

Artigo publicado na obra:

ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1038 p. ISBN 978-85-02-08753-8, p. 111-120.

Meios de enunciação e de controle dos provimentos de urgência

Antonio Janyr Dall’Agnol Junior

Professor de Direito Processual Civil da Escola Superior da Magistratura. Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do RS. Advogado em Porto Alegre –RS.

1. O objetivo deste trabalho – especialmente escrito para obra coletiva, em justa homenagem ao jurista e professor Ovídio Baptista da Silva – é, conforme se infere de seu título, o de examinar o modo como devem exteriorizar-se os pronunciamentos judiciais, no primeiro grau de jurisdição, assim como o controle que sobre esses mesmos provimentos deve ser exercido pelo órgão revisional.

A rigor, em vista, principal e compreensivelmente, dos limites de extensão que ao texto se impõe (por integrar obra coletiva), os lindes deste também são menos amplos do que o título possa sugerir, passando-se ao lado do pronunciamento que se classifique, nos termos de nosso direito posto, como *sentença*. A razão disso está em que os problemas que buscamos discutir, aqui, são mais frequentemente encontráveis em provimentos que se fazem incidentalmente no processo (*decisões interlocutórias*, portanto) e no recurso cabível contra esses (*agravo*, particularmente o de instrumento).

O texto passa ao largo, igualmente, da rica discussão a respeito da denominada “sentença liminar”¹, fixado, ao efeito de

¹ Cf., sobre o tema, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil*. SP:RT, vol. 3, 3ª ed., 2000, capítulo 1, particularmente pp. 21 e segs. Mais aprofundadamente, *Decisões Interlocutórias e sentenças liminares*, in AJURIS, 51, p. 126; ensaio posteriormente inserido em *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. RJ: Forense, 2002, p. 03).

Artigo publicado na obra:

ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1038 p. ISBN 978-85-02-08753-8, p. 111-120.

exposição, nos conceitos que, mesmo após a série de reformas que se tem realizado no CPC de 1973, parecem ainda extraíveis do *ius positum*.

Este é um trabalho que encontra origem, fundamentalmente, no cotidiano do operador do direito, que se vê, amiúde, em situação embaraçosa, em face da insuficiência dos pronunciamentos judiciais, no primeiro grau, e/ou diante do excesso dos proferidos pelos órgãos de controle, num jogo de aparente contradição.

2. Não há dúvida, e nem pode haver, de que a tutela de urgência tanto pode se operar através de provimentos judiciais interlocutórios, isto é, na dicção da lei processual civil, “*ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente*” (art. 162, § 2º, do CPC), quanto através de sentença, resolução judicial que, com a reforma que realizou a Lei n. 11.232, de 2005, teve seu conceito legal extirpado, dando vazão a dissenso doutrinário de largo conhecimento².

Ordinariamente, porém, é ela postulada – pela óbvia razão da “urgência” que qualifica a pretensão – inicial ou, de qualquer

² A nosso juízo, porém – registro que fazemos para que eventual consideração, na leitura do texto, não perturbe – a razão está com aqueles que se inclinaram pelo entendimento de que o conceito positivo de sentença não resultou extraordinariamente atingido, havendo que se compreender que é assim classificada a resolução judicial (do primeiro grau de jurisdição) que, com conteúdo que se identifique com uma das hipóteses do art. 267 (sentença terminativa) ou do art. 269 (sentença definitiva) do CPC, importe na virtual extinção de fase (ou etapa) do procedimento de primeiro grau (quando não, por vezes, do próprio procedimento). Cf., v.g., FREDIE DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Edições Jus Podium, 2006, vol. 1, 6ª ed., pp. 465-467.

De outro sentir, v.g., SERGIO GILBERTO PORTO e DANIEL USTÁRROZ, que, na linha de DANIEL MITIDIERO (*A Nova Execução*. Coord. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA. RJ: Forense, 2006, pp. 05-09), colocam assento na “definitividade” do pronunciamento, admitindo, a partir daí, a denominada “sentença parcial de mérito” (*Manual dos Recursos Cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 18).

Artigo publicado na obra:

ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1038 p. ISBN 978-85-02-08753-8, p. 111-120.

modo, incidentalmente, no processo, conduzindo à imperiosidade de um pronunciamento judicial, motivo por que – na linguagem do Código, insistimos – é através de *decisão interlocutória* que a questão se há de resolver, positiva ou negativamente.

A circunstância, por óbvio, conduz à possibilidade de reapreciação, pelo grau revisional superior (afora o “natural” juízo de retratação, próprio de tal recurso), através do *agravo de instrumento* (a consideração para com o regime preferencial, hoje, do agravo retido, é, aqui, desdenhada, por se evidenciar inútil, ao menos como regra, em se cuidando de tutela de urgência).

3. Do conceito – dado ou extraível do direito positivo – de sentença, decisão interlocutória ou despacho – as três espécies de “atos do juiz” de que cuida o art. 162 do CPC –, não consta o elemento *forma*, sendo, por isso, curiosa a tentativa de mera inferência de definição do que seja despacho a que vem a ser realizada pelo parágrafo 3º do art. 162³.

Não obstante isso, a leitura de dispositivos legais outros, ao longo do Código, permitem a extração de distinções estruturais de relevo entre os diferentes provimentos judiciais, observando-se um decréscimo de exigência a partir da sentença (arts. 164, 165 e 458 do CPC).

De efeito, entre a sofisticada estrutura dessa resolução judicial, que o art. 458 do Código enuncia quase às completas, e a

³ Já tivemos oportunidade, em outra ocasião, de assinalar a incongruência. Cf. ANTONIO JANYR DALL’AGNOL JUNIOR, *Sobre o conceito de sentença no Código de Processo Civil de 1973*, trabalho inserido na obra em homenagem ao Prof. BARBOSA MOREIRA (sob a coordenação de LUIZ FUX, NELSON NERY JR. E TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER), *Processo e Constituição*. SP: RT, 2006, p. 750.

Artigo publicado na obra:

ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1038 p. ISBN 978-85-02-08753-8, p. 111-120.

praticamente nenhuma que se impõe ao despacho (art. 164 do CPC, a permitir a inferência de que basta, para conformar sua estrutura típica, o só verbo da conduta a realizar-se e algum complemento: *vista à parte contrária; encaminhem-se os autos ao perito; etc.*), intercala-se a *forma* como deve ser enunciada a decisão interlocutória – veículo ordinário da concessão ou denegação de pretensão à tutela de urgência, quando incidentalmente conferida.

Ora, uma cuidadosa leitura dos dispositivos legais específicos, não permite dúvida de que a decisão interlocutória, justamente porque exhibe conteúdo decisório (e não mera ordem de impulso, como se dá com o despacho), a importar prejuízo a uma das partes⁴, exhibe um mínimo de exigências para situar-se no campo do válido.

Assim como, de ordinário, inválida⁵ é a sentença que não exhiba os “requisitos essenciais” arrolados pelo art. 458 do CPC, igual conseqüência há de merecer aquele pronunciamento judicial que se insinua no procedimento, examinando “questão incidental”⁶.

⁴ ADERBAL TORRES DE AMORIM realça a distinção, situando-a “na lesividade ou gravame” (*Recursos Cíveis Ordinários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 115). V., no entanto, a crítica ao critério distintivo, comumente adotado na doutrina, que faz FLÁVIO CHEIM JORGE. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. SP: RT, 3ª. ed., 2007, p.49, observando que “causar ou não prejuízo não está ligado à concepção de decisão, mas sim à possibilidade de utilização dos recursos”.

⁵ Melhor é, sempre, falar-se em sentença defeituosa, viciada ou deficitária, e não ainda em inválida, porque a invalidade decorre de pronunciamento judicial, como, de há muito, ensinava o saudoso CALMON DE PASSOS (Cf., v.g. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. RJ: Forense, 202, p. 128 *et passim*; e *Comentários ao CPC*. RJ: Forense, 4ª. ed., vol. III, p. 448).

⁶ Outra das grandes questões doutrinárias, no País, posto nem sempre expressa, é a do que se deva entender por *questão incidente*, ou, melhor, qual seja o seu conteúdo, inclinando-se parte da doutrina por entendimento que duvidosamente encontra respaldo no *ius positum*: o de que se reduza ao processual. Com a razão, porém, a nosso ver, está a doutrina que propende para o entendimento de que interlocutórias podem também ter como conteúdo questão de mérito (como se dá com a que rejeita alegação de decadência ou, hoje, mesmo de prescrição; a que

Artigo publicado na obra:

ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1038 p. ISBN 978-85-02-08753-8, p. 111-120.

É verdade, quanto a esse pronunciamento judicial, falta-nos o “didatismo” de regra como a inserida no art. 458 do CPC, mas nem por isso se há de concluir – e nem há quem o faça – de que requisitos de validade não existam no concernente às decisões interlocutórias.

Não obstante, o foro é prenhe de exemplos de completa desconsideração para com eles, conforme diuturnamente o experimentam os operadores do direito, não raro sofrendo (as partes) conseqüências desastrosas.

O provimento *interlocutório*, justamente pelo conteúdo decisório que contém – circunstância que, em nosso sistema, a distingue do despacho, que este ingrediente não exhibe⁷ – não dispensa, entre outros, mas talvez sobre todos, o requisito da *motivação*, reivindicação que alcança nível constitucional, conforme sabido: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*” – reza o art. 93, IX, da CF, no qual o termo

acolhe um destes fenômenos apenas em parte; ou o pronunciamento que homologa transação apenas parcial.) Cf., neste sentido, ANTONIO SCARANCA FERNANDES. *Incidente Processual*. SP: RT, 1991, p. 121; EDUARDO ARRUDA ALVIM. *Curso de Direito Processual Civil*. SP: RT, v. 2, 2000, p. 153; ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS. *Manual de Direito Processual Civil*. SP: Saraiva, 2007. 12ª ed, p. 664.

Ao que parece, não pensam diferente LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIRA DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI, em sua didática obra *Curso Avançado de Processo Civil*. SP: RT, 2006, vol. 1, 8ª ed.), pois, embora o conceito que oferecem de decisão interlocutória (p. 172), quando do exame do cabimento dos recursos, exemplificam como de natureza interlocutória, como efetivamente o é, a resolução judicial que rejeita a prescrição (p. 550) – matéria que, conforme sabido, pelo sistema, constitui mérito (art. 269, IV, do CPC).

⁷ Cf., por todos, J. C. BARBOSA MOREIRA. *Comentários ao CPC*, vol. V. RJ: Forense, 14ª ed. 2009, p. 240 e segs. No mesmo sentido, ARAKEN DE ASSIS. *Cumprimento de Sentença*. SP: RT, 2006, p. 24.

Artigo publicado na obra:

ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1038 p. ISBN 978-85-02-08753-8, p. 111-120.

“decisões” é utilizado em caráter abrangente (equivalendo a atos judiciais decisórios, a pronunciamentos, provimentos ou resoluções), observando-se caso raro de nulidade cominada⁸ no texto constitucional.

E, efetivamente, aos requisitos comuns a todas as resoluções judiciais, do que cuida o art. 164 do CPC (redação⁹, datação e assinatura do juiz¹⁰), há de se somar, em se tratando de decisão interlocutória, a *motivação*, tal e qual a exigência prevista para as sentenças, no art. 458, II, do CPC, com a só tolerância da concisão, como o dispõe a parte final do art. 165 do mesmo Código.

Desse modo, o pronunciamento judicial a respeito de pretensão à tutela de urgência que se faça *initio litis* ou no curso do procedimento, não dispensa, haja ou não contraditório prévio – mas, talvez, com maior razão, se diferida a audiência da parte contrária – a devida, posto concisa, fundamentação.

O requisito da motivação, comum aos pronunciamentos judiciais de caráter decisório (no primeiro grau, sentença e decisão

⁸ Não obstante a aversão que alguma doutrina tem ao conceito de “nulidade cominada” é ele impositivo no sistema pátrio, explicitando, no mais das vezes, situação de insanabilidade *de lege*, por aplicação do princípio da finalidade no seu mais alto nível. “(...) nulidades cominadas – ensinava PONTES DE MIRANDA – isto é, nulidades derivadas da incidência de regra jurídica em que se disse, explicitamente, que, ocorrendo a infração da regra jurídica processual, a sanção seria a nulidade” (*Comentários ao CPC*. RJ: Forense, 1996. 3ª ed., pp. 355/356).

⁹ Ao termo se há de dar o devido limite: não se exige que o juiz redija pessoalmente (como, de resto, a segunda parte do art. 164 do CPC, de logo permite inferir com a determinação de submissão à revisão do juiz da que, registrada por algum meio, porque verbal), senão que seja sua a autoria intelectual, e não de outrem. Cf., ANTONIO DALL’AGNOL. *Comentários ao CPC*. SP: RT, 2ª ed., 2007, vol. 2, p. 283.

¹⁰ Merece lembrança, hoje, a possibilidade de a assinatura efetuar-se “*eletronicamente*” (art. 164, parágrafo único, do CPC, e Lei n. 11.419, de 19.12.06, esta a dispor sobre a informatização do processo judicial.

Artigo publicado na obra:

ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1038 p. ISBN 978-85-02-08753-8, p. 111-120.

interlocutória), encontra sustento na própria natureza de tais provimentos: o magistrado, voz do Estado que monopolizou a distribuição da justiça, com a fundamentação *justifica*¹¹, mais do que explica, as razões pelas quais alcança este e não outro resultado ao assunto que lhe é submetido à deliberação.

Se tal imposição se dá, inequivocamente, nas hipóteses em que o juiz resolve definitivamente a lide, isto é, emite sentença de mérito, a supor amplo debate, quiçá exaustiva instrução, *a fortiori* se há de fazer presente naquelas resoluções, como típico das que ferem a tutela de urgência, que se fundam na mera *verossimilhança*, por isso mesmo *provisórias*¹².

Ao juiz, portanto, não é dado negar, sem mais, ou conceder, modo monossilábico, ou telegráfico (um singelo “indefiro a liminar pleiteada” ou prosaico “sim, ao pedido de fl.”, por exemplo), pleito de tutela de urgência.

Conceda-o ou o negue-o, há de fazê-lo explicitando as razões pelas quais o faz; impõe-se que justifique o seu comportamento diante da questão; o porquê de sua decisão¹³.

¹¹ Cf., v.g., PIERO CALAMANDREI. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: EJEA, 1960, p. 116: “*La motivación es, antes que nada, la justificación, que quiere ser persuasiva, de la bondad de la sentencia*”.

¹² Cf. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA. *Curso de Processo Civil*. SP:RT, vol. 3, 3ª. ed, 2000, p. 45, embora sem compromisso com a idéia de que, por ferido o mérito, sempre se há de cuidar de uma sentença, por isso dita “liminar”, em submissão à distinção que, bem ou mal, é dada pelo direito positivo que estamos a analisar.

¹³ A exigência, obviamente, aplica-se também em graus superiores. Por isso, observou, com razão, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, quando do exame das modificações introduzidas pela Lei n. 11.187, de 2005 e a propósito da conversão do regime de instrumento para retido (art. 527, II, do CPOC), que “*em decisão monocrática, não basta o relator dizer singelamente que o agravo de instrumento tem caráter excepcional diante de demonstração de lesão grave e de difícil reparação. Deve o julgador verificar as circunstâncias e particularidades do caso concreto para evidenciar a ausência dos pressupostos para o agravo*”.

Artigo publicado na obra:

ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1038 p. ISBN 978-85-02-08753-8, p. 111-120.

Esta é exigência de processo que se pretenda democrático.

A experiência, no entanto, e lamentavelmente, demonstra que se o criticável comportamento não tem sido a regra, não é de observação incomum no foro. Não é raro, antes pelo contrário, a denegação ou concessão de antecipação de tutela, seja cautelar, seja satisfativa, com a só referência aos elementos meramente qualificadores da pretensão típica, tal como “denego (ou concedo), por ausente (ou presente, em caso contrário) *periculum in mora* (verossimilhança)”.

O requisito da fundamentação só estará cumprido se enunciar o juiz o motivo da presença ou da ausência de *periculum in mora*, do *fumus boni iuris* ou da verossimilhança.

Tais termos, sem sustentação fática, evidenciam-se vazios, permanecendo no mesmo nível em que se encontravam antes da postulação, qual seja, no normativo.

4. Se é verdade que a motivação (requisito inafastável também das decisões interlocutórias, como o relembramos há pouco), importa em verdadeira justificação judicial da conclusão apresentada, menos verdade não é que ela, a fundamentação, permite a qualquer um o retomar o *iter* percorrido pelo julgador¹⁴, podendo, com isso, verificar o modo como alcançou o resultado apresentado. É o que fazem tanto o prejudicado quanto o

de instrumento” (*Recurso de agravo*, em *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, vol. 11, p. 310).

¹⁴ Há quem critique, ao que parece justificadamente, esta noção tão frequentemente veiculada em obras doutrinárias, ensinando que **livro que está no escritório, sobre a mesa**

Artigo publicado na obra:

ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1038 p. ISBN 978-85-02-08753-8, p. 111-120.

beneficiado com determinada decisão, no momento em que aquele a combate e esse busca a sua manutenção, no procedimento recursal; assim como é este o mesmo caminho que eventualmente percorre o órgão de revisão, diante da irresignação que, pelo prejudicado, lhe é apresentada.

A democratização – motivação e publicização do pronunciamento – da atividade judicial permite justamente o seu efetivo controle.

Esse controle, porém, excetuada a matéria de ordem pública – por isso que conhecível de ofício (art. 267, § 3º, CPC) –, não se efetiva de qualquer modo, senão que também ele encontra limites e a ele se impõem exigências.

Quanto a essas, basta lembrar que aos acórdãos – e, hoje, também às denominadas “decisões monocráticas” (art. 557 do CPC), impõe-se acrescentar, apesar da omissão legislativa – aplicam-se os mesmos dispositivos aplicáveis aos provimentos judiciais de primeiro grau, conforme o dispõem os arts. 164 e 165 do CPC, bem como, sobrepassando-os, o art. 93, IX, da CF.

Motivação, portanto, devem exibir tanto os julgamentos coletivos, concretizados em acórdãos, como os julgamentos singulares, do relator, materializados nas denominadas “decisões monocráticas”.

A questão, no relativo ao órgão revisional, na linha desenvolvida neste texto, que é a da análise a partir do que vem ocorrendo em foros e tribunais, merece ser também considerada quanto aos limites a que deve submeter-se o órgão *ad quem*.

Artigo publicado na obra:

ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1038 p. ISBN 978-85-02-08753-8, p. 111-120.

Embora não se esteja a cuidar de particularidade que diga com a tutela de urgência é inegavelmente nela, principalmente da prestação jurisdicional que se confere à guisa de liminar – satisfativa ou cautelar¹⁵, mas acentuadamente na primeira¹⁶, – que o tema pode vir a tomar conotação dramática.

É que a observação de diferentes espécies tem permitido, ao estudioso, flagrar alguma desconsideração dos tribunais para com os limites das inconformidades dirigidas a decisões interlocutórias,

Ora, o recurso de agravo de instrumento, no que não se distingue de nenhum outro ordinário¹⁷, exhibe eficácia *devolutiva* (guardada a *translativa*, para aqueles que distinguem, apenas para a matéria conhecível de ofício, mas é essa outra questão), com o que

¹⁵ No ponto, comungamos com as lições de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, não obstante forte corrente doutrinária em sentido contrário, de que liminares as há estritamente *cautelares* (por isso, não-satisfativas) como as há *satisfativas* (portanto, respeitante ao mérito). Cf., v.g., *Curso de Processo Civil*. SP: RT, 3ª ed, 2000, vol. 3, p. 44 e segs.; especialmente sobre as liminares cautelares, à p. 144.

¹⁶ TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, que ao recurso de agravo de instrumento, dedicou acatada monografia, bem dividiu que a “*possibilidade de se anteciparem efeitos da tutela, fazem com que, muitas vezes, a solução provisória da lide se transfira prematuramente ao tribunal, já que normalmente uma das partes recorre contra a decisão que decide sobre a concessão de liminar*” (sem grifo no original) – *Os Agravos no CPC Brasileiro*. SP: RT. 4ª ed, 2005, p. 328.

¹⁷ Convém ter presente, sempre, advertência do ilustre jurista ADERBAL TORRES DE AMORIM: “*Quanto ao âmbito de devolução, esse varia conforme a natureza do recurso. Isso porque – e sempre dependendo da espécie do ato de que se recorre –, altera-se a extensão do efeito devolutivo, isto é, a amplitude maior ou menor da função revisora. É o vetusto tantum devolutum quantum appellatum, colocado no capítulo referente à apelação, mas não somente a esta aplicável (CPC, art. 515)*” (*Recursos Cíveis Ordinários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 42). No mesmo sentido, ARAKEN DE ASSIS: “*Embora o brocardo aluda à apelação, a diretriz se aplica a quaisquer recursos*” (*Manual dos Recursos Cíveis*. SP: RT, 2007, p. 221) e, igualmente, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Os efeitos dos recursos*, em *Nova Era do Processo Civil*. SP: Malheiros Editores, 2004, p. 119; CASSIO SCARPINELLA BUENO. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. SP: Saraiva, 2008, vol. 5, p. 79.

Artigo publicado na obra:

ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1038 p. ISBN 978-85-02-08753-8, p. 111-120.

indispensável ao órgão revisor fixar-se, quando do reexame do tema impugnado, às lindes da irresignação.

Em tema de antecipação de tutela, maiormente a satisfativa, a questão alcança contornos dramáticos, como dissemos, justamente porque, quando não se restringe o tribunal ao (re)exame do assunto que lhe é devolvido, e em seus estritos termos, muito provavelmente estará a interferir na cognição daquele que tem a competência do primeiro exame).

No sistema, a atribuição de examinar é, como regra, do julgador do primeiro grau. A ele é afeta a competência para conhecer e prover, competindo ao órgão recursal, por isso dito de controle, o reexaminar¹⁸.

Ao órgão revisional, portanto, por mais evidente que possa parecer-lhe – e de regra está-se somente aí, no campo da possibilidade, nem sequer no da probabilidade, quando o objeto de reexame é o conteúdo de uma decisão antecipatória de efeitos sentenciais – vedado é ir além dos limites da impugnação (ressalvada, observamos ainda uma vez, a matéria passível de exame de ofício).

Isso é elementar, dir-se-á, e com inteira razão. Não obstante, ligeiro exame de repositórios de jurisprudência põe a nu o inadequado comportamento de alguns órgãos jurisdicionais de segundo grau, na medida em que “avançam” na análise, ignorando o estágio, geralmente embrionário, em que se encontra o processo,

¹⁸ A análise que o órgão de controle realiza é também sobre os pressupostos em que se deve assentar a decisão, motivo pelo qual pode que a desconstitua, por inválida, sem, por isso, examinar o que seria o mérito do recurso (supondo que não o fosse a própria invalidade do pronunciamento judicial).

Artigo publicado na obra:

ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1038 p. ISBN 978-85-02-08753-8, p. 111-120.

conhecendo de temas que estão ainda situados na fase de alegações, pois nem sequer aberta a etapa instrutória do procedimento. De uma só tacada, infringem-se dispositivos concernentes à distribuição da competência e se dispõe sobre o próprio mérito (e não apenas pela parcela de seus efeitos hábeis a ser antecipada), quase definitivamente, na exata medida em que o pronunciamento do órgão revisor ordinariamente influi.

Àqueles que, simultaneamente ao estudo livresco, atentam para o comportamento dos tribunais, como se há de exigir dos estudiosos do processo em geral, despercebido não passou que, independentemente das inegáveis vantagens da mudança na disciplina originária do agravo de instrumento, a desvantagem que se avizinhava a pior efetivamente veio a ocorrer, qual seja a do “adiantamento” que propicia a cognição operada sem os devidos cuidados pelo *órgão ad quem*.

É notável como a cautela ordinariamente observada no exame de uma apelação não se repita, por vezes, na análise da matéria alcançada via agravo de instrumento.

O devolutivo, no entanto, conforme o ensina a melhor doutrina, é o “*efeito do recurso consistente em transferir ao órgão ad quem o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição*”¹⁹.

Por isso mesmo, acrescenta BARBOSA MOREIRA, “de lege lata, *há devolução sempre que se transfere ao órgão ad quem*

¹⁹ J. C. BARBOSA MOREIRA. *Comentários ao CPC*, vol. V. RJ: Forense, 14^a ed, 2009, p. 259.

Artigo publicado na obra:

ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1038 p. ISBN 978-85-02-08753-8, p. 111-120.

*algo do que fora submetido ao órgão a quo – algo, repita-se; não necessariamente tudo*²⁰.

A variação quanto à extensão ou profundidade do efeito evolutivo é inegável, mas quanto àquela os limites são dados pela impugnação mesma, não sendo lícito ao órgão revisor, portanto, ir além dos limites do recurso apresentado²¹.

A razão disso, ensina-o a melhor doutrina, reside na circunstância de que *“o efeito devolutivo é manifestação do princípio dispositivo, e não mera técnica do processo”*²².

O menor cuidado que parcela da doutrina tem, quando do exame do recurso de agravo, para com os efeitos deste, não pode

²⁰ Ob.e loc. cits., p. 260.

²¹ TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER observa que, em realidade, a adstrição se opera em razão da *“dimensão horizontal do efeito devolutivo”*: *“Efetivamente, só nesta dimensão é que se vê, com clareza, a limitação da atividade do órgão jurisdicional como resultado da iniciativa do recorrente, que, ao impugnar a decisão, o faz de maneira que o órgão ad quem fique adstrito àquilo que foi atacado e requerido nas razões de recurso”* (*Os Agravos no CPC Brasileiro*. SP: RT. 4ª ed, 2005, p. 335).

Assim também ARAKEN DE ASSIS: *“A extensão do mérito no agravo se subordina à iniciativa da parte”* (*Manual dos Recursos Cíveis*. SP: RT, 2007, p. 533). O ilustre jurista, quanto à profundidade, além de fazer compreensível exceção às questões de ordem pública, admite a incidência, no agravo, da regra do art. 515, § 5º, do CPC, assunto a merecer alguma meditação.

²² NELSON NERY JUNIOR. *Teoria Geral dos Recursos*. SP: RT, 6ª. ed, 2004, p. 428. No mesmo sentido, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, que complementa: *“Por isso, o ato e recorrer é pressuposto da existência do efeito devolutivo, e é ao recorrente que cabe delimitar o âmbito de devolutividade do recurso, que indica qual o mérito recursal (...). O órgão ad quem deve examinar a questão posta nestes limites e não piorar a situação do recorrente (...)”* (*Os Agravos no CPC Brasileiro*. SP: RT. 4ª ed, 2005, p. 334). Cf., também, FLÁVIO CHEIM JORGE. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. SP: RT, 3ª. ed., 2007, p. 234.

Artigo publicado na obra:

ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1038 p. ISBN 978-85-02-08753-8, p. 111-120.

obscurecer a circunstância de que tais considerações a ele também se aplicam²³.

É do mesmo BARBOSA MOREIRA a precisa lição: “*A devolução limita-se à questão resolvida pela decisão de que se recorreu, na medida da impugnação: nada mais compete ao tribunal apreciar, em conhecendo do recurso*”²⁴.

Usurpa, portanto, da competência originária do julgador de primeiro grau²⁵, pronunciamento de grau superior que, solitariamente, pelo relator, ou em colegiado, pelo órgão jurisdicional, não se restrinja ao exame da matéria impugnada, tecendo considerações – que, de rigor, disso não passam mesmo²⁶ – sobre demais tema ou questões do processo.

²³ O motivo parece oferecê-lo ARAKEN DE ASSIS, quando, com propriedade, assinala que “*as ricas dimensões do efeito devolutivo expressam-se, fundamentalmente, na apelação, que é o recurso por excelência*” (*Manual dos Recursos Cíveis*. SP: RT, 2007, p. 218).

²⁴ *Comentários* cit., p. 496. Diz isso o ilustrado jurista carioca, não sem, logo após, acrescentar lembrança de que, sobre função *substitutiva*, pode o agravo ter função *rescindente*, exemplificando com a alegação de impedimento do juiz.

²⁵ ELIEZER ROSA já observara que, nesta quadra histórica, a devolução ocorre “*por diferenciação de competência*”, importando em um “*limite de competência tanto do juiz a quo, que não pode inovar na causa, como do juiz ad quem que não pode julgar além dos termos do pedido no recurso, em sobre questões fechadas e exauridas na fase de cognição*” (*Cadernos de Direito Processual Civil*. RJ: Rio, 1972, v. 1, p. 74). Mais proximamente, FLÁVIO CHEIM JORGE. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. SP: RT, 3ª. ed., 2007, pp. 233-234), que fala em “*uma fragmentação da competência funcional*”.

²⁶ Todo e qualquer registro lançado em pronunciamento judicial que delire dos limites da competência própria não passa de *opinião* do órgão jurisdicional, não alcançando nível de sustentação de lúdima jurisdição. Exemplo clássico deste comportamento encontra-se naquelas sentenças em que, tendo o juiz acolhido preliminar extintiva do procedimento, sem exame de mérito (art. 267 do CPC), sob o fundamento de economia processual – princípio mal empregado, sem dúvida – prossegue, passando à análise do o mérito (art. 269 do CPC). Diferentemente não ocorre quando o órgão revisional, não instado a tanto, pronuncie-se sobre tema que, embora do processo, não dispensava a iniciativa da parte. Lá como aqui, rigorosamente, a observação do órgão julgador é tão operativa quanto a de qualquer cidadão.

Artigo publicado na obra:

ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1038 p. ISBN 978-85-02-08753-8, p. 111-120.

Esse censurável comportamento embaraça o procedimento do primeiro grau, porque – ilegitimamente embora – influi na conduta das partes, e mesmo do julgador, por, na prática, sinalizar entendimento.

O mais grave é que não necessariamente beneficia aquele bem sucedido na solução dada ao recurso de agravo de instrumento, na medida em que poderá ele, em face de considerações antecipadas, negligenciar o seu agir, terminando até por, mais tarde, resultar prejudicado.

A cautela do órgão de controle deve ser a maior possível, restringindo suas reflexões ao mínimo necessário para alcançar a conclusão (seja qual for), porque, sobre estar, de regra, a trabalhar sobre tema ainda não suficientemente debatido, não foi ele ainda filtrado pela instrução. Ao tribunal, em casos tais, compete – precipuamente em matéria de urgência, que é do que cuidamos – externar o suficiente para sustento à medida (de natureza executiva ou mandamental) que está a conceder (ou a negar).

A restrição que se impõe não importa, em absoluto, em ferimento ao dever de motivação, porquanto este dever está ligado à característica que se lhe há de impor –, qual seja a da adequação; e, ademais, em se cuidando de pronunciamento que não se confunde com sentença (ou com o julgamento equivalente de grau superior), a concisão é perfeitamente tolerada (e, quiçá, almejada: art. 165, *in fine*, do CPC).

5. Nessa linha de raciocínio, assim como é viciada (e, eventualmente, nula) a resolução judicial de primeiro grau – seja de

Artigo publicado na obra:

ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1038 p. ISBN 978-85-02-08753-8, p. 111-120.

que natureza for²⁷ – que conceda além ou diferentemente do pedido, bem como aquela que conhece menos do que o postulado²⁸, por ferido o princípio da adstrição ou da adstringência²⁹, menos defeituoso não se ostenta o pronunciamento judicial de revisão que examine (e não apenas reexamine) o que não lhe foi devolvido, sempre ressalvada a matéria de ordem pública.

Bem andarão os órgãos de controle jurisdicional se, ressalvada a exceção legal respeitante à natureza da matéria (art. 267, § 3º, do CPC), restringirem o seu campo de cognição ao objeto do recurso, posto não nos exatos limites da fundamentação de razões ou contrarrazões, pois, sabidamente, aquele, e não estas, vinculam.

²⁷ O fato de ordinariamente ser utilizada a doutrina da incongruência (entre pronunciamento judicial e pedido inicial) no cotejo da sentença definitiva com a pretensão processual não a faz privilégio desse campo, na medida em que o juiz deve guardar os limites de cognição independentemente da natureza do provimento judicial que esteja a exarar. Desse modo, resguardada sempre a matéria conhecível de ofício, por força de expressa previsão legal (art. 267, § 3º, do CPC), possível não é ao julgador, em decisão interlocutória, dispor sobre o que não foi de instância de parte.

²⁸ Nunca é demais ressaltar que, a rigor, merece distinção o pronunciamento que se dê além, ou diferentemente, do pedido daquele que conheça menos do que o pleitado. Costuma-se, indistintamente, falar em pronunciamentos *ultra*, *extra* e *infra petita*, mas enquanto aqueles dois primeiros dizem com a *concessão*, o último respeita à *cognição* judicial.

²⁹ Cf., v.g., PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*, RJ: Forense, 3ª ed., 1995, t. II, p. 380.