

# Julgamento do Agravo no Auto do Processo

JOSE OLYMPIO DE CASTRO

## SUMARIO:

O grande desconhecido do processo civil — Tendência da jurisprudência: o tribunal, se provê o agravo, não julga o mérito — Construção sistemática do seu julgamento — A alegação do duplo grau de jurisdição — Segurança do exame da prova — Irrecorribilidade das interlocutórias em separado e julgamento completo da causa, exigências do processo moderno.

1 — O agravo no auto do processo continua sendo o grande desconhecido do nosso processo civil.

Na realidade, o recurso, cuja introdução no nosso sistema legal vigente se deve à influência do insigne processualista que é LUIZ MACHADO GUIMARÃES, não mereceu atenção considerável dos primeiros comentadores do Código Unitário<sup>1</sup>,

---

(1) AFONSO FRAGA, *Inst. Proc. Civ.*, III, pág. 204: "Esse recurso... vem, em volteios funambulescos da dança macabra, representando na legislação pátria a figura lúgubre de uma entidade jurídica dotada da propriedade de morrer e renascer de tempos em tempos da própria cinza". É "uma criação excêntrica e desnecessária", — "uma verdadeira inutilidade", porque, "interposto no processo neleadere como um apêndice chué e aí vive encrustado como a ostra na cabeça do mero" — Tal idiosincrasia, conforme assinalamos na monografia "Agravo no Auto do Processo" (pág. 80), vem desde ARTUR RIBEIRO, reproduzido por AFONSO FRAGA e pelo Prof. LUIZ ANTÔNIO DA COSTA CARVALHO (*O Espírito do Cód. Proc. Civ.*, pág. 291, e está prestigiada pela sua citação pelo Prof. GABRIEL DE REZENDE FILHO, no livro didático mais utilizado no Brasil (*Curso de Dir. Proc. Civ.*, vol. III, nº 950).

Contudo, cabe notar que, em arguição no concurso para catedrático de Dir. Judiciário Civil, na Faculdade de Direito da U.M.G., o eminente professor COSTA CARVALHO referiu que hoje não mais entende inútil o agravo no auto do processo, senão lhe reconhece os benefícios. E na 3ª edição do seu *Curso Teórico-Prático de Dir. Jud. Civ.*, pág. 117, explica as razões por que modificou sua opinião anterior. No mesmo

senão teve, desde logo, censores e Cassandras, que lhe chegaram até a vaticinar breve desaparecimento<sup>2</sup>.

O desprezo da doutrina revela-se ainda no fato de que, enquanto a bibliografia nacional sôbre o processo civil, acompanhando de perto o movimento universal iniciado na Itália por CHIOVENDA, CARNELUTTI e seus seguidores, apresenta-se rica e abundante sôbre vários institutos, apenas dois estudos de maior porte podem ser até hoje indicados sôbre o agravo no auto do processo, ambos aparecidos contemporaneamente, quase à mesma época: o estudo do Prof. ALFREDO BUZARD, sem favor um dos maiores processualistas brasileiros de todos os tempos, sob o título *Del agravio en el auto del proceso*, publicado na "Revista de Derecho Procesal", de HUGO ALSINA, vol. 1, de 1951, e desprezenciosa monografia, que escrevemos, *Agravo no Auto do Processo*, tese para concurso na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em 1949<sup>3</sup>.

2 — A falta do estudo havia de se refletir na prática dos tribunais, onde o seu emprêgo foi olvidado inúmeras vezes ou desvirtuado outras tantas, encontrando-se na jurisprudência, a cada passo, julgados contraditórios e mesmo inteiramente alheios aos verdadeiros objetivos do recurso, com funestas conseqüências para o direito das partes.

3 — Um dêesses julgados nos sugere êste comentário, com a intenção única<sup>4</sup> de chamar a atenção dos doutos para o problema, cuja consideração se impõe, se desejamos que a Justiça seja, como realmente todos aspiramos, pronta, expedita e atenta à realidade, e não se transforme em instrumento dócil para a protelação da lide e descrédito próprio.

Trata-se de acórdão proferido por uma das Câmaras do ilustre Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na apelação n° 11.744, de Salinas, em que, contra o voto do exmo. sr. Desembargador JOÃO MARTINS, foi dado provimento a agravo

concurso, também como examinador, posto que sem declaração tão enfática, formou na mesma opinião do prof. GABRIEL DE REZENDE FILHO.

(2) Pugnando pela supressão do recurso, OSVALDO MURGEL REZENDE, "Rev. For.", 113-321.

(3) Entre artigos menores, publicados em revistas, destaca-se o de ELIESER ROSA, "Rev. For.", 124-348.

(4) Na aludida apelação, o apelado, posto pudesse embargar o acórdão, onde havia voto vencido, preferiu concordar com o julgado, por lhe ser menos prejudicial ver o processo, anulado, novamente julgado em primeira instância. Assim, o presente estudo é impessoal e visa unicamente ao interêsse doutrinário da questão focalizada.

no auto do processo, interposto contra despacho que negara a inquirição de testemunhas arroladas pelo réu, que perdera o prazo para a contestação.

Suscitara o apelado, na defesa oral, que, mesmo entendesse o Tribunal fôsse admissível ao revel fazer inquirir testemunhas<sup>5</sup>, no caso, tendo sido as testemunhas ouvidas em justificação, anexada à apelação, poderia o Tribunal, julgando o agravo no auto do processo interposto contra semelhante cerceamento de defesa, examinar tal prova na instância da apelação, para o julgamento do mérito, que se impunha. Em outras palavras: pretendia-se que, conhecendo o Tribunal do agravo no auto do processo, examinasse, imediatamente, ou em diligência, que podia ordenar, para nova inquirição das testemunhas, o mérito da demanda, evitando-se a nulidade do processo.

O Tribunal não acolheu a pretensão. Pelo voto dominante do Relator, entendeu que só lhe cabia anular o processo, desde o despacho agravado no auto do processo, para mandar que o Juiz de primeira instância tomasse o depoimento das testemunhas arroladas pelo revel, e proferisse nova sentença, conforme fôsse de Direito. A razão principal de decidir: não era possível a diligência, nem se podiam considerar os depoimentos tomados em justificação anexada à apelação, porque a demanda havia de ser julgada em duas instâncias, podendo muito bem acontecer que o juiz de primeira instância, que não tomara conhecimento dos depoimentos da justificação, proferisse sentença diversa da que fôra apelada.

Tal julgado encontra similares na nossa jurisprudência (veja-se, para exemplo, "Rev. Tribunais", 171-160).

5 — Como se vê, trata-se, então, em suma, de fixar como deva ser efetuado o JULGAMENTO DO AGRAVO NO AUTO DO PROCESSO.

Ao que se deduz do julgado do Tribunal de Minas, bem como daquele outro, à "Rev. dos Tribunais", v. 171-160, do Tribunal de São Paulo, a tendência é para o entendimento de que o julgamento se efetua pela forma tradicional na segunda instância: se não procede o agravo no auto do processo, nega-se-lhe *provimento*; se procede o agravo no auto

---

(5) A questão é controvertida, entendendo uns que o revel, que não contestou, não pode arrolar testemunhas ("Rev. Tribunais", 130-89; 172-346; 187-706), e outros que o revel deve ser admitido na causa no ponto em que intervém, cabendo-lhe, por isso, o direito de arrolar testemunhas (*Brasil Acórdãos Vº, Revel, nº 28.523*).

do processo, *dá-se-lhe provimento*, ou para anular o processo, ou para julgar o autor carecedor da ação, ou para julgar a ação improcedente.

6 — Ora, ao nosso ver, *data vênia*, tal tendência destoa da lei, e representa mesmo total desconhecimento da verdadeira natureza e da destinação do agravo no auto do processo.

7 — Na verdade, o julgamento do agravo no auto do processo, não se pode fazer com a simplicidade ou a fatalidade dominante nos demais recursos e na sentença final da demanda, onde se procede à maneira que nos veio desde o período das fórmulas romanas: *si paret, condemna, si non paret, absolvite*. Nos recursos: se procede, dá-se-lhe provimento; se improcede, nega-se-lhe provimento.

Muito diversamente, em tal recurso, que pode incidir sobre decisões de conteúdo variado<sup>6</sup>, há indeclinável necessidade de se atentar para a natureza do despacho agravado no auto do processo.

Assim: 1º) Se o despacho agravado versou sobre exceção de litispendência ou coisa julgada, ou concedeu medida preventiva na pendência da lide, ou considerou saneado, ou não, o processo (art. 851, ns. I, III e IV), o julgamento necessariamente há-de adotar o método tradicional, para dar ou negar provimento ao recurso, com a consequência que cada uma das espécies indicar, sem o julgamento do *mérito*, ou da apelação.

2º) Se, porém, o despacho é agravado nos autos sob o fundamento de que não admitiu a prova requerida ou cerceou a defesa do interessado (nº II do art. 851), nem sempre é de se admitir o simples provimento do recurso, ou o seu desprovimento, porque aí pode muito bem acontecer que também deva de ser examinado o *mérito*, ou a apelação.

8 — A primeira razão por que assim deve ser, segundo entendemos, está no próprio texto legal, o art. 876 do c.p.c.:

“Art. 876 — Se houver agravo no auto do processo, os juízes o decidirão preliminarmente, mandando repará-lo como lhes parecer justo.

(6) Op. cit., cap. IV.

§ 1º — Salvo quando deva influir na decisão do mérito, o provimento do agravo não impedirá o imediato julgamento da apelação.

§ 2º — No caso do parágrafo anterior, o Tribunal ordenará a conversão do julgamento em diligência, determinando, por intermédio do relator, as medidas necessárias à reparação do agravo”.

Pelo texto, vê-se, desde logo, que o legislador quiz que o agravo no auto do processo, via de regra, não impedisse o julgamento da apelação, a que seguiu anexo, exceto quando deva influir na decisão do mérito, submetido ao seu exame pelo recurso principal.

Donde a regra, que se extrai do texto e para a qual muitos teimam em não atentar: o provimento do agravo não deve impedir o julgamento da apelação, exceto quando a questão agravada deva influir na decisão do *mérito*.

Isso nos permite realizar uma construção sistemática para o julgamento do agravo no auto do processo, exposta desde a monografia citada<sup>7</sup>:

Para o *julgamento*, três regras podem ser deduzidas do texto legal:

a) Os Juízes decidirão, preliminarmente, se houve ou não *agravo* (vale dizer *prejuízo*, que é a medida do recurso), no despacho impugnado;

b) Os Juízes mandarão reparar o agravo, que encontrarem, “como lhes parecer justo”;

c) O provimento do agravo não impedirá o julgamento imediato da apelação, salvo se deve influir no julgamento do *mérito* da causa.

Convém, assim, separar, no julgamento o “provimento” do recurso e a “reparação” do agravo.

O provimento se entende com a procedência do recurso. Houve o agravo, a decisão fôra ilegal; por isto, os juízes “dão provimento” ao recurso.

Resta saber qual o efeito do provimento, que pode ser para *reparar* o agravo, sem o julgamento da apelação — caso em que o julgamento é convertido em diligência; para *anular* o processo, também sem julgamento da apelação; ou para *estabelecer* o julgamento imediato da apelação.

(7) Op. cit., cap. VI.

A primeira hipótese ocorre quando a decisão agravada se entende com a ordem processual não observada, mas ainda a tempo de ser atendida. Exemplo: o Juiz negou a prova requerida. O provimento será para que, em diligência<sup>8</sup> seja tomada ou produzida a prova, considerada útil ou essencial.

A segunda hipótese se entende com o exame dos pressupostos processuais ou das condições da ação<sup>9</sup>. Exemplo: o Juiz julgou legitimidade no saneador *ad processum* ou *ad causam*. O provimento será para julgar a parte ilegítima, ou determinar seja integrada a representação.

Finalmente, pode acontecer que, não obstante o gravame causado à parte, o tribunal possa decidir do mérito a favor da mesma parte, caso em que não deve pronunciar a nulidade, nem mandar repetir o ato, ou suprir a falta (art. 275), pelo que passa ao julgamento da apelação<sup>10</sup>. Idênticamente, quando o exame do mérito é compatível com a decisão da preliminar (art. 877). Exemplo de uma e outra hipótese é o despacho que negou a prova requerida. Se não obstante a omissão da prova pode o mérito da apelação ser julgado a favor do agravante, o provimento do recurso não deve embaraçar o exame do mérito. Para tais hipóteses, prescrevia o direito anterior que, verificando o tribunal "que nada faltou ao feito que fôsse essencial e necessário para fazer constar a verdade, sôbre que se baseasse a sentença definitiva, será lavrada sentença de provimento para o fim sômente de poder a parte agravada requerer se faça efetiva a responsabilidade do Juiz, pelos meios competentes, e se seguirá o julgamento da apelação"<sup>11</sup>.

A apuração de semelhante responsabilidade, na prática, é de caráter duvidoso. Em todo o caso, a norma parece salutar, ao menos para ser empregada, como advertência do órgão superior para hipóteses futuras, efeito já por si auspicioso nos recursos em geral<sup>12</sup>.

(8) Neste sentido, GABRIEL DE REZENDE FILHO, op. cit., 3º, nº 904, pág. 100.

(9) Entendidos êsses "pressupostos" e essas "condições" como os definiu CHIOVENDA, *Instituições*, trad. J. GUIMARÃES MENEGALE, I, § 3º, e os estudaram CALAMANDREI, *Instituições*, pág. 275, e LIEBMAN, "Rev. For.", 104-223.

(10) *Acórdão do Trib. de Just. do Distrito Federal*, "Diár. Just.", 3012-1948, pág. 3.538: se no mérito a decisão é favorável ao agravante, nega-se provimento ao agravo no auto do processo.

(11) Regulamento de 3 de janeiro de 1833, art. 44.

(12) JOÃO MONTEIRO: O sistema da apelação tem uma eficácia preventiva de incontestáveis vantagens: obriga os juizes inferiores, pelo temor de censuras e receio de verem as próprias decisões reformadas,

9 — Dir-se-á que tal sistematização viola o princípio do duplo grau de jurisdição, também dominante no processo civil, ou seja, em outras palavras, como aduziu o acórdão do Tribunal de Minas: ... a demanda deve ser julgada em duas instâncias; se o juiz negou a prova, e esta deveria ter sido admitida, nova sentença deverá êle proferir, com apreciação dessa prova...

Ora, antes do mais, não é absoluto, no nosso sistema, o princípio do duplo grau de jurisdição. Temos questões julgadas numa instância única (exemplos: conflito de jurisdição, exceção de suspeição, ação rescisória, causas da competência originária dos Tribunais).

Mais ainda, no que toca ao que interessa, é o próprio Código que expressamente afasta, aí, o duplo grau da jurisdição, quando prescreve que,

“o Tribunal ordenará a conversão do julgamento em diligência, determinando por intermédio do relator as medidas necessárias à reparação do agravo”.

10 — Dir-se-á que a regra do Código é estabelecida para os casos em que o provimento do agravo não deva influir na decisão do mérito (argumento dos §§ 1º e 2º do art. 876). E, no que diz respeito à prova, esta pode influir na decisão do mérito, impondo-se, assim, a nulidade do processo, para ser o mérito apreciado, novamente, também em primeira instância...

Contudo, parece-nos que o Código não autoriza êsse entendimento. Na realidade, o art. 876 teve em vista, não o julgamento do mérito pelas duas instâncias, mas o julgamento do mérito, imediata ou mediatemente, pelo *próprio Tribunal*. Veja-se o § 1º, do art. 876: “Salvo quando deva influir na decisão do mérito, o provimento do agravo não impedirá o *imediato* julgamento da apelação”.

E o § 2º: “No caso do parágrafo anterior, o Tribunal ordenará a conversão do julgamento em diligência... etc. A expressão — “no caso do parágrafo anterior” —, não se deve entender como sendo — agravo que influi no mérito —, senão deve ser compreendida como significando hipótese em que, por influir no *imediato* julgamento do mérito, o *Tribunal* não está habilitado a julgar imediatamente o mesmo mérito. As-

---

a porem mais estudo e circunspecção no exercício das funções de julgador; e daqui, prepara melhores elementos para a constituição da jurisprudência pátria” — (*Curso*, vol. III, nota 8 ao § 33).

sim, o que o inciso regula é a possibilidade, ou impossibilidade, de haver julgamento do mérito, sempre pelo Tribunal, a que se dirige, *imediatamente*.

Se a questão agravada não influi no mérito julga o Tribunal, imediatamente, a apelação, mandando reparar o agravo, que encontrar, como lhe parecer justo (regra do corpo do art. 876 e do § 1º). Tal reparação, em muitos casos, como antes assinalamos, somente poderá constituir advertência para hipóteses futuras.

Se a questão agravada influi no mérito, o Tribunal não pode *julgar imediatamente* êste mérito, mas deve ordenar “a conversão do julgamento em diligência, determinando, por intermédio do relator, as medidas necessárias à reparação do agravo” (regra do § 2º).

11 — O que se não concebe, nem se justifica, no sistema do Código, ao nosso ver, principalmente quando se trata de questão processual, é que o Tribunal deixe de julgar a apelação, submetida à sua apreciação e à qual seguiu anexado o agravo no auto do processo.

12 — Quer isso dizer — e a conclusão, que é a segunda razão do nosso entendimento, tem a máxima importância para as questões relacionadas com o cerceamento da defesa, que são, como acreditamos haver mostrado na monografia citada aquelas em que há maior número de incidência do recurso<sup>13</sup> —, quer isso dizer que o Código atendeu, com a exigência do julgamento, mediato ou imediato, do mérito, ao princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias, que domina o processo moderno.

Isso estava na tradição dêsse recurso<sup>14</sup>, e reclamara CHIOVENDA para o processo moderno: “Para pôr em prática a oralidade e a concentração, exige-se, ademais, que a decisão do incidente não seja recorrível à parte da questão principal”<sup>15</sup>.

Essa característica do agravo no auto do processo, tão olvidada na sua prática, foi mesmo bem salientada por LIEBMAN, quando acentuou que “o antigo instituto português volveu à vida para vir ao encontro das inovações mais caracteristicamente modernas do Código em vigor”<sup>16</sup>.

(13) *Op. cit.*, págs. 30 e segs., onde foram relacionados 66 casos de admissão do a.a.p., com fundamento no “cerceamento da defesa”.

(14) *Ordenações*, Lº 3º, Tít. 20.

(15) *Instituições*, vol. 3º, pág. 81.

(16) Nota de CHIOVENDA, *op. cit.*, pág. 295, 3; no mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA, *Coment. Cód. Proc. Civ.*, V, pág. 266.