravo do apelado, êste poderia perder a demanda, contando com sentença favorável “de meritis”, quando fôra permitido ganhá-la, por via do mesmo agravo, caso a tivesse contrária. Absurdo semelhante, é óbvio, arredaria qualquer veleidade de acolher-se a doutrina oposta, nem sequer prêsa à literalidade do texto” (64).

Não é aceitável, por sua vez, o argumento da subordinação do agravo no auto do processo à apelação. Aquêle recurso é subordinado ao último na forma, nunca pelo conteúdo. O agravo no auto do processo para ser encaminhado e julgado precisa estar jungido à apelação, pois, sem ela se extingue a sua marcha, contudo, seus objetivos são completamente diferentes. Subordinado, dessarte, por um lado, a sua autonomia, de outra face, é inconteste.

Percebeu-o J. OLIMPIO DE CASTRO FILHO e disso partiu para mostrar que—“sendo o agravo autônomo, não pode prejudicá-lo a não interposição da apelação. Um dirige-se, está interposto contra uma espécie de decisão ou despacho. Outra, dirige-se, está interposta contra pronunciamento judicial de natureza diferente, a sentença. A parte pode conformar-se com o funda-

64) “Revista dos Tribunais”, vol. 238, pág. 233.

mento da sentença mérito, não apelando. Mas, nem por isso se terá conformado com o pressuposto, condição da ação, ou cerceamento de defesa, de que antes recorreu e de cujo recurso ainda não desistiu. Por outro lado, se a medida do recurso é prejudicial (Goldschmidt), a falta dêsse prejuízo na sentença favorável desautoriza a apelação, mas nem por isso o prejuízo, que se teve como causado pelo primeiro despacho agravado, deixou de autorizar o julgamento do agravo no caso interposto e ainda não resolvido" (65).

CARVALHO SANTOS é incisivo ao concluir: "A boa doutrina, todavia, está com os outros julgados, que do agravo tomaram conhecimento embora o agravante não tivesse apelado. O Código de Processo não formula a exigência. Determina apenas que o agravo seja apreciado por ocasião do julgamento da apelação, como preliminar. Pouco importa, pois, quem seja o apelante. A preliminar existe e não pode deixar de ser julgada, em qualquer hipótese" (66).

30. Há quem prefira uma solução intermediária. Diz GABRIEL REZENDE FILHO: "adotam alguns uma opinião intermédia: uma vez que a lei não distingue, convém deixar ao arbítrio do Tribunal decidir os casos concretos, verificando se a matéria do agravo no auto do processo, não tendo havido apelação do agravante, poderá influir, ou não, no julgamento da apelação do seu adversário" (67).

31. A elasticidade de entendimento traz, portanto, uma situação completamente diferente para o agravante.

Aceito o seu agravo, mesmo sem interposição de recurso apelatório de sua parte, o agravante apelado fica numa posição satisfatória e de maior segurança, porque o protesto que consignou nos autos relativamente ao gravame sofrido poderá, se preciso, constituir objeto de apreciação no juízo "ad quem".

Ao inverso, desprezado o agravo como resultado da falta de

65) "Agravo no Auto do Processo", 1949, pág. 69, ns. 50/51.

66) "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. III, pág. 18.

67) Ob. cit., pág. 144.

apelação do agravante, então, a sua posição será angustiosa frente à impossibilidade de apreciação de seu recurso quando dêle bem poderia necessitar. É a hipótese em que vitorioso o apelante agravado, quanto à apelação propriamente dita, outro seria o desfecho se considerada tivesse sido a matéria do agravo.

Imprescindível é, assim, para o agravante, o agravo no auto do processo, diante da viabilidade de lhe ser adverso o resultado da apelação do agravado.

Mas, obrigá-lo, daí, a figurar necessariamente como apelante é uma exigência demasiada.

32. O conhecimento do agravo no auto do processo tem cabida qualquer que seja a apelação interposta e de onde quer que emane.

Não obstante êsse sufrágio, o disciplinamento novo do assunto encontra razão de ser, tendo constituído preocupação de ARY FRANCO (68), no que é de se lhe dar um largo crédito de concordância, mesmo para não permanecer a matéria ao sabor de conclusões diferentes, ensejando resultados dissemelhantes e profundamente antagônicos a situações jurídicas análogas.

Conclusões e soluções indicadas.

33. Ao que ressalva CARNELUTTI, a meta processual depende tanto da idoneidade do mecanismo como dos homens que o manejam e “puesto que se trate de medios humanos, sería ilusorio pensar en su perfección, por lo que ha de admitirse *a priori* una desviación entre la finalidad y el resultado del proceso” (69).

No fim desta exposição, contudo, em face das considerações genéricas, das restrições apontadas e dos caminhos que praticamente se vão delineando, são de mister formular as conclusões e soluções que nos parecem mais consentâneas às realidades pre-

68) Conf. o julgado relatado pelo Des. CAMARGO ARANHA, “in” “Revista dos Tribunais”, junho de 1950, vol. 185, fasc. 601, pág. 723.

69) Ob. cit., pág. 315, vol. I.

téritas e hodiernas do instituto na processualística brasileira.

a) O direito que se traduz no agravo no auto do processo, como o que fundamenta os demais recursos ordinários, resulta da faculdade de contrôlo assegurada ao litigante, contida no princípio da dupla conformidade.

b) A inconformação ante a derrota judiciária representa um estado de espírito do gênero humano que nem sempre mereceu a acolhida dos dias atuais no direito positivo, ainda assim, desde os primórdios da civilização brasileira, da fase colonial à independente, o direito de recurso jamais deixou de existir entre nós, figurando secularmente o mencionado tipo de agravo nas formas como recorrer.

c) As várias espécies atuais de agravo, inclusive no auto do processo, tem sua origem no velho direito português.

d) A existência no Brasil do agravo no auto do processo tem sido intercalada por fases diferenciadas, ora vivendo na plenitude de sua finalidade, ora postergado ao esquecimento.

e) É um instituto de utilidade processual discutível.

f) Aceito o seu caráter de utilidade, cabendo a subordinação da regra dispositiva à técnica, da letra da lei ao seu espírito, nas atuais condições de nossa legislação adjetiva, torna-se indicado: 1º) a admissão do agravo no auto do processo, extensivamente, por ocasião do julgamento de decisão definitiva de primeira instância, ainda que ela se apresente com o rótulo inadequado de agravo, para obviar a impropriedade do vocábulo “apelação”, inserto no art. 852 do Código de Processo Civil Unitário; 2º) o seu conhecimento pelo juízo “ad quem” mesmo quando o agravante não apele.

g) A subrogação legislativa processual, no tocante ao agravo no auto do processo, está a se impor como uma necessidade para solução realmente objetiva, entre outros, dêsses aspectos salientados, inclusive para fazer cessar a restrição do art. 839 da lei processual vigente.