

O Destino do Agravo Depois de Proferida a Sentença

Teresa Arruda Alvim Wambier*

Resumo: O texto trata da necessidade de ser julgado o agravo previamente interposto, depois de prolatada a sentença, em duas circunstâncias: não tendo sido interposta a apelação e tendo a sentença transitado em julgado e tendo sido interposta a apelação. Nesta última hipótese, se conclui no sentido de que a resposta dependerá do caso concreto, sendo impossível a generalização da resposta positiva ou negativa.

Abstract: The text deals with the necessity of being judged the previously interposed offence, after the sentence has been pronounced, in two circumstances: when the appeal has not been interposed and the sentence has moved through in judged and the appeal has been interposed. In the latter hypothesis, the conclusion is that the answer will depend on the concrete case, being it impossible the generalization of the positive or negative answer.

Palavras-chave: agravo; apelação; preclusão; não interposição da apelação; liminar; sentença; recurso prejudicado.

Keywords: offence; appeal; preclusion; non interposition of the appeal; preliminary verdict; sentence; prejudiced resource.

O assunto abordado neste artigo deve hoje ser objeto de maior atenção da doutrina, em virtude das recentes modificações sofridas pelo CPC brasileiro que, em nosso entender, geraram a possibilidade generalizada da concessão de medidas antecipatórias de tutela no rito ordinário e também, por causa de recentíssima alteração legislativa, no sentido de poder o autor pleitear provimentos de natureza cautelar nas mesmas condições, independentemente da instauração de um processo à parte. (art. 273, § 7º)

É interessante observar-se que antes da alteração do regime do agravo, da inclusão do art. 273, com sua atual redação, no CPC, costumava a doutrina ocupar-se do problema que resultava da circunstância de haver sentença de mérito, de que não se tivesse interposto apelação, e que teria, portanto, transitado em julgado, e de, posteriormente, ser julgado agravo, cujo resultado fosse incompatível com a sentença. Este assunto será abordado ao final destas anotações.

Todavia, fenômeno que se vem tornando cada vez mais freqüente e mais preocupante é o de que, apesar de ter o juízo de primeiro grau sentenciado, o Tribunal julgar o agravo interposto de provimento cautelar ou antecipatório de tutela, o que, em nosso entender, não deveria ocorrer.

* Mestre, doutora e livre-docente em Direito Processual Civil pela PUC-SP.

O DESTINO DO AGRAVO DEPOIS DE PROFERIDA A SENTENÇA

Isto por que, como se sabe, o agravo é recurso interponível de decisões interlocutórias, que se consubstanciam nos pronunciamentos judiciais caracterizados por apresentarem conteúdo relevantemente¹ decisório, cujo conteúdo é extremamente variável, e que não versam sobre matéria constante dos arts. 267 e 269 do CPC.²

Não produzem, portanto, o efeito de por fim ao processo ou ao procedimento em primeiro grau de jurisdição.

“Grosso modo”, pensamos poderem encartar-se as decisões interlocutórias do juízo de primeiro grau em cinco grandes grupos, a partir de critério relativo ao seu conteúdo. Há as interlocutórias que:

- a. rechaçam ou admitem alegações de nulidades relativas; rechaçam alegações de nulidades processuais absolutas.³
- b. admitem (ou não admitem) recursos e declaram em que efeitos estão sendo recebidos.
- c. são relativas às provas – que as deferem (ou não) e que determinam, de ofício, a sua realização *ex officio*.
- d. as que resolvem, de ofício ou a pedido da parte, sobre a possibilidade de terceiros ingressarem no feito.
- e. as que concedem (ou não) providências urgentes (ou que as determinam de ofício).

Vê-se, pois, que é manifesta a pluralidade imensa de possibilidades de conteúdos diversos desta espécie de pronunciamento judicial.⁴

Portanto, é inevitável a conclusão de que o destino que deve ser dado ao agravo, depois de proferida a sentença, DEPENDE DO CONTEÚDO DA DECISÃO IMPUGNADA.

Os alemães, como é sabido, às vezes utilizam-se da expressão *Hauptsache* para se referir a mérito que, ao pé da letra, significa *coisa principal*. Este fenômeno lingüístico é reflexo da circunstância de haver pontos (ou questões) no processo a respeito dos quais deve necessariamente o juiz decidir *antes de apreciar a “coisa principal”*, o mérito, o objeto do processo.

¹ O uso da expressão “relativamente” tem o objetivo de diferenciar as decisões interlocutórias dos despachos que, como se sabe, têm um conteúdo decisório “mínimo”, tido como insuficiente para gerar prejuízo, o que os faz, em princípio, irrecorríveis.

² Hoje se entende que há decisões interlocutórias também nos Tribunais, embora o critério para identificá-las não seja o mesmo de que se deve lançar mão no que diz respeito às interlocutórias proferidas no primeiro grau de jurisdição.

³ As decisões que admitem as alegações de vícios que geram nulidades processuais absolutas (como, p. ex., a litispendência e a coisa julgada).

⁴ Interessante observar-se, neste passo, que no sistema atual, as decisões dos relatores nos Tribunais (que antes das alterações no art. 557 do CPC seriam as interlocutórias) podem até versar sobre o mérito e por fim ao processo, tendo assim, conteúdo de verdadeiras sentenças.

São pontos (ou questões) que apresentam nítida conexão lógica com o mérito, de modo a que se possa afirmar que este *não pode ser decidido, antes de examinados e resolvidos aqueles pontos ou questões*.

Cabe inserirmos em nosso raciocínio, aqui, o efeito substitutivo dos recursos: a decisão reformada pelo órgão julgador do recurso (ou confirmada) fica no lugar da decisão impugnada, ou seja, a substitui.⁵

Assim, e por isso, julgado o agravo que verse sobre a produção de determinada prova, determinando o Tribunal que a prova, cujo pedido de produção foi negado pelo juízo *a quo*, seja produzida, ainda que o juiz tenha sentenciado, julgando o mérito, prevalece a decisão do agravo, devendo o processo ser redecidido à luz da prova que será, então, produzida, sendo, a seguir, proferida outra sentença.

Pensamos que a regra é outra para o caso de ter sido interposto agravo de decisão que indeferiu pedido de produção de prova e o juiz extinguir o processo sem julgar o mérito, com base no art. 267, em virtude, por exemplo, da falta de legitimidade do autor. E isto porque a produção daquela prova, que foi entendida como necessária pelo Tribunal, não teria sido pressuposto para a prolação de sentença encartável no art. 267 do CPC. Neste caso, o agravo não deve ser julgado, pois terá ficado prejudicado.

Apesar de julgado o agravo interposto de decisão que deferiu pedido de produção de determinado tipo de prova, com base em que tal prova seria desnecessária e sua produção meramente protelatória, se o juiz sentenciou e a levou em conta para decidir, não deve prevalecer o resultado do agravo que eventualmente venha a considerar desnecessária a produção da prova, acolhendo a argumentação do agravante. Tudo em virtude do princípio da livre convicção motivada.

⁵ Segundo o art. 512 do CPC, a decisão a respeito do mérito do recurso substitui integralmente a decisão recorrida. Assim, somente se poderá cogitar de efeito substitutivo do recurso quando este for conhecido e julgado pelo mérito, pois do contrário não terá havido pronunciamento da instância recursal sobre o acerto ou desacerto da decisão recorrida. Conhecido o recurso, pelo juízo de admissibilidade positivo, passando-se ao exame do mérito recursal, haverá efeito substitutivo do recurso quando: a) em qualquer hipótese (*error in judicando* ou *in procedendo*) for negado provimento ao recurso, b) em caso de *error in judicando*, for dado provimento ao recurso. Ainda que a decisão recursal negue provimento ao recurso, ou, na linguagem inexacta mas corrente, “confirme” a decisão recorrida, existe o efeito substitutivo, de sorte que o que passa a valer e ter eficácia é a decisão substitutiva e não a decisão “confirmada”. Com muito maior razão a substitutividade se dá quando a decisão recursal dá provimento ao recurso, reformando a decisão recorrida, parcial ou integralmente. Tanto no caso de provimento como no de improvemento, somente existe efeito substitutivo quando o objeto da impugnação for *error in judicando* e, portanto, o tribunal ad quem tiver de manter ou reformar a decisão recorrida. Quando, ao contrário, se tratar de recurso que ataque *error in procedendo* do juiz, a substitutividade somente ocorrerá se negado provimento ao recurso, pois, se este for provido, anulará a decisão recorrida e por óbvio não poderá substituí-la. A regra ordinária é aquela segundo a qual o efeito substitutivo se opera em todos os recursos, já que o art. 512 do CPC se situa nas disposições gerais aplicáveis a todas as espécies de recurso. A substitutividade, entretanto, tem a sua incidência nos limites da peculiaridade de cada recurso per se. (Nelson Nery Jr., item 3.5.5, 5ª ed, Ed RT, pp. 421, 422.

O DESTINO DO AGRAVO DEPOIS DE PROFERIDA A SENTENÇA

Diferente teria sido a situação, se a impugnação da decisão que deferiu pedido de produção de prova se baseasse na argumentação no sentido de que aquela prova seria ilícita. Neste caso, julgado o agravo, esta decisão e não a sentença, deveria prevalecer.

Só pelos exemplos acima mencionados, já se consegue perceber o grau de complexidade do assunto. Definitivamente afastada está a possibilidade de responder SIM ou NÃO, pura e simplesmente, à pergunta embutida no título destas anotações: deve o agravo ser julgado depois de ser proferida a sentença?

Depende. Depende tanto do teor da decisão impugnada, ou seja, da matéria que será examinada pelo Tribunal ao julgar o agravo, quanto ao conteúdo da sentença.

A solução destes problemas depende exclusivamente de se saber *se a matéria sobre a qual versa a decisão do recurso é pressuposto lógico da possibilidade de decisão do mérito*.

É por isso que nos parece poder-se afirmar que agravos que impugnem decisões concessivas ou não concessivas de medidas urgentes, tanto antecipatórias de tutela, quanto cautelares, não devem ser julgados. Na verdade, todo o segmento recursal derivado de decisões interlocutórias concessivas ou denegatórias de liminares cai por terra, depois de proferida a sentença, estando aí abrangidos também os embargos de declaração, o recurso especial e o recurso extraordinário. A prolação da sentença é o piparote que derruba a primeira carta, que, caindo, faz com que todas as outras que estão de pé, enfileiradas, à sua frente, caiam também. Todos os recursos que tenham sido sucessivamente interpostos da decisão concessiva ou denegatória de liminar “perdem o objeto”. *Ou melhor, perdem a utilidade*.

Isto exatamente por causa do efeito substitutivo dos recursos.⁶ Como o Tribunal, ao decidir o agravo, gera uma decisão que toma o lugar da decisão confirmada ou reformada, não tem sentido transplantar a decisão obtida em grau de recurso para um “momento” do processo, que ficou *superado* pela sentença, e que não se configura em pressuposto lógico para que esta pudesse ter sido prolatada. Este é justamente o “momento” em que decisões são proferidas com base em cognição superficial, que ficou superado. Quando da prolação da sentença de mérito, o juiz ou tem plena convicção no sentido de que ao autor assiste (ou não) direito ou de que o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. A concessão de liminar anteriormente (ou a denegação), como se afirmou acima, não se consubstancia em pressuposto lógico para a prolação de qualquer tipo de sentença.

Prolatada a sentença, é esta que prevalece. Até porque, quando o Tribunal reformasse a decisão concessiva ou denegatória da liminar, o faria com base num universo de dados constantes do processo, até o momento em que a liminar foi concedida ou denegada pelo juiz de primeiro grau, fase esta que já terá sido ultrapassada. Não teria *também, por isso*, sentido falar-se na prevalência desta decisão do Tribunal sobre a sentença.

⁶ Sobre o qual é o texto claro de Nelson Nery Jr. em nota anterior.

Claro está que a providência *poderá ser pleiteada novamente no Tribunal*, quando da interposição da apelação, num outro contexto, em que o Tribunal contará com outro quadro para decidir, de que fará parte a própria sentença.

É interessante, por último, analisar-se a situação de o agravo de instrumento ser interposto, e, antes que seja julgado, sobrevir a sentença e dela não se chega a interpor o recurso de apelação. No julgamento do agravo, por exemplo, são as partes consideradas ilegítimas.

Neste caso, vinha inclinando-se a jurisprudência pela tese segundo a qual *provido o agravo, tudo o quanto tinha ocorrido após sua interposição, que for com seu julgamento incompatível, ficaria sem efeito*.

A este respeito, tem-se extensa decisão, publicada na RT 602/186.⁷

Transcrevemos parte do voto do relator, porque consideramos oportuno:

"Acontece que a apelação dos agravantes não foi interposta, consoante informou o agravado, em petição de 17/5, na qual solicita se declare prejudicado o agravo em virtude do trânsito em julgado da sentença. Juntou a respectiva certidão do Cartório. Pouco depois, o Pretor comunica o fato ao relator, enviando cópia da sentença.

"Determinou a intimação dos autores para falar sobre esses documentos. Em longa petição, sustentam não se operar a coisa julgada sem o julgamento do agravo, citando jurisprudência a esse respeito; dizem mais que não se presume renúncia ao direito de recorrer; dizem que a ausência da apelação se deve a um erro dos procuradores, que contaram mal o prazo; que os agravantes não se conformam com a sentença, e concentram agora suas esperanças no agravo a cujo julgamento têm direito. Juntaram cópia da apelação que pretendiam interpor.

"Diante dessa situação, deliberei ir a Gramado para examinar pessoalmente os autos principais e visitar o local de abate dos pinheiros objeto do contrato e informei os advogados das partes dessa resolução. É o relatório.

"Cumpra julgar a preliminar suscitada pelo agravado, de que o não ingresso da apelação dos agravantes, operou o trânsito em julgado da sentença, tornando prejudicado o agravo de instrumento contra a interlocutória.

"Creio que o raciocínio importa petição de princípio, pois tem como certo aquilo que cumpre demonstrar, a saber, se a coisa julgada da sentença de mérito se opera na pendência de julgamento de agravo prejudicial, não renunciado. A este respeito, o Min. Soares Muñoz teve oportunidade de sustentar, com toda a razão, em acórdão do STF, que a coisa julgada está sujeita à condição do desprovemento do agravo. Eis o lúcido voto: "O efeito devolutivo do agravo de instrumento, interposto contra o despacho saneador, fez com que a sentença, proferida no processo, ficasse com sua eficácia condicionada ao desprovemento do agravo, no que concerne às questões nele ventiladas. Assim sendo, o trânsito em julgado da sentença não constitui causa obstativa ao julgamento do agravo de instrumento manifestado, anteriormente, no curso da tramitação da causa."

E a razão é óbvia. O respeito ao direito adquirido não se refere apenas aos direitos materiais. Na abrangência irrestrita do preceito constitucional, inscrevem-se, também, necessariamente, os direitos processuais. Não resta a menor dúvida de que a interposição tempestiva do agravo de instrumento criou, para os agravantes, direito subjetivo

⁷ TJRS, AI 585.009.947, Rel. Galeno Lacerda, J. em 8.8.85, v.u.

O DESTINO DO AGRAVO DEPOIS DE PROFERIDA A SENTENÇA

processual ao respectivo julgamento. E esse direito cumpre respeitá-lo por imperativo da Lei Maior.

"Nem se diga que a perda do prazo da apelação possa ser interpretada como aceitação tácita da sentença, nos termos do art. 503 do Código de Processo Civil, de tal sorte que o fato importaria renúncia tácita ao agravo. A propósito, o Supremo Tribunal Federal, de acordo com a melhor doutrina, na esteira de Chiovenda, Barbosa Moreira e Sérgio Bermudes, já assentou que "a aceitação ou aquiescência, quando tácita, se há de inferir de fatos inequívocos e inconciliáveis com a impugnação da decisão" (RTJ 81/993-4). Ora, essa inferência não existe no caso em exame. A perda do prazo se deu por equívoco dos advogados, e não traduz manifestação dos agravantes, sequer implícita, de renúncia ou desistência ao agravo. Ao contrário, o fato ensejou redobrada veemência na defesa do direito ao respectivo julgamento.

Por essas razões, considero não prejudicado o presente agravo e, por isto, dele conheço".

A orientação do STF foi firme, durante algum tempo, a esse respeito.

Todavia, mais recentemente, posteriormente à promulgação da CF de 1988, há manifestações do STJ no sentido de que a atitude, da parte agravante, consistente em não apelar é incompatível com a vontade de ver o agravo, anteriormente interposto, julgado. Assim, transitada em julgado a sentença, o agravo é considerado prejudicado (RT 661/190).

Abaixo, por oportuno, a ementa do acórdão:

Recurso – Agravo de instrumento – Julgamento quando já havia nos autos sentença transitada em julgado – Inadmissibilidade – Ausência de apelação que implica renúncia do agravo, a exemplo da hipótese prevista no art. 522, § 1.º, do CPC – Decisão que infringiu o disposto no art. 503 do referido Código.

Ementa oficial: Processual civil. Agravo provido para o fim de homologação de desistência da ação quando já havia nos autos sentença de improcedência, trântisa em julgado. Hipótese em que a ausência de apelação constitui comportamento incompatível com a vontade de dar seguimento ao agravo, o qual, por isso mesmo, seria de ser havido por renunciado, a exemplo do que se verifica na hipótese prevista no art. 522, § 1.º, do CPC. Decisão que infringiu o disposto no art. 503 do mencionado Código. Recurso provido.

Resp 2.855 – SP – 2.ª T. – j. 18.6.90 – rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 6.8.90.

Abaixo, lê-se pequeno trecho da decisão: *"No caso dos autos, entretanto, não há que se falar em inversão da ordem de julgamento e, conseqüentemente, em nulidade, já que não chegou a haver apelação da sentença, a qual assim, transitou em julgado. Manifestado o agravo, nada impedia que o feito continuasse correndo, o que aconteceu, até decisão final".*

O que se deu, portanto, foi julgamento do agravo, quando já havia nos autos sentença trântisa em julgado.

Ante tal circunstância, ainda mais se impunha o não conhecimento do mencionado recurso.

Na verdade, a ausência de apelação da sentença final, ainda que apenas para argüir a preliminar que deu ensejo ao agravo, constitui comportamento incompatível com a vontade de dar seguimento ao agravo, o qual, por isso mesmo, seria de ser havido por renunciado".

Os argumentos no sentido de que, em princípio, o agravo *teria de ser julgado* nestas condições são, todavia, convincentes.

Em primoroso comentário a acórdão cujo relator foi o Prof. e Desembargador Cezar Peluso,⁸ Francisco Glauber Pessoa Alves afirma dever ser admitido e julgado no mérito um agravo em tais circunstâncias em virtude de dois argumentos, fundamentalmente:

“O efeito substitutivo que se opera quando é dado provimento à decisão agravada (art. 512) e o efeito devolutivo, que remete, sujeita novamente, a matéria ao conhecimento do Judiciário (o tribunal, no particular), *com conseqüências diretas sobre os atos posteriores àquele recorrido*. Assim é que, provido o agravo, são desconstituídos todos os atos posteriores, inclusive a sentença, que lhe sejam contrários. Seria, *grosso modo*, uma expressão do princípio da concatenação ou da causalidade, presente no sistema de nulidades processuais, pelo qual, existindo os atos processuais uns em função dos outros, dependendo uns dos outros, a anulação ou decretação de nulidade de um afeta todo o segmento processual posterior”.⁹

E acrescenta observação interessante: a parte, neste caso, teria sido prejudicada pela rapidez do Judiciário!¹⁰

Conclui, apoiado em sólidas e confiáveis lições doutrinárias, no sentido de que, como regra, se o agravo versar sobre questão cujo exame pode, dependendo do resultado, comprometer a sentença, esta não terá transitado em julgado, senão sob condição, e a condição é justamente do agravo, que deve necessariamente ocorrer, ser compatível com o que terá sido decidido.¹¹

⁸ TJSP – Ap. 279.311-1/SP – Rel. Cezar Peluso – j. em 16.04.96 – RePro 95/253 – (publicado na íntegra).

⁹ “Agravado de instrumento julgado depois de proferida a sentença, não tendo sido conhecida a apelação”, RePro 95/255, destaques nossos. O efeito substitutivo, todavia, não ocorre sempre. Veja-se, por exemplo, o resultado do julgamento do recurso que decide dever intervir um terceiro como assistente: diz a lei que este recebe o processo no estado em que se encontra.

¹⁰ “A pender-se para o lado dos que pensam que o julgamento do agravo fica prejudicado se não apresentada apelação, ter-se-ia, sem dúvida, uma solução inóspita aos ideais de justiça: a parte recorreu regularmente de uma decisão que lhe causou gravame, mas viu-se prejudicada em seu intento, *psammem (!)*, pela rapidez do Judiciário” (op.cit., p. 257).

¹¹ Observa Francisco Glauber Pessoa Alves que: “Evidentemente que existirão situações em que, mesmo provido o agravo de instrumento, não haverá possibilidade de se confrontar diretamente o teor da decisão (contida no acórdão) com o da sentença proferida, por não lhe ser matéria prejudicial (e.g., a interposição de agravo contra a determinação da prestação de caução na decisão liminar do processo cautelar, uma vez que o seu provimento não terá o condão de sobrepor-se à sentença da cautelar, não sendo favorável ao recorrente). Por isso é que se diz que a sentença fica condicionada ao julgamento do agravo, no que concerne às questões nele ventiladas e que sejam prejudiciais ao deslinde meritório do processo”. Infe-re-se, assim, que, sempre que a matéria versada no agravo de instrumento for prévia (preliminar ou prejudicial), e tiver o condão de influir no teor da sentença de mérito, alterando o seu sentido, tem a parte o direito ao julgamento do agravo, não se lhe considerando prejudicado” (op.cit., p. 259).

O DESTINO DO AGRAVO DEPOIS DE PROFERIDA A SENTENÇA

Todo este raciocínio, deveras sedutor, seria correto, a nosso ver, se não tivesse ocorrido coisa julgada.¹²

De fato, a função dos recursos é de manter os processos vivos. No direito brasileiro, a circunstância de não mais haver recurso cabível é significativa de que já houve trânsito em julgado e, por outro lado, o fato de haver recurso pendente significa que não se operou a coisa julgada e que, pois, o processo ESTÁ EM CURSO.

Todo recurso tem o efeito de obstar ou retardar situações “cristalizantes”: ou a preclusão ou a coisa julgada.

A questão que se coloca é a de se saber se esta preclusão ou se a coisa julgada, cuja formação é obstada pelo recurso, é relativa só àquela decisão que se terá impugnado. Assim, pergunta-se se um agravo, interposto de certa decisão interlocutória, além de obstar que se opere preclusão *sobre esta interlocutória*, teria o condão de obstar que se operasse coisa julgada sobre *outra decisão*, que, embora proferida no mesmo processo, não é aquela de que se está recorrendo.

Não nos parece que isto ocorra. Escoados os quinze dias dentro dos quais a apelação deveria ter sido interposta, há o trânsito em julgado.

Portanto, o fato de a matéria da decisão impugnada consistir em pressuposto lógico da sentença, neste caso, pouco importa.

¹² Considerando que o agravo não deve ser julgado, tendo transitado em julgado a sentença, TRF 1.ª Região – Rel. Assusete Magalhães – DJ 28.03.96, p. 19.459 (Jurisp. dos TRF's 18. ed.); TJES – AI 36950000103 – Rel. Des. Arione Vasconcelos Ribeiro – J. em 08.10.96 – JUIS (Jurisprudência Informatizada Saraiva nº 17); TJSP – AI 30228-0 – Rel. Dirceu de Mello – J. em 04.07.96 – JTJSP 187/129. Em sentido contrário, STJ – REsp 182.562 – Reg. 98.0053555-1 – Rel. Min. Demócrito Remaldo – J. em 27.04.99 – RSTJ 121/112.