

O despacho de reserva e a possível violação dos direitos fundamentais ao acesso à justiça e ao contraditório*

The reservation order and the possible violation of fundamental rights to access to justice and the contradictory

Melquizedeck Monteiro Melo**

Artigo recebido em 16/02/2021 e aprovado em 29/03/2021

Resumo

O presente artigo visa a analisar o *despacho de reserva* e sua possível violação aos direitos fundamentais ao acesso à justiça e ao contraditório. Para tanto, buscar-se-á compreender inicialmente o *despacho de reserva* e os aspectos gerais da tutela provisória, de modo a esclarecer o momento processual em que o referido ato judicial ocorre. Após isso, investigar-se-á a natureza jurídica do ato judicial em comento e sua recorribilidade, confrontando as posições do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJ-PA) sobre o tema. Adotou-se na pesquisa a metodologia referencial bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos e obras que versam a respeito do tema ora estudado, da legislação brasileira, bem como da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Pará.

Palavras-chave: Tutela provisória. Despacho de reserva. Direitos fundamentais. Acesso à justiça.

Abstract

This article aims to analyze the “reservation order” and its violation of the fundamental rights to access to justice and the contradictory. For this purpose, the “reservation order” and the general aspects of provisional relief will be sought, in order to clarify the procedural moment in which the referred judicial act occurs. After that, the legal nature of the judicial act in question and its appeal will be investigated, confronting the positions of the Superior Court of Justice (STJ) and the Court of Justice of the State of Pará (TJ-PA) on the subject. The bibliographic referential methodology was adopted in the research, using books, articles and works that deal with the subject studied here, Brazilian legislation, as well as the jurisprudence of the Superior Court of Justice and the Court of Justice of Pará.

Keywords: Provisional guardianship. Reservation order. Violation of fundamental rights.

1 Introdução

O instituto da tutela provisória é, sem dúvida, importante técnica processual capaz de proporcionar uma prestação jurisdicional efetiva. Entretanto, para que isso ocorra, a atuação do magistrado é de suma importância para a consecução da teleologia do instituto — tutelar alguém que alega ter um direito que se encontra na iminência de ser violado ou um direito evidente — sob pena de tornar inútil tanto o direito alegado quanto o mecanismo da tutela provisória.

Nesse sentido, existe na prática forense um corriqueiro ato judicial em que se protela a apreciação do pedido antecipatório, chamado de *despacho de reserva*. Assim, o presente artigo desenvolve-se a partir da seguinte pergunta: *o despacho de reserva viola os direitos fundamentais ao acesso à justiça e ao contraditório?*

Ademais, há de se investigar a natureza jurídica do ato judicial em comento e seus corolários, principalmente no que concerne à recorribilidade e aos óbices quando tal demanda chega aos tribunais. É imperioso salientar que os

* Bacharel em direito pela Faculdade Estácio Castanhal.

** Artigo científico apresentado junto ao curso de bacharelado em direito na Faculdade Estácio Castanhal, na área de concentração em processo civil, como requisito para a obtenção do título de bacharel.

posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Pará (TJ-PA) são distintos quanto ao tema, de modo que paira insegurança jurídica ao jurisdicionado.

No plano constitucional, o assunto ganha relevo no que diz respeito à possível violação a direitos fundamentais ao acesso à justiça e ao contraditório. No que concerne especificamente à tutela de evidência e sua possibilidade de concessão liminar, há quem sustente sua inconstitucionalidade, sob o argumento de violação ao contraditório (STRECK et al., 2017).

A elaboração do presente artigo foi baseada em pesquisa bibliográfica, que trará lastro material a partir da análise de livros, artigos e obras que versam a respeito do tema, bem como no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), Constituição Federal de 1988 (CF/1988) e em jurisprudências do STJ e do TJ-PA.

Dessa forma, o assunto é de relevância prática e o seu aprofundamento é importante para que o instituto da tutela provisória seja visto e aplicado em consonância com o devido processo constitucional.

Inicialmente, serão tratadas as noções gerais da tutela provisória, frisando o momento processual em que o *despacho de reserva* ocorre. Adiante, será discutida a natureza jurídica do ato judicial em comento, trazendo jurisprudências do STJ e TJ-PA sobre o tema. Por fim, discutir-se-á a possível violação dos direitos fundamentais ao acesso à justiça e ao contraditório.

2 A tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015 e o *despacho de reserva*

O que o Código de Processo Civil de 1973 disciplinava como antecipação da tutela, de forma avulsa, o Código de Processo Civil de 2015 passou a referir como tutela provisória, dedicando inclusive um capítulo próprio para tratar do assunto, reestruturando-o. “Essa reestruturação, contudo, não é apenas topológica, pelo contrário, há refundação teórica dessas tutelas de modo a garantir um subsistema orgânico, coerente e efetivo” (DIAS, 2017, p. 31).

Tal subsistema vem disciplinado a partir do art. 294 do CPC/2015, e logo nesse dispositivo percebe-se a sistematização dada pelo código. A tutela provisória (gênero) é dividida em tutela de urgência e tutela de evidência (espécies); a de urgência, por sua vez, é subdividida em antecipada e cautelar.

Atribui-se a natureza de provisória a esse tipo tutela jurisdicional, tendo em vista o exercício de cognição não exauriente e superficial por parte do magistrado quando da sua análise; por isso, também, ela é instável, o que é corroborado pelo art. 296 do CPC/2015, que autoriza a revogação ou modificação a qualquer tempo.

No que concerne às espécies, a tutela de urgência é marcada pelo perigo ou risco tanto no que se refere ao resultado do processo (prestação jurisdicional), quanto ao direito material discutido, e como o processo serve para efetivar e viabilizar o exercício de tais direitos. Tal instituto adequa-se perfeitamente nessa empreitada, possibilitando a antecipação do bem da vida pretendido (tutela antecipada) ou resguardando o resultado útil do processo (tutela cautelar).

Ademais, quando o direito em litígio é de tamanha clareza ou certeza, abre-se a possibilidade de inverter o ônus da espera do processo, que em regra pertence ao autor, transferindo-o ao réu, desde que fundamentado em uma das hipóteses do art. 311 do CPC/2015. Nesses casos, encontra-se a tutela de evidência, a qual dispensa o requisito da urgência para a sua concessão.

No que tange aos requisitos para concessão da tutela provisória de urgência, existem dois: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. O primeiro, que se faz presente em ambas as espécies de tutela, diz respeito à perspectiva de o direito invocado existir e de o titular ser quem o alega. Dessarte, o magistrado não pode conceder qualquer tipo de medida antecipatória ou acautelatória sem antes ser demonstrada minimamente a idoneidade de tal direito. Na espécie da evidência, há de se ressaltar que tal requisito é mais acentuado, devendo ser demonstrado com mais veemência no caso concreto, haja vista ser o principal requisito.

Por sua vez, o segundo requisito está intimamente ligado à ideia de urgência, ou seja, de que a não atuação imediata do Estado-juiz implicaria prejuízo à parte, que pode ser na esfera do direito material (violação irreparável ou de difícil reparação), ou na processual (prestação jurisdicional ineficaz). Dito isso, percebe-se que tal requisito é exigível apenas nas tutelas de urgência e dispensado na de evidência.

Esclarecendo melhor a diferença do *periculum in mora* presente na tutela cautelar e na tutela antecipada, Dias (2017, p. 67-68) assevera que:

Enquanto no risco envolvido, no processo cautelar, há uma periclitacão da própria utilidade da prestação jurisdicional, sendo tutelado, preponderantemente, portanto, o bem jurídico “efetividade”; o risco que ocorre, na antecipação de tutela, está ligado à exercibilidade do próprio direito material, havendo, assim, de forma preponderante, a tutela do bem jurídico relativo a cada direito afirmado.

Nesse diapasão, provimentos judiciais para tutelar situações urgentes são importantes para a efetivação de direitos, frisando que apenas possuem tal condão as decisões tempestivas, ou seja, praticadas no momento processual oportuno.

Quanto ao procedimento, o pedido de tutela pode ocorrer no curso de um processo ou antes dele, isto é, pode ser incidental ou em caráter antecedente. Sua concessão pode dar-se de forma liminar (*inaudita altera pars*) ou mediante prévia justificação, conforme art. 300, § 2º, do CPC/2015.

Dessa forma, é no momento da concessão que o *despacho de reserva* pode ocorrer. Vale dizer, só há a possibilidade de existir tal pronunciamento judicial quando o pedido de tutela provisória é de maneira liminar e o magistrado simplesmente se recusa a apreciar no momento pedido para fazê-lo quando achar mais oportuno, o que geralmente ocorre após o exercício do contraditório, sob a justificativa de formar melhor seu convencimento.

Acontece que a antecipação da tutela é mecanismo que serve às partes e não ao juiz; este tem apenas que prestar a jurisdição como ela foi pedida. Se o autor, por exemplo, requer tutela de urgência antecipada, alegando preencher os requisitos, o magistrado deve analisar e decidir a respeito com as informações já trazidas aos autos, quer concedendo, quer negando; o que importa para a parte é obtenção de uma resposta imediata.

3 A natureza jurídica do *despacho de reserva* e sua recorribilidade

Ao falar em natureza jurídica do *despacho de reserva*, almeja-se perquirir se o referido ato judicial tem ou não conteúdo decisório, isto é, se há a possibilidade do manejo do recurso de agravo de instrumento, para que o mérito do pleito liminar seja analisado.

Segundo a sistemática processual civil, os pronunciamentos dos juízes de primeiro grau consistem em atos decisórios (sentenças e decisões interlocutórias) e não decisórios (despachos e atos ordinatórios). Os primeiros são aqueles que têm o condão de alterar o estado em que as partes envolvidas no processo se encontram, causando prejuízo ou benefício. Os segundos, por sua vez, são de mero expediente, ou seja, para impulsionar o processo. Ressalte-se que os ordinatórios devem ser praticados de ofício pelos servidores e revistos quando necessário pelo juiz (art. 203, § 4º, do CPC/2015).

Na prática forense, o ato judicial que posterga a apreciação da tutela provisória geralmente se reveste de despacho, não é à toa que a doutrina o chama de *despacho de reserva*. Ocorre que os despachos são irrecuráveis. Assim, se a parte se sentir prejudicada e desejar recorrer de tal ato judicial, é necessário argumentar primeiro a existência de conteúdo decisório, ou seja, que se trata de decisão interlocutória.

À vista disso, se o juiz protelar a apreciação do pedido de tutela é porque não vislumbra que os seus requisitos estão preenchidos. Ora, se há o requerimento é porque em tese existe a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Quando se retarda a apreciação, na verdade, nega-se a existência dos pressupostos da tutela provisória, e quando isso ocorre não há dúvidas que houve um indeferimento. Por conseguinte, a justificativa de melhor formar o convencimento não prospera, pois tal procrastinação é contrária à própria essência do instituto, que é resguardar a parte postulante do perigo de dano causado pelo tempo. Nesse sentido, leciona Câmara (2015, p. 521):

Enquadra-se entre as decisões agraváveis por versar sobre tutela provisória aquele pronunciamento judicial que, diante de um requerimento de concessão de medida inaudita altera parte (isto é, sem prévia oitiva da outra parte), decreta que o requerimento só será examinado após manifestação da parte contrária. [...] É que, no caso de se requerer a concessão da medida inaudita altera parte, o ato do juízo de primeiro grau afirmando que só apreciará o requerimento após manifestação do réu equivale, rigorosamente, ao indeferimento da concessão sem prévia oitiva da parte contrária da medida.

Ademais, se a parte pede que seja *inaudita altera pars*, o magistrado deve decidir conforme o pedido, negando ou concedendo; qualquer conduta diferente dessas importa em indeferimento, pois deixa de atender uma necessidade que não pode esperar o longo transcurso do tempo, “[...] há no mínimo um juízo negativo a respeito da urgência na obtenção do provimento” (MARINONI *et al.*, 2016, p. 534). Também nessa esteira é o que defende Didier Júnior (2016, p. 212):

A decisão do juiz que, 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, dele cabendo agravo de instrumento [...]. De igual modo, se o juiz condiciona a apreciação da tutela provisória a alguma exigência não prevista em lei, está, em verdade, a negar o pedido de tutela provisória, sendo cabível Agravo de Instrumento.

O assunto já está pacificado no Foro Permanente de Processualistas Civis, com a edição do Enunciado 29, que assim aduz: “A decisão que condicionar a apreciação da tutela provisória incidental ao recolhimento de custas ou a outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento”.

Na mesma direção é o entendimento do Conselho de Justiça Federal. O Enunciado 70 da I Jornada de Direito Processual Civil dispõe que: “É agravável o pronunciamento judicial que postergar a análise de pedido de tutela provisória ou condicioná-la a qualquer exigência”.

No atual procedimento comum, a situação se agrava na medida em que o réu será citado para comparecer à audiência de conciliação e mediação (com pautas absurdamente extensas), para só então começar a contagem do prazo para contestação (podendo ser em dobro em algumas situações).

Em sentido diametralmente oposto, defendendo tratar-se de despacho de mero expediente e, portanto, irrecorrível, há posicionamentos do TJ-PA:

Agravo de instrumento. Pressupostos de admissibilidade recursal. Despacho que posterga a apreciação da decisão liminar após a oitiva da parte contrária. Requisito do cabimento. Não conhecimento. Recurso inadmissível. Art. 932, iii, CPC. Decisão monocrática. [...] Ante o exposto, não conheço do recurso, porquanto inadmissível, face o não preenchimento do pressuposto de admissibilidade recursal do cabimento (TJ-PA, 2017).

Agravo interno em agravo de instrumento. Ação declaratória de inexistência de débito c/c cancelamento de protesto e indenização por abalo de crédito. Despacho designando audiência, determinando a citação e postergando a análise da tutela provisória para após a contestação. Ausência de cunho decisório. Despacho de mero expediente. Irrecorribilidade nos termos do art. 1.001 do CPC. Alegado enquadramento no inciso i do art. 1.015 do CPC. Impossibilidade. Despacho que não versa sobre a tutela provisória apenas difere o momento de sua apreciação. Não cabimento de agravo de instrumento. Acerto da decisão monocrática que não conheceu do agravo de instrumento por manifesta inadmissibilidade, nos termos do art. 932, iii do CPC/15. Recurso conhecido e desprovido à unanimidade. 1. Tratando-se de despacho de mero expediente, irrecorrível nos termos do art. 1.001, que não versa sobre a tutela provisória pleiteada na origem, apenas difere o momento de sua análise para após a estabilização do processo, não é possível ser ultrapassado o obstáculo da admissibilidade recursal, restando evidenciado o acerto da decisão monocrática proferida nesta instância recursal que não conheceu do agravo de instrumento nos termos do art. 932, III do CPC/2015. 2. Recurso conhecido e desprovido à unanimidade (TJ-PA, 2018).

Por outro lado, sustentando a natureza decisória do ato que posterga a análise do pedido de tutela provisória e sua consequente recorribilidade, há posicionamentos do STJ:

Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Pedido de tutela antecipada. Despacho que opta por manifestar-se após a contestação. Art. 504 do CPC. Cabimento excepcional do agravo de instrumento nas hipóteses de grave lesão ou de difícil reparação. Precedente.

1. Hipótese na qual se discute o cabimento de agravo de instrumento contra despacho que deixa a análise de pedido de tutela antecipada para após a juntada da contestação. 2. O Tribunal de origem não conheceu do agravo de instrumento, porquanto entendeu tratar-se de decisão sem cunho decisório. 3. Contudo, a urgência do caso pode justificar a exceção de suprimira 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. 4. *In casu*, comprovou a agravante, objetivamente, a existência de *periculum in mora* premente a justificar a excepcionalidade, pois há risco de difícil reparação caso se concretize a autorização para o Poder Público pagar a importância de trinta milhões de reais à empresa Nilcatex, com indícios de superfaturamento. 5. Por isso, cabível, nessas circunstâncias, a interposição do agravo de instrumento, com o intuito de se obstar, de imediato, a ocorrência do dano. 6. Agravo regimental não provido (STJ, 2011).

Civil. Processual civil. Ação de busca e apreensão. Conceito de “decisão interlocutória que versa sobre tutela provisória” para fins de recorribilidade imediata com base no art. 1.015, I, do CPC/15. Abrangência. Conceito que compreende o exame dos pressupostos autorizadores, a disciplina sobre o modo e prazo para cumprimento, a adequação das técnicas de efetivação e a necessidade ou a dispensa de garantias. Extensão para a hipótese em que se impõe ao beneficiário o dever de arcar com as despesas de estadia do bem imóvel em pátio de terceiro. Impossibilidade. 1 - Ação proposta em 18/02/2014. Recurso especial interposto em 27/11/2017 e atribuído à Relatora em 13/07/2018. 2 - O propósito recursal é definir se o conceito de “decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas provisórias”, previsto no art. 1.015, I, do CPC/15, abrange também a decisão interlocutória que impõe ao credor fiduciário o dever de arcar com as despesas relacionadas ao depósito do bem em pátio de terceiro. 3 - O conceito de “decisão interlocutória que versa sobre tutela provisória” abrange as decisões que examinam a presença ou não dos pressupostos que justificam o deferimento, indeferimento, revogação ou alteração da tutela provisória e, também, as decisões que dizem respeito ao prazo e ao modo de cumprimento da tutela, a adequação, suficiência, proporcionalidade ou razoabilidade da técnica de efetivação da tutela provisória e, ainda, a necessidade ou dispensa de garantias para a concessão, revogação ou alteração da tutela provisória. 4 - Na hipótese, a decisão interlocutória que impõe ao beneficiário o dever de arcar com as despesas da estadia do bem móvel objeto da apreensão em pátio de terceiro não se relaciona de forma indissociável com a tutela provisória, mas, sim, diz respeito a aspectos externos e dissociados do conceito elementar desse instituto, relacionando-se com a executoriedade, operacionalização ou implementação fática da medida. 5 - Recurso especial conhecido e desprovido (STJ, 2019).

A partir de tais posicionamentos jurisprudenciais, o CPC/2015 estabelece que os precedentes dos tribunais superiores devem ser observados, assim, como o STJ em última análise pacífica as questões acerca da legislação infraconstitucional, os demais juízos e tribunais devem seguir os entendimentos daquela Corte, sob pena de termos uma violação à isonomia processual.

4 O despacho de reserva e a possível violação dos direitos fundamentais ao acesso à justiça e ao contraditório

4.1 Direito ao acesso à justiça

Hodiernamente, o processo é visto como um instrumento capaz de tutelar e efetivar direitos, de maneira a causar efeitos práticos na vida dos litigantes, sempre em busca da celeridade e da adequação ao caso concreto.

Desta forma, o princípio do acesso à justiça positivado no art. 5º, LIV, da CF/1988 não se reveste apenas em proporcionar às pessoas a possibilidade de provocar o Poder Judiciário. Além disso, deve-se assegurar às partes uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. Quando se fala em tutela provisória a teleologia não é diferente. Nesse sentido, ensina Marinoni (1994, p. 57-58):

O princípio da inafastabilidade não garante apenas uma resposta jurisdicional, mas a tutela que seja capaz de realizar, efetivamente, o direito afirmado pelo autor, pois o processo, por constituir a contrapartida que o Estado oferece ao cidadão diante da proibição da autotutela, deve chegar a resultados equivalentes aos que seriam obtidos se espontaneamente observados os preceitos legais. Desta forma, o direito à adequada tutela jurisdicional garantido pelo princípio da inafastabilidade é o direito à tutela adequada à realidade de direito material e à realidade social.

No plano fático, salienta-se que não apenas decisões definitivas possuem a aptidão de alterar a realidade, decisões provisórias também têm esse condão. Negar isso seria retirar do provimento antecipatório todo e qualquer utilidade prática e efetiva na tutela de direitos. Logo, a precariedade da tutela, ou seja, a possibilidade de ser revista a qualquer momento, não retira tal aptidão.

Nesse diapasão, a tutela provisória (principalmente na espécie da urgência) é capaz de oferecer uma proteção jurisdicional efetiva, antecipando o bem da vida pretendido ou resguardando o direito em litígio, de modo a elidir os riscos à efetividade do processo e consequentemente garantindo um acesso mais pleno à justiça. Portanto, “a tutela sumária tem de ser entendida como manifestação do direito fundamental à tutela adequada e efetiva — componente inquestionável do direito ao processo justo” (MITIDIERO, 2016, p. 65-66).

O direito fundamental a uma prestação jurisdicional efetiva tem no polo passivo o Estado-juiz, impondo-lhe o dever de prestar a jurisdição não apenas dando uma resposta de mérito, mas também a efetivando. Entretanto, esse direito não se esgota nisso, uma vez que no curso do processo, antes da resposta de mérito, o magistrado pode se deparar com situações que requeiram uma atuação imediata (como é o caso do pedido de tutela provisória), sob

pena de futuramente a decisão jurisdicional definitiva se tornar inócua. “Tal direito fundamental engloba: a) direito à técnica processual adequada; b) direito de participar através do procedimento adequado; c) direito à resposta do juiz” (NOGUEIRA, 2007, p. 562). Acrescente-se que a resposta do magistrado também deve ser adequada, isto é, no momento processual oportuno.

Esclarecida a relevância da antecipação da tutela no que concerne ao acesso à justiça e na prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, a partir de tais premissas, pode-se sustentar que o *despacho de reserva* viola tais direitos fundamentais na medida em que o juiz não oferece uma resposta imediata ao jurisdicionado, pelo contrário, há uma verdadeira omissão na prestação jurisdicional. Outrossim, não se pode olvidar que a tempestividade é um dos requisitos para que tutela seja efetiva, isto é, há de ser prestada no momento processual adequado e não ao bel-prazer do magistrado. E quem melhor do que a parte envolvida para saber qual momento é esse? “É tarefa do juiz no caso concreto valorar as circunstâncias da causa, de acordo com os pressupostos legais, para conceder ou não a antecipação da tutela” (MITIDIERO, 2016, p. 76). Ora, se há pedido de forma liminar é porque há motivos para tanto (que podem ou não ser plausíveis), sendo assim, o juiz deve analisá-los detidamente e decidir a respeito de imediato, mesmo que para recusar, caso assim entenda acertado.

Nesse ínterim, não existe meio termo quando o juiz se depara com um pedido de tutela provisória, pois

[...] não há “liberdade” ou “discrição” para o magistrado na concessão ou na rejeição do pedido de antecipação da tutela. Ele deve deferir o pedido porque está diante dos pressupostos ou ele deve rejeitá-lo à falta de seus pressupostos autorizadores [...] (BUENO, 2012, p. 40).

Como aduz Nogueira *apud* Ribeiro (2007, p. 560), “[...] se o juiz está obrigado a julgar, sua prestação não pode ser negativa, pois não lhe é dado negar-se a proferir uma sentença”. *Mutatis mutandis*, não é lícito ao magistrado, mesmo que temporariamente, negar-se decidir a respeito de qualquer questão posta aos autos; tal conclusão é oriunda do princípio hermenêutico do *non liquet*. “É a Constituição como um todo, portanto, que assegura o direito à técnica antecipatória” (MITIDIERO, 2016, p. 78). Destarte, desvirtuar a finalidade do referido instituto é ir contra a própria Constituição.

Sob o aspecto da efetividade da jurisdição, na dúvida quanto à concessão, o magistrado a deve fazer, pois se uma procrastinação indevida já é prejudicial, quanto mais uma negativa errônea. Não obstante haver a possibilidade de reverter a situação pela via recursal, a morosidade pode levar a danos irreversíveis. Além do mais, a tutela antecipada não pode ser concedida se houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, podendo o juiz, outrossim, exigir caução idônea. Desta forma, percebe-se que está assegurada à parte contrária a possibilidade de retorno ao *status quo ante*, sem prejuízo algum; diferentemente de uma recusa indevida que pode trazer consequências nefastas que não poderão ser reparadas.

4.2 Direito ao contraditório

Como explanado alhures, o *despacho de reserva* ocorre quando há pedido de tutela provisória de forma liminar, ou seja, a ser analisado antes da oitiva do réu. O art. 9º, parágrafo único, do CPC/2015 autoriza, de forma excepcional, que a tutela de urgência e algumas hipóteses de evidência ocorram *inaudita altera pars*.

Com efeito, a análise da violação ao contraditório será feita sob a ótica do conflito entre direitos fundamentais. Assim, temos o direito ao contraditório, como titular o demandado na ação, e o direito ao acesso à justiça, como titular a parte-autora que requer a liminar. “Fala-se em colisão entre direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos fundamentais por diferentes titulares” (MENDES, 2017, p. 234). No caso em questão vislumbra-se choque entre direitos fundamentais, pois geralmente o contraditório é prévio, mas, de outro lado, existe a técnica antecipatória justamente para prestigiar o acesso à justiça e proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva.

Dessa forma, o legislador optou por restringir o contraditório nos casos de tutela provisória. Como é cediço, nenhum direito fundamental é absoluto, entretanto, as relativizações devem se sustentar em motivos relevantes.

Hodiernamente, a importância do contraditório é tamanha que a própria definição de processo no Estado Constitucional se sustenta sob suas bases (SARLET, 2017, p. 796), assim, as exceções ao contraditório prévio hão

de se pautar em justificativas plausíveis e idôneas, dada a importância de tal direito fundamental. O acesso à justiça, por sua vez, tem o escopo de garantir que a prestação jurisdicional seja feita na sua plenitude, adequando o procedimento às nuances do caso concreto, e com isso, traz efetividade à tutela jurisdicional.

Desta maneira, nos casos de tutela provisória a ser analisada antes da oitiva da parte contrária, existe um conflito entre o direito ao contraditório e o acesso à justiça. Para se chegar a uma solução em conformidade com a Constituição, deve-se utilizar dos postulados normativos como a ponderação, proporcionalidade, razoabilidade e concordância prática, que justamente são critérios de aplicação das normas constitucionais.

O Código de Processo Civil de 2015 se posicionou no sentido de dar maior ênfase ao acesso à justiça, restringindo o contraditório, que será exercido de maneira diferida. Entretanto, fez bem o legislador em afastar temporariamente o direito fundamental ao contraditório indistintamente nas situações de urgência e evidência? Há inconstitucionalidade no art. 9º, parágrafo único, II, do CPC/2015? Tais questões são importantes na análise da violação ao contraditório.

A princípio, na tutela de urgência, é cediço que o direito alegado está na iminência de se esvaír, ou seja, se não houver uma intervenção rápida e eficaz do Estado-juiz, a prestação jurisdicional pode se tornar inócua e prejudicada. Por isso, a Constituição, em seu art. 5º, XXXV, diz que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário qualquer alegação de lesão ou ameaça de lesão a direito.

Dessa forma, o postulado da concordância prática ou harmonização nos orienta que em caso de colisão entre direitos fundamentais deve-se escolher a solução em que não haja sacrifício total de um ou outro direito. Nesse caso, se preponderar o contraditório, a tutela jurisdicional restará prejudicada e ineficaz, e consequentemente o acesso à justiça será direito morto.

Nesse sentido,

[...] uma leitura harmoniosa entre acesso à justiça e contraditório implica conferir certa preponderância ao primeiro quando o direito substancial em jogo está na iminência de evaporar-se diante do transcorrer temporal indispensável à deflagração do debate entre as partes (STRECK *et al*, 2017).

Destarte, para se chegar a uma harmonização entre os direitos, impõe-se uma restrição temporária ao contraditório, que na verdade é apenas diferido, não representando uma restrição absoluta ao seu titular (demandado).

Ademais, na tutela de evidência a situação muda. O contraditório como garantia de influência nas decisões e de vedação a decisões surpresas, dado a sua importância para o Estado Democrático, só pode ser restringido sob justificativa igualmente relevante. Nesse caso, surge espaço para a aplicação do postulado normativo da ponderação. Sobre a ponderação, Mendes (2017, p. 239), diz que:

[...] a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma “lei de ponderação” segundo a qual, “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção”.

O simples fato de o direito ser evidente, verossímil, não é motivo para se proferir uma decisão sem dar à parte interessada a oportunidade de se manifestar previamente e influenciar na decisão a ser tomada pelo magistrado. O CPC/2015 autoriza a concessão de liminar fundada em evidência nas hipóteses presentes no art. 311, II e III.

Na primeira hipótese, autoriza-se o contraditório diferido se as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Ocorre que o legislador olvida que mesmo em tais casos a parte pode apresentar situações novas nas quais o precedente pode não ser aplicado ao caso concreto. Trata-se de *distinguishing* ou *overruling*, onde se abre a possibilidade de alegar a distinção do caso às sutilezas do precedente (*ratio decidendi*) ou a sua superação; circunstâncias em que será afastada sua aplicação. No mesmo sentido, tecendo críticas ao dispositivo em comento, Queiroz (2018) dispõe que:

Trata-se, portanto, de uma clara contradição normativa que vai de encontro ao próprio espírito no Código de Processo Civil hodierno. Ora, a intenção de valorizar os princípios constitucionais processuais, dando-lhe não apenas mais ênfase, mas à

medida do possível o tornando-o mais concreto e eficaz dentro do rito processual é perceptível à nova ordem normativa. No entanto, não se pode aumentar a efetividade a qualquer custo e tal conceito antes de relacionado à celeridade deve estar associado ao sentimento de Justiça, que não se aflora, no sentir do direito moderno, de uma decisão liminar dissociada da urgência, ainda que se dê com base em precedentes vinculantes.

Na segunda hipótese, por sua vez, a liminar sustenta-se no contrato de depósito e é ainda mais frágil,

[...] eis que aqui o fundamento da liminar seria exclusivamente a prova do vínculo de depósito estabelecido entre as partes e a mora do réu — informações monopolizadas pelo Autor até que se estabeleça o contraditório — em tese, mitigado com a concessão da liminar sem urgência (CÁCERES, 2017).

Percebe-se, portanto, que tais situações legais implicam em prejuízo processual ao réu, ao passo que ao autor, apenas benefícios; e tudo isso calcado em fundamentos fracos que podem facilmente ser afastados em determinado caso concreto.

Outrossim, pertinente trazer à discussão o princípio da proteção do núcleo essencial, na qual segundo Hesse (1991, *apud* MENDES, 2017) “destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”. Ora, é descabido afastar o contraditório prévio, regra de todo o ordenamento jurídico, se não há sequer lesão ou perigo de lesão ao direito alegado, sendo que se pode perfeitamente decidir a respeito da tutela de evidência após contraditório sem se ter nenhum prejuízo a qualquer uma das partes.

Sobre o tema, sustentando a inconstitucionalidade do art. 9º, parágrafo único, II do CPC/2015 e levando em consideração todo o sistema processual, argumenta Streck *et al* (2017) que:

O artigo 332 permite que o juiz julgue liminarmente improcedente o pedido que contrariar precedentes. É improcedência liminar fundada em juízo de evidência, portanto. Mas o § 1º do artigo 927 é expresso no sentido de que “os juízes e os tribunais observarão o disposto no artigo 10 e no artigo 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”. Ora, a menção ao artigo 10 deixa claro que, em obediência ao contraditório como garantia de influência e não surpresa, a decisão do artigo 332 não pode ser proferida sem a prévia oitiva do autor. Assim, se a improcedência liminar deve ser precedida da oitiva do autor porque o pedido (aparentemente) contrasta provimento vinculante, também a concessão de tutela antecipada de evidência fundada em provimento vinculante deveria ser precedida da oitiva do réu. Se não é lícito surpreender o autor por decisão fundada em evidência decorrente de precedente, o mesmo deve valer para o réu.

Importante ressaltar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.492, que impugnou vários dispositivos do CPC/2015, tem como objeto também os arts. 9º, parágrafo único, II e 311, II; ambos sob o argumento de violação ao princípio do contraditório.

Tal impugnação é mais que plausível, pois se na tutela de urgência há risco de prejuízo ao direito ao acesso à justiça, na de evidência isso não ocorre, ou seja, não há justificativa para proteção daquele direito constitucional na medida em que após o contraditório prévio a medida antecipatória de evidência pode ocorrer sem que se precise esperar a morosidade do processo. Assim, harmoniza-se o sistema, prestigiando o tão celebrado e importante direito ao contraditório.

Sob esse viés, se a tutela de evidência concedida sem a oitiva prévia da outra parte não se coaduna com ordem constitucional, então o ato judicial que posterga sua apreciação não representa violação a nenhum direito fundamental; pelo contrário, tutela o direito ao contraditório, sendo, portanto, conduta a ser esperada pelo magistrado em respeito à Constituição.

5 Considerações finais

Com o presente estudo observou-se o momento processual em que o *despacho de reserva* ocorre e que existe conteúdo decisório no ato que posterga a apreciação da tutela provisória de urgência, isto é, trata-se de decisão interlocutória. Desta forma, o recurso apropriado para atacar aquela decisão é o agravo de instrumento conforme reza o art. 1.015, I, do CPC/2015. Em que pese a jurisprudência do TJ/PA quanto a isso ser divergente, o STJ se posiciona no sentido acima exposto, e seu entendimento deve ser seguido em consonância com o sistema de precedentes adotado no CPC/2015.

Ademais, discutiu-se que a tutela provisória é mecanismo capaz de proporcionar uma prestação jurisdicional efetiva e que o *despacho de reserva* é conduta judicial que desvirtua a teleologia do instituto, trazendo prejuízos materiais e processuais à parte requerente.

Assim, há inaceitável violação ao direito do acesso à justiça, o que prejudica a efetividade processual, pois o que se espera é uma resposta imediata do magistrado, favorável ou não. Portanto, procrastinar a apreciação do pedido antecipatório viola direitos fundamentais da parte-autora e o devido processo constitucional consequentemente resta prejudicado.

De um lado, no que concerne à violação ao contraditório e a inconstitucionalidade do art. 9º, parágrafo único, do CPC/2015, verificou-se que na tutela de urgência o legislador agiu de forma acertada, ou seja, o contraditório deve ser mitigado em prol de uma tutela efetiva e para que não haja prejuízo à parte-autora, sob esse viés, não há inconstitucionalidade em tal caso, tampouco em infração ao contraditório.

Do outro lado, na tutela de evidência, não há fundamentos relevantes para se afastar a regra de todo o ordenamento jurídico, qual seja, o contraditório prévio. À vista disso, a evidência do direito alegado não é motivo idôneo para que se decida sem a oitiva da parte contrária. Por conseguinte, são inconstitucionais as hipóteses de antecipação da tutela *inaudita altera pars* fundadas na evidência, pois ofendem o direito ao contraditório e não protegem nenhum outro direito fundamental.

Sendo assim, o magistrado deve postergar a apreciação da tutela provisória fundada em evidência requerida liminarmente, dando oportunidade à parte contrária o exercício de seu direito fundamental de influenciar a decisão a ser tomada. Consequentemente, nesse caso, não há violação a direitos, pelo contrário, é o que se espera do juiz em prestígio ao contraditório e ao devido processo constitucional, princípios dos quais não podemos nos afastar.

6 Referências

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 fev. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 24 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgRg no AREsp: 16391 RR 2011/0034400-0. Relator: Benedito Gonçalves. DJ: 13/12/2011. *JusBrasil*, 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21025142/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-16391-rr-2011-0034400-0-stj>. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1752049 PR 2018/0164549-8, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 12/03/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2019. *JusBrasil*, 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686877993/recurso-especial-resp-1752049-pr-2018-0164549-8/certidao-de-julgamento-686878018?ref=serp>. Acesso em: 7 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0010368-14.2017.814.0000. Relatora: Maria de Nazaré Saavedra Guimaraes. DJ: 22/08/2017. *Tribunal de Justiça do Pará*, 2017. Disponível em: http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?q=cache:XbUAtua4CVEJ:177.125.100.71/decmono/20170341926272+Agravo+De+Instrumento+N.+001036814.2017.814.0000&site=jurisprudencia&ie=UTF8&client=consultas&proxystylesheet=consultas&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, N. 0003477-74.2017.8.14.0000, Rel. EDINEA OLIVEIRA TAVARES, Órgão Julgador 2ª TURMA DE DIREITO PRIVADO, DJ: 29/11/2018. *Tribunal de Justiça do Pará*, 2018. Disponível em: <http://gsaindex.tjpa.jus.br/consultas/search?q=cache:jvCyKCKN5scJ:177.125.100.71/>

acordao/20180483438844+decis%C3%A3o+que+postergar+a+aprecia%C3%A7%C3%A3o+de+liminar+&ie=UTF8&proxystylesheet=consultas&lr=lang_pt&access=p&client=consultas&site=jurisprudencia&oe=UTF-8. Acesso em: 07 abr. 2020.

CÁCERES, Fabio Batista. *O novo código de processo civil e a criação da liminar sem “periculum in mora”*. Carta Forense, 3 abr. 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/artigos/o-novo-codigo-de-processo-civil-e-a-criacao-da-liminar-sem-periculum-in-mora/17485>. Acesso em: 20 fev. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Jean Carlos. *Tutelas Provisórias no novo CPC: tutelas de urgência/tutela de evidência*. São Paulo: JusPodivm, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Editora Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Série IDP.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição*. DIDIER JÚNIOR, Fredie; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coords.). *Constituição e Processo*. Salvador: Podium, 2007.

QUEIROZ, Emília. *A (in) constitucionalidade do precedente vinculante como legitimador da concessão de liminar inaudita altera parte nos casos de tutela de evidência*. Empório do Direito, Florianópolis, 23 jan. 2018. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/leitura/a-in-constitucionalidade-doprecedentevinculante-como-legitimador-da-concessao-de-liminar-inaudita-altera-parte-noscasos-de-tutela-de-evidencia-1-por-maria-emilia-miranda-de-oliveira-queiroz>. Acesso em: 1 set. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; CREVELIN, Diego de Sousa. *Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade*. Consultor Jurídico, 15 maio 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoria-contraditorio-evidente-inconstitucionalidade#author>. Acesso em: 7 abr. 2020.