

NATUREZA JURÍDICA DO DESPACHO DE RESERVA: DECISÃO JUDICIAL OU MERO DESPACHO?

LEGAL NATURE OF THE RESERVATION ORDER: JUDICIAL DECISION OR MERE ORDER?

Júlio César Ferreira¹

Gustavo Machado²

RESUMO: Este artigo versa sobre a análise do teor decisório do despacho de reserva, aqui compreendido como o ato judicial que posterga o julgamento da tutela provisória para oportunidade ulterior à implementação do contraditório. Possui por objetivo definir se, em face do reconhecimento da natureza jurídica de decisão, é cabível a interposição de agravo de instrumento em seu desfavor. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo, tendo sido a técnica de pesquisa eleita a bibliográfica, com o emprego de dados qualitativos. Chegou-se à conclusão de que o despacho de reserva efetivamente pode ser reconhecido como decisão judicial, diante do fato de que equivale à não concessão de uma tutela provisória (ao menos não no momento tempestivo). Diante disso, é possível sustentar sua recorribilidade pela via do agravo de instrumento, lançando mão da taxatividade mitigada.

Palavras-chave: Despacho de reserva. Tutela provisória. Decisão judicial. Agravo de instrumento.

ABSTRACT: This article concerns the analysis of the decisional content of the reservation order, herein understood as the judicial act that defers the judgment of provisional relief to a subsequent opportunity after the implementation of due process. Its objective is to determine whether, in light of the recognition of the legal nature of the decision, the filing of an interlocutory appeal against it is admissible. The method of approach is hypothetical-deductive, and the chosen research technique is bibliographic, employing qualitative data. It has been concluded that the reservation order can indeed be recognized as a judicial decision, given that it is equivalent to the denial of provisional relief (at least not at the timely moment). Therefore, it is possible to argue for its appealability through the avenue of interlocutory appeal, invoking the mitigated taxativity.

Keywords: Reservation order. Provisional guardianship. Judicial decision. Interlocutory appeal.

1 Graduação em Direito pela Universidade Regional do Cariri. Advogado. E-mail para contato: juliocesarsousaf@gmail.com.

2 Graduação em Direito pela Universidade Regional do Cariri. Pós-graduado em Prática Previdenciária pela Legale Educacional. Pós-graduando em Direito Civil e Processual Civil pela Legale Educacional. Advogado. E-mail para contato: gustavo-machadoreb@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Na praxe forense, não é incomum que seja encontrado ato do magistrado que determine a apreciação da tutela provisória a momento posterior à integração do contraditório. A esse ato, deu-se o nome, doutrinariamente, de “despacho de reserva”³.

O ato em comento, apesar de sua aparente singeleza, enseja as mais diversas sortes de polêmicas, sobretudo na seara jurisprudencial. A discussão gravita em torno do seu caráter decisório (ou não), e a resposta a esta indagação gera consequências significativas, mormente no âmbito da recorribilidade. Trocando em miúdos, caso se reconheça se tratar de uma decisão, viabiliza-se o manejo de agravo de instrumento. Do contrário, em sendo um “mero despacho”, não se pode dele recorrer.

O presente artigo, portanto, pretende perscrutar os argumentos elencados pelos doutrinadores e pelos Tribunais para verificar se, realmente, deve-se concluir pelo teor decisório do ato judicial em comento.

O método de abordagem adotado foi o hipotético-dedutivo. A hipótese a ser desenvolvida é a de que o despacho de reserva, a despeito do nome escolhido, configura decisão judicial, permitindo a utilização de agravo de instrumento. A técnica de pesquisa selecionada foi a bibliográfica, com análise de artigos, dissertações, teses e julgados.

2. O QUE É UMA DECISÃO JUDICIAL? UMA NECESSÁRIA TENTATIVA DE CONCEITUAÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 dedica uma seção aos pronunciamentos do juiz, localizada entre os artigos 203 e 205. O dispositivo inaugural elenca-os como sentença, decisão interlocutória e despacho.

Abram-se parênteses. É possível que se indague, inicialmente, qual é a razão da sistematização dos mencionados pronunciamentos. A resposta é evidente: necessidade de estruturação do sistema recursal. Apenas para mencionar alguns exemplos, “dos despachos não cabe recurso”, e “da sentença cabe apelação”, conforme fazem prova os artigos 1.001 e 1.009 do *Codex*, respectivamente.

Neste passo, retomando o ora citado artigo 203, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁴ dão o tom: “Dos atos que pratica no processo, os pronunciamentos judiciais são aqueles pelos quais o magistrado (i) decide uma questão ou (ii) simplesmente impulsiona o procedimento, fazendo com que ele avance em suas fases”. Aos primeiros, com inegável caráter decisório, dá-se o nome de decisões *lato sensu*, ao passo que os segundos recebem a nomenclatura de despacho⁵.

3 MELO, Melquizedeck Monteiro. O despacho de reserva e a possível violação dos direitos fundamentais ao acesso à justiça e ao contraditório. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, ano 33, n.1, 2021.

4 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 686 p.

5 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 686 p.

A despeito da simplicidade que o tema aparenta ostentar, uma análise um pouco mais aprofundada demonstra algumas complicações. Em que pese ser a importância assumida pelo assunto, poucas são as páginas (não só na literatura brasileira, mas também na estrangeira) reservadas à conceituação de uma decisão judicial. Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁶, a propósito do tema, confessa: “A grande dificuldade para expor a questão nos moldes propostos está em que, ao contrário dos modelos analítico e hermenêutico, uma teoria dogmática geral da decisão não chegou a receber, na tradição, nenhuma forma de acabamento”.

O quadro resta agravado quando se analisa as poucas linhas escritas acerca do tema, que, não raro, mostram-se ou insuficientes, ou inadequadas. Inobstante, faz-se necessário, para fins de desenvolvimento do presente trabalho, enfrentar alguns posicionamentos doutrinários, expondo em que aspectos pecaram, e propondo, ao fim e ao cabo, uma conceituação de decisão judicial, sem qualquer pretensão, a toda evidência, de dar a última palavra acerca do assunto. Afinal, “o conceito admite contestação, acréscimo ou mudança em seu objeto”⁷.

Didier Jr., Braga e Oliveira⁸ sustentam que “o CPC, nos artigos 485 a 487, disciplina a ‘sentença’. ‘Sentença’, neste caso, é termo que designa, por metonímia, qualquer decisão judicial; ‘sentença’, neste sentido, é gênero”. Daqui, extrai-se que, para o processualista baiano, decisão judicial e sentença são sinônimos. Entretanto, esse não parece ser o caminho mais acertado a ser seguido. Toma-se espécie por gênero. Adotar esse entendimento geraria inegável confusão, pois existem pronunciamentos de teor decisório que não se configuram como sentença, *v.g.*, a decisão interlocutória que julga parcialmente o mérito, nos ditames do artigo 356 do Código.

De outra banda, existe posicionamento doutrinário e jurisprudencial na direção de que a distinção entre decisão e despacho é gizada a partir da presença ou não de prejuízo às partes⁹. Antônio do Passo Cabral¹⁰ rechaça essa diretriz, argumentando: “O critério da lesividade da resolução para identificar uma decisão não pode ser endossado porque claramente falho. Existem decisões, como as homologatórias (p. ex., de transação), que não produzem nenhum prejuízo às partes”.

6 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003. 370 p.

7 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem pública processual**. 1º ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. 564 p.

8 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 686 p.

9 Veja-se, a título ilustrativo, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 555142/RJ – Rio de Janeiro. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REMESSA DE CÓPIAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO. APURAÇÃO DE EVENTUAL CRIME. ART. 40 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESPACHO. CONTEÚDO DECISÓRIO. INEXISTÊNCIA. IRRECORRIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. Na linha da jurisprudência desta Corte, “não tem conteúdo decisório o despacho que remete cópias ao Ministério Público para a apuração de eventual crime, dando estrito cumprimento ao que dispõe o art. 40 do Código de Processo Penal” (AgRg no AREsp n. 398.875/PR, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 3/6/2014, DJe 11/6/2014). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Antônio Carlos Ferreira, 09 de dezembro de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=20140186090&dt_publicacao=16/12/2014. Acesso em: 28 jan. 2024.

10 CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição sem decisão**: *Non liquet* e consulta jurisdicional no direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2023. 368 p.

Resvalando por esta senda, não se mostra descabido trazer à baila a percepção de Gouveia Filho¹¹ (2020, p. 178), que, partindo da premissa de que “Questão” corresponde a qualquer objeto de conhecimento judicial, assevera que as decisões judiciais têm o propósito de resolver Questões. *A contrario sensu*, “nos autênticos despachos, conquanto, por sua propriedade linguística, haja conhecimento de algo, o fim não é de resolução de questão. Não se analisa para solucionar, mas sim com o escopo de ordenar o feito, fazer com que a marcha procedimental siga”. Comungando desse pensamento, Daniel Neves¹² reforça: “A distinção em meu entender [entre decisão e despacho] deve ser feita partindo-se da premissa de possibilidade legal de resolver a questão incidental em outro sentido”.

O critério ventilado é alvo de críticas: “Podemos identificar atos judiciais não decisórios, que ainda assim serão pronunciamentos dos quais resulta a resolução de uma questão, mas por meio dos quais não há aplicação do direito”¹³. Portanto, em busca de um conceito acurado, Cabral¹⁴ enuncia: “O traço distintivo das decisões judiciais é que, após o ato intelectual, cognitivo, de formação da *opinio*, segue-se um *comando aplicativo* do direito objetivo ao caso”. Arremata o processualista: “A decisão é um ato de vontade estatal que tem por objetivo *aplicar o direito* ao caso, a fim de *produzir efeitos jurídicos* na esfera dos sujeitos envolvidos”¹⁵.

Com efeito, esse parece o melhor entendimento a ser perfilhado: a decisão judicial é ato que, a um só tempo, realiza uma cognição e determina um comando de aplicação do direito ao caso concreto. Saliente-se que o comando “é conceito utilizado no sentido de implementação de um efeito jurídico ou, no mínimo, de uma ordem para que se implemente”¹⁶.

Uma vez assentado o conceito de decisão judicial com o qual se trabalhará, impende tecer alguns comentários sobre a tutela provisória de urgência.

3. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E O CPC/2015: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A consagração de um direito fundamental gera ao Estado a obrigação de protegê-los. Marinoni¹⁷ esclarece: “O Estado tem o dever de tutelar ou proteger os direitos fundamentais através de normas, da atividade administrativa e da jurisdição. Por isso, há a tutela normativa, tutela administrativa e tutela jurisdicional dos direitos”.

11 GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. **Da recorribilidade ao recurso**: um caso emblemático do movimento processual. 2020. 325 f. Tese (Doutorado em Direito, Processo e Cidadania) - Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2020.

12 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1.824 p.

13 CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição sem decisão: *Non liquet* e consulta jurisdicional no direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2023. 368 p.

14 CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição sem decisão: *Non liquet* e consulta jurisdicional no direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2023. 368 p.

15 CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição sem decisão: *Non liquet* e consulta jurisdicional no direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2023. 368 p.

16 CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição sem decisão: *Non liquet* e consulta jurisdicional no direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2023. 368 p.

17 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. 375 p.

Especificamente sobre a tutela jurisdicional, Daniel Neves¹⁸ define-a como “a proteção prestada pelo Estado quando provocado por meio de um processo, gerado em razão da lesão ou ameaça de lesão a um direito material”.

Velejando por esta singra, depreende-se que a estrutura pensada para o Código de Processo Civil de 2015 biparte a tutela em definitiva e provisória. No escólio de Eduardo Lamy¹⁹, “a tutela jurisdicional definitiva é aquela prestada pela execução da decisão jurisdicional final de mérito, portanto após seu trânsito em julgado com resolução versando sobre os temas de mérito (art. 487)”.

A tutela provisória, de seu turno, “é aquela prestada por meio da execução daquilo que foi decidido a título de tutela de urgência (art. 300), tutela de evidência (art. 311) ou cumprimento provisório de sentença (arts. 520 a 522, além da provisoriedade de decisões liminares fundadas nos arts. 536 a 538”^{20,21}.

Uma observação merece ser feita, em específico sobre a cognição judicial, aqui compreendida como “técnica interpretativa utilizada pelo juízo para, diante das alegações das partes e das provas produzidas no caso concreto, resolver as questões de fato e de direito, cujo resultado fundamenta o julgamento do objeto litigioso”²².

Quando se fala em tutela provisória, deve se ter em mente que a sua cognição é, invariavelmente, sumária, é dizer, “exercida com base em juízo de probabilidade da existência do direito, pois, nesse caso, tais decisões são provisórias, [...] e que, portanto, conserva a sua eficácia até a prolação da decisão em cognição exauriente”²³. Importa destacar que a sumariedade da cognição, que caracteriza os provimentos provisórios em análise, “conduz aos chamados juízos de probabilidade; conduz às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável, que, por isso mesmo, são decisões provisórias”²⁴.

Feito esse alerta, é de ver que o artigo 294 do *Codex*, em seu parágrafo único, evidencia que a tutela provisória, nomeadamente a de urgência, ramifica-se em antecipada e cautelar, podendo ser concedida antecedente ou incidentalmente. Preleciona Eduardo Arruda Alvim²⁵: “Para a primeira [hipótese de ramificação], trata-se do risco de dano no mundo empírico, isto é, o bem da vida em disputa se acha sujeito a perigo, ao passo que o *perigo de dano* cautelar representa o risco de que o processo, enquanto instrumento, se mostre efetivo”.

18 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1.824 p.

19 LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018. 206 p.

20 LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018. 206 p.

21 Saliente-se que o entendimento adotado pelo Código de Processo Civil de 1973 é diverso do Código atual, que se manifestava no sentido de que a tutela provisória correspondia a uma espécie da tutela de urgência, e não gênero da tutela jurisdicional. Destarte, o CPC/1973 classificava a tutela provisória “como a tutela de caráter satisfatório e antecipatório, [...] que poderia vir a se tornar definitiva. [...] A doutrina, então, opunha à tutela provisória a denominada tutela provisória a denominada tutela temporária, de caráter referível e cautelar, tutela esta cuja liminar necessariamente seria substituída por decisão final de eficácia diversa” (LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. 206 p.).

22 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa julgada e questões prejudiciais: Limites objetivos e subjetivos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 640 p.

23 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa julgada e questões prejudiciais: Limites objetivos e subjetivos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 640 p.

24 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 912 p.

25 ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 528 p.

Em caráter incidental, “[a tutela antecipada] pode ser concedida a qualquer momento do processo, o que significa no início, com a propositura da demanda, até o final, com o trânsito em julgado”²⁶. Já em caráter antecedente, nos ditames do artigo 303 do CPC, “nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final”.

A finalidade precípua do julgamento preliminar é o de garantir que as alegações de lesão ou *ameaça* a direito não sejam excluídas da apreciação do Poder Judiciário, como roga o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Afinal, ambas as hipóteses de tutela provisória decorrem do fato de que a prestação jurisdicional não se exaure em si mesma, mas deve ser ampla, irrestrita e tempestiva²⁷. Logo, colima-se resguardar o resultado útil da resposta do Poder Judiciário, pois, ao postergar o reconhecimento judicial ao término do deslinde do processo, implicaria em um juízo negativo da prestação jurisdicional, ignorando a urgência.

Nessa toada, a tutela provisória de urgência utiliza-se de um imprescindível binômio para aferir a factibilidade no acolhimento do pedido, qual seja, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, deste este último um prejuízo ao direito pleiteado ou tem o escopo de preservar a efetividade da prestação jurisdicional pelo processo, na inteligência do artigo 300 do Código de Processo Civil.

Athos Gusmão Carneiro²⁸ compreende que o primeiro critério equipara à probabilidade de um direito ser concedido na decisão de mérito, enquanto a situação de perigo enseja a proteção jurisdicional. As medidas de urgência antecedente possuem potenciais lesivos de difícil reparação que, na maioria das vezes, não há tempo para se fundamentar o direito ou providenciar a juntada de “provas inequívocas” (como era requerido no art. 273 do CPC de 1973), na medida em que a presença de iminente risco justifica o pedido em caráter antecipado, impondo ao magistrado o julgamento antes de adentrar no mérito da lide, propriamente dito.

Insta pontuar que, segundo Luiz Guilherme Marinoni²⁹, “o juiz, quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que assevere que o direito, que supôs existir na verdade não existe”. Daí, surge a lógica do artigo 296 do Código atual que afasta a coisa julgada material das decisões que julgam a tutela provisória.

À leitura dos professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁰, em que pese a descrença na discricionariedade do juiz, vislumbra a existência da subjetividade na aferição da existência dos requisitos objetivos para a concessão. Sob essa ótica, inobstante o fato de que a técnica antecipatória decorrer da probabilidade lógica, isto é, um juízo de análise sobre o “maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos”, como explica Ma-

26 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1.824 p.

27 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. vol. 2. São Paulo: RT, 2015. 1101 p.

28 CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de tutela. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 236 p.

29 MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 315 p.

30 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade de. **Curso de processo civil comentado**. 17ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. 2976 p.

rinoni, Arenhart e Mitidiero³¹, é crível que o julgador possa questionar sua satisfação, inclusive, é o fato que justifica a existência da audiência de justificação prévia (§2º do art. 300, do CPC).

Tecidos esses comentários, ainda que *en passant*, acerca da tutela provisória, cumpre fazer uma análise sobre um assunto que gera controvérsias entre os doutrinadores, qual seja, a postergação do contraditório: afinal, seu diferimento representa ou não malferimento aos direitos dos jurisdicionados?

3.1. O CONTRADITÓRIO POSTERGADO NAS TUTELAS PROVISÓRIAS: VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Antes de discorrer especificamente sobre o assunto estampado no título desta subseção, não é intempestivo gizar algumas considerações acerca do contraditório.

Pois bem. Consoante clássica definição de Elio Fazzalari³², processo, dentre os múltiplos significados que pode assumir, corresponde a um procedimento em contraditório. Por esta linha de intelecção, se não houver contraditório, não existe sequer processo. Vislumbra-se, de logo, quão significativo é o princípio em análise. Afinal, uma vulneração do contraditório inviabiliza o exercício da ampla defesa, provocando flagrante violação ao devido processo legal.

A doutrina não é uníssona no que diz com o conceito de contraditório. Inobstante, visando ao desenrolar deste artigo, é viável associá-lo ao “direito de participação no processo com a utilização de todos os meios legítimos e disponíveis destinados a convencer o julgador a outorgar uma decisão favorável a quem tem direito”³³. Guarda indissociável correlação, pois, com o binômio “informação necessária x reação possível”.

Percebe-se, então, que a regra é a de que o magistrado, antes da tomada de decisão, deva proceder à oitiva do réu. Ratificando o exposto, o artigo 9º do CPC aduz que “não será proferida decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

No entanto, toda regra comporta exceção. Com o indigitado artigo não poderia ser diferente: seu parágrafo único arrola algumas hipóteses que permitem ao togado decidir sem, antes, ouvir o demandado.

Nesta quadra, parcela doutrinária de escol se manifesta no sentido de que “somente se justifica conceder uma tutela de urgência de natureza satisfativa antes da oitiva do réu em situações de extrema urgência, nas quais a mera espera da citação e resposta do réu seja suficiente para o perecimento do direito do autor”³⁴. Entrementes, Lenio Streck³⁵ confessa, acerca da temática, que a mitigação do contraditório tornou-se *conditio sine qua non* a fim de assegurar a concretude da medida liminar. O excerto advém da leitura acerca do já mencionado artigo 9º,

31 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado** [livro eletrônico]. 7 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

32 FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale civile**. 8 ed. Padova: Cedam, 1996. 487 p.

33 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no Código de Processo Civil de 2015: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. In: DANTAS, Bruno *et al* (org.). **Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 535 p.

34 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1.824 p.

35 STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; SOUSA, Diego Crevelin de. **Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoriadicontraditorio-evidente-inconstitucionalidade>. Acesso em 30 jan. 2024.

parágrafo único, do CPC, que possibilita ao magistrado proferir decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida e, dentre elas, encontra-se a hipótese de tutela provisória de urgência (inciso I). Trocando em miúdos, o que deveria ser exceção torna-se, a bem da verdade, regra.

A despeito disso, longe de ser uma supressão ao direito de defesa, o que ocorre é a mitigação, em que se posterga o contraditório para momento posterior ao deferimento liminar, inclusive, pela via recursal³⁶. Elucida Fredie Didier Jr.³⁷: “Isso porque há uma ponderação legislativa entre a efetividade e o contraditório, preservando-se o contraditório para momento posterior. [...] Como a decisão é provisória, o prejuízo para o réu fica aliviado”.

Na linha das elucidações do jurista baiano, verifica-se que os direitos, mesmo os fundamentais, não gozam de caráter absoluto. Com isso, “a tarefa da doutrina jurídica consiste em indicar o que exatamente, como e com que alcance deve ser juridicamente tutelado, partindo da tese da relatividade dos direitos fundamentais”³⁸. Desta feita, em havendo a colisão entre efetividade e contraditório, explica Humberto Theodoro Jr.³⁹: “O impasse se resolve, portanto, pelo postulado da proporcionalidade, que não acarreta a invalidação de um princípio pelo outro. Ambos incidem, mas em momentos diferentes: justificada a urgência da medida em nome da efetividade, o contraditório fica diferido”.

Interessante rememorar as lições de Dinamarco⁴⁰, que, ao dissertar sobre o aspecto positivo da instrumentalidade processual (*rectius*: efetividade), assim coloca: “O processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”. Em outras palavras, a efetividade é um vetor que deve orientar a atividade jurisdicional.

O festejado jurista prossegue:

Processo efetivo não é apenas o que rigorosamente atue a vontade concreta do direito, mas o que seja capaz de cumprir bem os escopos do sistema, vistos em conjunto e compensadas certas deficiências com outras vantagens. [...] Todos os ‘cerceamentos de defesa’ constituem também, como se viu, lesões ao contraditório e, portanto, causas de redução da efetividade. Mas o próprio sistema processual, para o equilíbrio de valores diversos, impõe outras restrições ao ideal de contraditório efetivo em grau absoluto⁴¹.

Ex positis, postecipar o contraditório não representa, forçosamente, malferimento a direitos fundamentais. Trata-se, isso sim, de necessária flexibilização, mormente com o propósito de salvaguardar a efetividade que deve ser inerente à jurisdição, consagrando o aspecto positivo da instrumentalidade processual. Afinal, em que pese a essencialidade do princípio do contradi-

36 STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; SOUSA, Diego Crevelin de. **Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoriainconstitucionalidade>. Acesso em 30 jan. 2024.

37 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 912 p.

38 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. 319 p.

39 THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. 3, [livro eletrônico]. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

40 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5 ed. Malheiros: São Paulo, 1996. 341 p.

41 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5 ed. Malheiros: São Paulo, 1996. 341 p.

tório, este não pode ser enxergado como um direito absoluto e intocável, sob pena de subverter a lógica de realização de justiça [efetiva] que deve ser inerente às decisões do Judiciário.

4. A POSTERGAÇÃO DA ANÁLISE DA TUTELA DE URGÊNCIA PARA MOMENTO POSTERIOR AO CONTRADITÓRIO: DECISÃO OU DESPACHO? A IMPORTÂNCIA DA RESPOSTA A ESSA QUESTÃO

O artigo 203 do Código de Processo Civil é responsável por estruturar os pronunciamentos judiciais em seu conteúdo decisório. A princípio, tem-se a sentença e as decisões interlocutórias, ambas exarando um posicionamento do magistrado, causando benefício ou prejuízo às partes; de outro giro, os despachos e os atos ordinatórios não possuem qualquer conteúdo decisório, porque são meros impulsos processuais, sendo, inclusive, carentes de fundamentação e insuscetíveis de recursos, como roga o artigo 1.001 do novel Código processual.

No seio da prática forense, tornou-se comum a postergação da análise da tutela de urgência para momento posterior ao exercício do contraditório, sendo denominado, doutrinariamente, de *despacho de reserva*. A questão cinge-se se o ato judicial tem ou não conteúdo decisório, pois caso positivo, será uma decisão interlocutória plenamente recorrível, e, caso negativo, inviável de reforma por insurgência recursal, reafirmando a natureza de mero despacho.

Consoante os pilares instituídos no Segundo Capítulo, o parâmetro a ser utilizado para averiguar a presença ou não de conteúdo decisório, sob a compreensão de Antônio do Passo Cabral⁴², é questionar se o pronunciamento judicial (i) realiza uma cognição acerca das razões fáticas e (ii) determina um comando de aplicação do direito para que produza efeitos jurídicos.

Nesse sentido, imperioso trazer a lume que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o caráter decisório do pronunciamento judicial em comento, inclusive para permitir a interposição recursal. A propósito,

O juízo de primeiro grau, ao deixar de apreciar pedido de tutela antecipada, optando por manifestar-se após a contestação, o que fez, em última análise, foi considerar ausente o pressuposto específico do risco de dano (*periculum in mora*), porquanto não vislumbrou prejuízo para a parte quando postergou eventual concessão da medida. Não se trata, portanto, de mero despacho, e sim de decisão interlocutória, vez que, não tendo sido concedida a antecipação da tutela, permaneceu para o autor o interesse em afastar a ocorrência de dano irreparável” (REsp nº 814.100/MA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, publicado em 02/03/2009).

A urgência do caso pode justificar a exceção de suprimir a decisão de primeira instância. É que tal omissão pode ocasionar, em determinados casos, dano irreparável à agravante. Nessa hipótese, exige-se a comprovação objetiva da iminência de risco de grave lesão ou de difícil reparação a justificar a excepcionalidade. [...] 5. Por isso, cabível, nessas circunstâncias, a interposição do agravo de instrumento, com o intuito de se obstar, de imediato, a ocorrência do dano” (AgRg no AREsp nº 16.391/RR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 06/12/2011).

Cumprir lançar luz sobre o fato de que ambas as decisões reconhecem a iminência de um dano irreparável como fator condutor ao reconhecimento do teor decisório do pronun-

42 CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição sem decisão: *Non liquet*** e consulta jurisdicional no direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2023. 368 p.

ciamento judicial. Isso porque compreendem que a postergação do julgamento a momento posterior ao contraditório implica a supressão do *periculum in mora*, tendo em vista a ausência de ‘perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo’, pois, ao contrário, haveria a apreciação. O retardo, portanto, seria comparado a um indeferimento tácito, “porque aí há no mínimo um juízo negativo a respeito da urgência na obtenção do provimento”⁴³.

Em igual sentido, acresce Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁴⁴: “Somente o perigo, a princípio, justifica a restrição ao contraditório”. Nesse sentido, sendo o ‘perigo’ um elemento intrínseco da concessão de tutela provisória, a postergação equivale ao não reconhecimento da urgência. Aliás, é a única saída visualizada pelo doutrinador para justificar o retardo na apreciação: “Caso não haja risco de ocorrência do dano antes da citação do réu, não há que se concedê-la em caráter liminar, pois não haverá justificativa razoável para a postergação do exercício do contraditório por parte do demandado”.

Em simplórios termos, é possível afirmar que, caso houvesse o reconhecimento nítido dos pressupostos autorizadores da tutela provisória de urgência, desnecessária seria o retardo da apreciação. Dessa forma, sob a ótica em comento, em que pese a (i) cognição sumária sobre o acervo fático e probatório, o julgador opta por não julgar a tutela provisória de urgência naquele instante processual por não vislumbrar o ‘perigo da demora’, o que, por via das consequências, ocasiona prejuízo à parte - um (ii) efeito jurídico negativo. Assim, encontram-se presentes os elementos caracterizadores de uma decisão judicial, na compreensão de Antônio do Passo Cabral, adotada nesta pesquisa.

De outra banda, faz-se imperioso salientar que a Corte da Cidadania não possui entendimento pacífico, porque já compreendeu, por sua vez, que o nominado “despacho de reserva” carece de conteúdo decisório. Aliás, a divergência ocorre dentro de um mesmo colegiado, mencionando-se, a Primeira Turma do STJ:

Desta sorte, esse ato de determinar a citação em regra não é recorrível. Isto porque, conforme segue a jurisprudência da Corte; não ostenta natureza decisória, na configuração que lhe empresta o art. 162 do CPC, o que revela sua irrecorribilidade. [...] o despacho que fundamentou decidir a liminar após a manifestação do ora agravado, devidamente citado, não possui qualquer conteúdo decisório, não causando gravame [...]” (AgRg no Ag nº 725.466/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 06/06/2006).

É merecedor de destaque o fato de que, ainda que percorra em sentido diametralmente oposto, no sentido de reconhecer o pronunciamento judicial como mero despacho, o STJ tem como elemento caracterizador a ‘ocorrência de dano’. Ou seja, na carência de prejuízo à parte, o pronunciamento judicial configura um despacho e, *a contrario sensu*, na presença de prejuízo, estar-se-ia diante de um ônus processual e, logo, de uma decisão judicial.

Segundo essa corrente, a reserva da apreciação do pedido de antecipação de tutela provisória para após o contraditório não apresenta cunho decisório, na medida em que não dispõe

43 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado** [livro eletrônico]. 7 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

44 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 686 p.

juízo de valor sobre nenhuma questão de fato ou de direito, pois, como cediço, não é obrigatória ser fundamentada, pela ausência de previsão no rol do §1º do art. 489 do CPC. Sob essa ótica, objetiva o magistrado obter os elementos de verossimilhança necessários ao seu convencimento, de sorte que, após a angularização da demanda, poderá dispor dos elementos para o julgamento das questões e, assim, prolatar a decisão da medida requestada.

Ocorre que a postergação para obter informações para constituir a verossimilhança apresenta dois equívocos, quais sejam: a um, o ônus constitutivo do direito é da parte pleiteante, por força do inc. I do art. 373 do CPC, cabendo ao magistrado a apreciação, em razão do princípio dispositivo, “não podendo o juiz conhecer de matéria a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”⁴⁵; e, a dois: “a convicção de verossimilhança não decorre das necessidades do direito material e do caso concreto, mas sim de uma regra processual que parte da premissa de que ao juiz basta, para conceder a tutela antecipatória, a convicção de verossimilhança”, ou seja, diferente da decisão final do juiz (que define o mérito), a sumariedade da análise da tutela de urgência “significa sacrificar o improvável em benefício do provável”⁴⁶.

A reserva de análise da tutela provisória não é norteadada pelo “convencimento judicial”, mas, sim, por um “juízo-provisório”, por não ser formado pela plenitude de provas e argumentos das partes, sendo uma “convicção de verossimilhança”. Complementam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁴⁷, nomeando-a como “prova *prima facie*” por ser um “resultado de uma presunção judicial (atividade mental) que se constrói a partir da experiência da vida, à luz do que normalmente acontece. É aquela que se constrói a partir de um raciocínio judicial arrimado em regras de experiência”, sendo, inclusive, permitida pelo Código atual, em seu artigo 375.

Nessa conjuntura, constituindo a mera verossimilhança em um juízo não exauriente, inclusive, sem construção de coisa julgada (art. 296 do CPC), razão hábil não há para reservar a análise de tutela requerida ao exercício do contraditório, haja vista a ausência de prova a ser constituída, mas, tão somente, uma análise sob a experiência comum subministrada pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, pelas regras de experiência técnica do magistrado, consoante a doutrina mencionada.

A reserva, portanto, ao contrário de significar uma cautela, manifesta a compreensão do magistrado acerca dos elementos constitutivos da tutela provisória, qual seja, a carência de verossimilhança. E, nesse sentido, afere um juízo de valor acerca da urgência do pleito, com o devido encargo: o ônus do tempo⁴⁸.

45 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade de. **Curso de processo civil comentado**. 17ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. 2976 p.

46 MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 315 p.

47 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 686 p.

48 Sobre o ônus do tempo e a necessidade de que seja promovida uma distribuição dinâmica, é oportuno esclarecer que: “O tempo do processo não pode prejudicar o autor e beneficiar o réu, já que o Estado, quando proibiu a justiça de mão própria, assumiu o compromisso de, além de tutelar de forma pronta e efetiva os direitos, tratar os litigantes de forma isonômica”. Isso porque, como se sabe, o só fato de o tempo transcorrer enseja danos [marginais] a ambas as partes, independentemente do resultado final do processo. Afinal, como se costuma dizer, “tempo é dinheiro”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. 375 p.).

Partindo desse pressuposto, encontram-se presentes os elementos decisórios utilizados nesta pesquisa, pois, (i) o reconhecimento da carência probatória do *fumus boni iuris*, o que pressupõe a cognição sumária, bem como (ii) a produção de um efeito jurídico, tendo em vista o prejuízo à parte pleiteante. Logo, de fato, o pronunciamento judicial que posterga a análise da tutela de urgência ostenta um caráter decisório e, logo, não configura um mero despacho.

Considerando que o pronunciamento judicial acerca da tutela de urgência não encerra a fase cognitiva do procedimento comum, por não exaurir a cognição do juízo, a decisão é de ordem interlocutória, com fulcro no §1º do art. 203 do CPC. Nesta ordem de ideias, a insurgência recursal admitida é por via do Agravo de Instrumento que, em seu rol taxativo, admite a interposição à instância superior, quando a matéria em discussão for o cumprimento ou não dos requisitos das tutelas provisórias, conforme o art. 1.015, inc. I, do CPC.

Nesse contexto, é possível sintetizar que o juízo acerca do deferimento ou não da tutela de urgência pleiteada advém do (i) reconhecimento da probabilidade do direito, do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, o qual é realizado por um (ii) juízo preliminar em cognição sumária, (iii) sem a ouvida da parte contrária. E, ainda, deve ser mencionado que seus efeitos são perpetuados até ulterior reforma, (iv) pela interposição de recurso, que será objeto de exame no próximo subtópico.

4.1. DA RECORRIBILIDADE DO DESPACHO DE RESERVA: ALGUMAS REFLEXÕES EM TORNO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Como já previamente adiantado, a definição da natureza jurídica do denominado “despacho de reserva” gera consequências significativas, notadamente na seara recursal. Afinal, se reconhecido o seu *status* de despacho, deve-se manifestar pela sua irrecurribilidade, diante da intelecção do já mencionado artigo 1.004. De outra banda, caso seja atribuído caráter decisório ao ato em apreço, viabiliza-se o manejo de recurso em seu desfavor. Ora, “o ato processual que faz surgir o interesse da parte em lançar mão de um meio de impugnação é a decisão judicial contrária ao seu interesse. [...]. A ausência de decisão não permite a utilização de um meio de impugnação”⁴⁹.

Pelos critérios aqui adotados, chegou-se à conclusão de que o “despacho de reserva” tem natureza decisória. Em virtude disso, ergue-se a possibilidade de se recorrer. A dúvida grava em torno de qual seria a espécie recursal mais adequada. A direção que quer parecer mais acertada é a do cabimento de agravo de instrumento, haja vista que, consoante a dicção do artigo 1.015 do CPC, presta-se a vergastar decisões interlocutórias. A despeito da aparente singeleza do assunto, um estudo mais detido desvela algumas complicações, conforme se passará a ver.

O CPC de 2015 promoveu alterações estruturais na dinâmica recursal. Neste caminhar,

Adota um sistema de recorribilidade das interlocutórias híbrido, na medida em que não confere ampla recorribilidade das decisões interlocutórias, tal como no CPC/73, e, em contrapartida, não restringe totalmente a possibilidade de recorribilidade imediata de al-

49 ROSSONI, Igor Bimkowski. **Recursos extraordinários e ação rescisória por ofensa à norma jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2019. 304 p.

gumas dessas (com a utilização de agravo de instrumento) de outros sistemas processuais, como na justiça eleitoral, na justiça do trabalho, ou nos juizados especiais⁵⁰.

O outrora referido artigo 1.015 do CPC/2015 traz à baila um rol de decisões interlocutórias agraváveis⁵¹. É de se observar, então, a confusão que orbita ao redor desta redação: alguns doutrinadores asseveram que o rol do 1.015 é não taxativo, mas exemplificativo. Não parece ser esse o caminho a ser perfilhado, com o devido respeito ao coro dos que sustentam entendimento contrário. Diz-se isso com fulcro em interpretação teleológica: a taxatividade se mostra mais coerente com a intenção do legislador de restringir, no atual sistema, a recorribilidade imediata das interlocutórias⁵². O regime atual do CPC, portanto, na esteira da doutrina majoritária, é o do casuísmo em *numerus clausus*⁵³.

Sob esta perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando do julgamento do Tema Repetitivo 988, firmou a seguinte tese: O rol do artigo 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no julgamento da apelação.

Por meio de recurso especial, pretendeu-se perscrutar a natureza jurídica do rol do artigo 1.015 do *Codex*. Foram enfrentadas, então, algumas correntes que se formaram em seu entorno.

A primeira foi a da taxatividade absoluta (jungida a uma interpretação restritiva), que, registre-se, havia sido acolhida pela Corte quando do julgamento do REsp 1.700.308/PB, oportunidade em que assim se manifestaram: Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

A segunda, por sua vez, foi a da taxatividade absoluta, mas temperada por uma interpretação extensiva ou analógica. Didier e Cunha⁵⁴ esclarecem que a interpretação, para além da possibilidade de ser literal, pode ser corretiva: As hipóteses de agravo de instrumento são taxativas e estão previstas no artigo 1.015 do CPC. Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior. O STJ também agasalhou alhures este posicionamento, ao decidir o REsp 1.695.936/MG: É certo que as hipóteses de Agravo de Instrumento trazidas pelo CPC de 2015 são taxativas, mas também é certo que o exegeta pode valer-se de uma interpretação extensiva.

50 SANTOS, Ricardo Ribeiro dos. **O agravo de instrumento e a recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC/2015**. In: BRITO, Anne Lacerda de; JULIÃO, Gustavo Lyrio (coord.). *Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 244 p.

51 O parágrafo único enuncia que “também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário”. Evidencia-se a opção do legislador, nos procedimentos escandidos suso, de seguir o princípio da ampla recorribilidade, nomeadamente por causa da urgência que lhes costuma ser inerente.

52 SANTOS, Ricardo Ribeiro dos. **O agravo de instrumento e a recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC/2015**. In: BRITO, Anne Lacerda de; JULIÃO, Gustavo Lyrio (coord.). *Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 244 p.

53 THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. 3, [livro eletrônico]. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

54 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 912 p.

Em arremate, ergue-se a corrente que sustenta o caráter exemplificativo do rol. Mostra-se imperioso realçar a dissertação de Gabriel Araújo Gonzalez⁵⁵, que estriba sua posição em três argumentos. O primeiro é o de que o intento do legislador foi o de evitar impugnações às interlocutórias no curso do procedimento em primeiro, chegando a abolir a figura do agravo retido, incorporado no CPC/1973; o segundo é o de que houve enumeração das hipóteses de viabilidade do aviamento de agravo de instrumento (art. 1.015), que, malgrado o afirmado anteriormente, sofreu aumento, quando comparadas ao período final do Código revogado; o terceiro é o de que o atual Código esmerou-se em assentar uma regra subsidiária que sujeita a apelação as interlocutórias não agraváveis (art. 1.009, §1º), tornando-as recoráveis.

A combinação destes três argumentos elucida que o legislador não teve o objetivo de tornar irrecuráveis as decisões interlocutórias, mas evitar um recurso (leia-se, agravo retido) que, em sua perspectiva, ensejaria prejuízo ao andamento do processo em primeiro grau, e que comportaria apresentação ao final.

O Tribunal chega, pois, à ilação de que quis o legislador restringir as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, adotando técnica de enumerar questões que, em sua concepção, não poderiam aguardar rediscussão futura em eventual apelação. Inobstante, as situações da vida suplantam a capacidade criativa do legislador, posto que humano, o que importa dizer que é faticamente impossível querer confinar todas as urgências em uma caixa apertada. Tal cenário ocorreu na vigência do CPC/39, o que deu azo às mais diversas críticas, máxime por gerarem prejuízos robustos às partes.

Como dito algures, as hipóteses elencadas no 1.015 são aquelas reputadas pelo legislador como aquelas que não poderiam aguardar rediscussão futura em eventual apelação. Empregadas outras palavras, situações de urgência. Eis a taxatividade mitigada.

Feitos esses comentários, já se pode volver ao objeto central do artigo, é dizer, o despacho de reserva.

Uma rápida consulta ao rol insculpido no artigo 1.015 permite enquadrar o despacho em comento logo em seu primeiro inciso, leia-se, decisão interlocutória que versa sobre tutela provisória. Chancelando esse entendimento, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha⁵⁶, repise-se, argumentam: “A decisão do juiz de, sem justificativa, postergar a análise do pedido de tutela provisória para após a contestação ou para outro momento equivale a uma decisão que indefere o pedido de tutela provisória, sendo cabível agravo de instrumento”. De igual sorte, Daniel Neves⁵⁷: “Uma interpretação analógica dessa hipótese de cabimento admite a conclusão pelo cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que posterga a análise do pedido de tutela. [...]. Afinal, a decisão, ainda que indiretamente, versa sobre a tutela provisória”.

Digno de realce, inclusive, que o Conselho de Justiça Federal, em suas Jornadas de Processo Civil, editou o enunciado nº 70, dispondo que “é agravável o pronunciamento judicial

55 GONZALEZ, Gabriel Araújo. **A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Process Civil de 2015**. 379 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2016.

56 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 912 p.

57 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1.824 p.

que postergar a análise de pedido de tutela provisória ou condicioná-la a qualquer exigência”, manifestando-se, assim, uma inclinação doutrinária ao agasalhar deste viés intelectual.

No entanto, não se pode deixar de registrar vozes contrárias a esse posicionamento, a exemplo de Humberto Theodoro Jr.⁵⁸:

A pretexto de existirem casos análogos não contemplados pelo referido dispositivo legal, defendem alguns uma visão que transforme aquilo que a lei quis taxativo em meramente exemplificativo. Recorrem os que assim pensam ao critério analógico. Acontece, no entanto, que a analogia é critério integrativo observável apenas para preencher lacunas do ordenamento jurídico (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 4o), e nunca um meio interpretativo capaz de alterar o conteúdo explicitamente dado à norma pelo legislador. Se o sistema codificado é completo no tratamento do regime recursal que define os casos em que a decisão interlocutória será atacável via apelação e aqueles outros em que o recurso será o agravo, não há espaço para usar analogia com o objetivo de ampliar o cabimento deste último remédio processual. A se admitir tal liberdade interpretativa, não se estaria na verdade interpretando a lei, e sim modificando-a, pois o aplicador teria tratado de maneira diferente aquilo que a lei, sem lacuna, já disciplinara de maneira exaustiva.

Ainda que diante desse posicionamento, é possível cogitar do cabimento do agravo de instrumento, mas por argumento diverso: em vez de “interpretação analógica” do 1.015, que se valha da taxatividade mitigada. Afinal, como já dito anteriormente, “a urgência da situação concreta também permite a interposição de agravo de instrumento”⁵⁹.

Ora, imagine-se a situação em que determinada pessoa solicita, pela via da tutela antecipada de urgência, a realização, com o máximo de brevidade possível, de uma cirurgia, em razão de risco de vida. O magistrado, apesar dos pesares, e em descompasso com a sensatez, profere despacho de reserva, protelando sua apreciação para momento ulterior à oitiva da parte ré. Salta aos olhos, pois, o perigo inerente à postergação de tal análise.

Nesta mesma ordem de ideias, e apenas em arremate a tudo quanto vem sendo exposto, não é desarrazoado colacionar as pedagógicas palavras de Araken de Assis⁶⁰:

Acontece de o órgão judiciário, na tutela provisória antecedente ou incidente (art. 294, parágrafo único), pleiteada liminar em capítulo destacado e específico da petição inicial, demonstrando os pressupostos do art. 300, *caput*, *inaudita altera parte*, postergar seu exame para oportunidade posterior à audiência do réu, por óbvio após a realização da audiência de conciliação e de mediação (art. 334), se houver, e da contestação. Ora, das omissões do órgão judiciário não cabe agravo de instrumento, mas embargos de declaração (art. 1.022, II). Mas, na prática, a postergação equivale ao indeferimento da medida *inaudita altera parte*. Razoável o entendimento, portanto, que sustenta o cabimento da medida nesse caso.

Com efeito, aguardar a prolação da sentença para somente aí, interpor apelação, vai manifestamente de encontro ao espírito da efetividade (e da instrumentalidade, bem pensadas as coisas) que deve permear o Processo Civil. Ao revés, a taxatividade mitigada do agravo cai como uma luva: o “despacho de reserva”, em que pese o nome, possui evidente teor decisório

58 THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. 3, [livro eletrônico]. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

59 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1.824 p.

60 ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, 1.209 p.

(gerando, inclusive, prejuízo hialino às partes). Desta feita, em paráfrase a Shakespeare, uma rosa não perde o seu perfume apenas por ter sido nomeada de maneira diversa. O essencial é reconhecer que tal “despacho” (*rectius*: decisão) é agravável de instrumento.

Deflui-se, portanto, que negar a interposição de agravo de instrumento em face do despacho de reserva corresponde a negar ao jurisdicionado o acesso a uma Justiça efetiva. É caminhar na contramão do caminho pretendido pela Constituição Federal, na medida em que se solapam garantias fundamentais nela estampadas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem constitucional determina que a *ameaça* a direito não será excluída da apreciação do Poder Judiciário e, então, a sistemática processual foi responsável por instituir a tutela provisória no ordenamento pátrio. A particularidade advém, portanto, da cognição sumária do magistrado que, tão somente sobre os elementos presentes, há de julgar pela procedência ou não do pedido de adiantamento da prestação jurisdicional.

Todavia, tornou-se comum na praxe jurídica a postergação da análise da tutela provisória de urgência para momento posterior ao exercício do contraditório. Dessa forma, o presente trabalho pretendeu elucidar se, nesse pronunciamento judicial, denominado de *despacho de reserva*, há um conteúdo decisório ou não, pois, em sua existência, surge a possibilidade de interposição de recurso.

Amparado na doutrina de Antônio do Passo Cabral, concluiu-se que a decisão judicial é ato que, a um só tempo, (i) realiza uma cognição e (ii) determina um comando de aplicação do direito ao caso concreto. Daí, conclui-se que o pronunciamento judicial de reserva apresenta ambos os elementos, pois, (i) ciente dos elementos probatórios, compreende por não analisar a tutela provisória de urgência pleiteada e, por efeito, (ii) exorta um comando prejudicial à parte solicitante.

Nessa circunstância, o pronunciamento judicial que posterga a análise da tutela provisória de urgência está eivado de conteúdo decisório e, como tal, configura uma decisão interlocutória. Como não há manifestação da procedência ou não do pedido liminar, o recurso cabível é o Agravo de Instrumento, em razão da taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

Compreende-se, portanto, que o *despacho de reserva*, além de possuir um equívoco em sua nomenclatura, vai de encontro a celeridade processual instituída no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, tornando o processo restrito e intempestivo, pois, caso houvesse a possibilidade de aguardar a decisão exaurida, inexistiria o pedido de apreciação liminar.

Destarte, urge o reconhecimento da recorribilidade da decisão judicial de reserva, pois, caso contrário, admitir-se-ia um desvirtuamento do instituto da tutela provisória de urgência ao prejudicar sua efetividade ao submetê-la a manifestação da parte adversa, tendo em vista que o contraditório se encontra mitigado pelo artigo 9º, parágrafo único, do CPC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Diogo Rezende de. **Recursos cíveis**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 400p.
- ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 528 p.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, 1.209 p.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 555142/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Antônio Carlos Ferreira, 09 de dezembro de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401860908&dt_publicacao=16/12/2014. Acesso em: 28 jan. 2024
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 814100/MA – Maranhão. Relator: Teori Albino Zavascki, 17 de fevereiro de 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200600071683&dt_publicacao=02/03/2009. Acesso em: 13 fev. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 16391/RR – Roraima. Relator: Benedito Gonçalves, 06 de dezembro de 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100344000&dt_publicacao=13/12/2011. Acesso em: 13 fev. 2024
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 725466/DF – Distrito Federal. Relator: Luiz Fux, 06 de junho de 2006. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200501996716&dt_publicacao=01/08/2006. Acesso em: 13 fev. 2024
- BRASIL. Recurso Especial 1700308/PB – Paraíba.. Relator: Herman Benjamin, 17 de abril de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702446106&dt_publicacao=23/05/2018. Acesso em: 17 fev. 2024
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1695936/MG – Minas Gerais. Relator: Herman Benjamin, 21 de novembro de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702210316&dt_publicacao=19/12/2017. Acesso em: 17 fev. 2024
- CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição sem decisão: *Non liquet*** e consulta jurisdicional no direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2023. 368 p.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem pública processual**. 1º ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. 564 p.
- CARDOSO, Oscar Valente. **Agravo de instrumento no CPC: Tipicidade, irrecurribilidade imediata das decisões interlocutórias e taxatividade mitigada no tema nº 988 dos recursos repetitivos do STJ**. In: NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (org). Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. 535 p.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 236 p.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa julgada e questões prejudiciais: Limites objetivos e subjetivos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 640 p.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 912 p.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 912 p.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11ª ed. Salvador: JusPodvm, 2016. 686 p.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. 319 p.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5 ed. Malheiros: São Paulo, 1996. 341 p.

- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 8 ed. Padova: Cedam, 1996. 487 p.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003. 370 p.
- GONZALEZ, Gabriel Araújo. **A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Process Civil de 2015**. 379 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2016.
- GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. **Da recorribilidade ao recurso: um caso emblemático do movimento processual**. 2020. 325 f. Tese (Doutorado em Direito, Processo e Cidadania) - Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2020.
- LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018. 206 p.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no Código de Processo Civil de 2015: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. In: DANTAS, Bruno *et al* (org.). **Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 535 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 315 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado** [livro eletrônico]. 7 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. vol. 2. São Paulo: RT, 2015. 1101 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. 375 p.
- MELO, Melquizedeck Monteiro. O despacho de reserva e a possível violação dos direitos fundamentais ao acesso à justiça e ao contraditório. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, ano 33, n.1, 2021.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade de. **Curso de processo civil comentado**. 17ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. 2976 p.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1.824 p.
- ROSSONI, Igor Bimkowski. **Recursos extraordinários e ação rescisória por ofensa à norma jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2019. 304 p.
- SANTOS, Ricardo Ribeiro dos. **O agravo de instrumento e a recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC/2015**. In: BRITO, Anne Lacerda de; JULIÃO, Gustavo Lyrio (coord.). Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 244 p.
- STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; SOUSA, Diego Crevelin de. **Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoriaccontraditorio-evidente-inconstitucionalidade>. Acesso em 30 jan. 2024.
- THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. 3, [livro eletrônico]. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.