

LUÍS HENRIQUE BARBANTE FRANZÉ

**TUTELA ANTECIPADA EM RELAÇÃO
AOS RECURSOS NO PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO**

DOUTORADO EM DIREITO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO**

2.006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

LUÍS HENRIQUE BARBANTE FRANZÉ

**TUTELA ANTECIPADA EM RELAÇÃO
AOS RECURSOS NO PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito (Direito das Relações Sociais), sob a orientação do Professor Doutor João Batista Lopes.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO**

2.006

BANCA EXAMINADORA

São Paulo, ____ de _____ de 2.006.

DEDICATÓRIA

Dedico este estudo à memória de minha tia Iracilde, que iniciou a sua caminhada no plano espiritual, mas deixou um legado marcado, inclusive, pela honestidade, amizade e compreensão.

Aos meus pais Maria Inês e José Antônio, que tiveram influência decisiva também na minha formação.

Rendo, ainda, uma homenagem especialíssima à minha esposa Ana Paula e aos meus filhos Giovana e Guilherme, de um lado por saberem compreender o tempo subtraído do convívio familiar e, de outro, por serem a razão da minha vida.

À minha sobrinha Victória, pela sua alegria de viver.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor João Batista Lopes, de quem tenho a honra de ser orientando, registro a minha efusiva gratidão, notadamente pelos ensinamentos lúcidos, seguros e efetivos, além de ser um exemplo de vida.

Agradeço aos Professores Doutores Nelson Nery Júnior, Paulo de Barros Carvalho e Teresa Arruda Alvim Wambier, por transmitirem o elevado conhecimento jurídico, além de coordenarem debates imprescindíveis na formação do espírito crítico do profissional do direito.

Aos meus alunos e colegas na UNIMEP e em nosso escritório de advocacia, que me permito chamá-los de amigos.

Enfim, a todos que colaboraram direta ou indiretamente para a realização deste trabalho.

RESUMO

O objetivo deste estudo é propor uma sistematização da aplicabilidade da tutela antecipada no plano recursal, tendo em vista que, de um lado, é um mecanismo indispensável para o Estado cumprir a sua obrigação de propiciar a entrega efetiva da tutela jurisdicional. Porém, de outro, de modo geral, o CPC/73 é omissivo quanto à regulamentação dessa medida no âmbito dos recursos e, por conseguinte, cria severos embaraços para os jurisdicionados. Por sua vez, a nossa pesquisa utilizou, principalmente, a legislação, a jurisprudência, a doutrina e, sempre que possível, trouxemos situações práticas reais ou idealizadas. Como resultado, apuramos a necessidade de que a incidência dos efeitos recursais seja classificada em: a) independente, quando não depender de pedido para ser concedido (devolutivo, suspensivo, translativo, expansivo e substitutivo); b) dependente, quando a sua concessão ficar condicionada. Esta última forma encampa o efeito antecipativo (que depende, principalmente, dos pressupostos do Art. 273 do CPC) e o suspensivo dependente (pois está condicionado, notadamente, à presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*). Também constatamos que há semelhança de procedimento para o recorrente postular pelos efeitos dependentes (suspensivo e antecipativo), embora os requisitos e conseqüências sejam diversos. Verificamos também que o enquadramento da tutela antecipada, como efeito do recurso (que denominamos de antecipativo), é um meio relevante de auxílio na elaboração de um critério procedimental para postularmos por ambos os efeitos dependentes, bem como atende ao escopo de causar o mínimo de impacto possível no sistema processual. A partir daí, verificamos individualmente a incidência do efeito antecipativo em relação a todos os recursos previstos no Art. 496 do CPC, além do agravo interno, com o propósito de realçarmos, principalmente, a incidência, o mecanismo de postulação e o juízo competente.

ABSTRACT

The objective of this study is to propose a systematization of the application of the anticipated tutors in the plane of resources having in mind that, on a side, it is an indispensable mechanism for the State to execute its obligation of propitiating the effective delivery of the jurisdictional tutors. Even so, in the other hand, in general, the CPC/73 is missive in relation to the regulation of that measure in the ambit of the resources and, consequently, it creates severe embarrassment for the one who is under jurisdiction. For its time, our research used mainly, the legislation, the jurisprudence, the doctrine and, whenever it was possible, we brought real or idealized practical situations. As a result, we hurried the need that the incidence of the resource effects is classified in independent, when it doesn't depend on the request to be granted (devolutive, suspensive, translative, expansible and substitution) dependent, when its concession must be conditioned. This last form embraces the advanced effect (that depends, mainly, on the presuppositions of the article 273 of CPC) and the suspensive dependent (because it is conditioned, notably, to the presence of the *periculum in mora* and of the *fumus boni iuris*). We also verified that there is procedure likeness for the appealing to postulate for the dependent effects (suspensive and anticipative), although the requirements and consequences are several. We also verified that the range of the advanced tutors, as effect of the resource (that we denominated of anticipated), is an important way of aid in the elaboration of an approach procedure to postulate for both dependent effects, as well as it assists to the intention of causing the minimum impact as possible in the processual system. Starting from there, we verified the incidence of the anticipated effect individually in relation to all the resources foreseen in the article 496 of CPC, besides the internal offense, with the purpose of enhancing, mainly, the incidence, the request of mechanism and the competent judgement.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	–	antes de Cristo
ADCT	–	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ampl.	–	ampliada
Art.	–	artigo
Arts.	–	artigos
atual.	–	atualizada
Câm.	–	Câmara
CC	–	Código Civil
CC/16	–	Código Civil de 1.996
CDC	–	Código de Defesa do Consumidor
CF	–	Constituição Federal
CF/34	–	Constituição Federal de 1.934
CF/88	–	Constituição Federal de 1.988
coord.	–	coordenação
CPC	–	Código de Processo Civil
CPC/39	–	Código de Processo Civil de 1.939
CPC/73	–	Código de Processo Civil de 1.973
Des.	–	Desembargador
DJ	–	Diário de Justiça
DOU	–	Diário Oficial da União
Dr.	–	Doutor
Dra.	–	Doutora
ed.	–	edição
inc.	–	inciso
incs.	–	incisos
j.	–	juízo
Min.	–	Ministro
n ^o	–	número
p.	–	página
Prof ^a .	–	Professora
Prof ^o .	–	Professor
Rel.	–	Relator
rev.	–	revisada
RE	–	Recurso Extraordinário
REsp	–	Recurso Especial
RJ	–	Rio de Janeiro
SP	–	São Paulo
ss.	–	seguintes
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
T.	–	Turma
tirag.	–	tiragem
TJRJ	–	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSP	–	Tribunal de Justiça de São Paulo
v.	–	venerando
vol.	–	volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO 01	
TUTELA JURISDICIONAL	08
1.1 Conceito.....	08
1.2 Evolução Histórica	10
1.2.1 Fase civilista	11
1.2.2 Fase da autonomia processual	13
1.2.3 Fase instrumentalista	17
1.3 Classificação das Tutelas em Sentido Estrito	20
1.3.1 Ação de conhecimento.....	21
1.3.1.1 Conhecimento condenatório	21
1.3.1.2 Conhecimento declaratório.....	23
1.3.1.3 Conhecimento constitutivo	25
1.3.2 Ação de execução	27
1.3.3 Ação cautelar	28
1.3.4 Outras ações.....	34
1.4 Tutela Diferenciada	36
1.5 Antecipação da Tutela Jurisdicional.....	44
1.5.1 Considerações gerais	45
1.5.2 Pressupostos gerais	48
1.5.2.1 Legitimidade para requerer a antecipação	48
1.5.2.2 Antecipação de ofício	51
1.5.2.3 Prova inequívoca e verossimilhança.....	53
1.5.2.4 Irreversibilidade da medida antecipativa.....	57
1.5.2.5 Motivação do pronunciamento	60
1.5.3 Pressupostos específicos.....	64
1.5.3.1 Perigo da demora	64
1.5.3.2 Abuso do direito de defesa	66
1.5.3.3 Pedido incontroverso	69
1.5.4 Efetivação da tutela antecipada	71

1.5.5	Fungibilidade das tutelas cautelar e antecipativa.....	74
1.5.6	Breve análise do direito estrangeiro	77
1.5.6.1	Na Alemanha	78
1.5.6.2	Na Argentina.....	79
1.5.6.3	Na Espanha	84
1.5.6.4	Nos Estados Unidos.....	86
1.5.6.5	Na França.....	90
1.5.6.6	Na Itália	92
1.5.6.7	Em Portugal	97

CAPÍTULO 02

TEORIA GERAL DOS RECURSOS.....	102	
2.1	Pronunciamentos Judiciais	102
2.1.1	Critério de distinção dos pronunciamentos	103
2.1.2	Sentença.....	106
2.1.3	Decisão interlocutória.....	111
2.1.4	Despacho	114
2.1.5	Ato ordinatório	117
2.1.6	Acórdão	119
2.2	Conceito de Recurso	122
2.3	Natureza Jurídica do Recurso	124
2.4	Meios Autônomos de Impugnação	128
2.5	Pressupostos de Admissibilidade.....	135
2.5.1	Aspectos gerais	136
2.5.2	Pressupostos extrínsecos.....	137
2.5.3	Pressupostos intrínsecos	139
2.6	Efeitos dos Recursos.....	140
2.6.1	Considerações gerais e formas de incidência	140
2.6.2	Efeito suspensivo	143
2.6.2.1	Considerações gerais	144
2.6.2.2	Suspensividade parcial	149
2.6.3	Efeito devolutivo	152
2.6.3.1	Considerações gerais	152
2.6.3.2	Extensão.....	154
2.6.3.3	Profundidade.....	156
2.6.3.4	Condição resolutiva	158
2.6.3.5	Vedação da <i>reformatio in pejus</i>	163
2.6.3.6	Relação entre os efeitos devolutivo e antecipativo.....	166
2.6.4	Efeito translativo.....	167

2.6.5	Efeito expansivo	177
2.6.6	Efeito substitutivo	181
2.6.7	Efeito antecipativo	182
2.6.7.1	Nomenclatura.....	183
2.6.7.2	Enquadramento da tutela antecipada recursal como efeito do recurso.....	185
2.6.7.3	Fundamentação jurídica.....	188
2.6.7.4	Diferença entre os efeitos suspensivo e antecipativo	195
2.6.7.5	Competência	198
2.6.7.6	Pressupostos para a concessão.....	201
2.6.7.7	Forma de incidência dos pressupostos.....	208
2.6.7.7.1	Legitimidade	209
2.6.7.7.2	Concessão do efeito antecipativo de ofício	213
2.6.7.7.3	Prova inequívoca e da verossimilhança.....	218
2.6.7.7.4	Irreversibilidade da medida	222
2.6.7.7.5	Motivação do pronunciamento	226
2.6.7.7.6	Pressupostos específicos.....	230

CAPÍTULO 03

INTERAÇÃO ENTRE O EFEITO ANTECIPATIVO E O SISTEMA RECURSAL	232
3.1 Atual Sistema Recursal Brasileiro Frente ao Efeito Antecipativo	232
3.1.1 Escopo das reformas	233
3.1.2 Admissibilidade do efeito antecipativo na fase recursal.....	237
3.1.3 Ampliação dos poderes do relator	240
3.2 Efeito Antecipativo Frente ao Agravo.....	244
3.2.1 Considerações sobre o agravo	244
3.2.1.1 Breve relato da evolução histórica.....	244
3.2.1.2 Escopo do agravo no CPC/73.....	246
3.2.2 Efeito antecipativo no agravo retido.....	249
3.2.3 Efeito antecipativo no agravo de instrumento	252
3.2.3.1 Considerações gerais	253
3.2.3.2 Principais fases do procedimento	256
3.2.3.3 Requerimento do efeito antecipativo.....	259
3.2.3.4 Concessão da tutela antecipativa antes da citação do réu.....	265
3.2.3.5 Concessão da tutela antecipativa antes da citação do agravado	275
3.2.3.6 Efeito antecipativo em relação a liminar indeferida em mandado de segurança	278
3.2.3.7 Recorribilidade da decisão do relator sobre o efeito antecipativo.....	288
3.2.3.8 Medida antecipativa anterior à distribuição do agravo.....	299
3.2.3.9 Possibilidade de o juiz <i>a quo</i> modificar o efeito antecipativo decidido pelo tribunal....	302

3.2.3.10	Efeito antecipativo frente à demora advinda do julgamento do recurso até a publicação do acórdão	306
3.2.3.11	Concessão do efeito antecipativo em relação ao Poder Público.....	316
3.2.4	Efeito antecipativo em relação ao agravo interno.....	326
3.2.4.1	Considerações gerais	326
3.2.4.2	Interação com o efeito antecipativo.....	333
3.3	Efeito Antecipativo Frente à Apelação.....	339
3.3.1	Considerações sobre a apelação	339
3.3.1.1	Breve relato da evolução histórica.....	340
3.3.1.2	Escopo	342
3.3.2	Interação com o efeito antecipativo.....	343
3.3.2.1	Cabimento.....	343
3.3.2.2	Efeito suspensivo	345
3.3.2.3	Efeito antecipativo	351
3.3.2.4	Forma de requerimento e competência.....	355
3.3.2.5	Mecanismos para pedir pelo efeito de incidência <i>dependente</i>	365
3.3.2.6	Efeito antecipativo pedido pelo autor-apelante em relação à sentença de improcedência do pedido.....	374
3.3.2.7	Efeito antecipativo pedido pelo autor-apelante em relação à sentença de extinção do processo sem julgamento de mérito	378
3.3.2.8	Efeito antecipativo pedido pelo autor-apelado em relação à apelação de sentença de procedência recebida no efeito suspensivo	381
3.3.2.9	Efeitos da apelação em relação à sentença que antecipa parcialmente a tutela..	388
3.3.2.10	Efeito antecipativo frente ao Art. 285-A do CPC.....	393
3.4	Efeito Antecipativo Frente aos Embargos Declaratórios.....	396
3.4.1	Considerações gerais	396
3.4.2	Efeito antecipativo	400
3.4.2.1	Amplitude	400
3.4.2.1.1	Pronunciamentos embargáveis	401
3.4.2.1.2	Efeito suspensivo	404
3.4.2.1.3	Efeito modificativo	408
3.4.2.1.4	Contraditório.....	412
3.4.2.2	Interação com o efeito antecipativo.....	414
3.4.2.3	Forma de requerimento e competência.....	423
3.5	Efeito Antecipativo Frente aos Embargos Infringentes.....	425
3.5.1	Considerações gerais	425
3.5.2	Incidência do efeito antecipativo.....	429

3.5.2.1	Âmbito da matéria que será objeto do efeito antecipativo	429
3.5.2.2	Efeito suspensivo	433
3.5.2.3	Interação com o efeito antecipativo.....	435
3.6	Efeito Antecipativo Frente aos Recursos Especial e Extraordinário	440
3.6.1	Considerações gerais	441
3.6.1.1	Breve relato da evolução histórica.....	441
3.6.1.2	Escopo	444
3.6.2	Efeito antecipativo	447
3.6.2.1	Cabimento.....	448
3.6.2.2	Competência para decidir sobre os efeitos de incidência <i>dependente</i>	452
3.6.2.3	Macanismo para pedir pelo efeito antecipativo	468
3.6.2.4	Efeito antecipativo frente à retenção prevista no § 3º do Art. 542 do CPC	478
3.6.2.4.1	Escopo do § 3º do Art. 542 do CPC	478
3.6.2.4.2	Âmbito da retenção.....	482
3.6.2.4.3	Efeito antecipativo frente à retenção	486
3.7	Efeito Antecipativo Frente ao Recurso Ordinário Constitucional.....	493
3.7.1	Considerações gerais	493
3.7.2	Processamento	496
3.7.3	Interação com o efeito antecipativo.....	497
3.8	Efeito Antecipativo Frente aos Embargos de Divergência.....	503
3.8.1	Considerações gerais	503
3.8.2	Processamento	505
3.8.3	Interação com o efeito antecipativo.....	508
CONCLUSÕES		511
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		544

INTRODUÇÃO

Ao se responsabilizar pela entrega da tutela jurisdicional, o Estado também assumiu a obrigação de entregá-la da forma mais plena possível. Ratificando essa realidade, o amplo acesso à justiça está alçado como cláusula pétrea constitucional (CF, Art. 5º, inc. XXXV). Em paralelo, as medidas antecipativas consistem em um dos mecanismos essenciais para essa proteção, pois asseguram a entrega do bem da vida ao jurisdicionado, por meio do adiantamento dos efeitos do resultado final (quando presentes os seus pressupostos).

Por sua vez, a antecipação da tutela também pode ser imprescindível no âmbito recursal, pois não é raro um recurso ficar *represado* nos tribunais, por anos e anos até ser julgado. Aliás, temos conhecimento de um recurso que foi julgado no ano de 1.996 e, até fevereiro de 2.006, ainda aguardava o juiz vencido redigir o seu voto.

Entretanto, se é verdade que a medida antecipativa recursal é imprescindível para que o Estado entregue a tutela jurisdicional de modo efetivo, não é menos verdade que existem alguns obstáculos para ser concedida.

Um deles é a ausência de um procedimento sistemático que delineasse a forma de a parte postular pela medida antecipativa em relação aos recursos, pois cria severos impasses que, muitas vezes, inviabilizam a concessão da antecipação, em detrimento do direito da parte.

Cabe realçarmos que – desde quando escolhemos este tema –, já tínhamos conhecimento das inúmeras dificuldades que enfrentaríamos diante desta omissão legislativa em relação à medida antecipativa recursal.

Em paralelo, a incansável onda reformista, muitas vezes, *fabrica* leis despidas de integração sistemática com a legislação processual. Assim, ao invés de trazerem a pretensa efetividade, ao contrário, transformam o nosso Código de Processo Civil em uma verdadeira *colcha de retalhos*.

Tanto é assim, que desde a introdução da medida antecipativa prevista no Art. 273 do CPC pela Lei nº 8.952/94 (há mais de onze anos), não houve qualquer alteração legislativa com o propósito de normatizar a tutela antecipada recursal, além do esboço dessa intenção trazido pelo inc. III, do Art. 527 do CPC (com redação fornecida pela Lei nº 10.252/01).

Outra situação que não podemos desconsiderar é a imprescindibilidade de elevada precaução, por parte do judiciário, para conceder a medida

antecipativa (inclusive a recursal), sob pena de enaltecer demasiadamente a efetividade de uma parte em detrimento da segurança jurídica da outra.

Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth salientam que um dos maiores problemas do amplo acesso à justiça é: “[...] o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório”.¹

Acrescentamos ao exposto, que o nosso interesse pelo tema foi trazido, principalmente, por um vistoso paradoxo, pois: a) por um ângulo, a antecipação da tutela é imperiosa no plano recursal; b) por outro, embora a nossa legislação processual contemple a sua incidência em primeira instância (CPC, Art. 273), a ausência de regras claras no plano recursal causa, algumas vezes, a odiosa denegação da tutela jurisdicional.

A partir desse impasse (necessidade da medida antecipativa na esfera recursal frente à ausência de normatização mais específica), surgiu essa nossa proposta de sistematização do tema. Desse modo, o objetivo desse estudo consistiu em ousarmos contribuir na busca por um critério mais sólido para o

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2.002, p. 163.

procedimento da tutela antecipada no âmbito recursal, com foco na interpretação sistemática do CPC/73.

Obviamente, existem outros fatores que também obstaculizam a entrega da tutela jurisdicional, como, por exemplo, a falta de estrutura do poder judiciário diante da avalanche de ações que assola os fóruns e tribunais. A título argumentativo, essa situação chega a ser intrigante, pois a obrigação de investir no judiciário é atribuída, justamente, para quem é o maior causador desse astronômico volume de ações, isto é, o Poder Público. Todavia, deixamos de adentrar com maior ênfase nessa questão, para não nos afastarmos do objetivo desta pesquisa.

Ressalvados esses aspectos, quanto à metodologia, usamos como principais fontes de pesquisa, a legislação, doutrina e jurisprudência. Sempre que possível, com o propósito de aliar o conhecimento racional ao empírico, comparamos a realidade com a legislação, por meio de exemplos reais e situações idealizadas.

Nesse contexto, em sentido amplo, dividimos o nosso tema em três capítulos, a saber: a) antecipação dos efeitos da tutela; b) teoria geral dos recursos; c) interação da medida antecipativa com os recursos.

No primeiro capítulo, trouxemos o sentido em que usamos a expressão *tutela jurisdicional*, assim como situamos historicamente a atual fase

vivenciada pelo direito processual civil (instrumentalista), até atingirmos as classificações da tutela (em sentido estrito). Com esse panorama, investigamos os aspectos principais da tutela diferenciada, tendo em vista que a ação *padrão* (ordinária) foi concebida para ter um resultado final demorado. Com isso, constatamos que a diferenciação incide em dois âmbitos, ou seja, por meio da tutela sumária e/ou pela modificação do procedimento *padrão* (cognição plena e exauriente).²

Por consistir em uma das espécies da tutela diferenciada, expusemos os aspectos principais da antecipação dos efeitos da tutela, como meio de preparar o nosso adentramento a esse instituto na órbita recursal. Averiguamos, ainda, o direito estrangeiro, com ênfase na forma como é dividida a legislação processual dos Países, nos pronunciamentos judiciais e nos recursos correspondentes, bem como nas respectivas tutelas sumárias.

No segundo capítulo, iniciamos com o estudo dos pronunciamentos judiciais, inclusive, para verificarmos os que podem dispor sobre a antecipação dos efeitos da tutela. Quanto à teoria geral dos recursos, adentramos aos aspectos mais relacionados ao nosso tema. No tocante aos meios autônomos de impugnação, nos preocupamos em visualizar o mandado

² Nesse sentido: PISANI, Andrea Proto. *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, out./dez. 1.979, p. 538.

de segurança e a cautelar, pois, em muitas situações, são os instrumentos necessários para a obtenção da tutela antecipada recursal.

Como a nossa proposta é enquadrar a tutela antecipada recursal como efeito do recurso (que denominamos de *antecipativo*), investigamos os referidos efeitos. Para facilitar a nossa exposição, elaboramos uma divisão lastreada na forma de incidência de cada efeito, a saber: a) são *independentes* os que a concessão não depende de pedido do requerente (devolutivo, suspensivo *independente*, translativo, expansivo e substitutivo); b) são *dependentes* quando a incidência estiver condicionada, principalmente, à presença dos respectivos pressupostos, ou seja, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* no caso do suspensivo e os elencados no Art. 273 do CPC, na hipótese do antecipativo.

Com fundamento nesse critério, analisamos os efeitos recursais e, notadamente, os de incidência *dependente* (suspensivo e antecipativo). Também adequamos os pressupostos de incidência da tutela antecipada prevista no Art. 273 do CPC em relação ao efeito antecipativo.

No terceiro capítulo, após uma noção geral do sistema recursal, estudamos a incidência do efeito antecipativo em relação aos recursos previstos no Art. 496 do CPC, além do agravo inominado. Todavia, para visualizarmos melhor as fases em que o referido efeito pode incidir,

trouxemos, ainda que sucintamente, as principais etapas de cada recurso e respectivos escopos.

Esta igualdade na forma de incidência dos efeitos *dependentes* (antecipativo e suspensivo), também é útil para constatarmos que podemos utilizar, para o efeito antecipativo, o mesmo procedimento usado para o recorrente obter o suspensivo *dependente* (embora sejam diferentes os pressupostos de incidência e as conseqüências desses efeitos).

O enquadramento do efeito antecipativo, em paralelo com os demais efeitos recursais (somado às regras do parágrafo único do Art. 800 e do Art. 518, sendo este último restrito a apelação), nos auxiliou na elaboração de um critério de localização do juiz competente para analisar o pedido de concessão do efeito de incidência *dependente* e os mecanismos para o jurisdicionado postular pelo mesmo.

Em outras palavras, a princípio, se o juiz for competente para declarar os demais efeitos recursais, também será em relação ao exame do efeito antecipativo.

No item inerente à conclusão, também aproveitamos para acrescentar a síntese das principais idéias que expusemos.

Por fim, com relação à bibliografia, apenas mencionamos as obras que foram realmente utilizadas nesse estudo.

CAPÍTULO 1 – TUTELA JURISDICIONAL

Neste capítulo, nos limitaremos ao estudo dos temas que são necessários para o desenvolvimento deste estudo. E isto, para que, nos capítulos subseqüentes, seja possível analisarmos os aspectos principais da teoria geral dos recursos, bem como a sua compatibilidade com a antecipação dos efeitos da tutela.

1.1 Conceito

Em razão de nosso tema é imprescindível a análise do significado do substantivo *tutela*.

Etimologicamente, a palavra *tutela* tem a sua origem na palavra latina *tueri* e significa proteger,³ mas, na ciência do direito, a palavra *tutela* pode ser empregada em vários sentidos, tais como: tutela jurídica, tutela jurisdicional ou tutela em sentido restrito (a ser obtida diante da proteção necessária).

³ SILVA, José Oscar de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.004, p. 1.437.

A título de notas propedêuticas, neste estudo, adotaremos para estas expressões, os seguintes sentidos:

a) a *tutela jurídica* é a expressão que contempla tanto a fixação de preceitos normatizadores da convivência, quanto a aplicação efetiva desses preceitos;⁴

b) a *tutela jurisdicional* é uma espécie do gênero *tutela jurídica*, isto é, consiste no instrumento de concretização da tutela material.⁵ É o resultado da atividade jurisdicional⁶ e, por essa razão, é chamada de tutela em sentido amplo;⁷

c) *tutela em sentido restrito*, não consiste na obtenção do resultado pretendido (que é outorgado pela tutela jurisdicional), mas, sim, na espécie de

⁴ Nesse sentido: SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2.000, p. 119. Sobre essa forma de tutela, Cândido Rangel Dinamarco expressa que: “Essa proteção principia, como demonstrado, já no momento em que tais normas abstratas são ditadas: as de caráter material, agrupando e valorando abstratamente certas categorias de fatos que sucedem na sociedade e na vida das pessoas (fatispecie), estabelecem requisitos e condições pelas quais um indivíduo ou grupo deva estar em situações de vantagem ou nas de desvantagem. Isso quer dizer que, antes de pensar na tutela a direitos, o Estado estabelece as situações em que os próprios direitos surgem na vida das pessoas, protegendo-os desse modo e querendo que obtenham de fato os bens e as situações a que então tenham direito. Isso já é tutela jurídica” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Tutela jurisdicional**. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 81, 2.004, p. 63).

⁵ Adotando o mesmo raciocínio: SOARES, 2.000, p. 119.

⁶ Defendendo essa argumentação: YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1.999, p. 28.

⁷ Nesse sentido: FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000, p. 70. Todavia, como ressalva Cândido Rangel Dinamarco, esse resultado deve ser pleno, ao afirmar que: “O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis. Tal é a idéia da efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a da plenitude do acesso à justiça e a do processo civil de resultados” (DINAMARCO, 2.004, p. 55).

proteção, que pode ser – por exemplo –, ação de conhecimento, cautelar ou executória.⁸

Logo, quando utilizarmos a expressão *antecipação dos efeitos da tutela*, estaremos nos referindo à *tutela jurisdicional*.

1.2 Evolução Histórica

Para que possamos analisar o atual cenário em que foi inserida a tutela jurisdicional é imprescindível o exame das principais fases históricas relacionadas à interação entre o direito processual e o direito substantivo (material).

Desse modo, nos itens subseqüentes, verificaremos as seguintes etapas: a) a fase do sincretismo entre o direito material e processual (teoria civilista); b) a fase autonomista; c) a fase instrumentalista.⁹

⁸ Entendimento análogo é trazido por: FERREIRA, 2.000, p. 70; SOARES, 2.000, p. 129.

⁹ Defendendo essa divisão histórica (fases sincretista, autonomista e instrumentalista): CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1.998, p. 42-45.

1.2.1 Fase civilista

Como esclarece Vincenzo Arangio-Ruiz, o direito romano foi dividido em três etapas, a saber: a) ações legais (*legis actiones*); b) formulário (*processo formulare*); c) cognição extraordinária (*cognitio extra ordinem*).¹⁰

Nas fases das ações legais e formulária, o processo era dividido em duas etapas. Na primeira, denominada *in iure*, as partes pediam para o magistrado verificar se o direito pleiteado estava previsto na lei expressa ou estava conforme o espírito da tutela. Se a decisão fosse afirmativa, as partes firmavam um contrato (denominado *litis contestatio*), para escolher o juiz (*iudex*) que iria julgar a lide.¹¹

¹⁰ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*. 14ª ed. Napoli: Jovene, 1.960, p. 107-158.

¹¹ COSTA, Moacyr Lobo da e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudo de história do processo – recursos**. São Paulo: Joen Editora, 1.996, p. 29-30). Quanto a essa divisão de etapas Vincenzo Arangio-Ruiz rotula de *in iure* e *ex iure*, ao expressar: “*La più antica forma di processo prende il nome da dichiarazioni solenni del proprio diritto fatte dalle parti o da una di esse, per lo più nel tribunale del magistrato ('in iure'), ma talvolta anche altrove (ex iure, extra ius)*” (ARANGIO-RUIZ, 1.960, p. 110). Sobre a *litis contestatio*, Vincenzo Arangio-Ruiz lembra que vincula a parte à declaração do fato e ao juízo, ao expressar: “*Già in quest'epoca la 'litis contestatio' dovette vincolare inderogabilmente le parti alle dichiarazioni fatte, ed impedire che la questione già dedotta in giudizio si riproponesse*” (Ibidem, p. 112). Com sua peculiar clareza de raciocínio, João Batista Lopes identifica uma terceira etapa, situada antes das duas que apontamos, pois defende a existência das etapas, a saber: “a) *in ius vocatio*, onde o réu é chamado a juízo para se defender; b) *in iure*, onde as partes firmavam a *litiscontestatio*, pela qual pediam a nomeação de um árbitro e se comprometiam a cumprir a decisão do mesmo; c) *apud iudicem*, em que eram produzidas as provas a serem apreciadas livremente pelo juiz” (LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2.005. vol. I, p. 30). Por seu turno, Vittorio Scialoja lembra que a *litis contestatio* evidenciava a natureza privada do direito romano nesse período, pois era semelhante a um contrato que as partes tinham a faculdade de aceitá-lo (SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1.954, p. 232-233).

Naquela época, para interpor ação, a parte deveria ter um direito material lesado.

Daí emerge o nome civilista, ou sincretismo,¹² ou imanentista,¹³ uma vez que advém da união entre o direito material e processual, sendo, este último, muito pouco explorado. Os direitos material e processual eram analisados, praticamente, como um mesmo objeto. Sobre essa fase, bem lembra João Batista Lopes, que é definida pela célebre frase de Celso, ao expressar:

A concepção civilista do direito de ação remonta ao Direito Romano e se expressa na conhecida definição de Celso: a ação é o direito de perseguir (pedir) em juízo o que nos é devido (*Nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeat, in iudicio persequendi*).¹⁴

Alguns dos doutrinadores deste período foram: Clóvis Beviláqua,¹⁵ Friedrich Carl Von Savigny¹⁶ e Luigi Mattiolo.¹⁷

¹² Rotulando a fase civilista de sincretismo: CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1.998, p. 42-45.

¹³ Rotulando a fase civilista de imanentista: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005. vol. I, p. 342.

¹⁴ LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002, p. 20.

¹⁵ Encontramos este raciocínio na obra: BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 4ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1.972, p. 296.

¹⁶ Encontramos este raciocínio na obra: SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **La ciencia del derecho**. Buenos Aires: Losada, 1.949, passim. Aliás, como observa Bernhard Windscheid, a ação era vista por Savigny apenas como o direito a tutela jurisdicional derivada da violação de outro direito, ao expressar: “*La concezione dominante, alla quale, dopo che essa era stata insegnata, há dato da ultimo forma più pregnante de Savigny, intende per azione il diritto alla tutela giudiziale derivante dalla violazione di um altro diritto, quel diritto nel quale si transforma um altro diritto in seguito alla sua violazione*” (WINDSCHEID, Bernard. **Die actio des römischen civilrechts vom standpunkte des heutigen rechts**. Firenze: Sansoni, 1.856, p. 05).

¹⁷ Localizamos este entendimento na obra: MATTIROLLO, Luigi. **Tratado de derecho judicial civil**. Traduzido por Eduardo Ovejero y Maury. Madrid: Reus, 1.930. vol. I, p. 103-104.

A necessidade de um direito processual autônomo, nasceu próxima à queda de Roma, principalmente, diante da previsão de recursos e utilização de meios coercitivos para o Estado executar as sentenças proferidas.¹⁸

1.2.2 Fase da autonomia processual

Com a necessidade da criação de um mecanismo para tutelar melhor o direito material – como já havia sido constatado pelo próprio direito romano –, os alemães estudaram a natureza jurídica do direito processual com maior amplitude e, por conseguinte, foi inaugurada a fase autonomista do processo.¹⁹

Um dos precursores desta autonomia foi Adolf Wach,²⁰ ao observar que o processo tinha natureza pública, pois era endereçado tanto à parte

¹⁸ Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2.003. vol. I, p. 10-12.

¹⁹ Nesse sentido: CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1.998, p. 42.

²⁰ Esta linha de pensamento é trazida por: WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Traduzido em espanhol por Tomas Banzhaf. Buenos Aires: Europa-América. 1.977. vol. I, p. 21-189. Sobre esta corrente, José Manoel de Arruda Alvim Netto considera o estudo de Wach como o mais importante para a evolução da fase civilista para a autonomista (ALVIM NETTO, 2.005. vol. I, p. 343).

adversa, quanto ao Estado.²¹ Contudo, a tese de Adolf Wach era dotada de certa timidez, pois apenas entendia ser possível o direito de ação, se o interesse real (direito material), estivesse presente.²²

Por seu turno, esta fase da autonomia, ganhou maior relevo, com a clássica discussão sobre a *actio* romana, travada entre Windscheid e Muther.

Para Bernhard Windscheid, a ação (*actio*) não era um novo direito, mas, sim, consistia no próprio direito material lesado.²³

De outro lado – como registra com muita propriedade João Batista Lopes –, para Theodor Muther a ação consistia no direito

²¹ Com muita propriedade José Manoel de Arruda Alvim Netto enumera as principais características da tese de Wach, ao expressar: “Verifica-se que os traços essenciais e marcantes de seu pensamento são os seguintes: 1º) a ação é relativamente independente do direito material (substancial), que por seu intermédio se pretende fazer valer; 2º) é, assim, um direito secundário, dado que supõe – na generalidade dos casos – um outro direito, o qual é, por sua vez, o direito primário; 3º) com este direito primário, porém, não se confunde, embora haja de retratar qual seja esse direito. Esta afirmação é verdadeiramente axiomática, se tivermos presente a hipótese da ação declaratória negativa, cujo pressuposto é a própria inexistência de uma relação jurídica de direito material; 4º) os requisitos do direito de ação são determinados pelo direito processual; 5º) a ação é bifronte, exercível em duas direções: a) em face do Estado, a quem se pede prestação jurisdicional; b) contra o réu, obrigado a suportar a referida prestação” (Ibidem. vol. I, p. 344).

²² LOPES, 2.002, p. 21.

²³ Sobre esse entendimento, Bernhard Windscheid expressa: “È stato mio propósito offrire in questo scritto un contributo all’ adempimento del grande compito che è posto alla odierna scienza del diritto: quello di trasfondere il diritto romano, di cui non vogliamo né possiamo fare a meno, in un diritto che non sia più un diritto estraneo ma il nostro diritto, di superare il diritto romano nel suo próprio campo” (WINDSCHEID, 1.865, p. 04). E continua: “Actio è la facoltà, inerente a ogni diritto, di invocare nel caso che esso debba venire leso la tutela dell’ autorità giudiziaria; essa sussiste anche prima della violazione, ma diviene realizzabili solo in seguito a questa” (Ibidem, p. 07).

subjetivo público de postular pela tutela jurídica do Estado e, por conseguinte, inexistiria a necessidade de efetiva lesão ao direito material do jurisdicionado.²⁴

Desses estudos, a grande maioria da doutrina concluiu que o processo deveria ser separado do direito material, pois tinha autonomia.²⁵

Mas dessa separação, ficou a seguinte pergunta:

Se a parte ajuíza uma ação, terá direito ao provimento favorável de seu pedido (corrente concretista), ou apenas terá direito à apreciação de seu pedido, que poderá ser acolhido, ou não (corrente abstratista)?

Como adeptos da corrente concretista, dentre outros, estavam Adolf Wach²⁶ e Giuseppe Chiovenda.²⁷ Quanto à corrente abstratista,²⁸ alguns dos

²⁴ LOPES, 2.002, p. 20.

²⁵ Nesse sentido Giuseppe Chiovenda, embora entendendo que a ação será *pública* se o direito litigioso for público, ou será *privada* se o direito litigioso for privado (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Traduzido por Gomes Orbaneja. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1.936. vol. I, p. 44).

²⁶ WACH, 1.977. vol. I, p. 25-29.

²⁷ CHIOVENDA, 1.936. vol. I, p. 55.

²⁸ Após investigar o tema, Salvatore Satta conclui que, ao admitirmos a existência de ação autônoma, também estamos reconhecendo a duplicidade do direito subjetivo, que será dividido em direito material e de ação (SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**. 7ª ed. Traduzido por Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi. 1.973. vol. I, p. 160).

principais adeptos eram: Enrico Tullio Liebman,²⁹ Francesco Carnelutti³⁰ e Eduardo Juan Couture.³¹

Em nosso entendimento, não há como aceitarmos a corrente concretista, pois a sentença de improcedência não tem o condão de determinar a inexistência do direito de ação.³² Ora, como explicar – por exemplo –, o procedimento materializado até a sentença ou a coisa julgada advinda da referida sentença?

Diante desse quadro, predomina a corrente que defende a autonomia e abstração do direito processual. Aliás, este é o sistema adotado pelo processo civil pátrio, que contou com a influência de Enrico Tullio Liebman.³³

²⁹ Sobre a corrente abstratista, pondera Enrico Tullio Liebman que o direito de ação do jurisdicionado não implica no direito de ter um resultado de mérito favorável (que depende do convencimento do juiz sobre os fundamentos de fato e de direito), ao expressar: “*L’azione, come diritto al processo e al giudizio di merito, non garantisce un risultato favorevole del processo: il risultato del processo dipende dalla convinzione che il giudice si farà sulla fondatezza in fatto e in diritto della domanda e potrà perciò essere favorevole all’attore o al convenuto. Solo dall’esperienza dell’azione risulterà se l’attore ha ragione o ha torto: solo affrontando il rischio di perdere, l’attore può cercare di vincere*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 1.984. vol. I, p. 134).

³⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Traduzido por Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book. 2.000. vol. I, p. 94.

³¹ Sobre o seu posicionamento pela corrente abstrativista, Eduardo Juan Couture expõe que direito se bifurca em duas manifestações autônomas, a saber: a) o direito subjetivo à prestação da tutela, que é materializado pela prestação da obrigação; b) o direito subjetivo de ação que representa o modo de dar eficácia à vontade da lei prevista pelo direito processual do tempo e do lugar (COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Aniceto Lopes Editor, 1.942, p. 20).

³² Problema levantado por João Batista Lopes (LOPES, 2.002, p. 25).

³³ Como bem registra João Batista Lopes, a influência de Liebman se ocorreu: “Sobretudo por haver lecionado em São Paulo, onde fundou a ‘Escola Paulista de Processo’, exerceu Liebman enorme influência sobre os então seus discípulos (hoje grandes nomes do processo civil pátrio) Alfredo Buzaid, José Frederico Marques, Moacyr Amaral dos Santos, Luís Eulálio Bueno Vidigal etc., e, conseqüentemente, sobre a doutrina e jurisprudência que se formaram a luz de seus ensinamentos. Tão grande foi, de fato essa influência que o vigente Código de Processo Civil, cujo anteprojeto se deve ao professor Alfredo Buzaid, se filia, confessadamente, à doutrina de Liebman” (Ibidem, p. 26).

1.2.3 Fase instrumentalista

Nesta etapa, os juristas começaram a se conscientizar que a anterior fase autonomista estava tão preocupada com os conceitos inerentes ao direito processual, que o jurisdicionado, simplesmente, foi esquecido.³⁴

Como ressalva Enrico Tullio Liebman, não podemos perder de vista que o direito (sem processo) ficará abandonado a quem tiver boa vontade de honrá-lo, enquanto o processo (sem o direito), será um mecanismo sem fim e sem escopo.³⁵

Em outros termos, esta fase – que ainda vivenciamos atualmente – estuda o processo como um *meio* (instrumento), para atingir um *fim*, consubstanciado na entrega de um processo justo e, por conseguinte, pautado pelos princípios, garantias e valores constitucionais.³⁶

³⁴ Nesse sentido: CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1.998, p. 43.

³⁵ Sobre esse tema, Enrico Tullio Liebman, expressa: “*Senza il processo, il diritto sarebbe abbandonato alla sola buona volontà degli uomini e rischierebbe troppo spesso di rimanere inattuato; e il processo senza il diritto sarebbe un meccanismo costretto a girare a vuoto, privo di contenuto e di scopo*” (LIEBMAN, 1.984. vol. I, p. 131).

³⁶ Não utilizamos a expressão *ordem jurídica justa*, pois como bem leciona João Batista Lopes: “Não se trata de garantir decisões justas mesmo quando em conflito com a ordem vigente, mas sim de assegurar a todo o cidadão o processo justo, isto é, adequado aos princípios, garantias e valores consagrados na Constituição” (LOPES, 2.002, p. 31).

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “Falar em tutela jurisdicional, nesse contexto moderno, constitui legítimo desdobramento do postulado da instrumentalidade do processo”.³⁷

Algumas das conseqüências desta fase instrumentalista, são:

a) a constitucionalização do direito de ação, tal como ocorre com o Art. 5º, inc. XXXV, da CF. Logo, independentemente de existir uma ação prevista (tipificada), o direito processual deve amparar qualquer lesão ou ameaça ao direito;³⁸

b) a compreensão de que a entrega da tutela jurisdicional a quem tiver razão deve ser vista tanto quanto um princípio-síntese,³⁹ quanto como um

³⁷ DINAMARCO, 2.004, p. 55.

³⁸ Defendendo a amplitude constitucional do direito de ação, Andrea Proto Pisani salienta a necessidade da concessão das tutelas diversas das ordinárias (tutelas diferenciadas), para que a tutela jurisdicional seja entregue com efetividade (PISANI, 1.979, p. 536-539). Também admitem a amplitude constitucional do direito de ação, dentre outros: ANDOLINA, Italo Augusto. *Il giusto processo nell'esperienza italiana e comunitaria*. In: Revista de Proceso, nº 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005, p. 95-139; ARMELIN, Donaldo. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002, p. 45-55; CAPPELLETTI; GARTH, 2.002, p. 09-30; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti Ispano-Latino Americani*. In: Revista de Proceso, nº 112. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004, p. 158-176; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2.005, p. 11-21; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam. 1.975, p. 49-51; LOPES, 2.005. vol. I, p. 38-57; MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1.999, p. 199-220; NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.994, p. 19-162; REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1.957. vol. II., p. 3-22; YARSHELL, 1.999, p. 127-129.

³⁹ Nesse sentido: DINAMARCO, 2.005, p. 12-14.

objetivo final. Portanto, os demais princípios devem ser vistos a partir dessa premissa, para não serem absolutos.

Sobre a amplitude do acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, após lembrarem que se trata de uma terceira onda renovatória (ao lado da primeira representada pela assistência judiciária aos necessitados e da segunda materializada pela representação dos interesses difusos) explicam que:

O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa ‘terceira onda’ de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, ‘mas vai além’. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘o enfoque do acesso à Justiça’ por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das suas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.⁴⁰

Enfim, esta fase instrumentalista busca a melhor interação entre os direitos processual e material. Assim, o processo também deve ser visto como um instrumento para realizar principalmente o direito material lesado ou ameaçado e, por conseguinte, a antecipação de tutela ganha relevo, pois outorga maior efetividade à tutela jurisdicional.

⁴⁰ CAPPELLETTI; GARTH, 2.002, p. 67-68.

1.3 Classificação das Tutelas em Sentido Estrito

Esta classificação busca verificar, de forma sistemática, as espécies de tutelas⁴¹ típicas previstas no CPC/73.⁴²

Todavia, como adverte Flávio Yarshell essa categorização sistemática (obviamente sem qualquer taxatividade), não é incoerente com a existência das tutelas atípicas (procedimentos não previstos no direito processual),⁴³ pois permite uma melhor análise do direito processual e da interação deste com o direito material.⁴⁴

De fato, existem inúmeras formas de classificações das ações (tutela em sentido estrito).⁴⁵ Contudo, em razão dos limites de nosso tema, apenas abordaremos os aspectos principais da classificação que considera o provimento

⁴¹ Como ressaltamos no item 1.1, estamos nos referindo à tutela em sentido estrito, ou seja, ao provimento postulado pelo jurisdicionado. A referida tutela em sentido estrito é um meio para a obtenção da tutela jurisdicional.

⁴² Quando mencionamos a expressão *tutela jurisdicional*, estamos nos referindo aos meios para a obtenção do resultado pretendido. Mas, nesse tópico, a nossa intenção não é verificarmos a obtenção do resultado pretendido (outorgado pela tutela jurisdicional), mas, sim, a espécie de proteção.

⁴³ Pelas mesmas razões, entendemos que também não há qualquer incoerência com a tutela jurisdicional diferenciada.

⁴⁴ Nesse sentido: YARSHELL, 1.999, p. 140.

⁴⁵ Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, ressaltam a existência de outros critérios, tais como: a) em razão do patrimônio, as ações podem ser classificadas em reais ou pessoais; b) em função do procedimento, podem ser ordinárias ou sumárias, bem como comuns e especiais (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1.998, p. 264).

(pedido) postulado – conforme veremos nos tópicos subseqüentes –, que divide a ação em: a) conhecimento; b) execução; c) cautelar.⁴⁶

1.3.1 Ação de conhecimento

Esta ação, inicialmente, conhece do *fato* (e provas respectivas) e termina pela aplicação do *direito*, materializado pela sentença inerente à lide.⁴⁷

Conforme veremos nos itens subseqüentes, a ação de conhecimento é subdividida em três espécies, a saber: a) condenatório; b) constitutiva; c) declaratória.

1.3.1.1 Conhecimento condenatório

Nesta espécie, o juiz declara um direito e, por conseqüência, emite uma condenação (sanção). Como lembra Enrico Tullio Liebman, o autor

⁴⁶ Também analisam esta classificação: LOPES, 2.002, p. 32; CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1.998, p. 263.

⁴⁷ Sobre a ação de conhecimento, bem defende João Batista Lopes, que: “Tais ações, como decorre de sua própria denominação, têm caráter cognitivo, isto é, objetivam saber, apurar, verificar a procedência ou improcedência do pedido do autor e seus fundamentos” (LOPES, 2.002, p. 32). Em sentido análogo, Enrico Tullio Liebman, registra que esta ação instaura um processo de cognição e o conduz até a sentença, ao expressar: “*Le azioni di cognizione sono quelle che instaurano un processo di cognizione e conducono alla pronuncia di una decisione, che ha per lo più la forma della sentenza. Esse hanno lo scopo e la funzione specifica di provocare il giudizio, nel senso proprio e più ristretto del termine: con la loro proposizione, l'organo giurisdizionale è chiamato a giudicare, cioè ad esercitare l'attività più caratteristica della sua funzione, quella di dichiarare fra due contendenti – con la solennità, e con gli effetti, della sentenza – chi há ragione e chi há torto*” (LIEBMAN, 1.984. vol. I, p. 145).

não pede uma simples declaração, mas sim, a condenação da parte adversa.⁴⁸

Explicando logicamente esse procedimento, Cândido Rangel Dinamarco lembra que o autor obtém um duplo resultado, pois, primeiro, tem seu direito declarado e, após, obtém uma sentença executiva.⁴⁹

A sentença proferida na ação condenatória servirá de título executivo (CPC, Art. 583).⁵⁰

Em razão do rito prolongado desta ação (conforme previsto no Livro I, do CPC), o instituto da tutela antecipada se ajusta perfeitamente, pois serve como importante ferramenta para imprimir maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional. A propósito, a obrigação de fazer do Art. 461 do CPC,

⁴⁸ Nesse sentido, Enrico Tullio Liebman, expressa que: “*Il caso di gran lunga più frequente è quello in cui l’attore non chiede un semplice accertamento, ma la condanna dell’altra parte*” (LIEBMAN, 1.984. vol. I, p. 162). Sobre as peculiaridades da sentença condenatória, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda expressa que: “Condenar não é declarar a injúria; é mais: é ‘reprovar’, ordenar que sofra. Entra, além do enunciado de fato, o de valor. A sentença que somente declarasse ter o réu incorrido em pena seria declarativa, não condenatória. O que leva alguns juristas a falarem de declaração é o efeito declarativo contido na sentença ou junto à parte da sentença que produz a força de condenação” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1.975. tomo VI, p. 209-210).

⁴⁹ DINAMARCO, 2.005, p. 209.

⁵⁰ Hugo Alsina relaciona as condições que entende necessárias para a caracterização da ação de conhecimento condenatória, a saber: a) fato que viole o direito; b) condenação que seja possível de ser satisfeita pelo réu; c) inexistência de outro meio para compelir o demandado a cumprir a condenação (ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**. Buenos Aires: Compañia Argentina de Editores, 1.942, p. 350).

gera muito mais efetividade do que a própria execução por obrigação de fazer (que se embasa em título executivo).

13.12 Conhecimento declaratório

Nessa espécie, a sentença limita-se a declarar a existência (pedido declaratório positivo), ou inexistência (pedido declaratório negativo) de um direito (CPC, Art. 4º), sem que exista necessidade de execução por título judicial (ao menos em relação à declaração).⁵¹

Explicando com maior envergadura, João Batista Lopes lembra que a ação declaratória tem o escopo de desfazer dúvida ou incerteza quanto à existência ou inexistência de relação jurídica, para outorgar segurança por meio da coisa julgada.⁵²

⁵¹ Como assevera Enrico Tullio Liebman, a ação declaratória (também conhecida na Itália como ação de accertamento) tem o escopo de eliminar a incerteza ao redor da existência, inexistência ou modalidade de um fato jurídico, ao expressar: “*L’azione d’accertamento si propone lo scopo di eliminare l’incertezza intorno all’esistenza, inesistenza o modalità di un rapporto giuridico. La sentenza a cui tende si chiama sentenza di mero accertamento o sentenza dichiarativa*” (LIEBMAN, 1.984. vol. I, p. 159). Fazendo alusão às cargas preponderantes do pronunciamento declaratório, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda expressa que: “A sentença declarativa é a prestação jurisdicional que se entrega a quem pediu a tutela jurídica sem querer ‘exigir’. No fundo, protege-se o direito ou a pretensão somente, ou o interesse em que alguma relação jurídica não exista, ou em que seja verdadeiro, ou seja falso, algum documento. É o caso típico da ‘pretensão à sentença’ – à sentença declarativa, sem outra eficácia relevante que a de coisa julgada material. O que mais a caracteriza é a proteção sem ser examinada outra eficácia que a pretensão mesma à declaração. Trata-se de pretensão a que talvez falte ação de direito material. Ação declarativa é exercício de pretensão à sentença” (MIRANDA, 1.975. tomo I, p. 197).

⁵² LOPES, 2.002, p. 76.

Por conseqüência, em geral, o seu efeito é *ex tunc*, uma vez que torna nulo tudo que ocorreu a partir da relação que é objeto da lide.⁵³

Se considerarmos que, nesta espécie de ação, a declaração esgota o próprio mérito e depende de cognição exauriente –,⁵⁴ fica a seguinte indagação: É possível antecipar a tutela na ação declaratória? Para auxiliar o raciocínio, vamos supor uma ação declaratória de inexistência de título de crédito. Nesse caso, não poderia o autor requerer a antecipação da tutela para evitar o protesto do título?

Desse exemplo, constatamos que a ação declaratória possui efeitos, que decorrem da aludida declaração.⁵⁵ Logo, os referidos efeitos (e não a

⁵³ Nesse sentido, Hugo Alsina defende que a tutela declaratória – ao contrário das tutelas condenatória e constitutiva –, gera efeitos *ex tunc* (ALSINA, 1.942, p. 360). E, além disso, elenca as condições que entende necessárias para a ação declaratória prosperar, a saber: a) incerteza sobre a existência ou interpretação de uma relação jurídica; b) que essa incerteza implique em um prejuízo ao autor; c) que inexistia outro meio para cessar esta incerteza (Ibidem, p. 355).

⁵⁴ A antecipação provisória da declaração é incompatível com a certeza exigida pela própria declaração.

⁵⁵ Aliás, tem bom trânsito na doutrina, o entendimento de que a ação declaratória gera efeitos, não se limitando a própria declaração. Nesse sentido, João Batista Lopes, após lembrar que não existe ação *pura*, ressalva que os *efeitos práticos* da ação declaratória (e não a declaração propriamente dita) podem ser antecipados (LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.003, p. 58). Em consonância William Santos Ferreira, observa que a declaração de certeza produz reflexos no âmbito social (FERREIRA, 2.000, p. 91); CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.005, p. 49-50; Ainda neste sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp nº 195.224, Rel. Min. Waldemar Zveiter, vu, DJU 05/03/01, p. 154, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DECLARATÓRIA EM CUMULAÇÃO COM ANULATÓRIA E DESCONSTITUTIVA – MATÉRIA FÁTICA – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – SÚMULA Nº 211/STJ. I – Defere-se Antecipação de Tutela Jurisdicional, quando, na ação declaratória, cumulada com anulatória e desconstitutiva, por si ou jungidas àquelas, visa-se alcançar eficácia concreta de decisão em que se não antecipada pode causar a perda de eficácia daquela declaratória. Doutrina. II – Matéria de fato. III – Súmula nº 211/STJ. IV – Conheço em parte do recurso para determinar que as ações em comento não possam ser negociadas até decisão final da causa”.

declaração propriamente dita) devem ser antecipados, na presença dos pressupostos constantes no Art. 273 do CPC.⁵⁶

O pensamento diverso afastaria a lesão ou ameaça ao direito da apreciação do judiciário e, por conseguinte, violaria o amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV).

Logo, a ação declaratória gera efeitos e, estes, podem ser antecipados.

1.3.13 Conhecimento constitutivo

Por meio da ação constitutiva, o juiz declara um direito e, por consequência, altera uma situação jurídica prévia, gerando uma nova situação jurídica.⁵⁷

⁵⁶ Digno de nota, a boa técnica do legislador ao expressar no Art. 273 do CPC, que são antecipados os *efeitos* da sentença (e não a sentença propriamente dita).

⁵⁷ Como adverte Enrico Tullio Liebman, esta ação visa constituir, modificar ou extinguir um fato jurídico, ao expressar: “*Si chiama azione costitutiva quella che tende ad una sentenza che costituisca, modifichi od estingua un rapporto giuridico*” (LIEBMAN, 1.984. vol. I, p. 169). Deixando clara a diferença entre declaração e constituição, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda expressa que: “Quem constitui faz mais do que declarar. Quem somente declara não constitui. Quem somente declara, necessariamente se abstém de constituir. ‘Declaração constitutiva’ não seria classe de declaração, mas soma de declaração e constituição. [...] A constitutividade muda em algum ponto, por mínimo que seja o mundo jurídico. A declaração somente altera pela posição humana de falibilidade” (MIRANDA, 1.975. tomo I, p. 203).

Em outras palavras, a ação constitutiva irá, em um primeiro momento, fazer um juízo declaratório sobre uma relação jurídica e, por conseguinte, irá constituir outra relação, modificá-la ou extingui-la.⁵⁸

Como exemplo dessa espécie de ação, podemos mencionar a ação revisional de aluguel, pois é declarada a ocorrência da hipótese normativa e as regras que passam a incidir nessa nova situação jurídica, isto é, para a revisão do contrato de locação.⁵⁹

Mas, considerando que a sentença constitutiva modifica uma relação, bem como inexistente execução, fica a seguinte indagação: Pode ser antecipada a tutela nessa ação?

Ora, tal como na ação declaratória, a sentença constitutiva também gera efeitos práticos.

Logo, esses efeitos, devem ser antecipados na presença dos pressupostos previstos no Art. 273 do CPC, sob pena de violar o amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV).⁶⁰

⁵⁸ Esse raciocínio é defendido por: CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1.998, p. 303-304.

⁵⁹ A propósito, Hugo Alsina relaciona as características necessárias para a ação de conhecimento constitutiva, a saber: a) o nascimento de uma nova relação jurídica que implique na incidência de novas normas jurídicas; b) que esta nova situação jurídica somente possa ser obtida por meio de sentença judicial (ALSINA, 1.942, p. 359).

⁶⁰ Na mesma linha de raciocínio: LOPES, 2.003, p. 61-62; FERREIRA, 2.000, p. 97-101; CARNEIRO, 2.005, p. 50.

1.3.2 Ação de execução

Em linhas gerais, a execução busca adequar a realidade ao direito reconhecido no título executivo.⁶¹ Ao contrário da tutela de conhecimento, a de execução é iniciada pelo direito (materializado pelo título executivo) e termina pelos fatos, pois visa que o devedor satisfaça o referido direito.

A matéria está regulada, principalmente, no livro II do CPC/73.

O título executivo é pressuposto para o ajuizamento da execução, consoante expressa o Art. 583 do CPC. Ou, como dizia Francesco Carnelutti, o título executivo está para o jurisdicionado em relação à execução, assim como o bilhete de trem está para o passageiro ser transportado pelo mesmo.⁶²

Por sua vez, o gênero título judicial, se divide em duas espécies, a saber: a) judiciais (CPC, Art. 584); b) extrajudiciais (CPC, Art. 585). Todavia, entendemos que essa regra deve ceder a temperamentos, diante da interpretação sistematizada e, por essa razão, não pode ser interpretada *cegamente*. Do contrário, estaremos inviabilizando a própria antecipação dos efeitos da tutela.

⁶¹ Nesse sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1.997, p. 07.

⁶² CARNELUTTI, 2.000. vol. I, p. 317.

Por exemplo, na antecipação dos efeitos da execução forçada não haverá um título executivo, nos moldes do Art. 583 do CPC.⁶³

Por essa razão, urge que o legislador faça a adequação dos Arts. 583 e 584, ambos do CPC, com os Arts. 273, 461 e 461-A, todos do CPC, justamente, para incluir a tutela antecipada como um meio para iniciar a execução.

1.3.3 Ação cautelar

Esta ação tem o escopo de servir como medida de apoio para assegurar o objeto litigioso que está sendo (ou será) discutido no mesmo processo (ou em outro).

Nas palavras de Enrico Tullio Liebman a cautelar tem a finalidade principal de auxiliar e subsidiar as ações de conhecimento e de execução.⁶⁴

⁶³ Nesse sentido Luiz Guilherme Marinoni, ao expressar: “As novas exigências de tutela jurisdicional, responsáveis, inclusive, pela transformação da tutela cautelar em técnica de sumarização, transformaram o princípio da “nulla executio sine titulo” em mito. Recorde-se que a tutela antecipatória, em diversos casos, antecipa a execução forçada. Como já disse Ovídio Baptista da Silva, “a introdução em nosso direito de uma forma de tutela antecipatória – tão extensa quanto o permite a sua conceituação, como tutela genérica e indeterminada – invalida todos os pressupostos teóricos que sustentam o processo de conhecimento, pois as antecipações de julgamento, idôneas para provocarem tutela antecipatória, pressupõem demandas que contenham, conjugadas e simultâneas, as atividades de conhecimento e execução” (MARINONI, Luiz Guilherme, **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003, p. 24-25).

⁶⁴ Sobre esta ação, Enrico Tullio Liebman, expressa que: “*Alla cognizione e all’esecuzione, con cui la giurisdizione compie l’intero ciclo delle sue funzioni principali, si aggiunge una terza attività, che ha una finalità ausiliaria e sussidiaria, ed è l’attività cautelare. Essa è diretta ad assicurare, a garantire l’efficace svolgimento e il proficuo risultato delle altre due, e concorre perciò mediatamente al conseguimento degli scopi generali della giurisdizione*” (LIEBMAN, 1.984. vol. I, p. 193).

Embasado nessa situação acessória, Giacomo Oberto adverte que a cautelar tem duas importantes características, a saber: a) *funcional*, pois assegura a efetividade da tutela; b) *estrutural*, caracterizada por ser provisória.⁶⁵

Atualmente, o direito Pátrio regulamenta o acautelamento outorgado pela medida cautelar no Livro III, do CPC/73, inclusive exigindo a presença do perigo da demora (*periculum in mora*) e da plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*).

Partindo dessa premissa, a doutrina brasileira agrega produtivas discussões sobre o tema.⁶⁶

Para Galeno Lacerda, a busca pela garantia do resultado útil do processo, significa que a cautelar contempla um pedido de natureza diversa da pedida ao juiz e, por isso, possui autonomia. Todavia, essa autonomia não

⁶⁵ Sobre o tema, Giacomo Oberto expressa que: “*La trattazione dovrà quindi procedere prendendo partitamente in esame questi differenti problemi e procedendo dall’autorevole avvertimento secondo cui le procedure cautelari si distinguono: a) per la loro “funzione”, che è quella di assicurare l’effettività della tutela giurisdizionale avuto riguardo al pregiudizio che potrebbe derivare alla parte presumibilmente vittoriosa dalla durata del processo a cognizione piena, ma altresì; b) per la “struttura” caratterizzata dalla provvisorietà (intesa come inidoneità al passaggio in giudicato) nonché dalla rigida strumentalità rispetto al processo a cognizione piena (com conseguente assenza di ogni forma di ultrattività rispetto a quest’ultimo)*” (OBERTO, Giacomo. **Il nuovo processo cautelare**. Milão: Giufrè, 1.993, p. 136).

⁶⁶ No mesmo sentido, Eduardo Melo de Mesquita também compara os posicionamentos de Galeno Lacerda, Ovídio Araújo Baptista da Silva e Humberto Theodoro Júnior (MESQUITA, Eduardo Melo de. **O perfil da tutela cautelar no direito processual civil pós-moderno**. Tese de Doutorado apresentado à PUC-SP, 2.001, p. 217-255).

significa que a cautelar possa existir independentemente do processo principal.⁶⁷

Ao contrário, Ovídio Araújo Baptista da Silva manifesta reserva quanto à acessoriedade da cautelar.⁶⁸ Porém, defende o direito *substancial* de cautela em relação à segurança (e não em relação ao direito *material* à segurança), embora expresse que a *execução para a segurança* tem caráter executório, enquanto a *segurança para a execução* é tipicamente cautelar, pois apenas assegura o direito.⁶⁹

Aliás, o Processualista rotula como equivocado o raciocínio de Galeno Lacerda, ao classificar todas as liminares como medidas cautelares, pois estas exigem o *periculum in mora*, ao passo que as medidas antecipatórias podem não exigí-lo.⁷⁰

Também não aceita que o conceito da tutela cautelar seja restrito ao âmbito dos direitos subjetivos materiais, (como proposto por Humberto

⁶⁷ Sobre esse posicionamento Galeno Lacerda expressa: “Na verdade, a posição de destaque conferida ao processo cautelar, em nosso Código, corresponde à autonomia hoje reconhecida à cautela como uma das espécies da função jurisdicional. Essa autonomia não significa, porém, independência teleológica, como se no processo cautelar houvesse uma finalidade *stante a se*. Ela decorre, sim, da natureza diversa da prestação solicitada ao juiz. Enquanto no processo de conhecimento se pede a declaração do direito, acrescida de eventual condenação ou constituição (positiva ou negativa), e no de execução se cuida da realização coativa do direito reconhecido, na função cautelar a prestação jurisdicional se caracteriza pela outorga de segurança com vistas a garantir o resultado útil das demais funções (LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.994, p. 02).

⁶⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1.999, p. 29.

⁶⁹ Ibidem, p. 38-55.

⁷⁰ Ibidem, p. 58.

Theodoro Júnior), ante a argumentação da existência de situações em que a cautelar possa satisfazer o direito (e não apenas assegurá-lo), isto é, deve amparar o direito subjetivo e o interesse juridicamente protegido.⁷¹

Para Humberto Theodoro Júnior, é inadmissível o direito substancial de cautela (preconizado por Ovídio Araújo Baptista da Silva), diante de sua incompatibilidade com a concepção de abstratividade e autonomia da ação em relação ao direito material, pois é decidida pelo interesse na obtenção da tutela cautelar (e não pelo direito substancial que assegura a ação cautelar).⁷²

Com esse panorama, constatamos que a partir da introdução da tutela antecipada em nosso ordenamento (CPC, Art. 273), o direito se deparou com a necessidade de diferenciá-la da tutela cautelar.⁷³

Diante dos limites desse estudo, não poderemos nos aprofundar no tema. No entanto, é importante salientarmos que iremos nos referir à tutela

⁷¹ Sobre esse tema, Ovídio Araújo Baptista da Silva expressa que: “A posição de Theodoro Júnior mostra-se insatisfatória quando ele afirma que a ação de atentado seria cautelar porque a satisfação que ela realiza, quando procedente, não diz respeito a qualquer direito subjetivo material. Também, neste caso, porque há satisfação do direito, há mais do que simples cautela. Quando a sentença satisfaz (realiza) o direito, não se limita a dar-lhe simples segurança” (Ibidem, p. 84).

⁷² THEODORO JÚNIOR, 2.003. vol. II, p. 405.

⁷³ A propósito, concordamos com Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery quando advertem que: “Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas ‘cautelares satisfativas’, que constitui em si um *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem. Se a medida é satisfativa, é porque, *ipso facto*, não é cautelar. É espécie do gênero tutela diferenciada (NERY, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 546).

cautelar, na condição de meio para assegurar o resultado final do processo. Do contrário, se estivermos diante do adiantamento de qualquer efeito do pedido, então será tutela antecipada (e não cautelar).

Nesse sentido, concordamos com a análise de Cândido Rangel Dinamarco, elencando que:⁷⁴

a) inicialmente, Piero Calamandrei incluía a antecipação da tutela, como sendo espécie do gênero provimento cautelar;⁷⁵

b) com o advento do Art. 273 do CPC,⁷⁶ também surgiu a necessidade de diferenciarmos a medida de apoio ao *processo* (tutela cautelar), da medida de apoio ao *jurisdicionado* (antecipação dos efeitos da tutela).

Entretanto, ousamos discordar da afirmação de que tanto a tutela cautelar, quanto a medida antecipativa, estão inseridas como espécies do gênero medidas de urgência.⁷⁷ E isso, porque – como o próprio processualista

⁷⁴ DINAMARCO, 2.005, p. 51-60.

⁷⁵ Defendendo a possibilidade de a cautelar antecipar os efeitos da tutela pretendida (e não apenas assegurá-los), Piero Calamandrei expressa que: “Entram novamente nesse terceiro grupo aqueles procedimentos com os quais se decide provisoriamente, esperando que através do processo ordinário se aperfeiçoe a decisão definitiva, uma relação controversa, pela indecisão da qual, se esta perdurasse até a emanção do procedimento definitivo, poderiam derivar a uma das partes irreparáveis danos” (CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Traduzido por Carla Roberta Andreasi Bassi. São Paulo: Servanda, 2.000, p. 64).

⁷⁶ Trazido pela Lei nº 8.952 de 13/12/94, DOU de 14/12/94.

⁷⁷ DINAMARCO, 2.005, p. 59.

reconhece –, existem situações em que a tutela deve ser antecipada independentemente da urgência.⁷⁸

É verdade, que o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco está embasado no escopo da antecipação dos efeitos da tutela, que é evitar os males do tempo. Contudo, essa justificativa não modifica o nosso entendimento, pois:

a) gera duplo sentido, dificultando a interpretação, ou seja, provoca equívocidade;

b) a tutela de urgência se refere aos pressupostos para a sua concessão (e não ao instituto propriamente dito);

c) nas hipóteses em que a urgência não é pressuposto para a concessão da medida antecipativa (por exemplo, o Art. 273, inc. II, do CPC), o juiz não

⁷⁸ Elencando as situações que a tutela antecipada deve ser deferida independentemente da situação de urgência, Cândido Rangel Dinamarco expressa: A concessão de medidas antecipatórias não se liga sempre a uma situação de urgência, ou *periculum in mora*. Essa é apenas uma das hipóteses básicas em que elas devem ser concedidas (Art. 273, inc. I). Mas tem cabimento também, independentemente de qualquer situação de perigo, a) como sanção à malícia processual do demandado que procura retardar o fim do processo (Art. 273, inc. II) ou b) como modo de prestigiar um direito que a ordem jurídica reputa mais forte e digno de maiores atenções, como a posse turbada ou esbulhada (interdito possessórios). Mesmo nessas hipóteses, as antecipações tutelares têm como objetivo evitar os males do tempo, no caso o chamado ‘dano marginal’ decorrente de esperas que de outro modo seriam inevitáveis (Ibidem, mesma página).

pode verificar se o *periculum in mora*⁷⁹ está presente. Logo, não se trata de medida de urgência.

Por conseqüência, concordamos com João Batista Lopes quando define esse gênero como *tutela sumária* (e não de *urgência*).⁸⁰

Em conclusão, nesse estudo, usaremos a expressão tutela sumária⁸¹ como gênero que congrega as tutelas das espécies cautelar (que assegura o resultado final do processo) e antecipada (que adianta os efeitos do resultado final).

1.3.4 Outras ações

A teoria quinária, além das ações de conhecimento, cautelar e execução (previstas na teoria trinária), também admite a presença das ações mandamental e executiva *lato sensu*.⁸²

⁷⁹ Em nosso entendimento, o perigo da demora (*periculum in mora*) exigido na cautelar, equivale ao dano irreparável, ou de difícil reparação, exigido na concessão da antecipação dos efeitos da tutela.

⁸⁰ LOPES, 2.003, p. 43.

⁸¹ Ao invés de tutela sumária, Teori Albino Zavascki prefere usar a expressão tutela provisória, para ser gênero das espécies cautelar e antecipativa (ZAVASCKI, 1.997, p. 57).

⁸² Contudo, a aceitação das espécies mandamental e executiva *lato sensu*, como categorias autônomas, não é pacífica na doutrina. Sobre esse tema, Rogério Aguiar Munhoz Soares defende que as espécies mandamental e executiva *lato sensu*, não podem ser incluídas na mesma classificação das demais (conhecimento, execução e cautelar), pois estas são classificadas pela *natureza* do pedido e aquelas são classificadas pelos *efeitos* do pedido (SOARES, 2.000, p. 126).

Em linhas gerais, a sentença concedida na ação mandamental implica em uma ordem (e não em mera condenação) contra autoridade ou particular.⁸³

Exemplificativamente, esta ordem será endereçada em relação ao particular no caso do Art. 461, § 5º, do CPC,⁸⁴ bem como será endereçada à autoridade, em sede de mandado de segurança.

Quanto à ação executiva *lato sensu*, em linhas gerais, é uma união – no mesmo processo –, da ação de conhecimento e da execução.

Por esta razão, é desnecessária a interposição de processo de execução para executar a sentença (título judicial).⁸⁵

⁸³ Salientando a força da ação mandamental, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda expressa: “Na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência, nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo não se pode pedir que dispense o ‘mandado’. Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo, não o que devia ser feito pelo juiz como juiz, sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade. Na execução, há mandados – no correr do processo; mas a solução final é ato da parte (solver o débito). Ou do juiz, forçando” (MIRANDA, 1.975. tomo I, p. 211).

⁸⁴ Nesse sentido: CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1.998, p. 42-45; CARNEIRO, 2.005, p. 44.

⁸⁵ Como bem ressaltam Luiz Ricardo Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini a executiva *lato sensu* contém um *passo adiante* acima do que a parte obteria com a ação condenatória, pois há uma condenação que não necessita de um novo processo para ser executada (ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999. vol. I, p. 141-142).

Como exemplo desta ação, mencionamos a ação de despejo, pois, uma vez decretado, deve ser cumprido, não havendo necessidade do ajuizamento de novo processo de execução.⁸⁶

Pela própria natureza das ações mandamental e executiva *lato sensu*, verificamos que também podem incidir a antecipação dos efeitos da tutela nestas espécies, desde que presentes os pressupostos legais.⁸⁷

1.4 Tutela Diferenciada

A tutela ordinária tradicional (constitutiva, condenatória e declaratória), em algumas situações, passou a manter um descompasso com o

⁸⁶ Essa realidade está determinada no Art. 63 da Lei nº 8.245/91, que expressa: “Art. 63: Julgada procedente a ação de despejo, o juiz fixará prazo de trinta dias para a desocupação voluntária, ressalvado o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º – O prazo será de quinze dias se: a) entre a citação e a sentença de primeira instância houverem decorrido mais de quatro meses; ou b) o despejo houver sido decretado com fundamento nos incs. II e III do Art. 9º ou no § 2º do Art. 46. § 2º – Tratando-se de estabelecimento de ensino autorizado e fiscalizado pelo Poder Público, respeitado o prazo mínimo de seis meses e o máximo de um ano, o juiz disporá de modo que a desocupação coincida com o período de férias escolares. § 3º – Tratando-se de hospitais, repartições públicas, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente registradas, e o despejo for decretado com fundamento no inc. IV do Art. 9º ou no inc. II do Art. 53, o prazo será de um ano, exceto no caso em que entre a citação e a sentença de primeira instância houver decorrido mais de um ano, hipótese em que o prazo será de seis meses. § 4º – A sentença que decretar o despejo fixará o valor da caução para o caso de ser executada provisoriamente”.

⁸⁷ Sobre o tema, Athos Gusmão Carneiro lembra que a antecipação da tutela: “revela-se de imensa utilidade prática e geralmente poderá ser efetivada sem percalços, com a utilização de *astreintes* e/ou dos meios executivos referidos no § 5º do Art. 461, adiante referidos” (CARNEIRO, 2.005, p. 51).

anseio pela efetividade na entrega da tutela jurisdicional, que foi bem focalizado na fase instrumentalista.⁸⁸

E isso porque se a tutela somente for entregue após o término do processo, algumas vezes, o fator *tempo* pode decretar a sua ineficácia. Por exemplo, se a esposa ingressa com ação visando a sua imediata saída do lar (demonstrando que o seu cônjuge está violando a sua integridade física e moral), não há como aguardarmos pela sentença final diante da alta probabilidade de a autora ser morta pelo réu.⁸⁹

Além disso, existem hipóteses em que as tutelas tradicionais não oferecem mecanismos suficientes para atender aos anseios do jurisdicionado.

Essa realidade determinou o surgimento da tutela diferenciada para subsidiar as lacunas que não estão amparadas pela tutela ordinária.

⁸⁸ Como adverte Elio Fazzalari, embora o arquétipo do processo jurisdicional civil seja o ordinário, pois realiza a tutela do direito subjetivo, há um modelo diverso, que outorga a tutela alternativa e/ou diferenciada, ao expressar que o processo ordinário de conhecimento: “È l’archetipo dei processi giurisdizionali civili; il modello più complesso e meglio regolato; il modello al quale gli altri processi di cognizione sono improntati. Tale processo civile viene qualificato come ‘ordinario’, perché è quello attraverso il quale si realizza la tutela di qualsiasi diritto soggettivo; e si contrappone ad altri modelli, diversi e perciò detti genericamente ‘speciali’, i quali somministrano una tutela alternativa e/o differenziata” (FAZZALARI, 1.975, p. 51).

⁸⁹ Também nesse sentido Mauro Cappelletti e Bryant Garth expressam que: “Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão executável. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerarmos os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito” (CAPPELLETTI; GARTH, 2.002, p. 20).

No entanto, Andrea Proto Pisani lembra que essa expressão não tem apenas uma definição e, por essa razão, é altamente equívoca.⁹⁰

Para evitar o uso indiscriminado da expressão *tutela diferenciada*, o Professor alerta que a sua incidência pode ocorrer em dois âmbitos, a saber:

a) o primeiro será quando as peculiaridades do caso atingirem a modificação do procedimento de cognição plena e exauriente; b) o segundo ocorrerá quando a situação determinar a tutela sumária.⁹¹

Na doutrina brasileira, o instituto da tutela diferenciada e os respectivos critérios de sua distinção (apontados no parágrafo anterior), são abordados com profundidade por Donaldo Armelin, inclusive, ao alertar que:

⁹⁰ Nesse sentido Andrea Proto Pisani registra que a expressão *tutela diferenciada* contém elevada carga de equivocidade, embora, literalmente, deve ser interpretada no sentido de que a necessidade de uma tutela diferente implica no direito de o jurisdicionado ter uma forma diversa das tutelas tradicionais, ao expressar: “*L’espressione tutela giurisdizionale differenziata è espressione altamente equivoca. Intesa letteralmente essa significa che a bisogni diversi di tutela devono corrispondere forme diverse di tutela: di questa ovvietà nessuno ha mai dubitato; tutto il sistema (o i sistemi) della nostra materia sono stati costruiti sulla base di questa premessa: e così si è distinta la cognizione dalla esecuzione e nell’ambito della cognizione si sono distinte le azioni (e le sentenze) di condanna dalle azioni (e dalle sentenze) di mero accertamento e costitutive, come nell’ambito della esecuzione si è distinto tra esecuzione forzata e esecuzione processuale indiretta e ancora nell’ambito della esecuzione forzata si è distinta l’espropriazione forzata (a sua volta suddivisa a seconda della specie del bene da espropriare) dall’esecuzione forzata per consegna o rilascio e per obblighi di fare o disfare. Cognizione ordinaria ed esecuzione si sono da sempre contrapposte alla tutela cautelare a sua volta suddivisa e seconda della specie di ‘periculum in mora’ che mira a neutralizzare*” (PISANI, 1.979, p. 536-537).

⁹¹ Sobre essa distinção das formas de incidência da expressão tutela diferenciada, Andrea Proto Pisani expressa: “*L’equivoco di fondo che a mio avviso si annida dietro ad un uso indiscriminato della espressione t.g.d. è il seguente: una cosa è la t.g.d., ove con tale termine si intenda la predisposizione di più procedimenti a cognizione piena ed esauriente taluni dei quali modellati sulla particolarità di singole categorie di situazioni sostanziali controverse; altra cosa è la t.g.d., ove con tale termine si intenda la predisposizione di forme tipiche di tutela sommaria (cautelare o sommaria ‘tout court’)*” (Ibidem, p. 538).

a) o primeiro critério tem por foco a própria tutela jurisdicional, isto é, o tipo do provimento jurisdicional deve ser adequado à pretensão da parte. Contudo, esta diversidade não deve abarcar os tipos de ações já existentes (condenatória, constitutiva e declaratória), mas sim, deve ser restrita ao âmbito das *formas* e *efeitos* dessas ações; b) o segundo está centrado no rito que deve ser adotado para anteciparmos a tutela, ou seja, os mecanismos suficientes para afastarem as formas tradicionais e demoradas, quando o fator tempo puder repelir o direito material litigado.⁹²

Nessa linha de raciocínio Rogério Aguiar Munhoz Soares entende que tutela diferenciada abrange tanto as tutelas realizadas pela cognição sumária (pois podem efetivar imediatamente o direito postulado), como todas as especializações ou sumariedades diferentes do processo comum.⁹³

Para José Roberto dos Santos Bedaque, os parâmetros para a caracterização da tutela diferenciada estão no tratamento processual adotado diante da natureza do direito material pleiteado e dos mecanismos necessários para a sua satisfação efetiva.⁹⁴

De modo similar Ovídio Baptista da Silva – embasado na doutrina italiana –, observa que a inexistência de mecanismo previsto no direito

⁹² Dispondo sobre os critérios de distinção da tutela diferenciada, Donald Armelin expressa que: “Dois posicionamentos, pelo menos, podem ser adotados a respeito da conceituação de ‘tutela diferenciada’. Um adotando como referencial da tutela jurisdicional diferenciada a própria tutela, em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte, segundo o tipo de necessidade de tutela ali veiculado. Outro, qualificando a tutela jurisdicional diferenciada pelo prisma de sua cronologia no *iter* procedimental em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas nesse particular. O primeiro, mais rente à expressão semântica dessa denominação, não pode, contudo, implicar o reconhecimento de uma diferenciação de tutelas à exigência de um *ens novum*, mas sim singir-se a possíveis formas e efeitos de tipos já existentes” (ARMELIN, 2.002, p. 46).

⁹³ SOARES, 2.000, p. 141.

⁹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 1.995, p. 53.

processual para tutelar o direito material, gera a ação de direito material⁹⁵ e, esta, é a tutela diferenciada.⁹⁶

No intuito de sistematizar esta tutela Eduardo Talamini sustenta que – para a sua caracterização – devem estar presentes todos os pressupostos, a saber: a) tratamento específico; b) atuação jurisdicional com forma e resultados diferentes da normalidade; c) mecanismo jurisdicional que seja específico (e não geral).⁹⁷

Em nosso entendimento, o caminho para a busca por referida definição está na fase instrumentalista vivenciada pelo processo, no contexto do Estado Democrático.⁹⁸

Nesse sentido, bem lembra José Joaquim Gomes Canotilho, que o Estado de Direito exige um procedimento justo e adequado para o acesso ao direito e a

⁹⁵ Para embasar o seu raciocínio, Ovídio Araújo Batista da Silva invocava o Art. 75 do revogado CC/16, que expressava: “Art. 75: A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”.

⁹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.996, p. 172.

⁹⁷ TALAMINI, Eduardo. **Tutela monitoria: a ação monitoria – lei nº 9.079/95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.998, p. 110.

⁹⁸ Como ressalvam Juan Monroy Gálvez e Juan Monroy Palacios, diante da incorporação dos princípios da instrumentalidade e da efetividade, se tornou necessária uma nova concepção do processo, pois gerou a necessidade de ampliação das previsões tradicionais da tutela ordinária e das suas manifestações clássicas, ao expressarem: “*Precisamente una nueva concepción del proceso, sustentada en la incorporación de los principios de instrumentalidad y de efectividad, determinó la necesidad de aumentar las previsiones tradicionales de la tutela ordinaria así como de sus manifestaciones clásicas. Cuando se empieza a apreciar el proceso desde la perspectiva de su compromiso con hacer efectivos los distintos derechos materiales que, como ya se expresó, habían desarrollado otras manifestaciones que exigían fórmulas procesales más expeditivas, es cuando aparece la llamada ‘tutela jurisdiccional diferenciada’*” (GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. **Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada: apuntes iniciales**. In: Revista de Processo, nº 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003, p. 196).

respectiva realização da justiça.⁹⁹ Aliás, se a justiça não ocorrer, o Estado – como detentor da tutela jurídica –, deixa de ser democrático, para se tornar autoritário.¹⁰⁰

Isso significa que o processo deve guardar um nexo de finalidade com o direito material e, portanto, a tutela jurisdicional deve se ajustar à variação do mencionado direito material.¹⁰¹

Mas também não podemos perder de vista que existem, ao menos, dois critérios para conceituarmos a tutela diferenciada. O primeiro considera a tutela propriamente dita e o segundo se fundamenta no fator *tempo*.

Aliás, como adequadamente adverte Donaldo Armelin, estes critérios – ainda que possam estar misturados em algumas ocasiões –, são inconfundíveis, pois o primeiro (embora esteja embasado em cognição sumária) gera uma tutela jurisdicional definitiva na órbita do processo, enquanto o segundo apenas antecipa os efeitos dessa tutela definitiva.¹⁰²

⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1.993, p. 385.

¹⁰⁰ Nesse sentido: LAGRADE, Xavier. *Reflexion critique sur lê droit de la preuve*. Paris: LGDJ, 1.994, p. 10.

¹⁰¹ Nesse sentido: BEDAQUE, 1.995, p. 52-53.

¹⁰² Nas palavras de Donaldo Armelin: “Não se confundem, pois, ambas técnicas, ainda que possam vir imbricadas. Em uma delas a cognição sumária e, destarte, superficial, propicia a tutela jurisdicional definitiva, no âmbito do processo em que se originou; na outra, ocorre a antecipação dos efeitos dessa tutela definitiva. Daí por que, ao lado dos provimentos cautelares, Frisina categoriza aqueles de natureza sumária não cautelar e os de tutela interinal, caracterizando estes últimos em razão da circunstância de emergirem no curso e por ocasião de um processo de conhecimento, de rito comum, tendo em vista uma decisão definitiva a ser nele consubstanciada, da qual, em parte, antecipam os efeitos” (ARMELIN, 2.002, p. 50).

A título exemplificativo, certa feita, alguns professores da Faculdade Politécnica foram exonerados ilegalmente de seus cargos e, por essa razão, procuraram o então advogado Rui Barbosa para ajuizar a ação própria. Como – na época –, o ordenamento processual não previa o mandado de segurança (que somente foi criado após, pela CF/34), Rui Barbosa interpôs a ação possessória.¹⁰³

Esse exemplo evidencia a necessidade – tanto lembrada por Luigi Paolo Comoglio –,¹⁰⁴ de que a forma deve variar sempre que for necessário para garantir a tutela jurisdicional.¹⁰⁵

Aliás, quanto mais o tempo transcorra, permanece cada vez mais forte a máxima *Chiovendiana* de que o processo, para outorgar efetividade ao jurisdicionado, deve propiciar tudo que a parte tem direito e nada mais do que ela tem direito,¹⁰⁶ em tempo razoável.

Por essas razões, concordamos com João Batista Lopes, quando afirma com sua peculiar clareza de raciocínio, que:

¹⁰³ Exemplo fornecido por: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Mandado de segurança: uma apresentação**. Belo Horizonte: Del Rey, 1.996, p. 73-79.

¹⁰⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Riforme processuali e poteri del giudice*. Torino: Giappichelli, 1.996, p. 86.

¹⁰⁵ Também defendendo que a tutela deve se ajustar ao perigo sofrido pelo jurisdicionado: MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 10ª ed. Torino: Giappichelli, 1.995. vol. I, p. 11.

¹⁰⁶ CHIOVENDA, 1.936. vol. I, p. 49.

À luz dessas considerações é possível conceituar a tutela jurisdicional diferenciada como o conjunto de instrumentos e modelos para fazer o processo atuar pronta e eficazmente, garantindo a adequada proteção dos direitos segundo os princípios, regras e valores constantes da ordem jurídica.¹⁰⁷

Em paralelo, não podemos esquecer que, não raramente, os recursos demoram anos e anos para serem julgados. Essa realidade, de um lado, causa severos prejuízos à parte que tem razão e, de outro, favorece odiosamente a outra parte.

Temos conhecimento de um caso inerente à averbação de tempo de serviço para efeito de aposentaria, em que o juiz sentenciou pela impossibilidade jurídica do pedido ante a argumentação de que a atividade do autor seria de estagiário. O tribunal anulou este pronunciamento, ressaltando que o importante não é o rótulo de *estagiário*, mas sim, se as atividades realizadas caracterizam o vínculo empregatício. As provas demonstraram cabalmente a relação empregatícia. Contudo, o juiz não atentou para a decisão do tribunal e repetiu a sentença que havia sido anulada.

Diante de tal fato, indagamos: É justo que a apelação do autor fique novamente aguardando anos e anos para ser julgada, enquanto a averbação postulada é essencial para o autor se aposentar? Esse é o amplo acesso à justiça previsto no Art. 5º, inc. XXXV, da CF?

¹⁰⁷ LOPES, 2.003, p. 40.

Facilmente verificamos que estamos diante de uma situação que exige a tutela diferenciada, por meio da medida antecipativa recursal.¹⁰⁸

Por derradeiro, não podemos desconsiderar que a tutela diferenciada deve ser aplicada com elevado cuidado pelo juiz (para não beneficiar desigualmente uma das partes, diante da aceleração do processo) e com o mínimo possível de alteração do sistema processual.¹⁰⁹

Desse modo, entendemos que a antecipação de tutela – principalmente na esfera recursal –, é uma espécie de tutela diferenciada.

1.5 Antecipação da Tutela Jurisdicional

Para que possamos ingressar no objeto de nosso tema (o instituto da tutela antecipada recursal), é imprescindível uma breve análise do

¹⁰⁸ Como adverte Enrico Tullio Liebman, as situações que apresentam caráter de urgência devem receber uma solução provisória, pois não podem aguardar o final do processo. Sobre esse entendimento, expressa: “*Un’ipotesi diversa da quelle fin qui considerate è quella che si dà quando le questioni che formano l’oggetto di un processo, o alcune di esse, presentano un tale carattere d’urgenza, da non poter attendere che il processo si concluda; in alcuni casi, tassativamente previsti dalla legge, potranno essere pronunciati provvedimenti interinali che daranno a quelle questioni una soluzione provvisoria, vevole fino a che sopraggiunga la decisione della causa*” (LIEBMAN, 1.984. vol. I, p. 196).

¹⁰⁹ Analisando a possibilidade de a tutela diferenciada favorecer demasiadamente o autor (em detrimento do réu), Donaldo Armelin expressa: “Um reparo, contudo, desde logo se faz necessário. A adoção de tipos tutela diferenciada tende a favorecer o polo ativo da relação processual, na medida em que são eles concebidos precipuamente com o propósito de acelerar a prestação jurisdicional. Por isso mesmo, indispensável se torna cautela na sua adoção, para se evitar a violação do tratamento isonômico das partes litigantes e a vulneração do princípio assegurador da paridade das armas no processo” (ARMELIN, 2.002, p. 46).

instituto da antecipação dos efeitos da tutela, tal como faremos na seqüência.

1.5.1 Considerações gerais

Como já verificamos, o processo foi concebido, inicialmente, para ser longo, tendo como parâmetro a ação de conhecimento pelo rito ordinário.

Ocorre que no transcorrer do procedimento processual, o direito da parte pode perecer e, por conseguinte, vedará o amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, XXXV).¹¹⁰

Concomitantemente, a obrigação de o Estado entregar a tutela jurisdicional, de forma plena, decorre do sistema constitucional. Por isso,

¹¹⁰ Essa realidade é tamanha, que levou José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira a criticarem a inexistência de mecanismos viabilizadores do acesso à justiça, na constituição lusitana, ao expressarem: “Falta também na ordem constitucional portuguesa a previsão de um processo judicial específico, proporcionando remédios céleres e expeditos (à imagem do tradicional habeas corpus), para a tutela de determinados direitos fundamentais, que existe noutros ordenamentos jurídicos (em Espanha, e no Brasil, por exemplo) e que permite evitar a consumação de lesões de direitos fundamentais ou a sua violação duradoura. A falta de um mecanismo dessa natureza – que de resto não precisa de previsão constitucional para ser criado –, os poderes apenas anulatórios ou declaratórios da justiça administrativa, e a realização deficiente do direito de acesso à justiça e aos tribunais, constituem os mais notórios défices da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais em Portugal” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1.991, p. 146).

como lembra Teori Albino Zavascki, o juiz deveria conceder a tutela sumária, ainda que inexistissem os Arts. 273 e 798 no CPC, pois não pode se eximir de decidir (CPC, Art. 126).¹¹¹

Logo, não há como o processo ser um instrumento realizador da justiça, sem os mecanismos que lhe outorguem efetividade como, por exemplo, as tutelas sumárias (que são espécies de tutelas diferenciadas).

Aliás, como registra João Batista Lopes, desde o direito romano já eram buscados meios de imediata proteção ao direito material discutido no processo.¹¹²

Foi dentro desse anseio pela efetividade, que a Lei nº 8.952 de 13/12/94 trouxe para o bojo de nosso CPC, a antecipação dos efeitos da tutela, por meio de nova redação aos Arts. 273 e 461, ambos do CPC.

¹¹¹ ZAVASCKI, 1.997, p. 69.

¹¹² Em interessante estudo, João Batista Lopes relaciona os mecanismos do direito romano que visavam dar pronta proteção ao direito, tais como: a) O interdito (*interdicta*), que era ordem expedida pelo pretor, para a prática, ou não, de um ato; b) A *missio in possessionem*, que era ordem do pretor para o beneficiário se imitar na posse de bens; c) A *cautio damni infecti*, que consistia em ordem para evitar dano irreparável, mediante caução do interessado; d) A *restitutio in integrum*, que era ato excepcional do pretor, embasado na equidade, para restituir às partes no estado anterior; e) a *addictio*, que era ordem do pretor para o devedor pagar sob pena de prisão, morte, ou escravidão; f) o *nexus*, pelo qual o devedor se vendia ao credor; g) *manus injectio*, era uma ação executiva para compelir o devedor pagar, sob pena de morte ou escravidão; h) *pignoris capio*, que permitia a apreensão de bens do devedor; i) *operis novi nuntiatio*, que consistia em um ato extrajudicial para impedir o prosseguimento de obra iniciada (LOPES, 2.003, p. 44-45). No mesmo sentido, Vincenzo Arangio-Ruiz expressa que a *manus injectio* concedia o prazo de trinta dias de trégua para o credor receber do devedor. Após, eram iniciadas as medidas para recebimento do crédito, inclusive, sobre a pessoa do devedor (ARANGIO-RUIZ, 1.960, p. 113).

Após, a Lei nº 10.444/02 de 07/05/02 lapidou os referidos dispositivos, além de inserir no CPC o Art. 461-A (que também versa sobre o tema).

Desse modo, o Art. 273 do CPC, atualmente expressa:

Art. 273: O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º – Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º – Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º – A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos Arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º – A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º – Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º – A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º – Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Tendo em vista o nosso tema, apenas analisaremos os aspectos pertinentes deste Art. 273 do CPC e, por consequência, não adentraremos aos Arts. 461 e 461-A, ambos do CPC.

1.5.2 Pressupostos gerais

Para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela devem estar presentes os pressupostos *gerais* e *específicos*. Ao contrário dos *específicos* (que a ocorrência de apenas um deles já é suficiente para a concessão da medida antecipativa, conforme veremos no item 1.5.3), todos os pressupostos *gerais* devem estar presentes.

Desse modo, veremos nos tópicos subseqüentes os pressupostos *gerais*, a saber: a legitimidade; o pedido; a prova inequívoca; a verossimilhança; a irreversibilidade e a motivação.

1.5.2.1 Legitimidade para requerer a antecipação

Ao elaborar o Art. 273 do CPC, o legislador outorgou poder à *parte* (e não ao autor), para pleitear pela concessão da medida antecipativa.

Realmente, na grande maioria das vezes, o interesse para postular pela medida antecipativa é do autor. Por outro lado, em muitas ocasiões, o

juízo antecipado da lide (CPC, Art. 330) é suficiente para tornar efetivo o direito do réu.¹¹³

Mas, diante da diversidade das situações práticas, Athos Gusmão Carneiro bem elenca algumas partes, que podem requerer a medida antecipativa, a saber:

- a) o autor, inclusive em relação ao terceiro chamado no processo;
- b) o oponente, ou seja, aquele que ingressou com a ação de oposição;
- c) o réu-reconvinte, isto é, quem ingressou com reconvenção;
- d) o devedor que tenha embargado a execução;
- e) o interveniente, tal como o assistente litisconsorcial;
- f) o Ministério Público, tanto quando atua como parte, como quando atua como fiscal da lei (*custos legis*).¹¹⁴

Neste contexto, entendemos que a *parte* mencionada no Art. 273 do CPC, não é exclusivamente o autor, mas sim, a que tiver interesse em relação ao mérito da lide. Por isso, a posição topográfica que a parte ocupa no processo (pólo ativo ou passivo), não é o melhor critério de aferição da legitimidade para postular pela medida antecipativa.

Em outras palavras, se a parte necessitar da medida para obter a tutela jurisdicional (e os pressupostos estiverem preenchidos), esta deve ser deferida

¹¹³ João Batista Lopes adverte sobre a importância do julgamento antecipado para o réu que tem razão (LOPES, 2.003, p. 65).

¹¹⁴ CARNEIRO, 2.005, p. 61-62.

(independentemente de ser autor ou réu),¹¹⁵ inclusive antecipadamente, se for o caso, sob pena de ficar violado o amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, XXXV) e a isonomia (CF, Art. 5º, *caput* e inc. I).¹¹⁶

Exemplificamos, se o autor ajuíza reintegração de posse em relação ao réu – se presentes os pressupostos legais –, nada impede que o réu formule requerimento de concessão de medida antecipativa para ser mantido no imóvel. E isso, porque estamos diante de ação de natureza dúplice (CPC, Art. 922).

Por outro lado, é irrefutável a possibilidade de ser deferida a tutela antecipada recursal ao agravante, independentemente de ser réu ou autor (CPC, Art. 527, inc. III).¹¹⁷

Em conclusão: a) andou bem o legislador ao contemplar o direito de a *parte* requerer a medida antecipativa (e não apenas do *autor*); b) por seu turno, o critério de verificação da legitimidade para pedir a antecipação dos

¹¹⁵ Todavia, conforme expusemos nesse tópico, são muito limitadas às hipóteses em que o réu tem legitimidade para postular pela medida antecipativa.

¹¹⁶ Conclusão semelhante é adotada por Teori Albino Zavascki, que expressa: “Considera-se parte, para esse efeito, quem está postulando a tutela definitiva cujos efeitos se busca antecipar, ou seja, o autor, o reconvinte, o oponente, o substituto processual. Nos casos de ação dúplice, em que a tutela definitiva poderá vir a ser conferida ao réu, mesmo sem reconvenção, nada impede que, presentes os requisitos exigidos, venha ele, réu, pedir medida antecipatória em seu favor” (ZAVASCKI, 1.997, p. 115).

¹¹⁷ Contudo – neste caso –, nem sempre o mérito recursal coincide com o mérito da ação. Exemplificamos: Um agravo que impugna o indeferimento de uma determinada prova terá mérito (recursal) diferente da respectiva ação.

efeitos da sentença deve ser pautado pelo interesse do requerente quanto ao objeto da lide.

1.5.2.2 Antecipação de ofício

O *caput* do Art. 273 do CPC, expressa que o juiz poderá antecipar os efeitos da tutela *a requerimento da parte*.¹¹⁸

Emerge disso, a seguinte indagação: Estes efeitos poderiam ser antecipados sem o pedido da parte?

É verdade, que doutrinadores renomados defendem o caráter publicista do processo, principalmente em relação aos poderes instrutórios, para que o juiz não fique como um mero espectador.¹¹⁹

¹¹⁸ Entendemos que andou bem o legislador ao prever que a tutela está condicionada ao pedido da parte (e não do Autor), pois como veremos no capítulo próprio, notadamente no âmbito recursal, tanto o autor-recorrente como o réu-recorrente podem solicitá-la.

¹¹⁹ Nesse sentido Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, expressam: “Todavia, diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do último quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam de alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares etc.” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1.998, p. 64).

Contudo, este caráter publicista deve ser visto sistematicamente. Por exemplo, no tocante a determinação de provas, existe autorização legal para o juiz agir de ofício (CPC, Art. 130).

Em outros termos, isso não muda a realidade de que o nosso sistema adotou a regra do princípio do dispositivo e, por conseqüência, a tutela jurisdicional exige provocação do interessado (CPC, Arts. 2º, 128 e 460).

Cumulativamente, no caso da antecipação dos efeitos da tutela, existe norma específica que condiciona o seu deferimento à existência de pedido do interessado (CPC, Art. 273, *caput*).¹²⁰

Aliás, como bem ressalva Maria Elizabeth de Castro Lopes, embora a concessão de liminar dependa de pedido do interessado, o juiz poderá agir de ofício em relação às medidas de apoio necessárias para obrigar o cumprimento de sua decisão (CPC, Art. 461, § 5º).¹²¹

¹²⁰ Tanto é assim, que Cândido Rangel Dinamarco reconhece esta diferença, mesmo defendendo o uso das regras do processo cautelar para as medidas antecipativas, ao expressar: “Talvez o item em que se manifesta a maior diferenciação entre as duas espécies de medidas urgentes seja o da concessibilidade de ofício, dado que as antecipações não podem ser concedidas sem pedido da parte, mesmo na pendência de um processo – sendo no entanto legítima a concessão de medidas ‘cautelares’ incidentes, conforme lição irrefutável do professor Galeno Lacerda” (DINAMARCO, 2.005, p. 91).

¹²¹ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O princípio do dispositivo no processo civil contemporâneo**. Tese de Doutorado apresentado à PUC-SP, 2.003-a, p. 286.

Logo, em regra, o juiz de primeiro grau, não poderá conceder a antecipação dos efeitos da sentença de ofício.¹²²

1.5.2.3 Prova inequívoca e verossimilhança

Desde já, registramos uma incoerência, pois a expressão *prova inequívoca* é equívoca.

E isso, porque – de um lado –, o adjetivo inequívoco exige a inexistência de engano para a concessão da medida antecipativa.¹²³ E – de outro –, geralmente esta prova é apreciada pelo juiz ao despachar a inicial, isto é, sem que tenha existido uma cognição exauriente.

Diante desse impasse, surge a indagação: Como conciliar a prova inequívoca (que demandaria uma cognição exauriente) com a cognição sumária utilizada, não raramente, para a concessão da medida antecipativa?

¹²² Ressalvamos que – excepcionalmente –, se houver confronto entre os direitos fundamentais, o juiz poderá agir de ofício, diante do princípio da proporcionalidade, que analisaremos no item 2.6.7.7.4.

¹²³ Sobre a palavra *inequívoco*, José Oscar de Plácido e Silva registra que: “É o adjetivo, formado pela negação *in* e *equivoco*, para demonstração do que se diz ou se faz com clareza, exatidão, firmeza, ou o que se vê evidente, irrepreensível, certo. A qualidade de inequívoco (inequivocabilidade) imprime aos atos jurídicos a condição de irrefutáveis, porque se fazem verdadeiros, certos, procedentes e autênticos, de modo claro e positivo, não admitindo erro ou engano quanto à sua apreciação” (SILVA, 2.004, p. 736).

Para respondermos a esta questão, não podemos perder de vista que a concessão errônea da medida antecipativa pode causar gravíssimos prejuízos à parte adversa. Portanto, ao redigir o Art. 273, o legislador pretendeu alertar o juiz dos cuidados que deve ter ao deferir esta medida.¹²⁴

Concomitantemente, conforme ressalva Nicola Framarino Malatesta, a probabilidade possui graus (alto, médio e baixo).¹²⁵ Desse modo, a verossimilhança consiste no grau *alto* de probabilidade e, portanto, se afasta da certeza absoluta que é almejada pela expressão *prova inequívoca*.¹²⁶

Por estas razões, concordamos com João Batista Lopes, quando adverte que o conceito de *prova inequívoca* deve ser abrandado pela expressão *verossimilhança da alegação* que também está no *caput* do Art. 273 do CPC.

Por conseqüência, a prova inequívoca deve ser entendida como meio para tornar os fatos seguros, gerando a probabilidade máxima (alta) do direito invocado.¹²⁷

¹²⁴ Sobre este escopo legislativo, Teori Albino Zavascki registra que: “Atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrição a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis à qualquer das espécies de antecipação da tutela, que haja: a) prova inequívoca e b) verossimilhança da alegação (ZAVASCKI, 1.997, p. 77).

¹²⁵ MALATESTA, Nicolò Framarino Dei. *La logica delle prove in materia criminale*. 2ª ed. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2.001, p. 42-56.

¹²⁶ LOPES, 2.003, p. 70.

¹²⁷ Ibidem, mesma página.

Em linhas gerais, este abrandamento da expressão *prova inequívoca* possui bom trânsito na ciência jurídica,¹²⁸ além de ser coerente com a entrega da tutela jurisdicional.

Aliás, em interessante análise do tema, José Manoel de Arruda Alvim Netto – embasado na anterior redação do Art. 401º, 1, do CPC português –, defende a adoção do *critério-limite*, para a concessão da medida antecipativa.

Desse modo, o juiz deverá sopesar proporcionalmente as posições das partes, para verificar: a) se existe a probabilidade séria da existência do direito; b) se há o fundado receio de dano; c) se a concessão da medida não implicaria em maior dano ao réu.¹²⁹

¹²⁸ Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, a interpretação da expressão *prova inequívoca* deve atingir o conceito mais forte de probabilidade, em razão da sua conjugação com a verossimilhança (NERY, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria Andrade, 1.999, p. 23). Para José Joaquim Calmon de Passos, será inequívoca a prova que convence o juiz da verossimilhança das alegações (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.998. vol. III, p. 23). Para José Eduardo Carreira Alvim, é a que apresenta elevado grau de conhecimento, gerando presunção de veracidade (ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela antecipada na reforma processual**. 2ª ed. Curitiba: Juruá. 1.999, p. 59). Para Luciano Henrique Diniz Ramirez, é a que gera presunção de veracidade (RAMIREZ, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumento de efetividade no processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2.002, p. 96). Sobre o tema, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma, agravo interno em agravo de instrumento 2001.02.01.0205792, Rel. Des. Fed. Antônio Cruz Netto, vu, DJU 27/06/03, p. 320, com trecho da ementa expressando: “[...] II – Embora a concessão da tutela antecipada se baseie em premissas diversas da cognição exauriente – levada a efeito na sentença – ela é orientada por um juízo de probabilidade de que o pedido do autor seja, ao final, julgado procedente (‘verossimilhança da alegação’ e ‘prova inequívoca’). A jurisprudência tem se manifestado, reiteradamente, em sentido contrário à pretensão dos autores, uma vez que, sendo militares temporários podem ser licenciados *ex-officio*, por conclusão do tempo de serviço ou estágio, bem como por conveniência administrativa (Lei nº 6.391/76). Assim, resta afastada a verossimilhança das alegações.[...]”.

¹²⁹ ALVIM NETTO, 2.005. vol. II, p. 351.

A propósito, o atual Art. 401º, 1, não tem mais esta redação, diante das reformas sofridas pelo CPC português. Contudo, redação similar encontra-se no Art. 381º do mesmo Código.¹³⁰

Por fim, não podemos confundir a prova inequívoca, com a prova pré-constituída, pois aquela é uma das condições necessárias para o deferimento da medida antecipativa. Mas isto não significa que a referida prova inequívoca deva estar presente no momento do ajuizamento da ação (pré-constituída).

E isso, porque se a prova testemunhal for necessária, nada impede – por exemplo –, que a prova se torne inequívoca após a justificação prévia.¹³¹ Aliás, andou bem o legislador ao conceber a possibilidade de justificação na atual redação do Art. 461, § 3º, do CPC, trazida pela Lei nº 8.952/94.¹³²

Logo, entendemos que, embora a prova inequívoca implique na certeza absoluta, ela deve ser interpretada sistematicamente, isto é, a luz da

¹³⁰ Art. 381º do CPC português: “1. Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado. 2. O interesse do requerente pode fundar-se num direito já existente ou em direito emergente de decisão a proferir em acção constitutiva, já proposta ou a propor. 3. Não são aplicáveis as providências referidas no nº 1 quando se pretenda acautelar o risco de lesão especialmente prevenido por alguma das providências tipificadas na secção seguinte. 4. Não é admissível, na dependência da mesma causa, a repetição de providência que haja sido julgada injustificada ou tenha caducado”.

¹³¹ Neste sentido: LOPES, 2.003, p. 97; CARNEIRO, 2.005, p. 25; RAMIREZ, Luciano Henrique Diniz, 2.002, p. 98.

¹³² Art. 461 do CPC: [...] “§ 3º – Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

verossimilhança (que apenas exige o grau mais alto de probabilidade) para ser entendida como o meio de ser demonstrada a probabilidade máxima da veracidade dos fatos articulados.

1.5.2.4 Irreversibilidade da medida antecipativa

O § 2º, do Art. 273, do CPC veda a concessão da medida antecipativa se houver perigo de irreversibilidade da mesma.

Diante da leitura deste dispositivo, fica o seguinte questionamento: Como interpretá-lo se, em regra, o pronunciamento que antecipa a tutela é provisório?

Irrefutavelmente a provisoriedade é da natureza da tutela sumária (como é o caso antecipação dos efeitos da tutela), pois pode ser modificada por um pronunciamento definitivo.¹³³ Tanto é assim, que o § 4º, do Art. 273 do CPC permite a revogação ou modificação a qualquer tempo da medida antecipativa, desde que fundamentadamente.

¹³³ Discorrendo sobre esta provisoriedade da tutela sumária, Piero Calamandrei expressa que: “Aqui, portanto, a provisoriedade do primeiro procedimento (sumário) nasce da possibilidade de um último procedimento (definitivo), que pode eventualmente vir a anular ou a modificar os efeitos do primeiro. Mas, na maioria dos casos, essa possibilidade não se verifica (ou, de todo modo, o legislador calcula que não se verifique): e, permanecendo inativa a parte interessada para provocar o conhecimento ordinário, o procedimento provisório consolida-se e torna-se ele próprio definitivo” (CALAMANDREI, 2.000, p. 31).

Novamente a saída está na busca pelo escopo da norma, que reside em chamar a atenção para a necessidade de observância da segurança jurídica da parte adversa. Por sua vez, a segurança jurídica apenas estará preservada se estiverem presentes os demais pressupostos do Art. 273 do CPC.

Desse modo, a irreversibilidade deve ser observada no mundo dos fatos e não no plano jurídico. Em outras palavras, não deve ser visto se o provimento poderá (ou não) ser reformado, mas sim, se a consequência do pronunciamento pode ser restaurada.¹³⁴

Por exemplo, mencionamos a concessão de medida antecipativa para demolir um edifício prestes a ruir. Nessa hipótese, a irreversibilidade deve ser vista no plano dos fatos, isto é, a situação provocada pela demolição do edifício não poderá retroagir.

Mas, ainda assim, poderemos indagar: Como proceder? O prédio não poderá ser demolido? Podem ser colocadas em risco as construções vizinhas e a vida de pessoas?

¹³⁴ Por esta razão, concordamos com José Eduardo Carreira Alvim, ao afirmar que: “No fundo, irreversível não é uma qualidade do provimento – na medida em que toda decisão, num determinado sentido, comporta decisão em sentido contrário –, mas da consequência fática que dele resulta, pois esta é que poderá correr o risco de não ser resposta no *status quo ante*, ou não sê-lo em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte beneficiada não estará em condições de suportar” (ALVIM, 1.999, p. 98). Em sentido análogo: LOPES, 2.002, p. 80; CARNEIRO, 2.005, p. 81.

A única solução para este impasse é lembrarmos que nenhum direito ou garantia individual é absoluto, ou seja, cada situação deve ser analisada individualmente (casuisticamente),¹³⁵ para que seja encontrada a proporcionalidade entre o interesse público e o individual, inclusive, como meio de impedir injustiças.

Por essas razões, concordamos com João Batista Lopes, quando afirma que a irreversibilidade prevista no § 2º do Art. 273: “[...] deve ser interpretada como regra geral, que vigora nas hipóteses em que não haja necessidade de proteção a valores maiores, consagrados na Lei Máxima”.¹³⁶

Registramos que tem boa aceitação jurisprudencial a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no direito pátrio. Essa realidade também é

¹³⁵ Analisando o tema, Teori Albino Zavascki também defende que o § 2º, do Art. 273 do CPC deve ser relativizado, sob pena de tornar letra morta o próprio instituto da antecipação dos efeitos da tutela. Além disso, registra que a irreversibilidade deve ser analisada, caso a caso, no plano dos fatos gerados dessa antecipação, ao expressar: “Insista-se no ponto: a reversibilidade diz com os fatos decorrentes do cumprimento da decisão, e não com a decisão em si mesma. Esta, a decisão, é sempre reversível, ainda que sejam irreversíveis as conseqüências fáticas decorrentes de seu cumprimento. À reversibilidade jurídica (revogabilidade da decisão) deve sempre corresponder o retorno fático ao *status quo ante*. Não foi feliz, como se percebe, a redação do dispositivo citado, ao falar em irreversibilidade do ‘provimento’” (ZAVASCKI, 1.997, p. 100).

¹³⁶ LOPES, 2.002, p. 87. Na mesma linha de raciocínio Teresa Arruda Alvim Wambier expressa: “Exemplo interessante, de aplicação do princípio da proporcionalidade, é a possibilidade de se conceder ao autor liminar que gere providência irreversível no plano empírico – o que, como regra geral, não se admite – se esta for a única forma de preservar o direito que este alega convincentemente ter, já que, em casos difíceis (*hard cases*), convém proteger-se um direito provável ainda que se corra o risco de comprometer um direito improvável. Chega-se, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, a uma solução de compromisso, que consiste em se dar mais valor, NAQUELE CASO, à aplicação de certo princípio, em detrimento de outro, sem que com isso se deva necessariamente repetir a operação no futuro” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005, p. 44).

trazida por Maria Elizabeth de Castro Lopes,¹³⁷ ao advertir que o referido princípio implica na análise de caso a caso, pelo juiz, para sopesar os valores envolvidos.¹³⁸

Portanto, entendemos que: a) a irreversibilidade da prova deve ser analisada em relação ao plano dos fatos; b) esta análise deverá ser individual e sempre pautada pelo princípio da proporcionalidade.

1.5.2.5 Motivação do pronunciamento

Interessante observarmos, que a obrigação de fundamentar todo pronunciamento, com conteúdo decisório suficiente para causar gravame, está

¹³⁷ Dentre outros acórdãos, existem: Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 43, Rel. Min. Edson Vidigal, vu, DJU de 29/09/04, p. 172, com ementa expressando: “SUSPENSÃO DE LIMINAR. SISTEMA DE TRANSPORTE DE PASSAGEIRO URBANO. AMPLIAÇÃO DE TRAJETO DE LINHA ATRAVÉS DE PORTARIA. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. 1. Enquanto o mérito da ação principal, que questiona a necessidade de procedimento licitatório para a ampliação de linha de transporte explorada por uma determinada empresa, está sendo devidamente examinado nas vias ordinárias, em face do princípio da proporcionalidade, deve ser assegurado o regular serviço de transporte no novo trajeto à população beneficiada. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. Ainda no mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, mandado de segurança 6.129, Rel. Min. Adhemar Maciel, vu, DJU de 12/08/96, p. 27.942, com trecho da ementa expressando: [...] Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da Sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da atualização constitucional (*Verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula invocada é relativa. A jurisprudência norte americana mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da razoabilidade (*reasonableness*). O ‘Princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ também há temperamentos”.

¹³⁸ LOPES, 2.003-a, p. 308.

constitucionalmente prevista no Art. 93, inc. IX, da CF,¹³⁹ sob pena de nulidade.

Mas, mesmo assim, o § 1º, do Art. 273 do CPC, praticamente, repetiu esta norma constitucional, quando obrigou o juiz a motivar, isto é, expor de modo claro as razões que foram suficientes para o seu convencimento.¹⁴⁰

Em nosso entendimento, esta *redundância* do legislador evidencia que não se trata de poder discricionário do magistrado, mas sim, de um *dever* de conceder a medida antecipativa, na presença dos pressupostos legais. Para verificarmos esta realidade, faremos uma breve análise do significado das palavras *discricionário* e *vinculado*.

Em linhas gerais, o ato discricionário estabelece opções ao agente e, este, tem a liberdade de escolha da opção que entender melhor. Por seu turno, o ato vinculado apenas permite uma opção ao agente.

Nesse sentido, após ressaltar que, no Estado de Direito, o procedimento é impulsionado pela lei, Michel Temer registra que:

¹³⁹ Art. 93, da CF, inc. IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

¹⁴⁰ Teori Albino Zavascki ressalva, que a obrigação de fundamentar o pronunciamento sobre a medida antecipativa, também é proveniente do fato de o juiz estar conformando direitos fundamentais (efetividade e segurança jurídica) e não apenas dos Arts. 93, inc. IX, da CF e 273, § 1º, do CPC (ZAVASCKI, 1.997, p. 119-120).

Só nos limites é que o administrador poderia movimentar-se. O legislador, ao editá-lo, vincula direta e imediatamente a atividade do administrador, fazendo com que o ato a ser por ele expedido já esteja predefinido na Lei, ou, então, fixam-se opções de tal sorte que o administrador, entre vários caminhos, pode escolher um deles. Na primeira hipótese, em face dessa vinculação rígida, da existência de uma linguagem direta do legislador para o administrador, temos o ato vinculado. No caso em que há uma flexibilidade maior na atividade do administrador – por vontade da Lei e não da vontade do administrador – temos o chamado ato discricionário. Ambos, entretanto, estão ligados à lei.¹⁴¹

Todavia, ousamos discordar em parte desse posicionamento, pois entendemos que a liberdade administrativa outorgada pelo poder discricionário não é plena.

E isso, porque, mesmo na seara do direito administrativo, a atribuição de discricionariedade ao administrador não lhe confere o poder para escolher qualquer ato. Em verdade, ele deverá escolher a melhor opção para a população. Este entendimento decorre do princípio constitucional da eficiência (CF, Art. 37, *caput*).

Contudo, na órbita processual, ainda fica a pergunta: O juiz pode deixar de conceder a medida antecipativa, se os pressupostos legais estiverem presentes, alegando que se trata de poder discricionário?

Realmente, esta decisão será originada a partir do preenchimento de conceitos vagos (*prova inequívoca, verossimilhança, irreversibilidade, dano irreparável* e outros).

¹⁴¹ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1.998, p. 178.

Contudo, isto não modifica o fato de que a atividade interpretativa apenas poderá gerar um resultado, por meio da investigação crítica do juiz.¹⁴²

Cumulativamente, como bem assinala Teresa Arruda Alvim Wambier,¹⁴³ a possibilidade de existirem interpretações diferentes sobre a mesma norma, não provoca a discricionariedade, pois a existência de dois fenômenos iguais, no ponto de vista social, lingüístico, psicológico, ou lógico, não significa que o direito tenha atribuído idêntica qualificação jurídica.

Por fim, é irrefutável a relevância da motivação, pois tem a imprescindível função de impedir o arbítrio nos julgamentos, inclusive, por servir como meio hábil para que o jurisdicionado exerça o seu direito de reação frente ao pronunciamento que lhe for desfavorável.

Por essa razão, concordamos integralmente com José Carlos Barbosa Moreira, quando afirma que a motivação deve ser vista como um princípio do Estado de direito, pois: “se põe, antes de tudo, no plano dos princípios fundamentais, de ordem política – no mais nobre sentido da palavra – que devem presidir à disciplina da atividade estatal, ‘*in genere*’, e da atividade jurisdicional, ‘*in specie*’”.¹⁴⁴

¹⁴² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000, p. 258.

¹⁴³ Ibidem, p. 251.

¹⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito**. In: Revista Brasileira de Direito Processual, vol. IV, nº 16. Rio de Janeiro: Forense, 1.978, p. 124.

Por conseguinte, entendemos que: a) o juiz deverá fundamentar todo o pronunciamento que tiver conteúdo decisório suficiente para causar gravame (CF, Art. 93, inc. IX) e, principalmente, o que analisar a medida antecipativa (CPC, Art. 273, § 1º); b) o magistrado deve investigar criticamente¹⁴⁵ o caso que lhe é apresentado, para atingir o resultado que melhor refletir a justiça e, por esta razão, não se trata de poder discricionário.

1.5.3 Pressupostos específicos

Além dos pressupostos gerais, também há necessidade de que exista – ao menos –, um dos três pressupostos específicos (perigo da demora, protelação ou incontrovérsia), conforme veremos na seqüência.

1.5.3.1 Perigo da demora

Para postular pela antecipação dos efeitos da tutela, com fundamento no inc. I, do Art. 273, do CPC, deve estar materializada a

¹⁴⁵ Com muita propriedade registra João Batista Lopes, que esta investigação, deve ser pautada pelo princípio da persuasão racional das provas que rege o CPC (LOPES, 2.002, p. 79). Também entendendo que o juiz não tem poder discricionário: CARNEIRO, 2.005, p. 21; FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. **O agravo frente aos pronunciamentos de primeiro grau no processo civil**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2.006, p. 119; ZAVASCKI, 1.997, p. 132-133.

ameaça, ou a efetiva ocorrência de um dano de difícil (ou impossível) reparação.

Entendemos que deve ser atribuído ao substantivo *dano*, a interpretação mais ampla possível, inclusive para ser definido como todo e qualquer prejuízo ao patrimônio material e/ou imaterial da vítima.¹⁴⁶

Nesse contexto, é salutar o cuidado do inc. I, do Art. 273, do CPC, ao consagrar a medida antecipativa também para as situações de ameaça ao direito (*fundado receio*). E nem poderia ser diferente, pois o caráter preventivo (e não somente repressivo) da tutela jurisdicional está assegurado constitucionalmente pelo princípio do amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV).

A propósito, o dano exigido para a concessão da medida antecipativa é semelhante ao perigo da demora (*periculum in mora*) exigido para a concessão da tutela cautelar (CPC, Art. 798).¹⁴⁷⁻¹⁴⁸ Mas, embora o *pressuposto* do perigo da demora seja coincidente, a *finalidade* é diferente,

¹⁴⁶ Nesse sentido: ALVIM, 1.999, p. 139.

¹⁴⁷ Art. 798 do CPC: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

¹⁴⁸ Neste sentido: CARNEIRO, 2.005, p. 32-33; ALVIM, 1.999, p. 86; FERREIRA, 2.000, p. 168.

pois a tutela cautelar visa assegurar o direito discutido, enquanto a medida antecipativa está relacionada ao próprio direito.¹⁴⁹

1.5.3.2 Abuso do direito de defesa

A utilização do processo para praticar o abuso é digna de repúdio, pois retira a efetividade do processo, afastando a entrega da tutela jurisdicional.

Como salienta Michele Taruffo, a luta contra o abuso do processo deve ter a cooperação ativa das partes e do juiz para assegurar um nível razoável de cortesia, honestidade e lealdade na administração da justiça.¹⁵⁰

Atento para essa realidade, o legislador alçou o abuso do direito de defesa e/ou a manifesta intenção procrastinatória como motivos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela (CPC, Art. 273 inc. II).

¹⁴⁹ Já analisamos a distinção entre as tutelas cautelar e antecipativa, no item 1.3.3.

¹⁵⁰ Ressalvando essa conduta Michele Taruffo expressa: “*Si può rilevare comunque, in conclusione, che poichè l’abuso del processo è un problema molto serio in tutti i sistemi processuali, esiste pressochè dovunque l’esigenza di configurare efficaci strumenti di prevenzione e di sanzione, e di massimizzarne l’impiego. La lotta contro l’abuso può avere qualche successo a condizione che si realizzi un’attiva cooperazione di parti, avvocati e giudici, orienta al fine di assicurare almeno un grado ragionevole di correttezza, onestà e lealtà nell’amministrazione della giustizia*” (TARUFFO, Michele. **L’abuso del processo: profili comparatistici**. In: Revista de Proceso, nº 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004, p. 169).

Realmente, existe controvérsia doutrinária sobre a equivalência das expressões *abuso do direito de defesa* e *manifesto propósito protelatório*.¹⁵¹

Contudo – em linhas gerais –, não podemos perder de vista que o escopo do legislador foi impedir a indevida utilização do processo para retardar a entrega da tutela jurisdicional, por meio do desvirtuamento da ampla defesa (CF, Art. 5º, LV).

Sobre essa realidade, registra Luiz Guilherme Marinoni, que para conceder a medida antecipativa com fundamento no abuso do direito de defesa: “[...] são necessárias a evidência do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu, não bastando apenas a caracterização do primeiro”.¹⁵²

Raciocínio análogo é adotado por João Batista Lopes, ao asseverar que a medida antecipativa deve ser concedida quando: “[...] se mostre provável a vitória do autor em razão dos elementos constantes dos autos e da defesa inconsistente do réu”.¹⁵³

¹⁵¹ Para José Eduardo Carreira Alvim, são equivalentes (ALVIM, 1.999, p. 90). Para José Manoel de Arruda Alvim Netto estas expressões se referem a uma defesa manifestamente sem fundamento, ou, resistência ilegítima que protela o resultado final advinda das alegações e do comportamento do Réu (ALVIM NETTO, 2.005. vol. II, p. 349). Já, William Santos Ferreira entende haver significados diversos, pois o réu poderia contestar com razoável plausibilidade, mas praticar atos protelatórios (FERREIRA, 2.000, p. 171). Para Teori Albino Zavascki são expressões diferentes, pois, de um lado, o abuso do direito de defesa implica em atos protelatórios praticados no processo e, de outro lado, o manifesto propósito protelatório refere-se ao ato praticado fora dos autos, que repercute negativamente dentro do processo (ZAVASCKI, 1.997, p. 104).

¹⁵² MARINONI, 2.003, p. 26.

¹⁵³ LOPES, 2.002, p. 75.

Contudo, conforme lembra Teori Albino Zavascki, existem atos praticados pelo réu, fora do processo, que também colocam em risco a entrega da tutela jurisdicional, tais como: ocultação de prova, não atendimento de diligências e simulação de doenças.¹⁵⁴

Dessa forma, entendemos que o escopo do legislador – ao fazer esta distinção – foi evidenciar que a medida antecipativa também pode ser concedida em razão de ato protelatório realizado fora do processo.

Diante desse quadro, entendemos que:

a) o abuso do direito de defesa abrange os atos praticados abusivamente, dentro do processo;

b) o manifesto propósito protelatório se refere aos atos procrastinatórios relacionados ao processo, porém, praticados fora dele.

Por derradeiro, entendemos que da conjugação de ambas as expressões (*abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório*), resulta que deve ser verificado se o ato praticado é manifestamente frágil ou protelatório. Mas, se o intérprete hesitar ao responder esta indagação, então,

¹⁵⁴ Nesse sentido: ZAVASCKI, 1.997, p. 79.

em regra, a medida antecipativa não poderá ser concedida com fundamento no inc. II, do Art. 273 do CPC, pois, ou a defesa não será abusiva, ou não existirá ato manifestamente protelatório.

1.533 Pedido incontroverso

Outro pressuposto específico para a concessão da medida antecipativa é a existência de incontrovérsia em relação ao pedido (CPC, Art. 273, § 6º).¹⁵⁵

Sobre este pressuposto, José Manoel de Arruda Alvim Netto registra que se materializa quando não houver contestação sobre um ou mais dos pedidos cumulados, desde que o juiz não tenha dúvidas.¹⁵⁶

Entretanto, o escopo deste dispositivo é permitir a antecipação em relação à matéria que não foi impugnada pelo réu. Logo, nada impede que havendo a incontrovérsia – mesmo existindo apenas um pedido –, seja concedida a medida antecipativa com fundamento no § 6º do Art. 273, do CPC.¹⁵⁷

¹⁵⁵ O mencionado § 6º foi inserido no Art. 273 do CPC, por meio da Lei nº 10.444/02.

¹⁵⁶ ALVIM NETTO, 2.005. vol. II, p. 355.

¹⁵⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2.004. vol. I, p. 297.

Como exemplo, podemos considerar a interposição de ação visando à condenação ao pagamento de dez mil reais, em que o réu reconhece ser devedor de seis mil e apenas contesta os outros quatro mil. Ora, nesse caso, nada impede a antecipação dos efeitos da tutela em relação aos seis mil reais que foram reconhecidos pelo réu.

Aliás, hipótese semelhante já é trazida pelo Art. 739, § 2º, do CPC,¹⁵⁸ que permite o imediato prosseguimento da execução em relação à parte não embargada (incontroversa).

Com relação aos fatos incontroversos, a grosso modo, são os que não foram impugnados pela parte adversa e, por conseguinte, não dependem de prova (CPC, Art. 334, inc. III).¹⁵⁹⁻¹⁶⁰

Todavia, não podemos esquecer que esta regra deve ser interpretada em conjunto com o Art. 302 do CPC,¹⁶¹ e, por esta razão, não é possível a

¹⁵⁸ Art. 739, § 2º do CPC: “Quando os embargos forem parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada”.

¹⁵⁹ Art. 334 do CPC: “Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

¹⁶⁰ Por exemplo, se for interposta uma ação pedindo a condenação ao ressarcimento dos danos moral e material e, por seu turno, o réu somente contesta o dano material. Logo, o dano moral é incontroverso e, em tese, a tutela pode ser antecipada em relação a ele (somente).

¹⁶¹ Art. 302 do CPC: “Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto”.

medida antecipativa, na forma do § 6º, do Art. 273 do CPC, apesar da incontrovérsia, notadamente quando o fato:

a) não admitir a confissão, como, por exemplo, o direito indisponível;

b) a petição inicial não trazer instrumento público que a lei considere ser substancial ao ato;

c) estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Enfim, entendemos que a hipótese do § 6º do CPC se aplica sempre que houver a incontrovérsia (ressalvada as previsões legais), ainda que o pedido seja único.¹⁶²

1.5.4 Efeitos da tutela antecipada

Para efetivar a medida antecipativa, o § 3º, do Art. 273, do CPC, adota – quando cabível – os procedimentos previstos nos Arts. 461, §§ 4º e 5º, 461-A e 588.

¹⁶² Conclusão similar é apresentada por Teori Albino Zavascki ao elencar que os requisitos para o reconhecimento da incidência do § 6º, do Art. 273 do CPC são: a) ausência de controvérsia séria pelas partes; b) verossimilhança das alegações; c) inexistência de questão prejudicial subordinando a concessão do pedido (ZAVASCKI, 1.997, p. 110).

Quanto ao procedimento previsto nos Arts. 461, §§ 4º e 5º¹⁶³ e 461-A,¹⁶⁴ é evidente que o legislador – escorreitamente –, delegou meios para o juiz compelir o jurisdicionado a cumprir sua decisão.

Alguns destes meios, que podem ser determinados pelo juiz, até mesmo de ofício, são: a) imposição de multa diária (*astreintes*); b) busca e apreensão; c) remoção de coisas ou pessoas; d) desfazimento de obras; e) requisição de força policial.

No tocante ao Art. 588, do CPC,¹⁶⁵ estabelece o procedimento para a execução provisória. Nesse caso, as principais peculiaridades são:

¹⁶³ Art. 461 do CPC: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento [...] § 4º – O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º – Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial [...]”.

¹⁶⁴ Art. 461-A do CPC: “Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 1º – Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. § 2º – Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º – Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do Art. 461”.

¹⁶⁵ Art. 588 do CPC: “A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I – corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer; II – o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução; III – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior; IV – eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo. § 1º – No caso do inc. III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução. § 2º – A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade”.

a) a execução corre por conta e risco do exequente, que deverá ressarcir os prejuízos causados se perder a ação (CPC, Art. 588, inc. I), por meio de liquidação no mesmo processo (CPC, Art. 588, inc. IV);

b) o levantamento de dinheiro ou a prática de ato de alienação de domínio devem ser caucionados (CPC, Art. 588, inc. II), podendo ser dispensada a caução quando a verba for alimentar e o credor estiver em estado de necessidade (CPC, Art. 588, § 2º);¹⁶⁶

c) se o pronunciamento que embasa a execução for alterado, ficará sem efeito tudo que for incompatível com a parte modificada (CPC, Art. 588, inc. IV e § 1º).

Em epítome, como bem adverte Athos Gusmão Carneiro, o § 3º, do Art. 273 do CPC, afirma que os Arts. 461, §§ 4º e 5º, 461-A e 588 apenas devem ser usados *no que couber*, isto é, como parâmetro operativo para efetivar a medida antecipativa.¹⁶⁷

Logo, estes referidos procedimentos, devem ser vistos como uma forma de efetivar (e não afastar) a tutela jurisdicional.

¹⁶⁶ A exigência de caução deve ser vista em razão da proporcionalidade, sob pena de inviabilizar a tutela jurisdicional (CF, Art. 5º, inc. XXXV). A propósito, como bem ressalva Athos Gusmão Carneiro, a exigência de caução poderá implicar na inviabilização da medida antecipativa ao jurisdicionado hipossuficiente (CARNEIRO, 2.005, p. 71-72).

¹⁶⁷ Ibidem, p. 76.

1.5.5 Fungibilidade das tutelas cautelar e antecipativa

Não raramente, a parte tinha o seu pedido de medida antecipativa indeferido, pelo juiz, ante a argumentação de que se tratava de medida cautelar ou vice-versa.

Cumulativamente, em muitas situações existiam (como ainda existem) fundadas dúvidas se a medida reclamada era cautelar ou antecipativa, propiciando pronunciamentos judiciais divergentes. Por consequência, essas divergências retardavam o direito do jurisdicionado.

No intuito de acabar com esta frustrante realidade, andou bem o legislador ao inserir o § 7º, no Art. 273, por meio da Lei nº 10.444/02, pois outorgou ao jurisdicionado o direito de obter, no bojo da ação, tanto a medida antecipativa, quanto a cautelar.¹⁶⁸

Essa fungibilidade revela que o juiz deve aproveitar o requerimento de tutela antecipada para conferir um tratamento substancial de medida cautelar, nos próprios autos.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Outro aspecto relevante apontado por Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos é que este dispositivo abrandou a vinculação do juiz ao pedido da tutela sumária, pois pode conceder a cautelar ao invés da medida antecipativa (VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo**. Tese de Doutorado apresentado à PUC-SP, 2.004, p. 439).

¹⁶⁹ Neste sentido: ALVIM NETTO, 2.005. vol. II, p. 367-368.

Ademais, a concessão, no bojo dos autos de medida antecipativa ou cautelar, reduz drasticamente o interesse na interposição de ação cautelar incidental.¹⁷⁰ Ora, se a medida pode ser obtida nos próprios autos, dificilmente haverá motivo para ser interposta uma ação cautelar com a mesma finalidade.¹⁷¹

Todavia, existem renomados doutrinadores defendendo que a fungibilidade ocorre no sentido da antecipação para a cautelar e não inversamente, isto é, se for pedida a cautelar não pode ser concedida a antecipação, pois os pressupostos dessa medida antecipativa são mais rigorosos.¹⁷²

Ousamos discordar desse entendimento, pois o escopo da fungibilidade é afastar os danos advindos da fundada indefinição da utilização dos institutos processuais e, por conseguinte, propiciar efetividade.

Em outros termos, havendo fundada indefinição, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, para que o valor fundamental da efetividade

¹⁷⁰ Mesmo antes dessa fungibilidade (CPC, Art. 273, § 7º), Galeno Lacerda já defendia a utilidade de a tutela cautelar ser concedida no bojo do processo principal, bem como criticava a existência de um livro no CPC apenas para tratar do processo cautelar (LACERDA, 1.994, p. 10).

¹⁷¹ Esse posicionamento é adotado, dentre outros, por: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005-a, p. 752; VASCONCELOS, 2.004, p. 441.

¹⁷² Neste sentido: ALVIM NETTO, 2.005. vol. II, p. 368; VASCONCELOS, 2.004, p. 444.

processual seja preservado.¹⁷³ Aliás, basta verificarmos as principais hipóteses de fungibilidade no CPC (recursos, possessórias e cautelares), para comprovarmos esta preocupação do legislador com a efetividade da tutela jurisdicional.

Portanto, se a lei inseriu mais de um mecanismo para entregar a tutela jurisdicional, logicamente, o juiz deve optar pelo mais adequado ao caso concreto. Além disso, se o juiz pode o *mais* (deferir a medida antecipativa), também pode o *menos* (deferir a cautelar).¹⁷⁴ Logo, não há como aceitarmos que a fungibilidade seja uma *via de mão única*.¹⁷⁵

Entendemos, pois, que: a) andou bem o legislador ao contemplar a fungibilidade entre cautelar e a medida antecipativa (CPC, Art. 273, § 7º); b) a referida fungibilidade é uma *via de mão dupla*, ou seja, é plena para o juiz

¹⁷³ Sobre este tema: WAMBIER, 2.005-a, p. 751.

¹⁷⁴ Sobre este fundamento, Teresa Arruda Alvim Wambier, expressa que: “Não há necessidade, como à primeira vista se poderia pensar a partir de uma leitura mais apressada, que a parte ‘qualifique’ o seu pedido de ‘pedido de tutela antecipada’, tendo, na verdade, formulado pedido de índole substancialmente cautelar. É que, ao que parece, se se pudesse pensar nalgum tipo de gradação entre pedidos de antecipação de tutela e pedidos cautelares, aqueles seriam ‘mais’ e estes, ‘menos’. Logo, não teria sentido admitir que poderia o autor pedir o ‘mais’ no bojo do processo de conhecimento e instaurar outro processo para formular pedido de natureza cautelar, que é ‘menos’” (Ibidem, mesma página).

¹⁷⁵ Também neste sentido, Marcus Vinicius Rios Gonçalves, adverte que: “[...] Mas essa concepção está equivocada. Não existe a fungibilidade de mão única, sendo de sua natureza que dois institutos fungíveis possam ser trocados, um pelo outro, sem distinção. Ninguém sustentará que a fungibilidade das possessórias permite que o juiz conceda uma manutenção de posse, quando postulada a reintegração, mas não o inverso, porque a reintegração é mais que a manutenção. Ao instituir a fungibilidade, a lei quis atribuir ao juiz a possibilidade de decidir, entre duas ou mais pretensões, aquela cuja concessão será mais apropriada” (GONÇALVES, 2.004. vol. I, p. 395). Maria Elizabeth de Castro Lopes, também defende que a fungibilidade prevista no § 7º seja concedida no sentido inverso (LOPES, 2.003-a, p. 314).

conceder a cautelar, se requerida a antecipação, e vice-versa; c) contudo, os pressupostos necessários para a concessão da cautelar (perigo da demora e a plausibilidade jurídica) são diversos dos necessários para a medida antecipativa (CPC, Art. 273).

1.5.6 Breve análise do direito estrangeiro

Ao contrário do direito processual civil brasileiro,¹⁷⁶ a grande maioria dos países europeus utiliza o critério do trânsito em julgado para classificar os recursos. Desse modo, o recurso será ordinário se for interposto antes do trânsito em julgado do pronunciamento impugnado, mas, do contrário, será extraordinário.

Para que possamos ter uma melhor visão crítica do objeto deste estudo no direito pátrio, faremos uma breve incursão no direito estrangeiro, para analisarmos: a) os aspectos gerais dos respectivos códigos de processo civil; b) os pronunciamentos; c) os recursos; d) as tutelas sumárias.

¹⁷⁶ No Brasil, esta distinção não tem muita relevância, conforme registra José Carlos Barbosa Moreira, ao expressar: “A distinção entre recursos ordinários e recursos extraordinários, a que faz referência o Art. 467, parte final, não tem no ordenamento brasileiro, relevância prática. A rigor, não existe entre nós uma classe de recursos a que se possa aplicar a denominação genérica de extraordinários: há, sim, um recurso assim denominado, que tem – como, aliás, todos eles – as suas peculiaridades, mas insuficientes para fundamentar uma classificação de valor científico (MOREIRA, 1.996, p. 116).

1.5.6.1 Na Alemanha

Na Alemanha, o processo civil encontra-se delineado pela *Zivilprozessordnung* – ZPO (Ordenança Processual Civil).

Os pronunciamentos (ou resoluções) do judiciário são impugnáveis – principalmente –, por meio dos recursos, a saber:

a) apelação (*Berufung*) e revisão (*Revision*), que impugnam a sentença;¹⁷⁷

b) queixa ou reclamação (*Beschwerde*)¹⁷⁸ que impugna as demais resoluções (pronunciamentos), diversas da sentença.¹⁷⁹

Quanto às tutelas sumárias, segundo Fritz Baur, a ZPO contempla três espécies, a saber:¹⁸⁰

a) cautelar típica, tal como o arresto (§§ 917, 918, 930, 931 e 932);

¹⁷⁷ Conforme: SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Traduzido em espanhol por Pietro Castro. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1.950, p. 299.

¹⁷⁸ A queixa é interposta no juízo *a quo* e, inexistindo a retratação, será remetida para apreciação do tribunal *ad quem* (§ 571 da ZPO). Por seu turno, conforme registra Adolfo Schönke, a queixa, em casos relevantes, também pode ter o efeito suspensivo (Ibidem, p. 324).

¹⁷⁹ Ibidem, p. 299.

¹⁸⁰ BAUR, Fritz. *Estudo sobre a tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Traduzido por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1.985, p. 67-88.

b) cautelar assecuratória ou *Sicherungsverfügung* (§ 935), para impedir a mudança danosa ao objeto litigioso;¹⁸¹

c) cautelar reguladora ou *Regelungsverfügung* (§ 940), que antecipa a tutela jurisdicional, pois permite a concessão de provimento satisfativo.¹⁸²

Interessante registrarmos que a cautelar reguladora, também conhecida como cautelar de regramento, guarda certa analogia com o Art. 273 do CPC brasileiro, pois, não raramente, pode antecipar os efeitos da tutela.

Por esta razão, Fritz Baur adverte que, muitas vezes, o juiz pode ultrapassar os limites da tutela cautelar e, por conseqüência, antecipar os efeitos do resultado final do litígio (medida antecipativa dos efeitos da tutela), tal como ocorre na hipótese de condenação ao pagamento em dinheiro de alimentos ou atos ilícitos.¹⁸³

1.5.6.2 Na Argentina

O *Código de Procedimientos em lo Civil y Comercial de la Nacion* argentino é dividido em sete livros, a saber: a) o primeiro sobre as disposições

¹⁸¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 1.997, p. 40.

¹⁸² Conforme: SCHÖNKE, 1.950, p. 155.

¹⁸³ BAUR, 1.985, p. 82-86.

gerais; b) o segundo sobre o processo de conhecimento; c) o terceiro sobre o processo de execução; d) o quarto sobre os processos especiais; e) o quinto sobre processo sucessório; f) o sexto sobre processo arbitral; g) o sétimo sobre processos voluntários.¹⁸⁴

Na Argentina, os recursos são classificados em: a) ordinários (reposição, esclarecimento, apelação e de nulidade); b) extraordinários (cassação constitucional, cassação por *errores in procedendo* e cassação por *errores in iudicando*);¹⁸⁵ c) recursos auxiliares (*queja*, e de *hecho*); d) recursos excepcionais (impugnações de resoluções administrativas);¹⁸⁶ e) recursos que *no lo son* (*avocación, rescisión, atentado, revisión de la jurisprudencia, reducción, amparo, e revisión*).¹⁸⁷

De outro lado, o CPC argentino contempla os pronunciamentos judiciais, a saber: a) *providencia simples*, que apenas movimenta o processo (Art. 160);¹⁸⁸ b) *sentencia interlocutória*, que movimenta o processo, tendo mais conteúdo decisório que a providência simples (Art. 161);¹⁸⁹ c) *sentencia*

¹⁸⁴ Disponível em: <<http://www.fojas0.com/Codigoindice.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2.005.

¹⁸⁵ FROCHAM, Manuel Ibañez. *Tratado de los recursos en el proceso civil*. 4ª ed. Buenos Aires: La Ley, 1.969, p. 52.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 56.

¹⁸⁷ ALSINA, 1.942, p. 604.

¹⁸⁸ Art. 160 do CPC argentino: “*Providencias simples. Las providencias simples sólo tienden, sin sustanciación, al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución. No requieren otras formalidades que su expresión por escrito, indicación de fecha y lugar, y la firma del juez o presidente del tribunal, o del secretario, en su caso*”.

¹⁸⁹ Art. 161 do CPC argentino: “*Sentencias interlocutorias. Las sentencias interlocutorias resuelven cuestiones que requieren sustanciación, planteadas durante el curso del proceso. Además de los requisitos enunciados en el artículo anterior deberán contener: 1. Los fundamentos. 2. La decisión expresa positiva y precisa de las cuestiones planteadas. 3. El pronunciamiento sobre costas*”.

homologatória, que dispõe sobre homologação de desistência, transação ou conciliação (Art. 162);¹⁹⁰ d) *sentencia definitiva de primeira instância*, que decide sobre a pretensão trazida em juízo (Art. 163);¹⁹¹ e) *sentencia definitiva de segunda ou ulterior instância*, que dispõe sobre a pretensão em instância superior (Art. 164).¹⁹²

Entretanto, o sistema recursal argentino (tal como o espanhol), apresenta mais de um recurso para impugnar o mesmo pronunciamento, clamando por imperiosa unificação processual.¹⁹³

¹⁹⁰ Art. 162 do CPC argentino: “*Sentencias homologatorias. Las sentencias que recayesen en los supuestos de los artículos 305, 308 y 309 se dictarán en la forma establecida en los artículos 160 ó 161, según que, respectivamente, homologuen o no el desistimiento, la transacción o la conciliación*”.

¹⁹¹ Art. 163 do CPC argentino: “*Sentencia definitiva de primera instancia. La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener: 1. La mención del lugar y fecha. 2. El nombre y apellido de las partes. 3. La relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio. 4. La consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el inciso anterior. 5. Los fundamentos y la aplicación de la ley. Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica. La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones. 6. La decisión expresa positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvenición, en su caso, en todo o en parte. La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos. 7. El plazo que se otorgase para su cumplimiento, si fuere susceptible de ejecución. 8. El pronunciamiento sobre costas y la regulación de honorarios y, en su caso, la declaración de temeridad o malicia en los términos del artículo 34 inciso 6. 9. La firma del juez*”.

¹⁹² Art. 164 do CPC argentino: “*Sentencia definitiva de segunda o ulterior instancia. La sentencia definitiva de segunda o ulterior instancia deberá contener, en lo pertinente, las enunciaciones y requisitos establecidos en el artículo anterior y se ajustará a lo dispuesto en los artículos 272 y 281, según el caso. Las sentencias de cualquier instancia podrán ser dadas a publicidad salvo que, por la naturaleza del juicio, razones de decoro aconsejaren su reserva, en cuyo caso así se declarará. Si afectare la intimidad de las partes o de terceros, los nombres de éstos serán eliminados de las copias para la publicidad*”.

¹⁹³ FROCHAM, 1.969, p. 55.

Desse modo, o recurso de *reposición*, também conhecido por revocatória, é utilizado para impugnar a *providencia simples*¹⁹⁴ (Arts. 238 a 240).¹⁹⁵ Além disso, o escopo desse recurso reside na revisão da decisão pelo mesmo órgão prolator.¹⁹⁶ Em linhas gerais, a reposição guarda muita semelhança com o pedido de reconsideração da decisão impugnada.

Para impugnar a sentença interlocutória, o recurso cabível é a apelação, sendo certo que no sistema ordinário ou sumário, será a *apelación libre* e, nos demais casos, será a *apelación en relación* (Arts. 242 e 243).¹⁹⁷

Cumulativamente, a apelação também pode ser interposta em relação a *providencia simples*, quando causar gravame que não possa ser reparado pela *sentencia definitiva* (Art. 242, § 3º). Traçando um paralelo com o direito

¹⁹⁴ Ibidem, p. 110.

¹⁹⁵ Art 238 do CPC argentino: “*Procedencia. El recurso de reposición procederá únicamente contra las providencias simples, causen o no gravamen irreparable, a fin de que el juez o tribunal que las haya dictado las revoque por contrario imperio*”.

¹⁹⁶ Essa conclusão foi obtida por Valentina Jungmann Cintra Alla, após analisar o Art. 238 do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ALLA, Valentina Jungmann Cintra. **O recurso de agravo e a lei nº 9.139 de 30/11/95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.998, p. 44).

¹⁹⁷ Art. 242 do CPC argentino: “*Procedencia. El recurso de apelación, salvo disposición en contrario, procederá solamente respecto de: 1. Las sentencias definitivas. 2. Las sentencias interlocutorias. 3. Las providencias simples que causen gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva. Serán inapelables las sentencias definitivas y las demás resoluciones cualesquiera fuere su naturaleza, que se dicten en procesos en los que el valor cuestionado no exceda de la suma de veinte millones de australes. Dicho valor se determinará atendiendo exclusivamente al capital reclamado en la demanda, actualizado si correspondiere a la fecha de la resolución, de acuerdo con los índices oficiales de la variación de precios mayoristas no agropecuarios. También se actualizará aquella suma, utilizando como base los índices del mes de junio de 1.990 y el último conocido al momento de la interposición del recurso. Esta disposición no será aplicable a los procesos de alimentos y en los que se pretenda el desalojo de inmuebles o en aquellos donde se discuta la aplicación de sanciones procesales*”.

pátrio, as mencionadas providências equivalem à nossa decisão interlocutória mista, ou seja, capaz de influir no julgamento de mérito.¹⁹⁸

Todavia – em regra –, a apelação possui ambos os efeitos (devolutivo e o suspensivo), além de subir ao tribunal competente nos próprios autos e possuir devolutividade integral.¹⁹⁹

Com relação às tutelas sumárias, o juiz está investido do poder para deferir a medida que for necessária para tutelar o direito versado nos autos (Art. 204),²⁰⁰ inclusive, comportando a cautelar inominada (Art. 232).²⁰¹

Diante desse quadro, concordamos com José Roberto Bedaque, quando afirma que no sistema argentino existe a antecipação dos efeitos do provimento final, pois a medida cautelar inovativa produz alterações provisórias, tanto no estado de fato, quanto de direito, para afastar o prejuízo irreparável.²⁰²

¹⁹⁸ Este resultado foi obtido por Carlos Silveira Noronha após analisar os Arts. 242 e 243, ambos do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* (NORONHA, Carlos Silveira. **Do agravo de instrumento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.995, p. 61).

¹⁹⁹ Ibidem, p. 62.

²⁰⁰ Art. 204 do CPC argentino: “*Facultades del juez. El juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger*”.

²⁰¹ Art. 232 do CPC argentino: “*Medidas cautelares genéricas. Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia*”.

²⁰² BEDAQUE, 1.997, p. 39.

1.5.6.3 Na Espanha

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola é dividida em quatro livros, a saber: a) o primeiro sobre as disposições gerais relativas ao juízo civil; b) o segundo sobre os processos declarativos; c) o terceiro sobre a execução forçada e medidas cautelares; d) o quarto sobre os processos especiais.²⁰³

Na Espanha, os pronunciamentos do juiz consistem em: a) providência de mera tramitação (são meramente ordinatórias e apenas impulsionam o processo); b) providências que não são de mera tramitação (também impulsionam o processo, contudo, podem afetar o direito das partes); c) autos (impulsionam o processo e também podem afetar direito das partes); d) sentença (resolve questões incidentais ou sobre o mérito da ação).²⁰⁴

Além da questão de fundo (mérito), a sentença também é utilizada para resolver questões incidentais, sendo denominada – nessa hipótese –, de sentença interlocutória.

²⁰³ Disponível em: <<http://www.sc.ehu.es/dpwlona/repertorio/legislacion>>. Acesso em: 15 dez. 2.005.

²⁰⁴ CASTRO, Leonardo Pietro. *Cuestiones de derecho procesal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1.947, p. 75.

Como noticia Jayme Guasp,²⁰⁵ basicamente, os recursos se dividem em: a) ordinário (*reposición e apelación*); b) extraordinário (*cassación*); c) excepcional (*revisión*).

Realmente, existem outros meios impugnativos. Entretanto, têm natureza recursal discutível, inclusive pela doutrina, como é o caso dos recursos de: *responsabilidad, aclaración de sentencia, fuerza en conocer, queija, nulidad de actuaciones*.²⁰⁶

Quanto ao recurso de *reposición*, está previsto nos Arts. 451²⁰⁷ a 454 da LEC espanhola e tem a finalidade de impugnar os pronunciamentos denominados *providências e autos*. Ao contrário do nosso recurso de agravo, a *reposición* é apreciada pelo mesmo órgão judicial prolator da decisão.²⁰⁸

Já, a apelação está delineada pelos Arts. 455²⁰⁹ a 467 da LEC espanhola. Em linhas gerais, é o meio para impugnar a sentença.

²⁰⁵ GUASP, Jayme. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. 2ª ed. Madrid: M. Aguilar, 1.948. vol. I, p. 1.018.

²⁰⁶ CASTRO, Leonardo Pietro. *Derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1.964, p. 570.

²⁰⁷ Art. 451 da LEC espanhola: “*Resoluciones recurribles. Inexistencia de efectos suspensivos. Contra todas las providencias y autos no definitivos dictados por cualquier tribunal civil cabrá recurso de reposición ante el mismo tribunal que dictó la resolución recurrida, sin perjuicio del cual se llevará a efecto lo acordado*”.

²⁰⁸ Nesse sentido, após examinar a Ley de Enjuiciamiento Civil: NORONHA, 1.995, p. 59.

²⁰⁹ Art. 455 da LEC espanhola: “*Resoluciones recurribles en apelación. Competencia y tramitación preferente. 1. Las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquéllos otros que la ley expresamente señale, serán apelables en el plazo de cinco días [...]*”.

Na busca pela efetividade, em regra, a legislação processual espanhola admite a execução provisória.²¹⁰

Em relação às tutelas sumárias, o ordenamento contempla a cautelar. Contudo, quando necessário, esta tutela pode ser concedida como medida antecipativa, pois o Art. 721²¹¹ determina a adoção da cautela que for necessária para assegurar a entrega da tutela jurisdicional.

1.5.6.4 Nos Estados Unidos

De modo geral, os principais sistemas jurídicos de nosso planeta derivam do *common law* ou do *civil law*, conforme registra René David.²¹²

Por seu turno, o *common law* – que é adotado pelo sistema jurídico norte americano e inglês –, tem origem anglo-saxônica, sendo

²¹⁰ Art. 526 da LEC espanhola: “Ejecución provisional de las sentencias de condena en primera instancia. Legitimación. Salvo en los casos a que se refiere el artículo anterior, quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a lo previsto en los artículos siguientes”.

²¹¹ Art. 721 da LEC espanhola: “Necesaria instancia de parte. 1. Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare. 2. Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas”.

²¹² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4ª ed. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2.002, p. 19-34.

consuetudinário.²¹³ Logo, o primado desse sistema é o *precedente judicial*, que se transforma em parâmetro para tutelar os casos análogos.²¹⁴

Devido a esta realidade, as regras processuais norte americanas outorgam mais poderes ao juiz, além de mostrarem maior preocupação com o processamento das ações nas cortes.

Nesse sentido, o código de procedimentos cíveis (*Federal Rules of Civil Procedure*), está dividido em treze partes, a saber: a) escopo das regras; b) interposição da ação e processamento; c) movimentação; d) partes; e) testemunho e descoberta; f) tentativas; g) julgamento; h) remédios provisionais e finais; i) procedimentos especiais; j) tribunais distritais e serventúrios; l) providências gerais; m) apêndice das formas; n) regras suplementares.²¹⁵

Isso significa que o juiz norte americano tem o amplo poder geral de cautela, podendo conceder a tutela que for necessária para amparar o

²¹³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Traduzido por Carlos Rodrigues e Márcio Pugliesi, Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1.995, p. 33.

²¹⁴ Nesse sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Súmula vinculante e a EC nº 45/04: reforma do judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/04**. Luiz Manoel Gomes Júnior, Luiz Rodrigues Wambier, Octavio Gomes Fischer, Teresa Arruda Alvim Wambier e William Santos Ferreira (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005, p. 686.

²¹⁵ Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp>>. Acesso em: 22 dez. 2.005.

direito, pois não está tão engessado pela lei, como ocorre no sistema do *civil law*.²¹⁶

Como explica Owen Fiss, é justamente por ter todo esse poder, que é mais difícil revisar o pronunciamento do juiz na *common law*.²¹⁷

Portanto, após a pertinente avaliação balanceada dos possíveis danos que a tutela sumária poderá causar às partes (*balance of convenience*), se necessária, o juiz deverá concedê-la da forma mais apropriada para resguardar a tutela jurisdicional.²¹⁸

Segundo Luiz Fux, algumas destas tutelas sumárias são:²¹⁹

a) *state writs*, que são ordens para cumprimento imediato, destinadas aos atos do Poder Público, inclusive de autoridade judiciária ou administrativa;

²¹⁶ Nesse sentido, registra João Batista Lopes que: “No sistema de *common law*, em que predomina o costume, o juiz é investido de função criadora do direito e dispõe de grande soma de poderes para tornar efetiva a tutela jurisdicional. Vigora, assim, em sua plenitude, o poder geral de cautela. Os embaraços criados à atuação jurisdicional são severamente punidos com fundamento no *Contempt of Court* (desprezo à Corte). As *injunctions* têm a natureza de tutela de urgência, consistindo em ordens ou proibições discricionárias para evitar danos irreparáveis ou preservar o *status quo* de modificações irreversíveis” (LOPES, 2.002, p. 46).

²¹⁷ FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Traduzido por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004, p. 45.

²¹⁸ BEDAQUE, 1.997, p. 34-35.

²¹⁹ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1.996, p. 169-170. Sobre o *mandatory injunction*, Owen Fiss elucida que: “O termo não encontra correspondente exato no sistema brasileiro. No sistema norte-americano, a *injunction* consiste em uma ordem judicial que proíbe o réu de praticar, ou determina que ele pratique determinado ato. Geralmente, tal medida judicial possui caráter preventivo, visto que não se destina à reparação de ilícitos passados, mas a evitar danos futuros” (FISS, 2.004, p. 204).

b) *prohibitory e madatory injunctions*, que consistem em ordens destinadas ao particular, contendo uma proibição ou um mandamento.

A propósito, nem mesmo a autonomia que os Estados-Membros têm no pacto federativo americano impede que, a ordem concedida em um Estado, seja cumprida em outro (letra *b*, regra 4.1).²²⁰

Mas, tanto no direito norte americano, quanto no inglês, também existem tutelas típicas, isto é, específicas, tais como: a) *arrest*; b) *attachment*; c) *garnishment*; d) *replevin*; e) *sequestration*, o poder geral de cautela é o mais amplo possível (assim como na Inglaterra).²²¹

Referidas tutelas são previstas, principalmente, para afastar o ataque à pessoa ou à propriedade (regra 64).²²²

²²⁰ Regra 4.1 da *Federal Rules of Civil Procedure*: “[...] *b) Enforcement of Orders: Commitment for Civil Contempt. An order of civil commitment of a person held to be in contempt of a decree or injunction issued to enforce the laws of the United States may be served and enforced in any district. Other orders in civil contempt proceedings shall be served in the state in which the court issuing the order to be enforced is located or elsewhere within the United States if not more than 100 miles from the place at which the order to be enforced was issued*”.

²²¹ BEDAQUE, 1.997, p. 33-34.

²²² Regra 64 da *Federal Rules of Civil Procedure*: “*Seizure of Person or Property – At the commencement of and during the course of an action, all remedies providing for seizure of person or property for the purpose of securing satisfaction of the judgment ultimately to be entered in the action are available under the circumstances and in the manner provided by the law of the state in which the district court is held, existing at the time the remedy is sought, subject to the following qualifications: 1) any existing statute of the United States governs to the extent to which it is applicable; 2) the action in which any of the foregoing remedies is used shall be commenced and prosecuted or, if removed from a state court, shall be prosecuted after removal, pursuant to these rules. The remedies thus available include arrest, attachment, garnishment, replevin, sequestration, and other corresponding or equivalent remedies, however designated and regardless of whether by state procedure the remedy is ancillary to an action or must be obtained by an independent action*”.

Exemplificativamente, quando uma parte desobedece a uma ordem de cumprimento de ato específico, o tribunal pode emitir um anexo (*attachment*) ou seqüestro (*sequestration*), contra a propriedade da parte desobediente (regra 70).²²³

1.5.6.5 Na França

O *Nouveau Code de Procédure Civile* francês é dividido em quatro livros, a saber: a) o primeiro sobre as disposições comuns dos órgãos jurisdicionais; b) o segundo sobre as disposições particulares de cada tipo de tribunal; c) o terceiro sobre disposições gerais de certas matérias; d) o quarto sobre arbitragem.²²⁴

O Art. 527 do CPC francês²²⁵ divide os recursos em: a) ordinários (*l'opposition*²²⁶ e *l'appel*); b) extraordinários (*la requête civile*, *le pourvoi en cassation*, e *la prise à partie*).²²⁷

²²³ Regra 70 da *Federal Rules of Civil Procedure*: “Judgment for Specific Acts; Vesting Title. If a judgment directs a party to execute a conveyance of land or to deliver deeds or other documents or to perform any other specific act and the party fails to comply within the time specified, the court may direct the act to be done at the cost of the disobedient party by some other person appointed by the court and the act when so done has like effect as if done by the party. On application of the party entitled to performance, the clerk shall issue a writ of attachment or sequestration against the property of the disobedient party to compel obedience to the judgment. The court may also in proper cases adjudge the party in contempt. If real or personal property is within the district, the court in lieu of directing a conveyance thereof may enter a judgment divesting the title of any party and vesting it in others and such judgment has the effect of a conveyance executed in due form of law. When any order or judgment is for the delivery of possession, the party in whose favor it is entered is entitled to a writ of execution or assistance upon application to the clerk”.

²²⁴ Fonte: <http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/ncivtext.htm>. Acesso em: 11 set. 2.005.

²²⁵ Art. 527 do CPC francês: “Los recursos ordinarios son el de apelación y el de oposición, y los extraordinarios la oposición de tercero, el recurso de revisión y el recurso de casación”.

²²⁶ Segundo Carlos Silveira Noronha, a oposição é o meio para o terceiro revogar a sentença, sendo interposta nos próprios autos (NORONHA, 1.995, p. 54).

²²⁷ Ibidem, mesma página.

Em relação aos recursos extraordinários, nenhum está apto a impugnar decisão interlocutória, sendo esta incumbência imputada ao recurso de apelação, que também é estendida aos julgamentos provisórios e preparatórios.²²⁸

Sobre o tema, com arrimo nos Arts. 543, 544 e 545, do CPC francês,²²⁹ Athos Gusmão Carneiro ressalta que:

A impugnação a decisões interlocutórias processa-se através da própria apelação, como recurso ordinário contra as sentenças e decisões proferidas em primeira instância (*'a par de l'opposition'*, está para provocar a retratação dos julgamentos tomados *'par défaut'*).²³⁰

Já, a sentença de primeiro grau – em regra –, não pode ser executada imediatamente (Arts. 514 e 539).²³¹⁻²³² Logo, a condição para permitir a

²²⁸ Ibidem, mesma página.

²²⁹ Art. 543 do CPC francês: “*El recurso de apelación podrá interponerse, respecto de cualquier asunto, incluidos los de jurisdicción voluntaria, frente a las sentencias de primera instancia, salvo que se disponga otra cosa*”.

Art. 544 do CPC francês: “*Las sentencias que se pronuncien únicamente sobre una parte del fondo del asunto y acuerden la práctica de alguna prueba o una medida provisional podrán ser inmediatamente recurridas en apelación, en los mismos términos que las sentencias que se pronuncien sobre el fondo del asunto en su integridad. Lo mismo valdrá para las sentencias que pongan fin al proceso tras pronunciarse sobre una excepción procesal, una fin de non-recevoir o cualquier otra cuestión incidental*”.

Art. 545 do CPC francês: “*Las demás sentencias y resoluciones sólo podrán recurrirse en apelación con independencia de la sentencia de fondo en los casos establecidos por la ley*”.

²³⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. **O novo recurso de agravo e outros estudos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.998, p. 14.

²³¹ Art. 514 do CPC francês: “*No podrá despacharse una ejecución provisional que no haya sido previamente acordada, salvo que se trate de resoluciones provisionalmente ejecutables de pleno derecho. En particular, serán provisionalmente ejecutables de pleno derecho las ordonnances de référé, las resoluciones por las que se acuerden medidas provisionales durante la sustanciación del proceso, aquéllas por las que se acuerden medidas cautelares, así como las resoluciones del juez encargado de preparar el juicio que ordenen un pago a cuenta en favor del acreedor*”.

²³² Art. 539 do CPC francês: “*Mientras esté abierto el plazo para interponer un recurso ordinario quedará en suspenso la ejecución de la sentencia. El recurso ejercitado en plazo tendrá igualmente efecto suspensivo*”.

imediate execução, é que a sentença seja declarada provisoriamente executiva (Art. 570).²³³⁻²³⁴

Cumulativamente, o judiciário francês também pode fazer uso de medidas de urgência. Nesse sentido, as *ordonnances de référé* contemplam a possibilidade de deferimento da tutela cautelar que for necessária (*référé provision*), quando a obrigação não for seriamente contestável (Art. 809).²³⁵

Em outras palavras, se a cautelar for satisfativa, estaremos diante de um provimento muito semelhante à hipótese do Art. 273, inc. II do CPC brasileiro.

1.5.6.6 Na Itália

O *Codice di Procedura Civile* italiano, é dividido em quatro livros, a saber: a) o primeiro sobre as disposições gerais; b) o segundo sobre o

²³³ Art. 570 do CPC francês: “*La ejecución de la sentencia de apelación corresponderá al tribunal que hubiese conocido del asunto en primera instancia o, en caso de que dicho tribunal careciese de competencia para ejecutar sus propias resoluciones, al tribunal de grande instance. No obstante, el tribunal de apelación podrá asumir en su sentencia, incluso de oficio, la competencia para su ejecución, salvo que estuviese legalmente encomendada a otro tribunal; con la misma salvedad, podrá también designar el tribunal que habrá de ser competente para la ejecución de su sentencia, siempre que se trate de un tribunal con competencia para la ejecución de resoluciones judiciales*”.

²³⁴ MARINONI, 2.003, p. 181.

²³⁵ Art. 809 do CPC francês: “*Aunque existan motivos fundados para oponerse a ellas, el tribunal podrá siempre decretar por los cauces del référé las medidas cautelares necesarias para prevenir un daño inminente o para lograr la cesación de una perturbación manifiestamente ilícita. En caso de que no existan motivos fundados para discutir la existencia de la obligación, podrá decretar que se pague al acreedor una cantidad a cuenta de lo que se le debe, o bien ordenar que se cumpla la obligación, incluso si se trata de una obligación de hacer*”.

procedimento de cognição; c) o terceiro sobre o processo de execução; d) o quarto sobre procedimento especial.²³⁶

Os principais recursos, existentes no direito processual civil italiano, são: a) apelação para impugnar a sentença prevista nos Arts. 339²³⁷ a 359; b) cassação para impugnar a sentença que for proferida na apelação ou em único grau, prevista nos Arts. 360²³⁸ a 373; c) revogação para impugnar a sentença que for proferida na apelação ou em único grau (em hipóteses diversas da cassação), prevista nos Arts. 395²³⁹ a 403; d) oposição de terceiro para o

²³⁶ Disponível em: <<http://www.studiocelentano.it/codici/cpc/index.htm>>. Acesso: 21 nov. 2.005.

²³⁷ Art. 339 do CPC italiano: “(Appellabilita' delle sentenze) Possono essere impugnate con appello le sentenze pronunciate in primo grado, purché l'appello non sia escluso dalla legge o dall'accordo delle parti a norma dell'articolo 360, secondo comma. E' inappellabile la sentenza che il giudice ha pronunciato secondo equità a norma dell'articolo 114. Sono altresì inappellabili le sentenze del giudice di pace pronunziate secondo equità”.

²³⁸ Art. 360 do CPC italiano: “(Sentenze impugnabili e motivi di ricorso) Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado, possono essere impugnate con ricorso per cassazione: 1) per motivi attinenti alla giurisdizione; 2) per violazione delle norme sulla competenza, quando non è prescritto il regolamento di competenza; 3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto; 4) per nullità della sentenza o del procedimento; 5) per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettata dalle parti o rilevabile d'ufficio. Può inoltre essere impugnata con ricorso per cassazione una sentenza appellabile del tribunale, se le parti sono d'accordo per omettere l'appello; ma in tal caso l'impugnazione può proporsi soltanto per violazione o falsa applicazione di norme di diritto”.

²³⁹ Art. 395 do CPC italiano: “(Casi di revocazione) Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione: 1) se sono l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra; 2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza; 3) se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario; 4) se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non constitui un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare; 5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione; 6) se la sentenza è effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato”.

mesmo impugnar uma sentença transitada em julgado, prevista nos Arts. 404²⁴⁰ a 408.

Tanto a apelação quanto o recurso de cassação admitem a forma incidental (*appello incidentale e ricorso per cassazione incidentale*) consoante estabelecem os Arts. 343 e 371.

E justamente esta forma incidental da apelação permite a impugnação em separado das interlocutórias,²⁴¹ conforme previsto no Art. 340.²⁴²

Na busca pela efetividade, o processo civil italiano contemplou os procedimentos, a saber: a) audiência de conciliação (Arts. 183 a

²⁴⁰ Art. 404 do CPC italiano: “(Casi di opposizione di terzo) Un terzo puo' fare opposizione contro la sentenza passata in giudicato o comunque esecutiva pronunciata tra altre persone quando pregiudica i suoi diritti. Gli aventi causa e i creditori di una delle parti possono fare opposizione alla sentenza, quando e' l'effetto di dolo o collusione a loro danno”.

²⁴¹ CHIOVENDA, 1.936. vol. I, p. 233.

²⁴² Art. 340 do CPC italiano: “(Riserva facoltativa d'appello contro sentenze non definitive) Contro le sentenze previste dall'articolo 278 e dal n. 4 del secondo comma dell'articolo 279, l'appello puo' essere differito, qualora la parte soccombente ne faccia riserva, a pena di decadenza, entro il termine per appellare e, in ogni caso, non oltre la prima udienza dinanzi al giudice istruttore successiva alla comunicazione della sentenza stessa. Quando sia stata fatta la riserva di cui al precedente comma, l'appello deve essere proposto unitamente a quello contro la sentenza che definisce il giudizio o con quello che venga proposto, dalla stessa o da altra parte, contro altra sentenza successiva che non definisca il giudizio. La riserva non puo' piu' farsi, e se gia' fatta rimane priva di effetto, quando contro la stessa sentenza da alcuna delle parti sia proposto immediatamente appello”.

185);²⁴³ b) na cumulação de demandas, o *Collegio* pode julgar imediatamente o mérito da que puder ser decidida sem instrução (Art. 277);²⁴⁴ c) se houver um único direito e, este puder ser fragmentado, o *Collegio* pode julgar imediatamente a parte que não depender de instrução (Art. 278);²⁴⁵⁻²⁴⁶ d) a execução imediata da sentença de primeiro grau passou a ser regra (Art. 282).²⁴⁷

²⁴³ Art. 183 do CPC italiano: “(Prima udienza di trattazione) Nella prima udienza di trattazione il giudice istruttore interroga liberamente le parti presenti e, quando la natura della causa lo consente, tenta la conciliazione. La mancata comparizione delle parti senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116. Le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale, il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata, e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. La mancata conoscenza, senza gravi ragioni, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116. Il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione. Nella stessa udienza l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto. Può altresì chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo comma, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto. Entrambe le parti possono precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate. Se richiesto, il giudice fissa un termine perentorio non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie contenenti precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte. Concede altresì alle parti un successivo termine perentorio non superiore a trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dall'altra parte e per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime. Con la stessa ordinanza il giudice fissa l'udienza per i provvedimenti di cui all'articolo 184”.

²⁴⁴ Art. 277 do CPC italiano: “(Pronuncia sul merito) Il collegio nel deliberare sul merito deve decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni, definendo il giudizio. Tuttavia il collegio, anche quando il giudice istruttore gli ha rimesso la causa a norma dell'articolo 187 primo comma, può limitare la decisione ad alcune domande, se riconosce che per esse soltanto non sia necessaria un'ulteriore istruzione, e se la loro sollecita definizione è di interesse apprezzabile per la parte che ne ha fatto istanza”.

²⁴⁵ Art. 278 do CPC italiano: “(Condanna generica – Provvisoria) Quando è già accertata la sussistenza di un diritto, ma è ancora controversa la quantità della prestazione dovuta, il collegio, su istanza di parte, può limitarsi a pronunciare con sentenza la condanna generica alla prestazione, disponendo con ordinanza che il processo prosegua per la liquidazione. In tal caso il collegio, con la stessa sentenza e sempre su istanza di parte, può altresì condannare il debitore al pagamento di una provvisoria, nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova”.

²⁴⁶ Sobre esta condenação genérica e provisional, Luiz Guilherme Marinoni, adverte que: “É importante advertir, aliás, que parte da doutrina italiana liga a previsão do Art. 277 às tutelas do Art. 278, que são precisamente a *condanna generica* e a *provvisoria*. Embora tal doutrina incorra em equívoco, já que em um caso (Art. 277) há várias demandas cumuladas e no outro (Art. 278) um único direito passível de fragmentação no processo, o certo é que tanto a possibilidade do Art. 277 quanto as tutelas especiais do Art. 278 permitem uma maior celeridade e efetividade ao processo de conhecimento, e neste sentido têm evidente relação com o proposto neste Capítulo” (MARINONI, 2.003, p. 143).

²⁴⁷ Art. 282 do CPC italiano: “(Esecuzione provvisoria) La sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti”.

Com relação à antecipação dos efeitos da tutela propriamente dita, assinala Luiz Guilherme Marinoni, que o direito italiano também usa a técnica da não contestação, para antecipar a formação do título executivo em relação à matéria não contestada (Art. 186-bis).²⁴⁸⁻²⁴⁹

A ação monitória italiana (*ingiunzione*), também contempla a medida antecipativa, ao conceber a tutela monitória provisória (Art. 633).²⁵⁰⁻²⁵¹

Da mesma forma o CPC italiano, por meio de seu Art. 700,²⁵² dispôs sobre as medidas cautelares inominadas, ao expressar:

²⁴⁸ Art. 186 bis do CPC italiano: “(*Ordinanza per il pagamento di somme non contestate*) Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite. L’ordinanza costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo. L’ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli articoli 177, primo e secondo comma, e 178, primo comma”.

²⁴⁹ MARINONI, 2.003, p. 102.

²⁵⁰ Art. 633 do CPC italiano: “*Condizioni di ammissibilità* Su domanda di chi e' creditore di una somma liquida di danaro o di una determinata quantita' di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento o di consegna: 1) se del diritto fatto valere si da' prova scritta; 2) se il credito riguarda onorari per prestazioni giudiziali o stragiudiziali o rimborso di spese fatte da avvocati, procuratori, cancellieri, ufficiali giudiziari o da chiunque altro ha prestato la sua opera in occasione di un processo; 3) se il credito riguarda onorari, diritti o rimborsi spettanti ai notai a norma della loro legge professionale, oppure ad altri esercenti una libera professione o arte, per la quale esiste una tariffa legalmente approvata. L’ingiunzione puo' essere pronunciata anche se il diritto dipende da una controprestazione o da una condizione, purché il ricorrente offra elementi atti a far presumere l’adempimento della controprestazione o l’avveramento della condizione. L’ingiunzione non puo' essere pronunciata se la notificazione all’intimato di cui all’Art. 643 deve avvenire fuori della Repubblica”.

²⁵¹ MARINONI, 2.003, p. 68.

²⁵² Art. 700 do CPC italiano: “*Condizioni per la concessione – Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, puo' chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, piu' idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*”.

[...] quem tenha fundado motivo para temer que, durante o tempo necessário para fazer valer o seu direito em via ordinária, este se encontre ameaçado por um prejuízo iminente e irreparável, pode pedir [...] as providências de urgência que, conforme as circunstâncias, pareçam mais idôneas para garantir provisoriamente os efeitos da decisão sobre o fundo [...].²⁵³

Ao abordar o mencionado dispositivo, Enrico Redenti adverte que além de permitir um provimento preventivo, também possibilita (após a avaliação casuística do juiz), a antecipação do provimento de mérito.²⁵⁴ Esse também é o posicionamento de Italo Augusto Andolina.²⁵⁵

Realmente, pois a previsão constante no Art. 700, além da tutela cautelar, também permite a concessão da medida antecipativa, ao amparar em caráter provisório os efeitos da tutela jurisdicional pretendida.²⁵⁶

1.5.6.7 Em Portugal

O Código de Processo Civil português é dividido em quatro livros, a saber: a) o primeiro sobre a ação; b) o segundo sobre a competência e garantia

²⁵³ Tradução trazida na obra de Francesco Carnelutti (CARNELUTTI, 2.000. vol. III, p. 270).

²⁵⁴ Sobre esse tema, Enrico Redenti ressalva que: “*Procedimenti e provvedimenti d’urgenza. – Gli Artt. 700 e segg. generalizzano, per così dire, la possibilità di ottenere provvedimenti di carattere preventivo cautelare, lasciando caso per caso al giudice, non solo di valutarne le ragioni di opportunità e di urgenza, ma anche di foggiarne il contenuto, come anticipazione di quello che potrà poi essere il possibile o probabile contenuto di un futuro provvedimento di merito*” (REDENTI, 1.957. vol. III, p. 94).

²⁵⁵ ANDOLINA, 2.005, p. 107.

²⁵⁶ Nesse sentido: LOPES, 2.002, p. 47; BEDAQUE, 1.997, p. 48.

de imparcialidade; c) o terceiro sobre o processo; d) o quarto sobre o tribunal arbitral.²⁵⁷

O Direito Português – como muitos outros países da Europa – também utiliza o critério do trânsito em julgado para dividir os recursos (Art. 677º),²⁵⁸ sendo ordinários os que forem interpostos antes do trânsito em julgado e extraordinários os demais.²⁵⁹

Por seu turno, nos termos do Art. 676º, 2,²⁶⁰ os recursos ordinários elencados taxativamente são: a) apelação, que impugna a sentença final ou o despacho saneador que decidir sobre o mérito da causa (Arts. 691º a 720º);²⁶¹ b) revista, para impugnar acórdão que decida o mérito da causa (Arts. 721º a 732º-b);²⁶² c) agravo, para impugnar as decisões recorríveis que não sejam apeláveis (Arts. 733º a 762º).²⁶³

²⁵⁷ Disponível em: <<http://www.verbojuridico.net>>. Acesso em: 12 jul. 2.005.

²⁵⁸ Art. 677º do CPC português: “A decisão considera-se passada ou transitada em julgado, logo que não seja susceptível de recurso ordinário, ou de reclamação nos termos dos Arts. 668.º e 669.º”.

²⁵⁹ ALLA, 1.998, p. 28.

²⁶⁰ Art. 676º, 2, do CPC português: “[...] os recursos são ordinários ou extraordinários: são ordinários a apelação, a revista e o agravo; são extraordinários a revisão e a oposição de terceiro”.

²⁶¹ Art. 691º, 1 e 2, do CPC português: “[...] 1. O recurso de apelação compete da sentença final e do despacho saneador que decidam do mérito da causa. 2. A sentença e o despacho saneador que julgarem da procedência ou improcedência de alguma excepção peremptória decidem do mérito da causa”.

²⁶² Art. 721º do CPC português: “1. Cabe recurso de revista do acórdão da Relação que decida do mérito da causa. 2. O fundamento específico do recurso de revista é a violação da lei substantiva, que pode consistir tanto no erro de interpretação ou de aplicação, como no erro de determinação da norma aplicável; acessoriamente, pode alegar-se, porém, alguma das nulidades previstas nos Arts. 668.º e 716.º. 3. Para os efeitos deste artigo, consideram-se como lei substantiva as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum e as disposições genéricas, de carácter substantivo, emanadas dos órgãos de soberania, nacionais ou estrangeiros, ou constantes de convenções ou tratados internacionais”.

²⁶³ Art. 733º do CPC português: “O agravo cabe das decisões, susceptíveis de recurso, de que não pode apelar-se”.

Conforme previsto na parte final do Art. 676º, 2, os recursos extraordinários consistem na *revisão*, que guarda certa analogia com a ação rescisória do direito brasileiro (Arts. 771º a 777º)²⁶⁴ e na *oposição de terceiro*, que é o meio para o terceiro se opor à simulação das partes (Arts. 778º a 782º).²⁶⁵

Quanto ao agravo, pode ser interposto de quatro formas, a saber: a) agravo com subida imediata e nos próprios autos; b) agravo com subida diferida e nos próprios autos; c) agravo com subida em separado e imediata; d) agravo com subida em separado e diferida.²⁶⁶

Assim, na decisão de admissibilidade, o magistrado deve declarar os efeitos atribuídos ao agravo, bem como se a sua subida será imediata ou não

²⁶⁴ Art. 771º do CPC português: “A decisão transitada em julgado só pode ser objecto de revisão nos seguintes casos: a) Quando se mostre, por sentença criminal passada em julgado, que foi proferida por prevaricação, concussão, peita, suborno ou corrupção do juiz ou de algum dos juízes que na decisão intervieram; b) Quando se verifique a falsidade de documento ou acto judicial, de depoimento ou das declarações de peritos, que possam em qualquer dos casos ter determinado a decisão a rever. A falsidade de documento ou acto judicial não é, todavia, fundamento de revisão se a matéria tiver sido discutida no processo em que foi proferida a decisão a rever; c) Quando se apresente documento de que a parte não tivesse conhecimento, ou de que não tivesse podido fazer uso, no processo em que foi proferida a decisão a rever e que, por si só, seja suficiente para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida; d) Quando se verifique a nulidade ou a anulabilidade da confissão, desistência ou transacção em que a decisão se fundasse; e) Quando, tendo corrido a acção e a execução à revelia, por falta absoluta de intervenção do réu, se mostre que faltou a sua citação ou é nula a citação feita; g) Quando seja contrária a outra que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente”.

²⁶⁵ Art. 778º do CPC português: “1. Quando o litígio assente sobre um acto simulado das partes e o tribunal não tenha feito uso do poder que lhe confere o Art. 665.º, por se não ter apercebido da fraude, pode a decisão final, depois do trânsito em julgado, ser impugnada mediante recurso de oposição do terceiro que com ela tenha sido prejudicado. 2. O recurso é dirigido ao tribunal que proferiu a decisão; se o processo já se encontrar em tribunal diferente, neste será apresentado o requerimento de interposição, que é autuado por apenso, remetendo-se para o tribunal competente. 3. É considerado como terceiro, no que se refere à legitimidade para recorrer, o incapaz que haja intervindo no processo como parte, mas por intermédio de representante legal”.

²⁶⁶ MENDES, Armindo Ribeiro. **Recursos em processo civil**. Lisboa: Lex, 1.992, p. 235.

(Art. 741º).²⁶⁷ Mas, o agravo somente terá subida imediata se as razões recursais forem relevantes (Art. 734º).²⁶⁸

Quanto à apelação – ao contrário do Art. 520 do CPC brasileiro –, em regra, o seu efeito é meramente devolutivo, permitindo a execução provisória (Art. 692º).²⁶⁹

Embora apenas faça referência à tutela cautelar, a legislação lusitana também admite a medida antecipativa. E isso, porque ela garante os meios coercitivos e procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação (Art. 2º),²⁷⁰ ou seja, para antecipar os efeitos da tutela jurisdicional.

²⁶⁷ Art. 741º do CPC Português: “No despacho que admita o recurso deve declarar-se se sobe ou não imediatamente e, no primeiro caso, se sobe nos próprios autos ou em separado; deve declarar-se ainda o efeito do recurso”.

²⁶⁸ Art. 734º do CPC Português: “(Agravos que sobem imediatamente); 1. Sobem imediatamente os agravos interpostos: a) Da decisão que ponha termo ao processo; b) Do despacho pelo qual o juiz se declare impedido ou indefira o impedimento oposto por alguma das partes; c) Do despacho que aprecie a competência absoluta do tribunal; d) Dos despachos proferidos depois da decisão final. 2. Sobem também imediatamente os agravos cuja retenção os tornaria absolutamente inúteis”.

²⁶⁹ Art. 734º do CPC Português: “1 – A apelação tem efeito meramente devolutivo. 2 – A apelação tem, porém, efeito suspensivo: a) Nas acções sobre o estado das pessoas; b) Nas acções referidas no n.º 5 do Art. 678.º e nas que respeitem à posse ou à propriedade da casa de habitação do réu; 3 – A parte vencida pode requerer, ao interpor o recurso, que a apelação tenha efeito suspensivo quando a execução lhe cause prejuízo considerável e se ofereça para prestar caução, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efectiva prestação da caução no prazo fixado pelo tribunal e aplicando-se, devidamente adaptado, o n.º 3 do Art. 818º”.

²⁷⁰ Art. 2º do CPC Português: “1. A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar. 2. A todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da acção”.

Quanto aos pressupostos necessários para a concessão das tutelas cautelar e da antecipatória, consistem na ofensa ao direito e no fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação (Art. 381º).²⁷¹

²⁷¹ Art. 381º do CPC Português: “1. Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado. 2. O interesse do requerente pode fundar-se num direito já existente ou em direito emergente de decisão a proferir em acção constitutiva, já proposta ou a propor. 3. Não são aplicáveis as providências referidas no nº 1 quando se pretenda acautelar o risco de lesão especialmente prevenido por alguma das providências tipificadas na secção seguinte. 4. Não é admissível, na dependência da mesma causa, a repetição de providência que haja sido julgada injustificada ou tenha caducado”.

CAPÍTULO 2 – TEORIA GERAL DOS RECURSOS

Neste capítulo nos limitaremos a discorrer sobre os aspectos recursais necessários (notadamente os efeitos), para que, no capítulo subsequente, possamos verificar a interação da medida antecipativa em relação aos recursos.

2.1 Pronunciamentos Judiciais

Durante o transcurso da relação processual, o juiz pratica uma série de pronunciamentos²⁷² até que a tutela jurisdicional seja entregue definitivamente.²⁷³ Porém, todo o pronunciamento com conteúdo decisório suficiente para causar prejuízo – em regra –, deve possuir um recurso correspondente (princípio da correspondência).

²⁷² Para José Carlos Barbosa Moreira, os atos judiciais previstos nos Arts. 162 e 163, ambos, do CPC, devem ser chamados de *pronunciamentos* (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.003. vol. V, p. 239).

²⁷³ Contudo, como advertem Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o Art. 162 do CPC, conceitua equivocadamente o pronunciamento do juiz como *ato*. E isso, porque o *ato* é gênero que abrange duas espécies, a saber: a) *atos reais ou materiais*, que podem ser instrutórios (oitiva de testemunha, inspeção judicial e correlatos) ou de *documentação* (rubricar folhas dos autos, assinar folha final e correlatos); b) *provimento* que consiste na sentença, decisão interlocutória, despacho e ato ordinatório (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1.998, p. 333).

Portanto, nos tópicos subseqüentes, faremos a análise dos aspectos principais de cada um dos pronunciamentos (ou provimentos) do juiz,²⁷⁴ previstos nos Arts. 162 e 163 do CPC (sentença, decisão interlocutória, despacho, ato ordinatório e acórdão).

2.1.1 Critério de distinção dos pronunciamentos

Antes de analisarmos o critério adotado pelo CPC/73, para definir os pronunciamentos, não poderíamos deixar de expor a discussão travada entre Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier, diante de sua grande utilidade para a comunidade jurídica.

De um lado, Teresa Arruda Alvim Wambier defende que o pronunciamento deve ser classificado em razão de seu conteúdo material.²⁷⁵ Portanto, um pronunciamento será sentença se o seu conteúdo versar sobre quaisquer das matérias elencadas nos Arts. 267 e 269, ambos, do CPC. Por

²⁷⁴ Como salienta Nelson Nery Júnior no sistema processual pátrio, apenas os pronunciamentos do juiz são impugnáveis mediante recurso. Os atos das partes, do ministério público e dos auxiliares do juízo, não são impugnáveis, pois não causam gravame, uma vez que não são controlados pelo magistrado (NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004, p. 234).

²⁷⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004, p. 29.

seu turno, o fato de a sentença colocar termo ao processo consiste em um dos efeitos da sentença (e não critério de classificação).²⁷⁶

Para amparar o seu raciocínio, a Processualista²⁷⁷ exemplifica que é sentença o pronunciamento que indefere liminarmente a reconvenção. Contudo, o recurso cabível é o agravo, pois não põe fim ao processo em seu todo (ação originária e reconvenção).²⁷⁸

De outro lado, Nelson Nery Júnior²⁷⁹ advertia (antes da Lei nº 11.232/05), que o CPC/73 simplificou o critério de classificação, passando a qualificar o pronunciamento de forma prática, isto é, pela sua consequência (finalidade) e não pelo seu conteúdo.²⁸⁰

Com relação ao pronunciamento que indefere liminarmente a reconvenção, Nelson Nery Júnior rebate a argumentação, alegando que o recurso

²⁷⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública**. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 87, 1.993, p. 46.

²⁷⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações sobre o novo regime de agravo**. In: Revista do Advogado, nº 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.996, p. 129.

²⁷⁸ O mesmo posicionamento é mantido pela Processualista em outras obras (WAMBIER, 2.000, p. 142). A propósito, o legislador reformista encampou esse conceito de Teresa Arruda Alvim Wambier, ao dar nova redação ao § 1º do Art. 162 do CPC (pela Lei nº 11.232/05), que passou a expressar: “Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos Arts. 267 e 269 desta Lei”.

²⁷⁹ Sobre o tema, Nelson Nery Júnior registra que: “Esse critério classificatório adotado pela professora Teresa Alvim Wambier foi utilizado no direito positivo brasileiro revogado (CPC de 1.939), que previa vários recursos cabíveis contra a sentença, conforme a matéria dela constante. O sistema não deu certo e reinava muita confusão sobre a adequação do recurso no sistema revogado” (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 238).

²⁸⁰ Aliás, esse foi um dos motivos pelo qual o princípio da fungibilidade recursal era tão utilizado no CPC/39, bem como era previsto no ordenamento, ao contrário do que se verifica atualmente, sob a égide do CPC/73. Por outro lado, a admissibilidade da apelação implicaria em odiosa violação à efetividade, pois obstaculizaria o processamento ao ser interposta, em detrimento da efetividade.

oponível, de fato, é o agravo de instrumento. Mas isso ocorre, porque o referido pronunciamento não é sentença, uma vez que não pôs fim ao processo.²⁸¹

Após refletirmos sobre essas posições (mesmo depois da Lei nº 11.232/05), passamos a entender que uma não exclui a outra, pois ambas fornecem excelentes subsídios para a classificação do pronunciamento.

Em outras palavras, primeiramente, devemos definir o pronunciamento por meio de sua consequência (e não pelo seu conteúdo).²⁸²

Muitas vezes, essa realidade fica fácil de verificarmos em relação ao pronunciamento que tem a finalidade de colocar termo ao processo, pois será sentença (CPC, Art. 162, § 1º).

Contudo, a aplicação desse critério pode não ser tão simples, conforme veremos nos itens subseqüentes, obrigando o intérprete a verificar o conteúdo.

Por fim, ao examinarmos o conteúdo, nos termos da redação do Art. 162, § 1º do CPC (trazida pela Lei nº 11.232/05), para ser sentença, o pronunciamento

²⁸¹ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 238-239.

²⁸² Na mesma linha de raciocínio de Nelson Nery Júnior (de que o pronunciamento deve ser definido pela sua finalidade), Cândido Rangel Dinamarco registra que: “Sentença é, no direito positivo brasileiro, o ‘ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa’ (CPC, Art. 162, § 1º). Não importa o conteúdo: pôs fim ao processo, é uma sentença. Essa é uma opção conceitual do vigente Código de Processo Civil, que não quis entender como sentença a) o ato com que se julga o mérito, como era no estatuto precedente b) nem um ato judicial revestido de determinadas formalidades, sem importar o conteúdo nem a eficácia de pôr fim ao processo, como em linhas gerais é no *codice italiano*” (DINAMARCO, 2.005, p. 84-85).

deverá não somente versar, mas também implicar nas matérias relacionadas nos Arts. 267 e 269, ou seja, deverá acolher a matéria versada nesses dispositivos com o propósito de colocar fim ao processo. Isso significa, por exemplo, que se for rejeitada uma das condições da ação, o pronunciamento será decisão interlocutória (e não sentença), pois não terá o propósito de colocar termo ao processo.

Logo, entendemos que a melhor proposta é a adoção do critério da finalidade, pois a sua aplicação tem maior simplicidade. Mas, se não for suficiente para a classificação do pronunciamento, devemos usar subsidiariamente o critério da verificação do conteúdo.

2.1.2 Sentença

As raízes do substantivo *sentença* estão no termo latino *sententia* e significa parecer, opinião, maneira de ser.²⁸³

²⁸³ Esse entendimento é trazido por Francisco Torrinha (TORRINHA, Francisco. **Dicionário latino português**. 2ª ed. Porto: Gráficos Reunidas, 1.942, p. 787). Sobre esse substantivo, observa José Oscar de Plácido e Silva que advém: “Do latim *sententia* (modo de ver, parecer, decisão), a rigor da técnica jurídica, e em amplo conceito, ‘sentença’ designa a ‘decisão’, a ‘resolução’, ou a ‘solução’ dada por uma autoridade a toda e qualquer questão submetida à sua jurisdição. Assim, toda sentença importa num ‘julgamento’ seja quando implica numa ‘solução’ dada a questão suscitada, ou quando se mostra uma ‘resolução’ da autoridade que a profere” (SILVA, 2.004, p. 1.277).

Nesse contexto, a redação originária do Art. 162, § 1º, do CPC/73 definia a sentença como sendo o ato que põe termo ao processo, decidindo, ou não, o mérito da causa.

Atualmente, o referido dispositivo foi alterado pela Lei nº 11.232 de 23/12/05, passando a definir a sentença como sendo: “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos Arts. 267 e 269 desta Lei”.

Realmente, no plano dos fatos, a sentença pode não necessariamente encerrar o processo, pois o eventual recurso interposto será dirimido por um acórdão (CPC, Art. 163). Justamente por não possuir o caráter *definitivo* (pois pode haver recurso em relação à sentença), existem autores que definem a sentença como sendo o pronunciamento que põe termo ao procedimento (e não ao processo).²⁸⁴

Além disso, existem duas situações que devem ser consideradas, a saber:

a) na hipótese da interposição de apelação em relação à sentença que indefere a petição inicial (CPC, Art. 296), o juiz poderá se retratar e,

²⁸⁴ Entendendo que a sentença põe fim ao procedimento (e não ao processo): ALVIM NETTO, 2.005. vol. II, p. 530; LIEBMAN, 1.984. vol. I, p. 217; ALMEIDA; TALAMINI; WAMBIER, 1.999. vol. I, p. 167. Em sentido oposto, Moacyr Amaral dos Santos define a sentença como sendo o pronunciamento que o juiz encerra o processo em sua jurisdição (SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.997. vol. III, p. 03-74).

nesse caso, não colocará fim ao procedimento (e muito menos ao processo);

b) o legislador definiu como sentença alguns pronunciamentos que não colocam termo ao processo (mas sim, ao procedimento), como é o caso da ação de insolvência (CPC, Art. 761), e da primeira sentença, que reconhece a obrigação do réu em ação de prestação de contas (CPC, Art. 915, § 2º).

Traçados esses parâmetros, entendemos que o percurso para solucionarmos essa controvérsia está na distinção feita por Teresa Arruda Alvim Wambier, ao registrar que o *processo* se refere à relação jurídica processual (estabelecida entre autor, juiz e réu), que visa um pronunciamento de caráter *definitivo*. Já, o *procedimento*, se refere à forma como esta relação jurídica se movimenta.²⁸⁵

Por esta razão, modificamos o nosso entendimento sobre sentença,²⁸⁶ para defini-la como sendo o pronunciamento que tem a finalidade prevista

²⁸⁵ Sobre o tema, Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que: “Dessa forma, para a noção de ‘processo’, interessam fundamentalmente as idéias de ‘relação jurídica’ – que é a que se estabelece entre os sujeitos do processo: autor, juiz e réu – e a de ‘finalidade’ – no sentido de vocação do fluxo dos atos consecutivos e interligados, que porão em movimento a relação já referida, vocação esta que consiste, concretamente, na obtenção de um pronunciamento judicial de caráter definitivo. À concepção da noção de ‘procedimento’ dizem respeito as noções de ‘movimento’ desta relação jurídica no tempo e, mais especificamente, o ‘aspecto exterior desta movimentação’, ou seja, de que atos se trata, como se entrelaçam etc. Assim, os dois conceitos se afastam, não por se referirem a objetos diversos, mas por dizerem respeito a ‘aspectos diversos do mesmo objeto’ e, pois, observáveis na mesma realidade fática” (WAMBIER, 2.004, p. 23-24).

²⁸⁶ Anteriormente, em obra de nossa autoria, adotamos a corrente que define a sentença como sendo o ato pelo qual o juiz encerra o processo em sua jurisdição (FRANZÉ, 2.006, p. 33).

(programada) de colocar fim ao processo.²⁸⁷ E isto, porque tanto a interposição de recurso, quanto a retratação do Art. 296 do CPC, não modificam a intenção (finalidade) intrínseca na sentença de colocar termo ao processo.

Em outros termos, a característica principal da sentença é a sua intenção de finalizar o processo. O retardamento dessa finalização no plano dos fatos – pela interposição de recurso, ou pela reconsideração (CPC, Art. 296, do CPC) –, não é suficiente para modificar a natureza do pronunciamento.²⁸⁸

Outro aspecto que não poderíamos deixar de registrar, é que a medida antecipativa, geralmente, é concedida por meio de decisão interlocutória.

Assim, indagamos: Qual a natureza do pronunciamento que sentencia o processo e, simultaneamente, também antecipa os efeitos da tutela?

²⁸⁷ Embora com fundamento apenas na possibilidade de recurso (e não na retratação prevista no Art. 296 do CPC), Cândido Rangel Dinamarco define de forma semelhante, ao expressar: “Esta observação põe em xeque a definição legal de sentença como ato que põe fim ao processo (sempre, Art. 162, § 1º). Se o recurso não dá origem a um novo processo e é o mesmo processo que continua quando ele é interposto, isso significa que, interposto o recurso, a sentença não produz extinção processual alguma. Melhor definir sentença como o ato cuja eficácia processual programada é a de pôr fim – com a consciência de que a interposição de recurso pode impedir que esta eficácia se efetive” (DINAMARCO, 2.005, p. 113).

²⁸⁸ Uma definição que não colide com o nosso entendimento – pois não afirma que a sentença coloca fim ao processo –, é trazida por Enrico Tullio Liebman, ao registrar que é o ato jurisdicional, por excelência, que exprime a essência da jurisdição. Nesse sentido, expressa: “*La sentenza è concettualmente e storicamente l’atto giurisdizionale per eccellenza, quello in cui si esprime nella maniera più caratteristica l’essenza della jurisdiction: l’atto del giudicare*” (LIEBMAN, 1.984. vol. I, p. 216-217).

Para Luiz Guilherme Marinoni,²⁸⁹ ao antecipar a tutela no bojo da sentença, o juiz estará proferindo um pronunciamento híbrido, composto da interlocutória e da sentença.

Ousamos discordar desse entendimento, pois a complexidade do ato não pode modificar a sua finalidade (intenção) preponderante de colocar fim ao processo.

Por isso concordamos com o posicionamento de Nelson Nery Júnior, ao asseverar:

Seguindo a sistemática do código, não seria possível qualificar-se o ato judicial objetivamente complexo, que resolve várias questões incidentais e julga o mérito, colocando fim ao processo, como sendo a um só tempo, decisão interlocutória e sentença. Se assim fosse, deveria ser reconhecida a possibilidade de interpor-se, simultaneamente agravo e apelação contra esse mesmo ato. Quanto à negativa da interponibilidade simultânea, a doutrina parece estar de acordo, pois ao invés de aventar essa possibilidade, prefere discutir a natureza de determinado pronunciamento judicial, a fim de atribuir-lhe o único recurso apropriado, em fiel observância ao princípio da singularidade recursal.²⁹⁰

Usaremos esse conceito no terceiro capítulo para verificarmos a interação desse pronunciamento com a medida antecipativa.

²⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1.996, p. 61.

²⁹⁰ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 125.

Emerge daí que sentença é o pronunciamento com a preponderante finalidade programada de colocar termo ao processo.

2.1.3 Decisão interlocutória

O Art. 162, § 2º, do CPC, define a decisão interlocutória, como sendo o ato em que o juiz resolve questão incidente no curso do processo (CPC, Art. 162, § 2º).²⁹¹

Devido aos conceitos vagos existentes no referido dispositivo (notadamente os substantivos *questão* e *incidente*) fica o seguinte questionamento: Qual o critério para diferenciarmos a decisão interlocutória do despacho?

Em nosso entendimento, a primeira regra que devemos adotar é a da finalidade do pronunciamento.²⁹²

Portanto, será decisão interlocutória, o pronunciamento que tiver, simultaneamente, duas finalidades, a saber: a) movimentar o processo (sem a intenção de encerrar o processo); b) causar prejuízo.²⁹³

²⁹¹ Como adverte Francisco Torrinha, o substantivo *interlocutório* é originado na palavra latina *interlocutio* e significa interromper ou parar de falar (TORRINHA, 1.942, p. 440).

²⁹² Conforme verificamos no item 2.1.1, este critério é defendido por Nelson Nery Júnior.

²⁹³ Nessa linha de raciocínio, João Batista Lopes registra que a decisão interlocutória resolve incidentes, sem encerrar o processo (LOPES, 2.005. vol. I, p. 165).

Exemplificativamente, em regra, será interlocutória a decisão que antecipa os efeitos da sentença, pois visa movimentar o processo (sem encerrar o processo) e pode causar prejuízo à parte adversa.

Contudo, se ainda assim houver dúvidas, o intérprete pode utilizar o critério subsidiário, isto é, verificar o conteúdo do pronunciamento.²⁹⁴

Nesse caso deveremos analisar se estamos diante de *questão* que seja *incidente*.

Quanto à definição de *questão*, acreditamos que abrange qualquer ponto meramente duvidoso, inexistindo a necessidade de haver controvérsia (sob pena de o substantivo *questão* não abarcar as questões decididas de ofício, isto é, sem controvérsia).²⁹⁵

Com relação ao substantivo *incidente*, a sua origem etimológica significa *cair sobre*, uma vez que advém do latim *incidens, tis*. Por outro turno, o incidente possui as características da acidentalidade (se constitui em um acidente no transcurso processual, exigindo a prática de novos atos que,

²⁹⁴ Aliás, até mesmo o CPC/73 rotula erroneamente alguns pronunciamentos de despacho, quando, na verdade, são decisões interlocutórias, tais como os Arts. 209, 313, 338, 590, inc. V, 645, 930, parágrafo único, 1.022, 1.187, inc. II, todos insertos no CPC.

²⁹⁵ Antônio Scarance Fernandes também defende que a mera dúvida é suficiente para materializar a *questão* (FERNANDES, Antônio Scarance. **Incidente processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.991, p. 44). Em sentido contrário, Teresa Arruda Alvim Wambier defende que a *questão* restringe-se ao ponto controvertido (WAMBIER, 2.000, p. 85).

em situação normal, não seria necessário realizá-los) e a acessoriedade (pois depende de um processo).²⁹⁶

Enfim, para sabermos se o conteúdo do pronunciamento é decisão interlocutória, devemos verificar se é *questão incidente*, isto é, se tem as características, a saber: a) existência de ponto meramente duvidoso (não havendo necessidade de controvérsia); b) dependência de um processo em tramitação; c) gera alteração no curso processual; d) existência de conteúdo decisório capaz de causar gravame para a parte (ou ambas as partes); e) inexistência da intenção de colocar termo ao processo, pois, uma vez dirimida, o feito retoma a sua tramitação normal.²⁹⁷

A propósito, há acórdão do Superior Tribunal de Justiça,²⁹⁸ admitindo o critério da análise do conteúdo para classificar o pronunciamento como decisão interlocutória.

Logo, se o critério da finalidade não for suficiente para a identificação do pronunciamento, devemos usar, subsidiariamente, o critério da análise do conteúdo.

²⁹⁶ FERNANDES, 1.991, p. 47-51.

²⁹⁷ Já tivemos a oportunidade de nos manifestarmos nesse sentido (FRANZÉ, 2.006, p. 41).

²⁹⁸ Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp nº 19.031, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 24/02/97, p. 3.335, com ementa expressando: “Processual civil. Pronunciamento judicial que anuncia o julgamento antecipado do feito. Dizendo serem desnecessárias mais provas. Natureza jurídica. Decisão interlocutória. Recorribilidade. CPC, Arts. 162 – § 2º. e 522. Recurso provido. – O pronunciamento judicial, que não anuncia o julgamento antecipado do feito, mas diz serem desnecessárias quaisquer outras provas, tem caráter decisório, em razão de se deduzir do seu conteúdo, claramente, o indeferimento das provas antes requeridas e sua natureza jurídica de decisão interlocutória, recorrível portanto”.

2.1.4 Despacho

Na concepção do § 3º do Art. 162 do CPC, são despachos: “todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito à lei não estabelece outra forma”.

Portanto, o legislador usou a regra da exclusão, ou seja, tudo que não for decisão interlocutória e sentença, será despacho ou ato ordinatório.²⁹⁹

Contudo, o Art. 504 do CPC – ao determinar a irrecorribilidade do despacho –, acrescentava a locução *de mero expediente* (embora, atualmente, esta locução foi revogada pela Lei nº 11.276/06). Cumulativamente, o Art. 189, inc. I, do CPC, adiciona a locução *expediente* ao despacho.

Assim, fica a seguinte indagação: Existiriam espécies do gênero despacho, isto é, além do *despacho propriamente dito* (CPC, Art. 162, § 3º), também haveria o *despacho de mero expediente* (CPC, Art. 504) e o *despacho de expediente* (CPC, Art. 189, inc. I)?

²⁹⁹ O ato ordinatório foi inserido no ordenamento com o advento da Lei nº 8.852 de 13/12/94. Em nosso entendimento este ato foi ratificado pelo inc. XIV, Art. 93, da CF (com redação dada pela EC nº 45/04), pois ao se referir à delegação de *ato de mero expediente* a serventuário, em verdade, está se referindo ao ato ordinatório.

Buscando a resposta para esta indagação existem três correntes principais, a saber:

a) a primeira aceita a variação do conteúdo decisório, para admitir três espécies de despachos (expediente, mero expediente e despacho propriamente dito). Destas espécies, somente o despacho propriamente dito é impugnável pelo recurso de agravo.³⁰⁰ Por exemplo, se o pronunciamento determinar a juntada do rol de testemunhas é despacho, mas será recorrível se este direito estiver precluso;³⁰¹

b) a segunda admite apenas uma espécie de despacho, que poderá ser recorrível (sem descaracterizá-lo), se apresentar conteúdo decisório mínimo;³⁰²

c) a terceira aceita apenas uma espécie de despacho, que será sempre irrecurrível. Entretanto, se o despacho causar prejuízo, não será despacho, mas sim, decisão interlocutória.³⁰³

³⁰⁰ Teoria defendida por Egas Dirceu Moniz de Aragão (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.979. vol. II, p. 53) e Teresa Arruda Alvim Wambier (WAMBIER, 1.996, p. 80-83).

³⁰¹ ARAGÃO, 1.979. vol. II, p. 56.

³⁰² Teoria defendida, inicialmente, por PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. **Despachos, pronunciamentos recorríveis?** In: Revista de Processo, nº 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005, p. 58.

³⁰³ Teoria defendida por MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 273. De modo análogo, Nelson Nery Júnior expressa: “Todo despacho é de mero expediente. São atos do juiz, destinados a dar andamento ao processo, não possuindo nenhum conteúdo decisório. Se contiver nele embutido um tema decisório capaz de causar gravame à parte ou ao interessado, não será despacho, mas sim, decisão interlocutória. Isto ressalta cristalino do sistema do código” (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 236-237). No mesmo sentido: LOPES, 2.005. vol. I, p. 167.

Concordamos com esta última corrente, pois o acréscimo das locuções *de mero expediente* (redação do Art. 504 do CPC, antes da Lei nº 11.276/06) e de *expediente* (CPC, Art. 189, inc. I) apenas ratifica que o mencionado pronunciamento é incapaz de causar gravame ante a sua falta de conteúdo decisório.³⁰⁴

Portanto, não foram criadas quaisquer espécies do gênero despacho, mas, sim, foi ratificado que o mencionado pronunciamento é irrecorrível.³⁰⁵ Aliás, existe acórdão do Superior Tribunal de Justiça perfilhando o mesmo entendimento.³⁰⁶

Não bastasse, essa irrecorribilidade do gênero *despacho* foi confirmada pela Lei nº 11.276/06, que revogou a expressão *de mero expediente* e, por conseguinte, o Art. 504 passou a dispor: *Dos despachos não cabe recurso*.³⁰⁷

³⁰⁴ Defendendo esse entendimento: NERY JÚNIOR, 2.004, p. 237.

³⁰⁵ Nesse sentido: MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 273.

³⁰⁶ Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso Ordinário nº 8.758, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 03/05/99, p. 97, cujo trecho expressa: “I – Na terminologia atual, despacho é o ato judicial que se limita a orientar o movimento processual, sem deferir ou indeferir qualquer pretensão. Ato que modifique alguma das pretensões em litígio não é despacho, mas decisão, exposta a recurso”.

³⁰⁷ Quando o projeto de Lei nº 4.724/04 (que redundou na Lei nº 11.276/06) tramitava na Câmara, o Deputado Inaldo Leitão, ao lançar o seu relatório, também ressaltou a impossibilidade de existirem espécies do gênero despacho, ao expressar: “Percebe-se, primeiramente, que as alterações feitas nos Arts. 504 e 506 não demandam grandes indagações. No Art. 504 apenas modifica-se, em parte, a nomenclatura de um ato do juiz, substituindo a expressão ‘despacho de mero expediente’ por simplesmente ‘despacho’, mantendo-se a previsão de que tal ato não desafia recurso. Em verdade, a moderna doutrina já adota tal terminologia, *litteris*: ‘Denomina-se provimento aos atos pelos quais o juiz se manifesta no processo, os seus pronunciamentos. São de três tipos: sentença, decisão interlocutória e despacho [...]. Por fim, despachos são provimentos judiciais destituídos de qualquer conteúdo decisório, como o ato que determina a remessa dos autos ao contador judicial, ou o que abre vista às partes para que se manifestem sobre o laudo pericial”.

Diante disso, concluímos que o despacho é o pronunciamento irrecorrível, praticado diretamente pelo magistrado, conceituado, principalmente, pela sua consequência de dar continuidade seqüencial ao processo, todavia, sem conteúdo decisório suficiente para causar gravame.

2.1.5 Ato ordinário

Com o elastério trazido ao Art. 162 do CPC, pelo advento da Lei nº 8.952/94, passou a integrar o rol de pronunciamentos do juiz, uma quarta espécie denominada de *ato ordinatório*.

Cumulativamente, com a redação da EC nº 45/04, o Art. 93, inc. XIV da CF passou a prever que: “os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório os atos de mero expediente, sem também poderiam ser delegados”.

Este pronunciamento também é ato do juízo, pois, ao praticá-lo, o serventuário atua por delegação do magistrado. Tanto é assim que a parte final do § 4º, do Art. 162 do CPC contempla a possibilidade de o juiz, uma vez instado pelo interessado,³⁰⁸ rever o ato violador do ordenamento.

³⁰⁸ Para o interessado postular pela revisão do ato ordinatório, basta mera petição que deve ser interposta no prazo de cinco dias, a partir da ciência do pronunciamento (CPC, Art. 185).

Ao surgir esse novo pronunciamento, a doutrina depara-se com a necessidade de aprofundamento do estudo relacionado ao despacho, uma vez que o seu conceito estava intrinsecamente unido à definição de ato ordinatório.³⁰⁹

Com o propósito de efetivarmos a pertinente diferenciação, ressalvamos que a razão de ser desse novo pronunciamento é a desburocratização dos procedimentos, pois passaram a ser delegados ao serventuário da justiça.³¹⁰ Em outros termos, esse pronunciamento é praticado no processo, por escrivão com poderes delegados pelo magistrado.

Mas, a diferença entre o despacho e o ato ordinatório, restringe-se a quem pratica, pois aquele é materializado pelo juiz e, este, pelo serventuário (sob a delegação do juiz). Assim, ambos não têm conteúdo decisório suficiente para causar gravame e, portanto, são irrecuráveis (inteligência do CPC, Arts. 504 e 189, inc. I).³¹¹

Todavia, se o ato ordinatório causar gravame,³¹² o prejudicado deverá requerer a reforma ao juiz que, por seu turno, analisará o ato. A partir da ciência

³⁰⁹ Nesse sentido, afirmam Eduardo Talamini, Flávio Renato Correia de Almeida e Luiz Rodrigues Wambier que: “Com a alteração legislativa, e a determinação de que os ‘atos meramente ordinatórios’ devam ser praticados de ofício pelo servidor, voltou a ser útil a classificação dos atos do juiz, não encartáveis no conceito de sentença ou de decisão interlocutória, em ‘despachos’ e ‘despachos de mero expediente’, agora denominados de ordinatórios” (ALMEIDA; TALAMINI; WAMBIER, 1.999. vol. I, p. 169).

³¹⁰ WAMBIER, 1.996, p. 77.

³¹¹ Pelos mesmos motivos que expusemos no item anterior, em relação ao despacho, o ato ordinatório, com muito maior razão, também mostra-se irrecurável.

³¹² E nesse caso o serventuário (e/ou o juiz que delegou os poderes), estaria ultrapassando os limites do pronunciamento, pois estaria proferindo uma decisão interlocutória (e não um ato ordinatório).

da respectiva manifestação judicial, passará a contar o prazo para eventual interposição de recurso (agravo).³¹³

Com relação ao despacho de mero expediente, mencionado pelo inc. XIV, do Art. 93, da CF, entendemos que se refere ao ato ordinatório previsto no § 4º, do Art. 162, do CPC. E isso, porque se o pronunciamento não for praticado diretamente pelo juiz será ato ordinatório (e não despacho).

Por estes aspectos, concluímos que: a) o ato ordinatório é definido pela sua consequência de dar continuidade seqüencial ao processo, sendo considerado como ato do juízo, pois é praticado por serventuário que atua por delegação do mesmo; b) justamente por não causar gravame é irrecurível; c) entretanto, se causar prejuízo, o interessado deverá requerer a reforma para o juiz, sendo que, uma vez confirmado o pronunciamento, estaremos diante de uma decisão interlocutória e, portanto, será passível de ser impugnada por agravo.

2.1.6 Acórdão

Inicialmente cabe ressaltarmos que, no âmbito do tribunal, podem ser proferidos os seguintes pronunciamentos: despacho, decisão interlocutória e

³¹³ Nesse sentido: ALLA, 1.998, p. 54.

acórdão (guardadas as devidas proporções, este último equivale à sentença no tribunal).³¹⁴

O acórdão é definido pelo Art. 163 do CPC, como sendo o julgamento proferido pelos tribunais.

Em relação aos elementos constitutivos, podemos fazer uma analogia entre a sentença e o acórdão, pois o Art. 165, do CPC, determina que ambos os pronunciamentos tenham os mesmos elementos previstos no Art. 458 do CPC (relatório, fundamentação e dispositivo).³¹⁵

Contudo, há um critério formal que diferencia ambos os pronunciamentos, pois enquanto a sentença é proferida pelo juiz de primeiro grau (que atua isoladamente), o acórdão é emanado de um órgão colegiado. O motivo dessa diversidade está concentrado no princípio do

³¹⁴ Por esta razão, concordamos com Nelson Nery Júnior quando defende a existência de decisão interlocutória nos tribunais, ao afirmar: “De outra parte, considera-se acórdão a decisão colegiada do tribunal, como é curial. Mas há casos em que há decisão no tribunal, sem que o colegiado haja participado, como por exemplo o indeferimento liminar, pelo relator, dos embargos infringentes (CPC, Art. 532). Ou quando o relator de um recurso de apelação determina o cumprimento de uma formalidade ou diligência, sem a participação do colegiado. Estes atos, por óbvio, não podem ser considerados acórdãos (CPC, Art. 163), mas sim decisões interlocutórias ou despachos no âmbito do tribunal, conforme o caso. Aliás, o CPC, Art. 539, parágrafo único, na redação dada pela Lei nº 8.950/94, diz expressamente caber agravo das decisões interlocutórias proferidas nos processos de competência originária do STJ, inseridas no CPC, Art. 539, inc. II ‘b’, reconhecendo, portanto, a possibilidade de haver decisões interlocutórias em órgãos judiciários colegiados” (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 235-236).

³¹⁵ Também fazendo esta analogia entre acórdão e sentença: GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.002. vol. II, p. 16.

juiz natural³¹⁶ que, no tribunal, é representado pelo órgão colegiado,³¹⁷ pois é o juízo pré-constituído pela lei.³¹⁸

Em paralelo, ao antecipar a tutela recursal em sede de agravo de instrumento (CPC, Art. 527, inc. III), isoladamente, o relator estará proferindo uma decisão interlocutória (e não acórdão), pois é pronunciamento monocrático, com possibilidade de causar prejuízo.³¹⁹

Por fim, não podemos perder de vista que o *mérito recursal* nem sempre é coincidente com o *mérito da causa*. Por exemplo, pode existir um agravo em relação à decisão interlocutória, que terá mérito diverso do

³¹⁶ Sobre a competência do órgão colegiado para ser o juiz natural no tribunal, Eduardo Talamini lembra que essa regra está implícita na estrutura constitucional do Poder Judiciário e, por esta razão, sempre deverá existir um recurso para impugnar o pronunciamento isolado do juiz, no tribunal (TALAMINI, Eduardo. **Recorribilidade das decisões sobre tutela de urgência: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001, p. 288.). Nessa mesma linha de raciocínio, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 9.945, Rel. Min. Luiz Fux, vu, DJU 13/12/04, p. 198, com trecho da ementa expressando: “[...]3. É da natureza dos tribunais superiores o exercício colegiado da jurisdição. Consecutivamente, se a lei ou o Regimento conferem a um dos membros do Tribunal, por razões de urgência e de abreviação do serviço judiciário, o exercício de função jurisdicional, ele a desempenha em nome do colegiado, mas sem poder tolher o acesso do jurisdicionado ao colegiado, que é o juiz natural da causa. Por isso, jamais se cogitou de considerar inconstitucional a previsão de agravos nos regimentos internos dos tribunais. 4. Agravo regimental desprovido”.

³¹⁷ Nesse sentido: ALMEIDA; TALAMINI; WAMBIER, 1.999. vol. I, p. 647.

³¹⁸ A definição de que o juiz natural corresponde ao juízo constituído previamente pela lei é trazida por Enrico Tullio Liebman (LIEBMAN, 1.984. vol. I, p. 09).

³¹⁹ Realmente, não é acórdão o provimento isolado do relator (CPC, Art. 557, § 1º-A), mas, sim, decisão interlocutória. Por esta razão, concordamos com o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira, quando afirma que o relator pode ser considerado como *porta voz avançado* das decisões do colegiado (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Algumas inovações da lei nº 9.756 em matéria de recursos civis: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 326).

referente à causa. Logo, o acórdão tem um conteúdo mais amplo que a sentença.³²⁰

2.2 Conceito de Recurso

Etimologicamente, o substantivo recurso origina-se do latim e significa voltar a correr, pois se trata do substantivo *recursus*, com *us*.³²¹

De outro lado, ao avocar para si a entrega da tutela jurisdicional, o Estado obrigou-se a materializá-la de forma plena e justa. Nesse cenário, o recurso é um dos mecanismos primordiais, pois – geralmente –, permite uma maior probabilidade de justiça, na entrega da referida tutela jurisdicional.

E isso, porque a impossibilidade de recorrer geraria: a) o inconformismo natural da parte vencida; b) maior probabilidade de

³²⁰ Também se referindo a esta maior amplitude do mérito recursal em relação ao da causa, Nelson Nery Júnior ressalva que: “O mérito do recurso pode coincidir com o da causa. Não são, necessariamente, a mesma coisa, pois pode haver recurso contra decisão interlocutória, cujo mérito seja a revogação ou reforma da decisão, nada tendo a ver com a lide (objeto litigioso). É o caso, por exemplo, do agravo de instrumento tirado contra o indeferimento de prova pericial. O mérito do recurso é a reforma da decisão, para que o recorrente possa produzir a prova pretendida” (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 226).

³²¹ Essa definição é trazida por Francisco Torrinha (TORRINHA, 1.942, p. 732). Definição similar é noticiada por Nelson Nery Júnior, ao expressar que o substantivo *recurso* significa reiteração do mesmo caminho (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 198).

falibilidade humana e de abusos dos magistrados; c) menor aceitação social dos pronunciamentos da Justiça.

Infelizmente, na grande maioria das vezes, há um represamento nos tribunais, que obriga o jurisdicionado a aguardar por anos e anos pelo julgamento do recurso.³²² Mas esta mácula provocada por esta demora não desnatura a relevância do recurso, pois, no saldo, há mais benefícios do que malefícios. Além disso, em muitos casos, a medida antecipativa recursal pode amenizar este problema.

Quanto à sua definição, o recurso pode ser visto como meio ou poder, para provocar o reexame da decisão, quer seja pela mesma autoridade judiciária, quer seja por outra, hierarquicamente superior, com fulcro na modificação, reforma ou mera invalidação da mencionada decisão.³²³

Nesse contexto, o recurso dá continuidade ao processo e, em regra, desloca a competência, pois deixa o órgão que proferiu a decisão (*a quo*) e passa ao órgão competente para o reexame do pronunciamento (*ad quem*).³²⁴

³²² Por exemplo, temos conhecimento da existência de recursos no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que versam sobre verba de natureza alimentar e, mesmo assim, estão odiosamente aguardando o julgamento há mais de dez anos.

³²³ THEODORO JÚNIOR, 2.003. vol. I, p. 547.

³²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.000, p. 123.

Em sentido amplo, Nelson Nery Júnior conceitua o recurso, como sendo:

[...] o meio processual que a Lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público ou de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada.³²⁵

Feitas estas considerações, entendemos que o recurso é um mecanismo atribuído à parte,³²⁶ ao terceiro (legitimado) ou ao Ministério Público (nos casos previstos em lei), com o fito de provocar o reexame de decisão interlocutória, sentença ou acórdão e, desta forma, conferir maior justeza na entrega da tutela jurisdicional.

Mas, para conferir esta justeza, é necessário que a tramitação dos recursos nos tribunais seja célere e, para isso, a medida antecipativa recursal pode prestar um bom auxílio.

2.3 Natureza Jurídica do Recurso

Existem duas correntes dispendo sobre a natureza jurídica do recurso, a saber: a) para uma o recurso é ação autônoma (em relação à ação que lhe deu

³²⁵ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 212.

³²⁶ Trata-se de mero ônus facultado à parte (e não de obrigação), pois a sua interposição somente poderia beneficiar o interessado.

origem) e tem natureza constitutiva negativa em função da ação que foi o seu fato gerador; b) para outra o recurso é continuação do exercício do direito de ação.

Para esta primeira corrente, enquanto a origem da ação é anterior ao seu ajuizamento (externa ao processo), o recurso é originado a partir do pronunciamento impugnado, que foi proferido dentro do processo (endoprocessual). Ademais, uma pessoa que não participou da relação jurídica processual, pode ser legitimada para recorrer (CPC, Art. 499).³²⁷

Em outros termos, esta corrente se assenta em duas premissas, a saber:

a) o fato gerador do recurso está centrado em relação endoprocessual; b) a lei legitima a interposição de recurso por terceiros.

Os principais defensores são: Peter Gilles, Emilio Betti, Renzo Provinciali, Lodovico Mortara, Jaime Guasp e Carlo Umberto Del Pozzo.³²⁸ Embora defendida por juristas de escol, inequivocamente, essa corrente consiste em absoluta minoria na doutrina.

³²⁷ Sobre o tema, Nelson Nery Júnior registra que: “É interessante observar que, para essa corrente, a ação tem a gênese antes de iniciado o processo, pois este é justamente o exercício prático do direito de ação, ao passo que o recurso se origina de fator endoprocessual, vale dizer, da própria decisão impugnada” (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 213).

³²⁸ Esses autores foram relacionados por Nelson Nery Júnior (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 213). De fato, Lodovico Mortara defende que o direito de recorrer é autônomo, pois representa o próprio direito de ação (MORTARA, Lodovico. *Manuale della procedura civile*. Roma: Tipografico-Editrice, 1.887, passim). Posicionamento similar é adotado por Jaime Guasp em relação à autonomia do direito de recorrer (GUASP, Jayme. *Derecho procesal civil*. 3ª ed. Madrid: Inst. De Estudios, 1.968, passim).

Por seu turno, a corrente majoritária entende que o recurso não tem autonomia, pois é um instrumento de continuidade do procedimento.³²⁹

Em nosso entendimento, a segunda corrente se mostra mais adequada, pois:

a) justamente por embasar-se em fator endoprocessual é que o recurso deve ser considerado como continuidade do direito de ação;

b) com relação à interposição de recurso por terceiros legitimados que não participaram da relação, isso também em nada socorre a pretensa autonomia recursal, na medida em que o objeto da ação remanesce intacto.

Pelo exposto, concordamos com Ernane Fidélis dos Santos, ao afirmar:

O recurso não é ação autônoma, nova relação processual que se forma para atacar decisão interlocutória, sentença ou acórdão. Tem ele procedimento específico, mas se classifica simplesmente no rol dos direitos processuais que socorrem as partes e outros interessados no processo.³³⁰

Também defendendo que o recurso não é ação autônoma, dentre outros: Ugo Rocco,³³¹ Enrico Tullio Liebman,³³² Humberto Theodoro

³²⁹ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 218.

³³⁰ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.996, p. 523.

³³¹ ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*. 2ª ed. Torino: Torinese, 1.966. vol. III, p. 291.

³³² LIEBMAN, 1.984. vol. I, p. 257.

Júnior,³³³ José Frederico Marques,³³⁴ Nelson Nery Júnior,³³⁵ José Carlos Barbosa Moreira,³³⁶ Vicente Greco Filho,³³⁷ Nelson Luiz Pinto³³⁸ e Luiz Rodrigues Wambier.³³⁹

Por derradeiro, o recurso deve ser entendido como um ônus (e não uma obrigação).

Logo, a parte não tem a obrigação de interpor o recurso. Contudo, se a parte interessada não exercer o mencionado ônus, ocorrerá a preclusão contra ela.³⁴⁰

Ademais, a interposição do recurso apenas terá o condão de beneficiar a parte interessada (se houver provimento das razões recursais).

Em suma, o direito de recorrer é um ônus decorrente da continuação do exercício do direito de ação.

³³³ THEODORO JÚNIOR, 2.003. vol. I, p. 547.

³³⁴ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1.997. vol. III, p. 143.

³³⁵ Conforme: NERY JÚNIOR, 2.004, p. 232-234.

³³⁶ MOREIRA, 2.005. vol. V, p. 234.

³³⁷ GRECO FILHO, 2.002. vol. II, p. 264.

³³⁸ PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.004, p. 23.

³³⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Da integração dos subsistemas recursal e cautelar nas hipóteses de recurso especial e recurso extraordinário: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001, p. 688.

³⁴⁰ MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. **Processo civil: recursos**. São Paulo: Atlas, 2.000, p. 20.

2.4 Meios Autônomos de Impugnação

Em linhas gerais, existem dois meios para o pronunciamento judicial ser impugnado, a saber: a) os recursos previstos taxativamente no ordenamento;³⁴¹ b) as ações autônomas.

Diante da metodologia adotada, nesse item, nos limitaremos a verificar apenas o mandado de segurança e a cautelar, pois, excepcionalmente, podem ser usados como meios para a obtenção da antecipação da tutela recursal.

Isso ocorre, por exemplo, quando for imprescindível a antecipação da tutela, no lapso temporal verificado entre a interposição do agravo e a sua distribuição até um relator.

Quanto à impetração de mandado de segurança para impugnar o pronunciamento judicial, em geral, os seus opositores sustentam que:

³⁴¹ Os recursos estão tipificados, principalmente, no Art. 496 do CPC, tais como: apelação; agravo; embargos infringentes; embargos de declaração; recurso ordinário; recurso especial; recurso extraordinário; embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário. Por expressar taxativamente os recursos cabíveis no processo civil, Luiz Rodrigues Wambier defende que o aludido Art. 496 do CPC é regra de natureza peremptória (WAMBIER, 2.001, p. 699).

a) O Art. 5º, inc. II, da Lei nº 1.533/51³⁴² e a Súmula nº 267 do STF,³⁴³ impediriam a interposição do remédio heróico em relação ao ato do juiz que comporte recurso;

b) se essa ação mandamental for usada para atribuir efeito suspensivo a outro recurso, haveria desvio de sua finalidade, pois teria função nitidamente cautelar, uma vez que estaria assegurando o resultado do julgamento recursal. Nesse sentido, há acórdão do Superior Tribunal de Justiça.³⁴⁴

De outro prisma, a tutela cautelar (que verificamos no tópico 1.3.3), também tem sido admitida como meio de impugnação do pronunciamento judicial, notadamente em relação aos atos emanados dos tribunais.³⁴⁵

³⁴² Art. 5º da Lei nº 1.533/51: “Não se dará mandado de segurança quando se tratar: I – de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução; II – de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição; III – de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial”.

³⁴³ Súmula nº 267 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição parcial”.

³⁴⁴ Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6.861, Min. Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 10/06/96, p. 20.329, com ementa expressando: “MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. PRETENSÃO À REVOGAÇÃO DE LIMINAR CONCEDIDA EM CAUTELAR. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA IRREPARABILIDADE DO DANO. RECURSO DESPROVIDO. I – O mandado de segurança contra ato judicial, no sistema anterior à vigência da Lei nº 9.139/95, era aceito, por construção doutrinária e jurisprudencial, como medida anômala de caráter acautelatório, não se prestando, entretanto, a substituir o recurso cabível, não dando lugar, por isso, à pretensão de revogação da liminar, a ser pleiteada pela via do agravo interposto. II – O mandado de segurança impetrado com vistas à comunicação de efeito suspensivo ao agravo tinha caráter cautelar, condicionada sua concessão à ocorrência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, cumulativamente. Ausente na espécie o segundo pressuposto, cuja demonstração não logrou efetuar o impetrante”.

³⁴⁵ Após ressaltar que deve ser interposta ação cautelar para emprestar efeito suspensivo aos recursos desprovidos desse efeito, Luiz Rodrigues Wambier defende a integração da medida cautelar ao contexto recursal (WAMBIER, 2.001, p. 712).

Salientamos que a ação cautelar está mais sintonizada com a realidade dos tribunais, pois tem previsão legal para ser aplicada nas instâncias superiores.

A referida norma está contida no parágrafo único do Art. 800 do CPC, que expressa:

Art. 800: As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

Parágrafo único: Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.

Mas também há um óbice, pois na hipótese de ser concedido o efeito antecipativo, a cautelar seria satisfativa, isto é, estaria indo além da sua função acauteladora.³⁴⁶

Aliás, se é verdade que existe acórdão do Superior Tribunal de Justiça não admitindo que a cautelar tenha um fim em si mesma,³⁴⁷ também há acórdão do mesmo sodalício – mais recente –, admitindo a cautelar para a

³⁴⁶ Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior adverte que, justamente por se tratar de providência protetiva, a medida cautelar não tem um fim em si mesma, isto é, toda a sua eficácia se opera em relação às outras providências relacionadas aos outros processos (THEODORO JÚNIOR, 2.003. vol. I, p. 377).

³⁴⁷ Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Agravo Regimental nº 408, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJU de 05/08/96, p. 26.367, cujo trecho expressa: “[...] Impossível conceder-se a liminar, quando esta implique no exaurimento da matéria discutida no recurso especial”.

obtenção do efeito antecipativo, desde que os pressupostos estejam presentes.³⁴⁸

Emerge dessas considerações, que ambas as ações (cautelar e mandamental) não são inteiramente próprias para permitir o efeito antecipativo ou, mesmo, suspensivo.

Contudo, justamente pelo fato de a tutela antecipada recursal ser diferenciada, é que devemos verificar qual ação guarda maior compatibilidade (na inexistência de ação integralmente compatível).

Defendendo que o mandado de segurança é mais compatível nas instâncias ordinárias, Teori Albino Zavascki argumenta, sobre esta ação, que:³⁴⁹

a) se fosse usada a cautelar e o processo ainda estivesse no juízo de primeira instância, a competência seria do próprio juiz da causa, por força do Art. 800 do CPC; b) pode ter como objeto a tutela provisória suficiente para

³⁴⁸ Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Medida Cautelar nº 7.720, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 25/02/04, p. 95, com ementa expressando: “MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL NÃO INTERPOSTO. IMPLAUSIBILIDADE DOS FUNDAMENTOS. INDEFERIMENTO. 1. A antecipação da tutela recursal em casos em que o recurso sequer foi interposto somente será concebível em situações excepcionais, quando manifesto o risco de dano irreparável e inquestionável à relevância do direito, ou seja, o alto grau de probabilidade de êxito do futuro recurso especial. 2. Revelando-se improvável o conhecimento do recurso especial, não se configura o requisito da verossimilhança, indispensável à concessão da medida antecipatória. 3. A medida antecipatória não pode ter conteúdo maior ou diferente do que resultaria do próprio provimento do futuro recurso. Não se pode adiantar provisoriamente mais do que será possível conceder de modo definitivo. 4. Medida cautelar indeferida”.

³⁴⁹ ZAVASCKI, 1.997, p. 134-144.

garantir a ulterior tutela definitiva; c) não cerceará o direito de defesa do recorrido, pois será integrado no pólo passivo, como litisconsorte; d) a liquidez e certeza pode ser provada pela demonstração da existência de uma demanda com razoável possibilidade de ser acolhida e pelo risco de dano advindo do aguardo do julgamento.³⁵⁰

Em sentido oposto, o doutrinador Athos Gusmão Carneiro defende a interposição da ação cautelar, por analogia do parágrafo único do Art. 800 do CPC.³⁵¹

Com relação à possibilidade de desviar a finalidade da cautelar, para se tornar satisfativa ao antecipar a tutela, registra Piero Calamandrei que isso deve ser admitido, pois é consequência do poder geral de cautela do juiz.³⁵²

³⁵⁰ Ao concluir, Teori Albino Zavascki registra que: “O princípio da adequação, portanto, ainda pende em favor da utilização do mandado de segurança, e não da ação cautelar, nos casos da espécie” (Ibidem, p. 138). Entretanto, o Processualista adverte que esse seu entendimento somente vale para as instâncias ordinárias, isto é, a obtenção da tutela antecipada recursal nas instâncias extraordinárias (recurso especial e extraordinário) deve ser buscada pela ação cautelar, pois possui amparo nos regimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (Ibidem, p. 144-145).

³⁵¹ CARNEIRO, 2.005, p. 99.

³⁵² Nesse sentido, expressa Piero Calamandrei, que: “[...] mas outras vezes, quando se atentar que o futuro procedimento principal constitua novas relações jurídicas ou também ordene medidas inovadoras do mundo externo, o procedimento cautelar, para eliminar o dano que poderia derivar do atraso com o qual o procedimento principal poderá conseguir constituir tais efeitos, deve ter como objetivo não conservar o estado de fato existente, mas operar, em via provisória e antecipada, aqueles efeitos constitutivos e inovadores, que poderiam tornar, se procrastinados, ineficazes ou sem realização. Pense-se, por exemplo, na derrubada de uma árvore que está em perigo ordenada pelo juiz em seguida à denúncia de dano temido, Art. 699 do Código Civil; ou no procedimento de urgência com o qual, no processo de separação pessoal, o presidente constituiu provisoriamente, a cargo de um dos cônjuges, a obrigação de prover os alimentos ao outro: Art. 808 do Código Processual Civil” (CALAMANDREI, 2.000, p. 49-50).

Pelas razões que expusemos no item 1.3.3, principalmente após a introdução da medida antecipativa em nosso sistema processual, passamos a discordar parcialmente desse posicionamento do Processualista italiano, pois estamos diante de uma autêntica antecipação dos efeitos da tutela (e não propriamente de cautelar). Todavia, isso não é suficiente para afastar a cautelar, já que também há sérias objeções em relação ao mandado de segurança.

Após sopesarmos esses posicionamentos, passamos a entender que – a princípio – a cautelar deve ser usada, pois está mais sintonizada com o sistema recursal. Contudo, se a cautelar não for suficiente para lhe outorgar a tutela necessária, o jurisdicionado deverá impetrar o mandado de segurança.

E isso, porque é inegável o alargamento do âmbito de utilização do remédio heróico ao ser guindado em nível de garantia constitucional (CF, Art. 5º, inc. LXIX).³⁵³ Aliás, até mesmo a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, abranda esta vedação ao *writ* na presença do dano irreparável.³⁵⁴

Mas essa finalidade constitucional da referida ação mandamental, apenas poderá ser usada quando inexistirem outros mecanismos suficientes no sistema.

³⁵³ Também nesse sentido: TEMER, 1.998, p. 184.

³⁵⁴ Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, REExt nº 92.107, Rel. Min. Oscar Corrêa, DJU de 08/10/82, p. 10.189, RTJ, vol. CIII, p. 215, com trecho expressando: “Mandado de segurança contra decisão judicial recorrível. A jurisprudência da corte tem abrandado a rigidez da Súmula nº 267, para admitir mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso, desde que dele resulte dano irreparável, devidamente demonstrado. Precedentes. Uniformização de jurisprudência [...]”.

Nesse sentido, também é o entendimento de Cássio Scarpinella Bueno, ao expressar:

Assim, a impetração de mandado de segurança contra ato judicial (qualquer que seja este ato) será reservada para aqueles casos em que, efetivamente, sejam descartadas todas as possibilidades de eficácias concedidas pelo sistema processual. Trata-se, em verdade, de reconduzir o mandado de segurança (contra ato judicial) a sua finalidade específica e constitucionalmente prevista, vedando-se seu uso promiscuamente.³⁵⁵

Por exemplo, no Tribunal de Justiça-SP, não raramente, a cautelar tem um rito mais demorado, diante dos dias consumidos para que seja distribuída ao respectivo relator para apreciar o pedido de liminar (Art. 678 do RITJSP),³⁵⁶ tal como ocorre com o agravo de instrumento.

Já, o mandado de segurança é mais célere, pois é levado imediatamente para a conclusão do presidente, ou vice, que for competente (Art. 518 do RITJSP)³⁵⁷ e, somente após, é distribuído a um relator.

³⁵⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Liminar em mandado de segurança**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 299.

³⁵⁶ Art. 678 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça-SP: “As medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal e as ações cautelares disciplinadas pelo Código de Processo Civil, quando urgentes e de manifesto cabimento, serão processadas pelo relator da ação originária ou do recurso pendente de julgamento no Tribunal”.

³⁵⁷ Art. 518 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça-SP: “Conferidas as cópias e registrado o feito, a Secretaria promoverá imediata conclusão dos autos ao Presidente do Tribunal ou ao presidente da seção competente, a quem incumbe: I – indeferir, *in limine*, a inicial, nos casos do Art. 516, § 2º, deste Regimento; II – mandar suspender, desde logo, o ato impugnado, quando de sua subsistência puder resultar a ineficácia da medida, caso deferida a final, e forem relevantes os fundamentos da impetração; III – mandar notificar a autoridade tida por coatora, para prestar informações no prazo de dez dias, entregando-se-lhe a segunda via da inicial e cópia dos documentos e, se houver, da decisão concessiva ou não da liminar; IV – ordenar a citação de litisconsorte necessário, que o impetrante promoverá no prazo de dez dias”.

Existem ainda outros meios de ações autônomas de impugnação do pronunciamento judicial. Entretanto, como a matéria supera o âmbito desse estudo, apenas mencionaremos algumas delas, a saber:³⁵⁸ a) embargos de terceiro (CPC, Art. 1.046 e seguintes); b) *habeas corpus* (CF, Art. 5º, inc. LXVIII); c) mandado de injunção (CF, Art. 5º, inc. LXXII); d) *habeas data* (CF, Art. 5º, inc. LXXI); e) ação rescisória (CPC, Art. 485).³⁵⁹

Enfim, as principais ações autônomas que permitem a postulação pela tutela antecipada recursal na existência de lacuna do sistema, consistem na cautelar e (se esta não for suficiente), no mandado de segurança.

2.5 Pressupostos de Admissibilidade

A abordagem desse tema se justifica, pois, a princípio, o efeito antecipativo não pode ser concedido na ausência dos pressupostos de admissibilidade recursais. Mas, para não ultrapassarmos o âmbito desse estudo, nos limitaremos aos aspectos principais.³⁶⁰

³⁵⁸ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 75.

³⁵⁹ Como adverte Luiz Rodrigues Wambier e outros, a ação rescisória tem o escopo de rescindir a sentença ou acórdão, que tenha transitado em julgado, há menos de dois anos, desde que preenchidos os pressupostos legais atinentes (CPC, Art. 485). Na realidade, trata-se de ação constitutiva negativa que, uma vez julgada procedente, produzirá uma sentença desconstitutiva em relação à sentença impugnada, além da determinação (se for requerido) de novo julgamento (ALMEIDA; TALAMINI; WAMBIER, 1.999. vol. I, p. 753).

³⁶⁰ Como adverte Cândido Rangel Dinamarco, a decretação da ausência de qualquer pressuposto de admissibilidade finaliza o procedimento recursal (DINAMARCO, 2.005, p. 153).

2.5.1 Aspectos gerais

Em linhas gerais, os pressupostos de admissibilidade consistem em obstáculos (condições), que devem ser superados para possibilitar o julgamento do mérito das razões recursais e, por conseguinte, para permitir que a tutela antecipada recursal seja concedida.

Logo, apenas se preenchidos os pressupostos de admissibilidade, é que o Estado-Juiz poderá dizer se o recorrente tem o direito pleiteado no recurso, ou não.³⁶¹

Por outro lado, há renomada doutrina entendendo que os pressupostos de admissibilidade devem ser divididos em objetivos (inerentes ao recurso propriamente dito) e subjetivos (imanentes à pessoa do recorrente).³⁶²

Para José Carlos Barbosa Moreira, os pressupostos devem ser divididos em extrínsecos (relativos ao exercício do direito de recorrer) e intrínsecos (inerentes à própria existência do direito de recorrer).³⁶³

³⁶¹ Evidenciando esta realidade, Luiz Rodrigues Wambier adverte que a ausência dos pressupostos de admissibilidade situa-se em uma etapa prévia, que impede juízo *ad quem* de adentrar ao mérito recursal (WAMBIER, 2.001, p. 692). Nesse sentido: WAMBIER, 2.000, p. 105.

³⁶² Nesse sentido: MARQUES, 1.997. vol. III, p. 154; SANTOS, 1.997. vol. III, p. 85; GRECO FILHO, 2.002. vol. II, p. 272-273; THEODORO JÚNIOR, 2.003. vol. I, p. 508.

³⁶³ Classificação adotada por: NERY JÚNIOR, 2.004, p. 240-367; MOREIRA, 2.003. vol V, p. 227-476.

Entretanto, embora estejamos de acordo com a nomenclatura empregada (extrínsecos e intrínsecos), discordamos da eleição do poder de recorrer como fator de separação dos pressupostos de admissibilidade.³⁶⁴ Entendemos que o fator a ser considerado para separar os pressupostos em extrínsecos e intrínsecos, deve ser o pronunciamento judicial recorrido (e não o poder de recorrer).³⁶⁵

2.5.2 Pressupostos extrínsecos

Estes pressupostos são requisitos que não guardam relação com o conteúdo do pronunciamento recorrido (são atinentes a fatores externos) e, por essa razão – em regra –, se referem aos aspectos posteriores ao pronunciamento impugnado.³⁶⁶

Por serem genéricos, eles podem ser dispensados pela legislação,³⁶⁷ tal como ocorre em relação às custas para interposição do agravo de instrumento. Por exemplo, no Estado de São Paulo era dispensado o recolhimento das custas de preparo em relação ao referido recurso, mas, atualmente, por força da lei estadual nº 11.608 de 29 de dezembro de 2.003, é exigido o preparo de

³⁶⁴ MOREIRA, 2.000, p. 117.

³⁶⁵ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 240.

³⁶⁶ Ibidem, p. 241.

³⁶⁷ MOREIRA, 2.003. vol V, p. 484.

10 (dez) UFESPs, além do respectivo porte de retorno.³⁶⁸ Igualmente, a legislação processual poderá acrescentar outros requisitos.

Os pressupostos de admissibilidade extrínsecos consistem, basicamente, em quatro espécies, a saber:³⁶⁹ a) a tempestividade do recurso;³⁷⁰ b) a regularidade formal;³⁷¹ c) o preparo;³⁷² d) a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.³⁷³

³⁶⁸ Art. 4º da Lei nº 10.608/03: “O recolhimento da taxa judiciária será feito da seguinte forma: [...] § 5º – A petição do agravo de instrumento deverá ser instruída com o comprovante do pagamento da taxa judiciária correspondente a 10 (dez) UFESPs e do porte de retorno, fixado na forma do parágrafo anterior, nos termos do § 1º do Art. 525 do Código de Processo Civil”.

³⁶⁹ Classificação adotada por NERY JÚNIOR, 2.004, p. 240.

³⁷⁰ O objetivo maior da tempestividade é propiciar segurança jurídica, ao impedir que as questões processuais permaneçam indefinidamente em aberto.

³⁷¹ A regularidade formal determina a realização do ato, consoante preconizado pela legislação quando esta assim o exigir (CPC, Art. 154). Como adverte José Carlos Barbosa Moreira, em sentido amplo, os requisitos da regularidade formal, relativos aos recursos, consistem na forma escrita e nos fundamentos do recurso (MOREIRA, 2.000, p. 119). Mas, como lembra Araken de Assis, além dos pressupostos genéricos da regularidade formal, existem outros que deverão ser atendidos casuisticamente, ou seja, consoante às circunstâncias do caso específico (ASSIS, Araken. **Condições de admissibilidade dos recursos cíveis: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 43).

³⁷² O preparo consiste no pagamento de todas as despesas necessárias (previstas na lei) para a interposição do recurso. Por essa razão, o valor do porte de remessa também é espécie do gênero preparo (CPC, Art. 511). Sobre essa definição do porte, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp nº 262.678, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 11/06/01, p. 230, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL. PREPARO TEMPESTIVO, MAS RELATIVAMENTE À PARTE DAS DESPESAS, FALTANDO O RECOLHIMENTO DA PARTE CORRESPONDENTE AO PORTE DE RETORNO. PAGAMENTO PARCIAL DO PREPARO. INOCORRÊNCIA DE DESERÇÃO. PRECEDENTES. O preparo consiste no pagamento das despesas processuais. O preparo do recurso compreende tudo o que, a partir de previsão legal, precisa ser pago para que ele possa prosseguir, incluindo, portanto, não só o que se conhece como custas como também o chamado porte de remessa e de retorno. A insuficiência do valor recolhido a título de preparo, na acepção da palavra, não pode ser equiparado à sua falta, para o fim de se ter o recurso como deserto nos termos do Art. 511, CPC, impondo-se aplicação ao seu § 2º, introduzido pela Lei nº 9.756/98. Recurso especial conhecido e provido, para que seja oportunizada no Tribunal de origem a complementação, ficando com isso relevada a pena de deserção”.

³⁷³ “Os fatos extintivos consistem na renúncia (CPC, Art. 502) ou na aquiescência (CPC, Art. 503). Já, o fato impeditivo consiste na desistência (CPC, Art. 501)”. Nesse sentido: ASSIS, 1.999, p. 30.

2.5.3 Pressupostos intrínsecos

Estes pressupostos se referem à própria decisão recorrida e, por isso, são verificáveis por meio do conteúdo e da forma do pronunciamento impugnado.³⁷⁴

Cabe ressaltarmos a semelhança existente entre os pressupostos de admissibilidade recursais intrínsecos e as condições de admissibilidade do exame de mérito da ação.³⁷⁵ Contudo, em regra, os pressupostos de admissibilidade recursal referem-se aos critérios localizados dentro do processo (endoprocessuais), na medida em que as condições da ação – praticamente – se localizam em uma órbita pré-processual.³⁷⁶

Os pressupostos de admissibilidade intrínsecos consistem em três espécies, a saber: a) ao cabimento;³⁷⁷ b) a legitimidade para recorrer;³⁷⁸ c) ao interesse em recorrer.³⁷⁹

³⁷⁴ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 240.

³⁷⁵ Bem adverte Ugo Rocco, que embora estes institutos sejam semelhantes, não são iguais. Para exemplificar essa afirmação registra que o interesse de impugnação, por ser mais limitado, é um aspecto do interesse de agir, pois pressupõe apenas a existência de um prejuízo que possa ser retirado da sentença, ao afirmar: “*L’interesse all’impugnazione di una sentenza, che è un particolare aspetto del generale interesse ad agire di cui all’ Art. 100 CPC, presuppone un pregiudizio che possa essere arrecato dalla sentenza stessa ad una delle parti*” (ROCCO, 1.966. vol. III, p. 309).

³⁷⁶ Nesse sentido: WAMBIER, 2.000, p. 105.

³⁷⁷ Como ressalva Nelson Nery Júnior, para que qualquer recurso satisfaça o pressuposto do cabimento, é necessária a existência de dois fatores, a saber: a) recorribilidade, isto é, que exista previsão na legislação processual; b) adequação, ou seja, que o recurso seja adequado à espécie (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 240).

³⁷⁸ Estudaremos a legitimidade para postular pelo efeito antecipativo, no item 2.6.7.7.1.

³⁷⁹ Conforme registra José Carlos Barbosa Moreira, os pressupostos para caracterizar o interesse são dois, a saber: a) *necessidade*, pois o recurso deve ser o único meio para a obtenção do resultado pretendido; b) *utilidade*, pois o recurso deve atenuar ou subtrair o gravame (MOREIRA, 2.003, vol V, p. 295).

2.5 Efeitos dos Recursos

Entendemos ser imprescindível uma revisitação aos efeitos dos recursos, para que possamos desenvolver este nosso tema.

Para melhor análise, verificaremos, em separado, o conceito, as espécies e a nossa proposta de inclusão da medida antecipativa como um efeito recursal.

2.6.1 Considerações gerais e formas de incidência

A interposição de recurso é um ato processual e, como todo ato, produz conseqüências (efeitos).³⁸⁰ Mas, se o efeito for concedido ou não, incorretamente, poderá causar severos danos.³⁸¹

³⁸⁰ Informa José Oscar de Plácido e Silva, que o substantivo *efeito* é originário da palavra latina *effectum*, que significa produzir (SILVA, 2.004, p. 507).

³⁸¹ É por estas razões que Alcides de Mendonça Lima veementemente afirma que: “A questão do efeito de um recurso – sobretudo da apelação – é muito importante, pelas conseqüências que se podem derivar do ato do juiz, causando prejuízo ao recorrente (se tinha de ser apenas devolutivo, favorecendo a execução provisória, e o foi em ambos) ou ao recorrido (se tinha de ser também suspensivo, impedindo a execução, e o foi apenas no devolutivo) (LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.976, p. 301).

Cumulativamente existem renomados Doutrinadores, que apenas admitem a existência dos efeitos devolutivo e suspensivo.³⁸²

Para José Carlos Barbosa Moreira,³⁸³ além destes efeitos, também existem o extensivo subjetivo (que faz o julgamento das razões recursais ser aproveitado pelos litisconsortes – Art. 509 do CPC)³⁸⁴ e o impeditivo do trânsito em julgado.

Outra classificação é defendida por Nelson Nery Júnior, que além dos tradicionais (devolutivo e suspensivo), também admite os efeitos translativo, expansivo e substitutivo.³⁸⁵

Com relação ao impedimento do trânsito em julgado, Nelson Nery Júnior lança uma fundada crítica, pois não seria propriamente um efeito, mas sim uma consequência do efeito devolutivo.³⁸⁶

Como observamos, a grande maioria doutrinária classifica os efeitos recursais (em relação ao pronunciamento impugnado), com

³⁸² Adotando apenas estes dois efeitos ao recurso: *Ibidem*, p. 291; PINTO, 2.004, p. 38.

³⁸³ MOREIRA, 2.000, p. 123-124.

³⁸⁴ Como veremos na sequência, este efeito – que José Carlos Barbosa Moreira rotula como extensivo subjetivo –, é denominado por Nelson Nery Júnior como expansivo subjetivo (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 477-482).

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 428.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 432.

fulcro na interposição do recurso e nas respectivas conseqüências desse ato.³⁸⁷

Cabe ainda salientarmos, que a incidência dos efeitos pode ocorrer de duas formas diversas, a saber:

a) *independente* (de pedido) ou *natural*, quando o efeito é previsto originariamente para o recurso, ou seja, a sua incidência não está condicionada a requerimento do recorrente. Como exemplos, podemos mencionar os efeitos devolutivo, translativo, expansivo, substitutivo e o suspensivo previsto na primeira parte do *caput* do Art. 520 do CPC;

b) *dependente*, quando o efeito não é natural, mas pode ser agregado ao recurso desde que existam os pressupostos pertinentes, tais como o *periculum in mora* e *fumus boni iuris* (no caso do efeito suspensivo) ou os requisitos carreados no Art. 273 do CPC (em relação ao efeito antecipativo). Por exemplo, mencionamos o agravo de instrumento que, em regra, não tem suspensividade *natural* (CPC, Art. 497), mas, o mencionado efeito, pode ser deferido excepcionalmente (CPC, Art. 558), ou seja, é *dependente* dos pressupostos legais para ser concedido.

³⁸⁷ Esse critério foi observado por Nelson Nery Júnior, ao registrar que a doutrina apenas considera a interposição do recurso e as suas conseqüências quanto ao pronunciamento recorrido (Ibidem, p. 428).

A incidência *dependente*, basicamente, está restrita aos efeitos antecipativo e suspensivo, sendo que, este último, incide de forma bivalente (*dependente e independente*). Oportuno salientarmos que esta incidência é uma espécie de tutela sumária outorgada pelo judiciário, que enquadrados como efeito recursal, pois é uma consequência da interposição do respectivo recurso.

Certamente existem situações em que uma tutela sumária semelhante poderá ser concedida sem a interposição do recurso (conforme veremos melhor no terceiro capítulo). Todavia, esses casos excepcionais não se referem aos efeitos recursais. Em verdade estamos diante da tutela cautelar (se for suspenso o pronunciamento) ou da tutela antecipada prevista no Art. 273 do CPC (se for adiantado o efeito do resultado final).

Traçados esses parâmetros, na seqüência, analisaremos esses efeitos e as respectivas formas de incidência, no intuito de compatibilizá-los com a tutela antecipada recursal (que rotulamos de efeito antecipativo).

2.6.2 Efeito suspensivo

A incidência deste efeito pode ser *natural* (independente de pedido) ou ficar na *dependência* da satisfação de determinados pressupostos. Nessa

última situação, o efeito suspensivo guarda estreita relação com o antecipativo, pois ambos têm a incidência condicionada à presença de pressupostos (ainda que diversos). Com esse cenário iniciaremos a exposição do tema, primeiramente, pelos aspectos gerais e, após, adentraremos à suspensividade parcial.

2.6.2.1 Considerações gerais

A incidência bivalente (*independente e dependente*) é imprescindível para a conceituação deste efeito.³⁸⁸ E isso, porque embora possa suspender um pronunciamento que jamais produziu efeitos (incidência *independente*), também pode ficar restrita à presença de requisitos, tais como o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* (incidência *dependente*).

Podemos exemplificar a forma de incidência *independente* (ou *natural*), por meio da interposição de apelação nas situações previstas na

³⁸⁸ Alcides de Mendonça Lima defende que o CPC/73 adotou o efeito suspensivo como regra para os recursos (LIMA, 1.976, p. 292). De outro lado, Giuseppe Tarzia ilustra que na Itália é diferente, pois o Art. 337, 1, do CPC italiano encara a suspensividade como exceção (TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*. Milão: Giuffrè, 1.991, p. 219). Trazendo uma definição em sentido amplo desse efeito, Nelson Luiz Pinto afirma que é o impedimento da imediata: “produção de efeitos da decisão recorrida, ficando o comando nela contido suspenso até seu julgamento” (PINTO, 2.004, p. 37).

primeira parte do *caput* do Art. 520 do CPC, pois o efeito suspensivo incidirá independentemente de qualquer pedido do recorrente.

Emerge daí, que os recursos dotados de suspensividade *independente* não suspendem a decisão, mas somente vedam o início da produção dos seus efeitos independentemente de pedido do interessado ou de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Em função disso, José Carlos Barbosa Moreira rotula como equivocada a expressão efeito suspensivo, pois pressupõe que a suspensão seria gerada pela interposição do recurso quando, na realidade, o julgado impugnado nunca produziu efeitos.³⁸⁹

De outro lado, a incidência *dependente* do efeito suspensivo ocorrerá quando o ato impugnado chegou a produzir efeitos. Nesse caso esse efeito é *dependente* da presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Este é o verdadeiro efeito suspensivo, pois o pronunciamento suspenso estava produzindo efeitos, ao contrário da sentença impugnada por apelação que jamais produziu efeitos.³⁹⁰

³⁸⁹ MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 147.

³⁹⁰ Além dessas modalidades, Carlos Silveira Noronha alerta para a existência do efeito suspensivo reflexo ou implícito, verificado pela suspensão do processo, em função da eficácia reflexa irradiada da própria decisão interlocutória impugnada, sem que a legislação atribua, expressamente, o aludido efeito ao recurso. Como exemplo, há a decisão em que o magistrado defere o pedido de citação do denunciado à lide, prevista no Art. 72 do CPC (NORONHA, 1.995, p. 278).

Como exemplos da incidência *dependente*,³⁹¹ podemos mencionar todos os recursos destituídos de suspensividade *natural*, tais como: a) o agravo de instrumento (CPC, Art. 527, inc. III); b) a apelação nas situações diversas da primeira parte do *caput* do Art. 520 do CPC (CPC, Art. 558, parágrafo único); c) recurso ordinário; d) recurso extraordinário; e) recurso especial.

Verificadas as duas principais formas de incidência desse efeito, passaremos à análise do período de eficácia da suspensividade.

Dispondo sobre o lapso temporal da suspensividade, José Carlos Barbosa Moreira defende que incide até a consumação da preclusão e/ou da coisa julgada.³⁹²

Ousamos discordar desse termo final. Para amparar nosso raciocínio, vamos supor que seja concedido efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Nesse exemplo a suspensividade se estenderá até a publicação do respectivo

³⁹¹ Sobre essa forma de incidência da suspensividade, Eduardo Talamini sustenta que não é propriamente um efeito suspensivo, mas sim uma tutela de urgência, ao expressar: “O ‘efeito suspensivo’, aqui em vez de impedir a eficácia, susta efeitos já em curso. Vale dizer, é – ele mesmo – uma tutela de urgência desempenhada pelo relator, em muito pouco equivalendo ao efeito suspensivo *ex lege*” (TALAMINI, 2.001, p. 285). O nosso entendimento é justamente o contrário, pois este efeito do Art. 558 do CPC é verdadeiramente suspensivo e, como o próprio nome afirma, *suspende* o efeito de um pronunciamento que tinha eficácia. Ao contrário, o efeito suspensivo de incidência *natural* previsto no *caput* do Art. 520 do CPC (chamado por Eduardo Talamini de *ex lege*), nada suspende, uma vez que o pronunciamento não chegou a produzir efeitos. De modo geral, a única semelhança desta suspensividade com a tutela cautelar reside nos pressupostos de incidência (perigo da demora e fumaça do bom direito).

³⁹² MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 255.

acórdão, independentemente de haver a preclusão. E isso, porque, em regra, os recursos que poderiam impugnar este acórdão (especial e extraordinário) são destituídos de efeito suspensivo.

Ora, este exemplo – ao que nos parece –, deixa claro que o efeito suspensivo pode terminar sem que exista a preclusão e/ou coisa julgada, pois a interposição dos recursos excepcionais não prorroga o efeito suspensivo.³⁹³

Além disso, o adiamento da formação da coisa julgada decorre do efeito devolutivo (e não do suspensivo).³⁹⁴

Já, quanto ao termo inicial existem duas possibilidades. A primeira ocorrerá se o recurso cabível tiver efeito suspensivo *independente*. Nesse caso, a suspensividade é iniciada a partir da publicação do pronunciamento impugnado, pois, ainda que o recurso não tivesse sido interposto, apenas produziria efeito após o decurso do prazo recursal.

Por esta razão, concordamos com Nelson Nery Júnior, quando afirma que a publicação do pronunciamento impugnado será o termo inicial da

³⁹³ Isso ocorre porque os fenômenos da coisa julgada e da preclusão são afastados pelo efeito devolutivo (e não da suspensividade).

³⁹⁴ Sobre esse entendimento, Nelson Nery Júnior adverte que: “Muito embora certos setores da doutrina entendam que o efeito suspensivo do recurso obsta a formação da coisa julgada, entendemos que o adiamento da formação da *res judicata* é decorrência natural e lógica do ‘efeito devolutivo’ dos recursos, e não do suspensivo” (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 447).

suspensividade e o final se dará com a publicação da decisão de julgamento do recurso.³⁹⁵

Todavia, cabe aqui um registro, uma vez que se o recurso não tiver efeito suspensivo *independente* (de pedido), então o prazo inicial será computado a partir da intimação do deferimento suspensividade de incidência *dependente*, pois, em geral, o pronunciamento impugnado chegou a produzir efeitos.

Mas, teríamos uma segunda possibilidade se o recurso tiver efeito suspensivo *dependente* (e não *independente*), já que o prazo inicial será computado a partir da efetivação do deferimento da suspensividade.

Com outras palavras, na incidência *independente*, este adiamento ocorre em relação a um pronunciamento que jamais produziu efeitos e, na *dependente*, se dá em função de um pronunciamento que estava produzindo efeitos.

Traçados esses parâmetros podemos observar – de modo geral –, que a consequência de adiar a produção de efeito é uma característica comum da suspensividade (*dependente e independente*).

³⁹⁵ Ibidem, p. 446.

Por fim – e isto é muito importante para este nosso estudo –, embora a forma de incidência seja semelhante, o efeito suspensivo *dependente* não pode ser confundido com a antecipação da tutela recursal (ou, como preferimos chamar, com o efeito antecipativo, pois adianta as conseqüências do pronunciamento negado pelo juízo *a quo*).

Em verdade, a suspensividade *dependente* possui incidência muito semelhante à tutela cautelar, pois a sua concessão também exige o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Mas isto será mais bem analisado no item 2.6.7.4.

Com essas considerações, entendemos que: a) o efeito suspensivo consiste na conseqüência de adiar a produção dos efeitos do pronunciamento impugnado; b) se a incidência da suspensividade for *independente (natural)*, se iniciará com a publicação do pronunciamento impugnado; c) se for *dependente*, o início se dará com a intimação do deferimento do efeito suspensivo; d) sendo *dependente* ou *independente*, em regra, o término se dará pela efetivação da decisão do juízo *ad quem*.

2.6.2.2 Suspensividade parcial

Nesse item analisaremos a amplitude do efeito suspensivo do recurso que impugna apenas um capítulo da sentença, sendo omissa em relação aos demais.

Pela teoria chiovendiana³⁹⁶ a sentença é constituída de capítulos independentes. Por conseqüência, o capítulo que não for impugnado fará coisa julgada (CPC, Art. 467), restando defesa à modificação pelo juízo *ad quem*.³⁹⁷

Embora exista posicionamento em sentido contrário,³⁹⁸ concordamos com esta teoria, pois se a matéria não foi devolvida, não poderá ser modificada pelo juízo *ad quem* e, por esta razão, transita em julgado conforme determina o Art. 467 do CPC.

Vamos imaginar uma sentença que condena o réu a pagar os danos moral e material. Nesse exemplo, se a apelação apenas impugnar o capítulo do dano moral, o outro capítulo (dano material) transitará em julgado por força do Art. 467 do CPC e, por esta razão, o efeito suspensivo deverá ficar restrito ao capítulo impugnado (dano moral).

No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco afirma que:

³⁹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4ª ed. Nápoles: Jovene, 1.928, p. 1.136.

³⁹⁷ Também defendendo a divisão da sentença em capítulos: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 2ª ed. Traduzido por Ada Pellegrini Grinover, Alfredo Buzaid e Benvindo Soares. Rio de Janeiro: Forense, 1.981, p. 03 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos da sentença**. São Paulo: Malheiros, 2.002, p. 34; NERY JÚNIOR, 2.004, p. 447; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003, p. 463-464.

³⁹⁸ Repelindo esta teoria Francesco Carnelutti defende que esta divisão encontra-se na fundamentação (motivação) da sentença e não no dispositivo (CARNELUTTI, Francesco. *Sulla reformatio in pejus*. In: Rivista di Diritto Processuale, vol. I. s.l.: s.e., 1.927, p. 184).

Interposto o recurso e havendo o recorrente optado por não abranger nele todo o conteúdo da sentença ou acórdão, isso significa que o capítulo irrecorrido não estará coberto pela devolução e passa em julgado, tornando-se exequível porque sobre ele não pode incidir a suspensão (recurso parcial, Art. 515, *caput* – supra, nº 63). Não pode haver suspensão com extensão maior que a da devolução.³⁹⁹⁻⁴⁰⁰⁻⁴⁰¹

Ademais, conforme lembra Giuseppe Tarzia, se a situação apresentar *grave motivo*, o efeito suspensivo pode ser concedido ao recurso apenas em relação à parte tida como nociva, ou seja, é pacífica a concessão excepcional da suspensividade parcial (CPC/italiano, Art. 373).⁴⁰²

³⁹⁹ DINAMARCO, 2.005, p. 141.

⁴⁰⁰ Sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco relata um caso muito interessante, a saber: “Membros da família de pessoa morta em um acidente de trânsito ajuizaram demanda em face da empresa proprietária do caminhão apontado como causador do dano. Essa demanda foi julgada inteiramente procedente, mas a viúva e filhos do falecido apelaram, com o único objetivo de majorar a verba honorária a cargo da empresa-ré. Obviamente, esse recurso tinha por objeto exclusivamente a pretensão a um *plus* na verba honorária; não operou devolução alguma quanto ao *meritum causae*, ou seja, não investiu o tribunal do poder de decidir sobre o acerto ou erro do juiz inferior ao julgar procedente a demanda (apelação parcial – Art. 515, *caput*). Pendente tal recurso, com os autos ainda na instância de origem, os autores pediram e o juiz negou-lhes a carta de sentença que pretendiam para promover a execução do julgado; ele assim decidiu, pelo falso fundamento de que sentenças proferidas em ações daquela natureza são sujeitas a apelação com efeito suspensivo e, portanto, a execução provisória não seria admissível. Errado! Em julgamento do qual tomei parte, o tribunal reformou essa decisão, mostrando que, sendo parcial a apelação interposta pelos autores, o capítulo portador da procedência da demanda passara em julgado, não se podendo falar em suspensão onde sequer devolução havia. E a execução a ser feita seria até definitiva, não provisória (Art. 587, 1ª parte)” (DINAMARCO, 2.005, p. 141-142).

⁴⁰¹ Embora entendendo cabível a execução provisória (e não a definitiva), Nelson Nery Júnior também defende a possibilidade de execução do julgado diante da suspensividade parcial (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 447). Em nosso entendimento, se o capítulo da sentença transitou em julgado, emerge que a execução será definitiva, conforme determina a 1ª parte do Art. 587 do CPC.

⁴⁰² Nesse sentido, Giuseppe Tarzia expressa que: “*e* la sospensione può essere concessa per ‘gravi motivo’: formula ampia, che consente al giudice d’ appello di deliberare sulla fondatezza dell’ impugnazione, sia di valutare se dall’ esecuzione possa derivare al soccombente un ‘grave e irreparabile danno’ (cfr., per la sospensione dell’ esecuzione della sentenza d’ appello, l’ Art. 373 c.p.c.) o un ‘gravissimo danno’ (cfr., per il processo del lavoro, l’ Art. 431 cit.) o anche, riteniamo, solo un ‘grave danno’” (TARZIA, 1.991, p. 253).

Entretanto – infelizmente –, é comum no cotidiano forense, que a impugnação de apenas um dos capítulos da sentença seja indevidamente recebida como instrumento capaz de suspender todo o pronunciamento (e não parcialmente), em detrimento da efetividade.

2.6.3 Efeito devolutivo

Para facilitar o exame deste efeito, dividiremos o tema da seguinte forma: aspectos gerais, extensão, profundidade, condição resolutive, vedação da reforma para pior e interação com o efeito antecipativo.

2.6.3.1 Considerações gerais

No passado – diante da impossibilidade de atender a todos os jurisdicionados –, o rei delegava poderes para o juiz lhe representar na entrega da tutela jurisdicional. Mas se a parte ficasse inconformada com a decisão, poderia recorrer diretamente ao monarca.⁴⁰³

⁴⁰³ Conforme: LIMA, 1.976, p. 286.

Esta devolução da matéria a quem tinha a competência originária, ou seja, ao próprio rei, originou o efeito devolutivo.

Devido a esta origem, ainda hoje, renomados doutrinadores defendem que a condição para existir o efeito devolutivo é a existência de um juiz *ad quem* de maior hierarquia e, nesse caso, os embargos declaratórios não teriam este efeito, pois os juízos *a quo* e *ad quem* são os mesmos.⁴⁰⁴

Contudo, como bem lembra Teresa Arruda Alvim Wambier, para que exista a devolução, inexistente a necessidade de maior hierarquia do juízo *ad quem*, pois basta que a matéria seja devolvida para nova apreciação do judiciário, já que todo juiz integra o Poder Judiciário.⁴⁰⁵

No mesmo sentido, Nelson Nery Júnior sustenta que a mera aptidão do recurso para provocar o reexame do ato impugnado, já é suficiente para caracterizar o efeito devolutivo.⁴⁰⁶

Sobre a necessidade de atualizarmos a definição sobre este efeito, o próprio Alcides de Mendonça Lima, após lembrar que anteriormente a

⁴⁰⁴ Entendendo que inexistente o efeito devolutivo nos embargos declaratórios, José Carlos Barbosa Moreira afirma que: “Quando a lei, a título de exceção, atribui competência ao próprio órgão *a quo* para reexaminar a matéria impugnada, o efeito devolutivo ou inexistente (embargos de declaração), ou fica condicionado a que não se reforme a decisão antes do julgamento do recurso” (MOREIRA, 2.000, p. 123). Também Alcides de Mendonça Lima defende a inexistência de efeito devolutivo nos embargos declaratórios (LIMA, 1.976, p. 289).

⁴⁰⁵ Conforme: WAMBIER, 2.000, p. 221.

⁴⁰⁶ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 431.

condição para a devolução era que o juízo *a quo* fosse diferente do *ad quem*, sustenta que este conceito deve ser abrandado, para permitir que a mera devolução a qualquer órgão do judiciário seja suficiente para materializá-lo.⁴⁰⁷

Por fim, a devolutividade não decorre de requerimento do interessado, mas sim do recurso. Por isso, esse efeito tem incidência *independente*.⁴⁰⁸

Assim, em sentido amplo, o efeito devolutivo consiste na consequência de provocar o reexame do pronunciamento, por meio da devolução da matéria ao judiciário. Com essa ordem de idéias podemos concluir que todos os recursos têm efeito devolutivo.

2.6.3.2 Extensão

A extensão desse efeito consiste na limitação da matéria devolvida ao âmbito do pedido deduzido nas razões recursais, que é trazida pela expressão

⁴⁰⁷ Além disso, Alcides de Mendonça Lima, ainda sustenta que seja chamado de efeito de transferência (e não devolutivo) (LIMA, 1.976, p. 285-287). Em nosso entendimento, o efeito deve continuar sendo chamado de devolutivo, pois como o próprio doutrinador reconhece, há a devolução da matéria para o judiciário.

⁴⁰⁸ Conforme trouxemos no item 2.6.1, classificamos a incidência dos efeitos recursais em *independente* (quando não depende de pedido do recorrente) e *dependente* (pois não pode ser concedido se inexistirem os respectivos pressupostos).

latina *tantum devolutum quantum appellatum*.⁴⁰⁹ Por esta razão, a prestação jurisdicional não poderá ser maior, nem menor, que o pedido constante no recurso.

O Art. 515 do CPC determina esta limitação, ao dispor: “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”.

A dimensão da extensão é decorrência da aplicação do princípio do dispositivo (no âmbito recursal), na medida em que o juízo – em regra – não age de ofício. Portanto, é o pedido deduzido nas razões recursais que fixa o limite da atuação do juízo *ad quem* (CPC, Arts. 2º e 460).⁴¹⁰

Ademais, improcede a argumentação de que esse princípio não vigoraria mais em nosso país, pois como bem conclui Maria Elizabeth de Castro Lopes, justamente pela necessidade de ser aplicado de forma moderada e equilibrada: “o princípio dispositivo não foi abolido de nosso processo civil

⁴⁰⁹ Sobre a extensão do efeito devolutivo, José Carlos Barbosa Moreira expressa que: “A decisão apelada tem o seu objetivo: pode haver julgado o mérito da causa (sentença definitiva), ou matéria preliminar ao exame do mérito (sentença terminativa). É necessário verificar se a decisão do tribunal cobrirá ou não área igual à coberta pelo juiz *a quo*. Encara-se aqui o problema, por assim dizer, em perspectiva horizontal [...]. A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. É o que estabelece o dispositivo ora comentado (o *caput* do Art. 515), quando defere ao tribunal o *conhecimento da matéria impugnada*” (MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 424-425).

⁴¹⁰ No mesmo sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.992, p. 40.

⁴¹⁰ MIRANDA; PIZZOL, 2.000, p. 44.

e continua em vigor, ainda que com nova roupagem, da mesma forma que ocorre em outros países como na Itália, Espanha e Portugal”.⁴¹¹

Essas considerações nos levam a conclusão de que – no caso de o juízo *ad quem* ultrapassar esses limites deduzidos nas razões recursais –, o seu pronunciamento será *extra* (fora do pedido), *ultra* (além do pedido), ou *citra petita* (deixa de apreciar o pedido formulado expressamente). Traçando um paralelo, o mesmo ocorre com a sentença judicial que ultrapassa os limites do pedido deduzido na petição inicial.

2.6.3.3 Profundidade

No item anterior verificamos que a extensão da matéria devolvida ao tribunal restringe-se ao âmbito da impugnação do recurso (CPC, Art. 515, *caput*).⁴¹²

Contudo, fica uma indagação: Uma vez delineada a horizontalidade (extensão), qual a verticalidade (profundidade), que o judiciário pode se aprofundar em relação à matéria que lhe foi devolvida?

⁴¹¹ LOPES, 2.003-a, p. 259-260.

⁴¹² O mesmo entendimento é sustentado por José Roberto Bedaque ao salientar que o pedido deduzido nas razões recursais não pode ser maior que o pedido constante na petição inicial (BEDAQUE, 2.003, p. 462).

A resposta está nos §§ 1º e 2º, do Art. 515 do CPC.⁴¹³ Desse modo, em relação à matéria devolvida, o judiciário poderá verificar os aspectos, a saber:

a) as questões que o pronunciamento não decidiu integralmente (CPC, Art. 515, § 1º);

b) os fundamentos não acolhidos pelo pronunciamento (CPC, Art. 515, § 2º).

Se traçarmos um paralelo com a medicina, podemos afirmar que a *extensão* corresponde à delimitação do órgão causador da doença que será operado e, a *profundidade*, implica na delimitação do procedimento utilizado para realizar esta cirurgia.⁴¹⁴

Com relação aos §§ 3º e 4º do Art. 515 do CPC,⁴¹⁵ devem ser encarados como efeito translativo (sendo diverso da dimensão vertical do efeito

⁴¹³ Art. 515 do CPC: “[...] § 1º – Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. § 2º – Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais [...]”.

⁴¹⁴ Sobre a dimensão da profundidade do efeito devolutivo, José Carlos Barbosa Moreira expressa que: “Para decidir, tinha o juiz de resolver questões, suscitadas pelas partes ou apreciáveis de ofício, atinentes quer ao(s) fundamento(s) do pedido, quer ao(s) da defesa. Ora, pode acontecer que a sentença haja efetivamente examinado todas essas questões, ou que se tenha omitido sobre alguma(s). Aqui, pois, o problema do efeito devolutivo consiste em determinar em que medida competirá ao tribunal a respectiva apreciação – sempre, é óbvio, dentro dos limites da ‘matéria impugnada’. Como resulta dos §§ 1º e 2º, é amplíssima, em profundidade, a devolução. Não se cinge às questões efetivamente resolvidas na sentença apelada: abrange também as que nela poderiam tê-lo sido (a devolução das questões anteriores à sentença é matéria do Art. 516)” (MOREIRA, 2.000, p. 439).

⁴¹⁵ O § 3º foi inserido pela Lei nº 10.352/01 e o § 4º pela Lei nº 11.276/06.

devolutivo), pois versam sobre matéria de ordem pública (competência), delegada ao juízo *ad quem* para ultrapassar o âmbito da devolução e julgar diretamente o mérito. Mas esse tema será mais bem analisado no item 2.6.4.

Diante destas considerações, entendemos que a dimensão da profundidade do efeito devolutivo representa os parâmetros que o juízo *ad quem* utilizará para apreciar a matéria devolvida.

2.6.3.4 Condição resolutiva

Muito se discute na seara jurídica, se o efeito devolutivo condiciona todos os atos que forem incompatíveis com o provimento do recurso (condição resolutiva).

Por exemplo: O provimento de um agravo recebido no efeito meramente devolutivo implica na anulabilidade dos atos que forem incompatíveis com o referido provimento?⁴¹⁶

⁴¹⁶ Um exemplo interessante é mencionado por Teresa Arruda Alvim Wambier, ao registrar que não pode prevalecer a sentença que julga improcedente o pedido, se estiver embasada na ilicitude da prova e o tribunal der provimento ao agravo interposto em relação à decisão prévia que decretou a mencionada referida ilicitude (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O destino do agravo depois de proferida a sentença: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003, p. 690).

Sem maiores esforços, concluímos que uma vez provido o recurso, serão anulados os atos posteriores que forem incompatíveis com o julgado, inclusive, em razão da substitutividade do acórdão (CPC, Art. 512).⁴¹⁷

Todavia, a matéria fica controversa se – dentre mencionados atos posteriores –, fosse proferida uma sentença que tivesse transitado em julgado, sem que o agravante houvesse recorrido.

A propósito, há acórdão do Supremo Tribunal Federal entendendo que se operou a renúncia tácita ao agravo e, portanto, deve prevalecer a sentença.⁴¹⁸

No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim argumenta que é defeso ao agravo obstar a formação da coisa julgada em relação à outra decisão diversa daquela impugnada, qual seja, a sentença.⁴¹⁹

Em sentido contrário, o conhecido voto do desembargador Galeno Lacerda, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo trecho expressa:

⁴¹⁷ Estabelecendo um critério de distinção das hipóteses em que o provimento do agravo deve prevalecer sobre a sentença, Teresa Arruda Alvim Wambier adverte que: “A solução destes problemas depende exclusivamente de se saber se a matéria sobre a qual versa a decisão do recurso é pressuposto lógico da possibilidade de decisão de mérito” (Ibidem, p. 691).

⁴¹⁸ Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, REExt nº 2.855, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 18/06/90, com ementa expressando: “O que se deu, portanto, foi o julgamento do agravo, quando já havia nos autos, sentença trânsita em julgado. Ante a tal circunstância, ainda mais se impunha o não-conhecimento do mencionado recurso. Na seqüência afirma o voto condutor: Na verdade, a ausência de apelação da sentença final, ainda que apenas para argüir a preliminar que deu ensejo ao agravo, constitui comportamento incompatível com a vontade de dar seguimento ao agravo, o qual, por isso mesmo, seria de ser havido por renunciado”.

⁴¹⁹ WAMBIER, 2.000, p. 455.

O respeito ao direito adquirido não se refere apenas aos direitos materiais. Na abrangência irrestrita do preceito constitucional, inscrevem-se, também, necessariamente, os direitos processuais. Não resta a menor dúvida de que a interposição tempestiva do agravo de instrumento criou, para os agravantes, direito subjetivo processual ao respectivo julgamento. E esse direito cumpre respeitá-lo por força da Lei Maior.⁴²⁰

E, repelindo a ocorrência da aceitação tácita (CPC, Art. 503),
prosegue o voto, ao afirmar:

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, de acordo com a melhor doutrina, na esteira de Chiovenda, Barbosa Moreira e Sérgio Bermudes, já assentou que ‘a aceitação ou aquiescência, quando tácita, se há de inferir de fatos inequívocos e inconciliáveis com a impugnação da decisão’ (RTJ nº 81/993-4).

Também adotando este entendimento há acórdãos do Supremo Tribunal Federal⁴²¹ e do Superior Tribunal de Justiça.⁴²² É certo que a jurisprudência ainda não tem posição definitiva sobre o tema. Contudo, há muitas decisões no sentido de que o efeito devolutivo gera a condição resolutiva.⁴²³

⁴²⁰ Revista dos Tribunais, vol. MCII, p. 186.

⁴²¹ Supremo Tribunal Federal, 1ª, REExt nº 89.980, Rel. Min. Soares Munoz, DJU de 10/11/78, p. 469, expressando: “Efeito devolutivo do agravo de instrumento, interposto contra o despacho saneador, faz com que a sentença, proferida na causa, fique com sua eficácia condicionada ao desprovimento do agravo, no que concerne às questões nele ventiladas”.

⁴²² Superior Tribunal de Justiça, Revista dos Tribunais, vol. MCLI, p. 190: “Resta sem eficácia a sentença extintiva de processo de produção antecipada de prova, tendo em vista o provimento do agravo de instrumento, determinando o reentrinhamento dos laudos periciais, posto que a extinção se deu por perda de objeto da ação, em face do desentranhamento dos ditos laudos”.

⁴²³ Em conformidade com nosso entendimento: acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região, 2ª Turma, Apelação Cível nº 3.032.565 relatora desembargadora federal Sylvia Steiner, DJU de 27/03/96, p. 19.054; Tribunal de Justiça-SP, 1ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 7.652-4, Rel. Des. Álvaro Lazzarini, j. em 06/08/96; LEX vol. CLXXXVIII, p. 217; Tribunal de Justiça-SP, 2ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 279.311-1, Rel. Des. Cezar Peluso, j. em 16/04/96; LEX vol. CLXXXV, p. 178; Segundo Tribunal de Alçada-SP, 3ª Câmara, Embargos de Declaração nº 334.439, Rel. França Carvalho, j em 10/12/91; LEX vol. CXXXVI, p. 398; Tribunal de Justiça-DF, 1ª Turma cível, Apelação Cível nº 4.165.296, Rel. Des. Valter Xavier, publicado no DOE de 08/10/97, p. 23.879.

Em nosso entendimento está correto o posicionamento de Galeno Lacerda, pois uma das finalidades do agravo é, justamente, obstar a preclusão da decisão recorrida e, por esta razão, a sentença ficará impedida de produzir uma das qualidades de seus efeitos, ou seja, a coisa julgada.

Isso significa que todos os atos praticados após a interposição do agravo, ficam sujeitos ao desprovimento das razões recursais deduzidas no agravo.

Quanto à desistência tácita, entendemos que não ocorre, pois o fato de não recorrer da sentença (ou perder prazo para o recurso) não implica na renúncia ao agravo, até porque a matéria é diversa. Além disso, o fato impeditivo, ou extintivo, deve ser inequívoco e, portanto, não poderá ser presumido.

A propósito, bem adverte Nelson Nery Júnior que se o inconformismo estiver demonstrado na minuta do agravo, é desnecessária a reiteração do mesmo ou apelação da sentença e, por isso, não há que se falar em desistência tácita.⁴²⁴

⁴²⁴ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 435.

Com relação à ocorrência da coisa julgada, também não impede esse raciocínio, pois apenas se formará após o julgamento definitivo do agravo, ou seja, após o término do efeito devolutivo.

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior sequer reconhece a formação de coisa julgada da sentença, mas sim da preclusão, pois, justamente em função do efeito devolutivo, a matéria guerreada no agravo não foi abarcada pela preclusão da sentença, resultando disso (caso haja provimento do agravo) a anulação dos atos praticados, devendo, inclusive, ser proferida outra sentença.⁴²⁵

Por fim, esse entendimento não é novidade, pois o mesmo ocorre analogamente com a execução provisória, onde todos os atos ali praticados ficam condicionados ao desprovimento da apelação (CPC, Art. 588, inc. III e § 1º).⁴²⁶

Diante desse quadro concluímos que o efeito devolutivo contempla a condição resolutiva e, por conseguinte, os ulteriores atos praticados no processo ficam condicionados ao desprovimento das razões recursais.

⁴²⁵ Ibidem, p. 436.

⁴²⁶ Teresa Arruda Alvim Wambier registra que o provimento de agravo para antecipar a tutela (após a sentença), não pode ser considerado como incompatível em relação à sentença de improcedência da ação (WAMBIER, 2.003, p. 691). Parece-nos, realmente, que não é fator determinante. Todavia, este provimento deverá ser analisado dentro do conjunto probatório, se eventualmente for requerido o efeito antecipativo recursal pelo recorrente.

2.6.3.5 Vedação da *reformatio in pejus*

O princípio da vedação à *reformatio in pejus* consiste em garantir ao recorrente, que o julgamento de seu recurso não piorará a sua situação.⁴²⁷

Entendemos que o CPC/73 – ainda que apenas em relação ao efeito devolutivo – veda a reforma para pior, pois:

a) o princípio do dispositivo,⁴²⁸ pelo qual o órgão jurisdicional somente age mediante provocação, limita a atividade jurisdicional ao âmbito da matéria que foi devolvida nas razões recursais (Arts. 2º, 128 e 460);⁴²⁹

⁴²⁷ Como lembra José Carlos Barbosa Moreira, os ordenamentos se comportam de três modos, em relação à *reformatio in pejus*, pois: a) há os que aceitam expressamente (*communio remedii*); b) há os que não aceitam; c) há os que se silenciam (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Reformatio in peius: direito processual civil – ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1.971, p. 150). Quanto aos ordenamentos que adotam a *communio remedii*, isto é, aceitam a reforma para pior, podemos mencionar as Ordenações Filipinas (L, III, título LXXII). Entre os ordenamentos que proíbem expressamente, há o alemão (§§ 536 e 539, da ZPO) e o austríaco (§§ 497, 3 e 501, 1, da ZPO). Já, como exemplo de ordenamento que se silencia, existe o francês, italiano, espanhol e o nosso CPC/39. Em relação à perspectiva da piora, José Carlos Barbosa Moreira registra que podem ser de duas ordens, a saber: *qualitativa* (pronunciamento é substituído por outro de conteúdo desfavorável), ou *quantitativa* (é acrescido ou retirado um *plus* na condenação (Ibidem, p. 147).

⁴²⁸ Como bem adverte João Batista Lopes, em sua origem, o dispositivo significava que a iniciativa de fazer pedidos no processo (inclusive em relação às provas), era exclusivamente da parte, sob pena de gerar imparcialidade do juiz (LOPES, 2.005. vol. I, p. 59). Mas, atualmente, como brilhantemente registra Maria Elizabeth de Castro Lopes, o dispositivo é compatível com a ampliação de poderes atribuídos ao juiz, desde que não seja praticado qualquer ato que comprometa a sua imparcialidade (LOPES, 2.003-a, p. 319).

⁴²⁹ Observa Alcides de Mendonça Lima, que a proibição da *reformatio in pejus* foi gerada a partir do princípio do dispositivo (LIMA, 1.976, p. 333). Também advertindo que o princípio do dispositivo impede a reforma para pior: NERY JÚNIOR, 2.004, p. 183; MIRANDA; PIZZOL, 2.000, p. 25.

b) se o recorrido não interpôs recurso, não terá *interesse recursal* para que seja proferido um pronunciamento favorável;⁴³⁰

c) conforme a doutrina chiovendiana,⁴³¹ os capítulos da sentença são independentes. Assim, o capítulo que não for impugnado – como é o caso da matéria que é reformada para pior –, fará coisa julgada (CPC, Art. 467), restando defesa à modificação pelo juízo *ad quem*;⁴³²

d) a existência do recurso adesivo (CPC, Art. 500), mostra que ele é o único meio para a parte interessada devolver a matéria e permitir que o juiz *ad quem* se manifeste sobre a mesma.⁴³³

Mas, é importante observarmos que somente existirá a vedação à *reformatio in pejus* no âmbito do efeito devolutivo, já que se trata de manifestação do princípio do dispositivo.⁴³⁴

Justamente pelo fato deste princípio ser afeto ao efeito devolutivo, é que ele não se aplica em relação ao efeito translativo (que decorre do princípio do inquisitivo e não do dispositivo).

⁴³⁰ Nesse sentido: MOREIRA, 1.971, p. 161); LIMA, 1.976, p. 339.

⁴³¹ CHIOVENDA, 1.928, p. 1.136.

⁴³² Também defendendo a divisão da sentença em capítulos: LIEBMAN, 1.981, p. 03; DINAMARCO, 2.002, p. 34; NERY JÚNIOR, 2.004, p. 447; BEDAQUE, 2.003, p. 463-464.

⁴³³ No mesmo sentido: MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 433.

⁴³⁴ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 183.

Por isso, o tribunal poderá reformar para pior o pronunciamento impugnado, se estiver embasado em matéria que é alvo do efeito translativo (pressupostos processuais, condições da ação e julgamento em única instância).⁴³⁵

Para exemplificarmos, mencionamos a situação em que a parte “X” pede que “Y” seja condenado a lhe pagar R\$2.000,00. A sentença condena “Y” a pagar R\$1.200,00 e somente “X” apela para que “Y” lhe pague R\$2.000,00 (e não R\$1.200,00).

Nesse exemplo, a matéria devolvida restringe-se ao valor de R\$800,00 (R\$2.000,00 – R\$1.200,00 = R\$800,00). Portanto, no âmbito do efeito devolutivo, o recorrente tem uma garantia de que o juízo *ad quem* não reduzirá o seu crédito para um valor inferior a R\$1.200,00, sob pena de violar a vedação da *reformatio in pejus*.

⁴³⁵ Admitindo a reforma para pior em relação às condições da ação, o acórdão do Supremo Tribunal Federal, plenário, agravo regimental em reclamação nº 707, Relator Sepúlveda Pertence, DJU 20/03/98, p. 12, expressando: “I. Agravo regimental: devolução plena: possibilidade de declaração da ilegitimidade da agravante. O agravo contra decisão do relator em processo de competência originária do STF, qual a que nega liminar em reclamação é recurso ordinário de devolução plena: pode, assim, o Plenário – sem incidir em *reformatio in pejus* – examinar de ofício pressupostos processuais e as condições da ação e, sendo o caso da ausência de uns ou de outros, extinguir o processo (C. Pr. Civ., Art. 267, IV e VI, e § 3º). II. Reclamação: ilegitimidade de quem não foi nem poderia ter sido parte em ação direta de inconstitucionalidade para ajuizar reclamação fundada em desrespeito ao acórdão que nela se haja proferido”. No mesmo sentido Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp nº 280.995, relatado por Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 13/08/01, p. 152, expressando: “Contrato de abertura de crédito. Nota promissória. *Reformatio in pejus*. 1. A Corte consolidou a jurisprudência no sentido de que a nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito em conta corrente não serve para instruir o processo de execução, ressalvado o entendimento do Relator. 2. Não existe *reformatio in pejus* quando o Tribunal decide pela extinção da execução por ausência de título, presente o disposto no Art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil. 3. Recurso especial não conhecido”.

Mas, ainda nesse exemplo, nada impede que no julgamento do recurso, o processo seja extinto sem julgamento de mérito, caso seja verificada a inexistência de um pressuposto processual ou determinada condição da ação. É que as matérias de ordem pública são remetidas ao conhecimento do tribunal, por força do efeito translativo (e não do devolutivo) e, por esta razão – em relação a elas –, não se aplica a vedação da reforma para pior.

2.6.3.6 Relação entre os efeitos devolutivo e antecipativo

Há estreita relação entre os efeitos devolutivo e antecipativo, pois somente podem ser antecipados os *efeitos* da matéria devolvida nas razões recursais.

Por exemplo, vamos supor que a sentença julgou improcedente os pedidos “a” e “b” e, por sua vez, o autor apenas apelou em relação à “a”. Aqui, o eventual pedido de efeito antecipativo deve-se limitar ao pedido “a”, pois o “b” não foi devolvido pelo recurso.

Nessa linha de raciocínio, adverte William Santos Ferreira, que:

A admissibilidade da concessão da tutela antecipada em sede recursal tem, evidentemente, total relação com o efeito devolutivo. Isso ocorre a partir da definição do que será objeto de apreciação pelo órgão '*ad quem*', isto é, o mérito do recurso, que se anteverá, em regra, o que poderá ser antecipado. Assim, também, se avaliará o provável sucesso do recurso interposto.⁴³⁶

Em conclusão, o efeito devolutivo delimita a matéria que pode ser objeto da antecipação recursal.

2.6.4 Efeito translativo

Conforme a doutrina de Nelson Nery Junior, além da matéria impugnada devolvida, também é outorgada ao órgão *ad quem*, a competência para decidir sobre:⁴³⁷

a) as questões levantadas e discutidas no processo (CPC, Arts. 515, § 1º e 516);

b) os demais fundamentos das partes, que o juiz não utilizou para formar o seu convencimento (CPC, Art. 515, § 2º).

⁴³⁶ FERREIRA, 2.000, p. 202.

⁴³⁷ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 482.

Realmente existem renomados autores discordando deste entendimento, ante a alegação de que as hipóteses dos Arts. 515, §§ 1º e 2º, e 516, são desdobramentos, isto é, conseqüências do efeito devolutivo.⁴³⁸

Por sua vez, Nelson Nery Júnior rebate estes argumentos, ao defender que a autorização para o tribunal se manifestar sobre as matérias diversas das impugnadas ultrapassam o âmbito do efeito devolutivo e, por esta razão, estamos diante do efeito translativo (e não devolutivo).⁴³⁹

Realmente, não há como negarmos esta diferença, pois uma coisa é a devolução da matéria impugnada (efeito devolutivo) e, outra coisa, é a competência que é transladada para o juízo *ad quem* decidir sobre questões que ultrapassam a matéria impugnada (efeito translativo).

Contudo, após refletirmos sobre o tema, mudamos parcialmente a nossa opinião,⁴⁴⁰ pois passamos a entender que os §§ 1º e 2º do Art. 515 do CPC não são fundamentos para o efeito translativo, tendo em vista que se referem à *profundidade* do efeito devolutivo, isto é, apenas traçam os limites que o juízo *ad quem* pode utilizar para analisar a matéria devolvida.

⁴³⁸ Nesse sentido: MOREIRA, 2.000, p. 135; GRECO FILHO, 2.002. vol. II, p. 294.

⁴³⁹ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 482.

⁴⁴⁰ Anteriormente entendíamos que os §§ 1º e 2º, do Art. 515 do CPC também fundamentavam o efeito translativo: FRANZÉ, 2.006, p. 122-125.

Tanto é assim que apenas são devolvidas as questões que o pronunciamento faça referência expressa, conforme determina o § 1º, do Art. 515 do CPC.⁴⁴¹ O referido dispositivo apenas admite a devolução das questões *que a sentença não as tenha julgado por inteiro*, ou seja, não remete ao juízo *ad quem* a questão que não tenha sido objeto de apreciação pela sentença.

Ademais, se não adotarmos este entendimento de que o § 1º, do Art. 515 do CPC se restringe ao efeito devolutivo, bem como se refere à questão julgada pela sentença (ainda que parcialmente), esvaziariamos o conteúdo do Art. 516 do CPC,⁴⁴² pois ambos os dispositivos estariam se referindo à mesma situação.

Da mesma forma, os *fundamentos* devolvidos ao tribunal se restringem aos relacionados com a matéria impugnada nas razões recursais, pois consistem no objeto do efeito devolutivo, conforme preconiza o § 2º, do Art. 515 do CPC.⁴⁴³

Exemplificamos: Se o autor ingressa com ação pedindo a condenação do réu em relação às prestações X (com fundamento nas teses “a” e “b”) e Y

⁴⁴¹ Art. 515, § 1º, do CPC: “Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”.

⁴⁴² Art. 516 do CPC: “Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas”.

⁴⁴³ Art. 515, § 2º, do CPC: “Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”.

(com fundamento nas teses “c” e “d”). Após o procedimento de praxe, a sentença condena o réu a prestação X (com fundamento na tese “a”) e Y (com fundamento na tese “c”). Ato contínuo, o réu apenas apela da condenação X, impugnando unicamente a tese “a”.

Ora, nessa hipótese, apenas os fundamentos do pedido X serão devolvidos, isto é, as teses “a” (porque foi impugnada no recurso) e “b” (por força do § 2º, do Art. 515 do CPC). Mas, justamente pelo fato de o *pedido Y* não ter sido impugnado, os seus respectivos fundamentos (“c” e “d”) não são devolvidos.

Portanto, para evitar que o comando contido no Art. 516 do CPC seja esvaziado, entendemos que: a) os §§ 1º e 2º, do Art. 515 do CPC delineiam a profundidade do efeito devolutivo, não guardando relação do o efeito translativo; b) por sua vez, a previsão legal do efeito translativo está no Art. 516 do CPC (e não nos §§ 1º e 2º, do Art. 515 do CPC), que abrange as questões que ultrapassam a devolução, isto é, abrangem as matérias transladadas (que são diversas das matérias devolvidas).⁴⁴⁴

⁴⁴⁴ Em sentido oposto ao nosso, Nelson Nery Júnior entende que o Art. 516 do CPC repete a norma do § 1º, do Art. 515 do CPC, ao expressar: “Alterada a redação do Art. 516 do CPC, pela Lei nº 8.950/94, o dispositivo ficou assim redigido: ‘Ficam também submetidos ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas’. Acolheu-se o alvitre de Barbosa Moreira, mas a norma continua padecendo do mesmo erro técnico e lógico do texto revogado: o novo texto é inócuo e pleonástico, porque as questões não decididas já estão devolvidas ao tribunal por força do CPC 515. A translação das questões de ordem pública, proposta por nós, continua a ter sentido, não pelo texto atual do CPC 516, que é hoje norma desprovida de eficácia, mas pelo sistema do CPC, já que não são alcançadas pela preclusão (v.g. CPC, Art. 267, § 3º e Art. 301 § 4º)” (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 483-484).

Feitas essas importantes considerações, passaremos a verificar quais são as questões previstas no Art. 516 do CPC, que podem ser objeto do efeito translativo e, portanto, não estão abarcadas pelo efeito devolutivo.

Para o doutrinador Nelson Nery Júnior, o efeito translativo decorre do princípio do inquisitório e não de sua antítese (princípio do dispositivo) e, por esta razão, apenas se refere a matérias de ordem pública.⁴⁴⁵

Em nosso entendimento, as únicas questões transladas são as que o texto legal atribua expressa competência ao juízo *ad quem*, para se manifestar sobre elas, como é o caso dos pressupostos processuais e condições da ação (CPC, Arts. 267, § 3º e 301, § 4º), bem como da transferência de competência para julgamento da causa, prevista nos §§ 3º e 4º, do Art. 515 do CPC.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ Ibidem, p. 484.

⁴⁴⁶ Sobre o § 3º, do Art. 515 do CPC, entendemos que é norma de ordem pública, pois fixa a competência originária do tribunal. Sobre o tema, Nelson Nery Júnior expressa que: “O CPC 515, § 3º, confere, na verdade, ‘competência originária’ ao tribunal de apelação, no caso que especifica. Isto quer significar que o tribunal pode julgar, pela primeira vez, matéria não apreciada pelo juiz *a quo*, de onde proveio o recurso de apelação. Pela via do ‘recurso’ o tribunal pode conhecer ‘originariamente’ do mérito” (Ibidem, p. 434). Em sentido similar, Rodrigo Barioni defende que também é de ordem pública, pelo fato de atribuir competência funcional ao juízo *ad quem* (BARIONI, Rodrigo. **A proibição da *reformatio in peius* e o § 3º, do Art. 515 do CPC: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005, p. 719).

Quanto ao mencionado § 3º, do Art. 515 (inserido no CPC, por meio da Lei nº 10.352/01), tem sido alvo de muita polêmica sobre a sua constitucionalidade.⁴⁴⁷

Essa polêmica ocorre, porque o referido dispositivo outorga competência para o juízo *ad quem* julgar diretamente o mérito da ação, se a sentença que extinguir o processo, sem julgamento de mérito, versar sobre matéria de direito e o feito estiver *maduro*, isto é, em condições de imediato julgamento.

De fato, o escopo do legislador reformista foi propiciar efetividade, na medida em que a ação será julgada no próprio tribunal. No mais, não podemos perder de vista que já houve um julgamento em primeiro grau (ainda que sem ingressar no mérito) e, portanto, está consumada a duplicidade de julgamento.

⁴⁴⁷ O § 3º, do Art. 515, do CPC, foi classificado por José Rogério Cruz e Tucci, como o possível ponto mais negativo de toda a reforma processual, pois enaltece indevidamente a *instrumentalidade* (CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Lineamentos da reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002, p. 57-58). Entendimento oposto é defendido por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, ao sustentarem que o § 3º, do Art. 515, do CPC é compatível com o duplo grau de jurisdição, pois os princípios não são rígidos, isto é, devem ceder frente ao interesse coletivo materializado pela instrumentalidade e celeridade do processo (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002, p. 140-141). Mesmo antes do § 3º, do Art. 515, do CPC, Cândido Rangel Dinamarco defendia que: “[...] pequenos arranhões ao duplo grau não seriam ilegítimos e, muito ao contrário, concorreriam para a agilização do sistema” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Os gêneros de processo e o objeto da causa**. In: Revista de direito processual civil, vol. II. São Paulo: Genesis, 1.996, p. 328). Em consonância, Nelson Nery Júnior lembra que: “A solução da lei é heterodoxa, mas visa a economia processual. Não há inconstitucionalidade por ofensa ao duplo grau de jurisdição porque a lei processual pode conferir competência originária a tribunal” (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 434). José Roberto dos Santos Bedaque, registra que essa regra é constitucional, mas adverte que, por se tratar de efeito devolutivo, o recorrente pode requerer para o tribunal não aplicá-la (BEDAQUE, 2.003, p. 453).

Cumulativamente, mesmo que o juízo *ad quem* piore a situação do recorrente (exclusivamente em relação à matéria transladada), inexistirá ofensa à vedação da *reformatio in pejus*, pois este princípio somente se aplica em relação à matéria impugnada pelo recorrente (efeito devolutivo).

No efeito translativo, a matéria é transferida ao juízo *ad quem* por força de lei, ou seja, dos Arts. 515, § 3º, e 516, ambos do CPC (e não pela amplitude das razões recursais do recorrente).

Aliás, é por esta razão que discordamos do entendimento da grande maioria doutrinária, no sentido de que o § 3º, do Art. 515 do CPC é uma consequência do efeito devolutivo (e não do translativo).⁴⁴⁸

Além disso, haverá um paradoxo se aceitarmos que a competência prevista no § 3º, do Art. 515 do CPC é gerada pelo efeito devolutivo, pois o juízo *ad quem* não poderá reformar a situação do recorrente para pior, uma vez que a *reformatio in pejus* opera-se, exclusivamente, no mencionado efeito devolutivo.

⁴⁴⁸ Entendendo que o § 3º, do Art. 515, do CPC, decorre do efeito devolutivo (e não do translativo): DINAMARCO, 2.005, p. 121-122; MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 159; MELO, Rodrigo Procópio Bandeira de. **Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o § 3º, do Art. 515 do CPC: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005, p. 684-686; BEDAQUE, 2.003, p. 718; BARIONI, 2.005, p. 718.

Estes mesmos fundamentos também nos autorizam a sustentar a constitucionalidade do § 4º do referido dispositivo (introduzido pela Lei nº 11.276/06), que expressa:

Art. 515: [...].

§ 4º – Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.

E isso, porque o § 4º apenas ampliou a competência prevista no § 3º do Art. 515 do CPC, para admitir que seja prosseguido no julgamento de apelação, após o tribunal diligenciar para resolver nulidade sanável.⁴⁴⁹

Por sua vez, segundo o entendimento de Nelson Nery Júnior, o efeito translativo apenas ocorre em relação aos recursos ordinários (apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração e recurso ordinário constitucional), não incidindo no tocante aos recursos excepcionais (extraordinário, especial e embargos de divergência).⁴⁵⁰ E isso, porque os recursos excepcionais são interpostos

⁴⁴⁹ Na época em que tramitava na Câmara o Projeto de Lei nº 4.724/04 (que redundou na Lei nº 11.276/06), o relator (Deputado Inaldo Leitão), salientou a intenção de o § 4º ampliar a competência atribuída pelo § 3º do Art. 515, ao afirmar: “Já que é somente o dispositivo com a conclusão pelo provimento ou improvimento do recurso que deve ser publicado, possuindo o termo súmula outra conotação (súmulas da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo), afigura-se correta a nova redação, que, aliás, melhor remete ao Art. 525, § 2º, que ressalva as diversas formas de interposição previstas para o agravo de instrumento. Por outro lado, o novo § 4º que se quer incluir ao Art. 515 do CPC somente contribui para a economia processual, ao solucionar o problema das nulidades processuais detectadas por ocasião do julgamento da apelação. Tratando-se de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual e, após cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação”.

⁴⁵⁰ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 487.

em relação às causas já decididas (CF, Art. 102, inc. III, e Art. 105, inc. III), além de se tratar de instância excepcional (e não ordinária).⁴⁵¹

Ousamos discordar desse posicionamento, pois tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, em regra, atuam em duas etapas, ou seja, primeiro cassam o pronunciamento recorrido e, após, julgam a causa novamente.

Sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira adverte:

Note-se que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, em conhecendo do recurso, não se limita a censurar a decisão recorrida à luz da solução que dê à *`quaestio iuris'*, eventualmente cassando tal decisão e restituindo os autos ao órgão *'a quo'*, para novo julgamento. Fixada a tese jurídica a seu ver correta, o tribunal aplica-a à espécie, isto é, *'julga a causa'*.⁴⁵²

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, essa conduta está prevista na Súmula nº 456,⁴⁵³ bem como no Art. 324 do regimento interno.⁴⁵⁴ Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, a previsão legal está no Art. 257 do respectivo regimento interno.⁴⁵⁵

⁴⁵¹ Ibidem, p. 488.

⁴⁵² MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 162.

⁴⁵³ Súmula nº 456 do STF: “O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, CONHECENDO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, JULGARÁ A CAUSA, APLICANDO O DIREITO A ESPÉCIE”.

⁴⁵⁴ Art. 324 do RISTF: “No julgamento do recurso extraordinário, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma ou Plenário não conhecerá do mesmo; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

⁴⁵⁵ Art. 257 do RISTJ: “No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

Emerge disso, que o novo julgamento, por meio do recurso excepcional implicará no efeito translativo, que também permitirá o conhecimento das matérias de ordem pública. Nessa linha de raciocínio, há acórdão do Superior Tribunal de Justiça⁴⁵⁶ reconhecendo o efeito

⁴⁵⁶ Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 609.144, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, vu, DJU 24/05/04, p. 197, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO TRANSLATIVO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). POSSIBILIDADE, NOS CASOS EM QUE O NÃO ENFRENTAMENTO DESSAS QUESTÕES CONDUZ A UM JULGAMENTO SEM NENHUMA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA COM A DEMANDA PROPOSTA. 1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição Federal, Art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem. 2. Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula nº 456 do Supremo Tribunal Federal; Art. 257 do RISTJ). 3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no Art. 267, § 3º e no Art. 301, § 4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial. 4. No caso dos autos, o acórdão recorrido, bem assim as questões federais suscitadas no recurso especial, não têm relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Examinar tais questões em recurso especial representaria, assim, atividade jurisdicional inútil, porque imprestável para o desfecho da causa. 5. Recurso especial conhecido, para, de ofício, anular o acórdão que julgou o agravo regimental”. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, embargos de declaração no REsp nº 41.170, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, vu, DJU 24/10/94, p. 28.703, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS (ART. 535, CPC). CPC, ART. 267, VI, E PAR. 3. SÚMULA Nº 456 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 257, RISTJ. 1. Faltante, uma das condições da ação (Art. 267, VI, CPC), de sobejo, ficam desconsideradas as outras questões deduzidas. Conhecido o recurso, aplica-se o direito a espécie (Súmula nº 456 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; Art. 257, RISTJ). 2. Embargos, parcialmente acolhidos para declarar a extinção do processo sem o julgamento do mérito”; Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp nº 36.663, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, vu, DJU 08/11/93, p. 23.547, com ementa expressando: “RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. APLICAÇÃO DO DIREITO A ESPÉCIE (SÚMULA Nº 456 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E RISTJ, ART. 257). AMPLITUDE. I – Caracterizado o dissenso entre o acórdão recorrido e o paradigma colacionado, quanto à natureza da isenção, impõe-se, na espécie, o conhecimento do recurso, aplicando-se o direito à espécie. II – No contesto assinalado, deve o órgão julgador limitar-se ao exame da questão federal colacionada, mas, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, pode, de ofício, conhecer das práticas atinentes às condições da ação e os pressupostos processuais. III – Recurso especial de que se conhece, a fim de se julgar extinto o processo sem julgamento do mérito (CPC, Art. 267, VI)”.

translativo no recurso especial, embora não seja unânime esse entendimento.⁴⁵⁷

Por fim, a incidência deste efeito é *independente* (ou *natural*), pois não está condicionado ao requerimento do recorrente.⁴⁵⁸

Feitas estas considerações, concluímos que: a) o efeito translativo implica na transferência ao juízo *ad quem*, da competência para julgar as matérias expressamente previstas (CPC, Arts. 267, § 3º e 301, § 4º, 515, §§ 3º e 4º); b) o principal fundamento legal que ampara a translação é o Art. 516 do CPC.

2.6.5 Efeito expansivo

Em sentido amplo, este efeito é definido por Nelson Nery Júnior, como sendo a maior amplitude do julgamento do recurso em relação ao

⁴⁵⁷ Em sentido contrário ao reconhecimento de matéria de ordem pública não versada no recurso especial, também há acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, agravo regimental no recurso especial nº 457.356, Rel. Min. Fernando Gonçalves, vu, DJU de 13/09/04, p. 244, com trecho da ementa expressando: “[...] 2 – Ao recurso especial, via de índole extraordinária, com efeito devolutivo restrito e pressupostos específicos (prequestionamento), não é dado conhecer de matéria, até então, não agitada nos autos, ainda que, eventualmente, possa ser tida como de ordem pública. 3 – Agravo regimental improvido”.

⁴⁵⁸ Conforme trouxemos no item 2.6.1, classificamos a incidência dos efeitos recursais em *independente* (quando não depende de pedido do recorrente) e *dependente* (pois não pode ser concedida se inexistirem os respectivos pressupostos).

pedido deduzido nas razões recursais.⁴⁵⁹ Defendem, Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol, que o fundamento legal da expansividade encontra-se nos Arts. 267, § 3º e 301, § 4º, ambos do CPC.⁴⁶⁰

Em linhas gerais, Nelson Nery Júnior divide este efeito expansivo em três espécies, a saber:⁴⁶¹

a) *objetivo interno*, quando atinge o próprio ato impugnado.⁴⁶² Por exemplo, mencionamos a decisão do juízo *ad quem*, que – ao invés de julgar o recurso –, reconhece a ausência de uma das condições da ação e, por consequência, extingue o processo, sem julgamento de mérito,⁴⁶³

b) *objetivo externo*, quando também atinge outros atos do processo (e não somente o ato impugnado). Por exemplo, é a hipótese do provimento

⁴⁵⁹ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 477.

⁴⁶⁰ MIRANDA; PIZZOL, 2.000, p. 45.

⁴⁶¹ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 477-479. Interessante observarmos, que Giuseppe Tarzia, ao discorrer sobre o Art. 336 do CPC italiano, usa nomenclatura parecida com a de Nelson Nery Júnior. Nesse sentido rotula o efeito “expansivo objetivo interno de expansivo interno e o expansivo objetivo externo de expansivo externo” (TARZIA, 1.991, p. 219-220).

⁴⁶² NERY JÚNIOR, 2.004, p. 477.

⁴⁶³ Discorrendo sobre este efeito, Giuseppe Tarzia lembra que a reforma ou cassação pode se referir a uma parte do julgado, mas diante de questão preliminar (ou mesmo de mérito), pode anular a outra parte, ao expressar: “*La norma – che sancisce il c.d. ‘effetto expansivo interno’ della riforma o della cassazione – presuppone che l’appello o il ricorso per cassazione abbiano investito solo alcune ‘parti della sentenza’ – alcune soltanto delle statuizioni, su questioni preliminari o sul mérito, in essa contenute – e comporta la riforma o l’annullamento anche delle altre parti, quando non siano autonome bensì legate a quella impugnata da un nesso di dipendenza, pur se non siano state investite dall’impugnazione*” (TARZIA, 1.991, p. 219-220).

de apelação para reformar sentença que estava sendo executada provisoriamente (CPC, Art. 588, inc. III), pois os atos incompatíveis são anulados;⁴⁶⁴

c) *subjetivo* que incide quando o julgamento do recurso atingir a parte que não atuou como recorrente ou recorrido, tal como no caso de o recurso interposto pelo litisconsorte (CPC, Art. 54), também favorecer a outra parte, situada no mesmo pólo, e que não tenha recorrido (CPC, Art. 509).⁴⁶⁵

Ousamos discordar, em parte, sobre esta classificação, pois entendemos que o gênero (efeito expansivo) apenas tem uma espécie, que é o efeito expansivo subjetivo,⁴⁶⁶ prevista no Art. 509 do CPC.

⁴⁶⁴ Ao investigar este efeito, Giuseppe Tarzia lembra que há situações em que os atos praticados no processo são dependentes da sentença recorrida, ao expressar: “*La ‘novella’ del 1.950 l’aveva però profondamente modificata, subordinando, da um lato, il c.d. ‘effetto espansivo esterno’, oltre che alla cassazione, allá riforma (in appello) ‘com sentenza passata in giudicato’ ed estendendolo, d’altro lato, ai ‘provvedimenti’, oltre che agli atti, dipendenti dalla sentenza riformata o cassata. Provvedimenti dipendenti sono certamente rispetto ad una sentenza non definitiva su questione preliminare, processuale o di mérito, l’ordinanza ammissiva, di prove, o la sentenza definitiva pronunciata in base ad essa, e, rispetto alla condanna generica, la sentenza di liquidazione del ‘quantum’*” (TARZIA, 1.991, p. 220).

⁴⁶⁵ Realmente, há jurisprudência entendendo que este efeito se limita ao litisconsórcio unitário: Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Recurso Extraordinário nº 149.787-4, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 01/09/95, p. 27.392. Todavia, nos parece mais adequado o entendimento de que a aplicabilidade do efeito expansivo deve ser aferida pelo interesse recursal (e não pela qualidade do litisconsórcio). Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp nº 84.079, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 25/05/98, p. 120, com trecho expressando: “Não é pela característica de ser necessário o litisconsórcio, que o recurso de um a todos os outros aproveita. O ponto nodal da questão está no caráter unitário do litisconsórcio, de modo que, se a situação jurídica tiver de ser decidida uniformemente para vários litigantes em determinado pólo da demanda, a insurgência de um deles beneficiará os demais”.

⁴⁶⁶ Enquanto Nelson Nery Júnior chama de *expansivo subjetivo*, José Carlos Barbosa Moreira rotula este efeito como *extensivo subjetivo*, conforme verificamos no item 2.6.1.

E isso, porque a espécie objetiva interna (conhecimento de matéria de ordem pública pelo juízo *ad quem*) decorre do efeito translativo (e não do expansivo), que abordamos no item anterior.

Em outras palavras, a expansão advinda do conhecimento da matéria de ordem pública é consequência da translação (e não da expansividade).

Por sua vez, a espécie objetiva externa (condição resolutiva), decorre do efeito devolutivo, conforme verificamos no item 2.6.3.4, e não do efeito expansivo.

Desse modo, será anulado o processamento praticado para materializar a execução provisória, se for incompatível com o resultado do recurso. Mas, isso ocorre, por força do efeito devolutivo.

Por derradeiro, a ocorrência da expansividade não depende de pedido do recorrente e, por isso, terá incidência independente.⁴⁶⁷

Diante disso, entendemos que o efeito expansivo está embasado no Art. 509 do CPC, e pode ser definido pelo fato de o julgamento recursal atingir a parte que não tenha participado do respectivo recurso.

⁴⁶⁷ Conforme trouxemos no item 2.6.1, classificamos a incidência dos efeitos recursais em *independente* (quando não depende de pedido do recorrente) e *dependente* (pois não pode ser concedida se inexistirem os respectivos pressupostos).

2.6.6 Efeito substitutivo

Este efeito implica na substituição do pronunciamento recorrido pelo julgamento proferido no tribunal, estando previsto no Art. 512 do CPC.⁴⁶⁸

Em razão disso, não depende de pedido do recorrente e, assim, tem incidência *independente*.⁴⁶⁹

O efeito substitutivo inexistirá em duas situações, a saber:

a) se o juízo *ad quem* não conhecer das razões recursais e, portanto, não adentrar ao seu mérito;⁴⁷⁰

b) se – mesmo com o conhecimento das razões recursais –, o julgamento envolver *error in procedendo*, pois, nesse caso, a sentença será anulada e inexistirá a substitutividade.⁴⁷¹

⁴⁶⁸ Art. 512 do CPC: “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”.

⁴⁶⁹ O fato de o recorrente pedir pela reforma do pronunciamento impugnado já implica na substituição, não havendo a necessidade de postular pela incidência do efeito substitutivo. Por outro lado, conforme trouxemos no item 2.6.1, classificamos a incidência dos efeitos recursais em: *independente* (quando não depende de pedido do recorrente) e *dependente* (pois não pode ser concedido se inexistirem os respectivos pressupostos).

⁴⁷⁰ MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 391.

⁴⁷¹ Ibidem. vol. V, p. 413.

Nas demais hipóteses haverá o efeito substitutivo, mesmo que a decisão tenha provimento negado, porque passa a valer a decisão substitutiva (e não a impugnada).⁴⁷²

Além disso, conforme o âmbito do conhecimento das razões recursais, a substitutividade será total ou parcial.⁴⁷³

Em outras palavras, se o recurso for parcialmente provido, somente esta parte terá efeito substitutivo, remanescendo, no mais, a decisão de primeiro grau. Daí falar-se em efeito substitutivo parcial.

2.6.7 Efeito antecipativo

Este mecanismo, até por ser uma forma de aplicação da tutela antecipada, permite o adiantamento dos efeitos do pedido que forem necessários e suficientes para afastar o perecimento ou ineficácia do direito do jurisdicionado.⁴⁷⁴ Tendo em vista a crucial importância que o

⁴⁷² NERY JÚNIOR, 2.004, p. 488.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 489.

⁴⁷⁴ Como exposto com clareza por João Batista Lopes, a efetividade materializa-se pela concretização plena dos fins buscados pelo processo (LOPES, 2.003, p. 32). Logo o efeito antecipativo pode atingir o âmbito que for necessário (desde que não ultrapasse os limites das razões recursais, em função da devolutividade) para outorgar suficientemente o direito da parte.

mencionado efeito representa para este nosso estudo, veremos a matéria em separado.

2.6.7.1 Nomenclatura

Rotulamos a medida antecipativa recursal como *efeito antecipativo*, por ter a capacidade de adiantar (antecipar) os efeitos do futuro julgamento do respectivo recurso.

Realmente é comum a tutela antecipada recursal ser alcunhada de efeito *ativo* (e não *antecipativo*), conforme proposto por Eduardo Talamini.⁴⁷⁵

Entretanto, entendemos que esta conceituação permite a conclusão equivocada de que se a medida antecipativa recursal é *ativa*, então o efeito

⁴⁷⁵ Apuramos em nossa pesquisa que o primeiro doutrinador a utilizar a expressão *efeito ativo* (para se referir a antecipação da tutela recursal do agravo), foi Eduardo Talamini (TALAMINI, Eduardo. **A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.997, p. 125-147). Aliás, sobre esta denominação (efeito *ativo*), o próprio Eduardo Talamini lembra que, inicialmente, veiculou na obra: *Ibidem*, p. 132-134. “O trabalho foi apresentado na pós-graduação da Faculdade de Direito da USP no primeiro semestre de 1.995 e publicado na Revista de Processo (vol. LXXX), ainda naquele ano. No começo do ano seguinte, tornou a ser publicado, já, então, adaptado formalmente à aprovação da Lei, que estava para entrar em vigor (Revista do Advogado – AASP, vol. XLVIII – Revista de Informação Legislativa, vol. CXXIX) (TALAMINI, 2.001, p. 282).

suspensivo será *passivo* (e não ativo). Ora, o efeito suspensivo do agravo de instrumento (CPC, Art. 558), por exemplo, exige a participação ativa do recorrente (para requerê-lo) e do relator (para analisar a presença dos respectivos pressupostos e, se for o caso, deferi-lo).

Por esta razão concordamos com William Santos Ferreira, quando expressa que:

Como bem ressalta Barbosa Moreira, evidentemente não se trata de ‘suspender’ a decisão agravada, eis que suspender o que foi negado nada representa – o que o agravante pretende é substituir uma negação por uma afirmação. Talvez em razão disto é que vem sendo utilizada a equivocada terminologia ‘efeito ativo’ – equivocada, porque estar-se-ia dizendo que suspender os efeitos de uma decisão seria um ‘efeito passivo’, o que evidentemente não guarda qualquer sintonia, pois tanto a interposição do recurso quanto a decisão do relator, inclusive suspendendo os efeitos da decisão impugnada, são situações processualmente ativas.⁴⁷⁶

Por outro lado, a nomenclatura *efeito antecipativo* guarda maior afinidade com o nosso estudo, pois:

a) transmite melhor o enquadramento da antecipação da tutela recursal, como um dos efeitos dos recursos, de modo geral (e não apenas do agravo), ficando em paralelo com o devolutivo, suspensivo, translativo, expansivo e substitutivo;

⁴⁷⁶ FERREIRA, 2.000, p. 261-262.

b) a nomenclatura *antecipativo* evidencia melhor a diferença da consequência estabelecida entre a suspensão (que adia os efeitos de um recurso existente) e a tutela antecipada recursal (que adianta os efeitos de um pronunciamento que ainda inexistente).

Em suma, entendemos que o termo *efeito antecipativo* reflete melhor esta nossa proposta de estudo.

2.6.7.2 Enquadramento da tutela antecipada recursal como efeito do recurso

O ato de interpor o recurso gera efeitos (consequências). Em função disso, fica a seguinte pergunta: A tutela antecipada recursal seria um desses efeitos?

A interposição do recurso inicia uma nova etapa do procedimento, que termina com o julgamento do mesmo, pelo juízo *ad quem*.

Nesse contexto, o recurso é o veículo que transporta o pronunciamento impugnado – não raramente –, por um longo e demorado percurso, até ser submetido ao crivo do juízo *ad quem*.⁴⁷⁷

⁴⁷⁷ Entretanto, a capacidade de carga desse veículo é limitada pelo efeito devolutivo, pois o recurso somente remete a matéria impugnada nas razões recursais, além, obviamente, das matérias transladadas (efeito translativo).

Para amenizar este percurso e, muitas vezes, para evitar o próprio perecimento do direito material, podem ser antecipados os *efeitos* da tutela jurisdicional (apenas na presença dos respectivos pressupostos), que somente seriam obtidos no final do processo, por meio da entrega definitiva da tutela jurisdicional.⁴⁷⁸

Emerge disso, que – em geral – a existência de recurso é pressuposto para a medida antecipativa recursal, pois, se não houver recurso, inexistirá efeito para ser antecipado.

Para exemplificarmos a relação de dependência entre o recurso e a tutela antecipativa de seus efeitos, podemos usar o inc. III, do Art. 527, do CPC, que outorga poderes ao relator, inclusive, para: “[...] deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”.

Ora, nesse exemplo, o agravo de instrumento, é condição necessária para a concessão da medida antecipativa recursal. O mesmo ocorre em relação aos demais recursos, pois se inexistirem, não será possível a concessão do efeito antecipativo.⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ Como bem registra João Batista Lopes, a medida antecipativa recursal pode ser uma alternativa para diminuir os males do tempo advindos do *represamento* de processo existente na grande maioria dos tribunais (LOPES, 2.003, p. 116).

⁴⁷⁹ A existência do recurso é uma das condições necessárias para permitir a atribuição do efeito antecipativo. Mas, existem situações excepcionais (conforme veremos no próximo capítulo), em que pode ser atribuída a tutela diferenciada necessária até o ajuizamento do recurso. Contudo, essa afirmação não modifica a nossa conclusão, pois o aludido efeito *dependente* somente existirá quando houver a interposição do respectivo recurso, ou seja, a tutela antecipada deferida perde a sua eficácia se o recurso não tiver sido interposto.

Essa dependência que o efeito antecipativo tem, em relação ao agravo, também ocorre quanto aos demais recursos. Portanto, após refletirmos sobre este assunto, concluímos que a medida antecipativa recursal (que denominamos *efeito antecipativo*), é um efeito do recurso.

Respondida a primeira indagação, surge outra questão: Qual a relevância de classificarmos a tutela antecipada recursal como efeito do recurso?

A resposta desta questão é o cerne desse estudo, pois o enquadramento da tutela antecipada recursal como efeito do recurso permite que o tema seja mais bem sistematizado,⁴⁸⁰ conforme veremos com mais detalhes no próximo capítulo.⁴⁸¹

Não podemos perder de vista que o legislador sistematizou o efeito antecipativo em relação ao agravo de instrumento (CPC, Art. 527, inc. III).

⁴⁸⁰ Um dos problemas que mais atormentam a concessão da medida antecipativa recursal é a eleição do juízo competente para analisá-la inicialmente. Mas esse problema seria minimizado se esta medida fosse enquadrada como efeito do recurso (efeito antecipativo), pois, de modo geral, a competência inicial seria do mesmo juiz que receber o recurso.

⁴⁸¹ Sobre a necessidade de sistematização, Piero Calamandrei – embora fazendo referência a necessidade de um sistema mais uniforme para a tutela cautelar no direito italiano –, traça considerações que também justificam o enquadramento da tutela antecipada recursal, ao expressar que: “Tal unificação do procedimento cautelar deveria não só eliminar velhas disputas originadas no processo atual por deficientes coordenações de institutos (como aquela debatidíssima que concerne ao modo de pedir o seqüestro judiciário), mas também prestar-se a dar, através da aceleração que deriva da cognição sumária, função declaradamente cautelar a institutos que hoje assumem às vezes, forçando o direito constitutivo, através da jurisprudência [...]” (CALAMANDREI, 2.000, p. 214).

Contudo, não delineou o procedimento para ser obtida a tutela antecipada recursal em relação aos demais recursos.⁴⁸²

Em suma, se encararmos a medida antecipativa recursal como efeito do recurso, teríamos meios mais palpáveis para delinear a sua aplicabilidade.

Obviamente não temos a ingenuidade de achar que esta nossa proposta impede as opiniões em sentido contrário. Todavia, esperamos que seja um ponto de partida.

2.6.7.3 Fundamentação jurídica

Nesse tópico, a nossa proposta é abordarmos os fundamentos jurídicos que autorizam o efeito antecipativo.

Este, certamente, é um grande questionamento da comunidade jurídica, principalmente porque o CPC/73, embora faça mera alusão a tutela antecipada recursal (CPC, Art. 527, III), foi indesejavelmente *econômico*

⁴⁸² Como registra Giacomo Oberto, o Art. 669-decies do CPC italiano fixa a competência do juiz instrutor para decidir sobre a modificação do provimento cautelar (OBERTO, 1.993, p. 73). Ademais, conforme verificamos no item 1.6.6, o provimento cautelar italiano também abarca a antecipação da tutela.

quanto ao seu procedimento, ou seja, não delineou os seus meios de incidência em relação a todos os recursos.⁴⁸³

Contudo, ao avocar para si o exercício da tutela jurisdicional, o Estado se comprometeu a realizá-la da forma mais ampla possível.⁴⁸⁴ Por isso, Mauro Cappelletti e Bryant Garth elegem o acesso à justiça como o mais básico dos direitos do ser humano.⁴⁸⁵

Tanto é assim, que esta garantia de entrega efetiva da tutela jurisdicional está alçada em nível de dogma constitucional (CF, Art. 5º, incs. XXXV⁴⁸⁶ e LXXVIII). Por sua vez, somente a observância da tutela

⁴⁸³ Não aceitando a medida antecipativa recursal, inclusive por ser pedida por meio de agravo de instrumento, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 150.327, Min. Rel. Demócrito Reinaldo, j. 01/09/98, DJU 26/10/99, RSTJ nº 115/119, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR CONCEDIDA PELO JUIZ RELATOR, NO TRIBUNAL, EXAURINDO O PRÓPRIO OBJETO DA AÇÃO PRINCIPAL. IMPOSSIBILIDADE. A competência do Juiz Relator, no Tribunal, ao receber o agravo de instrumento, está delimitada no Art. 527 do Código de Processo Civil, e, no elenco daquelas atribuições, não se insere a de conceder liminar, acaso esta tenha sido indeferida pelo Juiz de primeiro grau. O deferimento da liminar, pelo Relator, *in casu*, equivale ao adiantamento do objeto da prestação jurisdicional pretendida pela parte, desde que, no agravo, o que se postula, é o adiantamento do próprio mérito da ação principal – o não pagamento das contribuições com os acréscimos decorrentes de lei. O agravo de instrumento é ‘recurso’ e difere da ação, não se podendo, por analogia (Art. 273 do CPC), conceder-se liminar, exaurindo-se, com a medida, o próprio objeto da demanda (principal). Recurso provido. Decisão indiscrepante”.

⁴⁸⁴ Embasado na relevância do direito de ação, Enrico Tullio Liebman ressalva que se trata de garantia constitucional e internacional, por trazer embutida a idéia de justiça no mundo civil (LIEBMAN, 1.984. vol. I, p. 07-08).

⁴⁸⁵ CAPPELLETTI; GARTH, 2.002, p. 13.

⁴⁸⁶ Comentando a amplitude do amplo acesso à justiça, inclusive para entregar a tutela jurisdicional efetiva, Eduardo Cambi expressa que: “[...] sob o enfoque constitucional, o direito de ação não é apenas um poder genérico de provocar a atuação jurisdicional, mas implica a concessão de poderes específicos de agir em juízo, compreendendo um conjunto de iniciativas e faculdades, que vão além do mero ato de introdução da demanda no processo, abrangendo outro complexo de atividades das partes, consideradas indispensáveis à obtenção da tutela efetiva do direito material ou do interesse lesado” (CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001. vol. III, p. 118).

processual dos direitos fundamentais, inclusive para garantir a liberdade, é condição para a existência do Estado de direito.⁴⁸⁷

Como esclarece Cândido Rangel Dinamarco, emerge da lógica do sistema e da promessa constitucional contida no inc. XXXV, do Art. 5º da CF, que a tutela constitucional será efetiva e tempestiva.⁴⁸⁸

Por esta razão, a tramitação demorada de um recurso implica na odiosa ausência de efetividade e, por conseguinte, materializa a denegação da tutela jurisdicional.⁴⁸⁹

Ademais, não podemos esquecer que, na atual fase instrumentalista, o processo deve ser visto como um meio para atingir um fim, materializado pela justiça (com efetividade).⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ Sobre a importância da tutela dos direitos fundamentais, adverte Ada Pellegrini Grinover, que: “O Estado de direito pode ter seu real coroamento através desses instrumentos processual-constitucionais de tutela dos direitos fundamentais do homem: é assim que o processo se transforma, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade. Trata-se, enfim, na expressão de Couture, de fazer com que o Direito não fique à mercê do processo nem que venha a sucumbir por ausência ou insuficiência deste” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Garantia constitucional do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.973, p. 19).

⁴⁸⁸ DINAMARCO, 2.005, p. 101.

⁴⁸⁹ Verificamos a necessidade de celeridade do recurso, como um meio de efetivar a tutela jurisdicional, no item 2.2 deste capítulo.

⁴⁹⁰ Não estamos propondo, que toda e qualquer providência seja permitida em nome da busca *cega* pela tutela jurisdicional plena, pois isto implicaria em detrimento da segurança jurídica. Muito pelo contrário, pois esta nossa proposta de classificar a medida antecipativa recursal como um efeito do recurso, visa, justamente, permitir uma melhor interação entre a segurança jurídica e a efetividade. No mais, abordamos a fase instrumentalista, no item 1.2.3, do primeiro capítulo.

Logo, o embasamento principal do efeito antecipativo está na constituição e, portanto, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas a partir dela (e não o contrário). Essa realidade é bem colocada por Ada Pellegrini Grinover, ao registrar que a tutela constitucional do direito de ação deve outorgar efetividade ao jurisdicional.⁴⁹¹

Raciocínio semelhante é adotado por Teori Albino Zavascki, embora se referindo à medida antecipativa do Art. 273 do CPC e à cautelar do Art. 798 (e não propriamente à tutela antecipada recursal), ao expressar que:

[...] c) por ser inerente à função de decidir conflitos, é poder que decorre, não da lei, mas diretamente da Constituição. Dele estaria investido o juiz mesmo que não existisse, na legislação ordinária, autorização semelhante a dos Arts. 798 e 273 do Código de Processo Civil, até pela singela razão de que ‘o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei’ (CPC, Art. 126).⁴⁹²

Mas, a admissão da medida antecipativa em primeira instância não abrange todas as situações.

⁴⁹¹ Sobre esse tema, expressa Ada Pellegrini Grinover que: “Podem, assim, decorrer da tutela constitucional do direito de ação, outras garantias, implícitas no preceito constitucional, mas operando agora no curso do *iter* processual, com a finalidade de tutelar a efetividade da garantia constitucional. Os direitos de ação e de defesa, constitucionalmente garantidos, seriam, nesse caso, regulados pelo legislador de acordo com a estrutura e as exigências dos diversos procedimentos; firme restando, porém, a garantia da possibilidade concreta de desenvolver a atividade necessária em todas as fases processuais” (GRINOVER, 1.973, p. 76-77).

⁴⁹² ZAVASCKI, 1.997, p. 69.

Conforme verificamos no item 1.4 desse estudo, existem situações em que o pronunciamento julga improcedente o pedido deduzido, de forma claramente equivocada.

Cabe aqui mencionarmos um interessante caso que impetramos mandado de segurança para impugnar o desvio de finalidade de determinado decreto expropriatório. Mesmo contra toda a prova pré-constituída existente nos autos, o juiz denegou a ordem.

No caso, interpusemos apelação onde também postulamos pela tutela diferenciada, ou seja, pelo efeito antecipativo. Ao receber a apelação o juiz indeferiu o efeito antecipativo. Desse indeferimento interpusemos agravo de instrumento, que teve efeito antecipativo deferido, para impedir a efetivação da desapropriação. Ao final, foi dado provimento à apelação.

Questionamos: Se o efeito antecipativo fosse indeferido, de que adiantaria o provimento da apelação ao final?

Essa realidade implica na admissibilidade do efeito antecipativo, isto é, exige uma tutela diferenciada suficiente para amparar o caso, conforme analisamos no item 1.4.⁴⁹³

⁴⁹³ Obviamente, não estamos defendendo a concessão do efeito antecipativo em todas as situações, mas sim nas hipóteses excepcionais que apresentarem os respectivos pressupostos, conforme verificamos no item 2.6.7.7 deste estudo.

E isso, porque sendo espécie de tutela diferenciada, a forma deve variar sempre que for necessário para garantir a plena tutela jurisdicional.⁴⁹⁴

Além desse amparo constitucional, existem vários aspectos da legislação processual que justificam o efeito antecipativo,⁴⁹⁵ tais como:

a) o Art. 273 do CPC⁴⁹⁶ permite que os efeitos da tutela sejam antecipados e, se o recurso suspende essa eficácia, então nada impede que seja aplicado no âmbito recursal,⁴⁹⁷

b) em relação ao agravo de instrumento, há previsão expressa no inc.

III, do Art. 527 do CPC;

⁴⁹⁴ Nesse sentido: PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci Editore, 1.982, p. 11; COMOGLIO, 1.996, p. 86; MANDRIOLI, 1.995. vol. I, p. 11; ARMELIN, 2.002, p. 45; LOPES, 2.003, p. 40.

⁴⁹⁵ Analisaremos estes aspectos, com mais detalhes, no próximo capítulo.

⁴⁹⁶ Como bem defende João Batista Lopes, o Art. 273 do CPC permite a tutela antecipada recursal, pois, além de ser genérico, aceita o adiantamento dos efeitos práticos do pronunciamento (LOPES, 2.002, p. 116-117).

⁴⁹⁷ Eduardo Talamini defende que o Art. 273 do CPC deve ser interpretado no contexto legal para admitir a concessão do efeito ativo, embora sustente que o fundamento direto dessa antecipação da tutela recursal seja o inc. XXXV, Art. 5º da CF, ao expressar que: “Cumpra apenas frisar que a invocação do Art. 273 – a exemplo da que fazemos com o Art. 558 – funciona mais como um elemento autorizador de uma interpretação teleológica do que como fundamento direto do efeito ‘ativo’. É que, a rigor, antecipar a tutela significa adiantar os efeitos concretos que adviriam do resultado final do recurso em favor daquele que tivesse razão [...]. Parece-nos que, em tais casos, não estará propriamente incidindo o Art. 273. Apenas, tal dispositivo estará funcionando – ao lado das outras regras sobre o poder geral de tutela urgente – como indicativo de um princípio fundamental em nosso processo: o amplo cabimento de instrumentos atípicos destinados a resguardar a utilidade dos provimentos jurisdicionais” (TALAMINI, 2.001, p. 286-287).

c) a ampliação dos poderes do relator (CPC, Art. 557) também sinaliza nesse sentido, pois se pode dar provimento ao recurso, com muito mais razão, pode conceder o efeito antecipativo;

d) O parágrafo único do Art. 558 do CPC, permite a concessão do efeito suspensivo à apelação e, por conseguinte, também permite o deferimento do efeito antecipativo, até porque ambos incidem de forma similar (são *dependentes* de pressupostos).⁴⁹⁸

Assim, forçosa a conclusão de que a necessidade da entrega da tutela diferenciada, por meio da concessão da tutela antecipada recursal, pode ocorrer em qualquer grau de jurisdição.

Entendimento similar é trazido por Nelson Nery Júnior, ao expressar:

A urgência na obtenção da tutela diferenciada, entre as quais ressalta a antecipação da tutela, pode ocorrer tanto no primeiro grau

⁴⁹⁸ A propósito, conforme adverte Eduardo Talamini, para entregar a tutela jurisdicional de forma plena, a Súmula nº 429 do Supremo Tribunal Federal admite o mandado de segurança para impugnar – além do ato comissivo –, o ato omissivo (Ibidem, p. 283-284). Mas, como lembra William Santos Ferreira, o uso do mandado de segurança como sucedâneo recursal contém certa promiscuidade (FERREIRA, 2.000, p. 242). Assim, o remédio heróico somente poderia ser usado, se inexistir mecanismo próprio no ordenamento. Entretanto, o enquadramento da medida antecipativa recursal como um dos efeitos do recurso, é um desses mecanismos que afastam o manejo anômalo do mandado de segurança. No mais, conforme trouxemos no item 2.6.1, classificamos a incidência dos efeitos recursais em *independente* (quando não depende de pedido do recorrente) e *dependente* (pois não pode ser concedida se inexistirem os respectivos pressupostos).

de jurisdição, quanto no procedimento recursal. É possível adiantar-se a tutela mesmo na fase do procedimento recursal.⁴⁹⁹

Diante desses aspectos, entendemos que o fundamento jurídico do efeito antecipativo encontra-se, primordialmente, no amplo acesso à justiça previsto no inc. XXXV, do Art. 5º da CF.

2.6.7.4 Diferença entre os efeitos suspensivo e antecipativo

Embora seja semelhante o procedimento para a obtenção dos efeitos *dependentes* (antecipativo e suspensivo), não podemos desconsiderar que geram efeitos diferentes (além de terem pressupostos diferentes).

O efeito suspensivo impede que a decisão agravada (que já existe) produza efeitos, não criando maiores polêmicas nesse aspecto. Por exemplo, se a decisão recorrida determinou a prisão civil do devedor de alimentos, o efeito suspensivo impedirá esta prisão, até o julgamento do aludido recurso.

⁴⁹⁹ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 490.

Entretanto, se o pronunciamento é negativo, indagamos: Qual a utilidade do efeito suspensivo, pois a mera suspensão desse pronunciamento será ineficaz?

Em outras palavras, o pronunciamento negativo é aquele que o juiz *a quo* indefere (ao invés de conceder) a pretensão pedida pelo recorrente. Não podemos perder de vista que essa situação, muitas vezes, provoca danos de severa monta ao jurisdicionado.⁵⁰⁰

Como exemplo de decisões negativas, mencionamos: a) o indeferimento de liminar em ação cautelar (ou mesmo no mandado de segurança ou na possessória); b) o indeferimento da antecipação dos efeitos da sentença (CPC, Arts. 273, inc. I e 461, § 3º e CDC, 84, § 3º).

Inegável que – nesses casos –, o efeito meramente suspensivo não terá qualquer utilidade. Logo, somente podemos responder a este impasse, se

⁵⁰⁰ Também trazendo esse entendimento, Eduardo Talamini expressa que: “Há casos em que a decisão impugnada deixou de conceder uma providência (ativa) pleiteada pelo recorrente. Em certas situações há urgência na obtenção de tal providência. O simples futuro provimento do recurso contra sua denegação poderia vir a ser inútil – vez que já concretizado o dano que se pretendia evitar. É precisamente o que se dá em relação às decisões que indeferem tutela de urgência (antecipação, cautelares, liminares em mandado de segurança ou em outras ações especiais)” (TALAMINI, 2.001, p. 283).

admitirmos a existência da tutela antecipada recursal em nosso sistema jurídico.⁵⁰¹

Em outros termos, ao conceder o efeito antecipativo em relação a um pronunciamento negativo, em verdade, o juiz *ad quem* estará concedendo (decisão positiva) a providência indeferida pelo juízo *a quo* (decisão negativa) e, por conseqüência, antecipará os efeitos da tutela que somente seriam obtidos no julgamento final do recurso, isto é, de um pronunciamento que ainda inexistente.

Ademais, quando o juiz analisa o pedido de efeito suspensivo é porque já existe a decisão e, a partir dela, verificará a existência do *periculum in*

⁵⁰¹ Reconhecendo a existência da antecipação de tutela recursal, na doutrina, dentre outros: ALLA, 1.998, passim; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Breves considerações sobre recurso e tutela cautelar: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, passim; FERREIRA, 2.000, passim; LOPES, 2.003, p. 116, passim; NERY JÚNIOR, 2.004, passim; TALAMINI, 2.001, passim. Na jurisprudência, há o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp nº 608.155, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJU de 26/12/04, p. 494, cuja ementa expressa: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUTENTICAÇÃO DE PEÇAS. DESNECESSIDADE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM SEDE RECURSAL. POSSIBILIDADE. CPC. ART. 273. 1. Pacificou-se no STJ o entendimento de que o Art. 525 do CPC não exige, como pressuposto de admissibilidade do agravo, a autenticação das peças trasladadas. 2. É possível o deferimento de antecipação de tutela em sede recursal. 3. Recurso especial improvido; Superior Tribunal de Justiça, decisão interlocutória, REsp nº 558.108, Min. Rel. Paulo Medina, DJU 08/03/05, com trecho expressando: [...] 4. Cabimento do recurso e extensão dos poderes do relator. Na verdade, a norma *dixit minus quam voluit*. O sistema permite ao relator, como juiz preparador do recurso de competência do colegiado, que decida como entender necessário, de acordo com o seu livre convencimento motivado (CPC 131). O que a norma reformada quer é a economia processual, com a facilitação do trâmite do recurso no tribunal. O relator pode decidir tudo, desde a admissibilidade do recurso até o seu próprio mérito, sempre sob o controle do colegiado a que pertence, órgão competente para decidir, de modo definitivo, sobre a admissibilidade e mérito do recurso. O relator pode conceder a antecipação dos efeitos a serem obtidos no recurso (‘efeito ativo’ ou, *rectius*, ‘tutela antecipada recursal’), conceder efeito suspensivo ao recurso, conceder liminar em tutela cautelar, não conhecer do recurso (juízo de admissibilidade), dar provimento ao recurso (juízo de mérito)”.

mora e do *fumus boni iuris*. Por outro ângulo, o exame do efeito antecipativo obriga o magistrado a ter uma dupla atividade mental (já que ainda não existe o pronunciamento), pois deverá, primeiramente, idealizar o resultado do julgamento do respectivo recurso e, após, verificar se os pressupostos do Art. 273 do CPC estão presentes.

Esta é uma característica importante que distingue o efeito suspensivo *dependente* do antecipativo, pois naquele já existe o pronunciamento que será suspenso e, neste, o pronunciamento deve ser imaginado, ou seja, ainda não existe.

Em suma, esta antecipação de tutela recursal (também apelidada por parte da doutrina de efeito *ativo*),⁵⁰² justamente por antecipar os resultados do julgamento do recurso, é completamente diferente do mero efeito suspensivo (que apenas suspende a decisão).

2.6.7.5 Competência

Um dos problemas cruciais dos profissionais do direito é o critério de eleição do juízo detentor da competência inicial para analisar o efeito antecipativo.

⁵⁰² Também entendendo que o efeito ativo é uma antecipação da tutela recursal: BEDAQUE, 1.999, p. 380.

Aliás, no caso da apelação que impugna a sentença que julga improcedente o pedido, em tese, duas situações intrigantes podem ocorrer, a saber:

a) se o efeito antecipativo for requerido para o juízo de primeiro grau, este pode se declarar incompetente;

b) se for requerido para o juízo *ad quem*, este também pode se declarar incompetente.

Todavia, esta celeuma poderia ser amenizada se a medida antecipativa recursal fosse enquadrada como um efeito do recurso.

Emerge daí, que a competência para receber a apelação também identificará o juízo para decidir sobre a tutela antecipada recursal (juiz *a quo*). Após a interposição da apelação, o efeito antecipativo deverá ser postulado perante o juízo *ad quem* por força do parágrafo único do Art. 800 do CPC, conforme veremos no item 3.3.2.

O amparo para este entendimento, está na interpretação ampliativa do Art. 518 do CPC, que expressa: “Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder”.

Como a competência é inicial e, portanto, provisória – caso discorde motivadamente –, o juízo *ad quem* poderá reformar a decisão inerente ao efeito antecipativo concedido pelo juízo *a quo*, pois este atuou como mero preparador, enquanto aquele detém a competência originária para julgar o recurso.⁵⁰³

Em termos práticos – e desde já adiantando parte do estudo que será feito mais detalhadamente no terceiro capítulo –, este nosso raciocínio ficaria da seguinte forma:

a) no caso do agravo de instrumento, a competência inicial é do juízo *ad quem*, pois foi quem recebeu o recurso (CPC, Art. 527, inc. III);

b) em relação à apelação, a competência inicial será do juízo de primeiro grau (CPC, Art. 518), podendo ser provocado o juízo *ad quem*, por meio de agravo de instrumento em relação à decisão que declara os efeitos recursais. Após a interposição da apelação o pedido deverá ser feito perante o juízo *ad quem* (CPC, Art. 800, parágrafo único);

⁵⁰³ Esta possibilidade de o juízo *ad quem* rever o efeito concedido pelo juízo *a quo*, é justificável pela própria provisoriedade do efeito antecipativo. Aliás, a medida antecipativa concedida em primeiro grau também não é definitiva (CPC, Art. 273, § 4º), assim como todo pronunciamento sumário. Por outro ângulo, não teria sentido que o erro da concessão (ou indeferimento) do referido efeito, não pudesse ser alterado. Um interessante caso prático evidencia a provisoriedade da incidência *dependente* (efeitos suspensivo e antecipativo). O tribunal deferiu a concessão de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, ante a fundamentação de que o agravante (Instituto Nacional do Seguro Social – INSS), não teria advogado no processo. Ao contraminutar o recurso, o aposentado-agravado provou a improcedência dessa motivação por meio da juntada da procuração do patrono do INSS e dos atos praticados pelo mesmo, bem como pediu a reforma do efeito suspensivo. Esse exemplo mostra a insustentabilidade do efeito de incidência *dependente* concedido erroneamente.

c) no tocante aos embargos infringentes, de declaração e de divergência, a competência inicial será do juízo embargado, sendo certo que, de modo geral, será representado pelo relator do acórdão embargado no tribunal;

d) com relação aos recursos ordinário, extraordinário e especial, a competência inicial para receber o pedido de efeito antecipativo será do juízo *a quo*, isto é, do presidente (ou vice) do tribunal. Entretanto esta competência termina com a interposição dos referidos recursos e, a partir desse momento, é repassada ao tribunal superior competente.

Enfim, uma vez compreendida a antecipação de tutela recursal como um efeito do recurso, a competência inicial para analisar o efeito antecipativo será do mesmo juízo que tiver competência para se pronunciar sobre os demais efeitos.

2.6.7.6 Pressupostos para a concessão

Primeiramente verificaremos os pressupostos para a concessão do efeito suspensivo *dependente* e, após, se coincidem (ou não), com os destinados à concessão do efeito antecipativo.⁵⁰⁴

⁵⁰⁴ Verificamos no item 2.6.1, que os efeitos podem incidir de duas formas, a saber: a) *independente (ou natural)*, quando é nato do recurso, não dependendo de pedido do recorrente para se consumir; b) *dependente*, quando é agregado excepcionalmente ao recurso, sendo que a sua concessão fica na dependência dos pressupostos pertinentes.

O efeito suspensivo *dependente* pode ser concedido tanto ao agravo (CPC, Art. 558, *caput*), quanto à apelação (CPC, Art. 558, parágrafo único).

Para a concessão desse efeito, é necessária a presença do requerimento do recorrente⁵⁰⁵ e demais pressupostos pertinentes, conforme determina o Art. 558 do CPC, ao expressar:

Art. 558: O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único: Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do Art. 520.

O mencionado dispositivo elegeu como pressupostos para a concessão do efeito suspensivo, a existência da *lesão grave e de difícil reparação*, bem como a *relevante fundamentação*. Além disso, exemplifica algumas situações que admitem a concessão do mencionado efeito (tais como: prisão civil; adjudicação; remição de bens e levantamento de dinheiro sem caução idônea).

Concomitantemente, tem bom trânsito na seara jurídica o entendimento de que a *relevante fundamentação* equivale ao *fumus boni*

⁵⁰⁵ Quando o efeito suspensivo é característica do recurso, deve ser deferido pelo magistrado. Contudo, em casos excepcionais, como é a hipótese do efeito suspensivo do agravo (Art. 558), o deferimento clama por pedido expresso da parte. Nesse sentido: WAMBIER, 2.000, p. 265.

iuris, ou seja, exterioriza que a matéria postulada – aparentemente –, encontra-se amparada pelo direito e, por sua vez, a possibilidade de resultar o *dano grave e de difícil reparação* equivale ao *periculum in mora*.⁵⁰⁶

Ora, em se tratando de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* e sendo certo que os pressupostos para a concessão da antecipação de tutela são distintos,⁵⁰⁷ poderíamos concluir, em cognição sumária, que a fundamentação do efeito meramente suspensivo encontra-se na analogia do Art. 558 do CPC com o Art. 798 do CPC. Entretanto, essa conclusão é incorreta, pois, consoante adverte Teresa Arruda Alvim Wambier: “Esses dois pressupostos, pode-se dizer, correspondem, embora com eles não se confundam, o primeiro ao ‘*periculum in mora*’ e o segundo, ao ‘*fumus boni iuris*’”.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ Tratando o *periculum in mora* como sendo expressão equivalente de *grave e de difícil reparação*, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, medida cautelar 4.897, Rel. Min. José Delgado, DJU 28/10/02, p. 219, expressando: “[...] 5. A concessão de efeito suspensivo a recurso especial só se efetiva em situação excepcional que concretize, de modo indubitável, a fumaça do bom direito e o *periculum in mora*. 6. O conjunto dos fatos alegados, ao ser analisado com a legislação que rege a espécie, não provoca, de imediato, dano irreparável ou de difícil reparação ao requerente. 7. Ausentes os requisitos essenciais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, há que se negar a concessão da medida acautelatória. 8. Medida Cautelar improcedente”. No mesmo sentido, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, 4ª Turma, Agravo de Instrumento nº 97.01.00.050637-9, Rel. Des. federal Eustáquio Silveira, publicado no DJU de 29/06/98, cujo trecho expressa, *verbis*: “[...] 2. Não basta, para se conferir efeito suspensivo ao agravo, que do cumprimento da decisão recorrida possa resultar lesão grave e de difícil reparação (*periculum in mora*), sendo necessário, também, que os seus fundamentos sejam relevantes (*fumus boni iuris*). 3. Inocorrência, na espécie, de fundamento relevante. 4. Agravo improvido”.

⁵⁰⁷ Diferenciando os pressupostos da cautelar e da antecipação de tutela, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, REsp nº 90.439, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 30/11/98, p. 183, cujo trecho expressa: “Processo civil. Medida cautelar. Tutela antecipada. Pressupostos. A tutela antecipada não veio substituir a medida cautelar. Os procedimentos são distintos, assim como os requisitos [...]”.

⁵⁰⁸ WAMBIER, 2.000, p. 264.

Logo, a concessão do efeito suspensivo, possui pressupostos próprios (a *relevante fundamentação e o dano grave e de difícil reparação*), que – por ato de escolha do legislador –, são equivalentes aos da cautelar (*fumus boni iuris e periculum in mora*). Isto significa que são diferentes os institutos em tela (antecipação de tutela, cautelar e concessão do efeito suspensivo), embora exista a semelhança entre os pressupostos para a concessão da cautelar (CPC, Art. 798) e do efeito suspensivo (CPC, Art. 558).

Uma vez analisados os pressupostos do efeito suspensivo, resta estudarmos os requisitos necessários para a concessão do efeito antecipativo.

Isso nos leva a outra questão, a saber: Os pressupostos para a concessão da antecipação de tutela recursal (apelidada por nós de efeito antecipativo), são os mesmos utilizados para a concessão do efeito meramente suspensivo?

Essa indagação é relevante, pois se entendermos que são os mesmos pressupostos da cautelar (CPC, Art. 798), ou os mesmos utilizados para a concessão do efeito meramente suspensivo (CPC, Art. 558), então o efeito antecipativo pode ser concedido apenas com fundamento no perigo da demora e na plausibilidade do direito. Entretanto, se entendermos que são os requisitos da antecipação da tutela (CPC, Art. 273), então os pressupostos

serão mais rigorosos, pois devem estar presentes, inclusive, a prova inequívoca e a verossimilhança.

Para Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, os pressupostos para a concessão do efeito *ativo* (que no caso é análogo ao nosso efeito antecipativo) são o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.⁵⁰⁹

Valentina Jungmann Cintra Alla defende que a decisão de cunho positivo do relator, deferindo a medida negada em primeiro grau, decorre do poder geral de cautela, previsto no Art. 798 do CPC.⁵¹⁰

A propósito, há acórdão do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (um dos mentores do projeto de reforma), entendendo da mesma forma, ou seja, que os pressupostos para a concessão do efeito ativo (antecipativo) decorrem do poder geral de cautela do relator.⁵¹¹

⁵⁰⁹ WAMBIER; WAMBIER, 2.002, p. 167.

⁵¹⁰ ALLA, 1.998, p. 163.

⁵¹¹ Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Agravo de Instrumento nº 191.350, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 12/04/99, p. 162, cujo trecho expressa *verbis*: “[...] II – A concessão da tutela cautelar, em agravo interposto contra decisão de conteúdo negativo, insere-se no poder geral de cautela (CPC, Art. 798), exigindo, além dos requisitos previstos no Art. 558, CPC, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. III – Em se tratando de ação possessória, acrescenta-se a estes um requisito específico, qual seja, não se tratar de posse de mais de ano e dia. IV – Fundando-se a posse em justo título, presume-se de boa-fé o possuidor, salvo prova em contrário, a qual não se permite em sede de agravo de instrumento”.

Para Eduardo Talamini,⁵¹² que utiliza a interpretação teleológica para ultrapassar a literalidade da Lei, os requisitos para a concessão do efeito *ativo* são os mesmos utilizados para a suspensão da decisão agravada, isto é, o perigo da demora e a plausibilidade do direito.

Sobre a fundamentação do efeito antecipativo, repousada na necessidade da interpretação teleológica, também há acórdão do Superior Tribunal de Justiça, perfilhando o mencionado posicionamento.⁵¹³

Enfim, há bom trânsito na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que os pressupostos para a concessão da antecipação da tutela recursal (que chamamos de efeito antecipativo) consistem no perigo da demora e na plausibilidade do direito (e não os requisitos da antecipação da tutela).

Outro posicionamento é trazido por João Batista Lopes, ao ressaltar que os pressupostos para a concessão da tutela antecipada recursal – justamente por adiantar os efeitos práticos do pronunciamento –, são os mesmos do Art. 273 do CPC.⁵¹⁴

⁵¹² TALAMINI, 1.997, p. 29.

⁵¹³ O mesmo posicionamento está contido no acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Recurso Ordinário nº 8.516, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 08/09/97, p. 42.435, cujo trecho expressa: “[...] II – Ainda que a decisão interlocutória seja de conteúdo negativo, a via adequada para impugná-la é o recurso de agravo de instrumento, ao qual pode ser conferido o denominado ‘efeito suspensivo ativo’. Interpretação teleológica do novo Art. 558 do CPC. Precedentes nos Tribunais Regionais Federais”.

⁵¹⁴ LOPES, 2.003, p. 116. A mesma conclusão é trazida por William Santos Ferreira, ante o fundamento de que são mais próprios para proteger a parte atingida, se comparados com os da cautelar e do mandado de segurança (FERREIRA, 2.000, p. 242).

Realmente, a atividade mental do juiz na concessão do efeito suspensivo *dependente* (de pressupostos) é menor que no antecipativo, pois, naquele, basta verificar se o pronunciamento deve ser suspenso. Já, na tutela antecipativa recursal, inicialmente, o juiz deve idealizar o pronunciamento que será objeto do recurso (pois ainda inexistente) e, após, analisar o referido efeito.

Embora já nos posicionamos que os pressupostos são os mesmos do efeito suspensivo,⁵¹⁵ essa maior complexidade na concessão do efeito antecipativo nos levou a nova reflexão sobre o tema e, por consequência, passamos a entender que, em regra, os pressupostos do efeito antecipativo devem ser os previstos no Art. 273 do CPC, pois:

a) o efeito suspensivo, por suspender uma decisão concreta, é mais simples que o antecipativo, pois este antecipa os efeitos de um recurso que ainda não foi julgado (ainda inexistente o pronunciamento que terá os efeitos antecipados) e, por esta razão, necessita de pressupostos mais rigorosos;

b) até para guardar uma melhor interpretação sistemática o efeito antecipativo, justamente por ser uma espécie de antecipação da tutela, deve ter os mesmos pressupostos desta (CPC, Art. 273);

⁵¹⁵ FRANZÉ, 2.006, p. 221-223.

c) o uso de pressupostos mais rigorosos (em relação ao efeito antecipativo), permitem um melhor equacionamento do binômio efetividade/segurança jurídica.

Enfim, diferentemente do efeito suspensivo (que exige apenas o perigo da demora e a plausibilidade do direito), o efeito antecipativo exige os mesmos pressupostos da antecipação de tutela do Art. 273, do CPC.⁵¹⁶

2.6.7.7 Forma de incidência dos pressupostos

No item anterior constatamos que os pressupostos de aplicabilidade do efeito antecipativo são os mesmos da tutela antecipada, ou seja, os *gerais* (legitimidade, prova inequívoca, verossimilhança, irreversibilidade e

⁵¹⁶ Após investigar a equivalência sobre prova inequívoca (do Art. 273 do CPC) e *fumus boni iuris* (inerente à cautelar), João Batista Lopes conclui com muita propriedade que: “Ao disciplinar a tutela antecipada, valeu-se o legislador da expressão ‘prova inequívoca’, conceito vago ou indeterminado que a doutrina se preocupa em explicar. A orientação dominante é no sentido de que, em relação ao processo cautelar é suficiente a ‘plausibilidade’ do direito, enquanto para a tutela antecipada se exige prova robusta dos fatos. É que o processo cautelar, diversamente da tutela antecipada, não implica adiantamento da tutela vinculada ao mérito da causa, isto é, não reveste de caráter satisfativo, mas meramente instrumental, o que justifica o menor rigor do legislador ao estabelecer os requisitos de sua admissibilidade” (LOPES, João Batista. **Parecer: revista de processo**, nº 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005, p. 139). Apresentado conclusão similar, Clóvis Fedrizzi Rodrigues expressa: “[...] os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são os mesmos constantes do Art. 558, ou seja, perigo de lesão grave e de difícil reparação e relevância da fundamentação do recurso. Evidentemente, o relator, ao alterar a decisão de primeiro grau e modificar o indeferimento de pedido de antecipação de tutela, deverá verificar se presentes os requisitos do Art. 273, senão seria o mesmo que dizer que os requisitos da tutela antecipatória, em sede recursal, se limitariam ao perigo de lesão e de difícil reparação e relevantes fundamentos” (RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. **Antecipação de tutela recursal em sede de agravo e apelação: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005, p. 96-97).

motivação) e os *específicos* (dano irreparável, abuso de defesa e incontrovérsia).⁵¹⁷

Diante dessa conclusão, nos itens abaixo, verificaremos como estes pressupostos se desenvolvem em relação aos recursos.

2.6.7.7.1 Legitimidade

Como o próprio nome afirma, o *efeito* antecipativo é uma consequência do recurso. Logo, terá legitimidade para requerer este efeito, a parte que for legítima para recorrer, conforme determina o Art. 499 do CPC (partes, ministério público e terceiro prejudicado).

Essa realidade nos conduz a pergunta, a saber: O réu-recorrente poderia pedir pelo efeito antecipativo?

Conforme a conclusão que adotamos no item 1.5.2.1, também no plano recursal o critério de verificação da legitimidade para pedir pelo efeito antecipativo deve ser pautado pelo interesse de quem está pedindo

⁵¹⁷ Abordamos estes pressupostos nos itens 1.5.2 e 1.5.3, do primeiro capítulo desse estudo.

em relação ao objeto da lide (e não em razão do pólo processual ocupado pela parte).

E isso porque o Art. 273 do CPC elege a *parte* (e não o *autor*), como destinatária da legitimidade para requerer a antecipação de tutela e, como sabemos, a *parte* pode estar tanto no pólo passivo, quanto no ativo.⁵¹⁸

Portanto, conforme determina o Art. 499 do CPC (que é compatível com o Art. 273, do CPC), o réu tem legitimidade para interpor recurso e, conseqüentemente, pode postular pelo efeito antecipativo.

Esta situação pode ocorrer, por exemplo, se for indeferido o pleito do réu para realizar uma perícia com urgência, sob pena de perecimento da prova. Nesse caso, o réu terá legitimidade para interpor agravo e requerer o efeito antecipativo, pois é *parte* e, portanto, está legitimado pelo Art. 499 do CPC.

Sendo certo que a parte legitimada para requerer o efeito antecipativo é a constante no rol elencado pelo Art. 499 do CPC, resta analisarmos melhor a referida norma.

⁵¹⁸ Como defende Enrico Tullio Liebman, o mero fato de ser sujeito do processo e da relação processual (independentemente do pólo ocupado), já é suficiente para caracterizar a *parte* (LIEBMAN, 1.984. vol. I, p. 75).

Nesse intuito, o Art. 499 do CPC legitima para interposição de recurso e, por conseguinte, para requerer o efeito antecipativo, a saber: a) a parte vencida; b) o terceiro prejudicado; c) o Ministério Público.

Em sentido amplo, parte é quem atuou no processo, quer seja no pólo ativo ou passivo, até que fosse proferida a sentença, sendo certo que o litisconsorte também é parte, pois integra a relação processual.⁵¹⁹

No conceito de *parte*, trazido por José Carlos Barbosa Moreira,⁵²⁰ estão abarcados: a) autor; b) réu (mesmo revel); c) litisconsorte (ativo e passivo); d) intervenientes;⁵²¹ e) assistente (tanto na hipótese do Art. 50, quanto do Art. 54 do CPC).

Em relação ao assistente simples (CPC, Art. 50), entendemos, tal como Nelson Nery Júnior, que tem interesse na vitória do assistido, pois a sua atividade está subordinada ao mesmo.⁵²² Logo, apenas poderá recorrer e pedir pelo efeito antecipativo, caso o assistido permita ou não vede.

Quanto ao assistente qualificado (CPC, Art. 54), está alçado como litisconsorte do assistido e, por este motivo, tem legitimidade

⁵¹⁹ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 308.

⁵²⁰ MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 288.

⁵²¹ Em regra, os terceiros intervenientes atuam no processo, em razão de: oposição, denúncia da lide, chamamento processual ou nomeação à autoria.

⁵²² NERY JÚNIOR, 2.004, p. 309.

para recorrer e pedir o efeito antecipativo de forma autônoma e independente.

Por sua vez, o Ministério Público terá a legitimidade nos processos em que figura como parte ou como fiscal da lei (CPC, Art. 499, § 2º).

Registramos que a legitimidade do Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, é mais ampla para recorrer do que para propor ação. E isso porque, embora possa recorrer nessa situação, não está legitimado para propor a ação.⁵²³

Ademais, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, uma vez cessada a causa originária de sua intervenção, automaticamente, também cessa a sua legitimidade para recorrer e pedir pelo efeito antecipativo.⁵²⁴

Por fim, o terceiro prejudicado, para ser legitimado, deverá demonstrar o liame existente entre a decisão recorrida e o prejuízo, ou seja, o pronunciamento impugnado deverá afetar direta ou indiretamente a relação jurídica de que o mesmo é titular.⁵²⁵

⁵²³ MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 260.

⁵²⁴ Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. XVIII, p. 45.

⁵²⁵ Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp nº 19.802, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 25/05/92, p. 7.397.

Nesse contexto, o terceiro prejudicado é aquele que, em tese, poderia ter funcionado no processo na qualidade de assistente, pois para ter legitimidade são necessários os mesmos pressupostos (CPC, Art. 50).

Podemos afirmar que nessa hipótese se trata de intervenção de terceiro (em sede recursal) e, somente não se constitui em nova ação, porque é defeso inovar na espécie.⁵²⁶

Dessa forma, podem postular pelo efeito antecipativo, os legitimados pelo Art. 499 do CPC, desde que tenham interesse no respectivo recurso.

2.6.7.2 Concessão do efeito antecipativo de ofício

Em relação à medida antecipativa prevista no Art. 273 do CPC, concluímos no item 1.5.2.2 do primeiro capítulo, que, em geral, o juiz não poderá concedê-la de ofício, pois, de um lado, há o princípio do dispositivo e, de outro, o próprio *caput* do Art. 273, do CPC, condiciona esse deferimento ao requerimento da parte.

⁵²⁶ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 310-311.

Traçado esse parâmetro, passamos a verificar a possibilidade de concessão de ofício da antecipação de tutela recursal, materializada pelo efeito antecipativo.

Para Nelson Nery Júnior, as regras sobre os efeitos recursais são de ordem pública, pois o próprio juiz deve atribuí-los (independentemente de requerimento da parte), mencionando os seguintes exemplos: ação civil pública (Art. 14 da Lei nº 7.347/85)⁵²⁷ e ações relativas a consumo (Arts. 21 da Lei nº 7.347/85 e 90 da Lei nº 8.078/90).⁵²⁸⁻⁵²⁹⁻⁵³⁰

Contudo, o próprio processualista reconhece a existência de situações em que o deferimento do efeito suspensivo está condicionado ao prévio requerimento da parte (CPC, Art. 558, *caput* e parágrafo único).⁵³¹

Com essas considerações, indagamos: O Art. 518 do Código de Processo Civil deixa margem de escolha ao magistrado, ao

⁵²⁷ Art. 14 da Lei nº 7.347/85: “O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”.

⁵²⁸ Art. 21 da Lei nº 7.347/85: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

⁵²⁹ Art. 90 da Lei nº 8.078/90: “Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1.985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

⁵³⁰ Nelson Nery Júnior expressa que: “Como o regime dos recursos é matéria de direito processual, normalmente as regras sobre os efeitos em que deve ser recebido o recurso são de ordem pública, não podendo as partes sobre elas dispor. Caso a lei tivesse disposto que os efeitos aos recursos somente poderiam ser atribuídos a requerimento da parte, aí sim poder-se-ia dizer que depende de pedido a atribuição de efeito suspensivo ou apenas devolutivo aos recursos” (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 456).

⁵³¹ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 456-457.

determinar que o juiz declare os efeitos em que recebe a apelação interposta?

Para respondermos a esta questão, novamente usaremos a nossa divisão das formas de incidência dos efeitos recursais (que propusemos no item 2.6.1), a saber: a) *independente (ou natural)*, quando o efeito decorre da natureza do recurso e, por isso, a sua incidência não depende de pedido do recorrente; b) *dependente*, quando é agregado excepcionalmente ao recurso, pois a lei processual não admite a sua incidência originária e, por essa razão, a sua concessão fica na dependência dos pressupostos pertinentes (se concedido, passa a prevalecer a partir daí).

Importante observarmos que o efeito suspensivo – ao contrário dos demais –, incide nas duas formas, conforme os exemplos, a saber:⁵³²

a) *independente*, pela qual a suspensividade é da natureza do recurso, não dependendo de pedido do recorrente, tal como ocorre na hipótese tipificada na primeira parte do *caput* do Art. 520 do CPC;

⁵³² Fazendo alusão a esta diferença de incidência do efeito suspensivo Cândido Rangel Dinamarco ressalva que: “Nem todos os recursos são suspensivos da eficácia das decisões judiciais, só aqueles aos quais o direito positivo confere tal poder; a suspensividade não é coessencial aos recursos ou ao conceito de recurso, como o efeito devolutivo é” (DINAMARCO, 2.005, p. 138).

b) *dependente*, pela qual, embora a suspensividade não seja da natureza do recurso, pode ser requerida, desde que presentes os pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (tal como previsto, por exemplo, no parágrafo único do Art. 558 do CPC).

Quanto aos efeitos *independentes* (devolutivo, translativo, expansivo, substitutivo e suspensivo *independente*), realmente, devem ser declarados de ofício, quer seja pela interpretação analógica do Art. 518 do CPC, quer seja por se tratar de matéria de ordem pública.

Dessa forma, o juízo *a quo* não pode dispor sobre: devolutividade e seu âmbito; matérias de ordem pública transladadas ao juízo *ad quem*; expansividade advinda do julgado; substituição do julgado impugnado pelo pronunciamento do juízo *ad quem*; bem como em relação ao efeito suspensivo quando for *natural* do recurso (*independente*).

Por outro lado, os efeitos que têm incidência *dependente* (antecipativo e suspensivo *dependente*), até pelo fato de a lei apenas admitir excepcionalmente a incidência dos mesmos, ficam na dependência de pedido motivado da parte para serem examinados.

Em outros termos, se a incidência for *dependente* – a menos que exista previsão legal –,⁵³³ entendemos que é defeso ao juiz agir de ofício, pelas seguintes razões:

a) violaria o princípio do dispositivo;

b) as hipóteses previstas no CPC de incidência dos efeitos *dependentes* estão expressamente condicionadas ao pedido da parte (CPC, Art. 558, *caput* e parágrafo único);

c) o próprio Art. 273 do CPC (que pode ser considerado como um dos fundamentos do efeito antecipativo), ao dispor sobre a antecipação da tutela, condiciona o deferimento ao *requerimento da parte*.

Em conclusão: a) pela interpretação analógica do Art. 518 do CPC, o juiz deve declarar de ofício os efeitos que incidem *independentemente* (devolutivo, translativo, expansivo, substitutivo e suspensivo *independente*); b) ao contrário, os efeitos que incidem por *dependência* dos respectivos pressupostos (antecipativo e suspensivo *dependente*) necessitam de requerimento motivado, desde que não exista previsão legal determinando que

⁵³³ Sobre as situações em que a lei pode autorizar o juiz a decretar o efeito suspensivo de ofício, ou seja, independentemente de pedido da parte, Nelson Nery Júnior elenca como exemplo a ação civil pública (LACP 14) e a lide inerente a relação de consumo (LACP 21 e CDC 90) (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 457).

o juiz se manifeste de ofício, como na Lei da Ação Civil Pública e no Código do Consumidor.

2.6.7.7.3 Prova inequívoca e da verossimilhança

Em um juízo mais precipitado, poderíamos ser levados à conclusão de que a sentença de improcedência da ação (por ter sido proferida após uma cognição exauriente) afastaria a verossimilhança e a prova inequívoca e, por conseguinte, impediria o efeito antecipativo.

Colocando em termos práticos, perguntamos: Haveria verossimilhança ensejada pela prova produzida nos autos em um pedido para ser atribuído o efeito antecipativo ao recurso de apelação, onde a sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido?

Acreditamos que a resposta é afirmativa, ou seja, a sentença impugnada não vincula o juízo *ad quem* e, por conseguinte, é possível verificarmos a verossimilhança e a prova inequívoca no caso em tela, pelas razões que passamos a expor:

a) conforme concluimos no tópico 1.5.2.3, a expressão prova inequívoca deve ser interpretada a luz da verossimilhança, para ser entendida

como a exigência de um grau alto de probabilidade (e não absoluto). É exatamente como alerta João Batista Lopes, pois devemos trocar o substantivo certeza por probabilidade;⁵³⁴

b) a redação do Art. 131 do CPC deve ser interpretada no sentido de que o destinatário das provas seja o judiciário (e não o juiz). Tanto é assim, que o tribunal pode reformar a sentença apelada fundamentado nas mesmas provas;⁵³⁵

c) conforme abordamos no item 2.6.3.6, o juízo *ad quem* é detentor da competência para reexaminar as razões recursais, por força do efeito devolutivo;

d) essa desvinculação da sentença em relação ao julgamento que será feito pelo tribunal não é nova, pois é admitida pelo parágrafo único do Art. 558 do CPC. Ora, para atribuir o efeito suspensivo, o tribunal deverá verificar se há relevante fundamentação (que equivale ao *fumus boni iuris*), isto é,

⁵³⁴ LOPES, 2.005. vol. I, p. 241.

⁵³⁵ Deixando claro que o destinatário das provas é o Judiciário, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 3ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2001.01.00.033400-9/DF, Rel. Des. Fed. Tolentino Amaral, DJU de 16/11/01, p. 74, com trecho da ementa expressando: “[...] 1. Entendendo desnecessária a produção da prova requerida, o magistrado age de acordo com o princípio de sua livre convicção; sendo ele o destinatário da prova, ninguém melhor para aferir da sua necessidade imediata, que, certamente, será justificada no momento próprio da sentença e poderá, aí sim, ser objeto de apreciação pela Corte em sede de apelação ou, quando o caso, de remessa oficial [...]. No mesmo sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery ressaltam que a prova é destinada ao processo” (NERY; NERY, 1.999, p. 833).

analisará se as razões recursais materializam a plausibilidade de o futuro julgamento ser favorável ao recorrente;⁵³⁶⁻⁵³⁷

e) a antecipação da tutela não é o adiantamento da sentença, mas sim, um dos atos executivos advindos da tutela definitiva;⁵³⁸

f) se a tutela pode ser antecipada em primeira instância por meio de cognição sumária, com muito mais razão pode ser concedida após a cognição exauriente.

⁵³⁶ Nesse sentido o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2003.02.01.010714-6-RJ, Rel. Juiz Castro Aguiar, DJU 01/12/03, p. 155, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO – LESÃO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO – EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO – APLICAÇÃO DO ART. 558, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC – I. Após a edição da Lei nº 9.139, de 30/11/95, que deu nova redação ao Art. 558, parágrafo único, do CPC, restou prevista a possibilidade de, a requerimento da parte interessada e mediante a comprovação de que o prosseguimento da execução provocaria lesão grave e de difícil reparação, ser concedido efeito suspensivo ao recurso de apelação até o pronunciamento definitivo do órgão julgador” (STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, REsp nº 351.772/SP, 2.001/0111027-0, j. 05/02/02, DJ: 18/03/02, p. 00183).

⁵³⁷ Na mesma linha de raciocínio quanto à importância do efeito devolutivo, para a concessão da tutela antecipada recursal, William Santos Ferreira registra que: “É justamente o efeito devolutivo que obsta a preclusão e o trânsito em julgado da sentença, por isso, como não há uma nova certeza sobre o resultado é que podemos ainda assim falar em verossimilhança e prova inequívoca (Art. 273, *caput*, CPC) e, se for o caso antecipar os efeitos da decisão do órgão colegiado propriamente dita” (FERREIRA, 2.000, p. 290-291); Quanto ao fato de não ser novidade esse entendimento, o autor assevera que: “Por tais motivos, não se pode vincular de forma tão drástica o que foi decidido pelo juízo *a quo*, a ponto de, só por isto, impedir a análise da verossimilhança da alegação e da presença de prova inequívoca, até porque, repetimos, esta mesma avaliação ocorre para a concessão do efeito suspensivo, só que, quanto a este, não há dúvidas, pois a literalidade do disposto no Art. 558 assim determina. O que estamos sustentando, isto é, conferir uma interpretação ampliativa ao verbo ‘suspender’ do Art. 558 do CPC, já foi aplicado pela doutrina e pela jurisprudência em relação ao Art. 7º, II, da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 1.533, de 31/12/51)” (Ibidem, p. 292).

⁵³⁸ Sobre esse posicionamento, bem registra Teori Albino Zavascki, que: “A circunstância de estar o processo na sua fase recursal não é empecilho a tal pretensão, eis que, como já se afirmou reiteradamente, antecipar a tutela constitui, não antecipação de uma sentença, mas um adiantamento dos atos executivos da tutela definitiva, os quais, nas hipóteses (a) e (b) supra, ainda se encontram reprimidos. Ora, se ficar evidenciado que a medida antecipatória, nas hipóteses em tela é indispensável para afastar o perigo de dano irreparável ao direito afirmado e tido pelo julgador como verossímil, seria ilógico e contrário ao sistema negar a sua concessão, apenas pela razão de já ter sido proferida sentença em primeiro grau” (ZAVASCKI, 1.997, p. 132).

Feitas essas considerações, é importante registrarmos que o objeto a ser verificado para a concessão desse efeito, é o pedido deduzido nas razões recursais (pois este é objeto da apreciação, diante do efeito devolutivo), frente aos autos.

Nesse caso, a sentença deve ser considerada como uma primeira interpretação judicial sobre o tema, ou seja, não é definitiva, pois não vincula o juízo *ad quem*, principalmente, diante do efeito devolutivo.

Portanto, o fato de o pronunciamento impugnado não apreciar corretamente a prova e o direito, não torna equívoca a prova, nem afasta a verossimilhança, isto é, não impede o juízo *ad quem* de analisar motivadamente os pressupostos para a concessão do efeito antecipativo.⁵³⁹

Esta realidade é bem observada por Ugo Rocco, ao registrar que, embora o recurso não inaugure um novo processo, o órgão *ad quem* é um novo juízo.⁵⁴⁰

⁵³⁹ Embora se referindo a liminar em mandado de segurança, conclusão parecida sobre a não vinculação do pronunciamento impugnado é adotada por Cássio Scarpinella Bueno, ao expressar que: “[...] para fins de concessão da liminar (reconhecimento, no mínimo, de aparência do direito) a viabilizar, com isto, a fruição *in natura* do bem reclamado pelo impetrante com o sentenciamento ‘final’ do feito. Esta probabilidade de êxito no julgamento do recurso diante dos precedentes jurisprudenciais não pode ser examinada de outra forma que não do ponto de vista do *fumus boni iuris*” (BUENO, 1.999, p. 321).

⁵⁴⁰ ROCCO, 1.966. vol. III, p. 326.

Por essas razões concordamos com o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, ao consignar a possibilidade de concessão de efeito antecipativo ao recurso de apelação interposto pelo autor em relação à sentença de improcedência de seu pedido (desde que satisfeitos os pressupostos), com ementa expressando:⁵⁴¹

1. Da decisão que recebe o recurso de apelação interposto contra sentença denegatória da ordem em mandado de segurança apenas no efeito devolutivo cabe agravo de instrumento com pedido de tutela antecipada recursal, conforme interpretação sistemática dos Arts. 558, parágrafo único, c/c o Art. 520 do Código de Processo Civil. Neste sentido a melhor doutrina é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça [...].

Em suma, a investigação da existência de verossimilhança e prova inequívoca, deverá ser feita em função da existência de alta probabilidade de provimento das razões recursais.

2.6.7.7.4 Irreversibilidade da medida

Conforme verificamos no item 1.5.2.4 do primeiro capítulo, a irreversibilidade da tutela antecipada (tal como a do efeito antecipativo) deve ser analisada em relação ao plano dos fatos.⁵⁴²

⁵⁴¹ Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 5ª Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 2002.02.01.018193-7/RJ, Rel. Des. Fed. Vera Lúcia Lima, DJU de 08/08/02, p. 411.

⁵⁴² Cândido Rangel Dinamarco defende que a probabilidade é suficiente para afastar a irreversibilidade, pois esta última deve ser interpretada sistematicamente com a provisoriedade que é característica da medida antecipativa (DINAMARCO, 2.005, p. 66).

Por essa razão, ao decidir sobre o efeito antecipativo, não há necessidade de que esse pronunciamento seja irreversível, como de fato não é. Mas, é ideal que a consequência do efeito antecipativo não seja irreversível.

Contudo, da mesma forma que ocorre em relação à antecipação da tutela do Art. 273, esta análise deverá ser individual e sempre norteada pelo princípio da proporcionalidade.⁵⁴³

E isso, porque, como bem adverte João Batista Lopes, o princípio da proporcionalidade é um mecanismo vital para solucionar o conflito entre direitos fundamentais.⁵⁴⁴

Não adentraremos ao princípio da proporcionalidade, pois ultrapassa os limites de nosso estudo, mas é importante analisarmos – ainda que superficialmente –, os seus pressupostos de incidência.

Para isso, entendemos adequado o posicionamento de Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, no sentido de que a aplicação da proporcionalidade exige três requisitos, a saber:⁵⁴⁵

⁵⁴³ No sentido de proporcionalizar os valores para afastar a irreversibilidade, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 5ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2003.04.01.0069988, Rel. des. Fed. Ramos de Oliveira, DJU 18/06/03, p. 670, expressando: “[...] 4. A irreversibilidade do provimento, meramente econômica, não é óbice à antecipação da tutela, em matéria previdenciária ou assistencial, sempre que a efetiva proteção dos direitos à vida, à saúde, à previdência ou à assistência social não puder ser realizada sem a providência antecipatória”.

⁵⁴⁴ LOPES, 2.005. vol. I, p. 235.

⁵⁴⁵ SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1.990, capítulos VII e VIII.

a) *adequação*, pois a medida deve ser na exata proporção, isto é, nem mais, nem menos do que o suficiente para o jurisdicionado atingir o fim perseguido;

b) *necessidade*, para ficar evidenciado que sem a medida postulada, não será possível a obtenção do fim perseguido;

c) *proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, a medida deve ser dada em favor do maior valor em conflito.⁵⁴⁶

Se ajustarmos essas premissas para o nosso tema, concluiremos que se o efeito antecipativo causar a irreversibilidade no plano dos fatos, então o julgador deverá analisar se a proporcionalidade permite a concessão da tutela antecipada recursal.

Melhor explicando, se for necessário o uso da proporcionalidade para a concessão do efeito antecipativo, deverão ser sopesados os aspectos, a saber:

⁵⁴⁶ Uma definição similar é adotada por Teori Albino Zavascki, ao expressar que o aplicador da regra deverá se atentar para os limites, a saber: “a) ‘princípio da necessidade’, segundo o qual a regra de solução (que é limitadora de direito fundamental) somente será legítima quando for real o conflito, ou seja, quando efetivamente não for possível estabelecer um modo de convivência simultânea dos direitos fundamentais sob tensão; b) ‘princípio da menor restrição possível’, também chamado de princípio da proibição de excessos, que está associado, sob certo aspecto, também ao princípio da proporcionalidade, segundo o qual a restrição a direito fundamental, operada pela regra de solução, não poderá ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida; c) princípio da salvaguarda do núcleo essencial, a rigor já contido no princípio anterior, segundo o qual não é legítima a regra de solução que, a pretexto de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais, opera a eliminação de um deles ou lhe retira a sua substância elementar” (ZAVASCKI, 1.997, p. 63).

a) se é *adequada* ao fim perseguido pelo recurso. Por exemplo, se o recorrente impugna o pronunciamento do juízo *a quo* que, equivocadamente, não sustou o protesto indevido de um título, então basta que postule pelo efeito antecipativo para o juiz ordenar ao tabelião a sustação do protesto. Mas, se postular diretamente pela prisão do tabelião, então a medida antecipativa recursal será inadequada;

b) se é *necessária*, isto é, a medida postulada deve consistir no meio mais viável para a obtenção da satisfação postulada pelo recorrente, ou seja, não pode existir outro modo menos gravoso de o recorrente obter o mesmo fim. Por exemplo, ainda no caso da sustação de protesto negada pelo juiz *a quo*, a postulação do efeito antecipativo para ordenar a sustação do protesto é necessária. Contudo, seria desnecessária, se a antecipação fosse para finalidade alheia ao mérito recursal, ou se o juiz *a quo* já tivesse se retratado e concedido a sustação;

c) se é *proporcional*, ou seja, se o direito violado, que é objeto das razões recursais, tiver valor maior que o do recorrido. Por exemplo, no caso de um anticoncepcional que não produz efeitos, o interesse da população na retirada de mercado do produto é muito maior que o direito de o laboratório comercializar o mencionado medicamento.

Além disso, o entendimento de que a irreversibilidade deve ser vista no plano dos fatos e, sempre que necessário, com auxílio do princípio da

proporcionalidade, também permite que o juízo *ad quem* reexamine a decisão do juízo *a quo* que deferiu, ou não, o efeito antecipativo.⁵⁴⁷

Esse reexame pelo juízo *ad quem*, decorre de coerência lógica, pois se ele é competente para julgar as razões recursais, também deve ter competência para reexaminar o pronunciamento do juízo *a quo*, sobre o efeito antecipativo.

Diante destas argumentações, entendemos que a irreversibilidade deve ser vista em relação ao plano dos fatos e, quando pertinente, deve ser proporcionalizada.

2.6.7.7.5 Motivação do pronunciamento

Inquestionavelmente, o pronunciamento que decidir sobre o efeito antecipativo deve ser motivado. Esta regra decorre de determinação

⁵⁴⁷ Não teria sentido o juízo competente para julgar o recurso ser privado de revogar o efeito antecipativo (ou mesmo o suspensivo) concedido erroneamente. Ora, se o relator pode até dar provimento ao recurso (CPC, Art. 557, § 1º-A), com muito mais razão pode decidir sobre o efeito antecipativo. Por estes motivos, concordamos com Nelson Nery Júnior, quando afirma que: “O juízo positivo de admissibilidade, isto é, a decisão que recebe o recurso no primeiro grau, é, hoje, revogável” (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 457).

constitucional (CF, Art. 93, IX), bem como da reiteração trazida pelo § 1º, Art. 273, do CPC.

Cabe ainda registrarmos uma relevante discussão travada sobre a necessidade de o pronunciamento abarcar todos os pontos colocados sob o crivo do judiciário, inclusive os tidos como irrelevantes.

A jurisprudência, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, ainda não é pacífica sobre o tema, pois, de um lado, há acórdãos decidindo pela desnecessidade de o judiciário se manifestar sobre questões tidas como irrelevantes⁵⁴⁸ e, de outro, há entendimento pela necessidade, ainda que de modo conciso.⁵⁴⁹

⁵⁴⁸ Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp nº 665.561, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 02/05/05, p. 374, com ementa expressando: “[...] 4 – O magistrado, para corretamente motivar suas decisões, não precisa se manifestar exaustivamente sobre todos os pontos argüidos pelas partes, caso sejam irrelevantes à formação de sua convicção, na medida em que incapazes de determinar o julgamento da causa em sentido diverso. *In casu*, conquanto não tenha o v. acórdão explicitado as questões relativas à litispendência e à preclusão, não se verifica nulidade por falta de motivação, porque tais matérias, *ictu oculi*, apresentam-se totalmente improcedentes, e, pois, despiciendas ao deslinde da causa [...]”. No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Embargos Declaratórios no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.722, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 05/02/99, p. 31.

⁵⁴⁹ Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Agravo Regimental no REsp nº 699.896, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 21/03/05, p. 440, com ementa expressando: “[...] VI – Compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto a motivação tomada, tudo em respeito ao disposto no Art. 93, IX da Carta Magna de 1.988. Cumpre destacar que deve ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo decisor, como ocorre *in casu* [...]”. No mesmo sentido o acórdão do Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, REExt nº 221.967, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 05/02/99, p. 31 com ementa expressando: “Decisão judicial: fundamentação: necessidade (CF, Art. 93, IX). Dada a resistência oposta pelo então apelante à duração do pensionamento a que fora condenado em primeira instância, o tribunal local, ao confirmar a sentença, não podia ter deixado de fundamentar a solução desse aspecto da lide”. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, REExt nº 217.631, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 24/10/97, p. 54.194 com ementa expressando: “Decisão judicial: ausência de fundamentação e nulidade. Não satisfaz a exigência constitucional de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (CF, Art. 93, IX) a afirmação de que a alegação deduzida pela parte é inviável juridicamente, uma vez que não retrata a verdade dos compêndios legais: não servem à motivação de uma decisão judicial afirmações que, a rigor, se prestariam a justificar qualquer outra”. Ainda no mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 615.699, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 29/11/04, p. 246; Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp nº 519.242, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU 09/12/03, p. 293.

Acreditamos que, realmente, o judiciário não pode ser obrigado a discorrer vastamente sobre as questões colocadas para a sua apreciação, sob pena de inviabilizar a entrega da tutela a todos os jurisdicionados.

Contudo – ainda que de forma concisa –, o Judiciário não pode deixar de entregar a tutela de forma clara, isto é, sem qualquer omissão, obscuridade ou contradição, sob pena de violar a estrutura trazida pelo próprio Estado de direito.⁵⁵⁰

Em outros termos, deve haver motivação suficiente para espancar todas as dúvidas sobre a matéria, independentemente de ser exaustiva. Assim, a fundamentação concisa não significa que seja deficiente.

⁵⁵⁰ Essa realidade foi muito bem retratada pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, embargos declaratórios em REsp nº 354.424-PE, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU 17/12/04, p. 600, com ementa expressando: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NO ARESTO EMBARGADO – MILITAR – PENSÃO POR MORTE – UNIÃO ESTÁVEL – SEPARAÇÃO DE FATO – DIREITO DA COMPANHEIRA À PENSÃO, EM RATEIO COM A CÔNJUGE DO DE CUJUS – 1. Constatada omissão no acórdão embargado acerca de circunstância fática relevante para o julgamento da causa e integrante do panorama fático delineado nas instâncias ordinárias e verificada contradição entre as premissas empíricas da lide e os fundamentos jurídicos do decisum, o acolhimento dos embargos de declaração é medida que se impõe. 2. O dever constitucional de motivação das decisões judiciais tem como contrapartida o direito das partes e da sociedade de analisar os fundamentos jurídicos dos provimentos jurisdicionais, de modo a controlá-los valorativamente, evitando, assim, erros ocasionais, abusos de poder e desvios de finalidade. 3. É desnecessária a intimação da parte embargada para responder a embargos declaratórios opostos com efeitos modificativos, se as razões recursais não apresentam novos fatos e alegações, destinando-se, tão-somente, a sanar vícios de omissão, contradição ou obscuridade, por meio de alegações que reproduzem fundamentos jurídicos já apresentados e que deveriam ter sido apreciados pelo acórdão embargado. A possibilidade de exercício do contraditório aos fatos e argumentos veiculados em sede de embargos declaratórios, no presente caso, fora concedida à parte embargada, que obteve a oportunidade de produzir contra-razões ao Recurso Especial, que já trazia em seu bojo as alegações, que não foram objeto de apreciação pelo aresto embargado [...]”.

Nesse contexto, apenas o descumprimento dessas premissas seria a condição para a decretação da nulidade advinda da ausência de fundamentação.

Aliás, como bem já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a necessidade de fundamentação também atinge a decisão interlocutória.⁵⁵¹

E nem poderia ser de forma diferente, pois como adverte Enrico Tullio Liebman, a motivação é uma garantia, outorgada ao jurisdicionado, de seriedade e ponderação na entrega da tutela jurisdicional.⁵⁵²

Com esses argumentos concluímos que a concessão ou não do efeito antecipativo deve ser fundamentada (tal como verificamos no item 1.5.2.5), pois não se trata de um poder discricionário do magistrado, mas sim de uma obrigação de conceder este efeito, na presença dos pressupostos legais, onde o juiz deverá fazer uma investigação crítica para atingir o resultado que melhor espelhe a justiça.⁵⁵³

⁵⁵¹ Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp nº 450.123, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU 31/03/03, com ementa expressando: “Direito Processual Civil. Exigência de fundamentação das decisões judiciais. Constituição Federal, Art. 93, IX. CPC, Arts. 165 e 458. Decisão interlocutória sem fundamentação, que só constou das informações dirigidas diretamente ao órgão julgador do agravo de instrumento. I – De acordo com o Art. 165 do Código de Processo Civil, que dá efetividade a garantias constitucionais, as decisões judiciais devem ser fundamentadas. A exigência impõe-se também para as decisões interlocutórias, cujos fundamentos não podem ser encaminhados apenas quando do oferecimento das informações ao órgão destinatário do agravo de instrumento. No caso vertente, as razões do agravo apontavam justamente para a ausência de fundamentos da decisão agravada, os quais só foram encaminhados diretamente ao órgão *ad quem* juntamente com as informações. II – Recurso especial conhecido e provido”.

⁵⁵² LIEBMAN, 1.984. vol. I, p. 218.

⁵⁵³ Como advertem Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, o processo deve ser justo e isonômico (*équo*), notadamente para preservar os valores advindos da garantia constitucional do devido processo legal (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Mulino, 1.995, p. 70). Assim, entendemos que o processo será *justo* quando atender aos valores consagrados na lei e nos respectivos princípios éticos em que se embasa.

2.6.7.7.6 Pressupostos específicos

Além dos pressupostos gerais que vimos acima, para a concessão do efeito antecipativo, ao menos um dos pressupostos específicos deve estar presente, a saber:

a) deve haver o perigo da demora, isto é, ou o efeito é deferido naquele momento, ou não terá mais utilidade. Nada impede que a urgência apareça apenas na instância recursal;

b) embora o recorrido estivesse praticando atos protelatórios ou abusivos, o pronunciamento decidiu equivocadamente de modo contrário. Um dos exemplos dessa situação é a parte adversa que não devolve ao cartório os autos retirados para contraminutar recurso;

c) mesmo sendo incontroverso o pedido, o pronunciamento impugnado decidiu erroneamente que haveria controvérsia.⁵⁵⁴

No mais, trouxemos estes três pressupostos, nos itens 1.5.3.1, 1.5.3.2, 1.5.3.3, todos do primeiro capítulo.

⁵⁵⁴ Observa Cândido Rangel Dinamarco, que o legislador enalteceu a incontrovérsia, inclusive, para dispensar o requisito da urgência (DINAMARCO, 2.005, p. 70).

Delineada a necessidade de encararmos a tutela antecipada recursal como um efeito do recurso, no capítulo seguinte, verificaremos como ele incide no sistema recursal pátrio.

CAPÍTULO 3 – INTERAÇÃO ENTRE O EFEITO ANTECIPATIVO E O SISTEMA RECURSAL

Após discorrermos, nos capítulos anteriores, sobre os aspectos da tutela antecipada e da teoria geral dos recursos (inerentes ao nosso tema), aqui, verificaremos a interação do efeito antecipativo em relação aos principais recursos.

3.1 Atual Sistema Recursal Brasileiro Frente ao Efeito Antecipativo

Ponderamos que estamos atribuindo ao substantivo *sistema*, o significado de complexo, que é composto por estrutura (relações) e repertório (elementos).⁵⁵⁵ Obviamente, o sistema jurídico (assim como o seu subsistema recursal) deve ter a finalidade de buscar a coerência e harmonia para existir. Todavia o abalo a estes escopos pode gerar duas conseqüências, a saber: o sistema suporta os impactos e remanesce ou se dissipa (gerando outro ou desaparecendo).⁵⁵⁶

⁵⁵⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2.003, p. 176.

⁵⁵⁶ Este raciocínio sobre sistema é trazido por Ernesto Grün (GRÜN, Ernesto. *El derecho posmoderno: um sistema lejos del equilibrio*. Madrid: Doxa, 1.998, p. 167-170).

Com relação ao sistema recursal, entendemos que, por ora, ele ainda está suportando as incoerências.⁵⁵⁷

Colocados esses aspectos, passaremos a verificar alguns motivos que nos conduzem a uma revisitação do sistema recursal pátrio e, após, adentrarmos aos desdobramentos do efeito antecipativo em relação aos recursos.

3.1.1 Escopo das reformas

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1.973 tem sofrido profundas reformas, inclusive, em relação ao sistema recursal,⁵⁵⁸ com o

⁵⁵⁷ Como bem registra Norberto Bobbio, o positivismo jurídico fornece meios para o afastamento das incoerências, ao expressar: “[...] as normas podem se completar a partir do interior do sistema (auto-integração do direito) mediante o recurso à analogia e aos princípios gerais do direito, recurso que não é um ato criativo, mas puramente interpretativo e, mais exatamente, integrativo do direito” (BOBBIO, 1.995, p. 210).

⁵⁵⁸ A realidade tem mostrado que, muitas vezes, a culpa pela morosidade do judiciário tem sido jogada exclusivamente no sistema processual, mais especificamente no sistema recursal. Entendemos que essa afirmação deve ser vista com muito cuidado, pois – com base nessa *bandeira* –, reformas e reformas do CPC estão sendo feitas, muitas vezes, sem o adequado debate sobre as suas conseqüências. Por outro lado, embora a abordagem dessa morosidade ultrapasse o âmbito desse estudo, não podemos deixar de registrar que as suas principais causas não estão no sistema processual. Ora, um dos maiores causadores dessa morosidade é o próprio poder público que, de um lado, pratica lesões aos direitos da população criando inúmeras demandas e, de outro lado, não investe suficientemente na estrutura do poder judiciário. A propósito, discorrendo sobre algumas das principais causas da morosidade com a sua peculiar acuidade, observa João Batista Lopes que são: “[...] a anacrônica organização judiciária, a falta de adequada infra-estrutura do Judiciário, o baixo nível de ensino do Direito etc.” (LOPES, 2.003, p. 21). Da mesma forma Mauro Cappelletti e Bryant Garth concluem que a reforma da legislação processual não é suficiente para permitir o amplo acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 2.002, p. 161).

propósito de imprimir maior efetividade na entrega da tutela jurisdicional.⁵⁵⁹

Cumulativamente – em regra –, a maior demora da tramitação processual ocorre no tribunal onde, infelizmente, não é difícil um recurso demorar mais de cinco anos para ser julgado. Com essa ordem de idéias, entendemos que a interpretação do CPC deve partir da necessidade de plena entrega da tutela jurisdicional, com o máximo possível de segurança jurídica.

⁵⁵⁹ Nesse sentido Sálvio de Figueiredo Teixeira, expressa: “Barbosa Moreira, um dos que mais têm se ocupado do tema, após registrar a crescente e generalizada preocupação com a efetividade do processo, ressaltando as divergências existentes, sintetiza proposições consensuais em alguns pontos, dentre os quais o que proclama que ‘o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento’, na mesma linha, aliás, da conhecida e quase centenária lição de Chiovenda: *‘Il processo deve ‘dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’égli ha diritto conseguire’* [...]. Como se pode deduzir dos onze textos nos quais se desdobra a projetada reforma, em momento algum se procurou o prevalecimento de teses ou a substituição do atual sistema processual codificado. Outro não foi o escopo senão localizar as razões pelas quais falha o nosso código na entrega da prestação jurisdicional e dar-lhe o necessário tratamento científico para torná-lo mais simples, célere, útil e objetivo. Em uma palavra, para injetar-lhe a efetividade de que tanto carece” (RTJE nº 153/9). Trazendo o mesmo entendimento, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Medida Cautelar nº 1.728, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 16/08/99, p. 70, com trecho expressando: “PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL RETIDO – LEI Nº 9.756/98 – TELEOLOGIA – HERMENÊUTICA – CPC, ART. 542 – § 3º E 526 – JULGAMENTO – POSSIBILIDADE – EXCEÇÕES – CAUTELAR – LIMINAR CONCEDIDA MONOCRATICAMENTE PELO RELATOR REFERENDADA PELA TURMA: I – Cuida a nova sistemática, introduzida pela Lei nº 9.756/98, em evitar que processos, nos quais ainda não proferida decisão final, nas instâncias ordinárias, subam uma ou mais vezes ao Supremo Tribunal Federal e/ou ao Superior Tribunal de Justiça para a definição de questões concernentes a decisões interlocutórias, a saber, decisões que no curso do processo resolvem questões incidentes (CPC, Art. 162 – § 2º). A celeridade e a economia nortearam essas recentes modificações normativas, de modo a privilegiar a efetividade da prestação jurisdicional. II – Não se pode, todavia, interpretar a lei sem ter em conta a finalidade que a direciona. Com efeito, há situações em que a permanência do recurso especial retido nos autos pode frustrar a entrega da tutela jurisdicional do estado, inclusive causando dano de difícil ou incerta reparação. III – Presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, resta referendada pela Turma a liminar concedida pelo relator, com o objetivo de comunicar efeito suspensivo ao recurso especial”.

Nesse contexto, o efeito antecipativo é um mecanismo importante, pois, de um lado, trará efetividade e, de outro lado, a presença dos pressupostos pertinentes ao referido efeito, resguardará a segurança jurídica.

Vamos imaginar que uma ação de alimentos tenha sido julgada improcedente, por latente equívoco do juiz. Até a respectiva apelação ser julgada, o recorrente já terá *morrido de fome*.

Essa ausência de efetividade é incompatível com o princípio máximo do *processo justo*, conforme posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco, ao expressar:

A regra de ouro para a solução de problemas dessa ordem é a lembrança de que nenhum princípio é um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça.⁵⁶⁰

Mas, se as normas processuais devem ser interpretadas como meio (instrumento) para propiciar maior efetividade com o máximo de segurança jurídica possível, por outro ângulo, não podemos admitir as ações autônomas de impugnação se o próprio sistema recursal fornecer meios para suprir a sua finalidade.

⁵⁶⁰ DINAMARCO, 2.005, p. 14.

Do contrário aumentaremos a ineficiência do sistema recursal, pois estas ações autônomas exigem um processamento mais complexo.

Nessa linha de raciocínio, adverte Roberto Armelin que:

É chegada a hora de se pôr fim à promiscuidade de pedidos cautelares-satisfativos, bem como dos mandados de segurança contra ato judicial como sucedâneo de recurso, que a todos vêm incomodando e multiplicando desnecessariamente o número de feitos a serem processados e julgados pelo Judiciário, tanto no âmbito do primeiro grau de jurisdição quanto em sede de tribunais.⁵⁶¹⁻⁵⁶²

Nesse contexto podemos concluir que: a) o escopo maior das reformas reside na entrega de efetividade ao jurisdicionado; b) a classificação da tutela antecipada recursal como um efeito do recurso, permite que os meios para efetivá-la sejam, gradativamente, mais extraídos do próprio sistema recursal

⁵⁶¹ ARMELIN, Roberto. **Notas sobre antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição: aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.997, p. 440.

⁵⁶² Também rejeitando o manejo anômalo de ações impugnativas, quando existem outras alternativas no sistema processual, dentre outros doutrinadores: CARNEIRO, 1.998 p. 75; FERREIRA, 2.000, p. 218; NERY JÚNIOR, 2.004, p. 284; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória: aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.997, p. 539; acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso Ordinário nº 7.761, Rel. Min. José Delgado, DJU de 03/05/99, p. 97, cujo trecho expressa: “[...] 4. Entretanto, desde o advento da Lei nº 9.139, de 30/11/95, que deu nova redação ao Art. 558, do CPC e, nos casos em que a execução da providência judicial questionada possa provocar lesão grave e de difícil reparação, permitiu ao relator atribuir efeito suspensivo tanto ao recurso de agravo de instrumento, como ao de apelação dele desprovido, não se justifica mais o referido entendimento e, portanto, o mandado de segurança não deve ser admitido em hipóteses como a dos autos. 5. Decisão do colendo STF no sentido de suspender até o trânsito em julgado da decisão a liminar concedida em relação a esses autos. 6. Recurso improvido”.

(conforme veremos adiante) e, por conseqüência, será minimizado o uso anômalo das ações autônomas.

3.1.2 Admissibilidade do efeito antecipativo na fase recursal

Pelas razões que verificamos no item 2.6.7.3, a necessidade de entrega da tutela diferenciada no processo, por meio do efeito antecipativo, pode ocorrer a qualquer momento, inclusive na fase recursal.

Porém, a aplicabilidade desse efeito exige uma solução para a equação advinda da efetividade (do requerente), frente à segurança jurídica (do requerido).

Essa equação é provocada, geralmente, pela relevante atuação do elemento *tempo*, pois desencadeia a necessidade de a tutela ser efetiva.

Ademais, frisando a relevância do fator tempo, Teori Albino Zavascki registra que:

O decurso do tempo, todos o sabem, é inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é, muitas vezes,

incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente. Sempre que se tiver presente situação dessa natureza – em que o direito à segurança jurídica não puder conviver, harmônica e simultaneamente, com o direito à efetividade da jurisdição – ter-se-á caracterizada hipótese de colisão de direitos fundamentais dos litigantes, a reclamar solução harmonizadora.⁵⁶³

Não poderíamos deixar de registrar que existem decisões contrárias à incidência da medida antecipativa no âmbito recursal.

Essa realidade está espelhada no acórdão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, com ementa expressando:

A antecipação da tutela jurisdicional, instituto novo trazido ao nosso ordenamento processual civil através da Lei nº 8.952/94, dando nova roupagem ao Art. 273 do CPC, tem por escopo adiantar o provimento jurisdicional com relação ao bem jurídico que se visa tutelar. O referido dispositivo encontra-se disciplinado no Código de Processo Civil no Livro I, sob o título 'Do Processo de Conhecimento', não podendo, pois, a medida ser deferida após a entrega definitiva da prestação jurisdicional, face à ausência de interesse processual na sua obtenção. Agravo provido.⁵⁶⁴

Ousamos discordar desse entendimento, pois parte da equivocada premissa de que a sentença esgotaria definitivamente o processo e, por essa razão, a tutela jurisdicional já teria sido entregue.

Ora, em regra, é justamente após a sentença que aumenta astronômicamente o lapso temporal para a entrega da tutela jurisdicional. É

⁵⁶³ ZAVASCKI, 1.997, p. 67.

⁵⁶⁴ Tribunal Regional Federal, 1ª Turma, Agravo nº 03.025.483, Des. Rel. Sinval Antunes, DJU de 17/06/97.

cedição que a eventual apelação interposta pela parte adversa, não raramente, demorará anos e anos para ser julgada.

Além disso, o fato de o processo estar aguardando o julgamento de recurso, não é suficiente para afastar a real possibilidade de surgir uma situação que materialize os pressupostos de incidência do efeito antecipativo, como a urgência do jurisdicionado, por exemplo.⁵⁶⁵

Felizmente, existem fortes argumentos para esse entendimento não prevalecer e, portanto, a admissibilidade da concessão da tutela antecipada recursal tem bom trânsito no direito.⁵⁶⁶

Entretanto, outro problema do jurisdicionado, reside na forma de postulação do efeito antecipativo, conforme veremos adiante.

⁵⁶⁵ Conforme verificamos no item 2.6.7.7.3, a existência de sentença de improcedência, por exemplo, não afasta a possibilidade de haver prova inequívoca e verossimilhança para o deferimento de efeito antecipativo a apelação.

⁵⁶⁶ Defendendo uma maior efetividade dos recursos por meio da tutela de urgência, diante da ampliação dos poderes do juiz, Eduardo Talamini ressalva: “Não há como discordar da necessidade de revisão do modelo recursal brasileiro. Contudo, parece-nos que a vigência de mecanismos recursais no campo da atuação jurisdicional urgente, longe de afetar sua efetividade, presta-se a incrementá-la. E isso ocorre sob dois diferentes ângulos. Por um lado, a existência de instrumentos de controle diminui a força do principal argumento de objeção às tutelas urgentes: o risco de arbitrariedades. E não se trata de mero argumento retórico, mas imposição do devido processo: a imprescindível ampliação dos ‘poderes’ (*rectius*: funções como se vê adiante) do juiz implica a proporcional intensificação dos poderes de controle e participação das partes. Por outro lado, é a via recursal que permite o combate à indevida denegação da tutela urgente” (TALAMINI, 2.001, p. 288). Também admitindo a antecipação da tutela recursal, dentre outros: FERREIRA, 2.000, *passim*; CARNEIRO, 1.998 p. 75, p. 98-101; LOPES, 2.003, p. 115-120; NERY JÚNIOR, 2.004, p. 489-491; ZAVASCKI, 1.997, p. 130-153.

É com esse pano de fundo, que defendemos a inclusão da tutela antecipada recursal como um dos efeitos dos recursos (efeito *antecipativo*), pois isso facilitará, inclusive, a visualização do juízo detentor da competência inicial para analisá-lo, conforme veremos na seqüência, na medida em que será o mesmo que for competente para se pronunciar sobre os demais efeitos.

3.1.3 Ampliação dos poderes do relator

No atual cenário, esta ampliação de poderes não pode ser desprezada, porque o relator é o responsável pelo exame do pedido de efeito antecipativo nos tribunais, na grande maioria das vezes.

Em sua redação originária, o CPC/73 (tal como o CPC/39), manteve a postura tradicional, ao ratificar a competência do órgão colegiado no tribunal. Por essa razão, as atividades do relator eram restritas a: a) elaborar o relatório; b) proferir o primeiro voto; c) redigir o acórdão, se o seu posicionamento fosse vencedor.⁵⁶⁷

Essa limitação das atividades do relator implicava em uma das causas determinantes do notório e angustiante congestionamento do Poder Judiciário.

⁵⁶⁷ Arts. 547 a 556 do CPC.

Essa realidade levou Cândido Rangel Dinamarco,⁵⁶⁸ a defender a decisão singular (isolada) do relator, para auxiliar na diminuição da morosidade dos recursos.

No ordenamento pátrio, encontramos o primeiro sinal de ampliação dos poderes do relator em 1.963, pois o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (Art. 15, inc. IV), outorgou competência ao relator para determinar o arquivamento de recurso extraordinário ou do agravo de instrumento interposto em relação à respectiva decisão denegatória, mediante a indicação da Súmula.⁵⁶⁹

O aludido procedimento – que era meramente regimental – foi ratificado pelos §§ 2º e 3º do Art. 28, da Lei nº 8.038 de 28 de maio de 1.990.

Atualmente, esta ampliação dos poderes do relator também ocorre em segunda instância, principalmente, por força das Leis nº 9.139/95 e nº 9.756/98, que alteraram o Art. 557 do CPC e, por conseguinte, outorgaram poder ao relator para:

⁵⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **O relator – a jurisprudência e os recursos: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 129.

⁵⁶⁹ Em paralelo e, por consequência, também restou instituída a súmula no Supremo Tribunal Federal, no intuito de estabilizar a jurisprudência e simplificar o julgamento das questões.

a) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em contrariedade com Súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (CPC, Art. 557, *caput*);

b) dar provimento às razões recursais, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com Súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (CPC, Art. 557, § 1º-A);

c) converter o agravo de instrumento em retido se não houver urgência (CPC, Art. 527, inc. II), além de analisar os pedidos para concessão dos efeitos antecipativo e suspensivo *dependente* (CPC, Art. 527, inc. III).

Nessa nova dimensão das funções que lhe foram atribuídas, o relator passou a ser um verdadeiro porta-voz avançado do colegiado.⁵⁷⁰

Entretanto, a constitucionalidade dessa medida frente ao princípio do juiz natural, apenas se justifica diante do agravo interno, pois é o mecanismo

⁵⁷⁰ O rótulo de porta-voz avançado é trazido, com muita propriedade, por José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, 1.999, p. 324).

entregue ao jurisdicionado prejudicado, para impugnar a decisão isolada do relator frente ao colegiado competente, conforme verificamos no item 2.1.6.⁵⁷¹

Com fundamento nesse elastério dos poderes do relator, atribuído pela atual redação do Art. 557 do CPC, adverte com propriedade Nelson Nery Júnior, que o relator também está autorizado a: “[...] conceder a tutela recursal antecipadamente, em ato sujeito a confirmação pelo órgão colegiado competente para o julgamento do recurso”.⁵⁷²

Enfim, o adentramento às hipóteses em que o relator poderá agir isoladamente ultrapassa o nosso tema. Contudo, é importante salientarmos que o relator recebeu poderes até mesmo para julgar o mérito recursal.⁵⁷³ Ora, se pode julgar o mérito, com muito mais razão, poderá analisar o efeito antecipativo.

⁵⁷¹ Em sentido oposto, ou seja, defendendo a inconstitucionalidade da decisão isolada do relator, Francisco Peçanha Martins, após lembrar que o duplo grau e a revisão coletiva das sentenças foram obtidas às custas de muitas vidas, bem como são uma das maiores conquistas da humanidade, assevera que: “[...] é impossível o julgamento monocrático da apelação, embargos infringentes e ação rescisória, impondo-se concluir que a regra do Art. 557 não se aplica a tais recursos. O judiciário não pode revogar lei vigente e constitucional” (MARTINS, Francisco Peçanha. **A reforma no Art. 557 do CPC: inconstitucionalidade e ilegalidade**. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo: Nova série, 2.000. vol. V, p. 56).

⁵⁷² NERY JÚNIOR, 2.004, p. 491.

⁵⁷³ Obviamente, essa decisão isolada do relator é passível de ser levada ao crivo do colegiado, por meio do agravo interno (CPC, Art. 557, § 1º). Referido agravo, em nosso entendimento, constitucionaliza essa atuação isolada frente ao princípio do juiz natural, que, no tribunal, é representado pelo órgão colegiado.

3.2 Efeito Antecipativo Frente ao Agravo

Em relação ao agravo, investigaremos os seus aspectos e a respectiva interação com o efeito antecipativo.

3.2.1 Considerações sobre o agravo

Para melhor visualização do contexto de atuação do efeito antecipativo em relação ao agravo, nesse tópico, analisaremos o escopo desse recurso advindo de sua evolução histórica, bem como as suas formas de interposição em primeiro grau de jurisdição.

3.2.1.1 Breve relato da evolução histórica

No governo do imperador Justiniano (527 a 565 a.C.), ou seja, no período do Direito Romano pós-clássico ou romano-helênico, o pronunciamento interlocutório era irrecorrível.⁵⁷⁴

⁵⁷⁴ Como lembra Vincenzo Arangio-Ruiz, essa irrecorribilidade da interlocutória tinha origem no elevado sentimento de justiça do povo romano, que não aceitava a idéia de o magistrado ter se equivocado em relação a qualquer decisão (ARANGIO-RUIZ, 1.960, p. 109). No mesmo sentido: CARNEIRO, 1.998 p. 07; NORONHA, 1.995, p. 13.

Mas essa irrecorribilidade acarretava injustiças, pois o juiz errava, às vezes. Para suprir o anseio da população, foi criada a *supplicatio*, pela qual o recorrente reconhecia a justiça da sentença, contudo, postulava pelo abrandamento da decisão.⁵⁷⁵

Justamente por ser a primeira notícia, na história, sobre recurso voltado para a impugnação das interlocutórias, podemos dizer que a *supplicatio* é o embrião do agravo.

Após – no século XIII –, sem autorização legislativa, o ordenamento português, embasado no Direito Romano, incorporou o instituto da suplicação (*supplicatio*),⁵⁷⁶ que, posteriormente, passou a chamar agravo ordinário.⁵⁷⁷

Por seu turno, a interposição do agravo por meio de instrumento teve a sua origem na revogação do direito de a parte recorrer do pronunciamento interlocutório, feito por Dom Afonso IV.⁵⁷⁸

⁵⁷⁵ NORONHA, 1.995, p. 13.

⁵⁷⁶ Sobre o escopo do agravo, registra Teresa Arruda Alvim Wambier, que: “Justamente para atenuar a rigidez desta providência de ordem formal, foram-se criando expedientes que, sem afrontar a autoridade que proferia a decisão, pondo em dúvida a justiça do julgado, a parte apenas suplicava, implorava, à mesma autoridade prolatora da sentença, que reexaminasse a causa, abrandando os efeitos do decidido” (WAMBIER, 2.000, p. 30).

⁵⁷⁷ Sobre a semelhança entre o agravo ordinário e a *supplicatio* romana, registra Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, que: “[...] nas ordenações Manoelinas, das sentenças definitivas cabia apelação, exceto se emanadas da Relação do Porto, do Corregedor do Paço, ou do Corregedor de Lisboa, pois, aí, o recurso cabível seria o de agravo ordinário, similar à *supplicatio* romana (MIRANDA, 1.975. tomo I, p. 271).

⁵⁷⁸ A exceção a essa regra concebida pelas Ordenações Afonsinas (e mantida pelas Ordenações Manoelinas) ocorria quando houvesse a possibilidade de dano irreparável ao ser proferida a sentença final ou quando o feito terminasse.

Logicamente esse embaraço ao acesso à justiça gerou intranquilidade nos súditos. Para solucionar esse novo impasse, foi concebido o recurso denominado *querimas* (também alcunhado de *querimônias*), em que o recorrente endereçava petição ao monarca, contendo reclamações sobre o processo.⁵⁷⁹ Se fosse dado provimento às *querimas*, o rei determinava a expedição da carta de justiça ao juízo *a quo*.⁵⁸⁰

Portanto, as *querimas* podem ser consideradas como precursoras do atual agravo de instrumento, notadamente, por serem remetidas ao juízo *ad quem* independentemente dos autos, ou seja, por meio de instrumento.⁵⁸¹

3.2.1.2 Escopo do agravo no CPC/73

Conforme previsto no Art. 522 do CPC, o agravo é o recurso previsto para impugnar decisão interlocutória, ou seja, o pronunciamento que tem

⁵⁷⁹ LOBÃO, Manoel de Almeida e Souza. **Segundas linhas sobre o processo civil**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1.885. vol. II, p. 95-97.

⁵⁸⁰ NORONHA, 1.995, p. 17.

⁵⁸¹ Posteriormente, para evitar a falsificação, passou a ser exigida a autenticação das peças integrantes das *querimas* por oficial público. Como lembra Carlos Silveira Noronha, existiam duas espécies de oficial público que podiam exercer essa atividade. Assim, quando o instrumento era elaborado pelo escrivão, denominava-se *carta testemunhavee*, mas se fosse feito pelo tabelião, denominava-se *estormento pubrico* (Ibidem, p. 17).

conteúdo decisório suficiente para causar gravame, sem a finalidade programada de colocar termo ao processo.⁵⁸²

Daí a relevância do agravo, pois a decisão interlocutória, muitas vezes, é mais importante que a própria sentença. Por exemplo, a antecipação da tutela adianta os efeitos que somente seriam obtidos após o término do processo. Da mesma forma, uma prova indeferida erroneamente pode comprometer a justiça que deveria ser entregue pela tutela jurisdicional.

Em paralelo, o mesmo Art. 522 do CPC, também tipifica duas formas de interposição do agravo em primeira instância, ou seja, por meio de instrumento ou retido nos autos.

Mas, se ambos os agravos têm o escopo de evitar a preclusão da decisão interlocutória, indagamos: Qual a finalidade da distinção entre as formas de interposição?

Realmente a restrição das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento está pacificada pela atual redação do Art. 522 do CPC, trazida pela Lei nº 11.187 de 19/10/05, que expressa:

⁵⁸² Abordamos a decisão interlocutória no item 2.1.3 deste estudo.

“Art. 522: Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”.

Interessante observarmos que o Art. 522 do CPC restringe as hipóteses do agravo de instrumento para impugnar as decisões que clamam por urgência na reforma, como ocorre com o pronunciamento que puder causar lesão grave e de difícil reparação à parte ou quanto aos efeitos do recebimento da apelação. A única hipótese em que é possível a interposição de agravo de instrumento independentemente da urgência é se for negado o processamento da apelação, já que a inexistência da apelação impedirá o transporte do agravo retido até o tribunal, nessa situação.

Por isso, a finalidade da distinção do agravo está centrada em dois fundamentos, que são: a urgência e/ou a impossibilidade de o agravo retido ser transportado até o juízo *ad quem*. Se estiver presente um desses dois embasamentos, o recurso cabível será o agravo de instrumento, mas, do contrário, deverá ser interposto o agravo retido.⁵⁸³

⁵⁸³ Este critério da urgência (ou, excepcionalmente, da inexistência de apelação para transportar o agravo retido ao juízo *ad quem*), se tornou irrefutável com a atual redação do Art. 527, inc. II, do CPC (trazida pela Lei nº 11.187 de 19/10/05), que expressa: “[...] II – converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa”.

Além disso, o processamento do agravo retido é mais econômico, ou seja, é processado dentro dos próprios autos, sem o efeito suspensivo, independentemente das custas, além de somente ser conhecido, em regra, se o agravante requerer preliminarmente, em sede de ulteriores razões de apelação (ou contra-razões).

Na modalidade de instrumento, basicamente, além de evitar a preclusão, também tem o escopo servir como mecanismo apto para outorgar uma tutela de urgência.⁵⁸⁴

Em suma, ambas as formas de interposição do agravo impedem a preclusão. Contudo, a necessidade da tutela de urgência em relação ao pronunciamento recorrido e/ou a impossibilidade de o agravo retido ser transportado até o juízo *ad quem* são fatores determinantes para ser admitida a interposição do agravo na modalidade de instrumento.

3.2.2 Efeito antecipativo no agravo retido

Nessa forma de interposição – de modo geral –, não incide o efeito antecipativo, conforme veremos ao contrastar o seu

⁵⁸⁴ Aludida tutela de urgência também decorre da forma de processamento do agravo, pois, sendo apenas o instrumento remetido ao tribunal, permite que o processo tenha o seu curso praticamente normal.

procedimento com os pressupostos específicos da tutela antecipada recursal.⁵⁸⁵

O processamento está regulamentado pelo Art. 523 do CPC e as suas principais etapas são:

a) o prazo para interposição é de dez dias, consoante determina o Art. 522 do CPC.⁵⁸⁶ Mas, ao contrário do agravo de instrumento, a espécie retida deve ser aforada perante o juízo prolator da decisão impugnada;

b) interposto o recurso, o juiz abrirá vista para a parte adversa ofertar a contraminuta, no prazo de dez dias. Após, é facultado ao magistrado o direito de exercer o juízo de retratação;⁵⁸⁷

c) também é condição de admissibilidade, que o recorrente reitere expressamente pelo conhecimento do agravo retido, para o órgão *ad quem*, por meio de preliminar nas razões recursais da apelação (ou contra-razões), conforme determina o *caput* do Art. 523 do CPC;

⁵⁸⁵ Verificamos os pressupostos específicos da antecipação da tutela no item 1.5.3 e do efeito antecipativo, no item 2.6.7.7.6.

⁵⁸⁶ Esse prazo é contado em dobro se o recorrente for: a) Fazenda Pública e o Ministério Público (CPC, Art. 188); b) defensor público (Lei nº 1.060 de 05/02/50, Art. 5º, § 5º); c) litisconsorte com procuradores diferentes (CPC, Art. 191).

⁵⁸⁷ Obviamente, pelo fato de o agravo ficar retido nos autos, não há a necessidade de traslado das peças para a formação de instrumento.

d) no tribunal, será analisado após o exame dos pressupostos de admissibilidade da apelação (CPC, Art. 523, *caput*).

Com relação ao procedimento na instância superior, com muita propriedade expressa Teresa Arruda Alvim Wambier, que o julgamento se opera em três oportunidades distintas, a saber:

1º) juízo de admissibilidade da apelação e, se positivo, verificação da existência do requerimento do agravante, no sentido de ver julgado o agravo retido anteriormente interposto, o que significa o primeiro passo no juízo de admissibilidade do próprio agravo; 2º) complementação do juízo de admissibilidade do agravo e juízo de mérito deste mesmo recurso; 3º) juízo de mérito da apelação.⁵⁸⁸

É interessante observarmos que – por esse delineamento –, se a apelação não for conhecida, por conseqüência, o agravo retido terá o mesmo destino.⁵⁸⁹

Verificado o procedimento, passamos a contrastá-lo com os pressupostos específicos para a concessão do efeito antecipativo, a saber: a) perigo de demora; b) atos protelatórios; c) incontrovérsia.

Nesse contexto, o agravo retido não se refere às situações que demandam urgência e, por essa razão, o perigo da demora não estará presente.

⁵⁸⁸ WAMBIER, 2.000, p. 111.

⁵⁸⁹ Também entendendo que o não-conhecimento da apelação impede o conhecimento do agravo retido: MOREIRA, 2.000, p. 148; MIRANDA; PIZZOL, 2.000, p. 73.

Mas, poderia ser admitido o efeito antecipativo, no caso de restar evidenciada a prática de ato (relacionado às razões recursais), que seja protelatório ou incontroverso?

Também entendemos que não, pois se o agravo retido não possui o efeito suspensivo *dependente*, também não poderá possuir o antecipativo.⁵⁹⁰

Cumulativamente, o inc. III do Art. 527 do CPC apenas admite a tutela antecipativa na forma de instrumento e, além disso, o julgamento do agravo retido também fica inviabilizado, pois dependerá do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade de outro recurso (apelação), que apenas seria interposto ao término do processo.

Em suma, de modo geral, o efeito antecipativo não poderá ser concedido ao agravo retido.

3.2.3 Efeito antecipativo no agravo de instrumento

Nesse item investigaremos inicialmente esta forma de agravo e, após, a sua interação com o efeito antecipativo.

⁵⁹⁰ Pelas razões que trouxemos no item 2.6.1, os efeitos podem incidir de duas formas diversas, a saber: a) *natural (ou independente)*, quando é da natureza do recurso e, por isso, a sua incidência não depende de pedido do recorrente; b) *dependente*, quando é agregado excepcionalmente ao recurso e, por essa razão, a sua concessão fica na dependência dos pressupostos pertinentes.

3.2.3.1 Considerações gerais

O Art. 522 do CPC é contundente em determinar três situações, a saber:

a) o agravo é o recurso cabível para impugnar as decisões interlocutórias; b) não elenca, exaustivamente, as decisões interlocutórias que desafiam o agravo; c) a forma de instrumento é restrita aos casos de urgência e/ou de impossibilidade de o agravo retido ser transportado até o juízo *ad quem*.

Por essas razões, em tese, todo o pronunciamento que se enquadrar no conceito de decisão interlocutória (CPC, Art. 162, § 2º),⁵⁹¹ pode ser impugnado pelo recurso de agravo.⁵⁹²

Em paralelo, existem decisões interlocutórias que demandam uma solução efetiva e célere, sob pena de o recorrente sofrer danos (tanto de ordem física, quanto moral e/ou patrimonial), que apenas podem ser impugnadas por meio de agravo de instrumento.

No entanto, na redação originária do CPC/73 (antes da Lei nº 9.139/95), era muito difícil de a parte obter o efeito suspensivo, uma vez que,

⁵⁹¹ Definimos a decisão interlocutória no item 2.1.3 desse estudo.

⁵⁹² Obviamente, o legislador deixou claro que somente caberá o agravo de instrumento se houver urgência na reforma da decisão impugnada ou se o agravo retido não puder ser conduzido até o juízo *ad quem* (CPC, Arts. 522 e 527, inc. II). Do contrário, deverá ser interposto o agravo retido.

além de pouco utilizado (pois estava previsto para raríssimas situações), não tinha um rito eficaz.⁵⁹³

Cumulativamente, não podia mais ser tolerado o uso deturpado do mandado de segurança para atribuir o efeito suspensivo ao agravo,⁵⁹⁴ inclusive, em função de emperrar ainda mais os trabalhos do judiciário.⁵⁹⁵

Logo, a necessidade de uma tutela de urgência e a dificuldade procedimental para a obtenção do efeito suspensivo, foram os motivos que levaram o legislador a alterar a forma de concessão do efeito suspensivo do agravo.

⁵⁹³ Antes do advento da Lei nº 9.139/95, o artigo alterado, com a redação dada ao *caput* pela Lei nº 5.925, de 01/10/73, assim dispunha: “Art. 558: O agravante poderá requerer ao relator, nos casos de prisão de depositário infiel, a adjudicação, remição de bens ou de levantamento do dinheiro sem prestação de caução idônea, que suspenda a execução da medida até o pronunciamento definitivo da Turma ou câmara”.

⁵⁹⁴ CARNEIRO, 1.998, p. 75.

⁵⁹⁵ Por essa razão, acertadamente, a jurisprudência não tem admitido a impetração de mandado de segurança, nas hipóteses agasalhadas pelos Arts. 527, inc. III e 558, ambos do CPC. Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso Ordinário nº 7.761, Rel. Min. José Delgado, DJU de 03/05/99, p. 97, cujo trecho expressa: “[...] 2. Como regra geral, não se deve admitir o mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso, visto que a ação cautelar e agora o pedido de efeito suspensivo, este previsto tanto para o agravo de instrumento (CPC, Arts. 527, II, e 588), quanto para a apelação quando desprovida do referido efeito (CPC, Arts. 520 e 558, parágrafo único) revelam-se mais adequados para tutelar a situação. O mandamus não pode substituir o recurso adequado e, se este foi interposto, não pode justificar o exame da pretensão nela manifestada em sede diversa daquela recursal. 3. A despeito do que estabelece a Súmula nº 267/STJ e de, tecnicamente, ser mais adequada à utilização da ação cautelar, a jurisprudência passou a admitir, sempre que houvesse perigo de dano de difícil reparação, o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso sem efeito suspensivo, em regra, apenas, para o fim de atribuir efeito suspensivo ao recurso dele desprovido. 4. Entretanto, desde o advento da Lei nº 9.139, de 30/11/95, que deu nova redação ao Art. 558, do CPC e, nos casos em que a execução da providência judicial questionada possa provocar lesão grave e de difícil reparação, permitiu ao relator atribuir efeito suspensivo tanto ao recurso de agravo de instrumento, como ao de apelação dele desprovido, não se justifica mais o referido entendimento e, portanto, o mandado de segurança não deve ser admitido em hipóteses como a dos autos. 5. Decisão do colendo STF no sentido de suspender até o trânsito em julgado da decisão a liminar concedida em relação a esses autos. 6. Recurso improvido”.

A referida modificação foi materializada pela atual redação dos Arts. 527, inc. III e 558, ambos do CPC,⁵⁹⁶ trazidas respectivamente pelas Leis nº 9.139/95, nº 10.352/01 e nº 11.187/05, que permitiram a atribuição ao agravo de instrumento dos efeitos suspensivo e antecipativo, desde que presentes os pressupostos pertinentes.

Atualmente, é o recurso em que o legislador foi mais explícito na forma de obtenção do efeito antecipativo, conforme verificamos no inc. III, do Art. 527 do CPC.

Por outro lado, na medida do possível, também foi preservada a segurança jurídica. E isso, porque o legislador ofertou mecanismos, que – se bem utilizados –, reduzirão os recursos procrastinatórios, a saber:

a) destinou poderes ao relator para, de plano, negar seguimento ao recurso (CPC, Art. 557, *caput*), ou converter o agravo de instrumento em

⁵⁹⁶ O Art. 740, nº 3, do CPC de Portugal, ao dispor sobre o efeito suspensivo do agravo, também admite que seja concedido pelo juiz se houver urgência, além das situações tipificadas, pois expressa: Art. 740º: “(Agravos com efeito suspensivo): 1. Têm efeito suspensivo do processo os agravos que subam imediatamente nos próprios autos. 2. Suspendem os efeitos da decisão recorrida, além dos referidos no n. anterior: a) Os agravos interpostos de despachos que tenham aplicado multas; b) Os agravos de despachos que hajam condenado no cumprimento de obrigação pecuniária, garantida por depósito ou caução; c) Os agravos de decisões que tenham ordenado o cancelamento de qualquer registro; d) Os agravos a que o juiz fixar esse efeito; e) Todos os demais a que a lei atribuir expressamente o mesmo efeito. 3. O juiz só pode atribuir efeito suspensivo ao agravo, nos termos da alínea d) do n. anterior, quando o agravante o haja pedido no requerimento de interposição do recurso e, depois de ouvir o agravado, reconhecer que a execução imediata do despacho é susceptível de causar ao agravante prejuízo irreparável ou de difícil reparação”.

retido, se a matéria não envolver a tutela de urgência e o agravo retido puder ser transportado até o juízo *ad quem* (CPC, Art. 527, inc. II);

b) tipificou a interposição de recurso manifestamente protelatório como litigância de má-fé (CPC, Art. 17, inc. VII).

Decorre, inafastavelmente, que o escopo dos Arts. 527, inc. III e 558, ambos do CPC, reside em contribuir na outorga de efetividade aos jurisdicionados e atender ao princípio da economia processual, pois visa eliminar o manejo anômalo de ações autônomas para impugnar os pronunciamentos judiciais.

3.2.3.2 Principais fases do procedimento

Para facilitar a nossa exposição, verificaremos as etapas mais marcantes do procedimento do agravo de instrumento.

Nesse sentido, os aspectos principais de seu rito são:

a) o prazo para interposição é de dez dias (CPC, Art. 522 do CPC).⁵⁹⁷

Mas, ao contrário do agravo retido, deve ser distribuído no tribunal

⁵⁹⁷ Esse prazo é contado em dobro se o recorrente for: a) Fazenda Pública e o Ministério Público (CPC, Art. 188); b) defensor público (Lei nº 1.060 de 05/02/50, Art. 5º, § 5º); c) litisconsorte com procuradores diferentes (CPC, Art. 191).

competente (CPC, Art. 524), juntamente com as peças integrantes do instrumento (CPC, Art. 525) e comprovantes de recolhimento do preparo (CPC, Art. 525, § 1º);⁵⁹⁸

b) uma vez distribuído o recurso, o relator, isoladamente, deve negar-lhe seguimento, nas hipóteses do *caput* do Art. 557 do CPC ou dar-lhe provimento se a situação estiver tipificada no § 1º-A, do Art. 557 do CPC;

c) se a reforma da decisão agravada não for urgente, o relator deve convertê-lo em agravo retido (CPC, Art. 527, inc. II);

d) mas, nos termos do inc. III, do Art. 527 do CPC, se a reforma da decisão clamar por urgência e o recorrente postular, deve ser concedido o efeito suspensivo na presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, ou o antecipativo, se presentes os pressupostos do Art. 273 do CPC (gerais e específicos);

⁵⁹⁸ Salientamos que o preparo consiste no pagamento de todas as despesas necessárias (previstas na lei) para a interposição do recurso. Por essa razão, o valor do porte e das custas são espécies do gênero preparo. Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp nº 262.678, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. DJU de 11/06/01, p. 230, com ementa, expressa: “Processual Civil. Preparo tempestivo, mas relativamente à parte das despesas, faltando o recolhimento da parte correspondente ao porte de retorno. Pagamento parcial do preparo. Inocorrência de deserção. Precedentes. O preparo consiste no pagamento das despesas processuais. O preparo do recurso compreende tudo o que, a partir de previsão legal, precisa ser pago para que ele possa prosseguir, incluindo, portanto, não só o que se conhece como custas como também o chamado porte de remessa e de retorno. A insuficiência do valor recolhido a título de preparo, na acepção da palavra, não pode ser equiparado à sua falta, para o fim de se ter o recurso como deserto nos termos do Art. 511, CPC, impondo-se aplicação ao seu § 2º, introduzido pela Lei nº 9.756/98. Recurso especial conhecido e provido, para que seja oportunizada no Tribunal de origem a complementação, ficando com isso relevada a pena de deserção”.

e) sendo pertinente para formar a sua convicção, o relator deve requisitar informações ao juízo *a quo* (CPC, Art. 527, inc. IV);

f) após, abrirá o prazo de dez dias para o agravado contraminutar e trasladar peças (CPC, Art. 527, inc. V), bem como, se for caso de intervenção do ministério público, concederá prazo para a manifestação deste (CPC, Art. 527, inc. VI);

g) uma vez processado, o relator pedirá dia para o colegiado julgar o agravo (CPC, Art. 552).

Necessário salientarmos que a Lei nº 9.139/95 manteve a retratação, ao prever que o agravo se tornará prejudicado, caso o juiz *a quo* comunique a reforma da decisão agravada,⁵⁹⁹ conforme expresso no Art. 529 do CPC.⁶⁰⁰

⁵⁹⁹ Embora prevista a retratação, a lei omitiu o momento para ser exercida. Essa omissão levou Marcos Afonso Borges a negar a sua existência, ao expressar: “A situação prevista pelo Art. 529 é de difícil, senão impossível configuração, pois no caso de agravo, dito de instrumento, não há juízo de retratação, pois a competência para decidir o remédio é do Tribunal não se podendo admitir, destarte, competências simultâneas (do Tribunal e do Juiz). Evidencie-se, outrossim, que o Art. 527 do CPC faculta ao relator requisitar informações ao juiz. Uma coisa é informar e outra reformar como prevê o § 2º do Art. 523 do mesmo Código de forma expressa (BORGES, Marcos Afonso. **A nova feição do agravo**. In: Revista de Jurisprudência, nº 222. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005, p. 12). Não compartilhamos desse entendimento, pois a Lei faz expressa menção ao exercício da retratação (CPC, Art. 529).

⁶⁰⁰ Nesse sentido há acórdão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, 1ª Turma, Agravo de Instrumento nº 98.03.021892-1, Rel. Des. Federal Roberto Haddad, DJU de 29/06/99, p. 247, expressando: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA – ART. 529 DO CPC – PERDA DO OBJETO – FATO SUPERVENIENTE – Conforme informações prestadas pelo MM. Juízo *a quo*, foi inteiramente reconsiderada a r. decisão agravada, na modalidade de instrumento. Assim sendo, houve a perda do objeto do recurso vertente, nos termos do Art. 529, do CPC. Julgo prejudicado o agravo de instrumento, diante da manifesta perda do objeto, em face de fato superveniente”.

De fato, a legislação omitiu o momento para o juiz se retratar. Contudo, jamais vedou a possibilidade de realização desse instituto. Assim, entendemos que o magistrado terá, em regra, dois momentos para a eventual retratação, a saber: a) o primeiro, quando o agravante cumprir o Art. 526 do CPC, pela juntada de cópia do recurso e peças nos autos, em primeira instância; b) o segundo, quando (e se) o relator requisitar informações ao juízo *a quo*.

Além desses dois momentos, o juiz *a quo* apenas poderá se retratar na presença de *fato novo*, isto é, algo relevante que inexistia na ocasião em que a decisão impugnada foi proferida, sob pena de violar a competência do juiz *ad quem*.⁶⁰¹ Ademais, as questões processuais não podem ficar indefinidamente em aberto, sob pena de violar a segurança jurídica (CPC, Art. 471).

3.2.3.3 Requerimento do efeito antecipativo

Embora os pressupostos do efeito antecipativo (previstos no Art. 273 do CPC), sejam mais rigorosos que os do suspensivo (perigo da

⁶⁰¹ Todavia, sabemos que esse nosso entendimento não é pacífico, conforme verificamos, dentre outros: Para Clito Fornaciari Júnior, se a legislação não fixou um momento específico para o juízo de retratação, o magistrado poderá fazê-la a qualquer tempo (FORNACIARI JÚNIOR, Clito. **A reforma processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1.996, p. 122); Athos Gusmão Carneiro defende a impossibilidade de o magistrado retratar-se após ter prestado as informações, observando que, na inexistência de determinação para prestá-las, a retratação poderá ocorrer até antes do julgamento do agravo (CARNEIRO, 1.998, p. 60); Para José Carlos de Moraes Salles, o indeferimento do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, pelo relator, impede o juiz *a quo* de se retratar (SALLES, José Carlos de Moraes. **Recurso de agravo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 122).

demora e plausibilidade do direito),⁶⁰² o mecanismo de postulação de ambos é similar.

Isso, porque o inc. III, do Art. 527 do CPC estabelece a competência do relator para decidir sobre os efeitos *dependentes* do agravo (suspensivo e antecipativo), isto é, os efeitos que ficam na dependência dos respectivos pressupostos legais para serem concedidos.⁶⁰³

Ressalvado esse aspecto, na esmagadora maioria das vezes, o agravo de instrumento contempla uma peculiaridade relevante, pois depende da tutela de urgência para reformar o pronunciamento impugnado (ao contrário da forma retida), conforme previsto no inc. II, do Art. 527 do CPC.

Mesmo quanto à única situação em que se admite o agravo de instrumento independentemente da urgência (inadmissibilidade da apelação), a menos que também exista a urgência, não visualizamos a possibilidade de atribuição do efeito antecipativo pela controvérsia ou protelação, pois se trata de ato do juiz.

Emerge daí, que dos três pressupostos *específicos* (perigo da demora, protelação e incontrovérsia), o único que poderá lastrear a concessão do efeito

⁶⁰² Examinamos esta diferença dos pressupostos no item 2.6.7.6.

⁶⁰³ O inc. III, do Art. 527 do CPC expressa que o relator: “[...] III – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (Art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”.

antecipativo é o perigo da demora (CPC, Art. 273, inc. I), pois é da natureza do agravo de instrumento, que exista urgência na reforma da decisão interlocutória impugnada.

Em outros termos, se o agravo de instrumento geralmente pressupõe urgência, sob pena de ser convertido em retido (CPC, Art. 527, inc. II), então o perigo da demora deverá estar presente em toda a concessão do efeito antecipativo. Logo, os demais pressupostos específicos da protelação (CPC, Art. 273, inc. II) e da incontrovérsia (CPC, Art. 273, § 6º), somente ensejam o efeito antecipativo no agravo de instrumento se a urgência também estiver presente.⁶⁰⁴

Portanto, ao transladar as peças dos autos para o instrumento que postula pelo efeito antecipativo, o agravante deverá ter o cuidado de incluir – além das obrigatórias (CPC, Art. 525, inc. I) –, notadamente, as peças que comprovem os pressupostos, a saber:

a) a probabilidade máxima do direito invocado e, conseqüentemente, do equívoco da decisão impugnada (diante da conjugação dos substantivos *prova inequívoca* e *verossimilhança*, previstos no Art. 273, *caput*, do CPC);

⁶⁰⁴ Verificamos os pressupostos específicos e gerais necessários para a concessão do efeito antecipativo no item 2.6.7.7.

b) a irreversibilidade da medida no plano dos fatos (CPC, Art. 273, § 2º), ou seja, não importa a provisoriedade (pois essa característica é da natureza da tutela sumária), mas sim que seja possível reverter os seus efeitos caso seja revogada. Na impossibilidade, as peças devem denotar a presença dos pressupostos necessários para a aplicação do princípio da proporcionalidade, isto é, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (por exemplo, a demolição de um prédio é irreversível, mas se estiver na iminência de desabar e matar inúmeras pessoas, o direito à vida deve prevalecer diante do direito de propriedade do dono do imóvel);⁶⁰⁵

c) o perigo da demora, ou seja, que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, Art. 273, inc. I).

Entretanto, ainda fica uma questão, a saber: A ausência dessas peças determinaria o não conhecimento do agravo, tendo em vista que não estão incluídas no rol das peças obrigatórias trazido pelo inc. I, do Art. 525 do CPC?⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ Como adverte Nicolò Framarino Dei Malatesta, a probabilidade representa a intuição gerada pela preponderância dos motivos convergentes da aceitação de uma proposição, em relação aos motivos divergentes. Decorre daí, que o fato será provável se as afirmações tiverem maior incidência sobre o espírito da pessoa, mas será improvável se as negativas tiverem maior peso (MALATESTA, 2.001, p. 42-56). No mais, analisamos os pressupostos da proporcionalidade no item 2.6.7.7.4.

⁶⁰⁶ As peças obrigatórias elencadas no inc. I do Art. 525 do CPC são: procurações, decisão agravada e certidão da respectiva publicação.

Para respondermos a esta indagação, é pertinente verificarmos que o instrumento pode ser formado por duas espécies de peças, a saber: a) obrigatórias (CPC, Art. 525, inc. I); b) facultativas (CPC, Art. 525, inc. II), isto é, as que o agravante entender pertinente.⁶⁰⁷

Diante dessas espécies, há acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, entendendo que o rol de peças previstas no inc. I, do Art. 525 do CPC consiste na formação mínima do instrumento e, por conseguinte, a ausência de peça necessária (que possibilitaria a exata compreensão da matéria), embora alheia ao inc. I, do Art. 525 do CPC, também impede o conhecimento do agravo.⁶⁰⁸ Posicionamento similar é adotado por Nelson Nery Júnior.⁶⁰⁹

⁶⁰⁷ Na classificação proposta por Theotônio Negrão, o instrumento pode ser formado por três espécies de peças, a saber: a) *necessárias* (cuja ausência determina o não conhecimento do agravo); b) *obrigatórias*; c) *facultativas* (NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.999, p. 546).

⁶⁰⁸ Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, embargos de divergência em REsp nº 504.914, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 17/12/04, p. 388, com trecho da ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DE PEÇA FACULTATIVA, MAS NECESSÁRIA À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. NÃO CONHECIMENTO. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 168/STJ. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. I – Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a ausência de peças no agravo de instrumento, ainda que facultativas, mas necessárias ao pleno conhecimento da controvérsia pelo órgão julgador, constitui óbice ao conhecimento do recurso. II – O rol descrito no Art. 525, I do Diploma Processual Civil, diz respeito somente à formação mínima a ser dada ao agravo de instrumento. Assim, as peças ali elencadas são de obrigatória observância. Além dessas, à evidência, deve o recorrente juntar todas outras que possibilitem o melhor e mais amplo entendimento do litígio posto em questão. Em síntese, tem-se que as peças necessárias também devem ser trasladadas pelo agravante, sob pena de não conhecimento do recurso. Precedentes [...]”.

⁶⁰⁹ Sobre o tema, Nelson Nery Júnior afirma que: “Consequentemente, caso falte alguma peça obrigatória ao instrumento do agravo, ou se das peças existentes não se puder extrair e apreender o conteúdo da controvérsia, o agravo não pode mais ser conhecido, por irregularidade formal. Aplica-se, agora sim, em virtude de lei, o STF 288” (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 390).

Porém, também há acórdão, do próprio Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo que a matéria ainda não tem um posicionamento definitivo naquele sodalício.⁶¹⁰

Em nosso entendimento, o legislador optou por não exigir outras peças, além das obrigatórias, em que pese a nossa convicção de *lege ferenda*, de que algumas das peças facultativas (como a petição inicial, por exemplo) deveriam ser obrigatórias, até mesmo, para imprimir maior efetividade ao processamento do agravo.

Ora, o Art. 525 do CPC, não alçou as peças facultativas na condição de pressupostos de admissibilidade. Muito pelo contrário, pois o seu inc. II afirma expressamente que se trata de *faculdade* da parte (e não obrigatoriedade).⁶¹¹

Sendo faculdade, a parte tanto pode cumprir, como deixar de cumprir.

No tocante à possível inexistência de peça que o relator entenda indispensável para possibilitar a compreensão da matéria, esta deverá ser

⁶¹⁰ Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, agravo regimental nos embargos de divergência no REsp nº 478.155, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 12/02/05, DJU de 31/05/04, p. 168, expressando: “PROCESSO CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – JURISPRUDÊNCIA EM DIVERGÊNCIA: PROVA. 1. No STJ ainda há divergência de entendimento quanto às peças consideradas imprescindíveis à formação do instrumento do agravo. 2. Embora majoritária a corrente que exige, sob pena de indeferimento do recurso, as peças necessárias juntamente com as obrigatórias, em complementação ao Art. 525, I, do CPC, a Segunda e a Quarta Turma resistem à posição jurisprudencial da maioria. 3. Agravo regimental provido para determinar o processamento dos embargos de divergência”.

⁶¹¹ De modo oposto ao nosso entendimento, William Santos Ferreira defende que a petição inicial passa a ser peça obrigatória no pedido de tutela antecipada recursal ao agravo de instrumento e, por essa razão, a sua ausência implicará no não conhecimento do recurso (FERREIRA, 2.000, p. 248-249).

suprimida pela requisição ao juiz da causa, juntamente com as informações (CPC, Art. 527, inc. I).

Salientamos ainda, que o maior prejudicado pela ausência de peça facultativa relevante, será o próprio agravante. E isso, porque enquanto essa peça não estiver nos autos, o relator não poderá analisar o seu pedido de atribuição do efeito *dependente* (antecipativo ou suspensivo).⁶¹²

Em conclusão: a) o efeito antecipativo do agravo de instrumento exigirá o pressuposto específico da urgência, pois é da natureza desse recurso; b) também devem ser demonstrados os pressupostos gerais da prova inequívoca e verossimilhança (que devem ser interpretados como probabilidade máxima), além da irreversibilidade (ainda que esta possa ser mitigada pelo princípio da proporcionalidade).

3.2.3.4 Concessão da tutela antecipada antes da citação do réu

Nesse tópico verificaremos basicamente três aspectos, que são: a) uma breve visão atual do contraditório; b) se a liminar concedida sem a

⁶¹² Constatamos no item 2.6.1, que os efeitos podem incidir de duas formas, a saber: a) *natural* (ou *independente*), quando é da natureza do recurso e, por isso, a sua incidência não depende de pedido do recorrente; b) *dependente*, quando é agregado excepcionalmente ao recurso e, por essa razão, a sua concessão fica na dependência dos pressupostos pertinentes.

prévia oitiva da parte adversa viola o referido princípio; c) o início da contagem do prazo para o réu agravar da concessão da medida antecipativa.⁶¹³

Quanto ao contraditório, como bem assevera João Batista Lopes,⁶¹⁴ atualmente,⁶¹⁵ há três aspectos que também devem ser garantidos por este princípio, a saber: a) informação obrigatória; b) possibilidade de a parte adversa reagir; c) o diálogo entre o juiz e as partes.⁶¹⁶

Dentro desse contexto, surge a inevitável questão: O contraditório impediria a concessão de medida liminar (como, por exemplo, a tutela antecipada do Art. 273 do CPC), *inaudita altera parte*?

Entendemos que não impede, pois nenhum princípio fundamental tem caráter absoluto. Nessa linha de raciocínio Joaquim Gomes Canotilho e Vital

⁶¹³ Em função dos limites desse nosso estudo, não adentraremos profundamente no princípio do contraditório (CF, Art. 5º, inc. LV).

⁶¹⁴ LOPES, 2.005. vol. I, p. 42.

⁶¹⁵ Trazendo uma definição mais ortodoxa do contraditório, Enrico Tullio Liebman defende que o juiz não pode proceder nem julgar, sem dar oportunidade de as partes se manifestarem, ao expressar: “*Il principio del contraddittorio. Il giudice non può procedere nè giudicare senza avere chiamato davanti a sè tutte le parti per ascoltare le loro ragioni (audiatur et altera pars: Art. 101 cod. proc. civ.). È un elementare esigenza di giustizia dare a tutte le parti l’occasione e la possibilità di difendersi prima che il giudice pronunci il suo giudizio*” (LIEBMAN, 1.984. vol. I, p.10).

⁶¹⁶ Como pondera Maria Elizabeth de Castro Lopes, a *informação* é o direito de as partes serem informadas sobre os atos processuais, enquanto a *reação* é a possibilidade de as partes reagirem em relação ao pronunciamento e o *diálogo* se opera entre o juiz e as partes, exigindo que o magistrado esteja mais integrado na relação jurídica (LOPES, 2.003-a, p. 50-51). Luiz Guilherme Marinoni apresenta definição semelhante, ao defender que o contraditório deve garantir a efetiva participação da parte no processo. (MARINONI, 1.996, p. 251).

Moreira,⁶¹⁷ salientam que, do confronto desses princípios, devem ser extraídos, de um lado, a máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e, de outro, a mínima restrição dos mesmos.⁶¹⁸

A impossibilidade de os princípios terem caráter absoluto também é justificada pela necessidade de uma melhor coerência e harmonia no sistema jurídico (exposto no item 3.1). Se os referidos princípios fossem interpretados *cegamente* (sem serem sopesados), incorreríamos em injustiça e, por conseguinte, a própria estrutura do Estado democrático estaria abalada.

No caso da tutela sumária, está em jogo o valor fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, Art. 5º, inc. XXXV), que representa a efetividade processual, frente ao contraditório (CF, Art. 5º, inc. LV), que materializa a segurança jurídica do réu.

Podemos exemplificar essa situação, pela recusa do Estado em fornecer medicamento vital e urgente para o tratamento de saúde de pessoa

⁶¹⁷ Sobre essa impossibilidade de caráter absoluto dos princípios fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira expressam que: “No fundo, a problemática da restrição dos direitos fundamentais supõe sempre um conflito positivo de normas constitucionais, a saber, entre uma norma consagradora de certo direito fundamental e outra norma consagradora de outro direito ou de diferente interesse constitucional. A regra da solução do conflito é da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e da sua mínima restrição compatível com a salvaguarda adequada de outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa” (CANOTILHO; MOREIRA, 1.991, p. 134).

⁶¹⁸ Nesse procedimento de apuração do maior valor envolvido que deve prevalecer, o princípio da proporcionalidade tem papel fundamental, conforme verificamos nos itens 1.5.2.4 e 2.6.7.7.4.

desprovida de condições financeiras.⁶¹⁹ Uma vez interposta à respectiva ação, se o exame da tutela antecipada (CPC, Art. 273) for condicionado à prévia citação do Poder Público, então implicará na decretação da pena de morte do autor.⁶²⁰

Para equacionar essa situação, tem bom trânsito na ciência jurídica o entendimento de que o contraditório deve ser assegurado – contudo –, de forma *diferida* (adiada), ou seja, será realizado posteriormente, quando o autor se manifestar no processo.⁶²¹

Como lembra Luigi Paolo Comoglio, esse adiamento do contraditório é legítimo para preservar a efetividade da ação, pois o Estado não pode se recusar a conceder a tutela adequada ao jurisdicionado.⁶²² Além disso, a própria natureza provisória da liminar também é suficiente para *constitucionalizar* o adiamento do contraditório, pois o réu terá oportunidade

⁶¹⁹ Investigamos a possibilidade de concessão de liminar em relação ao poder público, no item 3.2.3.11.

⁶²⁰ Quanto à interpretação das leis inerentes à vedação da concessão de liminares em relação ao poder público, examinamos no item 3.1.3.

⁶²¹ Chamando a atenção para esta realidade, com muita acuidade, João Batista Lopes registra que: “Como todos os princípios constitucionais, o contraditório não tem o caráter absoluto e possui certo grau de abstração, razão por que compete ao legislador processual dizer como ele deve atuar concretamente no processo. Para atender às peculiaridades de certas causas ou a circunstâncias especiais, a lei processual prevê o chamado contraditório diferido, isto é, contraditório adiado. Por exemplo, na tutela cautelar, caracterizada pelo perigo da demora (*periculum in mora*), a citação inicial do réu poderá acarretar a ineficácia da medida, razão porque a lei possibilita sua efetivação desde logo (antes da citação). Assim no arresto (apreensão de bens do devedor para garantia de futura execução) a citação inicial do réu permitirá que ele desvie seus bens, frustrando a execução” (LOPES, 2.005. vol. I, p. 43).

⁶²² COMOGLIO, 1.996, p. 301-303.

de impugnar a concessão da liminar e, se for o caso, o juiz deverá revogá-la.⁶²³

Esse entendimento é plenamente compatível com os valores envolvidos no contraditório, isto é, participação efetiva da parte em relação ao processo, por meio: a) da informação sobre os atos; b) da reação dos pronunciamentos que causarem prejuízo; c) do diálogo entre os envolvidos, principalmente, por meio de uma maior atuação do juiz, desde que preservada a imparcialidade.⁶²⁴

Verificada a constitucionalidade do contraditório diferido, passamos a abordar o início do prazo para a parte adversa recorrer (agravar) em relação à liminar concedida *inaudita altera parte*, tendo em vista o princípio do contraditório.

Em sentido amplo, identificamos três correntes sobre o início da contagem desse prazo, a saber:

a) a partir da intimação do advogado;

⁶²³ Nesse sentido, Nelson Nery Júnior expressa que: “Haveria ofensa ao mandamento constitucional se ao réu, na ação cautelar, não se desse oportunidade de defesa ou de recurso contra a liminar (cautelar ou antecipatória do resultado) concedida a seu desfavor. O cerne da questão se encontra na manutenção da ‘provisoriidade’ da medida, circunstância que derruba, ao nosso ver, a alegada inconstitucionalidade das liminares concedidas sem a ouvida da parte contrária” (NERY JÚNIOR, 1.994, p. 138).

⁶²⁴ Nesse sentido: CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti in tema di contraddittorio: studi in memoria di Salvatore Satta*. Padova: Cedam, 1.982. vol. I, p. 211; LOPES, 2.005. vol. I, p. 42-43.

b) a contar da juntada do mandado de intimação da parte;

c) do momento da decisão do juiz, sobre o pedido de reconsideração feito pelo réu.

De fato, o Art. 242 do CPC determina que a intimação seja considerada a partir da data que os advogados forem intimados do pronunciamento.⁶²⁵

Em função dessa norma, Araken de Assis defende que o direito para recorrer é privativo do advogado e, por essa razão, o início da contagem do prazo para a interposição de recurso apenas ocorrerá pela pertinente intimação do advogado, que deverá ocorrer somente após o seu ingresso no processo (munido de procuração).⁶²⁶

Discordamos parcialmente, pois esse posicionamento apenas pode ser admitido quando a parte tiver patrono constituído nos autos. Ao criar a regra do Art. 242 do CPC, o escopo do legislador foi enaltecer a celeridade (e não fragilizá-la), pela intimação direta do advogado (e não da parte), já que é mais simples.

⁶²⁵ No âmbito recursal, o Art. 506 do CPC determina a aplicação da regra constante no Art. 184 do CPC, pela qual a forma de contagem do prazo recursal deve excluir o dia da intimação e incluir o do término.

⁶²⁶ ASSIS, 1.999, p. 36.

Desse modo, no caso de a liminar ter sido deferida sem a oitiva da parte adversa, se o réu não tiver advogado constituído no processo, o prazo deve ser contado a partir da juntada nos autos do mandado de intimação cumprido (CPC, Art. 241, inc. II), pois essa é a regra adotada pelo nosso ordenamento processual civil para evitar desequilíbrios no tratamento das partes.⁶²⁷

Em outras palavras, o entendimento contrário, para admitir que a contagem do prazo apenas seja iniciada após o ingresso do advogado no processo com a representação regularizada, implicaria em outorgar unilateralmente à parte, a odiosa possibilidade de dispor sobre o prazo, mostrando-se contrária ao escopo da legislação pátria. Além disso, o comparecimento espontâneo do requerido no processo abre a contagem do prazo para interposição de recurso (mesmo que o mandado não tenha sido juntado nos autos).⁶²⁸

⁶²⁷ Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp nº 70.399, Rel. Min., Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 29/10/97, DJU de 09/12/97, p. 64.708, cuja ementa expressa: “Processo civil. Cautelar. Liminar. Concessão *inaudita altera parte* contrária. Agravo. Prazo recursal. Termo inicial. Juntada aos autos do mandado. Sistema. Arts. 241, II, 242 e 802. CPC. Recurso provido. I – O CPC, notadamente após a modificação introduzida no Art. 738, I, pela Lei nº 8.953, prestigia o sistema pelo qual os prazos fluem a partir da juntada do mandado cumprido aos autos. II – Nos termos do parágrafo único, inc. II, do Art. 802, conta-se o prazo da juntada aos autos do mandado da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia. III – Se esse é o sistema da contagem dos prazos, não se justifica que, em se tratando de cautelar concedida liminarmente, e sem justificação prévia, o prazo para agravar tenha curso da data da intimação e não da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido”.

⁶²⁸ Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp nº 85.836, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 17/06/97, DJU de 20/10/97, p. 53.053, cuja ementa expressa: “Contagem do prazo recursal. Deferimento de liminar. Intimação sem a publicação do nome do advogado da parte Ré. Comparecimento espontâneo. 1. Comparecendo espontaneamente a parte Ré é desta data que deve fluir o prazo recursal, considerando que a liminar foi deferida sem sua audiência e intimação, portanto, não mencionou o nome de seu advogado, destinatário dela, a teor de precedente desta Corte. 2. Recurso especial conhecido e provido”.

Contudo, ainda há outra questão: Se a contagem do prazo recursal é iniciada a partir da intimação do réu, haveria violação ao contraditório, tendo em vista que a referida liminar foi concedida apenas com fundamento na manifestação do autor?

Comentando o tema, William Santos Ferreira defende a dupla opção ao réu, tanto para poder agravar diretamente da liminar, quanto para pedir que o juízo *a quo* revogue o pronunciamento e, se não houver retratação, seja admitido o agravo.⁶²⁹

Pensamos de forma parecida, pois se o contraditório é diferido, significa que é adiado (e não afastado). Logo, após a sua peça defensiva, ou seja, após o contraditório, o réu terá direito a uma nova decisão sobre a liminar, que, por sua vez, poderá ser impugnada por agravo. E essa decisão será diferente da anterior, pois será proferida com base em fatos diversos, uma vez que também abarcará a manifestação do réu.

⁶²⁹ Sobre o tema, William Santos Ferreira ressalva que: “Respeitando doutras opiniões em contrário, acreditamos que, para preservar-se a constitucionalidade das liminares concedidas *inaudita altera parte* (antes de o réu ser citado ou ter oportunidade de se manifestar), é ‘condição’ imprescindível que o réu possa, perante o mesmo juízo que concedeu a antecipação, sustentar sua posição e tentar obter a revogação ou alteração da decisão, para, após frustrada esta expectativa, recorrer desta situação. Não se pode esquecer que a concessão só é constitucional porque o contraditório é diferido, o que em última análise, significa dizer que a decisão liminar ‘necessita’ de uma ‘outra decisão’ que a mantenha após a manifestação do réu, já que é somente nesta última que ter-se-á observado o princípio da bilateralidade da audiência” (FERREIRA, 2.000, p. 70).

Sabemos que o pedido de reconsideração, no ordenamento pátrio, não suspende o prazo recursal.⁶³⁰

Entretanto, no caso de a liminar ser concedida *inaudita altera parte*, a reapreciação posterior à interposição da contestação é condição de constitucionalidade do referido pronunciamento frente ao princípio do contraditório. Dessa forma, o valor envolvido (contraditório) supera a preclusão.

Ademais, o pronunciamento que deferiu a liminar foi proferido unicamente em relação à situação trazida pelo autor. Já, a reapreciação da liminar é pronunciamento diverso, pois analisa a versão do autor e do réu. Logo, também por esse ângulo não há que se falar em preclusão.

Mas essa realidade, não impede que o réu conteste a ação e – na presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* –, recorra

⁶³⁰ Decidindo que o pedido de reconsideração não interrompe o prazo recursal, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 176.427, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 22/02/99, p. 108, com ementa expressando: “Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Intempestividade do agravo manifestado na instância ordinária. Fundamentação suficiente. 1. O Tribunal *a quo* ofereceu fundamentos suficientes para considerar intempestivo o agravo manifestado na instância ordinária. O recurso foi protocolado quando já decorrido o prazo de dez dias contados da data em que proferida a decisão denegatória do pedido de diligências periciais. 2. Irrelevante a argumentação para demonstrar que o segundo despacho não foi mera decisão a respeito do pedido de reconsideração formulado pela suplicada. 3. Pedido de reconsideração não suspende ou interrompe o prazo recursal. 4. Agravo regimental improvido”.

diretamente da liminar *inaudita altera parte*, para preservar a sua segurança jurídica.⁶³¹

Enfim, entendemos que:

a) o contraditório implica na participação efetiva da parte em relação ao processo, por meio da informação, reação e diálogo;

b) a liminar concedida sem a prévia oitiva da parte adversa não viola o contraditório, pois este princípio não é absoluto e pode incidir diferidamente para preservar a efetividade processual;

c) o prazo para o réu agravar do referido pronunciamento é contado a partir da juntada nos autos do mandado de intimação cumprido (CPC, Art. 241, inc. II), ou da intimação do advogado, se já estiver constituído nos autos (CPC, Art. 242);

d) todavia, para preservar o contraditório, deve ser garantido o direito de o réu recorrer da decisão que não admitiu o seu pedido de reconsideração da liminar, desde que seja feito até a interposição da contestação.

⁶³¹ Na prática, é recomendável que a parte recorra diretamente da liminar, para evitar que o juízo *ad quem* entenda – equivocadamente –, que a liminar estaria preclusa.

3.2.3.5 Concessão do efeito antecipativo antes da citação do agravado

Nesse item averiguaremos o seguinte questionamento: O provimento das razões recursais com o conseqüente deferimento da tutela antecipada rejeitada em primeiro grau, sem a oitiva da parte adversa, estaria em confronto com o princípio constitucional do contraditório?

Para Joaquim Felipe Spadoni deve ser observada a inexistência de mecanismo eficaz para o réu recorrer, isto é, que produza ampla devolutividade (tal como é o agravo), notadamente, em relação aos fatos que subsidiaram a decisão concessiva da liminar.⁶³² E isto, porque, em regra, o acórdão apenas poderá ser impugnado por embargos declaratórios, recurso especial e/ou extraordinário.

Além disso, outro aspecto relevante é apontado por Teresa Arruda Alvim Wambier, ao advertir que poderia haver ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, diante do regime de retenção criado pelo § 3º do Art. 542 do CPC, em relação aos recursos especial e extraordinário.⁶³³

⁶³² SPADONI, Joaquim Felipe. **O contraditório no recurso de agravo de instrumento contra decisões indeferitórias de liminares: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 325-326.

⁶³³ WAMBIER, 2.000, p. 471.

Entretanto, ao contrário desse entendimento, a jurisprudência inclina-se no sentido de realizar o julgamento do agravo, nessa hipótese, sem a oitiva do agravado.⁶³⁴

Até mesmo pelas razões que verificamos no item anterior, concordamos essa desnecessidade da manifestação do agravado, com a ressalva que faremos adiante.

E isso, porque é inquestionável que a concessão de medida liminar não viola o princípio constitucional do contraditório (desde que estejam presentes os seus pressupostos), pois incide de forma diferida.

⁶³⁴ Nesse sentido a 5ª conclusão do CETARS, trazida por Theotônio Negrão (NEGRÃO, 1.999, p. 548), expressando: “No procedimento de agravo de instrumento manejado contra decisões indeferitórias de liminares, não há necessidade de citação ou intimação da parte adversa, quando ainda não tenha ingressado na relação processual”. O mesmo entendimento é trazido pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 1.862, Rel. Min. José Delgado, j. em 14/09/99, DJU de 11/10/99, p. 37, com trecho expressando: “[...] 2. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares *inaudita altera parte*) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico. Portanto, o poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. 3. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora e fumus boni iuris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal. 4. Em casos que tais, pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo que mediar o julgamento no tribunal *a quo* e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância [...]”. Ainda no mesmo sentido o acórdão proferido pelo: Tribunal de Alçada-MG, 1ª Câmara Cível, apelação nº 284.976-3, Rel. Nepomuceno Silva, j. 31/08/99, acórdão nº 0233185-3, cujo trecho expressa: “[...] 2 – A concessão da tutela antecipada, ainda que *inaudita altera parte*, não ofende qualquer garantia constitucional, máxime o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, não se constituindo em discricionariedade, mas, sim, poder-dever do juiz, desde que presentes seus pressupostos e aflore o convencimento da necessidade de tal medida, traduzindo-se, por corolário, na efetiva e justa prestação jurisdicional [...]”. Na doutrina, comunga esse entendimento Nelson Nery Júnior (NERY JÚNIOR, 1.994, p. 135).

Ademais, não podemos perder de vista que o judiciário deve outorgar a tutela adequada e efetiva ao jurisdicionado, quando for necessária.

Se existe permissão para a concessão da liminar sem a oitiva do réu, com muito mais razão deve ser admitido o deferimento dessa medida, pelo tribunal, ao deliberar sobre o agravo de instrumento, na hipótese excepcional de o agravado ainda não ter sido citado em primeira instância.

Ora, se fosse exigida a manifestação do agravado para o processamento do agravo, quando o réu ainda não foi localizado, haveria a suspensão do procedimento recursal, em detrimento da efetividade.

De outra banda, também não há violação ao contraditório, pois, nesse caso, é adiado (diferido). Assim, conforme verificamos no item anterior, ao decidir o agravo, o tribunal estará decidindo apenas a justeza da decisão impugnada frente aos fatos e provas trazidos pelo agravante.

Desse modo, entendemos que a inexistência de mecanismo com ampla devolutividade e a própria retenção dos recursos excepcionais não modificam nosso raciocínio, uma vez que deverá ser facultado ao réu-agravado, o direito de apresentar a sua defesa e, nesse momento, postular pela revogação do aludido pronunciamento.⁶³⁵

⁶³⁵ Logicamente, por se tratar de decisão interlocutória, o mencionado pronunciamento poderá ser desafiado por recurso de agravo.

Não havendo revogação, o réu estará diante de nova decisão interlocutória (diversa da primeira), pois estará embasada na versão da defesa, ou seja, em *fato novo*. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça-DF já decidiu que a existência de *fato novo* afasta a preclusão e possibilita a revogação da liminar.⁶³⁶

Logo, a concessão do efeito antecipativo ao agravo, bem como o próprio julgamento do mencionado recurso, sem a manifestação do agravado, apenas será constitucional frente ao contraditório, se for assegurado o direito de o réu postular pela revogação da liminar perante o juízo *a quo*, no mesmo prazo da contestação e – se indeferida –, interpor agravo de instrumento (com plena devolutividade).

3.2.3.6 Efeito antecipativo em relação a liminar indeferida em mandado de segurança

Não é raro, no cotidiano jurídico, nos depararmos com o entendimento de que é irrecorrível a decisão do juízo *a quo*, sobre a concessão ou indeferimento de liminar em mandado de segurança e, por conseguinte,

⁶³⁶ Tribunal de Justiça-DF, 4ª Turma Cível, Agravo de Instrumento nº 1999.0020014459, Rel. Sérgio Bittencourt, j. em 28/06/99, DJU de 18/08/99, p. 72, cujo trecho expressa: “Processual civil – agravo de instrumento – liminar – preclusão – inexistência de fato novo. Decorrido in albis o prazo para recurso e não demonstrada a existência do alegado fato novo, rejeita-se o agravo interposto com o propósito de rever a decisão preclusa”.

alguns relatores não têm concedido o efeito antecipativo ao agravo (quando a liminar é negada) ou suspensivo (quando é deferida).⁶³⁷

Principalmente antes da mudança do rito do agravo de instrumento, trazida inicialmente pela Lei nº 9.139/95, existiam doutrinadores que defendiam a irrecorribilidade do pronunciamento relativo ao pedido de medida liminar em mandado de segurança.⁶³⁸

De modo geral, os principais argumentos para essa conclusão são três, a saber: a) a não previsão do agravo de instrumento na Lei nº 1.533/51 (Lei do mandado de segurança), impediria a aplicação subsidiária do CPC; b) a admissibilidade de recurso tornaria menos célere o rito da aludida ação

⁶³⁷ Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº168.845, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 12/04/99, p. 103: “PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – LEI Nº 1.533/51 – RECURSOS CABÍVEIS – A jurisprudência mais consentânea com o sentido de justiça é a que se firmou no sentido de que, na ação de segurança, os recursos cabíveis são os definidos na Lei de Regência (Lei nº 1.533/51, Arts. 8º e 12). A feição do mandado de segurança, como remédio constitucional pronto e de efeito imediato, repele a utilização de recursos de configuração ordinária (a exemplo do agravo de instrumento), incompatíveis com seu curso célere e de eficácia instantânea. A admissão do agravo de instrumento contra liminar (concessiva ou denegatória) em ação de segurança, enfeitaria numeráveis inconvenientes: a) julgado o agravo, sobreviriam os recursos subseqüentes (embargos declaratórios, recurso especial ou extraordinário); b) correndo nos mesmos autos o especial e o extraordinário, no STJ ou no STF, o processo (do *writ of mandamus*) se demoraria (nas cortes supremas) meses ou, até anos, somente para se discutir o cabimento ou não da liminar ou do próprio recurso de agravo; c) o mandamus ficaria prejudicado – com a postergação”. Ainda, no mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 195.622, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 01/07/99, p. 133; Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, REsp nº 213.621, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 16/11/99, p. 240.

⁶³⁸ Dentre outros: MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ação popular**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1.998, p. 50; SANTOS, Ulderico Pires dos. **O mandado de segurança na doutrina e jurisprudência**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.973, p. 246; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1.988: mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1.990, p. 88.

mandamental; c) a parte poderia utilizar o pedido de suspensão da segurança previsto no Art. 4º da Lei nº 4.348/64, ou de outro mandado de segurança para impugnar o referido pronunciamento.

Discordamos desses posicionamentos, em função dos motivos que passaremos a expor na seqüência.

O primeiro argumento reside no contexto do mandado de segurança em nosso cotidiano, isto é, de um lado, não podemos afastar a necessidade de o direito do jurisdicionado ser tutelado coerentemente e, de outro lado, a imprescindibilidade de ser delimitado o âmbito da atuação estatal.

O Estado tem atingido, cada vez mais, as relações jurídicas entre os particulares. As pessoas se utilizam de inúmeros serviços mantidos, tanto pela administração direta, quanto indireta, como, por exemplo, nas escolas, em relação à saúde e assim por diante.

Em razão disso, bem adverte Arnold Wald, que conforme aumenta a prepotência do Estado, maior é a necessidade da criação de mecanismos mais poderosos, que permitam a defesa do indivíduo e de suas relações com a coletividade.⁶³⁹

⁶³⁹ WALD, Arnaldo. **Mandado de segurança e ação popular no Estado de direito**. In: Revista Jurídica, vol. LXXXIX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.978, p. 117.

Essa é a razão que levou ao alargamento constitucional das hipóteses de incidência do mandado de segurança (CF, Art. 5º, incs. LXIX e LXX).

Dentro desse quadro, e até para oferecer efetividade ao mandado de segurança, o juiz (tratando-se de ajuizamento em primeiro grau) deverá deferir a medida liminar, se presentes os respectivos pressupostos, sob pena de decretar a ineficácia da impetração. Ou, em caso contrário (na ausência dos requisitos), deverá indeferi-la.⁶⁴⁰

Mas, se for equivocada a decisão sobre a liminar, estará desvirtuada a finalidade do mandado de segurança, pois: a) a concessão errada violará a segurança jurídica do impetrado; b) o indeferimento errôneo violará a efetividade que deveria ser assegurada ao impetrante.

Como adverte Teresa Arruda Alvim Wambier, estaríamos diante de violação da própria finalidade do mandado de segurança, que se materializa pela preservação do direito e, conseqüentemente, pelo impedimento da recondução da atividade estatal aos parâmetros delineados pela legalidade.⁶⁴¹

⁶⁴⁰ Conforme expusemos no item 1.5.2.5, não se trata de poder discricionário do magistrado, pois o relator estará vinculado, se a situação materializar a hipótese prevista na norma e, portanto, deverá proferir a decisão prevista no ordenamento. Por esse motivo utilizamos a locução verbal *deverá proferir*, e não *poderá proferir*.

⁶⁴¹ WAMBIER, 2.000, p. 482.

Em suma, a irrecorribilidade dessa decisão implica em *odiosa* denegação de tutela jurisdicional, que não pode ser admitida.⁶⁴²

O segundo argumento reside na compatibilidade de ritos entre o mandado de segurança e o agravo, notadamente, após o advento da Lei nº 9.139/95 (que criou um rito mais célere para o agravo de instrumento).

Em outras palavras, restou descaracterizado o argumento da brusca diminuição da celeridade do processo com a interposição do agravo. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles, em sua obra atualizada por Arnaldo Wald, afirma que:

A Lei nº 9.139/95 conferiu maior celeridade ao recurso de agravo de instrumento, agora ajuizado diretamente no tribunal ‘*ad quem*’, e suprimida a demorada fase do traslado de peças. Ficaram muito enfraquecidos os argumentos contrários ao seu cabimento em processo de mandado de segurança. A própria possibilidade de concessão do efeito suspensivo depende de pressupostos muito semelhantes aos requisitos da liminar do mandado de segurança – lesão grave e de difícil reparação e relevante fundamentação.⁶⁴³

⁶⁴² Conclusão similar é defendida, inclusive muito antes da Lei nº 9.139/95 (que outorgou maior efetividade ao agravo), por José Carlos Barbosa Moreira ao rotular como errônea a tese da irrecorribilidade da decisão interlocutória, tanto tecnicamente quanto politicamente, justamente, em função do maior âmbito que foi conferido ao remédio heróico pelo Art. 5º, inc. LXIX, da CF, albergado no conceito de ampla defesa, previsto no inc. LV do mesmo dispositivo (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A recorribilidade das decisões interlocutórias no processo de mandado de segurança**. In: Revista de Processo, nº 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.993, p. 07). Também se opondo a irrecorribilidade da liminar, dentre outros: ATHENIENSE, Aristóteles. **A suspensão liminar no mandado de segurança: mandados de segurança e de injunção**. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1.990, p. 245; AMORIM, Aderbal Torres de. **Pela admissibilidade do recurso**. In: Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul, nº 31. Porto Alegre: Ajuris, 1.984, p. 191; BORGES, Marcos Afonso. **O processo de mandado de segurança nos casos de competência originária dos tribunais**. In: Revista Jurídica, nº 200. São Paulo: Ática, 1.994, p. 25; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro. **Recursos em mandado de segurança: mandados de segurança e de injunção**. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1.990, p. 283-284.

⁶⁴³ MEIRELLES, 1.998, p. 100.

Assim, além da compatibilidade de ritos, a admissibilidade do agravo de instrumento impedirá a denegação da tutela, se a liminar for equivocada.

O terceiro argumento é que não pode ser negada a aplicação subsidiária do CPC, com o propósito de ser admitida a interposição do agravo de instrumento em relação ao rito do mandado de segurança (Lei nº 1.533/51), pois:

a) na legislação do mandado de segurança inexistente qualquer norma que torne defeso o uso do agravo de instrumento. Ao contrário, existem, sim, os Arts. 6º e 19 da Lei nº 1.533/51, que regem o *writ* e admitem a aplicação subsidiária do CPC;

b) o Art. 12, da Lei nº 1.533/51 admite a interposição de apelação em relação à sentença proferida no mandado de segurança. Ora, a apelação é recurso constante no ordenamento processual civil;

c) a Lei especial (Lei nº 1.533/51), somente deve prevalecer sobre a Lei geral (CPC), se houver incompatibilidade. Contudo, no caso, há plena compatibilidade entre o CPC (geral) e a Lei nº 1.533/51 (especial).⁶⁴⁴

Por essas razões, adverte com propriedade Araken de Assis, que se mostraria inconcebível processar e julgar o mandado de segurança sem o

⁶⁴⁴ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 284.

socorro subsidiário do CPC, até porque, também poderia ser argumentado que os princípios gerais do processo civil se mostrariam subsidiários, bem como inexistiria o prazo da apelação, pois não decorre de qualquer princípio, mas de norma legal inserida no Código (CPC, Art. 508).⁶⁴⁵

Portanto, também fica esvaziado esse óbice da ausência de previsão do agravo de instrumento na Lei do mandado de segurança.

O quarto argumento reside na natureza do pronunciamento, isto é, conforme expusemos no item 2.1.3,⁶⁴⁶ ao deferir (ou não) a medida liminar, o juiz estará resolvendo questão incidente e, portanto, estará proferindo decisão interlocutória (CPC, Art. 162, § 2º), que poderá ser desafiada por meio do recurso de agravo (CPC, Art. 522).⁶⁴⁷

Em outros termos, o mecanismo próprio para impugnar esta decisão é o agravo de instrumento, até por ser um recurso taxativamente previsto e que modifica menos o sistema recursal, inclusive por evitar o uso de ações autônomas de impugnação.

⁶⁴⁵ ASSIS, Araken. **Recorribilidade das interlocutórias no mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1.997, p. 05.

⁶⁴⁶ É inquestionável que estamos diante de uma decisão interlocutória, pois não tem a finalidade programada de colocar termo ao processo, bem como tem conteúdo decisório suficiente para causar gravame.

⁶⁴⁷ No mesmo sentido dentre outros: BUENO, 1.999, p. 136; MOREIRA, 1.993, p. 07.

O quinto argumento é que o pronunciamento judicial não é discricionário, pois, conforme verificamos no item 1.5.2.5, o juiz deve investigar a hipótese que lhe é apresentada de forma crítica, e, por conseguinte, aplicar o resultado que melhor reflete a justiça.

Aliás, o entendimento de que existe discricionariedade, viola o inc. IX, Art. 93 da CF, que exige a fundamentação de todo o pronunciamento que tiver conteúdo decisório suficiente para causar gravame, justamente, para que possa ser aferida a sua compatibilidade com o ordenamento.

O sexto argumento é que essa pretensa irrecorribilidade violaria frontalmente o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição.⁶⁴⁸

Diante disso, não colhem as alegações de que a liminar poderia ser suspensa ou mesmo ser impugnada por meio de outro mandado de segurança, pois:

⁶⁴⁸ Restringindo a incidência do duplo grau Oreste Nestor de Souza Laspro argumenta que, realmente, a CF/88 consagra o recurso ordinário (e apenas ele), para reexaminar integralmente as questões de fato (tal como a apelação). Porém, as hipóteses de cabimento desse recurso seriam taxativas (CF, Arts. 102, inc. II, e 105, inc. II), e, por isso, não estaria garantido o duplo grau para todo o sistema recursal. (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Garantia do duplo grau de jurisdição: garantias constitucionais do processo**. José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 203). Para Djanira Maria Radamés de Sá, o duplo grau incide no direito pátrio, mas apenas é cabível em relação às sentenças (terminativas ou definitivas), bem como a existência de dois exames é suficiente para materializá-lo (SÁ, Djanira Maria Radamés de. **O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 191). Após analisarmos o tema, concluímos que o princípio do duplo grau vigora no Brasil, pois: a) decorre do amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV) e, por conseguinte, é imprescindível para garantir a efetiva entrega da tutela jurisdicional; b) também decorre do devido processo legal, (CF, Art. 5º, LIV); c) está previsto em tratado do qual o Brasil é signatário (Convenção Americana dos Direitos Humanos), tendo força normativa, conforme determina o § 2º, do Art. 5º da CF; d) a CF/88 fixa competência dos tribunais (FRANZÉ, 2.006, p. 94). Contudo, como todo princípio, não é absoluto, ou seja, deve ceder quando colidir com valores maiores a serem analisados casuisticamente.

a) os poderes outorgados pelo Art. 4º da Lei nº 4.348/64, ao presidente do tribunal competente para suspender a liminar concedida, somente podem ser postulados por pessoa jurídica de direito público, bem como têm hipóteses de incidência restritas (para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública);⁶⁴⁹

b) a admissão de outro mandado de segurança para atacar a decisão denegatória, ou não, de liminar, apenas poderia prevalecer para preencher a falta de operatividade do sistema processual.⁶⁵⁰ No caso, o agravo de instrumento preenche essa lacuna.

Por essas argumentações, acertadamente, continua a afirmar José Carlos Barbosa Moreira que: “De modo algum se exclui o cabimento do agravo no processo do mandado de segurança: errôneas a doutrina e a jurisprudência em sentido contrário”.⁶⁵¹

A jurisprudência, por seu turno, gradativamente, após o advento da Lei nº 9.139/95, vem admitindo a interposição do recurso de agravo

⁶⁴⁹ Art. 4º da Lei nº 4.348, de 26/06/64: “Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, o presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do ato”.

⁶⁵⁰ BUENO, 1.999, p. 137.

⁶⁵¹ MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 484.

de instrumento, para impugnar decisão sobre o pedido de medida liminar.⁶⁵²

Em conclusão, a concessão ou indeferimento de liminar em mandado de segurança podem ser impugnados por meio de agravo de instrumento, pois:

a) a irrecorribilidade implicaria em denegação de tutela jurisdicional; b) o mencionado pronunciamento é decisão interlocutória (CPC, Art. 162, § 2º) e, portanto, o agravo de instrumento deve ser admitido por força do Art. 522 do CPC e do princípio do duplo grau de jurisdição; c) após a maior celeridade trazida ao agravo (principalmente pela Lei nº 9.139/95), o rito ficou compatível com o do remédio heróico; d) a Lei nº 1.533/51 não afasta a legislação relativa ao agravo (CPC), pois prevê a incidência dos princípios do CPC, além de que a norma geral (CPC), não é incompatível e, por essa razão, não pode ser afastada; e) o pronunciamento judicial não pode ser discricionário; f) o mecanismo mais econômico e célere para o caso é o agravo de instrumento.

⁶⁵² Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 213.716, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 20/09/99, p. 42, expressando: “DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – DIREITO CIVIL – DECISÃO CONCESSIVA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CABIMENTO – A decisão que defere ou indefere a liminar em mandado de segurança é interlocutória, e, como tal, agravável. Recurso provido”. Ainda no mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp nº 150.086, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 15/03/99, p. 217; Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp nº 119.870, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU de 28/06/99, p. 78; Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 154.912, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 16/11/98, p. 61; Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, REsp nº 172.772, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 29/03/99, p. 204.

3.2.3.7 Recorribilidade da decisão do relator sobre o efeito antecipativo

No tópico anterior, concluímos pela recorribilidade da decisão proferida pelo juízo *a quo*, inerente à liminar em mandado de segurança.

Aqui verificaremos se o parágrafo único do Art. 527 do CPC viola o princípio constitucional do amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV), pois torna irrecorrível a decisão do relator – até o julgamento do agravo –, inerente ao exame dos efeitos (suspensivo e antecipativo),⁶⁵³ e a conversão da modalidade de instrumento em retido, ao expressar:

Art. 527: [...].

Parágrafo único: A decisão liminar, proferida nos casos dos incs. II e III do *caput* deste artigo somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.

Aliás, mesmo antes desse dispositivo, já existiam entendimentos sobre a irrecorribilidade do pronunciamento liminar do relator inerente ao efeito de incidência *dependente*, ou seja, os efeitos que têm a incidência condicionada à

⁶⁵³ O raciocínio para analisarmos a recorribilidade do pronunciamento que concede ou indefere o efeito antecipativo é o mesmo em relação ao que decide sobre o suspensivo, pois ambos os efeitos têm incidência por *dependência* dos respectivos pressupostos, ou seja, são agregados (ou não), posteriormente à interposição do recurso, por meio de decisão interlocutória proferida pelo relator. No mais, no item 2.6.1 abordamos a diferença entre as incidências *dependente* e *independente*.

presença dos respectivos pressupostos legais, conforme trouxemos no item 2.6.1.⁶⁵⁴

Nesse sentido, Athos Gusmão Carneiro defendia a irrecorribilidade, tanto em função do rito célere que o legislador pretendeu atribuir ao Art. 558 do CPC, quanto pelo silêncio eloqüente do legislador, ao deixar de prever recurso para o referido pronunciamento.⁶⁵⁵

Semelhante posicionamento era adotado por Teresa Arruda Alvim Wambier ao rotular como irrecorrível essa decisão, embora admitisse a impetração de mandado de segurança, pois, como se tratava de atividade interpretativa, o relator poderia se equivocar ao atrelar (subsumir) os fatos à norma.⁶⁵⁶

⁶⁵⁴ Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça-SP, 5ª Câmara de Direito Público, Agravo Regimental nº 98.427-5/9, Rel. Des. Cuba dos Santos, j. em 26/11/98, cujo trecho expressa: “É uníssono o entendimento desta Câmara no sentido de que não cabe recurso contra a decisão que defere ou indefere o efeito suspensivo ao agravamento de instrumento, tendo em vista que as alterações introduzidas pela Lei nº 9.139, de 30/11/95, não estabeleceram qualquer recurso para o despacho do relator com relação ao deferimento ou não de eventual pedido de efeito suspensivo pleiteado. Na referida alteração apenas previu o agravo inominado, no prazo de cinco dias, para o mesmo órgão competente para o julgamento do recurso (Art. 557 e seu parágrafo único). A propósito, tais modificações objetivavam a maior celeridade no julgamento do agravo de instrumento. Nessas condições, não conhecem do recurso”. Ainda nesse sentido, dentre outros, os acórdãos, a saber: Tribunal de Justiça-SP, Primeira Câmara de Direito Privado, Agravo Regimental nº 111.705-4, Rel. Des. Guimarães e Souza, j. em 01/06/99, *Juris Síntese*, nº 13001417; Tribunal de Justiça-RS, 9ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 599057635, Rel. Des. Maria Isabel Broggini, j. em 02/06/99, *Juris Síntese*, nº 27014794; Tribunal de Justiça-SC, 1ª Câmara Cível, Agravo Regimental nº 96.004072-2, Rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 27/08/96, *Juris Síntese*, nº 805917; Tribunal de Justiça-MT, Órgão especial, Agravo Regimental nº 417, (AI 8.290 – Classe II – 15), Rel. Des. Paulo Inácio Dias Lessa, j. em 15/01/98, *Juris Síntese*, nº 50008620.

⁶⁵⁵ CARNEIRO, 1.998, p. 79.

⁶⁵⁶ WAMBIER, 2.000, p. 247.

Entretanto, em trabalho posterior, a Professora passou a reconhecer a recorribilidade do referido pronunciamento,⁶⁵⁷ pela interposição de agravo interno (CPC, Art. 557, § 1º) e, por conseguinte, modificou o seu entendimento.⁶⁵⁸

Ademais, existem Súmulas dos tribunais superiores (não vinculantes), que têm sido usadas como pretexto para a admissão de recurso em relação ao aludido pronunciamento do relator, tais como: a) a Súmula nº 622 do Supremo Tribunal Federal⁶⁵⁹ (que impede a interposição de agravo regimental em relação à concessão ou indeferimento da liminar em mandado de segurança); b) as Súmulas nº 506 do Supremo Tribunal Federal⁶⁶⁰ e nº 217 do Superior Tribunal de Justiça⁶⁶¹ (que impedem a interposição de agravo em relação ao indeferimento de suspensão de liminar em mandado de segurança).

Enfim, a corrente que rejeitava a recorribilidade da decisão do relator (que ganhou amparo na atual redação do parágrafo único do

⁶⁵⁷ Ibidem, p. 235.

⁶⁵⁸ Um posicionamento intermediário é adotado por José Carlos de Moraes Salles, ao defender que se a decisão indeferisse o efeito suspensivo, o agravante poderia interpor o agravo interno, tanto para preencher a lacuna existente no § 1º do Art. 557 do CPC (CPC, Art. 126), quanto pelo fato de se tratar de decisão interlocutória (CPC, Art. 162, § 2º). Mas, se o relator deferisse o efeito suspensivo, a decisão seria irrecorrível, pois o § 1º do Art. 557 seria referente à negativa de seguimento e, portanto, não poderia ser aplicado de maneira análoga, restando ao agravado, unicamente, o manejo do mandado de segurança quando presentes os seus pressupostos (SALLES, 1.999, p. 150).

⁶⁵⁹ Súmula nº 622 do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança”.

⁶⁶⁰ Súmula nº 506 do Supremo Tribunal Federal: “O agravo a que se refere o Art. 4º da Lei nº 4.348, de 26/06/64, cabe, somente do despacho do Presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança, não do que a denega”.

⁶⁶¹ Súmula nº 217 do Superior Tribunal de Justiça: “Não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar, ou da sentença em mandado de segurança”.

Art. 527 do CPC), basicamente, se assentava em dois fundamentos, a saber:

a) os Arts. 527, inc. III e 558 do CPC, seriam omissos em relação à existência de recurso para impugnar a decisão do relator que defere (ou indefere) o efeito suspensivo ou antecipativo ao agravo de instrumento;

b) a recorribilidade não se coadunaria com a efetividade pretendida pelo atual rito do agravo.

Atualmente, com a contemplação da irrecorribilidade pelo parágrafo único do Art. 527 do CPC, podemos resumir esses motivos pela indagação, a saber: É constitucional esta restrição à entrega da tutela jurisdicional?

No intuito de angariarmos subsídios para essa resposta, analisaremos alguns posicionamentos sobre o tema, que permanecem válidos quanto aos respectivos fundamentos, embora sejam anteriores a redação atual parágrafo único do Art. 527 do CPC (inserida pela Lei nº 11.187/05).

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior defende o cabimento do agravo interno (CPC, Art. 557, § 1º), uma vez que se trata de decisão interlocutória. Contudo, adverte que na inadmissibilidade do referido recurso,

subsidiariamente, deve ser impetrado mandado de segurança dirigido ao órgão colegiado.⁶⁶²

Da mesma forma, Valentina Jungmann Cintra Alla defende a recorribilidade, por meio do agravo interno (CPC, Art. 557, § 1º), mas se fundamenta no princípio do juiz natural, que – no tribunal –, é representado pelo órgão colegiado.⁶⁶³

Já, Sérgio Bermudes – que também admite essa recorribilidade –, elege um mecanismo de impugnação regimental, ao sustentar que a solução estaria nos regimentos internos dos tribunais, pois costumam permitir ao interessado a interposição de pleito de reconsideração diretamente ao relator, para que a decisão seja remetida à mesa para confirmação (ou não), pelo colegiado. Daí conclui que, em se tratando da decisão do Art. 558, o interessado deve interpor mero requerimento, no prazo de cinco dias (CPC, Art. 185), sendo certo que o não-atendimento poderá ser impugnado por meio de mandado de segurança.⁶⁶⁴

Discordamos desse posicionamento retro, pois, se existem outros mecanismos suficientes no ordenamento, não podemos criar recursos ou

⁶⁶² NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.996, p. 165-166 e 192.

⁶⁶³ ALLA, 1.998, p. 161.

⁶⁶⁴ BERMUDES, Sérgio. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.996, p. 95.

sucedâneos recursais, com base nos regimentos dos tribunais (CF, Arts. 22, inc. I e 24, inc. XI). Além disso, na essência, o aludido requerimento teria a função de verdadeiro agravo interno.⁶⁶⁵

A nossa convicção sobre o tema é no sentido de afastarmos o óbice do parágrafo único do Art. 527 do CPC, (para admitir a imediata recorribilidade da decisão do relator), sempre que houver violação ao direito do jurisdicionado e o perigo da demora, sob pena de atropelarmos o amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV).

Por seu turno, o recurso cabível é o agravo interno, na forma do § 1º do Art. 557 do CPC, que deve ser apreciado na sessão imediatamente subsequente, além de poder impugnar tanto o indeferimento quanto o deferimento dos efeitos *dependentes* (suspensivo e antecipativo).

E isso, pelas razões, a saber:

a) conforme verificamos no item 2.1.6, o referido pronunciamento é decisão interlocutória, pois resolve questão incidente (CPC, Art. 162, §

⁶⁶⁵ Nesse sentido, expressa Nelson Nery Júnior, que: “Hoje está superada a impugnabilidade das interlocutórias nos tribunais por meio do agravo regimental, instrumento inconstitucional. Há recorribilidade plena prevista por meio do agravo interno (CPC, Art. 557, § 1º), que substituiu com vantagem o agravo regimental” (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 51).

2º). Logo, é passível de ser impugnado por meio de agravo (na forma interna);⁶⁶⁶

b) a irrecurribilidade desse pronunciamento implica na vedação de acesso à justiça e, por conseguinte, é inconstitucional, frente ao inc. XXXV do Art. 5º da CF;

c) a admissão da irrecurribilidade da mencionada decisão, decreta a inconstitucionalidade dos Arts. 527, inc. III e parágrafo único e 558, ambos do CPC, ante a ofensa ao princípio do juiz natural.⁶⁶⁷

⁶⁶⁶ Atualmente, o agravo pode ser interposto de três modos diversos, a saber: a) *retido*, que é interposto nos mesmos autos da decisão impugnada, mas fica na dependência de futura locomoção ao juízo *ad quem*, por meio de apelação; b) *instrumento*, que é processado imediatamente, mas em autos diversos dos principais; c) *interno*, que é processado imediatamente e nos mesmos autos em que foi proferida a decisão impugnada. De outro lado, o agravo regimental enquadra-se na classificação do agravo interno, além de não ser recurso propriamente, pois está previsto apenas nos regimentos dos tribunais (e não em lei federal, como determina o inc. I do Art. 22 da CF). Por essas razões, entendemos que deve ser dada interpretação ampliativa ao § 1º, do Art. 557 do CPC, para que todo agravo contra decisão isolada no tribunal (obviamente, com exceção da hipótese do Art. 544 do CPC), seja rotulado como *interno* (e não regimental). Sobre a classificação do agravo interno, bem registra Nelson Nery que: “Na verdade, essa norma prevê o recurso-gênero (agravo), do qual seriam espécies o agravo de instrumento (CPC 524) e o retido (CPC 523). Os agravos internos não são de instrumento, porque não se processam pelo regime do CPC 524 e ss., nem retidos nos autos, pois não há como serem ‘reiterados’ em apelação, como determina o CPC § 1º. Ficam no meio do caminho, entre o agravo de instrumento e o retido: encartam-se nos autos e são julgados pelo órgão colegiado competente para conhecer do recurso indeferido pela decisão impugnada” (Ibidem, p. 277).

⁶⁶⁷ Como adverte Eduardo Talamini, o juiz natural, no tribunal, é o órgão colegiado competente, sendo imprescindível a criação de mecanismo para submeter a decisão do relator ao colegiado, justamente, para verificar se, na prática, o mencionado pronunciamento correspondeu ao pensamento do juiz natural, isto é, do colegiado (TALAMINI, 1.997, p. 29). No mesmo sentido, Maria Elizabeth de Castro Lopes (LOPES, 2.003-a, p. 62). Ademais, há acórdão do Supremo Tribunal Federal endossando esse posicionamento, ao declarar a inconstitucionalidade de dispositivo no regimento interno do Tribunal de Justiça de Goiás que rotulava como irrecurível a decisão isolada de seus integrantes (RTJ nº 119, p. 980). No mesmo sentido: RTJ nº 121, p. 373; RTJ nº 83, p. 240; RJTJSP nº 118, p. 483. No mais, comentamos a incidência do princípio do juiz natural no tribunal, no item 2.1.6.

Diante dessas razões, somos radicalmente contrários à restrição trazida pelas Súmulas nº 506 e nº 622 do STF, bem como a Súmula nº 217 do STJ (todas não vinculantes), pois são incompatíveis com o Art. 317 do Regimento Interno do STF⁶⁶⁸ e o Art. 258 do Regimento Interno do STJ.⁶⁶⁹ Cumulativamente, há acórdão do STJ, decidindo pela recorribilidade de toda decisão isolada do relator.⁶⁷⁰

⁶⁶⁸ Art. 317 do Regimento Interno do STF: “Caberá, ainda, agravo regimental de decisão do Relator que julgar pedido ou recurso sem objeto, que indeferir agravo ao argumento de ser manifestamente improcedente, ou que mandar arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso ao argumento de ser intempestivo ou incabível, ou por ser contrário à Súmula da jurisprudência uniformizada do Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

⁶⁶⁹ Art. 258 do Regimento Interno do STJ: “A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de relator, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a”.

⁶⁷⁰ Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 556.508, Rel. Min. Luiz Fux, vu, DJU 30/05/05, p. 216, com trecho da ementa expressando: “AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. CABIMENTO. ART. 39 DA LEI Nº 8.038/90. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE DAS DECISÕES. 1. É cabível a interposição de agravo regimental contra qualquer decisão monocrática de relator de tribunal. 2. Não obstante a inexistência de previsão, no Regimento Interno do Tribunal *a quo*, de recurso contra decisão indeferitória de liminar no mandado de segurança, esta Corte Superior consagrou o entendimento de que o Art. 39 da Lei nº 8.038/90, que disciplina o cabimento do agravo interno contra decisão singular proferida por membro do Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, deve ser aplicado, por analogia, aos demais tribunais pátrios. 3. ‘A decisão monocrática de relator indeferindo antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento interposto perante tribunal de segunda instância pode ser impugnada por recurso interno ao colegiado. Aplicação do princípio constitucional da colegialidade dos tribunais e do Art. 39 da Lei nº 8.038, de 1.990 (MC nº 6566, Rel. Min. Teori Zavascki)’ 4. A Lei nº 8.038/90 prevê, no Art. 39, o direito de a parte reiterar o pedido perante o próprio colegiado. Nestes casos, cabe à parte sucumbente impugnar os fundamentos da decisão monocrática através de agravo regimental, como forma de assegurar o princípio da colegialidade, garantia fundamental do processo que visa neutralizar o individualismo das decisões. 5. A Súmula nº 622/STF, que desautoriza o cabimento do agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança, não se harmoniza com o próprio Art. 317 do RISTF, que prevê agravo regimental contra qualquer decisão monocrática de um dos seus membros que cause prejuízo ao direito da parte. 6. É da natureza dos tribunais superiores o exercício colegiado da jurisdição. Consectariamente, se a lei ou o Regimento conferem a um dos membros do Tribunal, por razões de urgência e de abreviação do serviço judiciário, o exercício de função jurisdicional, ele a desempenha em nome do colegiado, mas sem poder tolher o acesso do jurisdicionado ao colegiado, que é o juiz natural da causa. Por isso, jamais se cogitou de considerar inconstitucional a previsão de agravos nos regimentos internos dos tribunais. 7. Ausência de motivos suficientes para a modificação substancial do julgado. 8. Agravo regimental parcialmente provido, apenas para esclarecer o dispositivo final da decisão atacada”.

Quanto ao meio de impugnação cabível, desde já, afastamos o uso direto das ações autônomas, pois somente poderiam ser utilizadas se não existisse recurso suficiente para essa finalidade.⁶⁷¹

No caso, há recurso suficiente no ordenamento, previsto no § 1º, do Art. 557 do CPC (agravo interno), que, inclusive, é o mecanismo que torna constitucional o pronunciamento isolado do relator frente ao princípio do juiz natural, pois possibilita o reexame dos respectivos pronunciamentos frente ao órgão colegiado.

Concomitantemente, para afastar as ações autônomas, o relator deverá colocar o agravo interno em votação na primeira seção subsequente à interposição do mesmo.⁶⁷²

A criação de embaraços para esse agravo implica na inconstitucional vedação de acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV) e, nessa hipótese, poderá ser desafiada por meio de mandado de segurança.

⁶⁷¹ A vedação da ação mandamental, quando existir outro recurso suficiente, está prevista no Art. 5º, inc. II, da Lei nº 1.533/51, que expressa: “Não se dará mandado de segurança quando se tratar: [...] II – de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição”.

⁶⁷² Nesse sentido – e muito antes da atual redação do parágrafo único do Art. 527 do CPC –, Teresa Arruda Alvim Wambier expressava que: “Mais do que isso, em face da urgência de que se reveste a situação, o recurso terá que ser apreciado pelo colegiado na primeira sessão subsequente à interposição do agravo (postergação de tal apreciação caracterizará omissão judicial atacável por mandado de segurança). De acordo, pois, com a opinião daqueles doutrinadores, o agravo interponível contra a decisão do relator que concede ou não concede efeito suspensivo ao agravo, tem como base legal o Art. 557 do CPC” (WAMBIER, 2.000, p. 235).

Entretanto, ainda existe uma outra questão: Estaríamos comprometendo a efetividade do processo, se aceitarmos afastar o óbice do parágrafo único do Art. 527 do CPC e, por conseguinte, admitirmos a recorribilidade da aludida decisão do relator, antes do julgamento do recurso principal?

Entendemos que é justamente o contrário, ou seja, a recorribilidade trará a efetividade, pois os efeitos antecipativo e suspensivo têm potencial para serem um dos pronunciamentos mais relevantes do processo. Logo, a irreCORRIBILIDADE dessa decisão – quando proferida equivocadamente –, implica na violação ao acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV).

Por exemplo, em situação que tivemos conhecimento, um prefeito (que teve o seu mandato cassado pelo legislativo municipal), ingressou com ação cautelar para ser reconduzido ao cargo, tendo sido indeferida a liminar pelo juízo *a quo*. Entretanto, em sede de agravo de instrumento, equivocadamente, o relator concedeu o efeito antecipativo para reintegrá-lo.

Foi interposto agravo interno, que acabou sendo rejeitado, ante a argumentação de que o mencionado pronunciamento era irreCORRÍVEL. Impetrado mandado de segurança, também foi denegada a ordem pelo mesmo fundamento, ou seja, que a irreCORRIBILIDADE da decisão afastaria o direito líquido e certo.

Realmente, no julgamento, foi negado provimento ao agravo de instrumento e revogado o efeito antecipativo. Contudo, nesse período que ficou no governo municipal – em razão dessa decisão equivocada –, o prefeito desfalcou o erário em milhões de reais.

Em outro caso de que tivemos notícia, ocorrido no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, foi concedida suspensividade a um agravo de instrumento, para paralisar execução, ante a alegação de nulidade da citação para embargar, pois o agravante-executado não teria advogado constituído no processo. Interposto recurso desse pronunciamento, onde foi provado cabalmente que existia advogado (por meio de cópia da procuração e de atos praticados pelo mesmo), o relator não reconsiderou a sua decisão, ante a alegação de irrecorribilidade.⁶⁷³

Moral da história, essa liminar foi publicada no diário oficial de 27/03/00 e, até hoje, isto é, ultrapassados mais de cinco anos, o mencionado agravo ainda não foi julgado.

Certamente, essa irrecorribilidade *cega* não reflete a efetividade que é necessária na entrega da tutela jurisdicional.

⁶⁷³ É certo que esse pronunciamento pode ser alvo de mandado de segurança. Contudo, o que estamos discutindo é sobre a necessidade de aceitação dos recursos integrantes do sistema (agravo interno), ao invés de a parte ser obrigada a fazer uso de ação autônoma (mandado de segurança) como se fosse sucedâneo recursal.

Obviamente, também poderá ser interposto agravo interno com o propósito protelatório, mas, nesse caso, de um lado, esse recurso será rejeitado e, de outro lado, o recorrente procrastinador estará sujeito à multa prevista no § 2º do Art. 557 do CPC.

Diante disso, entendemos que: a) os Arts. 527, inc. III, parágrafo único e 558, ambos do CPC, apenas serão constitucionais frente ao princípio do juiz natural e do amplo acesso à justiça, se houver mecanismo apto para submeter à decisão do relator ao crivo do colegiado, com efetividade; b) o mencionado mecanismo consiste no agravo interno (CPC, Art. 557, § 1º); c) se rejeitado, então apenas restará ao recorrido o manejo anômalo do mandado de segurança, pois a medida cautelar, em regra, seria decidida pelo próprio relator.

3.2.3.8 Medida antecipativa anterior à distribuição do agravo

Existem situações, em que a decisão impugnada do juízo *a quo* causa severos prejuízos e, por isso, necessita de urgência na apreciação do respectivo efeito *dependente* (suspensivo ou antecipativo), isto é, não pode aguardar pelo tempo decorrido até que o agravo seja distribuído a um relator.

Sobre essa realidade, bem adverte Teori Albino Zavascki, que:

Ao criar mecanismos de antecipação da tutela recursal, seja para os agravos de instrumento (Art. 527, III e 558 do CPC), seja para as apelações (Art. 558, parágrafo único), buscou o legislador salvaguardar a utilidade do julgamento de tais recursos, que estaria comprometida sempre que a decisão atacada acarretasse, desde logo, lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito do recorrente. Porém, embora reduzidas, especialmente se comparadas com as anteriormente existentes, ainda persistem situações em que não é imediato o acesso à instância recursal pelas vias ordinárias oferecidas pelo sistema.⁶⁷⁴

Para ilustrarmos a gravidade da situação, há alguns anos, o então prefeito do município de São Paulo interpôs agravo de instrumento para impugnar a liminar deferida pelo juízo *a quo*, que lhe afastou do cargo, com pedido de efeito suspensivo para exercer o seu mandato até o julgamento do aludido agravo.⁶⁷⁵

Mas, diante do conflito advindo da urgência (para reformar o pronunciamento) em relação ao tempo (para a distribuição do agravo), também impetrou mandado de segurança, pedindo liminarmente a suspensão da decisão do juízo *a quo*, até que o relator do agravo analisasse o efeito suspensivo. Na ocasião, o seu pleito foi deferido pelo então Quarto Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, na ação mandamental.

⁶⁷⁴ ZAVASCKI, 1.997, p. 134.

⁶⁷⁵ Embora esse exemplo seja referente ao efeito suspensivo, o raciocínio também serve para o efeito antecipativo, pois ambos têm incidência *dependente*, ou seja, podem ser concedidos após a interposição do recurso e ficam na dependência dos pressupostos respectivos. Assim, nada impedia que – se fosse o caso –, o mandado de segurança fosse para obter o efeito antecipativo, ao invés do suspensivo.

Feitas essas considerações, surge a seguinte questão: É possível o manejo de ação autônoma para obter o efeito antecipativo?

Não há como negarmos – até em razão de toda a argumentação desenvolvida nesse estudo –, que a tutela outorgada ao jurisdicionado deva ser adequada e efetiva (CF, Art. 5º, inc. XXXV), ainda que seja diferenciada.

Em outros termos, se os pressupostos estão presentes, o judiciário não pode se furtar a conceder o efeito antecipativo, sob pena de denegar a tutela jurisdicional.

Quanto à ação mais adequada para a obtenção da tutela antecipada recursal, pensamos que a primeira opção é a ação cautelar, pois está mais amoldada à realidade dos tribunais. Mas, se esta ação não for suficiente para entregar a tutela efetiva, então será o caso de impetração de mandado de segurança, conforme analisamos no item 2.4.⁶⁷⁶

Desse modo, ambas as ações não são perfeitamente amoldadas para a situação. Mas essa realidade não modifica o nosso entendimento, pois se trata

⁶⁷⁶ Sobre a possibilidade – em situações excepcionais –, da impetração de mandado de segurança, João Batista Lopes, com sua peculiar clareza de raciocínio, assevera: “Se é certo que o mandado de segurança não constitui sucedâneo de recurso, também é exato que a parte não pode ficar à mercê da vontade ou do entendimento de um único julgador que, com seu procedimento, poderá causar lesão grave ou de difícil reparação” (LOPES, João Batista. **Agravo regimental – recurso ou pedido de reconsideração: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais.** Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001, p. 589).

de tutela diferenciada, isto é, requer um mecanismo que não está expressamente previsto em nosso sistema processual. Contudo, obviamente, o referido mecanismo deve ser buscado com o mínimo de alteração do mencionado sistema.

Em conclusão, entendemos que: a) é cabível e imprescindível a concessão do efeito antecipativo antes de o agravo ser distribuído ao relator, desde que presentes os respectivos pressupostos; b) o mecanismo mais adequado para obter esse efeito é a ação cautelar, pois está mais sintonizada com o sistema recursal; c) entretanto, se a referida ação não for suficiente para atender a tutela necessitada, é o caso de interposição de mandado de segurança.

3.2.3.9 Possibilidade de o juiz *a quo* modificar o efeito antecipativo decidido pelo tribunal

Outra questão pertinente a este estudo é a possibilidade de modificação do efeito antecipativo concedido pelo tribunal.

Esse problema pode ser representado pela seguinte indagação: Se o juízo *ad quem* concede o efeito antecipativo ao agravo (para conceder a liminar indeferida em primeira instância), o juízo *a quo* poderá alterar essa decisão?

De fato, a tutela antecipada é provisória, conforme determina o § 4º do Art. 273 do CPC ao permitir a sua revogação ou modificação a qualquer tempo, desde que fundamentadamente. A propósito, como ressalva Piero Calamandrei, essa provisoriedade advém da própria natureza da tutela sumária e, por essa razão – desde que presentes os seus requisitos –, deve permanecer até a prolação da sentença definitiva.⁶⁷⁷

Mas isso, por si, não é suficiente para que o juiz *a quo* altere a decisão do juízo *ad quem*, sob pena de violar o efeito substitutivo, pelo qual o julgamento do tribunal substitui a decisão recorrida (CPC, Art. 512).

Para solucionar essa equação, ressaltamos que o efeito substitutivo é limitado à situação que foi decidida no recurso.

Vamos adotar um caso prático em que foi indeferida a liminar *inaudita altera parte*, para obrigar o réu a pagar alimentos. Por sua vez, interposto o agravo de instrumento dessa decisão (embora o relator não tivesse deferido o efeito antecipativo), no julgamento, o colegiado deu provimento para obrigar o réu a pagar os alimentos.

Em regra, essa situação, não poderá ser revista pelo juiz *a quo*, em sede de cognição sumária, desde que os fatos sejam os mesmos.

⁶⁷⁷ CALAMANDREI, 2.000, p. 31.

Porém, se o réu contesta a ação e comprova que já pagou os alimentos pretendidos, o juiz *a quo* pode e deve revogar a liminar, pois, nesse caso, a situação e a respectiva decisão serão diversas das que foram deliberadas pelo tribunal.

Esse entendimento também é trazido por Teori Albino Zavascki, ao afirmar que:

De mais a mais, ainda que se pudesse falar em preclusão, ou coisa julgada, é certo que a eficácia desses institutos está subordinada à cláusula '*rebus sic standibus*', e, portanto, não prevalece quando ocorre modificação das circunstâncias primitivas, existentes à época em que a decisão foi prolatada.⁶⁷⁸

Raciocínio análogo é trazido por William Santos Ferreira ao defender que a alteração da situação fática determina a possibilidade de o juiz modificar a decisão do tribunal, em relação à tutela antecipada.⁶⁷⁹

Importante ressaltarmos, que há julgamento proferido no Superior Tribunal de Justiça, decidindo que apenas é possível essa alteração pelo juízo *a quo*, se houver modificação da situação fática e probatória, pois, do

⁶⁷⁸ ZAVASCKI, 1.997, p. 128.

⁶⁷⁹ Sobre o tema, William Santos Ferreira adverte que: “[...] admite-se que o juiz de primeira instância modifique ou revogue a tutela antecipada quando esta foi concedida pelo provimento do agravo de instrumento ou de recursos deste julgamento advindos, quando ocorrer alteração no quadro analisado, pois o que haverá é outra decisão com base em outra situação [...]” (FERREIRA, 2.000, p. 324).

contrário, deve prevalecer a decisão do juízo *ad quem*, em razão de sua maior hierarquia.⁶⁸⁰

Todavia, também há acórdão do STJ decidindo que a decisão do tribunal, sobre a liminar de tutela antecipada pode ser modificada pela sentença, pois haveria uma nova ordem processual, cujo trecho do voto condutor expressa:

Com efeito, a sentença de mérito estabelece nova ordem processual, suplantadas as razões da tutela com a superveniência da sentença que encerra uma fase do processo de conhecimento. Há que se destacar que a decisão tida por afrontada decidiu tão somente sobre a inviabilidade da concessão de tutela antecipada para a Fazenda Pública, o que marcou o contorno daquele julgado.⁶⁸¹

⁶⁸⁰ Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp nº 742.512, Rel. Min. Castro Meira, j. 11/10/05, divulgado no Informativo do STJ nº 264/05, com a descrição do julgamento, a saber: “A Turma, após o voto-desempate do Min. Luiz Fux, por maioria, negou provimento ao recurso. O entendimento é de que, no específico caso de medida cautelar, no curso da qual não houve alteração do quadro fático e probatório, entre a concessão da liminar pelo Tribunal e a sentença de improcedência do pedido do autor, prevalece o ‘critério da hierarquia’, i. e., a decisão adotada pelo Tribunal, sobre o ‘critério da cognição’, do juiz de primeiro grau, para impedir que a sentença de mérito desfaça a decisão interlocutória concessiva da liminar, descabendo, assim, o esvaziamento do agravo. A Min. Eliana Calmon e o Min. João Otávio Noronha, vencidos, entenderam que, no caso, o ‘critério da hierarquia’ em detrimento do de ‘cognição’ equivale a atribuir maior importância a uma decisão interlocutória de Tribunal sobre uma sentença de mérito de juízo exauriente de primeiro grau, reduzindo esse a funcionar como mero protocolo de tribunal”.

⁶⁸¹ Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Agravo Regimental na Reclamação nº 1.444, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU 29/11/04. O referido acórdão foi ratificado pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os respectivos embargos declaratórios, conforme consta no informativo notícias do STJ de 30/11/05, com trecho expressando: “Não cabe reclamação contra sentença que, analisando o mérito, diverge de decisão anterior do Superior Tribunal de Justiça (STJ) dada em relação à tutela antecipada no mesmo processo. O entendimento é da Primeira Seção do STJ, que negou o pedido do Estado do Maranhão em ação relacionada ao pagamento de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). A tutela antecipada fora confirmada pelo Tribunal de Justiça local, mas o STJ não aceitou a decisão concessiva, invalidando-a. Posteriormente, proferida a sentença de mérito em favor do contribuinte, o Estado do Maranhão sustentou estar violada a jurisdição do STJ. Segundo a ministra Eliana Calmon, há ‘uma corrente minoritária nesta Corte, inclusive com recente julgado da Segunda Turma, que se filia à teoria da hierarquia e entende não poder o julgador revogar expressa ou tacitamente uma medida adotada pelo Tribunal, mesmo em juízo exauriente e de mérito, como o que ocorreu na hipótese. Contudo o meu entendimento é no sentido de não aceitar a manutenção de uma tutela antecipada outorgada pelo Tribunal, se ela está em desacordo com a sentença de mérito proferida pelo juiz de primeiro grau’, concluiu a relatora”.

Apenas concordaríamos com este acórdão, se houvesse modificação no substrato probatório e/ou fático inerente à medida antecipativa. Do contrário, discordamos.

Em suma, se a situação levada ao tribunal para deliberar sobre o efeito antecipativo tiver sido alterada, então o juiz *a quo* poderá modificar o mencionado efeito. Do contrário não.

3.2.3.10 Efeito antecipativo frente à demora advinda do julgamento do recurso até a publicação do acórdão

O CPC/73 admite a atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, se presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (CPC, Art. 558), bem como o antecipativo, diante dos pressupostos do Art. 273 (CPC, Art. 527, inc. III).

Todavia, não podemos perder de vista que, de um lado, é rápida a concretização do deferimento dos efeitos suspensivo e antecipativo, pois é proferida isoladamente pelo relator e, de outro, se for negado provimento às razões recursais no julgamento do agravo, a revogação desses efeitos não é tão breve, uma vez que depende de formalidades realizadas pelo colegiado.

Basicamente, as aludidas formalidades se dividem em quatro etapas sucessivas, a saber: a) sessão de julgamento, onde é anunciado o resultado pelo presidente do colegiado; b) publicação do mencionado resultado do julgamento; c) relator redige o acórdão;⁶⁸² d) finalmente, o referido acórdão é publicado, abrindo a contagem de prazo para recurso.

Em outros termos, na maioria das vezes, há um lapso temporal superior a vinte dias entre a data do julgamento até a redação e publicação do acórdão.⁶⁸³

Para verificarmos a importância desse tema, vamos adotar o seguinte exemplo: Diante da cassação de seu mandato (por lesar o erário), um determinado prefeito ajuíza ação para ser reintegrado no cargo, tendo sido indeferida a liminar pelo juízo *a quo*. Interposto agravo de instrumento, o relator defere o efeito antecipativo para reconduzi-lo. Contudo, ao julgar o mérito recursal, o tribunal nega provimento, pois verifica que, de fato, houve lesão aos cofres públicos.

Ora, se aceitarmos a possibilidade de o aludido chefe do executivo ficar no cargo até a publicação do acórdão, mesmo estando ciente da cassação

⁶⁸² Mas – se o relator for vencido –, o acórdão será redigido pelo juiz que proferir primeiro dos votos vencedores, conforme determina o Art. 556 do CPC.

⁶⁸³ Existem casos, no Supremo Tribunal Federal, por exemplo, que o referido prazo superou um ano, tal como ocorreu, em relação ao agravo regimental interposto para impugnar liminar deferida nos autos da petição 1.810, cujo julgamento foi realizado no dia 19/10/99 e, somente foi publicado no dia 19/10/01, isto é, dois anos após.

de seu mandato, inequivocamente, representará latente possibilidade de lesão aos cofres públicos. Aliás, sobre a necessidade de resguardo do erário em situações tais, há interessante decisão proferida no Superior Tribunal de Justiça em processo que participamos.⁶⁸⁴

Daí a importância de investigarmos o exato momento da revogação do efeito antecipativo atribuído ao agravo, pois se é verdade que a imediata retirada desse efeito trará efetividade para o agravado, também é certo que não existirá (ao menos no momento), acórdão redigido para subsidiar os eventuais recursos que poderiam ser interpostos pela parte adversa (embargos declaratórios, recurso especial e extraordinário).⁶⁸⁵

Após o balanceamento dos valores envolvidos, entendemos que – em geral –, deve prevalecer a efetividade (trazida pela imediata comunicação e cumprimento do julgamento de revogação do efeito

⁶⁸⁴ Decisão proferida pelo ministro Garcia Vieira, da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Medida Cautelar nº 1.861, DJU de 18/08/99, com trecho expressando: “[...] ele está sendo processado em dezoito ações penais por crime de responsabilidade, além da existência de dezoito inquéritos policiais já arquivados. Na comarca de Pirajuí foram distribuídos contra ele 5 (cinco) feitos criminais. Foram, também, ajuizados contra ele 14 (quatorze) ações civis. Diante disso, a concessão da liminar irá prejudicar muito a própria comunidade local porque o requerente, como prefeito, poderá causar sérios prejuízos aos cofres públicos municipais. Assim sendo, me reconsidero e torno sem efeito o despacho de fls. 184/185 e indefiro a liminar. Cite-se”.

⁶⁸⁵ Conforme apuramos no item 1.4, a efetividade deve ser compreendida na forma proposta por Giuseppe Chiovenda, isto é, como a possibilidade de o Estado (por meio do Judiciário) outorgar ao jurisdicionado tudo que ele tem direito e nada mais do que tem direito, em tempo razoável.

antecipativo), em relação à segurança jurídica que seria gerada pelo aguardo da publicação do acórdão.

E isso, pelas seguintes razões:

a) se o relator pode rejeitar isoladamente os efeitos *dependentes* (suspensivo e antecipativo), na ocasião da interposição do recurso (quando ainda não houve o julgamento), com muito mais razão, podem ser revogados no momento do julgamento pelo juiz natural, ou seja, pelo colegiado;

b) no órgão colegiado, o pronunciamento se torna irretroatável após o anúncio do resultado do julgamento pelo presidente (CPC, Art. 556). Nesse sentido há acórdão do Supremo Tribunal Federal;⁶⁸⁶

⁶⁸⁶ Supremo Tribunal Federal, Revista dos Tribunais, vol. MCCCCVII, p. 234, expressando: “Impossibilidade de retificação, em sessão seguinte, de votos e do julgamento já proclamados, dado que, proclamada a decisão, o Tribunal cumpre e acaba seu ofício jurisdicional, só podendo alterá-la nos casos inscritos nos incs. I e II do Art. 463, CPC; É verdade que também já decidiu o mesmo Sodalício, que é possível a retificação após o anúncio do resultado do julgamento. Contudo, a condição para que ocorra esta modificação é que seja feita na mesma sessão e, por essa razão, não modifica o nosso raciocínio”. Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 903, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 24/10/97, p. 54.155, com trecho da ementa expressando: “[...] QUESTÃO DE ORDEM – Julgamento – Proclamação do resultado – Possibilidade de retificação dos votos já proferidos, desde que na mesma Sessão de Julgamento – Votos vencidos. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal podem, excepcionalmente, modificar os votos que proferiram na resolução da causa, mesmo que já proclamado o resultado da decisão colegiada, desde que o façam, no entanto, no curso da mesma Sessão em que efetuado o julgamento do processo. Voto vencido do RELATOR (Min. CELSO DE MELLO), para quem a retificação dos votos proferidos só se admite dentro de um específico contexto temporalmente delimitado: aquele sob cujo domínio se desenvolveu o julgamento, de tal modo que, concluído este – e anunciado formalmente o respectivo resultado –, tornam-se imodificáveis os pronunciamentos decisórios já manifestados pelos membros integrantes do Tribunal. Entendimento que, embora vencido, encontra suporte no magistério doutrinário de LOPES DA COSTA, MONIZ DE ARAGÃO, JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, COSTA MANSO E JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA”.

c) a revogação desses efeitos *dependentes* (suspensivo e antecipativo) possui efeito liberatório imediato e, portanto, pode ser revogado a qualquer tempo.⁶⁸⁷

Assim, sendo julgado o recurso, o tribunal deve comunicar imediatamente ao juízo *a quo* (por fac-simile ou telex),⁶⁸⁸ que foi revogado o efeito de incidência *dependente* (suspensivo ou antecipativo), deferido inicialmente.

Na prática, o Tribunal de Justiça-SP (ainda que timidamente, pois determina o aguardo pela publicação do resultado do julgamento), ordena a comunicação à comarca de origem em matéria de ordem criminal (RITJSP, Art. 829).⁶⁸⁹ Já, em relação ao mandado de segurança, determina a comunicação imediata (RITJSP, Art. 522).⁶⁹⁰

⁶⁸⁷ Nesse sentido há acórdão que – embora seja referente à liminar –, também endossa nosso posicionamento, pois o efeito suspensivo também possui o efeito liberatório imediato: Tribunal de Justiça-SP, 9ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 32.623, LEX vol. CXC VII, p. 221, com trecho expressando: “Porém, a cassação da liminar produz efeito liberatório imediato, pois a revogação pode se dar a qualquer tempo”. Ademais, como assevera didaticamente João Batista Lopes, a provisoriedade e a conseqüente possibilidade de ser revogada a qualquer tempo são da natureza da tutela antecipada (LOPES, 2.005. vol. I, p. 24).

⁶⁸⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Novo agravo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1.996, p. 115.

⁶⁸⁹ Art. 829 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça-SP: “Publicada a notícia do julgamento, a decisão será comunicada ao juízo da Comarca por ofício, no prazo de 05 dias, independentemente de intimação do acórdão”.

⁶⁹⁰ Art. 522 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça-SP: “A denegação da segurança na vigência de medida liminar, ou a concessão, em qualquer hipótese, será imediatamente comunicada pelo presidente da câmara ou de outro órgão julgador, ou ainda pelo presidente da seção, à autoridade apontada como coatora; assinado o acórdão, ser-lhe-á transmitida cópia autenticada de seu inteiro teor. § 1º – A ciência do julgamento poderá ser dada mediante ofício, – por mão de oficial de Justiça ou pelo correio, por carta registrada com aviso de recebimento, – ou por telegrama, telex, radiograma ou telefonema, conforme o requerer o impetrante. Na última hipótese, a comunicação será confirmada, logo após, por ofício. § 2º – A mesma comunicação deverá ser feita quando o Tribunal reformar sentença concessiva da segurança. § 3º – Os originais, no caso de transmissão telegráfica ou assemelhada, deverão ser apresentados à agência expedidora com as firmas reconhecidas”.

Também o Superior Tribunal de Justiça reconhece a urgência da comunicação relativa ao julgamento do agravo de instrumento,⁶⁹¹ determinando que a decisão proferida pelo colegiado fosse transmitida imediatamente.⁶⁹²

Por outro ângulo, a alegação da inexistência do acórdão e o pseudo-impedimento de amplo acesso ao judiciário (em relação a eventual recurso do agravante) não impedem esse nosso entendimento, pois devem ser confrontados os valores envolvidos para resguardar o de maior peso.

Nesse caso – reiteramos –, a efetividade deve ser adotada como regra, para determinar que a comunicação seja imediata.⁶⁹³ E isso, porque não podemos desconsiderar que a matéria foi apreciada pelo segundo grau de jurisdição, ou seja, praticamente já percorreu as instâncias ordinárias, tendo sido outorgado o acesso ao judiciário em relação ao agravante.

Concomitantemente, não há como prorrogarmos indefinidamente o efeito antecipativo (e mesmo o suspensivo), que já foi cassado, inclusive, sob pena de

⁶⁹¹ Logicamente, referindo-se ao agravo de instrumento previsto no Art. 544 do CPC, ou seja, em relação à decisão que indefere o recurso especial, pelo tribunal local.

⁶⁹² Art. 1º da Instrução Normativa nº 06, de 11/10/00: “A transmissão de comunicações urgentes será autorizada pelo Coordenador com observância de fidelidade ao conteúdo da decisão. § 1º – Da mesma forma, procederá o Coordenador quanto às comunicações das decisões proferidas pelo Relator ou pelo Órgão Colegiado, no julgamento dos conflitos de competência e agravos de instrumento providos [...]”.

⁶⁹³ Constatamos no item 1.4, que, tal como proposto por Giuseppe Chiovenda, a efetividade implica em outorgar ao jurisdicionado tudo que ele tem direito e nada mais do que ela tem direito, em tempo razoável.

violarmos o devido processo legal, em detrimento do agravado. É que os pressupostos desses efeitos foram afastados pela decisão de mérito do agravo.

Logo, uma coisa é a decisão de fato, criada pela cassação dos efeitos antecipativo e suspensivo em sessão de julgamento e, outra, bem diferente, é a intimação, que tem o escopo de dar ciência às partes do teor do acórdão e abrir a contagem de prazo para o efeito de recurso.

Mas não é só, pois ainda ficam duas questões intrigantes, a saber:

a) como o agravante deverá proceder se a sua segurança jurídica for abalada pelo eventual equívoco do acórdão que revogou o efeito *dependente* (antecipativo ou suspensivo) e o resultado foi comunicado imediatamente, uma vez que ainda não há o acórdão?⁶⁹⁴

b) como o agravado deverá proceder quando o resultado do julgamento, que negou provimento ao agravo e, por conseguinte, revogou o respectivo efeito antecipativo (ou suspensivo), não tiver sido comunicado imediatamente, bem como existir urgência na entrega da tutela antes da publicação do acórdão?

⁶⁹⁴ Verificamos no item 2.6.1, que a incidência *independente* consiste no efeito que é nato (original) do recurso e independe de pedido. Já, a incidência *dependente* ocorre quando o efeito é agregado, excepcionalmente, ao recurso que seja destituído originariamente do mesmo, desde que presentes os pressupostos pertinentes.

Um exemplo dessa última indagação é o provimento dado a agravo de instrumento (que não teve efeito antecipativo deferido pelo relator), para obrigar o pagamento de prestação alimentícia.

Ora, não há como obrigarmos o agravante a *morrer de fome* (notadamente após o julgamento), enquanto aguarda pela formalidade da redação e publicação do acórdão. A tutela sumária é uma garantia constitucional, inclusive, em relação à *ameaça* ao direito (CF, Art. 5º, inc. XXXV), como bem adverte João Batista Lopes.⁶⁹⁵

Logo, a solução para ambas as questões está no pedido de efeito antecipativo ou suspensivo (conforme o caso), perante o magistrado que tiver competência para receber o eventual recurso desse pronunciamento.

A propósito, esse posicionamento não é novo, pois já vem sendo defendido por Athos Gusmão Carneiro, ao expressar:

Não raramente, ainda, o recurso é julgado e o resultado proclamado, mas a lavratura do respectivo acórdão demora por meses. Nestes casos – processualmente patológicos –, a melhor solução para a parte será postular a medida de urgência no próprio

⁶⁹⁵ Com sabedoria João Batista Lopes ressalva que: “A doutrina tem ressaltado a natureza constitucional da tutela de urgência, pois a Carta Magna se refere, no Art. 5º, XXXV, não só à lesão, mas também à ameaça a direito [...]. Exemplos dessa tutela de urgência são a tutela cautelar e a antecipatória [...]. A tutela antecipatória não tem por escopo garantir a utilidade de futuro processo, mas vai além: adianta os efeitos práticos da sentença de mérito (exemplo da cirurgia urgente) (LOPES, 2.005. vol. I, p. 22).

tribunal, para apreciação pelo sobrejuiz competente para julgar da admissibilidade do futuro recurso cabível do acórdão.⁶⁹⁶⁻⁶⁹⁷

Em outras palavras, se estamos enquadrando a tutela antecipada recursal como um dos efeitos do recurso (efeito antecipativo), então a competência para decidi-la deve recair sobre o mesmo juízo que for competente para receber o eventual recurso.

Por exemplo, no Tribunal de Justiça-SP, o tema é regulamentado pelo Art. 891 do Regimento Interno.⁶⁹⁸ Desse modo, se a intenção é a interposição de recurso especial ou extraordinário, então o referido efeito deverá ser pedido para: a) o Presidente se o acórdão tiver sido proferido pelo órgão especial; b) o Primeiro Vice-Presidente, se o acórdão for da Câmara Especial; c) o Segundo Vice-Presidente se o acórdão for da Seção Criminal; d) o Terceiro Vice-Presidente se o acórdão for da Seção de

⁶⁹⁶ CARNEIRO, 2.005, p. 99.

⁶⁹⁷ Na mesma linha de raciocínio, William Santos Ferreira defende o direito de o recorrente postular pela tutela antecipada recursal, ao expressar: “É muito comum, embora o recurso já tenha sido julgado e seu resultado proclamado, que a lavratura do acórdão e a seqüente publicação levem tempo considerável, meses até. A esta grave situação, que Athos Gusmão Carneiro denomina de ‘processualmente patológica’, dever-se-á, como solução, admitir o pedido de antecipação de tutela, no próprio tribunal, e quanto ao juiz competente, deverá ser aquele a quem competirá apreciar a admissibilidade do futuro recurso cabível em face do acórdão [...]” (FERREIRA, 2.000, p. 314).

⁶⁹⁸ Art. 891 do RITJSP: “É a seguinte a competência para o exame da admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial: I – do Presidente do Tribunal, se o acórdão recorrido for do Órgão Especial; II – do Primeiro Vice-Presidente, relativamente a acórdão da Câmara Especial; III – do Segundo Vice-Presidente, quando o recurso versar sobre matéria da Seção Criminal; IV – do Terceiro Vice-Presidente, nos recursos contra acórdãos da Seção de Direito Privado; V – do Quarto Vice-Presidente, se o acórdão recorrido tiver sido prolatado por órgão da Seção de Direito Público; VI – do Decano, em matéria fiscal e tributária, nos processos julgados pelos órgãos da Seção de Direito Público. Parágrafo único: A competência enunciada nos incs. de II a VI dependerá de delegação do Presidente do Tribunal”.

Direito Privado; e) o Quarto Vice-Presidente se o acórdão for da Seção de Direito Público; f) o Decano, em matéria fiscal e tributária advinda da Seção de Direito Público.⁶⁹⁹

Ademais – ao investigarmos esse tema –, lembramos de um caso que tivemos no Tribunal de Justiça-SP, onde a respectiva Câmara de Direito Público negou provimento a agravo de instrumento interposto pela parte adversa. Como era caso de urgência – no mesmo dia do julgamento – postulamos pela imediata comunicação da revogação da tutela antecipada recursal, que foi deferida pelo então Quarto Vice-Presidente.

Por derradeiro, ressaltamos que esse efeito postulado não é atribuído ao recurso que será interposto, mas sim, ao que foi julgado.

Em conclusão, se o colegiado revogar o efeito antecipativo do agravo, deverá comunicar imediatamente essa decisão ao juízo *a quo*, não havendo que se aguardar por quaisquer outras formalidades. Mas, na presença de abalo desproporcional que enfraqueça demasiadamente a segurança jurídica, então o prejudicado poderá requerer o efeito antecipativo perante o juiz que seria competente para receber o recurso que ingressaria.

⁶⁹⁹ O Tribunal de Justiça-SP também se refere ao Segundo, Terceiro e Quarto Vice-Presidentes, como Presidente das respectivas seções. Por exemplo, o Segundo-Vice é Presidente da Seção de Direito Criminal; o Terceiro-Vice é Presidente da Seção de Direito Privado e o Quarto-Vice é Presidente da Seção de Direito Público.

32.3.11 Concessão do efeito antecipativo em relação ao Poder Público

Desperta grande polêmica na comunidade jurídica a possibilidade de concessão de liminares (como é o caso da antecipação da tutela, inclusive, por meio do efeito antecipativo), em relação ao Poder Público.

Grosso modo, a teoria contrária ao deferimento de liminares em relação ao poder público, está assentada em quatro fundamentos, a saber:⁷⁰⁰ a) existiriam Leis infraconstitucionais que inibiriam essa liminar; b) o reexame necessário seria condição de eficácia da sentença (CPC, Art. 475) e, por essa razão, impediria essa espécie de tutela sumária; c) a execução contra a fazenda pública apenas poderia ocorrer por meio do precatório (CF, Art. 100); d) os atos administrativos teriam legitimidade presumida.

Em relação ao primeiro argumento, realmente, o Art. 1º da Lei nº 9.494, de 10/09/97, restringe a concessão de liminar em relação à fazenda pública, ao determinar:

Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos Arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos Arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1.964, no Art. 1º e seu

⁷⁰⁰ Esses fundamentos foram localizados por Cássio Scarpinella Bueno (BUENO, 1.999, p. 31-36).

§ 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1.966, e nos Arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1.992.⁷⁰¹

Na prática, isso significa que estaria impedida a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, em relação ao poder público.

E isso, porque o § 3º do Art. 1º da Lei nº 8.437/92 determina que: “não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”.⁷⁰²

⁷⁰¹ Art. 5º, da Lei nº 4.348/64: “Não será concedida medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. Parágrafo único: Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença”.

Art. 7º da Lei nº 4.348/64: “O recurso voluntário ou *ex officio*, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimentos ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”.

Art. 1º da Lei nº 5.021/66: “O pagamento de vencimento e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta e autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento inicial. [...] § 4º – Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”.

Art. 1º da Lei nº 8.437/92: “Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. § 1º – Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal. § 2º – O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública. § 3º – Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”.

Art. 3º da Lei nº 8.437/92: “O recurso voluntário ou *ex officio*, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”.

Art. 4º da Lei nº 8.437/92: “Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

⁷⁰² Para Teori Albino Zavascki, não há inconstitucionalidade nesse dispositivo, pois deve ser interpretado apenas em relação às liminares satisfativas que gerem a irreversibilidade (ZAVASCKI, 1.997, p. 190).

Por sua vez, nos autos da ação declaratória de constitucionalidade nº 4-6/DF, o Supremo Tribunal Federal admitiu provisoriamente a constitucionalidade do referido dispositivo, ao deferir medida liminar (com eficácia *ex nunc* e efeito vinculante), para suspender todo pronunciamento inerente ao pedido de tutela antecipada em relação à fazenda pública, que esteja embasado na constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) do referido Art. 1º da Lei nº 9.494/97.⁷⁰³

No entanto, essa regra deve ser afastada, sempre que houver necessidade de preservar a efetividade do acesso à justiça. No caso da medida antecipativa, a efetividade pode ser aferida pela presença dos pressupostos constantes no Art. 273 do CPC, bem como pela constatação (no caso concreto), do maior peso da efetividade diante da segurança jurídica.

Tanto é assim, que o próprio Supremo Tribunal Federal, ciente da impossibilidade de vedar o acesso à justiça, passou a admitir concessão de liminar em relação à causa previdenciária, por meio da edição da Súmula nº

⁷⁰³ O julgamento já foi iniciado. Em consulta ao *site* do STF <<http://www.stf.gov.br>>, realizada no dia 28/02/06, a referida ação estava aguardando o voto do Min. Sepúlveda Pertence, que pediu vista no dia 21/10/99, após os votos dos Ministros Sidney Sanches (relator), Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Celso de Mello, que julgaram procedente a ação declaratória, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para declarar, *ex tunc*, a constitucionalidade do Art. 1º da Lei nº 9.494/97, tornando, assim, definitiva a medida cautelar concedida nos autos, e do voto do Min. Marco Aurélio, julgando-a improcedente.

729 (não vinculante), que expressa: “A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”.⁷⁰⁴

Concomitantemente, como leciona João Batista Lopes, apenas cabe ao legislador infraconstitucional, a função de regulamentar as liminares (e não de violar os direitos e garantias constitucionais).⁷⁰⁵

Quanto ao segundo argumento (reexame necessário), realmente o Art. 475 do CPC enumera o duplo exame como condição de eficácia da sentença proferida contra o poder público.⁷⁰⁶

⁷⁰⁴ Também repudiando a aplicação dessa norma, quando envolver parcela remuneratória suprimida, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, REsp nº 590.290, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 21/03/05, p. 424, com trecho da ementa expressando: “A vedação à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, nos moldes do disposto no Art. 1º da Lei nº 9.494/97, não se aplica à hipótese de restabelecimento de parcela remuneratória ilegalmente suprimida. Precedentes. Recurso desprovido”.

⁷⁰⁵ Sobre esse aspecto, João Batista Lopes expressa que: “Ao legislador ordinário incumbe, porém, a tarefa de disciplinar as liminares, o que deve ser feito sem ofensa aos direitos e garantias constitucionais [...]. Deve-se, em suma, reconhecer ao legislador competência para disciplinar o uso das liminares, mas não para aboli-las do ordenamento *sic et simpliciter*. No que respeita à tutela antecipada cabe à lei processual, como é óbvio, elencar as hipóteses em que ela é admissível. Assim, por exemplo, não vislumbraria inconstitucionalidade em proposta que tivesse por escopo revogar o inc. II do Art. 273 do CPC. O mesmo não pode ser dito, porém, a respeito do projeto que pretendesse, pura e simplesmente, proibir liminares contra a Fazenda Pública” (LOPES, 2.003, p. 108-109).

⁷⁰⁶ Art. 475 do CPC: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (Art. 585, VI). § 1º – Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. § 2º – Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. § 3º – Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”.

Todavia, o mencionado dispositivo apenas se refere à sentença. Assim, não abarca a decisão interlocutória que, geralmente, é o pronunciamento implementador da medida antecipativa.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem decidido pelo afastamento desse óbice do reexame, ante a argumentação de que se refere apenas à sentença, conforme demonstra a ementa do acórdão abaixo:

RECURSO ESPECIAL – PROCESSO CIVIL – REEXAME NECESSÁRIO – ART. 475 DO CPC – INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO – PRECEDENTES – É cediço o entendimento de que a exigência do duplo grau de jurisdição obrigatório, prevista no Art. 475 do Código Buzaid, somente se aplica às sentenças de mérito. Consoante lição dos ilustres professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ‘as sentenças de extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC 267), bem como todas as decisões provisórias, não definitivas, como é o caso das liminares e das tutelas antecipadas, não são atingidas pela remessa necessária [...]. Apenas as sentenças de mérito, desde que subsumíveis às hipóteses do CPC 475, é que somente produzem efeitos depois de reexaminadas pelo tribunal’ (in **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002, p. 780, nota nº 3 ao Art. 475 do CPC). Nesse diapasão, a colenda Sexta Turma desta egrégia Corte Superior de Justiça, em recente julgado, asseverou que o Art. 475 do Código de Processo Civil ‘se dirige a dar condição de eficácia às sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, quando terminativas com apreciação do mérito (Art. 269 do CPC)’ (RESP nº 659.200/DF, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 11/10/04). No mesmo sentido, confira-se: RESP nº 424.863/RS, da relatoria deste Magistrado, DJ 15/09/03). Recurso Especial improvido.⁷⁰⁷

⁷⁰⁷ Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp nº 688.931, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 25/04/05, p. 324.

Para Cássio Scarpinella Bueno, além de a antecipação ser pronunciamento diverso da sentença, também não prospera esse entendimento, pois seria incompatível com a efetividade que o legislador constitucional pretende imprimir (CPC, Art. 273, incs. I e II).⁷⁰⁸

O terceiro argumento consiste que o Art. 100 da CF apenas admitiria o pagamento de valor inerente à condenação advinda de sentença judicial contrária à fazenda pública, por meio do precatório (com observância da ordem cronológica). De fato, o legislador constituinte, ao estabelecer a ordem cronológica advinda do precatório, teve o escopo de buscar maior isonomia entre os credores do poder público, ao impedir que o crédito mais recente seja pago em detrimento do anterior.

Todavia, muitas vezes, a antecipação da tutela não exige qualquer pagamento (e, portanto, não sofre a restrição do precatório).⁷⁰⁹

Além disso, quando a antecipação da tutela envolve valor financeiro, a jurisprudência (na busca por um meio termo para a regra do Art. 100 da CF),

⁷⁰⁸ Sobre esse posicionamento, Cássio Scarpinella Bueno expressa que: “No entanto, parece correto o entendimento de que, na espécie, o reexame necessário do Art. 475 do CPC deve ser efetivamente afastado. Não porque a decisão judicial que concede a tutela antecipada não pode ser vista como sentença – ao menos para fins daquele dispositivo –, porque a incorporação do instituto no Processo Civil Brasileiro acabou por revelar opção nítida do legislador brasileiro no sentido de prestigiar, naqueles casos encartáveis no *caput* e nos incs. I ou II do atual Art. 273 do CPC, a efetividade da Justiça (v. item supra) e não a segurança jurídica, estandarte do processo de conhecimento pleno e exauriente, do qual o ato culminante é a sentença” (BUENO, 1.999, p. 38).

⁷⁰⁹ Essas ações desprovidas de cunho pecuniário, são bem ressaltadas por João Batista Lopes, ao expressar que: “Em se cuidando de antecipação de outros efeitos práticos sem caráter pecuniário, mais evidente se revela a viabilidade da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, sendo certo que a execução do ato não encontraria barreiras nos Arts. 100 da CF e 730 do CPC” (LOPES, 2.003, p. 111).

admite o pagamento imediato das prestações vincendas, mas condicionam o pagamento das parcelas vencidas ao rito ao precatório. Nesse sentido, há acórdão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, com ementa estabelecendo:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA CUMULADO COM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – 1. Respalhada em prova inequívoca, consistente em reconhecimento médico da manutenção da incapacidade do agravante para o trabalho, a qual veio a ser confirmada pela sentença, a concessão de tutela antecipada para o restabelecimento do auxílio-doença é legítima, a teor do Art. 273 do Código de Processo Civil. 2. Se ao agravante foi concedido o benefício de aposentadoria por invalidez, a tutela antecipada deverá corresponder ao benefício deferido, cuja determinação é de implantação imediata, não englobando prestações pretéritas, uma vez que estas estão sujeitas ao precatório (Art. 100 da Constituição Federal). 3. Agravo de instrumento parcialmente provido.⁷¹⁰⁻⁷¹¹

⁷¹⁰ Tribunal Regional Federal da Terceira Região, 10ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2003.03.00.075320-7, Rel. Des. Fed. Galvão Miranda, DJU 29/11/04, p. 326.

⁷¹¹ No mesmo sentido, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região, 2ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2002.04.01.023206-8, Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares, DJU 09/10/02, p. 705, com trecho da ementa expressando: “RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – ARTS. 730 DO CPC E 100, § 1º, DA CF/88 – 1. Presentes os requisitos insertos no Art. 273 do CPC, quais sejam, a verossimilhança do direito alegado e o fundado receio de dano irreparável, é de ser concedida a antecipação dos efeitos da tutela. 2. Em se tratando de ação de repetição de indébito, os efeitos antecipados da sentença implicam execução contra a Fazenda Pública, a qual deve ser realizada mediante requisição de precatório, nos exatos termos do Art. 730 do Código de Processo Civil e Art. 100, § 1º, da Constituição Federal de 1.988”. Aliás, há entendimento de que, em razão da razoabilidade, até mesmo as parcelas vencidas (se recebidas antecipadamente), não podem ser restituídas, conforme o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região, 10ª Turma, Apelação nº 2002.61.13.001196-2, Rel. Des. Fed. Galvão Miranda, DJU 27/04/05, p. 614, com trecho da ementa expressando: “[...] 8. Tendo sido em sede recursal reconhecido o direito da Autora em receber auxílio-doença, não haveria qualquer senso, sendo até mesmo contrário aos princípios da razoabilidade e da efetividade do processo, cassar-se a medida e determinar a devolução de valores para que a Autora, em seguida, obtenha-os de volta mediante precatório. Além disso, é pacífico na 10ª Turma desta Corte Regional Federal o entendimento de que, não possuindo o recurso extraordinário e o Recurso Especial efeito suspensivo, a teor do Art. 542, § 2º, do Código de Processo Civil, o benefício deve ser implantado imediatamente, independentemente do trânsito em julgado do acórdão, concedendo-se de ofício tutela específica, nos termos do Art. 461, *caput*, do mesmo Estatuto Processual. Por tais razões, mantenho os efeitos da tutela específica de que trata o mencionado Art. 461 do Código de Processo Civil, a fim de que seja dada continuidade ao pagamento do benefício. 9. Efeitos da antecipação da tutela mantidos. Preliminar rejeitada. Apelação do INSS improvida. Reexame necessário, tido por interposto e Recurso Adesivo da Autora parcialmente providos”.

Com relação à alegação de que inexistiria dotação orçamentária própria para a fazenda pública arcar com as despesas inerentes à antecipação da tutela, também improcede, pois as leis orçamentárias, de modo geral, têm essa previsão.

Sobre esse aspecto, Luiz Rodrigues Wambier expressa que:

As antecipações de condenações contra o Poder Público podem ser cumpridas mediante depósito à disposição do juízo (com liberação apenas em casos excepcionalíssimamente considerados, porque a regra é que a execução de liminar antecipatória seja apenas provisória, i. é, reversível) com recursos orçamentários advindos da dotação relativa às ‘despesas variáveis’ ou de dotações outras, comumente presentes nos orçamentos dos Poderes Públicos.⁷¹²

Por seu turno, o quarto argumento, ou seja, a presunção de legitimidade dos atos administrativos tem a sua origem no princípio da legalidade dos atos administrativos. E isso, porque a administração pública apenas pode agir se houver previsão legal, enquanto no direito privado, o cidadão pode fazer tudo o que a lei não proíbe.⁷¹³

⁷¹² WAMBIER, 1.993, p. 33.

⁷¹³ Nesse sentido, adverte Hely Lopes Meirelles, que: “Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde às exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderia ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.001, p. 150).

Todavia, a jurisprudência tem entendido que essa presunção é relativa, ou seja, pode ser elidida frente a outras provas.⁷¹⁴

Esse ensinamento é trazido por João Batista Lopes, ao afirmar que: “[...] sobredita presunção não é absoluta e deve ceder ante a prova inequívoca (*‘rectius’*, prova segura) em sentido contrário”.⁷¹⁵

Sopesados esses aspectos, não podemos perder de vista que estas normas restritivas são específicas (e não gerais) e, por essa razão, não podem receber interpretação ampliativa.

Essa necessidade de interpretação restritiva das normas específicas é bem colocada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao expressar: “[...] argumenta-se que uma exceção é, por si, uma restrição que só deve valer para os casos excepcionais. Ir além é contrariar sua natureza”.⁷¹⁶

Assim, é inviável a aplicação *cega* (para todas as hipóteses), da restrição de concessão das liminares em relação ao poder público, sob pena de afrontarmos a efetividade.

⁷¹⁴ Sobre esse tema, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.228, Rel. Min. Castro Meira, DJU 19/12/03, p. 378, com trecho da ementa expressando: “[...] 2. A norma administrativa goza da presunção de legitimidade e somente deve ser controlado pelo Judiciário na hipótese da ocorrência de um dos vícios elencados na doutrina, o que não se verifica no caso [...]”.

⁷¹⁵ LOPES, 2.003, p. 111.

⁷¹⁶ Pondera ainda Tércio Sampaio Ferraz Júnior que: “Assim, por exemplo, recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. O mesmo se diga para as normas excepcionais: uma exceção deve sofrer interpretação restritiva” (FERRAZ JÚNIOR, 2.003, p. 296).

A saída novamente está no princípio da proporcionalidade (que trouxemos os aspectos principais no item 2.6.7.7.4), para afastar essas restrições, sempre que o direito fundamental da efetividade apresentar maior valor que a segurança jurídica.

Aliás, esse entendimento foi bem colocado no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região, ao deferir a medida antecipativa para obrigar o imediato pagamento de crédito contra a Fazenda Pública (independentemente da ordem cronológica), uma vez que a exequente demonstrou a sua urgência, isto é, ou recebia esse valor para tratar de doença grave (neoplasia maligna de pulmão) ou estava fadada ao óbito.⁷¹⁷

Em suma, essas restrições devem ser vistas dentro do princípio da proporcionalidade. Com isso, estas regras restritivas devem ser afastadas

⁷¹⁷ Tribunal Regional Federal da Quarta Região, 3ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.027062, vu, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJU de 05/10/05, p. 667/669, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA REQUISITOS LEGAIS. DEFERIMENTO. EXCEÇÃO. VEDAÇÕES LEGAIS AFASTADAS. AUSÊNCIA DE AFRONTA ÀS EXIGÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DO PRECATÓRIO E PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. 1. O fato de a sentença estar submetida ao duplo grau de jurisdição não impede a outorga da tutela recursal, pois sua natureza jurídica e seu alcance não se inserem no âmbito do julgamento de mérito da ação que se origina, até porque se a tutela tivesse sido deferida na origem também não ficaria dependendo de confirmação pelo Tribunal para produzir seus efeitos. 2. Hipótese que não se sujeita à previsão orçamentária e à expedição de precatório, por decorrer de medida de urgência, de fato grave e de índole constitucional, constituindo uma exceção à regra, assim tratada na lei processual. 3. Medida indispensável sob pena de tornar-se inócua decisão de mérito, pois os valores da pensão possuem a destinação antes descrita, o que talvez não mais seja necessário se alcançados via precatório, depois de muitos e muitos anos que são consumidos pelas vias recursais. 4. Agravo de instrumento conhecido e provido”.

quando a situação concreta materializar a preponderância da efetividade frente à segurança jurídica.

3.2.4 Efeito antecipativo em relação ao agravo interno

Nesse item verificaremos os aspectos mais relevantes desse recurso e, após, a incidência do efeito antecipativo.

3.2.4.1 Considerações gerais

Aqui, nos deteremos com a nomenclatura desse recurso e a sua relevância no cenário recursal, principalmente, diante da ampliação dos poderes do relator.

Realmente, a legislação limita-se a rotular este meio de impugnação apenas como *agravo*, sem atribuir qualquer outro nome (CPC, Arts. 120, parágrafo único; 532; 539, parágrafo único; 545; 557, § 1º). Essa omissão não contribui em nada com o sistema recursal, pois pode provocar confusão,

diante da pluralidade das espécies do recurso denominado *agravo*, tais como: instrumento, retido, interno e regimental.

Frente a esta situação (exposta no item 3.2.3.7), pensamos que a melhor alternativa é rotularmos este agravo, por meio do critério lastreado na forma de interposição.⁷¹⁸

Esse procedimento auxiliará o intérprete na identificação dos agravos, uma vez que podem ser divididos em apenas três espécies, a saber:⁷¹⁹

a) *retido*, se for interposto nos próprios autos e ficar na dependência de futura apelação para transportá-lo ao tribunal;

b) *instrumento*, quando for interposto em outros autos (por meio de instrumento) e tiver processamento imediato;⁷²⁰

c) *interno*, se for interposto nos próprios autos e tiver processamento imediato.

⁷¹⁸ Um critério diferente e interessante, embasado na nomenclatura do recurso, é trazido por Teresa Arruda Alvim Wambier, ao expressar: “José Horácio Cintra Gonçalves, enumerando os agravos, em geral, alude aos agravos dos Arts. 557, 532, 545 como sendo agravos inominados. Pensamos, todavia, que são NOMINADOS, já que são ‘agravos’. O que a lei não fez foi referir-se de modo expreso, por meio de um adjetivo ou de uma locução adjetiva, a seu procedimento” (WAMBIER, 2.000, p. 79).

⁷¹⁹ Esse critério de classificação do agravo não é novidade, pois já havia sido proposto por Nelson Nery Júnior (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 277).

⁷²⁰ Quanto ao local de interposição, a modalidade do agravo de instrumento é dividida em duas espécies: a) uma que é interposta para impugnar o pronunciamento do juízo de primeiro grau (CPC, Art. 522); b) outra cabível no tribunal para impugnar a decisão do respectivo presidente ou vice, que indeferir recurso especial ou extraordinário (CPC, Art. 544).

Ademais, essa última espécie de recurso – justamente por estar prevista no CPC –, também não poderia ser denominada de *agravo regimental*, pois como observa João Batista Lopes: “[...] não posso considerar regimental um agravo que seja previsto em lei”.⁷²¹

Logo, o meio de impugnação da decisão interlocutória isolada, no tribunal, deve ser denominado de *agravo interno*, pois fica inserido nos próprios autos (interno) e, ao contrário do agravo retido, é processado imediatamente.⁷²²

Mas fica uma questão: Se tanto o agravo interno quanto o regimental servem para impugnar os pronunciamentos isolados nos tribunais, qual a diferença entre ambos?

A resposta está no escopo desses recursos, isto é, servem como mecanismos constitucionalizadores da decisão interlocutória isolada, proferida no tribunal, frente ao princípio do juiz natural. Quando o magistrado atua singularmente – no tribunal –, age por delegação do respectivo colegiado respectivo e, esse órgão, representa o juiz natural naquela fase processual.⁷²³

⁷²¹ LOPES, 2.001, p. 587.

⁷²² Ressalvamos que não estamos nos referindo à decisão do presidente do tribunal que indefere os recursos excepcionais (extraordinário e/ou especial), pois está sujeita ao agravo de instrumento previsto no Art. 544 do CPC.

⁷²³ DINAMARCO, 1.999, p. 132.

Por outro lado, é cediço que o agravo regimental (como o próprio nome afirma), está previsto apenas nos regimentos internos dos tribunais. Em razão dessa ausência de previsão na legislação federal, esse mecanismo violaria a constituição, uma vez que a competência para dispor sobre matéria processual é privativa da União (CF, Art. 22, inc. I).⁷²⁴

Aliás, justamente pela ofensa aos princípios da taxatividade⁷²⁵ e da legalidade, gerada pela inexistência de previsão na lei federal, João Batista Lopes adverte que o agravo regimental é inconstitucional, pois é defeso ao tribunal criar recursos ou matéria processual, por meio de norma administrativa.⁷²⁶

Porém, a jurisprudência tem admitido o agravo regimental, ou seja, após balancear os valores envolvidos, enaltece o princípio do juiz natural e minimiza a incompetência do tribunal para legislar sobre matéria processual. Nesse mesmo sentido, há acórdão do Supremo

⁷²⁴ Nesse sentido: ASSIS, 1.999, p. 20; SANTOS, 1.997. vol. III, p. 128. Aliás, ante a ausência dos pressupostos que caracterizariam o agravo regimental como recurso, além do escopo de promover a integração da decisão do tribunal, José Carlos de Moraes Salles entende que deveria ser eliminada a expressão agravo regimental, pois não se trata de recurso (SALLES, 1.999, p. 182).

⁷²⁵ Sobre o princípio da taxatividade, como adverte Nelson Nery Júnior, é atendido pelo fato de o recurso estar previsto em lei federal, ou seja, não se restringe apenas aos recursos arrolados no Art. 496 do CPC (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 52).

⁷²⁶ LOPES, 2.001, p. 588. Posicionamento semelhante é defendido por Nelson Nery Júnior (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 51).

Tribunal Federal aceitando esta regulamentação regimental, para impedir que a decisão individual dos juízes se torne definitiva, nos tribunais.⁷²⁷

Todavia, com o advento da Lei Federal nº 9.139/95, foi inserido um agravo (sem nome), com a mesma função do regimental (CPC, Art. 557, §§ 1º e 2º).

Embora esse agravo apenas estivesse restrito à hipótese de o relator, isoladamente, dar ou negar provimento a recurso, acreditamos que o mencionado dispositivo deve ser interpretado ampliativamente, para aplicá-lo como meio de impugnação as decisões interlocutórias proferidas nos tribunais.⁷²⁸

Esse entendimento permite que seja afastado o argumento de ausência de previsão em lei federal, pois o agravo interno está previsto no CPC,

⁷²⁷ STF, 1ª Turma, REExt nº 112.405, Rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ vol. CXXI, p. 374, com trecho expressando: “Podem os tribunais, através de normas regimentais, atribuir competência própria e singular aos seus membros. Mas não podem declinar a favor deles a competência que a Constituição investiu nos próprios tribunais, como órgãos de deliberação coletiva. Sobretudo, não podem emprestar o atributo de decisão definitiva aos despachos de seus membros”.

⁷²⁸ Nesse sentido Nelson Nery Júnior ressalva: “Hoje, todo ato monocrático do relator, nos processos de competência recursal do tribunal, que tenha aptidão para causar gravame à parte ou interessado, é passível de impugnação por meio do agravo interno, segundo expressa previsão do CPC, com a redação dada pela Lei nº 9.756 de 17/12/98. Não há mais razão para invocar-se a inconstitucional figura do agravo regimental para a interposição de recurso contra ato singular do relator” (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 52).

inclusive, para situações alheias ao Art. 557 (CPC, Arts. 120, parágrafo único; 532; 539, parágrafo único; e 545).⁷²⁹⁻⁷³⁰⁻⁷³¹⁻⁷³²

Por fim, o terceiro aspecto para ponderarmos é sobre a importância desse agravo interno no sistema recursal.

E isso, porque constatamos no item 3.1.3 a inquestionável tendência legislativa de aumentar os poderes do relator, para agir isoladamente.

Ora, se de um lado, os poderes estão aumentando então, de outro, é imprescindível a utilização do agravo interno como contrapeso, pois é o instrumento para impugnar esse pronunciamento.

Na proporção em que aumentam os poderes do relator, também deve ser aumentada a amplitude do agravo interno, até mesmo, para que ele seja julgado na sessão de julgamento subsequente a sua interposição (e não na ocasião do julgamento do recurso principal como inconstitucionalmente previsto no parágrafo único do Art. 527 do CPC).

⁷²⁹ O agravo previsto nesse dispositivo é cabível em relação à decisão isolada do relator sobre conflito de competência.

⁷³⁰ Este agravo tem hipótese de cabimento quando o relator, isoladamente, não admitir embargos infringentes.

⁷³¹ O cabimento deste agravo é gerado pela decisão interlocutória proferida na causa em que figura, de um lado, o Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, o Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

⁷³² A hipótese de cabimento desse recurso é para impugnar a decisão isolada do relator, nos autos do agravo de instrumento referente à decisão denegatória de recurso especial ou extraordinário, que: a) não admiti-lo; b) negar-lhe provimento; c) ou reformar o acórdão recorrido.

Contudo não poderíamos deixar de registrar uma odiosa realidade advinda do *monocratismo* das decisões nos tribunais. É inaceitável a conduta (inconstitucional), por meio da qual a decisão do relator, geralmente, é mantida sem qualquer objeção pelo colegiado, como se fosse definitiva. Tanto é assim, que dificilmente um agravo interno é provido.

Aliás, essa realidade fica bem ilustrada pela representação feita por órgão de classe dos advogados junto ao Tribunal de Justiça-SP, tendo em vista que algumas câmaras estariam se limitando à leitura da ementa trazida pelo relator (omitindo-se em relação ao relatório e respectivo voto) e, após, julgavam o recurso ao arrepio da Constituição. Não é difícil imaginarmos que raramente o voto do relator (que nem foi lido) será modificado pelos demais julgadores.

Em suma, pensamos que: a) o agravo regimental deve ser substituído pelo *interno*, uma vez que – este –, está previsto na lei federal; b) em regra, o agravo interno tem a função de impugnar a decisão isolada proferida no tribunal, para levá-la ao crivo do colegiado, propiciando a sua adequação ao princípio do juiz natural; c) não podemos desprezar a relevante importância desse instrumento no cenário processual, até mesmo, por servir como meio de equilíbrio ao propiciar a segurança jurídica frente à efetividade pretendida pela ampliação dos poderes do relator; d) mas esta efetividade apenas será materializada se houver uma melhor

conscientização sobre a relevância desse mecanismo e o seu julgamento ocorrer na sessão subsequente a sua interposição.

3.2.4.2 Interação com o efeito antecipativo

Aqui verificaremos se o agravo interno pode ter efeito com incidência *dependente* (suspensivo ou antecipativo), diante do *ambiente* que delineamos no item anterior.

Inicialmente, consignamos o nosso posicionamento de que a natureza jurídica do referido mecanismo é recursal, pois é uma modalidade de agravo.⁷³³ Além disso, é um remédio voluntário e idôneo para ensejar a alteração da decisão judicial impugnada, dentro do mesmo processo.⁷³⁴

Ressalvada a sua natureza recursal, a legislação sobre o agravo interno é omissa quanto aos seus efeitos (CPC, Art. 557, §§ 1º e 2º). Entretanto, como verificamos no item 2.6.3, a lei processual sujeita todos os recursos aos

⁷³³ Nelson Nery Júnior também enquadra este agravo como recurso (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 277).

⁷³⁴ Esta definição de recurso (embora se referindo à reforma, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão judicial, ao invés de alteração como fizemos) é trazida por José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 139).

efeitos que incidem *independentemente* de pedido do recorrente (devolutivo,⁷³⁵ translativo, expansivo e substitutivo).⁷³⁶

Por outro ângulo, o inc. III do Art. 527 do CPC, apenas contempla o efeito suspensivo para a interposição do agravo por meio de instrumento (e não para a espécie *interna*) e, ainda assim, em caráter excepcional, pois a sua incidência *depende* da presença dos seus pressupostos, como o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.⁷³⁷

Essa realidade poderia nos levar à conclusão de que o agravo interno não admitiria os efeitos de incidência *dependente* (suspensivo e antecipativo).

Entretanto, entendemos que é possível a concessão desses efeitos ao agravo interno, não somente pela necessidade de a tutela ser entregue de forma plena (conforme trouxemos no item 2.6.7.3), mas também por outros dois fundamentos, a saber:

a) se o relator pode dar provimento ao próprio recurso que é objeto do agravo interno (CPC, Art. 557, § 1º-A), também poderá conceder o efeito de incidência *dependente*. Quem pode o *mais*, pode o *menos*;

⁷³⁵ Importante relembrarmos que a devolução limita a matéria que será apreciada pelo tribunal e, por essa razão, também restringe a concessão do efeito antecipativo ao âmbito da matéria devolvida.

⁷³⁶ O efeito suspensivo apenas será *independente*, quando a legislação processual determinar a sua incidência para um determinado recurso, independentemente de pedido do recorrente, tal como ocorre na primeira parte do Art. 520 do CPC.

⁷³⁷ Analisamos este efeito no item 2.6.2.

b) o Art. 558 do CPC (ao permitir o deferimento da suspensividade nos casos de urgência), apenas se refere ao *agravo*, ou seja, não restringe o efeito suspensivo à espécie de instrumento.

Para facilitar o nosso raciocínio, vamos adotar o caso prático em que o relator, por equívoco, nega seguimento a um agravo de instrumento que postula pelo efeito antecipativo para conceder a liminar negada (também erroneamente), pelo juízo de primeiro grau.

Se esse pronunciamento do relator fosse impugnado por meio de agravo interno (com pedido de concessão do efeito antecipativo, caso não fosse reformada a decisão impugnada), existiriam duas situações básicas, a saber: a) o relator se retrataria e, por conseguinte, analisaria o efeito antecipativo. Mas, ainda que esse efeito fosse deferido, ele seria atribuído ao recurso originário (agravo de instrumento) e não propriamente ao agravo interno. Por isso, o agravo interno não poderia ter o efeito antecipativo nesse caso; b) não se retrataria e, nessa hipótese, poderia conceder o aludido efeito de incidência *dependente*,⁷³⁸ ou não. Aqui, não há como negarmos que o efeito antecipativo seria atribuído ao agravo interno, pois é consequência do referido recurso.

⁷³⁸ No item 2.6.1, propusemos que os efeitos podem incidir de duas formas diversas, a saber: a) *natural* (ou *independente*), quando é da natureza do recurso e, por isso, a sua incidência não depende de pedido do recorrente; b) *dependente*, quando é agregado excepcionalmente ao recurso e, por essa razão, a sua concessão fica na dependência dos pressupostos pertinentes.

Certamente esta última situação não é comum no cotidiano jurídico, pois a manutenção da decisão do relator poderia significar – a princípio –, que ele não vislumbraria os respectivos pressupostos para a concessão do efeito *dependente*. No entanto, algumas vezes o juiz decide em um sentido, mas sabe que os tribunais superiores têm outro entendimento.

É o caso da autenticação das peças que integram o instrumento do agravo. Por exemplo, esta exigência ainda é feita por alguns magistrados do Tribunal Regional Federal da Terceira Região,⁷³⁹ embora esse procedimento

⁷³⁹ A exigência da autenticação é adotada no acórdão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, 1ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2004.03.00.012384-8, Rel. Des. Fed. Johanson Di Salvo, DJU de 03/05/05, p. 570, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO LEGAL – ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – EXIGÊNCIA DE AUTENTICAÇÃO DAS PEÇAS QUE COMPÕEM O INSTRUMENTO, CONFORME ARTS. 365, III E 384 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – IMPOSSIBILIDADE DE AUTENTICAÇÃO PELO PRÓPRIO ADVOGADO – AGRAVO IMPROVIDO – 1. As peças colacionadas para compor o instrumento de agravo, são efetivamente “provas” daquilo que o agravante deduz ao Tribunal como causa petendi e dessa forma não há qualquer defeito em exigir que as mesmas venham devidamente autenticadas para valer como documentos com força probatória do quanto alegado, pois é evidente que o Tribunal necessita ter confiança em que o instrumento é espelho do que foi apresentado em 1ª instância. Portanto, não há erro nem ‘inconstitucionalidade’ na Resolução nº 54 desta Casa que, de conhecimento público como é, impõe a exigência da autenticação, com o que se fica de acordo com o Art. 365, inc. III e Art. 384, ambos do Código de Processo Civil. 2. Cabe ao agravante fornecer ao Tribunal, que não tem imediato acesso aos autos onde proferida a decisão agravada, segurança a respeito dos papéis que formam o instrumento. 3. Como a regra de que as reproduções obtidas por processo de repetição apenas quando estão autenticadas têm o valor do original já se encontrava estipulada no Art. 384 do Código de Processo Civil, não havia a necessidade de o legislador disciplinar a exigibilidade da autenticação de peças em relação ao recurso de agravo de instrumento porquanto tal circunstância decorria diretamente das normas processuais relativas à prova documental. 4. Quanto a possibilidade de autenticação pelo próprio advogado, não é aceitável, porque é a Constituição Federal que prevê a capacidade de o Estado executar serviços notariais – e um deles é a autenticação de documentos – ainda que através de delegação a notários e oficiais registrários e seus prepostos, segundo a regulamentação da Lei nº 8.935 de 18/11/94. 5. Assim, aparentemente viola a Magna Carta e infirma o estatuto da função pública delegada o dispositivo da Lei Processual – aliás, reservado apenas aos casos de agravo de instrumento tirado contra denegação de admissibilidade de recursos especial e extraordinário – que comete ao advogado, detentor apenas de *munus* privado e representante de quem é interessado direto no deslinde do recurso, a capacidade de autenticação de cópias. 6. Agravo legal a que se nega provimento”.

seja repudiado pelo Superior Tribunal de Justiça,⁷⁴⁰ quando não existir impugnação da parte adversa em relação à veracidade das peças.

Traçado esse quadro – em sede de agravo interno – nada impede que o relator mantenha a sua decisão de não conhecimento do agravo de instrumento (diante da ausência de autenticação das peças), mas defira o efeito antecipativo até que o colegiado julgue o referido recurso.

Certamente, o relator irá conceder esta medida antecipada recursal com fundamento, principalmente, na verossimilhança advinda da elevada probabilidade de reforma da sua decisão impugnada. No entanto, devem estar presentes todos os pressupostos elencados no Art. 273 do CPC, inclusive, em relação à decisão proferida pelo juízo *a quo*.

⁷⁴⁰ Afastando a necessidade da autenticação se não houver impugnação da parte adversa, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 563.189-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 16/11/04, p. 174, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AUTENTICAÇÃO DAS PEÇAS TRASLADADAS (ARTS. 365, III, 525 E 544, § 1º DO CPC) – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA CÓPIAS JUNTADAS À INICIAL OU NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO, SE A PARTE CONTRÁRIA NÃO IMPUGNA SUA AUTENTICIDADE – PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL – 1. Entendimento firmado pela Corte Especial no sentido de reconhecer a presunção de veracidade dos documentos apresentados por cópia, se na oportunidade de resposta a parte contrária não questiona sua autenticidade (ERESP 179.147/SP, julgado em agosto/2.000). 2. Posição ratificada em junho/2.003 no ERESP 450.974/RS, pelo mesmo órgão. 3. Inaugurando nova divergência, a Primeira Seção e a Sexta Turma, em decisões isoladas, vêm considerando obrigatórias a autenticação ou a declaração de autenticidade firmada pelo advogado no agravo de instrumento do Art. 544 do CPC, em virtude da alteração legislativa promovida no seu parágrafo primeiro pela Lei nº 10.352/2.001. 4. Interpretação sistemática que chancela os precedentes anteriores da Corte Especial, não alterada pela nova reforma do CPC, que veio apenas positivar e consolidar a interpretação dada pelos Tribunais, no sentido de que é desnecessária a autenticação dos documentos juntados com a inicial ou nos agravos de instrumento dos Arts. 525 e 544 do CPC, prevalecendo a presunção *juris tantum* de veracidade. 5. Agravo regimental improvido”.

Outro exemplo é o deferimento equivocado de liminar em mandado de segurança de competência originária do tribunal, pois, uma vez interposto o agravo interno e na presença dos pressupostos legais, o relator atribuirá o efeito suspensivo até que o referido recurso seja julgado pelo colegiado competente.

Da mesma forma – se a liminar fosse indeferida erroneamente –, o relator deve conceder o efeito antecipativo ao agravo interno, desde que presentes os seus requisitos.

Esse nosso raciocínio também é compatível com a irrecorribilidade em separado das interlocutórias, pois o escopo desse princípio é a busca pelo resultado mais efetivo do processo por meio da não concessão de efeito suspensivo a recurso que seja apto para atacá-la.⁷⁴¹

No entanto, havendo os respectivos pressupostos, é inegável a necessidade de deferimento do respectivo efeito de incidência *dependente*, até mesmo para que esse princípio conviva harmonicamente com o amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV).

⁷⁴¹ Como registra Teresa Arruda Alvim Wambier, se houver um recurso dotado de efeito suspensivo para cada uma das inúmeras decisões interlocutórias proferidas no transcorrer do feito, certamente o processo não terá resultado prático/efetivo, além de que inexistirá a necessária concentração dos atos processuais (WAMBIER, 2.000, p. 219).

Certamente, nas hipóteses excepcionais em que o efeito de incidência *dependente* (atribuído ao agravo interno) não for suficiente, restará ao prejudicado a interposição da medida cautelar ou – se esta ação autônoma não tutelar adequadamente o direito versado nas razões recursais –, deverá ser impetrado o mandado de segurança, conforme aduzimos no item 2.4.

Feitas essas considerações, entendemos que é cabível a concessão dos efeitos de incidência *dependente* (suspensivo e antecipativo) ao agravo interno.

3.3 Efeito Antecipativo Frente à Apelação

Inicialmente verificaremos as principais peculiaridades desse recurso, para adentrarmos, na seqüência, ao seu relacionamento com o efeito antecipativo.

3.3.1 Considerações gerais sobre a apelação

Nesse item, a nossa proposta reside em trazer um breve panorama da apelação (quanto à evolução história e escopo), para permitir uma melhor visualização do contexto em que o efeito antecipativo será inserido.

3.3.1.1 Breve relato da evolução histórica

Em linhas gerais, no ordenamento romano, a apelação foi fixada no período da cognição extraordinária, mas apenas podia impugnar a sentença (e não a interlocutória). Sobre essa época, adverte Vincenzo Arangio-Ruiz, que o regime da apelação foi muito alterado, pois o anterior processo privado se desenvolvia em apenas uma instância e, por essa razão, inexistia recurso ordinário para impugnar a sentença.⁷⁴²

No direito romano, existiram dois aspectos relevantes dos primórdios desse recurso, a saber:⁷⁴³

- a) a apelação era recebida tanto no efeito suspensivo, quanto devolutivo;
- b) a constituição romana denominada *Amplioem* (editada por Justiniano), determinava que se houvesse sucumbência recíproca, a apelação interposta por apenas uma das partes, poderia gerar o benefício comum

⁷⁴² Ao comentar o período da cognição extraordinária, Vincenzo Arangio-Ruiz expressa que: “*Più largamente influi sulla trasformazione della procedura il regime dell’appellatio. Mentre il processo privato dell’epoca repubblicana si svolgeva in única istanza, e contro la sentenza non esistevano gravami ordinari, fin dall’inizio del Principato si riconobbe all’imperatore il diritto di reformare le decisioni contro le quali i soccombenti si fossere appellati a lui; e non solo, a quel che pare, le decisioni uscite da altre ‘cognitiones extra ordinem’, ma anche le sentenze di iudices privati*” (ARANGIO-RUIZ, 1.960, p. 149).

⁷⁴³ MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 234.

(*beneficium commune* ou *communio remedii*) e, por conseguinte, poderia piorar a situação do recorrente.

A apelação também foi adotada pelo Direito Canônico, de forma análoga ao direito romano e, posteriormente, o cabimento desse recurso foi ampliado no direito intermédio.⁷⁴⁴

Em Portugal, o recurso de apelação passou a integrar definitivamente o ordenamento no ano de 1.446 (embora já constasse anteriormente em leis esparsas), por meio de sua inclusão nas Ordenações Afonsinas. Doravante, também foi transmitida aos ordenamentos luso-brasileiros.⁷⁴⁵

A propósito, como principais etapas históricas da apelação no Brasil, podemos mencionar:⁷⁴⁶

a) sob a égide do Regulamento n° 737 de 1.850, o seu Art. 646 apenas admitia a apelação se a causa superasse um determinado valor;

b) quando os Estados ganharam competência para legislar sobre matéria processual, alguns deles mantiveram esse limite (tais como o Art. 1.106 do CPC de São Paulo e o Art. 1.248 do CPC da Bahia);

⁷⁴⁴ Ibidem, mesma página.

⁷⁴⁵ LIMA, 1.976, p. 18.

⁷⁴⁶ MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 234.

c) ao resgatar a competência para legislar sobre matéria processual, a União elaborou o CPC/39, que vedava a interposição de apelação para impugnar as sentenças terminativas (que não ingressavam no mérito), nos termos do Art. 820;

d) no presente, o Art. 513 do CPC/73 admite apelação tanto em relação à sentença definitiva, quanto terminativa.

3.3.1.2 Escopo

No Brasil, atualmente, a apelação está regulamentada nos Arts. 513 a 521 do CPC, sendo que o seu escopo é impugnar as sentenças terminativas (não ingressam no mérito) e definitivas (adentram ao mérito). Em outros termos, a apelação é o recurso apto para impugnar o pronunciamento que tem a atividade programada de colocar fim ao processo (sentença).⁷⁴⁷

⁷⁴⁷ Chamando a atenção para a importância da apelação no contexto do sistema recursal, José Carlos Barbosa Moreira expressa que: “Na disciplina dos recursos em espécie, começa o Código, tal como seria de esperar, pela da apelação. Esta, com efeito, é o recurso por excelência, ao qual correspondem figuras com características mais ou menos semelhantes na generalidade das legislações processuais contemporâneas: além, naturalmente, do recurso homônimo existente em Portugal, a *apelación* do direito espanhol e do hispano-americano, o *appel* do francês e do belga, o *appello* do italiano, a *Berufung* do alemão e do austríaco, o *appeal* do inglês e do norte-americano, a *Appellation* de vários cantões suíços. Todos esses institutos têm como antecedente remoto comum a *appellatio romana*, cujos traços fundamentais em parte subsistem, a despeito dos influxos e das interferências que a figura não podia deixar de ter sofrido, ao longo de suas vicissitudes históricas” (MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 235).

Quanto ao seu procedimento, relevante observarmos que é interposta no juízo *a quo* e, após o devido processamento, é remetida para ser julgada perante o juízo *ad quem*.

No tocante aos aspectos contemplados nos Arts. 515 e 516, ambos do CPC, já abordamos no item 2.6, quando investigamos os efeitos recursais.

Em suma, havendo uma sentença (CPC, Art. 162, § 1º), o mecanismo de impugnação correspondente é o recurso de apelação (CPC, Art. 513).

3.3.2 Interação como o efeito antecipativo

Após constatar os principais aspectos da apelação, doravante adentraremos, propriamente, a interação deste recurso com o efeito antecipativo.

3.3.2.1 Cabimento

O efeito antecipativo é imprescindível para realizar o acesso à justiça do jurisdicionado, quando presentes os seus pressupostos.

Essa realidade ganha relevo na apelação, pois este recurso tem o escopo de impugnar o pronunciamento que, em regra, é programado para entregar a tutela jurisdicional definitivamente.⁷⁴⁸

Ora, no caso de a sentença ter sido equivocada, a parte teria que amargar a indesejável espera por anos e anos, até o julgamento da respectiva apelação.

Da mesma forma, o efeito suspensivo advindo da apelação interposta pelo réu para impugnar a sentença de procedência (proferida corretamente) prejudicará mais o autor.⁷⁴⁹

Além disso, o legislador ordinário não delineou o procedimento para a obtenção do efeito antecipativo da apelação (ao contrário do agravo de instrumento), limitando-se a mencionar a sua existência (CPC, Art. 558, parágrafo único).

Havendo essa omissão, estamos diante da necessidade de tutela diferenciada que deve ser buscada, primeiramente, nos mecanismos constantes no sistema recursal.⁷⁵⁰

⁷⁴⁸ Estudamos a sentença no item 2.1.2.

⁷⁴⁹ Semelhante repúdio a esta situação é trazido por Eduardo Talamini (TALAMINI, 2;:001, p. 292).

⁷⁵⁰ Expusemos nosso entendimento sobre *sistema* no item 3.1.

É tal como adverte Donaldo Armelin, ao expressar que:

Concluindo, impende observar que a doação de tutela diferenciada influi diretamente na celeridade processual apenas no primeiro grau de jurisdição. Por isso mesmo deve ser conjugada com outras medidas que também provoquem o mesmo efeito no procedimento recursal, ou que retirem dos recursos efeito suspensivo relativamente aos provimentos emergentes desse tipo de tutela.⁷⁵¹

Nesse contexto, a admissão da medida antecipada recursal como um efeito da apelação, se mostra importante para uma melhor sistematização na busca pela tutela jurisdicional.

3.3.2.2 Efeito suspensivo

O *caput* do Art. 520 do CPC elege o efeito suspensivo *dependente* (*natural*), como regra no recurso de apelação.⁷⁵² Entretanto, o mesmo dispositivo cria situações de exceção a esta regra, em seus incs. I a VII, isto é, nesses casos a apelação não terá suspensividade.⁷⁵³

⁷⁵¹ ARMELIN, 2.002, p. 53.

⁷⁵² Todavia, gradativamente, tem ganhado força a tentativa de tornar o efeito suspensivo uma exceção ao recurso de apelação (e não regra). Nesse sentido, o Projeto de Lei do Senado nº 136/04.

⁷⁵³ Art. 520 do CPC: “A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I – homologar a divisão ou a demarcação; II – condenar à prestação de alimentos; III – julgar a liquidação de sentença; IV – decidir o processo cautelar; V – rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; VI – julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”.

Cumulativamente, o parágrafo único do Art. 558 do CPC, determina que o pedido de efeito suspensivo possa ser concedido nas mencionadas hipóteses previstas nos incs. do Art. 520 do CPC, ou seja, quando a apelação apenas for recebida no efeito devolutivo, ao expressar:

Art. 558: O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único: Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do Art. 520.

Esta redação não deixa dúvida sobre a possibilidade de atribuição do efeito suspensivo *dependente*,⁷⁵⁴ ao recurso de apelação. Entretanto, existem outras ações que também comportam o recebimento da apelação no efeito meramente devolutivo e não estão no rol trazido pelos incs. do Art. 520 do CPC.

Nesse sentido temos – dentre outras –, as sentenças, a saber: a) proferida na interdição (CPC, Art. 1.184); b) de procedência de despejo (Lei nº 8.245/91, Art. 58, inc. V); c) proferida no mandado de segurança (Lei nº 1.533/51, Art. 12, parágrafo único).

⁷⁵⁴ Conforme analisamos no item 2.6.1, os efeitos podem incidir de duas formas diversas, a saber: a) *natural (ou independente)*, quando é da natureza do recurso e, por isso, a sua incidência não depende de pedido do recorrente; b) *dependente*, quando é agregado excepcionalmente ao recurso e, por essa razão, a sua concessão fica na dependência dos pressupostos pertinentes.

Isso nos leva à inevitável indagação: O rol constante nos incs. do Art. 520 do CPC é taxativo ou exemplificativo?

Inicialmente, salientamos que tanto o anteprojeto de Alfredo Buzaid (Art. 605), quanto o projeto definitivo (Art. 572) apenas previam a suspensão pelo relator, sendo que o parágrafo único do Art. 558 do CPC⁷⁵⁵ foi criado e inserido no mencionado dispositivo pelo Senado.

Nada obstante a louvável intenção do legislador, houve manifesta impropriedade técnica, pois o aludido dispositivo não guardava relação com a matéria versada no capítulo VII do CPC (referente à ordem dos processos no tribunal). Por essa razão, a Comissão de Reforma esvaziou o seu conteúdo e colocou em seu lugar a atual redação trazida pela Lei nº 9.139/95.⁷⁵⁶

Nessa seara, logo após a vigência da Lei nº 9.139/95, vozes autorizadas na doutrina afirmaram que o rol das hipóteses do Art. 520 do CPC seria taxativo (e não exemplificativo), pois esgotaria as possibilidades e, portanto, não haveria margem para a aplicação da interpretação ampliativa.⁷⁵⁷

⁷⁵⁵ O mencionado parágrafo delegava competência ao juiz da causa, para apreciar o pedido de efeito suspensivo, enquanto o agravo não tivesse subido.

⁷⁵⁶ ALVIM, 1.996, p. 120.

⁷⁵⁷ Nesse sentido: *Ibidem*, p. 122; WAMBIER, 2.000, p. 248.

Existe, inclusive, acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina nesse sentido.⁷⁵⁸ Dentro desse contexto, se o interessado pretendesse atribuir o efeito suspensivo à apelação (em hipótese alheia ao rol do Art. 520 do CPC), deveria socorrer-se do mandado de segurança (desde que os seus pressupostos estivessem presentes e passíveis de demonstração pré-constituída).

Registramos a mudança de posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier, que passou a admitir o efeito suspensivo em situações alheias aos incs. do Art. 520 do CPC, diante da necessidade de o sistema jurídico ser interpretado em seu conjunto, ao expressar:⁷⁵⁹

Hoje, parece-nos ser esta a opinião mais acertada, já que o sistema jurídico positivo deve ser interpretado como um todo. Por isso, na verdade, os outros casos a respeito dos quais o legislador dispõe em leis extravagantes são como se fossem outros incs. do Art. 520, que apenas formalmente não estão ali.⁷⁶⁰

⁷⁵⁸ Tribunal de Justiça-SC, 1ª Câmara Cível, Agravo Regimental nº 96.004072-2, Rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 27/08/96, Juris Síntese nº 805917, expressando: “No magistério de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, tratando-se de norma de caráter excepcional, o Art. 558, parágrafo único do CPC, na sua atual redação, impõe-se interpretado restritivamente. Destarte, apenas no referente às apelações interpostas das sentenças prolatadas nas causas referidas no Art. 520 do mesmo Código está autorizada a concessão de efeito suspensivo, através de agravo. Em todas as demais hipóteses, entre as quais se inserem os ataques recursais às sentenças que acolhem as ações de despejo, o efeito suspensivo somente poderá ser obtido através de mandado de segurança, e exclusivamente quando o ato decisório for ilegal e abusivo, implicando em violação do direito da parte”.

⁷⁵⁹ WAMBIER, 2.000, p. 310-311.

⁷⁶⁰ Entendimento análogo é defendido por José Carlos Barbosa Moreira, ao expressar: “Conquanto se fale, em termos restritos, das ‘hipóteses do Art. 520’ (2ª parte), parece correto entender que a norma alcança todos os casos em que a apelação seja desprovida, por exceção, do efeito suspensivo, quer previstos no próprio Código (e convém lembrar que, neste mesmo, há mais o do Art. 1.184), quer em leis extravagantes” (MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 371). No mesmo sentido, William Santos Ferreira argumenta que a interpretação ampliativa do parágrafo único do Art. 558 do CPC é condição para uma melhor integração do sistema processual (FERREIRA, 2.000, p. 264).

Igualmente, Valentina Jungmann Cintra Alla⁷⁶¹ sustenta que a mencionada determinação deve ser estendida para todas as demais hipóteses do sistema processual civil, ante a necessidade de ser interpretado ampliativamente, pois atribui a oportunidade de o juiz voltar a aplicar a regra geral da suspensividade recursal.⁷⁶²

Em nosso entendimento, obviamente, o legislador falhou ao redigir o projeto de lei que redundou no parágrafo único, do Art. 558 do CPC.

Entretanto, não há como negarmos a concessão do efeito suspensivo para todas as hipóteses de recebimento da apelação no efeito meramente devolutivo (inclusive as que forem alheias ao rol do Art. 520 do CPC), desde que seja relevante o fundamento, bem como possa resultar lesão grave e de difícil reparação.⁷⁶³

⁷⁶¹ ALLA, 1.998, p. 165.

⁷⁶² O mesmo posicionamento é defendido por CARNEIRO, 1.998, p. 78.

⁷⁶³ Em consonância o acórdão do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, 3ª Turma, Agravo nº 2003.02.01.002716-3, Rel. Juiz Fed. Conv. José Neiva, DJU de 25/02/05, p. 213, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL – EFEITO SUSPENSIVO APELAÇÃO DE SENTENÇA – MANDADO DE SEGURANÇA – MILITAR – PENSÃO ESPECIAL – EX-COMBATENTE – 1 – Agravo de Instrumento que objetiva atribuir efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto nos autos do Mandado de Segurança ensejar a suspensão da execução da sentença proferida pelo r. Juízo *a quo*, que ajustou as pensões dos associados da agravada, para o montante equivalente ao percebido por segundo-tenente das Forças Armadas, determinando o seu imediato cumprimento. 2 – o parágrafo único do Art. 558 do CPC é aplicável ao presente recurso, consideradas a relevância da fundamentação e a possibilidade de resultar lesão grave e de difícil reparação à economia pública, já que há situação de risco presente na execução possivelmente indevida envolvendo milhares de pensionistas. 3 – É relevante o aspecto de que nem todas as pensionistas fazem jus à pensão especial de ex-combatente, correspondente a 2º Tenente das Forças Armadas, de que trata o Art. 53, III, do ADCT, havendo quem perceba pensão com base na Lei nº 4.242/63, que corresponde à de Segundo Sargento. *Tempus regit actum*. 4 – Agravo conhecido e provido”.

Os argumentos que nos conduzem a essa conclusão são: a) o uso de tutela diferenciada para garantir o acesso à justiça deve aproveitar ao máximo os mecanismos existentes na legislação e, por conseguinte, causarão menor impacto no sistema processual; b) a mencionada interpretação ampliativa viria de encontro ao escopo de eliminar o manejo anômalo do mandado de segurança, além de outorgar maior integração ao sistema jurídico processual.⁷⁶⁴

Em suma, entendemos que: a) a apelação é o único recurso em que o CPC/73 admite expressamente a incidência do efeito suspensivo *independentemente* de requerimento do recorrente; b) também poderá ser concedido o efeito suspensivo *dependente*, ou seja, se estiverem presentes o perigo da demora e a fumaça do bom direito; c) ambas as premissas anteriores também nos darão suporte para adentrarmos, na seqüência, ao efeito antecipativo.

⁷⁶⁴ Sobre a esperança de suficiência do sistema processual, para evitar o uso anômalo do mandado de segurança, José Carlos Barbosa Moreira adverte que: “É de esperar que a generalização da possibilidade de suspender-se o cumprimento da decisão agravada tenha a virtude de pôr fim, senão ao uso (*rectius*: ao abuso) do mandado de segurança contra decisões interlocutórias de primeiro grau (seria excesso de otimismo), pelo menos à prática, muito difundida nos tempos anteriores à reforma, de impetrar segurança com o objetivo único de obter efeito suspensivo para o agravo, até o respectivo julgamento, em hipóteses não previstas na lei, mediante a alegação de que, sem isso, o litigante sofreria dano injusto e irreparável. Tal impetração, a rigor, era desprovida de objeto: não se dirigia propriamente contra a decisão interlocutória, como se conceberia, dentro de certos limites, nos termos de volumosa jurisprudência, nem contra pronunciamento algum do juiz *a quo*, que não precisava emití-lo para deixar de reconhecer efeito suspensivo ao agravo. O agravante, de resto, valia-se do mandado de segurança para pleitear (com a complacência de muitos tribunais) providência gritantemente ilegal, consistente em dar ao recurso um efeito preexcluído *expressis verbis* pela lei: melancólico papel atribuído a instrumento processual que nascera com o destino de combater (e não de provocar!) atos ilegais” (MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 368).

3.3.2.3 Efeito antecipativo

Uma situação é a suspensão dos efeitos de uma sentença (que já existe) e, outra, é a concessão da tutela antecipada recursal (por meio do efeito antecipativo), para adiantar os efeitos do julgamento das razões recursais (que ainda não existe).

Essa realidade nos leva a seguinte questão: Tendo em vista que o parágrafo único do Art. 558 do CPC somente se refere à concessão do efeito suspensivo *dependente* à apelação, é possível aplicarmos esse dispositivo também em relação ao efeito antecipativo?

Para auxiliar essa nossa investigação, vamos trazer um caso prático que tivemos conhecimento, onde o autor (há muito) litigava por verba de natureza alimentar. Ao sentenciar, por equívoco, o pedido foi julgado improcedente. Simultaneamente a interposição da apelação, foi postulado pelo deferimento da tutela antecipada recursal. O juiz reconheceu o erro, contudo, indeferiu o efeito antecipativo, ante o fundamento de que não poderia inovar no processo.

Interposto agravo de instrumento dessa decisão, no Tribunal Regional Federal da Terceira Região, o relator converteu o mencionado recurso em retido (CPC, Art. 527, inc. II), ante a alegação de que após a sentença seria inadmissível a interposição de agravo de instrumento, por força do Art. 523, § 4º, do CPC.

Na seqüência esse pronunciamento do relator foi impugnado por agravo interno, mas isso não importa para este estudo. O relevante é sopesarmos se estas razões do relator subsistem em nosso sistema processual civil, para não admitir o efeito antecipativo.

Com o devido respeito, pensamos que está absolutamente equivocado esse posicionamento.

A propósito, de modo oposto a esta decisão, Teresa Arruda Alvim Wambier defende a interpretação ampliativa, para conjugarmos o Art. 273 do CPC, com o parágrafo único do Art. 558, ao expressar:⁷⁶⁵

Este pedido pode, sim, ser formulado, mas com base no Art. 273, pois o que se pede é, na verdade, a antecipação da tutela recursal. Assim não poderia deixar de ser, até por causa do princípio da isonomia. Afinal, a parte que não obtém a providência pleiteada não pode ficar em situação de desvantagem em relação àquela que recorre de decisão que concedeu a providência a seu ex-adverso. Esta poderia obter o efeito suspensivo da decisão que concedeu a medida a outra parte, mas a que a pediu, não a tendo obtido, teria de esperar até o julgamento do recurso. Esta disparidade de tratamento não se harmoniza com o sistema do Código e o correto é considerar-se que a parte possa obter a providência equivalente, ainda que com base em outro dispositivo legal, o que nos parece absolutamente circunstancial e secundário.⁷⁶⁶

Em nosso entendimento – e até para guardarmos coerência com a fundamentação trazida no item 2.6.7.3 –, na presença dos seus respectivos

⁷⁶⁵ WAMBIER, 2.000, p. 268.

⁷⁶⁶ O mesmo entendimento é defendido por João Batista Lopes (LOPES, 2.003, p. 121).

pressupostos, deverá ser concedido o efeito de incidência *dependente* adequado (antecipativo ou suspensivo), pelas seguintes razões:⁷⁶⁷

a) ainda que não existisse o Art. 558 do CPC, o efeito antecipativo é cabível com fundamento no princípio do amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, XXXV). Assim, o § 4º, do Art. 523 do CPC não se aplica, primeiro, porque foi revogado pela Lei nº 11.187/05, segundo, pois mesmo antes dessa revogação, a anterior redação permitia a interposição do agravo de instrumento em relação ao pronunciamento que dispõe sobre os efeitos da apelação e, terceiro, porque a norma infraconstitucional não pode criar embaraços para a efetiva entrega da tutela jurisdicional;

b) por se tratar de disposição sobre direito fundamental (efetividade), o parágrafo único do Art. 558 do CPC deve ser interpretado ampliativamente e, em conjunto, com o Art. 273 do CPC;⁷⁶⁸

c) se pode ser dado provimento ao mérito recursal (CPC, Art. 557, § 1º-A), não há como negarmos o poder para a concessão de mero efeito antecipativo (que é provisório);

⁷⁶⁷ Conclusão análoga é apresentada por William Ferreira Santos, com fundamento, principalmente, nos seguintes aspectos: a) o processo não pode embaraçar o direito material; b) se o juiz pode conceder na sentença, com muito maior razão, o tribunal poderá na fase recursal; c) esse entendimento pode ser obtido a partir do § 5º do Art. 273 do CPC, ao dispor que a concessão da antecipação da tutela permanecerá até o final do processo (e não até a sentença); d) se pode ser concedida com cognição parcial, também deve ser admitida na cognição exauriente; e) o § 3º do Art. 273 do CPC evidencia que a tutela pode ser concedida após a sentença, pois contempla a execução provisória (CPC, Art. 588) dos efeitos antecipados (FERREIRA, 2.000, p. 302-304).

⁷⁶⁸ Adotando conclusão similar: NEGRÃO, 1.999, p. 184.

d) se o juiz *a quo* pode conceder a tutela antecipada em sede de cognição sumária, o tribunal também poderá deferir o efeito antecipativo à apelação, pois, em regra, a cognição será exauriente e a matéria lhe foi devolvida (efeito devolutivo);⁷⁶⁹

e) a efetividade dos recursos e a conseqüente redução da impetração anômala da ação mandamental é um dos escopos do legislador reformista;⁷⁷⁰

⁷⁶⁹ Como adverte Donaldo Armelin sobre a medida antecipativa: “[...] nem toda antecipação se faz com base em cognição sumária” (ARMELIN, 2.002, p. 50).

⁷⁷⁰ Decidindo pela impossibilidade de mandado de segurança para obter efeito suspensivo à apelação, justamente porque há essa previsão no ordenamento, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.021, Rel. Min. José Delgado, DJU de 11/04/05, p. 178, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE PETIÇÃO EM OUTRO MANDAMUS NÃO-IMPUGNADO POR RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. SÚMULA Nº 267/STF. PRECEDENTES. 1. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança contra acórdão que julgou a impetrante carecedora de ação mandamental ofertada no Tribunal recorrido por entender que o remédio heróico é meio instrumental inadequado a impugnar decisão singular, a qual deveria ser atacada via agravo de instrumento. 2. Como regra geral, não se deve admitir o mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso, visto que a ação cautelar e agora o pedido de efeito suspensivo, este previsto tanto para o agravo de instrumento (Arts. 527, II, e 588 CPC) quanto para a apelação quando desprovida do referido efeito (Arts. 520 e 558, parágrafo único, CPC), revelam-se mais adequados para tutelar à situação. O *mandamus* não pode substituir o recurso adequado e, se este foi interposto, não pode justificar o exame da pretensão nela manifestada em sede diversa daquela recursal. 3. A despeito do que estabelece a Súmula nº 267/STF e de, tecnicamente, ser mais adequada a utilização da ação cautelar, a jurisprudência passou a admitir, sempre que houvesse perigo de dano de difícil reparação, o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso sem efeito suspensivo, em regra, apenas, para o fim de atribuir efeito suspensivo ao recurso dele desprovido. 4. Entretanto, desde o advento da Lei nº 9.139, de 30/11/95, que deu nova redação ao Art. 558 do CPC, e, nos casos em que a execução da providência judicial questionada possa provocar lesão grave e de difícil reparação, permitiu-se ao relator atribuir efeito suspensivo tanto ao recurso de agravo de instrumento, como ao de apelação dele desprovido. Não se justifica mais o referido entendimento e, portanto, o mandado de segurança não deve ser admitido em hipóteses como a dos autos. Precedentes de todas as Turmas desta Corte Superior. 5. O entendimento jurisprudencial pacífico desta Corte é no sentido de admitir o mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso que não o tem, desde que teratológica a decisão impugnada ou se demonstre a presença concomitante do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, inocorrentes no presente caso. Aplicação da Súmula nº 267/STF: ‘Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção’. 6. Recurso não provido”.

f) esta solução causa menor oneração às partes e ao próprio Judiciário, pois aproveita o mesmo procedimento destinado ao pleito de efeito suspensivo *dependente*;⁷⁷¹

g) não podemos perder de vista que ambos estes efeitos incidem de forma igual (*dependente*), isto é, são duas faces da mesma *moeda*, embora tenham conteúdo e conseqüências diferentes.

Diante do exposto, a apelação poderá ter efeito suspensivo e antecipativo (conforme o caso concreto), inclusive, nas hipóteses alheias ao rol do Art. 520 do CPC.

3.3.2.4 Forma de requerimento e competência

No item anterior constatamos a possibilidade de concessão da tutela antecipada recursal, por meio da interpretação ampliativa do parágrafo único do Art. 558 do CPC. Nesse tópico analisaremos o procedimento que o jurisdicionado deve adotar para postular pelo aludido efeito e o juízo competente para deliberar sobre esse pleito.

⁷⁷¹ Em sentido semelhante: ARMELIN, 1.997, p. 455.

Desde já ressaltamos que são idênticos os ritos para a atribuição, ao recurso de apelação, dos efeitos antecipativo e suspensivo *dependente*, pois ambos têm a mesma incidência (*dependente*),⁷⁷² além de usarem o mesmo dispositivo para serem processados (parágrafo único do Art. 558). Registramos que esta semelhança se refere apenas ao procedimento, pois os pressupostos e conseqüências são diferentes em relação a cada efeito.

Para aferirmos a importância desse tema, basta imaginarmos os danos advindos do equívoco de uma sentença de improcedência de pedido de seqüestro de bens (que estavam na iminência de serem dissipados), deduzido em processo cautelar. Ora, o aguardo pelo julgamento do recurso implicará na inutilidade da tutela jurisdicional, pois o réu já terá *acabado* com o patrimônio que deveria ser objeto do acautelamento.

Outro exemplo, em situação inversa (onde há necessidade do efeito suspensivo *dependente*), é o caso de uma sentença cautelar proferida erroneamente em detrimento do requerido. Por conseqüência, a respectiva apelação será recebida no efeito meramente devolutivo, permitindo a imediata – e nessa situação indesejável – produção de efeitos da sentença.

⁷⁷² Verificamos no item 2.6.1, que a incidência *independente* ou *natural* consiste no efeito que é nato (original) do recurso e independe de pedido. Já, a incidência *dependente* ocorre quando o efeito é agregado excepcionalmente ao recurso, desde que presentes os pressupostos pertinentes.

Feitas essas considerações, já é possível delimitarmos o objeto investigado nesse tópico, ou seja, a competência para a postulação do efeito antecipativo na apelação.

Em sentido amplo, ressaltamos a existência de três correntes inerentes à forma de postular pela aplicabilidade do parágrafo único do Art. 558 do CPC, a saber:

- a) a *primeira* defende que o efeito deve ser postulado perante juízo *a quo*;
- b) a *segunda* entende que deve ser requerido no juízo *ad quem*;
- c) a *terceira* – que pode ser rotulada de *intermediária* –, salienta que o efeito de incidência *dependente* pode ser pedido tanto no juízo *a quo*, quanto no *ad quem*.

O principal embasamento da *primeira* corrente reside na preclusão, pois a competência para declarar os efeitos é do juízo *a quo*. Logo, se o referido efeito não foi postulado, estaria ultrapassado o prazo para essa finalidade.

Nessa linha de raciocínio, há acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça-DF, com ementa expressando:

CIVIL E PROCESSO CIVIL – EMBARGOS – APELO – EFEITO SUSPENSIVO – PRECLUSÃO – EXECUÇÃO – EXCESSO – NORMALIDADE – NULIDADE – 1. Consoante o parágrafo único do Art. 558 do CPC, pode-se conferir, excepcionalmente, efeito suspensivo ao recurso de apelação. Todavia, necessária a interposição, no momento oportuno, de agravo de instrumento. 2. Ausente inconformismo hábil e tempestivo contra a decisão que recebeu o apelo apenas no efeito devolutivo, não há viabilidade para, na sede apelatória, perseguir a suspensão dos efeitos do julgado, em virtude da preclusão [...].⁷⁷³

A *segunda* corrente tem como principais argumentos, a posição topográfica do parágrafo único do Art. 558 do CPC, bem como a sua redação, pois determina a aplicação da suspensividade em relação à apelação, na forma do *caput* do mesmo dispositivo. E, por sua vez, o referido *caput* menciona que a competência para atribuir o efeito suspensivo será do relator.

Em outras palavras, para essa corrente, a competência seria do tribunal (e não do juiz da causa),⁷⁷⁴ pois – ao contrário do disposto na anterior redação do Art. 558, parágrafo único –, o mencionado dispositivo encontra-se inserido topograficamente no livro I do CPC (relativo ao processo de conhecimento), do título X (inerente aos recursos), do capítulo VII (referente à ordem dos processos no tribunal).

Defendendo essa corrente (mas sob o embasamento de que a sentença esgotaria a atividade do juízo *a quo*), Teori Albino Zavascki sustenta o

⁷⁷³ Tribunal de Justiça-DF, 1ª Turma Cível, Apelação nº 20020150010109-DF, Rel. Des. Valter Xavier, DJU de 23/10/02, p. 41.

⁷⁷⁴ MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 371.

cabimento do mandado de segurança para postular pelo efeito de incidência *dependente*, ao expressar:

E se a situação de perigo ocorrer após a sentença mas antes da subida dos autos ao tribunal? Nesse caso, ressalvada a especialíssima hipótese do Art. 296 do Código de Processo Civil, a competência será também do tribunal, pois o juiz de primeiro grau, tendo proferido sentença, já completou sua atividade, não mais podendo inovar no processo.⁷⁷⁵

Quanto a *terceira* corrente (intermediária), que goza de boa aceitação na seara jurídica, tem como principais argumentos: a) a impossibilidade de desprezo à competência do juízo *a quo*, para deliberar sobre os efeitos recursais (CPC, Art. 518); b) a competência do tribunal para julgar as razões recursais.⁷⁷⁶

Adotando essa corrente, Nelson Nery Júnior afirma que o parágrafo único do Art. 558: “[...] estende a possibilidade de o juiz de primeiro grau, ou o relator no tribunal, conceder efeito suspensivo ao recurso de apelação, nos casos do CPC 520”.⁷⁷⁷

⁷⁷⁵ ZAVASCKI, 1.997, p. 83.

⁷⁷⁶ Nesse sentido o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça-SC, 1ª Câmara Cível, Agravo Regimental nº 98.012557-0, Rel. Des. Pedro Manoel de Abreu, j. em 12/11/98, Juris Síntese nº 805241, expressando: “[...] A norma do Art. 558, parágrafo único do CPC, admite a concessão de efeito suspensivo às apelações que excepcionalmente não o tenham (CPC, Art. 520). Interposta a apelação, pode o magistrado, em primeiro plano, dar o efeito suspensivo, já que tem ele o juízo de admissibilidade diferido do recurso. Como a competência para proferir, de forma definitiva, esse juízo de admissibilidade é do tribunal, com muito maior razão pode o relator, conferir o efeito suspensivo, se a parte o requerer e se estiverem presentes os requisitos do Art. 558, *caput*. À vista do disposto no Art. 558, *caput*, e parágrafo único do CPC, salvo o caso de gritante violação de lei e lesão de difícil reparação, não se admitirá mandado de segurança contra sentença ou decisão de primeiro grau, porque em todas elas poderá ser obtido efeito suspensivo ao recurso, sem necessidade de impetração do *writ* com essa finalidade, a teor da Súmula nº 267, do STF”.

⁷⁷⁷ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 456.

Todavia, justamente por admitir a competência de ambos os juízos (*a quo e ad quem*), para atribuir o efeito de incidência *dependente*, há certa celeuma em relação ao momento em que termina a competência do juízo prolator da sentença, para ser iniciada a do tribunal.

Para William Santos Ferreira há dois momentos que devem ser considerados para a fixação do juízo competente para deliberar sobre o efeito de incidência *dependente*. O primeiro que vai da sentença até a interposição da apelação e o segundo que se estende da apelação até a chegada no tribunal.⁷⁷⁸

Desse modo, o Autor defende que: a) no primeiro momento, a competência é do juízo *a quo*, pois decorre do poder geral de cautela e, por sua vez, o parágrafo único do Art. 800 do CPC, apenas admite a cautelar após a interposição do recurso;⁷⁷⁹ b) no segundo momento, a competência será do relator.⁷⁸⁰

Acreditamos que a corrente intermediária é a mais adequada. E isso, porque a apuração do juízo competente para deliberar sobre o efeito de

⁷⁷⁸ FERREIRA, 2.000, p. 277-288.

⁷⁷⁹ Ibidem, p. 278. No mesmo sentido: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005, p. 294-301. Na mesma linha de raciocínio Eduardo Talamini acrescenta que deve ser aplicada a fungibilidade entre os possíveis mecanismos para a obtenção do efeito previsto no parágrafo único do Art. 558 do CPC (TALAMINI, 2.001, p. 295).

⁷⁸⁰ Ibidem, p. 285.

incidência *dependente* deverá seguir a mesma regra adotada para os demais efeitos recursais (uma vez que o efeito antecipativo está inserido nesse rol).

Por essa razão, não há qualquer ofensa ao Art. 463 do CPC (que impede a inovação do juiz *a quo* após ter proferido a sentença), ao decidir sobre o pedido de tutela antecipada recursal, na medida em que possui a competência para decidir sobre os efeitos recursais (como é o caso do antecipativo), conforme previsto no Art. 518 do CPC.

Além disso, não contraria o nosso raciocínio o fato de o *caput* do Art. 558 do CPC indicar que o relator atribuirá o efeito de incidência *independente*, pois ele deve ser aplicado apenas no que for cabível, em relação à apelação.

Isso significa que, realmente, é cabível a competência do tribunal para atribuir esse efeito ao agravo de instrumento, pois este recurso é interposto diretamente no tribunal (CPC, Art. 524). Todavia, esta parte do dispositivo não é cabível em relação à apelação, pois é interposta perante o juízo *a quo* (CPC, Art. 514).

Sendo assim, o recorrente deverá requerer o efeito antecipativo juntamente com a interposição da apelação e, preferencialmente, na própria petição do recurso.

A propósito, essa é uma das grandes vantagens de enquadrarmos o instituto da tutela antecipada recursal como um efeito do recurso, pois permite uma melhor sistematização do procedimento para obtê-la, até mesmo, pela aplicação do Art. 518 do CPC, nessa hipótese.

Porém, como bem lembra João Batista Lopes, a concessão da medida antecipativa recursal pode ser necessária após a interposição da apelação.⁷⁸¹

Nessa situação em que a apelação já foi interposta, o efeito de incidência *dependente* deverá ser postulado perante o tribunal competente.

Cumulativamente, não procede a argumentação de que estaria preclusa a decisão do juízo *a quo* inerente ao recebimento da apelação sem o efeito de incidência *dependente* pretendido, pois se o juízo *ad quem* pode dar provimento às razões recursais, inclusive isoladamente, pelo relator (CPC,

⁷⁸¹ Nesse sentido, João Batista Lopes exemplifica com muita propriedade, ao expressar: “Outro exemplo de aplicação da tutela antecipada na apelação podemos encontrar nas ações de indenização, especialmente em casos de acidentes de trânsito com danos pessoais. Suponha-se que, após sentença de procedência sujeita à apelação recebida no duplo efeito, venha o autor a efetuar despesas extraordinárias decorrentes de agravamento de lesões sofridas no acidente. Nesse caso, obrigá-lo a esperar o trânsito em julgado para reparar o mal sofrido poderá implicar ineficácia da própria tutela jurisdicional” (LOPES, 2.003, p. 119).

Art. 557, § 1º-A), com muito mais razão poderá conceder ou modificar o efeito de incidência *dependente*.⁷⁸²

Não podemos perder de vista que o conhecimento da matéria impugnada foi devolvido ao juízo *ad quem* e, por essa razão, também foi remetido o poder para dispor sobre o efeito antecipativo.

Por fim, se a apelação já estiver sido levada à mesa, estará esgotada a função do relator e, pelas razões que verificamos no item 3.2.3.10, a competência para decidir sobre esse efeito será do presidente ou vice, pré-definido pelo regimento interno do respectivo tribunal.

⁷⁸² Adotando raciocínio semelhante, o acórdão proferido pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil-SP, 3ª Câmara, Agravo de Instrumento nº 1.235.288-8–São Roque, Rel. Juiz Carvalho Viana, j. 21/10/03, Boletim Juris Síntese IOB nº 69000549, com ementa expressando: “RECURSO – Apelação – Efeitos – Recebimento, apenas no efeito devolutivo, de apelação interposta contra rejeição de embargos do devedor opostos à execução de honorários – Controvérsia acerca do valor da execução – Apelo que deve ser recebido no efeito suspensivo, para que não haja o levantamento do dinheiro depositado enquanto não houver definição do valor da dívida – Litigância de má-fé não caracterizada – Inocorrência, ainda, da alegada preclusão para o pedido de efeito suspensivo – Agravo de instrumento provido, prejudicado o regimental – Declaração de voto vencedor”. Da mesma forma o acórdão proferido pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil-SP, 9ª Câmara, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1.237.548-7/01 – São Paulo, Rel. Juiz João Carlos Garcia, j. 14/10/03, Boletim Juris Síntese IOB, nº 69000961, com ementa expressando: “RECURSO – Apelação – Interposição contra sentença que deferiu antecipação de tutela – Alegação de preclusão, pela não interposição de agravo de instrumento – Controvérsia quanto ao cabimento do recurso, se apelação, se agravo – Cabimento de apelação, por se caracterizar capítulo de sentença a antecipação da tutela – Adequação da medida cautelar para sustar os efeitos da concessão da tutela – Preliminar de carência de ação afastada – Recurso não provido. Medida cautelar – Liminar – Concessão para conferir efeito suspensivo à apelação, especificamente na parte que deferiu a tutela rescisória do contrato de franquia – Natureza da cautelar de preservação do processo – Garantia do resultado útil e justo do processo, que prescinde de ampla comprovação dos fatos alegados – Pretensão das autoras de manter os vínculos contratuais, sob pena de liquidação da empresa e do empreendimento – Pretensão das rés de darem o destino que melhor lhes aprouver ao espaço sub-locado e destinado à atividade franqueada – Prevalência da boa-fé objetiva e da justiça social – Sustação dos efeitos da antecipação da tutela concedida na sentença apelada – Recurso não provido”.

Entretanto, se a urgência não admitir que seja aguardado pela distribuição do recurso a um relator, será o caso de interposição de ação autônoma que entregará a tutela de forma mais efetiva, conforme expusemos no item 3.2.3.8. Se ambas as ações surtirem o mesmo efeito prático, então a escolha deverá recair, preferencialmente, sobre a cautelar, pois está mais amoldada ao sistema recursal.

Traçados esses aspectos, concluímos que a terceira corrente (intermediária) é a melhor para fixar o juízo competente para decidir sobre o pedido de efeito de incidência *dependente* (parágrafo único, do Art. 558 do CPC), devendo ser vista nas etapas, a saber:

a) do momento em que a sentença foi prolatada até a interposição do recurso de apelação, o pedido deverá ser formulado perante o juízo *a quo*;

b) após, a competência pertencerá ao tribunal, que será representado pelo relator a partir da distribuição até a remessa do recurso a mesa para julgamento e, fora desse período, o pleito deverá ser decidido pelo presidente ou vice, definido previamente pelo regimento interno para conhecer dos eventuais recursos extraordinário e especial (salvo se forem interpostos embargos infringentes, pois remeterão a competência ao respectivo relator, conforme trataremos no item 3.5).

3.3.2.5 Mecanismos para pedir pelo efeito de incidência *dependente*

Como verificamos no item anterior, o critério para a definição do juízo competente para decidir sobre o efeito de incidência *dependente* é o do momento da postulação.

Sendo assim, nesse tópico adentraremos aos mecanismos utilizados para o pedido do referido efeito (em ambas as instâncias), nas situações, a saber:

a) a *primeira*, verificada no período iniciado pela prolação da sentença e terminado pela interposição da apelação (com pedido de efeito antecipativo);

b) a *segunda*, ocorrida após a interposição da mencionada apelação;

c) a *terceira*, constatada pela omissão da sentença em relação ao pleito de tutela antecipada feito anteriormente.

Em relação à *primeira* situação, ou seja, quanto ao pedido de efeito de incidência *dependente* (formulado após a sentença e antes da apelação), não há muita controvérsia para os que adotam a corrente intermediária.

Isso porque tem bom trânsito na seara jurídica, o entendimento de que o pedido deve ser feito perante o juízo *a quo* e, por conseguinte, a decisão interlocutória que analisar o referido efeito (CPC, Art. 162, § 2º), poderá ser impugnada por meio de agravo de instrumento (CPC, Art. 522), pela parte prejudicada.

Nesse sentido, dentre outros: Athos Gusmão Carneiro;⁷⁸³ Cássio Scarpinella Bueno;⁷⁸⁴ José Eduardo Carreira Alvim;⁷⁸⁵ Theotônio Negrão⁷⁸⁶ e William Santos Ferreira.⁷⁸⁷ Após refletirmos sobre o tema, também já havíamos adotado esse posicionamento.⁷⁸⁸

Inclusive na vigência do § 4º, do Art. 523 do CPC, com a redação imposta pela Lei nº 9.139/95, também não existia qualquer óbice para a

⁷⁸³ Athos Gusmão Carneiro ressalva que a interposição do agravo para postular pelo efeito, que rotulamos de incidência dependente, foi adotada pela atual redação do inc. III, do Art. 527 do CPC, ao expressar: “Notemos, outrossim, que se denegada a AT e dessa decisão manifestado agravo de instrumento (já que o agravo retido seria de todo inoperante), poderá o recorrente solicitar ao relator que lhe seja liminarmente deferida a medida; não se cuida, todavia, de um impropriamente denominado “efeito ativo” do agravo, mas sim de ‘antecipação da tutela recursal’ [...]. A orientação aqui exposta foi adotada na recente Lei nº 10.352, de 26/12/01, que deu ao Art. 527, inc. III, do CPC, a redação seguinte [...]” (CARNEIRO, 2.005, p. 99-100). Lembramos que o mencionado Autor usa as letras “AT”, para abreviar a expressão Antecipação da Tutela.

⁷⁸⁴ Ressaltando a interposição de agravo de instrumento para obter o efeito suspensivo negado, tendo em vista o atual rito, Cássio Scarpinella assevera que: Diante do gravame experimentado pelo recorrente, impossível desmentir o cabimento do recurso de agravo de instrumento que, por força da sistemática imprimida pela Lei nº 9.139/95, deverá ser interposto perante o tribunal competente. No bojo deste recurso – cujo objeto é a decisão interlocutória que negou o recebimento do recurso com suspensão da exequibilidade do julgado (*rectius*: restauração da auto-executoriedade do ato estatal impugnado no mandado de segurança pela ausência de agregação de efeito suspensivo ao apelo) – deverá ser requerida a providência jurisdicional negada (a atribuição do efeito suspensivo) (BUENO, 1.999, p. 305).

⁷⁸⁵ ALVIM, 1.996, p. 121.

⁷⁸⁶ NEGRÃO, 1.999, p. 593.

⁷⁸⁷ FERREIRA, 2.000, p. 279-280.

⁷⁸⁸ FRANZÉ, 2.006, p. 258-261.

interposição do agravo na forma de instrumento (após a sentença), pois o legislador infraconstitucional não pode criar embaraços para o amplo acesso à justiça do jurisdicionado (CF, Art. 5º, inc. XXXV).⁷⁸⁹ Além disso, com a vigência da Lei nº 10.352/01, foi dada nova redação ao referido dispositivo, possibilitando a interposição do agravo de instrumento em relação aos efeitos recursais. Atualmente, o mencionado § 4º foi revogado pela Lei nº 11.187/05.

Aliás, o uso do agravo de instrumento também é recomendável, pois existe entendimento jurisprudencial, no sentido de que o efeito de incidência *dependente* deve ser requerido em primeiro grau, concomitantemente com a interposição da apelação, sob pena de ficar preclusa a matéria.⁷⁹⁰

Contudo, no tocante à *segunda* situação (verificada no período posterior à sentença), existe certa controvérsia, pois os principais mecanismos

⁷⁸⁹ Tribunal de Justiça-MT, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 8.244, Classe II-15, Rel. Des. Ernani Vieira dos Santos, j. em 11/03/98, Juris Síntese nº 50003595, com ementa expressando: “Efeito Devolutivo. Pretendido o Efeito Suspensivo. Aplicação do Art. 558. Parágrafo único. Pode ser dado efeito suspensivo ao recurso nos casos previstos no Art. 520 do CPC, desde que seja relevante o fundamento invocado e da execução possa resultar lesão grave e de difícil reparação, inequivocamente demonstrada pelo agravante”. No mesmo sentido ainda: Tribunal de Justiça-SP, 3ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 127.428-5, Rel. Des. Pires de Araújo, j. em 16/11/99, Boletim Juris-Síntese nº 13040481; Segundo Tribunal de Alçada Civil-SP, 12ª Câmara, Agravo de Instrumento nº 572.634-00/6, Rel. Juiz Campos Petroni, j. em 05/08/99, Informativo Juris-Síntese, nº 104023; Tribunal de Alçada-MG, 3ª Câmara Civil, Agravo de Instrumento nº 0270234-1, Rel. Juiz Dorival Guimarães Pereira, j. em 28/12/98, Boletim Juris-Síntese nº 34016184 JCPC.558.

⁷⁹⁰ Nesse sentido, Primeiro Tribunal de Alçada Civil-SP, 12ª Câmara, Agravo de Instrumento nº 714.141-9/9, Rel. Juiz Roberto Bedaque, j. em 31/10/96, IOB/NOV/97, expressando: “CPC. Art. 558. Parágrafo único. Via inadequada. Recurso. Agravo de instrumento. Efeito suspensivo. Recurso. Agravo de instrumento. Pretensão dos agravantes a efeito suspensivo de apelação. Inadequação. Necessidade do requerimento do efeito pretendido quando da interposição do recurso. Art. 558, parágrafo único do Código de Processo Civil. Recurso não conhecido”.

debatidos na seara jurídica para transportar o pedido de efeito *dependente* (suspensivo ou antecipativo), são: a) mandado de segurança; b) medida cautelar; c) uma simples petição.

Após ponderar que a questão é apenas de natureza prática, pois reside em buscarmos o meio mais adequado para levar o pedido ao tribunal *ad quem*, Teori Albino Zavascki defende a utilização do mandado de segurança, ao expressar:⁷⁹¹

O mandado de segurança é a via que, em caráter excepcional, pode ser utilizada para antecipar tutela perante os tribunais da instância ordinária. O objeto dessa ação não é o de ver reformada a decisão judicial da instância inferior, mas sim o de obter medida que resguarde potencial de eficácia ao julgamento do recurso próprio contra ela interposto. Busca-se, em outras palavras, resguardar a utilidade da prestação jurisdicional na fase de recurso.⁷⁹²

Sustentando o cabimento da medida cautelar (CPC, Art. 800, parágrafo único), Athos Gusmão Carneiro adverte que também será o mecanismo apto para ser usado no período entre a interposição da apelação até a respectiva distribuição ao relator, além de acrescentar que ficará preventa a competência do relator em relação à apelação.⁷⁹³

Para José Eduardo Carneira Alvim,⁷⁹⁴ se o pedido for feito diretamente no tribunal (ao invés de cautelar), bastaria mero requerimento, por intermédio de

⁷⁹¹ ZAVASCKI, 1.997, p. 83.

⁷⁹² Ibidem, p. 152.

⁷⁹³ CARNEIRO, 1.998, p. 78.

⁷⁹⁴ ALVIM, 1.996, p. 121.

petição destinada ao relator (se a apelação já estiver distribuída) ou ao presidente do tribunal (se não estiver distribuída).⁷⁹⁵ No mesmo sentido, William Santos Ferreira, embora admita subsidiariamente, a utilização da medida cautelar.⁷⁹⁶

Entendimento similar é trazido pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, ao admitir o uso de mero requerimento dirigido ao Tribunal competente, para a concessão do efeito suspensivo.⁷⁹⁷

Feitas essas considerações, entendemos que, em regra, o mecanismo cabível é a medida cautelar, pois está prevista no parágrafo único do Art. 800 do CPC, que expressa:

Art. 800: As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.
Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.

Com relação ao aludido parágrafo único, concordamos com Cássio Scarpinella Bueno, quando afirma que a interposição do recurso é condição

⁷⁹⁵ O inc. XV do Art. 93 da CF (com redação trazida pela Emenda Constitucional nº 45/04), passou a determinar a distribuição imediata dos processos.

⁷⁹⁶ FERREIRA, 2.000, p. 285.

⁷⁹⁷ Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp nº 178.072, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 03/11/99, p. 167, expressa: “[...] II – Inovação introduzida no Art. 558, parágrafo único, CPC, pela ‘Reforma’, prevê a faculdade de se imprimir, em casos de fundamento relevante e da possibilidade de lesão de difícil reparação, efeito suspensivo à apelação nas hipóteses elencadas nos incs. do Art. 520. A eficácia desse provimento, que depende de requerimento fundamentado do recorrente, vai somente até o julgamento em segundo grau”.

suficiente para determinar a transferência da competência, ao tribunal, para deliberar sobre a medida cautelar.⁷⁹⁸

Emerge desse dispositivo, que após a interposição da apelação, o efeito de incidência *dependente* deverá ser pedido no tribunal, por meio de cautelar.

É bem verdade, que a concessão de efeito antecipativo por meio de cautelar ultrapassa os limites do acautelamento, uma vez que estará adiantando os efeitos do resultado final (e não propriamente assegurando, como é próprio da cautelar), conforme verificamos no item 1.3.3.

Entretanto, em se tratando de tutela diferenciada (como ocorre com a antecipação da tutela recursal), devemos utilizar, ao máximo, as ferramentas constantes no sistema processual para materializá-la, inclusive, para evitarmos arbitrariedades.

Ora, se a medida cautelar é o caminho para a postulação do efeito suspensivo, que é concedido com fundamento em pressupostos equivalentes

⁷⁹⁸ Sobre esse entendimento, Cássio Scarpinella expressa que: “Com o devido respeito, temos para nós que a razão está com aqueles que entendem que a interposição do recurso é causa suficiente para que a competência para conhecimento e processamento da ação cautelar, nos precisos termos do parágrafo único do Art. 800 do CPC, seja transferida para o tribunal competente para a apreciação da causa em sede recursal. Nesse sentido, a regra do parágrafo único do Art. 800 do CPC seria mais uma regra de competência do que, especificamente, uma regra criadora de algo que, genericamente, já não constava do sistema, ou seja, o exercício do poder geral cautelar na fase recursal” (BUENO, 1.999, p. 315).

aos da cautelar (conforme apuramos no item 2.6.7.6), também deve ser para o pedido do antecipativo, pois ambos têm incidência *dependente*.

Evidenciando a semelhança formal (e não material) entre a cautelar e a medida antecipativa, registra Sérgio Bermudes que:⁷⁹⁹

Não há dúvida de que a antecipação da tutela guarda semelhanças formais (e não materiais) com a proteção de natureza cautelar. Dela, entretanto, se dissocia e se distancia porque a providência cautelar é necessariamente efêmera, já que eficaz apenas enquanto durar o processo principal (Art. 807), ao passo que o instituto agora examinado consubstancia a prestação da jurisdição reclamada com a possibilidade de eficácia permanente.⁸⁰⁰

Isso nos leva a concluir que o mecanismo da medida cautelar é mais adequado para o jurisdicionado postular pelo efeito antecipativo, embora não tenha sido concebido para essa finalidade.

⁷⁹⁹ BERMUDES, 1.996, p. 35.

⁸⁰⁰ Também propondo que a medida antecipativa seja tratada no contexto do procedimento da cautelar, diante da semelhança formal entre ambas, Cândido Rangel Dinamarco consigna que: “Constitui fio condutor da presente exposição e de todas as propostas nela contidas a assertiva de que, conquanto suscetíveis de uma distinção conceitual mais ou menos clara, as medidas cautelares e as antecipatórias de tutela integram uma categoria só, mais ampla, que é a das ‘medidas urgentes’ [...]. A essa premissa metodológica associa-se o tratamento homogêneo de que são merecedoras as duas espécies de medidas de urgência. Ao longo desta exposição alinharam-se razões para considerar admissível a tutela antecipada ainda antes da instauração do processo principal (CPC, Art. 796), para ter-se por competente para essa tutela antecedente aquele mesmo juiz que será competente para tal processo (Art. 800), para condicionar a eficácia daquela à propositura da demanda principal em trinta dias a contar da efetivação (Art. 808, inc. I), para vedar a reedição de medida antecipatória que haja perdido a eficácia (Art. 800, par.) [...]” (DINAMARCO, 2.005, p. 90). Todavia, embora concordamos com a semelhança formal, discordamos do enquadramento das tutelas cautelar e antecipatória como medidas de urgência, pois a tutela antecipada, por exemplo, pode ser concedida no caso de protelação (CPC, Art. 273, inc. II), onde a urgência não é pressuposto. Por isso, conforme verificamos no item 1.3.3, entendemos que elas devem ser inseridas na categoria das medidas sumárias (e não de urgência).

Essa previsão da medida cautelar afasta o mandado de segurança (conforme verificamos no item 2.4), pois o remédio heróico apenas teria cabimento se os demais meios existentes no sistema processual não fossem suficientes.

Por sua vez, a interposição de mera petição, a rigor, não passa de um mecanismo para o jurisdicionado postular pelo poder geral de cautela do juiz (que, se presentes os requisitos, também concederá o efeito antecipativo), ou seja, é uma forma de simplificação da medida cautelar.

Porém, essa petição somente poderia ser admitida se o recurso já estiver no tribunal e for interposto nos próprios autos, pois essa localização permitirá que o juízo *ad quem* tenha acesso às peças que integram o processo para embasar a sua decisão. Do contrário deve ser interposta medida cautelar, inclusive, com o traslado das peças indispensáveis para a concessão do efeito de incidência *dependente* pretendido, conforme determina o parágrafo único do Art. 800 do CPC.

A propósito desse mero pedido é interessante assinalarmos que o Supremo Tribunal Federal passou a chamá-lo de *petição (PET)*. Assim, é comum o jurisdicionado ingressar com uma medida cautelar para atribuir efeito de incidência *dependente* a recurso (suspensivo ou antecipativo) e a mesma ser cadastrada no sistema daquele Sodalício como *PET*.

No tocante à *terceira* situação (sentença que não aprecia o pedido de tutela antecipada), conforme verificamos no item 2.1.2, o fato de o pronunciamento conter em seu bojo (ou não), a decisão sobre a antecipação da tutela, não retira a sua natureza jurídica de sentença, pois não perdeu a sua finalidade programada de colocar termo ao processo.

Sendo sentença e havendo a respectiva omissão quanto ao prévio pedido da medida antecipativa, o mecanismo cabível para que o juízo se manifeste é a interposição dos embargos declaratórios, com fundamento no inc. I, do Art. 535 do CPC.⁸⁰¹

Por conseguinte, o pronunciamento que deliberar sobre estes embargos fará parte integrante da sentença e, por essa razão, poderá ser desafiado por meio de apelação (CPC, Art. 513), sendo certo que a decisão de recebimento desse recurso será interlocutória, ou seja, passível de ser impugnada por agravo de instrumento (CPC, Arts. 162, § 2º e 522).

Feitas essas importantes considerações, concluímos que: a) o mecanismo para veicular o pedido de concessão do efeito de incidência *dependente*, no lapso temporal que vai da sentença até a interposição da

⁸⁰¹ O Art. 535 do CPC expressa: “Cabem embargos de declaração quando: I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”.

apelação, é o pedido ao juízo *a quo*; b) por isso, é recomendável que, juntamente com a interposição da apelação, o recorrente também postule pelo mencionado efeito; c) o pronunciamento do magistrado sobre o referido pleito será decisão interlocutória (CPC, Art. 162, § 2º) e, por essa razão, é passível de ser impugnado por meio de agravo de instrumento (CPC, Art. 522); d) após a interposição da apelação, o efeito deverá ser requerido ao tribunal competente, por meio de medida cautelar (CPC, Art. 800, parágrafo único); e) se a sentença for omissa em relação ao pedido da medida antecipativa são cabíveis embargos declaratórios (CPC, Art. 535, inc. I).

3.3.2.6 Efeito antecipativo pedido pelo autor-apelante em relação à sentença de improcedência do pedido

Conforme salientamos no item 2.6.7.7.3, a sentença de improcedência não afasta, por si, a verossimilhança e a prova inequívoca, pois estas deverão ser verificadas em razão da existência da alta probabilidade de provimento das razões recursais.⁸⁰²

⁸⁰² Sobre essa realidade, bem observa Eduardo Talamini que: “Não se ignora a possibilidade de que o autor derrotado na sentença tenha efetivamente razão e corra o risco de que o provimento recursal que lhe daria ganho de causa, venha a ser ineficaz” (TALAMINI, 2.001, p. 292).

Chegamos a essa conclusão pelos fundamentos, a saber: a) a prova inequívoca deve ser interpretada a luz da verossimilhança, para ser entendida como a exigência de um alto grau de probabilidade (e não absoluto); b) o destinatário das provas é o judiciário (e não o juiz propriamente); c) o efeito devolutivo delega a competência ao juízo *ad quem* para reexaminar as razões recursais; d) esse entendimento já é feito, quando o tribunal analisa a sentença para ver se concede o efeito suspensivo *dependente* previsto no parágrafo único do Art. 558 do CPC; e) a antecipação da tutela é um adiantamento dos efeitos necessários e suficientes advindos da tutela definitiva (e não da sentença); f) se o juízo *a quo* pode conceder a antecipação da tutela, com muito mais razão o juízo *ad quem* poderá concedê-la em sede de cognição exauriente.

Essa situação é bem ilustrada pelo exemplo em que o pai (com problemas mentais), retira clandestinamente da guarda materna o filho (menor impúbere), colocando em risco a integridade física da criança.

Para piorar a situação, por equívoco, a sentença julga improcedente o pedido da mãe, para ser decretada a busca e apreensão do filho. A genitora interpõe apelação. Contudo, quando o referido recurso for julgado pelo tribunal *ad quem*, muito provavelmente, a criança já terá sofrido danos irreparáveis.

Ora, esse equívoco da sentença não pode impedir a concessão do efeito antecipativo, até mesmo, sob pena de frustrar a entrega da tutela jurisdicional (CF, Art. 5º, inc. XXXV).

No entanto, se é possível conceder o efeito antecipativo à apelação, indagamos: Qual é o procedimento que o recorrente deve adotar para requerê-lo?

Conforme verificamos no capítulo anterior, o apelante deve pedir por esse efeito, até a interposição da apelação, ao juiz prolator da sentença, pois, após, essa competência (em relação ao apelante) é repassada ao juízo *ad quem*.

Desse modo, o caminho mais recomendável é que o recorrente, juntamente com a petição de sua apelação, também peça ao juízo *a quo* o efeito antecipativo, inclusive, esclarecendo os pressupostos gerais e específicos que incidirem na espécie.

Quanto aos pressupostos gerais, o apelante deverá demonstrar a probabilidade máxima de seu recurso ser provido e o conseqüente equívoco da sentença impugnada (diante da conjugação dos substantivos *prova inequívoca* e *verossimilhança*, previstos no Art. 273, *caput*, do CPC).

Já, a irreversibilidade da medida deve ser demonstrada no plano dos fatos (CPC, Art. 273, § 2º), ou, na impossibilidade, é necessário caracterizar

os pressupostos pertinentes para a aplicação do princípio da proporcionalidade, a saber: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.⁸⁰³

No tocante aos pressupostos específicos, o apelante deverá demonstrar a urgência (CPC, Art. 273, inc. I); ou a protelação (CPC, Art. 273, inc. II); ou a incontrovérsia (CPC, Art. 273, § 6º).⁸⁰⁴

A urgência (que equivale ao perigo da demora), ou fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, Art. 273, inc. I), se materializa pela resposta afirmativa à seguinte questão: Se o efeito antecipativo não for concedido naquele momento inviabilizará a entrega da tutela jurisdicional?

Se a resposta for positiva, invariavelmente, estaremos diante da urgência que é um dos pressupostos do mencionado efeito antecipativo. Do contrário não estará caracterizado o perigo da demora.

Com relação à protelação e à incontrovérsia, deverá ser demonstrado o cometimento de um desses atos e, por conseguinte, que a sentença não apreciou adequadamente os mesmos.

⁸⁰³ Analisamos os pressupostos da proporcionalidade no item 2.6.7.7.4.

⁸⁰⁴ Verificamos os pressupostos específicos e gerais necessários para a concessão do efeito antecipativo, no item 2.6.7.7.

Por derradeiro (como verificamos no tópico anterior), se o referido efeito for indeferido, estaremos diante de uma decisão interlocutória (CPC, Art. 162, § 2º) que, nos termos do Art. 522 do CPC, poderá ser desafiada por agravo de instrumento.

Em suma é possível a concessão do efeito antecipativo em relação à apelação que impugna a sentença de improcedência da ação, desde que demonstrados os respectivos pressupostos gerais e específicos.

3.3.2.7 Efeito antecipativo pedido pelo autor-apelante em relação à sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito

A primeira impressão transmitida por uma sentença terminativa, ou seja, que extinguiu o processo sem julgamento de mérito (seja por ausência de pressuposto de admissibilidade ou de condição da ação), é que não poderia ser deferido o efeito antecipativo.

Isso ocorre, porque partimos do raciocínio, pelo qual, mesmo se o juízo *ad quem* der provimento às razões recursais, quando muito, seria apenas para anular a sentença e determinar que fosse proferida outra em seu lugar.

Discorrendo sobre o tema, William Santos Ferreira defende a concessão da tutela antecipada recursal em caráter provisório, isto é, apenas até o recurso voltar para o juiz *a quo*, quando deverá ser reapreciado. E isso, porque se trataria de questão de competência do tribunal, em razão do Art. 800 do CPC, além de que a antecipação não implica no julgamento de mérito, pois apenas se refere ao adiantamento dos seus efeitos.⁸⁰⁵

Em nosso entendimento, é inquestionável o direito de o jurisdicionado obter a tutela efetiva e adequada, até mesmo, sob pena de violar o princípio do amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV).

Todavia, pensamos que a matéria ficou pacificada após o advento da Lei nº 10.352/01 (ao inserir o § 3º do Art. 515 do CPC) e da Lei nº 11.276/06 (ao introduzir o § 4º do Art. 515 do CPC), que discorremos no item 2.6.4, pois:

a) a primeira lei trasladou competência ao tribunal *ad quem* para julgar o mérito recursal em único grau de jurisdição, quando se tratar de sentença de extinção do processo sem julgamento de mérito, versar sobre matéria de direito e o feito estiver maduro, isto é, em condições de imediato julgamento;⁸⁰⁶

⁸⁰⁵ FERREIRA, 2.000, p. 294-296.

⁸⁰⁶ Para Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, este dispositivo não é inconstitucional, uma vez que é compatível com o princípio do duplo grau, pois os princípios não são rígidos, isto é, devem ceder frente ao interesse coletivo materializado pela instrumentalidade e celeridade do processo (WAMBIER; WAMBIER, 2.002, p. 140-141). Em sentido contrário José Rogério Cruz e Tucci defende a inconstitucionalidade desse dispositivo diante do indevido enaltecimento da instrumentalidade (CRUZ; TUCCI, 2.002, p. 57).

b) a segunda permite que o tribunal *ad quem* prossiga no julgamento da apelação, após produzir a diligência necessária para solucionar eventual nulidade sanável.

Por exemplo, tivemos conhecimento de uma ação civil pública interposta pelo Ministério Público para impedir o tráfego de trens até que a empresa responsável fizesse os imprescindíveis reparos na malha ferroviária.

Nessa hipótese, se o juiz extinguir a inicial sem julgamento de mérito (com fundamento na ilegitimidade do Ministério Público), nada impede que o mesmo interponha apelação e também postule pelo efeito antecipativo para impedir o mencionado tráfego.

Caso o juízo *a quo* indefira o efeito antecipativo, essa decisão interlocutória poderá ser desafiada por agravo de instrumento (CPC, Art. 522). Por sua vez, desde que presentes os respectivos pressupostos, o referido efeito deverá ser deferido, sob pena de denegar a tutela jurisdicional (CF, Art. 5º, inc. XXXV). Ademais, caso seja concedido pelo tribunal *ad quem*, não haverá supressão de instância diante da interpretação ampliativa dos §§ 3º e 4º, do Art. 515 do CPC, bem como pela proporcionalidade dos valores envolvidos.

Por essas razões, notadamente após os §§ 3º e 4º do Art. 515 do CPC,⁸⁰⁷ entendemos que é possível a concessão do efeito antecipativo em relação à sentença de extinção do processo sem julgamento de mérito.

3.3.2.8 Efeito antecipativo pedido pelo autor-apelante em relação à apelação de sentença de procedência recebida no efeito suspensivo

Nesse item investigaremos: a) como o autor-apelado deve proceder para afastar o efeito suspensivo atribuído ao recurso de apelação do réu-apelante; b) se estamos diante de efeito do recurso (antecipativo) ou da antecipação dos efeitos da tutela (CPC, Art. 273 do CPC).

Ao eleger o efeito suspensivo como regra no recurso de apelação, o CPC/73 impede a execução imediata da sentença na maioria das situações (Art. 520). Aliás, pelos motivos elencados no item 2.6.2.1, esta forma de incidência da suspensividade é *independente*, pois o mero recebimento já é

⁸⁰⁷ Apresentando conclusão similar, Clóvis Fedrizzi Rodrigues expressa: “[...] Em tal situação, não impede o tribunal *ad quem* apreciar o pedido, incontinenter, de antecipação de tutela, analisando os motivos pelos quais o juiz os rejeitou, evitando permanecer os autos no tribunal, quer em prol dos princípios da efetividade e da economia processual, quer por força da aplicação analógica do novel parágrafo único do Art. 558 do CPC. Além disso, cassada a sentença que extinguiu o feito, sem exame do mérito (Art. 267, I, do CPC), aplica-se ao caso o § 3º do Art. 515 do CPC, a ensejar desde logo a apreciação da lide, quando se cuidar de questão exclusivamente de direito e em condições de imediato julgamento (RODRIGUES, 2.005, p. 98).

suficiente para a decretação do efeito suspensivo da apelação, mesmo que inexistia pedido do recorrente nesse sentido.

Salientamos, conforme estudamos no item 1.5.6.6, que no direito italiano, a apelação não possui efeito suspensivo como regra, permitindo a execução provisória da sentença (CPC italiano, Art. 282).⁸⁰⁸

Essa realidade implica no adiamento da produção dos efeitos do pronunciamento, até que seja julgado o respectivo recurso.

De fato – em muitas dessas situações e desde que presentes os respectivos pressupostos –, o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, pelo juízo *a quo* pode impedir maiores danos ao autor, uma vez que a apelação será destituída do efeito suspensivo *independente* (CPC, Art. 520, inc. VII).

Entretanto, pode ocorrer que apesar de a ação ter sido julgada procedente não houve o pedido de tutela antecipada, pelos motivos, a saber: a) aparecimento posterior à sentença dos pressupostos para a concessão da medida; b) mudança de entendimento jurisprudencial, passando a permitir que o autor postule pela antecipação da tutela em relação ao objeto da ação.

⁸⁰⁸ Os legisladores brasileiros também buscam que o efeito suspensivo seja tido como uma exceção ao recurso de apelação (e não regra). Nesse sentido, o Projeto de Lei do Senado nº 136/04.

Um exemplo prático do item “a” é a distribuição de ação ajuizada pelo segurado em relação ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), para receber determinado benefício que lhe está sendo sonegado indevidamente. Após a prolação da sentença de procedência o autor é acometido de grave enfermidade, passando a necessitar urgentemente desse benefício para arcar com as despesas de seu tratamento de saúde.

Como exemplo do item “b”, mencionamos o autor que, embora satisfeitos os pressupostos, deixa de pedir pela medida antecipativa para a concessão de benefício previdenciário por saber que o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Declaratória nº 4-6, concedeu liminar (com eficácia vinculante e *erga omnes*) para reconhecer a constitucionalidade do Art. 1º da Lei nº 9.494/97 (que embaraça a concessão de liminares em relação ao poder público).

No entanto, após a sentença, o Supremo edita a Súmula nº 729 (como de fato editou) que passou a admitir a medida em ação de natureza previdenciária.⁸⁰⁹

Nessas hipóteses, o tempo correrá a favor do réu (e não do autor), pois poderá apelar protelatoriamente para *ganhar* os anos advindos do

⁸⁰⁹ Abordamos esta ação declaratória e a Súmula nº 729 do item 3.2.3.11.

represamento que seu recurso ficará no tribunal aguardando o julgamento.⁸¹⁰

Ora, não há como negarmos que a tutela jurisdicional será ineficaz se apenas for entregue no final e, por essa razão, deve ser concedida (desde que presentes os seus pressupostos).

Todavia, não estamos propriamente diante da tutela antecipada recursal (efeito antecipativo). Em verdade o que ocorre é a concessão da antecipação da tutela pelo juiz de primeira instância para dar executividade imediata ao seu pronunciamento, na forma do Art. 273 do CPC.

E isso, basicamente, por dois fundamentos, a saber: a) o apelado não tem legitimidade para pedir pelo efeito antecipativo ao recurso da parte adversa; b) não se trata de consequência (efeito) do recurso.

Feitas essas considerações, existem dois momentos em que a necessidade da medida antecipativa pode surgir para o apelado, isto é, antes

⁸¹⁰ Sobre essa odiosa possibilidade de o réu usar o processo para procrastinar o direito do autor, Luiz Guilherme Marinoni expressa que: “O processo, como já foi dito, ainda que atribua ao autor o bem da vida perseguido, acarreta-lhe um dano marginal, provocado, principalmente, pela indisponibilidade do bem ou do capital durante o curso do processo, ou durante o tempo em que o bem não esteve disponível para o autor por estar nas mãos do réu. O dano que é imposto àquele que reivindica o bem e o benefício que é gerado à parte que o mantém indevidamente no seu patrimônio são proporcionais à demora da justiça. É exatamente por isto, que o atual processo civil brasileiro é um ótimo negócio, ou um excelente investimento econômico, para o réu que não tem razão” (MARINONI, 2.003, p. 177).

ou após a resposta da apelação. Isto é importante, pois até o momento da interposição das contra-razões da apelação, a competência para decidir sobre o pedido de tutela antecipada será do juízo *a quo* e, após, será do *ad quem*.

Recaindo a competência sobre a primeira instância, caberá ao autor postular (no momento de responder a apelação), pela antecipação da tutela para permitir o cumprimento imediato da sentença.

Qualquer que seja a decisão do juízo *a quo*, será interlocutória e, por essa razão, pode ser impugnada por meio do recurso de agravo de instrumento pela parte prejudicada (CPC, Art. 522).

Por outro ângulo, se a motivação da tutela surgir após as contra-razões, o pedido deve ser feito, ao tribunal, preferencialmente por meio da medida cautelar (CPC, parágrafo único do Art. 800), que verificamos no item 2.4.⁸¹¹

Mas, tendo em vista a nossa conclusão adotada no item 3.3.2.4 (que após a interposição da apelação, a competência para decidir sobre o efeito antecipativo passaria para o juízo *ad quem*), fica a indagação, a saber: Esse nosso posicionamento não seria contraditório, tendo em vista que, aqui, estamos

⁸¹¹ Evidentemente, se a cautelar não for suficiente para efetivar a tutela jurisdicional necessária, restará ao jurisdicionado a impetração de mandado de segurança.

defendendo o prazo até o momento das contra-razões, para o apelado pedir pela medida antecipativa ao juízo *a quo*, isto é, após a interposição da apelação?

Acreditamos que não, pelos motivos, a saber:

a) no item 3.3.2.4 defendemos que o prazo para o apelante requerer pelo efeito antecipativo no juízo *a quo* vai até a interposição da apelação. Aqui, nós estamos sustentando a possibilidade de o apelado (e não do apelante) pedir pela medida antecipativa até as contra-razões;

b) estamos diante de pedido de concessão de tutela antecipada para dar imediata eficácia à sentença (CPC, Art. 273), não se tratando propriamente de efeito do recurso (antecipativo);

c) o entendimento diverso implicaria em ofensa ao princípio do contraditório, pois a decisão inerente ao efeito suspensivo – nesse caso –, é prolatada sem a prévia oitiva do recorrido. Logo, após a manifestação do autor (ao responder a apelação), o juiz deverá se pronunciar novamente sobre os efeitos, iniciando-se (a partir daí) o prazo para o prejudicado interpor agravo de instrumento, visando à reforma desse pronunciamento;

d) esse raciocínio também facilita o acesso à justiça, pois se o prejudicado recorrer do pronunciamento de segunda instância (como seria o

caso da medida cautelar), apenas poderia interpor, em tese, os recursos excepcionais (extraordinário e retido) e, ainda assim, teria que postular pelo afastamento da retenção prevista no § 3º do Art. 542 do CPC;

e) não há ofensa à regra da impossibilidade de o juiz inovar após a sentença (CPC, Art. 463). E isso, porque o atendimento do pedido do autor implica na alteração do efeito suspensivo.

Sobre esse último argumento, salientamos que o § 2º do Art. 518 do CPC⁸¹² deve ser interpretado ampliativamente (inclusive em conjunto com o *caput*), para permitir que o juiz possa, após a resposta da apelação, além de reexaminar os pressupostos de admissibilidade, também deliberar sobre os efeitos recursais postulados pelo apelado, para preservar a isonomia das partes.⁸¹³

Em conclusão, desde que presentes os pressupostos, o autor apelado poderá postular pelo afastamento do efeito suspensivo. Se os motivos do

⁸¹² O Art. 518 do CPC, com a redação trazida pela Lei nº 11.276/06, expressa: “Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º – O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. § 2º – Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso”.

⁸¹³ Em sentido contrário ao nosso posicionamento, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, 8ª Turma, Recurso Ordinário nº 4.120/03, Rel. Juiz José Miguel de Campos, DOE de 17/05/03, p. 25, com ementa expressando: “CONTRA-RAZÕES – RESPOSTA DO RECORRIDO – As contra-razões recursais não são instrumento processual adequado para formulação de pedidos, conforme o Art. 518/CPC, pelo que não merecem ser conhecidas, quando manejadas com esse objetivo, pena de ofensa ao princípio constitucional do contraditório”.

afastamento surgirem antes da resposta à apelação, o pedido deverá ser feito ao juiz *a quo*. Do contrário, deverá ser interposta medida cautelar ao juízo *ad quem*.

3.3.2.9 Efeito da apelação em relação à sentença que antecipa parcialmente a tutela

Pelos argumentos expostos no item 2.1.2, verificamos que a natureza jurídica da sentença não é modificada pelo fato de ter sido antecipada a tutela em seu bojo.

Entretanto, sendo certo que continua sendo sentença, fica a questão, a saber: Em quais efeitos o recurso de apelação que impugná-lo deve ser recebido?

Se a sentença antecipar toda a tutela, não há maiores controvérsias, pois a apelação será recebida no efeito meramente devolutivo, por força do inc. VII, do Art. 520 do CPC. Todavia, a questão fica tormentosa, se considerarmos a possibilidade de a antecipação da tutela abarcar apenas parte dos pedidos julgados procedentes pela sentença.

Acreditamos que a saída para esse problema está na divisão da sentença em capítulos, conforme analisamos no item 2.6.2.2.

Vamos a um exemplo onde a sentença advinda do processo de conhecimento condenatório julga procedente os pedidos *A*, *B* e *C*. Contudo, apenas antecipa a tutela em relação ao pedido *A*.

Desse modo, o efeito suspensivo *independente* de requerimento (CPC, Art. 520), apenas atingirá o capítulo da sentença que não tiver sido objeto da antecipação da tutela. Assim, quanto aos pedidos *B* e *C* a apelação será recebida no duplo efeito, mas, no tocante ao pedido *A*, apenas terá o efeito devolutivo.

Em outras palavras, quanto à amplitude do efeito suspensivo, a apelação será recebida:

a) no efeito meramente devolutivo, naquilo que for relativo à antecipação de tutela;

b) em ambos os efeitos, em relação à eventual matéria remanescente, constante nos demais capítulos da sentença.

Vale lembrarmos que essa solução não é nova, pois, há muito tem sido adotada em relação à sentença de procedência do pedido que dispõe, simultaneamente, sobre a cautelar e a ação principal. Sobre essa

impossibilidade de a apelação suspender a sentença no capítulo pertinente à procedência da cautelar, há acórdão do Superior Tribunal de Justiça.⁸¹⁴

No entanto, se a sentença que antecipou a tutela for equivocada, fica a seguinte indagação: Qual o mecanismo adequado para impedir a imediata efetivação da medida antecipativa ou para a sua obtenção, caso tenha sido negada?

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, o correto seria a interposição da apelação e do agravo para impugnar o mesmo pronunciamento, isto é, a sentença que antecipou a tutela.⁸¹⁵

⁸¹⁴ Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp nº 157.638, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 14/06/99, p. 186: “Ação cautelar e ação principal. Sentença única. Efeitos do recurso de apelação. Precedentes. 1. Como assentado em precedente da Corte, o julgamento concomitante da cautelar e da principal, interposta apelação única, não desqualifica o recebimento com efeitos distintos, sendo o devolutivo para a primeira e ambos para a segunda. 2. A determinação do Juiz para que fosse imediatamente cumprida a sentença relativa ao pedido cautelar, julgado extinto o feito e revogada expressamente a medida liminar, revela que o Juiz, efetivamente, quis distinguir os dois efeitos. Não tem força, por isso, o fundamento de não ter havido recurso específico para o despacho que recebeu a apelação no duplo efeito. Deixar de reconhecer o efeito apenas devolutivo para a apelação na parte cautelar significa violação ao Art. 520, IV, do Código de Processo Civil. 3. Recurso especial conhecido e provido”. Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 617.007-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 25/10/05, Informativo do STJ nº 266, expressando: “AÇÃO PRINCIPAL. MEDIDA CAUTELAR. APELAÇÃO ÚNICA. É cabível o julgamento simultâneo da medida cautelar e da ação principal em sentença única, com a interposição de uma apelação, com efeitos distintos respectivamente. Precedente citado: Resp nº 157.638-SC, DJ 14/06/99”.

⁸¹⁵ Defendendo a interposição de agravo e apelação, em relação ao mesmo ato, ou seja, em relação à sentença, dentre outros: WAMBIER, 2.000, p. 476; NEGRÃO, 1.999, p. 337.

Também há julgado do Tribunal de Justiça-DF defendendo a interposição de apelação e agravo de instrumento, em relação à sentença.⁸¹⁶

Ousamos discordar desses posicionamentos, pois a sentença não pode ser desafiada por dois recursos, sob pena de violar o princípio da singularidade recursal.

O Superior Tribunal de Justiça tem adotado a mesma linha de pensamento, no sentido de repelir a interposição concomitante da apelação e do agravo de instrumento, conforme a ementa abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA EM SENTENÇA. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO E APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A interposição simultânea de agravo de instrumento e recurso de apelação contra sentença em que foi concedida tutela antecipada, caracteriza inobservância do princípio da singularidade ou unirecorribilidade recursal. 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não cabe recurso de agravo de instrumento contra decisão em que o pedido de tutela antecipada é concedido no bojo da sentença. 3. Agravo regimental improvido.⁸¹⁷

⁸¹⁶ Tribunal de Justiça-DF, 3ª Turma Cível, Agravo de Instrumento nº 1999.00.20010343, Rel. Des. Wellington Medeiros, j. em 09/08/99, DOE de 22/09/99, p. 38, com trecho da ementa expressando: “[...] II – Embora não atenda à melhor técnica, tem sido plenamente admitido, pela maioria da doutrina, o deferimento de antecipação dos efeitos da tutela no bojo da própria sentença final de mérito, havendo, no entanto, controvérsia sobre qual o recurso cabível de tal decisão e o seu respectivo efeito. III – Não obstante a doutrina caminhe para uma incessante discussão sobre a matéria, a jurisprudência, de forma mais pragmática, tem contornado, satisfatoriamente, o problema, com o propósito de afirmar a independência entre as duas ordens de decisões: a antecipação liminar e a resolução de mérito. IV – O entendimento predominando, no âmbito desta 3ª Turma cível, é no sentido de que não guarda conexão a antecipação de tutela e o duplo efeito conferido à apelação, porquanto aquela decisão é atacável por agravo de instrumento, sem vinculação aparente com o recurso de apelação interposto da decisão principal”.

⁸¹⁷ Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Agravo Regimental no REsp nº 600.815, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 05/09/05, p. 509.

Em nosso entendimento, o recorrente – no momento da interposição da apelação no juízo *a quo* – também deve requerer que o seu recurso seja recebido no efeito suspensivo, com fundamento no parágrafo único do Art. 558 do CPC.

Por seu turno (conforme verificamos no item 3.3.2.5), o pronunciamento que indeferir o pedido de efeito suspensivo, pode ser impugnado por meio de agravo de instrumento, pois tem natureza jurídica de decisão interlocutória, uma vez que ostenta conteúdo decisório e tem potencial para causar gravame, sem pôr termo ao processo.

Cumulativamente, a apelação será interposta para impugnar a sentença, enquanto o agravo de instrumento será usado para combater a ulterior decisão interlocutória que negar o efeito suspensivo.⁸¹⁸ De fato, existirão dois recursos. Mas, serão interpostos em relação a pronunciamentos distintos, não havendo qualquer violação ao princípio da singularidade recursal.

Diante do exposto, concluímos que: a) estando inclusas, no mesmo pronunciamento, a antecipação de tutela e a sentença, o recurso cabível será a

⁸¹⁸ Este entendimento já foi admitido por meio do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 423.214, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 18/06/02, Informativo de Jurisprudência do STJ nº 139, expressando: “Apelação. Efeitos. AG. Cabe agravo de instrumento contra decisão que define os efeitos do recebimento da apelação de mandado de segurança (suspensivo ou devolutivo), não se podendo substituir pela propositura de ação cautelar autônoma, máxime pela possibilidade de concessão de efeito suspensivo pelo relator. Precedentes citados: REsp nº 168.505-PR, DJ 18/02/02, e REsp nº 227.882-PR, DJ 21/02/00”.

apelação; b) a referida apelação deverá ser recebida no efeito devolutivo, em relação à antecipação da tutela, por força do inc. VII do Art. 520 do CPC e, em ambos os efeitos, no tocante ao remanescente do dispositivo; c) caberá agravo de instrumento em relação à decisão interlocutória que decida sobre os efeitos atribuídos à apelação.

3.3.2.10 Efeito antecipativo frente ao Art. 285-A do CPC

A Lei nº 11.277 de 07 de fevereiro de 2.006 inseriu o Art. 285-A no CPC, que expressa:

Art. 285-A: Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º – Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º – Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Não adentraremos à duvidosa constitucionalidade desse dispositivo, pois ultrapassa os limites desse estudo. Assim, partiremos do comando trazido nessa norma, que permite a decretação da improcedência da ação, sem a

citação do réu, quando a matéria for de direito e o juiz já tiver julgado outros casos iguais.⁸¹⁹

Em verdade, estamos diante de uma espécie de *sentença vinculante*, com menos força que a súmula vinculante, pois poderá ser impugnada por apelação.

Com esse quadro, se houver equívoco na sentença de improcedência do pedido (proferida nos termos do Art. 285-A), o autor poderá apelar e pedir pela concessão do efeito antecipativo, devendo demonstrar os pressupostos do Art. 273 do CPC (gerais e específicos). Nessa situação é de rigor a concessão

⁸¹⁹ A propósito, sobre a constitucionalidade dessa norma, na época em que tramitava na Câmara o Projeto de Lei nº 4.728/04 (que redundou na Lei nº 11.277/06), o deputado Darci Coelho lançou voto em separado sustentando a inconstitucionalidade dessa alteração do CPC, ao afirmar: “Procedendo-se, contudo, à análise técnica do teor do projeto de lei em tela, é de se verificar que padece de insanáveis vícios quanto aos aspectos de constitucionalidade e juridicidade. Quer-se estabelecer em seu texto um mecanismo semelhante ao da tão propalada súmula vinculante, com a diferença, porém, de já se a prever para aplicação pelo juiz competente para o exercício da jurisdição em primeiro grau. A sua adoção feriria gravemente o princípio geral de direito processual da garantia do duplo grau de jurisdição, eis que estabeleceria a possibilidade de se suprimir o primeiro grau da jurisdição, à medida em que se autoriza o juiz a proferir sentença apenas reproduzindo o teor de outra anteriormente prolatada no juízo. Além disso, vislumbra-se, no conteúdo da proposição em comento, ofensa também aos princípios e normas gerais que regem a coisa julgada formal, tendo em vista que se pretende permitir ao juiz do primeiro grau de jurisdição a prolação de sentença terminativa em duas oportunidades, quais sejam, no momento anterior à citação da parte contrária e posteriormente à prática de tal ato, se então houver apelação e se decidir não a manter e dar prosseguimento normal ao feito. Há afronta ainda aos princípios constitucionais da garantia da ampla defesa e do contraditório, no âmbito do mencionado projeto de lei. Isto porque se facultaria ao juiz dispensar a citação da parte contrária e, como se deve saber, tal ato constitui, na sistemática adotada pelo nosso direito processual, requisito essencial e indispensável para a regular defesa do réu. Diante do exposto, o nosso voto é pela inconstitucionalidade e injuridicidade do Projeto de Lei nº 4.728, de 2.004, da emenda a ele apresentada e do substitutivo oferecido pelo relator, e, no mérito, pela rejeição de tais proposições. Não há reparos a ser fazer quanto à técnica legislativa nelas empregada, restando prejudicada, no entanto, tal análise, tendo em vista a conclusão feita anteriormente”.

do efeito antecipativo ao recurso de apelação, na presença dos requisitos do Art. 273 do CPC, que investigamos no item 2.6.7.7.

Mas no tocante aos pressupostos específicos, o referido efeito apenas poderá ser concedido com fundamento no perigo da demora, pois como o réu ainda não foi citado, jamais estarão presentes a incontrovérsia e a protelação.

Vamos exemplificar por meio das inúmeras ações aforadas em relação às empresas concessionárias de telefonia fixa, que questionam a ilegalidade da cobrança da assinatura mensal da linha telefônica.

Caso, um juiz que já tenha proferido inúmeras sentenças de improcedência desse pedido, venha a receber outra ação semelhante, poderá aplicar a regra do Art. 285-A e, por conseguinte, também julgar improcedente esse pleito, sem citar a parte adversa.

Entretanto, se a jurisprudência estiver firmada no sentido da ilegalidade da referida assinatura, ou seja, de modo contrário ao decidido pela sentença, praticamente, estará demonstrada a prova inequívoca e a verossimilhança.

Decorre disso, que se o autor demonstrar os demais pressupostos (inclusive o perigo da demora), poderá apelar e também pedir pela concessão do efeito antecipativo.

Em suma, se houver erro do juiz na aplicação do Art. 285-A e se estiverem presentes os pressupostos do Art. 273 do CPC, o autor poderá apelar e também postular pelo efeito antecipativo.

3.4 Efeito Antecipativo Frente aos Embargos Declaratórios

Inicialmente adentraremos nos aspectos relevantes desse recurso e, ao final, na incidência do efeito antecipativo.

3.4.1 Considerações gerais

Historicamente, a primeira notícia sobre um instrumento similar aos embargos de declaração vem do direito lusitano, onde foi introduzido um mecanismo para impugnar a sentença, por meio das Leis e Posturas elaboradas no reinado de Dom Afonso III (1.248-1.279).⁸²⁰

⁸²⁰ Essa informação é trazida pelos autores Moacyr Lobo da Costa e Luiz Carlos de Azevedo, bem como acrescentam que posteriormente – em Portugal –, esse mecanismo ganhou o rótulo de *embargos*, passando a integrar o bojo das Ordenações Afonsinas editadas no ano de 1.446, conforme consta no livro III, título 105 (COSTA, 1.996, p. 165).

Naquela ocasião esse meio de impugnação era muito parecido com o pedido de reconsideração, pois tinha as seguintes características: a) se restringia à sentença; b) era endereçado ao mesmo juiz que prolatou o mencionado pronunciamento; c) ultrapassava os limites do mero esclarecimento, pois permitia a reforma da sentença prolatada.⁸²¹

Atualmente, os embargos de declaração estão delineados pelos Arts. 535 a 538 do CPC e, como as suas principais peculiaridades, mencionamos:⁸²²

a) a petição deve ser interposta no prazo de cinco dias, perante o próprio juízo prolator do pronunciamento (CPC, Art. 536);

b) interrompem o prazo para a interposição dos demais recursos (CPC, Art. 538);

⁸²¹ A referida norma que dispunha sobre esse meio de impugnação expressava: “*Esto he verdade e ainda que os Juyzes de graça ou per sua neicijdade ponha o dia do parecer aas partes aalem dos XXX dias saluo se he per consintimento do por que foi dada a sentença. E o consintimento entendesse se os Juyzes o querem fazer de graça ou per sa neicijdade e o por que foi dada a sentença ende non apelou ou non protestou. E se protestar ou REFFERTAR valer lha comme se appellasse ante o Juyz da Appellaçom*”. Comentando essa norma, Moacyr Lobo da Costa e Luiz Carlos de Azevedo expressam: “Ora, qual era o significado do vetusto verbo REFFERTAR, nessa época? Quem esclarece é Viterbo, no seu renomado Elucidário, apresentando duas acepções para o verbo, na segunda das quais, REFFERTAR significava: ‘impugnar, não querer, pôr demanda, defender, contrariar, impedir’. Assim, se o juiz de graça (por mercê, de ofício) ou por sua neiciidade (ignorância) designou o dia para comparecimento das partes além dos trinta dias, entendia-se ser do consentimento daquele por que foi dada a sentença, se ele não apelou ou não protestou. Mas se ele refertar, valer-lhe-á como se tivesse apelado ante o juiz da apelação. A interpretação do texto à luz do exato significado do verbo, torna patente que, nessa época, existia um meio de impugnar uma determinação judicial e obstar seu efeito, com eficácia equiparada à da apelação, único recurso então conhecido e admitido contra as sentenças” (Ibidem, p. 168-169).

⁸²² Também dispuseram sobre os embargos declaratórios, as seguintes normas: a) Art. 641 do Regulamento nº 737/1.850; b) Art. 683 do Decreto nº 3.084/1.898; c) alguns CPC Estaduais, como o Art. 335 do CPC de São Paulo; d) Art. 862 do CPC/39.

c) se forem protelatórios sujeitam o recorrente ao pagamento de multa (CPC, Art. 538, parágrafo único).

Ressalvados esses aspectos, ainda ficam dúvidas sobre a natureza recursal desses embargos, bem como de seu âmbito de incidência.

O primeiro questionamento (sobre a natureza jurídica) decorre, principalmente, da limitação do mecanismo em tela, ou seja, de sua fundamentação vinculada. E isso, porque as suas hipóteses de cabimento estariam restritas aos pressupostos do Art. 535 do CPC, a saber:⁸²³

a) obscuridade gerada pela falta de clareza;

b) contradição materializada pela presença de proposições inconciliáveis no pronunciamento;

c) omissão, trazida pela ausência de manifestação do pronunciamento quanto às questões trazidas pelas partes ou passíveis de serem conhecidas de ofício.

⁸²³ Essas definições dos pressupostos dos embargos declaratórios são trazidas por José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 304-306). Sobre a fundamentação vinculada, Teresa Arruda Alvim Wambier elucida que: “Os embargos de declaração são um recurso de fundamentação vinculada, o que significa que só pode o recorrente alegar nos embargos de declaração, omissão, obscuridade e contradição. Excepcionalmente, os embargos de declaração, como se verá em seguida, podem ter a função de alertar o juízo acerca do vício relativo a matéria de ordem pública ou levá-lo a corrigir erros materiais” (WAMBIER, 2.005, p. 63-64).

Essa restrição⁸²⁴ somada ao fato de os embargos declaratórios serem julgados pelo próprio juízo *a quo*, além da natureza de mero incidente, tem levado uma parte dos doutrinadores a negarem a condição de recurso deste mecanismo.⁸²⁵

Todavia – por outro ângulo –, tem melhor trânsito na seara jurídica, o entendimento de que se trata de recurso. Como principais fundamentos desta corrente, podemos mencionar: a necessidade de esclarecimentos gera gravame à parte; o seu processamento ocorre na mesma relação processual; é definido como recurso pelo próprio CPC e posterga a formação da coisa julgada.⁸²⁶

Ademais, o fato de ser julgado pelo próprio juízo *a quo* não afasta o seu efeito devolutivo (conforme trouxemos no item 2.6.3.1), pois este se aperfeiçoa com a mera devolução ao judiciário.

⁸²⁴ Como adverte Nelson Nery Júnior, os embargos de declaração também podem ser utilizados para corrigir erro de fato, embora o Art. 463 do CPC permita que essa correção possa ser feita de ofício ou por mero requerimento da parte interessada (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 437). Além dessa possibilidade, Teresa Arruda Alvim Wambier também aponta a interposição destes embargos para requerer a obtenção da declaração de nulidade absoluta (WAMBIER, 2.004, p. 278).

⁸²⁵ Nesse sentido: BERMUDEZ, 1.996, p. 222-225; PAULA, Alexandre de. **Código de Processo Civil anotado**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.994. vol. II, p. 2.167. Para Cândido Rangel Dinamarco, não se trata de recurso, pois não modifica substancialmente o julgado. Todavia, reconhece a natureza recursal quando apresentar efeitos infringentes (DINAMARCO, 2.005, p. 179-180).

⁸²⁶ Concordando com a natureza recursal dos embargos declaratórios, Ada Pellegrini Grinover expressa: “Mas, consoante já acentuamos, o direito brasileiro andou bem em incluir os embargos no rol dos ‘recursos’, visto que ‘se trata de meio voluntário de impugnar decisões, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, apto a propiciar o esclarecimento ou integração da decisão’” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2.000, p. 341); Também no mesmo sentido: MIRANDA, Vicente. **Embargos de declaração no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1.990., p. 09; PINTO, 2.004, p. 178; NERY JÚNIOR, 2.004, p. 437; WAMBIER, 2.000, p. 224.

Em nosso entendimento é inegável a sua condição recursal, principalmente em razão da opção feita pelo legislador para que esse mecanismo fosse enquadrado como recurso (CPC, Art. 496, inc. IV).⁸²⁷

3.4.2 Efeito antecipativo

Com o propósito de facilitar a nossa exposição sobre este recurso, inicialmente estudaremos sucintamente a amplitude destes embargos e, após, a incidência do efeito antecipativo.

3.4.2.1 Amplitude

Nesse item investigaremos os limites dos embargos declaratórios, pois o efeito antecipativo não pode ultrapassá-los.

⁸²⁷ Embora repudiando a natureza recursal dos embargos declaratórios, José Carlos Barbosa Moreira adverte que esta não pode ser negada diante do inc. IV do Art. 496 do CPC, pois o legislador optou pela sua tipificação como recurso, ao expressar: “Não obstante arrolados expressamente entre os recursos pelo Código de 1.939 (Art. 808, nº V), como por leis anteriores, controvertia-se em doutrina acerca da verdadeira natureza dos embargos de declaração. Vários autores negavam-lhes, com argumentos diversos, o caráter de recurso, que outros lhes reconheciam. Ao nosso ver, a questão é pura e simplesmente de direito positivo: cabe ao legislador optar, e ao intérprete respeitar-lhe a opção, ainda que, de *lege ferenda*, outra lhe pareça mais aconselhável. Cumpre reconhecer que, nas mais importantes legislações estrangeiras, os remédios análogos ao de que aqui se trata ficam fora do elenco dos recursos, tendo sido essa a orientação abraçada, entre nós, por alguns Códigos estaduais, como o gaúcho e o paulista” (MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 301).

342.1.1 Pronunciamentos embargáveis

Para analisarmos a incidência do efeito antecipativo, é relevante delimitarmos os pronunciamentos que podem ser impugnados por meio desse recurso.

Emerge daí a indagação, a saber: Os embargos declaratórios poderiam ser interpostos em relação a qualquer pronunciamento judicial?

É inegável que a redação do Art. 535 do CPC, ao mencionar apenas a sentença e o acórdão causava demasiada confusão sobre a possibilidade de interposição dos embargos declaratórios para impugnar o despacho e a decisão interlocutória.

Tanto é assim, que já existiu acórdão no Superior Tribunal de Justiça restringindo o uso do aludido recurso à sentença e ao acórdão.⁸²⁸

⁸²⁸ Nesse sentido o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 4.316, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU de 24/10/94, p. 28.728, com ementa expressando: “MANDADO DE SEGURANÇA. CAUTELAR INOMINADA. LIMINAR. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NÃO CONHECIDOS. REVISÃO, PELO JUIZ, DE MANIFESTAÇÃO ANTERIOR. POSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. LIVRE CONVENCIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. Cabem embargos declaratórios das sentenças e não de simples despachos interlocutórios. Ao não conhecer dos embargos, nada impedia que o magistrado reapreciasse a manifestação anterior, já que a liminar tem caráter de provisoriedade, podendo ser revogada a qualquer tempo. Decisão fundamentada, fruto do livre convencimento do juiz, deve ser reexaminada no agravo, ou mesmo na cautelar, mas não na via excepcional do mandado de segurança”.

Cabe ressaltarmos que o legislador perdeu uma ótima oportunidade de solucionar esse impasse, por meio da Lei nº 8.950 de 13/12/94, que deu nova redação ao Art. 535, passando a expressar:

Art. 535: Cabem embargos de declaração quando:

I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;
II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

A propósito, ressalva José Carlos Barbosa Moreira, que é de rigor a aceitação deste recurso em relação a todos os pronunciamentos, independentemente dessa reforma legislativa, pois os vícios advindos da falta de clareza não podem ficar sem solução, inclusive no tocante aos despachos de mero expediente, ao expressar: “Ainda quando o texto legal, *expressis verbis*, o qualifique de ‘irrecorrível’, há de entender-se que o faz com a ressalva implícita concernente aos embargos de declaração”.⁸²⁹

Adotamos a mesma conclusão,⁸³⁰ ou seja, mesmo na redação primitiva do CPC/73, era (como continua sendo) admissível o cabimento deste recurso em relação a qualquer pronunciamento, pelos seguintes argumentos:

⁸²⁹ MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 302.

⁸³⁰ Ressalva Teresa Arruda Alvim Wambier, que a vinculação dos fundamentos dos embargos não impede que sejam interpostos para impugnar qualquer pronunciamento judicial (WAMBIER, 2.004, p. 275).

a) a garantia de o jurisdicionado receber a tutela jurisdicional, de forma clara, decorre do Estado de direito;⁸³¹

b) se há possibilidade de o juízo incorrer em falta de clareza na sentença ou no acórdão (que exigem maior atenção para a elaboração), com muito maior razão, esses erros podem surgir em relação às decisões interlocutórias, pois, de modo geral, exigem menos atenção do julgador (e por essa razão a margem de erro é maior).

Felizmente – na atualidade –, o Superior Tribunal de Justiça modificou o seu posicionamento e tem aceitado essa necessária amplitude dos embargos declaratórios.⁸³² Aliás, a ementa abaixo salienta bem a impossibilidade de interpretarmos literalmente o Art. 535 do CPC (sob pena de violação da sistemática do CPC estabelecida pela Lei nº 9.756/98), ao expressar:

⁸³¹ Quanto à envergadura constitucional dos embargos declaratórios, embasada no inc. XXXV do Art. 5º da CF, Teresa Arruda Alvim Wambier expressa: “Portanto, a grande repulsa que vem demonstrando o Judiciário, em geral, pelos embargos de declaração, tendendo os juízes a considerá-los como um ‘meio de procrastinar o feito’, realmente é injustificável, em grande escala. Rigorosamente, devem ser vistos, os embargos de declaração, como uma contribuição das partes a que se dê real e plena aplicação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional” (Idem, 2.005, p. 23-24).

⁸³² Nesse sentido o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Agravo Regimental no REsp nº 652.743, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 21/02/05, p. 188, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DECLINATÓRIA DE FORO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CABIMENTO EM TESE. INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL. TEMPESTIVIDADE DO ULTERIOR AGRAVO DE INSTRUMENTO. I. Em princípio, de acordo com o entendimento mais moderno do STJ, cabem embargos declaratórios contra qualquer decisão judicial, ainda que interlocutória. II. Ocorrendo a interrupção do prazo com o aviamento dos embargos tempestivamente, a interposição do ulterior agravo de instrumento se fez dentro do prazo legal. III. Agravo regimental improvido”.

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. CABIMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL. PRECEDENTES. 1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão segundo o qual não cabem embargos declaratórios de decisão interlocutória e que não há interrupção do prazo recursal em face da sua interposição contra decisão interlocutória. 2. Até pouco tempo atrás, era discordante a jurisprudência no sentido do cabimento dos embargos de declaração, com predominância de que os aclaratórios só eram cabíveis contra decisões terminativas e proferidas (sentença ou acórdãos), não sendo possível a sua interposição contra decisões interlocutórias e, no âmbito dos Tribunais, em face de decisórios monocráticos. 3. No entanto, após a reforma do CPC, por meio da Lei nº 9.756, de 17/12/98, DOU de 18/12/98, esta Casa Julgadora tem admitido o oferecimento de embargos de declaração contra quaisquer decisões, ponham elas fim ou não ao processo. 4. Nessa esteira, a egrégia Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de ser cabível a oposição de embargos declaratórios contra quaisquer decisões judiciais, inclusive monocráticas e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal, não se devendo interpretar de modo literal o Art. 535, CPC, vez que atritaria com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual (REsp nº 159.317/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 26/04/99) 5. Precedentes de todas as Turmas desta Corte Superior.⁸³³ 6. Recurso provido.

Em suma, os embargos de declaração têm natureza recursal, bem como são cabíveis em relação a todos os pronunciamentos judiciais.

342.12 Efeito suspensivo

Como os efeitos *dependentes* (antecipativo e suspensivo) têm o mesmo procedimento de incidência (embora os seus pressupostos e

⁸³³ Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 478.459, Rel. Min. José Delgado, DJU de 31/03/03, p. 175.

conseqüências sejam diversos), investigaremos a suspensividade, com o propósito de facilitar o nosso raciocínio sobre o efeito antecipativo.

Interessante salientarmos que o CPC/73 é omissivo em relação ao efeito suspensivo desse recurso. Em verdade, apenas afirma que interrompe o prazo para a interposição dos demais recursos (CPC, Art. 538), ou seja, dispõe sobre a interrupção do prazo recursal (e não propriamente dos efeitos do pronunciamento impugnado).⁸³⁴

Por seu turno, diante dessa realidade, indagamos: Os embargos declaratórios têm o efeito suspensivo?

Para José Carlos Barbosa Moreira, os embargos de declaração são dotados de suspensividade, pois como este efeito seria regra no sistema processual civil recursal, o seu afastamento apenas poderia ocorrer por meio de exceção expressamente prevista na lei.⁸³⁵

⁸³⁴ Salientamos que a redação originária do CPC/73 (anterior à Lei nº 8.950/94), expressava que os embargos declaratórios tinham suspensividade (e não a interrupção possuída atualmente). A diferença reside na forma de contagem para os demais recursos, ou seja, havendo a suspensão o prazo passará a fluir a partir de onde parou. Já, se ocorrer a interrupção, o prazo recomeçará a fluir integralmente. Contudo, ainda existem embargos declaratórios previstos em legislações diversas do CPC/73, que apenas suspendem o prazo para interposição dos demais recursos, tais como o Art. 50 da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e o § 4º do Art. 275 do Código Eleitoral. Por outro lado, conforme apuramos no item 2.6.3, todos os recursos têm efeito devolutivo, inclusive, os embargos de declaração.

⁸³⁵ MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 310. O mesmo entendimento é compartilhado por Nelson Nery Júnior, ao registrar que: “No sistema recursal do Código de Processo Civil brasileiro, a regra é o recebimento dos recursos nos efeitos suspensivo e devolutivo [...]. O efeito interruptivo dos embargos de declaração (CPC 538, *caput*) refere-se ao prazo para interposição de outros recursos. O efeito suspensivo, à eficácia da decisão embargada (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 448). Ainda no mesmo sentido: PINTO, 2.004, p. 180.

A mesma opinião é adotada por Ada Pellegrini Grinover, embora fundamente o seu posicionamento na impossibilidade de a tutela se completar antes do aclaramento do pronunciamento.⁸³⁶ Desse modo, o efeito suspensivo seria gerado pela impossibilidade da interposição de outro recurso (que não seja os aludidos embargos), para impugnar a decisão incompleta.

Depois de profunda reflexão sobre o tema, Teresa Arruda Alvim Wambier conclui que este recurso apenas terá o efeito suspensivo se a parte pedir ao juiz, com embasamento na impossibilidade de a decisão ser cumprida sem o acolhimento destes embargos.⁸³⁷

Após sopesarmos esses posicionamentos, concordamos com a tese de Teresa Arruda Alvim Wambier e, por isso, passamos a ajustá-la para um dos escopos deste nosso estudo, ou seja, a diferenciação das formas de incidência dos efeitos recursais.

Com esse procedimento, concluímos que é incabível a incidência do efeito suspensivo *independente* (que não depende de requerimento do

⁸³⁶ Nesse sentido Ada Pellegrini Grinover expressa: “Vale dizer: enquanto não editado o julgamento dos embargos, a decisão embargada não se pode reputar completa, ainda que a integração ou explicitação reclamadas não sejam atendidas. Dessa forma, decisão embargada e decisão proferida nos embargos, juntas, acabam formando um único pronunciamento que, sendo recorrível, deve sê-lo de forma una e indivisível. Tanto isso é correto, que a Lei prevê que os embargos ‘interrompem o prazo para a interposição de outros recursos’” (GRINOVER, 2.000, p. 340).

⁸³⁷ WAMBIER, 2.005, p. 87-88.

embargante) em relação aos embargos declaratórios. Apenas seria possível o efeito suspensivo *dependente* (que depende dos pressupostos para poder ser concedido, isto é, do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*).⁸³⁸

Esse raciocínio afasta a impossibilidade de cumprimento de tutela incompleta, bem ponderada por Ada Pellegrini Grinover, pois é justamente esta incompletude que materializa o *fumus boni iuris* necessário para a concessão do efeito suspensivo.

Por outro lado, também não se aplica a suspensividade *independente* como regra, por dois motivos. O *primeiro* reside no escopo de apenas integrar o pronunciamento embargado deste recurso e, por isso, somente se já gerava efeitos anteriores aos embargos é que continuará produzindo (do contrário não).⁸³⁹ O *segundo* reside na excepcionalidade da suspensividade *independente*, ou seja, o único recurso que possui este efeito é a apelação e, assim mesmo, nas hipóteses alheias ao rol dos incs. do Art. 520 do CPC.

⁸³⁸ Trouxemos no item 2.6.1, que os efeitos podem incidir de duas formas diversas, a saber: a) *natural* (ou *independente*), quando é da natureza do recurso e, por isso, a sua incidência não depende de pedido do recorrente; b) *dependente*, quando é agregado excepcionalmente ao recurso e, por essa razão, a sua concessão fica na dependência dos pressupostos pertinentes.

⁸³⁹ Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier expressa: “Assim, os embargos de declaração não teriam o condão de alterar a situação criada pelo recurso próprio: se se trata de hipótese em que os efeitos da decisão não se estão produzindo, porque esta está sujeita a recurso COM efeito suspensivo, estes não se produzirão; se já há efeitos no mundo empírico porque se trata, v.g., de uma liminar (impugnável por agravo) não é a interposição dos embargos de declaração que fará com que estes cessem” (WAMBIER, 2.005, p. 91).

Ademais, esse pensamento impede que a parte adversa interponha inúmeros embargos declaratórios apenas com o propósito de adiar o cumprimento do pronunciamento judicial.

Nesse contexto, somos levados a concluir que os embargos declaratórios têm efeito suspensivo, mas apresentam as peculiaridades, a saber: a) apenas incidem de modo *dependente*, pois fica condicionado ao pedido do recorrente demonstrando a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*; b) o *fumus boni iuris* reside na comprovação da impossibilidade de cumprimento do pronunciamento sem o provimento das razões recursais; c) o *periculum in mora* se materializa pela possibilidade de danos advindos da rejeição da suspensividade.

3.4.2.13 Efeito modificativo

Este item guarda relação com o nosso tema, pois o *calibre* dos efeitos que podem ser antecipados aumenta proporcionalmente conforme são elevadas as hipóteses de incidência dos embargos declaratórios. Por conseguinte, a inversão do pronunciamento impugnado (chamada na seara jurídica de efeito modificativo ou infringente), criada por este recurso, aumentará a amplitude do efeito antecipativo.

Com esse pano de fundo, lembramos que a característica de apenas integrar ou esclarecer a decisão judicial (sem modificar o resultado) é regra nos embargos declaratórios.

Contudo, também é verdade que – excepcionalmente –, em razão dessa integração do pronunciamento (ou esclarecimento), o resultado pode ser alterado, ou seja, os embargos declaratórios podem ter efeitos modificativos. Esses efeitos podem ocorrer, por exemplo, se a sentença for omissa em relação a um aspecto suficiente para modificar o resultado do julgamento.

Aliás, em certa ocasião vivenciamos uma situação que ilustra bem essa realidade, pois impugnamos tempestivamente os embargos do devedor aforado pela parte adversa. Contudo, o cartório não juntou a impugnação, bem como certificou erroneamente que teria transcorrido o respectivo prazo.

Diante dessa pseudo-revelia, foi prolatada a sentença de procedência dos pedidos deduzidos nos embargos. No intuito de aclarar esse julgado, interpusemos embargos declaratórios que foram rejeitados pelo juiz sob o pretexto de que não poderia inovar, embora reconhecesse a sucessão de erros da serventia, além de determinar a instauração de sindicância para apurar a responsabilidade administrativa no cartório (de ofício).

Por certo impetramos mandado de segurança para impugnar esse pronunciamento. Todavia, o importante nesse exemplo é constatarmos a presença de uma situação em que, irrefutavelmente, o juiz deveria conhecer dos embargos para lhe atribuir efeito modificativo e, por conseguinte, anular a sentença.

No entanto, se o uso excepcional dos efeitos modificativos permite a efetividade, não podemos desprezar que a *banalização* dessa finalidade dos embargos de declaração comprometerá a segurança jurídica advinda dos pronunciamentos judiciais.⁸⁴⁰

Daí a relevância de buscarmos os critérios para a definição das hipóteses que poderiam ser objeto do efeito infringente.

Diante dessa conjuntura, estamos plenamente de acordo com os critérios apresentados por Teresa Arruda Alvim Wambier, pois delinham com clareza as três hipóteses que ensejam o efeito modificativo, ao expressar:

1. quando este efeito decorrer das hipóteses ‘normais’ de cabimento deste recurso, como efeito secundário. O caso mais comum é o suprimento da lacuna na decisão, cujo preenchimento torne inviável a subsistência do resto do julgado; 2. quando houver correção de erro material; 3. quando – e este é o assunto que mais interessa a este estudo – se tratar de decretar de ofício ou a

⁸⁴⁰ Por isso, concordamos com Cândido Rangel Dinamarco, quando expressa: “E pondera-se: a) se nunca o juiz pudesse corrigir erros, por mais graves que fossem, o acesso à justiça ficaria mais difícil e problemático; mas (b) se se banalizassem as correções de *errores* de qualquer natureza ou gravidade, ninguém poderia mais contar com a firmeza e seriedade das decisões judiciárias, abrindo-se portas ao arbítrio e até mesmo a manobras espúrias ou indesejáveis (DINAMARCO, 2.005, p. 190).

requerimento das partes, formulado nos próprios embargos declaratórios, nulidade absoluta.⁸⁴¹

Importante registrarmos, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁸⁴² e do Superior Tribunal de Justiça⁸⁴³ tem admitido o efeito modificativo dos embargos declaratórios, nessas situações excepcionais.

Por fim, ressaltamos que a possibilidade de atribuição de efeito modificativo passou a constar expressamente na Consolidação das Leis do

⁸⁴¹ WAMBIER, 2.004, p. 278.

⁸⁴² Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Embargos Declaratórios no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 377.361-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 08/04/05, p. 36, com ementa expressando: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL – DESISTÊNCIA DA AÇÃO APÓS O JULGAMENTO DO RECURSO – HOMOLOGAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – POSSIBILIDADE – 1. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que o impetrante de mandado de segurança pode desistir da ação em qualquer tempo e grau de jurisdição. Precedentes: RE 301.851-AGR-AGR (DJ de 14/11/02) e RE 140.851-AGR (DJ de 14/11/02). 2. Entendimento que deve ser aplicado mesmo quando a desistência tenha sido apresentada após o julgamento do recurso extraordinário, mas antes de sua publicação. Precedente: RE 228.751-AGR-AGR-AGR (DJ de 04/04/03). 3. Embargos de declaração acolhidos para, atribuindo-lhes efeitos modificativos, dar provimento ao agravo regimental”. Com o mesmo posicionamento: Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Embargos Declaratórios no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 306.538-SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 10/12/04, p. 41; Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Embargos Declaratórios em REExt nº 216.482-SC, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 02/05/03, p. 37; Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Embargos Declaratórios de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 21.931-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 19/12/02, p. 127.

⁸⁴³ Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Embargos Declaratórios no Agravo Regimental em REsp nº 450.777-RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 18/04/05, p. 363, com ementa expressando: “ESPECIAL – EFEITO MODIFICATIVO – HONORÁRIOS PERICIAIS – JURISPRUDÊNCIA UNÍSSONA NO SENTIDO DE QUE DEVEM SER SUPORTADOS PELA PARTE EXEQUENTE – Embargos de declaração recebidos, com efeitos infringentes, para, nos termos da jurisprudência desta Corte, afastar a condenação da autarquia em honorários periciais”. Com o mesmo posicionamento: Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Embargos Declaratórios em REsp nº 321.290-SC, Rel. Min. Castro Meira, DJU 18/04/05, p. 245; Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Embargos Declaratórios em REsp nº 621.601-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 18/04/05, p. 258; Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 578.831-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 28/03/05, p. 190; Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp nº 453.825-MT, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 21/03/05, p. 383.

Trabalho (CLT), por meio da inclusão do Art. 897-A, trazido pela Lei nº 9.957/00.⁸⁴⁴

Com essas considerações, entendemos pela possibilidade da concessão dos efeitos modificativos/infringentes aos embargos, quando a alteração decorrer de uma das situações, a saber: a) omissão, obscuridade ou contradição; b) correção do erro material; c) reconhecimento de nulidade absoluta.

342.14 Contraditório

É muito discutida a necessidade de oitiva do embargado antes de o juízo decidir sobre este recurso. Por seu turno, o estudo desse tema (ainda que sucintamente) é justificado pelo aumento de tempo advindo do contraditório que, algumas vezes, eleva a urgência do jurisdicionado, podendo tornar ineficaz a entrega da tutela jurisdicional.

Para Cândido Rangel Dinamarco há duas situações que geram resultados diversos, a saber: a) se os embargos forem puramente declaratórios

⁸⁴⁴ Art. 897-A da CLT: “Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrado na certidão, admitido efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso. Parágrafo único: Os erros materiais poderão ser corrigidos de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”.

não terão natureza recursal e, por esta razão, não há lugar para a oitiva do embargado; b) se, entretanto, passarem a ser recurso (pela produção dos efeitos infringentes), a oitiva do embargado não pode ser subtraída, sob pena de violar o contraditório.⁸⁴⁵

A propósito, também há acórdão proferido no Supremo Tribunal Federal, decidindo que a ausência de oportunidade para o embargado se manifestar, na presença do efeito modificativo, implica em ofensa ao princípio do contraditório, com ementa expressando:⁸⁴⁶

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.950/94 – IMPUGNAÇÃO A ACÓRDÃO QUE CONHECEU E DEU PROVIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DO APELO EXTREMO FEITA PELO EMBARGANTE – EFEITO MODIFICATIVO – NECESSIDADE DE PRÉVIA AUDIÊNCIA DA PARTE EMBARGADA (CF, ART. 5., LV) – EXTEMPORANEIDADE NÃO CARACTERIZADA – A garantia constitucional do contraditório impõe que se ouça, previamente, a parte embargada na hipótese excepcional de os embargos de declaração haverem sido interpostos com efeito modificativo [...].⁸⁴⁷

Concluimos de forma similar, pois se os embargos não tiverem o efeito modificativo não vislumbramos qualquer ofensa ao contraditório.

⁸⁴⁵ DINAMARCO, 2.005, p. 188.

⁸⁴⁶ Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário nº 144.981, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 08/09/95, p. 539.

⁸⁴⁷ No mesmo sentido o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp nº 657.003-BA, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 18/04/05, p. 265, com ementa expressando: “PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS MODIFICATIVOS – CERCEAMENTO DE DEFESA – 1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores, a partir do STF, tem entendido ser imprescindível a intimação da parte contrária, quando aos embargos são dados efeitos modificativos. 2. Hipótese em que o relator admitiu a modificação e afirmou a desnecessidade de intimação, ferindo o princípio do contraditório e da ampla defesa. 3. Recurso Especial conhecido para determinar o retorno dos autos à instância de origem”.

E isso, porque estamos diante de um mero esclarecimento do pronunciamento (e não de uma nova decisão). Em outros termos, a decisão embargada e os esclarecimentos – juntos –, formam um só pronunciamento.

Entretanto, essa premissa será falsa, caso o pronunciamento possa ser modificado, pois estaremos diante de uma decisão nova, isto é, diferente. Nessa hipótese é imprescindível a oitiva da parte adversa, sob pena de violação do contraditório.

Com esse raciocínio, pensamos que existem duas situações, a saber: a) se os embargos declaratórios forem destituídos de efeito infringente, então não há necessidade de oitiva prévia do embargado (contraditório), pois não haverá prejuízo para o mesmo, além de que apenas estaremos diante de uma complementação do julgamento (embora a ausência deste efeito não afaste a natureza recursal dos embargos, conforme expusemos no item 3.4.1); b) já, se houver o efeito modificativo, o contraditório se impõe.

3.4.2.2 Interação com o efeito antecipativo

Por meio das considerações formuladas até aqui, já podemos constatar a relevância do efeito antecipativo em relação aos embargos, diante dos

argumentos, a saber: a) o efeito suspensivo pode prejudicar a parte adversa; b) a matéria que será aclarada pode ensejar a modificação do resultado do pronunciamento embargado; c) a manifestação prévia do embargado poderá impedir a entrega tempestiva da tutela jurisdicional.

Com esse cenário, passamos a analisar a presença do efeito antecipativo nessa modalidade recursal.

Para facilitar o nosso exame, vamos imaginar algumas situações práticas onde esse efeito se justifique.

Uma delas é a situação em que o réu-apelante interpõe embargos em relação ao acórdão que negou provimento à sua apelação. Melhor esclarecendo:

a) a ação é julgada procedente;

b) após, a apelação do réu (recebida no efeito suspensivo) é improvida;

c) no intuito de adiar protelatoriamente a produção de efeitos do julgado, o réu-apelante interpõe embargos de declaração.⁸⁴⁸

⁸⁴⁸ Ao contrário do nosso entendimento exposto no item anterior, na prática, o Judiciário tem entendido que os embargos de declaração têm efeito suspensivo.

Para William Santos Ferreira, essa hipótese permite que o autor-embargado postule pela tutela antecipada recursal, para adiantar os efeitos do julgamento dos embargos declaratórios, inclusive, com fundamento na protelação do embargante (CPC, Art. 273 inc. II).⁸⁴⁹

Estamos de acordo com a possibilidade de o autor requerer a medida antecipativa. Contudo, ousamos discordar que esse efeito seja inerente aos embargos declaratórios.

Na verdade, embora essa medida antecipada possa ser concedida no âmbito recursal, a rigor, não se trata do efeito antecipativo dos embargos, mas sim da antecipação dos efeitos da sentença proferida em primeiro grau.

Essa eficácia outorgada ao pronunciamento, visando entregar a tutela jurisdicional de forma efetiva e tempestiva, não se confunde com o efeito antecipativo dos embargos declaratórios.

Esse nosso posicionamento decorre da impossibilidade de o autor pedir pelo efeito antecipativo, tendo em vista que o recurso é da parte adversa, ou seja, o autor é recorrido (e não recorrente). O efeito decorre do recurso e somente poderá ser concedido se a parte for recorrente.

⁸⁴⁹ Exemplo similar é invocado por William Santos Ferreira (FERREIRA, 2.000, p. 316).

Concomitantemente, a suspensividade advinda do recebimento da apelação e a sucessiva interposição dos embargos impedem que a sentença produza efeitos. Logo esses efeitos podem ser antecipados, pois o processo ainda não terminou.

A propósito, há um caso prático ocorrido no Supremo Tribunal Federal que ilustra bem essa situação, pois versa sobre a interposição dos embargos declaratórios com o propósito de protelar o cumprimento de acórdão proferido em sede de recurso extraordinário.

Na ocasião, foi dado provimento ao recurso extraordinário para reconhecer o cometimento de crime político e, por conseguinte, cassar o mandato de um vereador.⁸⁵⁰

Esse julgamento ocorreu no dia 31 de maio de 1.995. Contudo, graças a três embargos declaratórios protelatórios, o vereador exerceu indevidamente o seu mandato até o dia 07 de dezembro de 1.995, isto é, ficou aproximadamente por sete meses recebendo indevidamente dos cofres públicos.

⁸⁵⁰ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, REExt nº 179.502, Rel. Min. Moreira Alves, j. 31/05/95, DJU de 08/09/95, p. 28.389, com ementa expressando: “Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Interpretação do Art. 15, III, da Constituição Federal. – Em face do disposto no Art. 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

O edil só não ficou mais tempo, pois ao julgar o terceiro recurso de embargos declaratórios, o Supremo Tribunal Federal concedeu o efeito antecipativo, com fundamento no Art. 273 do CPC, para cumprir imediatamente a decisão de cassação do mandato do vereador (independentemente da publicação do acórdão e do trânsito em julgado).⁸⁵¹

Interessante transcrevermos o trecho do voto vencedor do Ministro Marco Aurélio, ponderando pela imperiosidade de aplicação do Art. 273 do CPC, na espécie, ao afirmar:

Com esteio nessas premissas, e não subscrevendo a proposta formulada – que, penso, será a prevalente no Plenário – e aplicando as normas do Art. 273 do Código de Processo Civil e do Art. 216 do Código Eleitoral, rejeito os embargos declaratórios, e determino, de imediato, o cumprimento da decisão.

No mesmo sentido, o trecho do voto vencedor do Ministro Moreira Alves ressalta a imprescindibilidade de serem adotadas medidas para resguardar a efetividade da tutela jurisdicional, ao expressar:

Porém, sobre tudo isso, o que mais importa é que estamos em tempos de preocupação, justificadamente obsessiva com a efetividade do processo, e, creio legítimo e necessário que o Supremo Tribunal Federal do País crie mecanismos que, a exemplo do *contempt of court*, da prática anglo saxã, resguardem a exigência maior de poder o Tribunal exercer a missão que lhe deu a

⁸⁵¹ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Terceiro Embargos Declaratórios no RExt nº 179.502, Rel. Min. Moreira Alves, j. 07/12/95, DJU de 08/09/00, p. 16, com ementa expressando: “Embargos de declaração. Reiteração de embargos manifestamente protelatórios e abusivos, visando a fim ilícito, com o manifesto propósito de impedir que transite em julgado a decisão desta Corte. Embargos de declaração que se rejeitam, determinando-se que a decisão embargada seja cumprida de imediato”.

Constituição, a de guardar a Lei Fundamental, não teórica ou retoricamente, mas com eficácia real.

Entretanto, não podemos perder de vista que este efeito antecipativo foi atribuído ao recurso extraordinário (e não aos embargos declaratórios).

Tanto é assim que o acórdão dá imediata eficácia à *decisão*. Mas qual *decisão*?

Ora, facilmente constatamos que a única existente no processo (para ser dado imediato cumprimento) é a constante no acórdão que foi impugnado pelo recurso extraordinário.

No entanto, estaríamos diante de uma hipótese diversa se fosse improvida a apelação do autor para manter a improcedência do pedido deduzido na ação da forma, a saber: a) a ação é julgada improcedente; b) o autor interpõe apelação recebida no duplo efeito (CPC, Art. 520); c) na seqüência, as razões recursais são improvidas; d) o autor ingressa com embargos declaratórios deduzindo efeito modificativo, pois o julgado teria se omitido em relação a um aspecto que modificaria o resultado do acórdão embargado.

Aqui estamos falando de efeito antecipativo dos embargos, pois será pedido pelo recorrente (e não pela parte adversa), bem como é consequência do recurso.

Esse efeito poderia ter como fundamento, por exemplo, a necessidade de urgência surgida naquela ocasião (CPC, Art. 273 inc. I) e a sua finalidade seria para antecipar os efeitos do julgamento dos embargos.

Em linhas gerais, o acórdão impugnado por meio de embargos declaratórios pode gerar três situações em relação ao efeito antecipativo.

A *primeira* ocorre no caso de o acórdão embargado decidir contrariamente ao réu. Se o autor embargar, poderá pedir pelo efeito antecipativo (quanto à matéria devolvida pelos embargos), desde que estejam presentes os respectivos pressupostos (gerais e específicos).

Caso o réu interponha embargos poderá pedir pelo efeito suspensivo *dependente*. Porém se o recurso for protelatório (e seja entendido que possui suspensividade), o autor deve postular pelo efeito antecipativo em relação ao recurso que originou o acórdão embargado (e não quanto aos embargos, pois estes não foram interpostos pelo autor). Mas, se o autor também não for o recorrente do aludido recurso subjacente, deverá pedir pela medida antecipativa do Art. 273 (e não propriamente pelo efeito antecipativo).

A *segunda* situação ocorrerá quando o acórdão embargado decidir favoravelmente ao réu. Se os embargos, interpostos pelo autor, puderem

modificar o pronunciamento, então poderá ser pedido pelo efeito antecipativo (desde que estejam presentes os respectivos pressupostos).

Já, se os embargos forem interpostos pelo réu, então não visualizamos a possibilidade de efeito antecipativo, diante da ausência de prejuízos.

A *terceira* hipótese ocorrerá quando o acórdão embargado decidir pela parcial procedência da condenação do réu. Por exemplo, ao invés do valor pedido na petição inicial (R\$20.000,00), o réu é condenado a pagar o montante de R\$12.000,00.

Nessa situação, se o autor embargar, poderá postular pela antecipação dos efeitos da tutela em relação à execução dos R\$12.000,00 ou, pelo efeito antecipativo sobre os R\$20.000,00, se os embargos puderem modificar o julgamento para fixar a condenação em R\$20.000,00.

Caso o réu interponha embargos protelatórios, então o autor poderá pedir pelo efeito antecipativo ao recurso subjacente (onde foi proferido o acórdão embargado) ou pedir pela medida antecipativa do Art. 273 (e não pelo efeito antecipativo), na hipótese de o autor também não ser o recorrente do aludido recurso originário.

Resulta desse cenário, o proporcional aumento da justificação do efeito antecipativo na medida em que o processo se aproxima de seu término, pois as possibilidades recursais vão diminuindo e, por conseguinte, a cognição vai se tornando mais exauriente.⁸⁵²

Ademais, este anseio pela tutela efetiva ficou bem evidenciado por trecho do voto do ministro Moreira Alves, realizado no Supremo Tribunal Federal, expressando:

De minha parte, eu me contentaria com uma interpretação construtiva do novo Art. 273 do Código de Processo Civil. Se, à vista dela, considerando ‘inequívoca a prova’, poderá o Juiz antecipar os ‘efeitos da tutela pretendida’, creio que, com mais razão, se há de poder fazer coisa similar quando se já tem uma decisão do Supremo Tribunal Federal e se verifica, nos terceiros embargos de declaração a ela opostos, que nada mais há a decidir e que o recurso está sendo fraudulentamente usado, abusivamente utilizado, simplesmente para impedir a eficácia do julgamento da Corte.⁸⁵³

Enfim, pelas razões que expusemos no item 2.6.7.3, a tutela jurisdicional não pode deixar de ser entregue (na presença dos pressupostos pertinentes), inclusive, por meio da atribuição do efeito antecipativo aos embargos declaratórios.

⁸⁵² Por essa razão, estamos de acordo com William Santos Ferreira, quando afirma que: “Ao contrário do que se poderia imaginar, para nós, quanto mais vai se estreitando o funil recursal, enquanto o provimento final não gera efeitos, cada vez mais pode se justificar o cabimento da antecipação da tutela” (FERREIRA, 2.000, p. 316).

⁸⁵³ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Embargos Declaratórios no REExt nº 179.502, Rel. Min. Moreira Alves, j. 07/12/95, DJU de 08/09/00, p. 16.

3.4.2.3 Forma de requerimento e competência

Neste item analisaremos o procedimento que o embargante deve adotar para postular pela concessão do efeito antecipativo.

Conforme estamos insistindo nesse estudo, a competência inicial para analisar o pedido de efeito antecipativo, será do mesmo juízo competente para decretar os efeitos em que os embargos são recebidos.

Em outras palavras, a competência será do juízo prolator do pronunciamento embargado, pois nos embargos declaratórios os juízos *a quo* e *ad quem* são os mesmos.

Por esses fundamentos, concordamos com William Santos Ferreira, quando observa que, no tribunal, será do relator a competência para analisar a medida antecipativa recursal pedida pelo embargante, ao afirmar:

Podemos dizer que a urgência (Art. 273, I) ou o manifesto propósito protelatório do réu ou o abuso do direito de defesa (Art. 273, II) podem, em tese, ocorrer. Como o julgamento dos embargos pode demorar, nada há que impeça que o pedido de tutela antecipada seja apreciado pelo relator, que será o mesmo do acórdão embargado, por todos os motivos já expostos (item 8.6).⁸⁵⁴

⁸⁵⁴ FERREIRA, 2.000, p. 316.

Logo, o embargante deverá demonstrar ao juízo *a quo*, a presença dos pressupostos pertinentes para a concessão do efeito antecipativo recursal (verificados no item 2.6.7.7).

Quanto aos pressupostos *gerais*, o embargante deverá demonstrar: a) a sua legitimidade prevista no Art. 499 do CPC; b) pedido expresso pelo deferimento do efeito antecipativo; c) a prova inequívoca, analisada à luz da verossimilhança, para indicar a alta probabilidade de provimento das razões recursais; d) a reversibilidade desse efeito no plano dos fatos ou que o direito fundamental do recorrente seja superior ao da parte adversa (princípio da proporcionalidade).

No tocante aos pressupostos *específicos*, o embargante deve comprovar que, se o efeito antecipativo não for concedido naquele momento, haverá lesão ou ameaça ao direito do jurisdicionado. Com relação aos atos protelatórios e à incontrovérsia, será mais difícil de ocorrer, pois não estamos mais em primeira instância.

Todavia, ainda fica a seguinte indagação: Qual o recurso cabível em relação à decisão do relator que analisa o efeito antecipativo?

Ora, o referido pronunciamento é decisão interlocutória, por ser isolado, não ter a finalidade programada de colocar fim ao recurso e

apresentar conteúdo decisório suficiente para causar gravame. Assim, poderá ser desafiado por meio de agravo interno, para submeter esta decisão singular ao crivo do respectivo colegiado, em sintonia com o princípio do juiz natural.

Com essas considerações, concluímos que o efeito antecipativo deve ser requerido ao juízo *a quo*, ou seja, o mesmo que proferiu o pronunciamento embargado.

3.5 Efeito Antecipativo Frente aos Embargos Infringentes

Para visualizarmos melhor o tema, inicialmente adentraremos no âmbito dos embargos infringentes e, ao final, na sua interação com o efeito antecipativo.

3.5.1 Considerações gerais

Conforme estudamos no item 3.4, a origem dos embargos está debruçada no direito português, pois como a monarquia criou dificuldades para a

interposição da apelação, os jurisdicionados começaram a pedir pela reconsideração da sentença ao próprio juiz.⁸⁵⁵ Porém, após a vigência do CPC/39 lusitano, desapareceu a modalidade recursal dos embargos em Portugal.⁸⁵⁶

Em sentido oposto, o CPC/39 brasileiro já dispunha sobre esse recurso, por meio de seu Art. 833, que expressava:

Além dos casos em que os permitirem os Arts. 783, § 2º, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado, quando não for unânime a decisão proferida em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança. Se o desacordo for parcial os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Os referidos Arts. 782, §2º e 839 dispunham sobre matérias afetas à alçada e dívida ativa.⁸⁵⁷

⁸⁵⁵ OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. **Dos recursos no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1.954, p. 165. Também nesse sentido: CUNHA, Gisele Heloísa. **Embargos infringentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.993., p. 11; WAMBIER, 2.004, p. 269.

⁸⁵⁶ Sobre esse tema José Carlos Barbosa Moreira adverte que: “Figura peculiar ao direito luso-brasileiro, evoluíram os embargos a partir do simples pedido de reconsideração ao órgão que decidira. Durante muito tempo, eram oponíveis apenas ‘à execução’ da sentença, como os atuais embargos do devedor, não tendo, assim, o caráter de ‘recurso’. A partir de determinada época, passaram a coexistir as duas modalidades, que o direito brasileiro acolheu. Tivemos, desde então, embargos contra decisões judiciais ainda não transitadas em julgado (recurso) e embargos à execução. No ordenamento português, o recurso de embargos desapareceu com o Código de Processo Civil de 1.939; entre nós, subsistiu a dualidade, que o vigente estatuto manteve” (MOREIRA, 2.003, vol. V, p. 286).

⁸⁵⁷ Algumas das principais diferenças entre os embargos infringentes previstos no CPC/39 e atualmente (CPC/73), são: a) a nomenclatura, pois no CPC/39, era rotulado de embargos de nulidade e infringentes (e não embargos infringentes como é hoje); b) no CPC/39 os pressupostos para a interposição desses embargos residiam na ausência de unanimidade e que o acórdão fosse referente à apelação, ação rescisória ou mandado de segurança; c) o prazo era de 10 (dez) dias (CPC/39, Art. 834); d) a matéria devolvida restringia-se ao objeto da divergência; e) o preparo deveria ser feito no prazo de 03 (três) dias a contar do recebimento do recurso (CPC/39, Art. 835, § 1º); f) nos termos do Art. 837 do CPC/39 a parte adversa tinha cinco dias para impugnação, quinze dias para o relator e, após, dez dias para o revisor; g) se desse empate na votação, deveria prevalecer a decisão embargada (CPC, Art. 838, parágrafo único).

Atualmente, o Art. 530 do CPC/73⁸⁵⁸ admite o cabimento dos embargos infringentes quando o julgado não for unânime e na presença de uma das situações, a saber: a) reformar a sentença de mérito em sede de apelação; b) julgar procedente o pedido deduzido em ação rescisória.⁸⁵⁹

Satisfeitas essas premissas, decorre que as principais etapas do procedimento desse recurso são:

- a) o prazo para a interposição é de quinze dias (CPC, Art. 508);
- b) após a referida interposição, será aberta vista ao recorrido para ofertar as contra-razões e, na seqüência, os autos irão ao relator para analisar a admissibilidade do recurso (CPC, Art. 531);
- c) se os embargos não forem admitidos, caberá agravo interno, no prazo de cinco dias (CPC, Art. 532). Do contrário, serão processados na

⁸⁵⁸ Art. 530 do CPC: “Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

⁸⁵⁹ Por meio da anterior redação do Art. 530 do CPC, os embargos infringentes seriam cabíveis se o julgamento fosse proferido no bojo de apelação ou de ação rescisória. Atualmente, a nova redação do Art. 530 do CPC, trazida pela Lei nº 10.352/01, diminuiu o âmbito dos embargos infringentes ao exigir que o julgamento da apelação reforme a sentença de *mérito* e o da ação rescisória seja de procedência. Essa nova redação deve ser interpretada com cautela pelo operador do direito, notadamente se atentarmos para os princípios da isonomia (CF, Art. 5º, *caput* e inc. I) e da paridade de tratamento entre as partes (CPC, Art. 125, inc. I). Por outro lado, já tivemos a oportunidade de expressar o nosso entendimento pelo cabimento dos embargos infringentes em sede de acórdão que dê provimento a agravo (de instrumento ou retido), se tiver o conteúdo de sentença de mérito (CPC, Art. 269), pois embora sejam pronunciamentos diferentes (sentença e decisão interlocutória), veiculam a mesma matéria prevista no Art. 269 do CPC (FRANZÉ, 2.006, p. 245-249).

forma do regimento interno do respectivo tribunal (CPC, Art. 533), devendo ser escolhido um novo relator que, preferencialmente, não tenha participado do julgamento (CPC, Art. 534).

Ressaltamos a existência de uma polêmica doutrinária sobre a manutenção desse recurso.⁸⁶⁰ Em verdade, essa discussão gira em torno do binômio efetividade/segurança jurídica.

Em sentido amplo, os opositores se embasam no aumento de tempo advindo do julgamento dessa modalidade recursal.⁸⁶¹ Já, os defensores da manutenção deste mecanismo no sistema processual,⁸⁶² argumentam que os

⁸⁶⁰ Sobre o tema observa Teresa Arruda Alvim Wambier, que: “Muito se discute acerca da conveniência de o direito positivo manter o recurso de embargos infringentes. Ou pelo menos de mantê-los como são hoje” (WAMBIER, 2.004, p. 269).

⁸⁶¹ Opondo-se aos embargos infringentes, dentre outros: ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Embargos de nulidade e infringentes do julgado**. São Paulo: Saraiva, 1.965, p. 67-68; CARMONA, Carlos Alberto. **Embargos infringentes**. In: Revista do Advogado, n° 27. São Paulo: AASP, 1.989, p. 20.

⁸⁶² Defendendo os embargos infringentes, Flávio Cheim Jorge argumenta que: “[...] a partir do momento em que se procura a unanimidade no entendimento de uma lei, se alcança cada vez mais a segurança jurídica. A possibilidade de desacerto ou desequilíbrio no julgamento colegiado e, conseqüentemente, a ausência de harmonia entre os juízes do tribunal fazem com que as partes possam valer do recurso de embargos, como fato gerador de garantia da certeza jurídica do decisório” (JORGE, Flávio Cheim. **Embargos infringentes – uma visão atual: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 262). No mesmo sentido: CUNHA, 1.993, p. 47-48; WAMBIER, 2.004, p. 269; Já, José Carlos Barbosa Moreira, ressalva que era contrário a esse recurso, contudo, após a restrição das hipóteses de cabimento, passou a ser favorável. Sobre a sua mudança de posição argumenta que: “Nas três primeiras edições deste livro, enunciamos conclusão desfavorável à sobrevivência dos embargos infringentes. A experiência judicante levou-nos a atenuar o rigor de nossa posição. Passamos a preconizar que se mantivesse o recurso, mas se lhe restringisse o cabimento, excluindo-o em alguns casos, como o de divergência só no julgamento de preliminar, ou em apelação interposta contra sentença meramente terminativa, e também o de haver o tribunal ‘confirmado’ (embora por maioria de votos) a sentença apelada, à semelhança do que se dava no sistema primitivo do estatuto de 1.939, antes do Decreto-Lei nº 8.570, de 08 de janeiro de 1.946. Estas duas últimas sugestões viriam a ser acolhidas pela Lei nº 10.352” (MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 286).

embargos infringentes são imprescindíveis para gerar um maior aprimoramento da tutela jurisdicional.

Em nosso entendimento, os embargos infringentes são imprescindíveis para o *refinamento* da tutela jurisdicional. Aliás, se ocorrer o fato raro – diga-se de passagem –, de existir um voto vencido (ou mais), certamente esta matéria clama por melhor análise.

3.5.2 Incidência do efeito antecipativo

Antes de estudarmos o efeito antecipativo (nesse recurso), investigaremos os limites do mesmo, além do efeito suspensivo.

3.5.2.1 Âmbito da matéria que será objeto do efeito antecipativo

Esse recurso chama a atenção pela limitação da sua devolutividade (e, por conseqüência, do efeito antecipativo), ao âmbito do voto divergente.

E nem poderia ser diferente, pois o escopo desses embargos é, justamente, revisar a divergência (e nada mais). Isso significa que o

embargante apenas poderá postular pela revisão total da matéria se o desacordo for geral (e não parcial).⁸⁶³

Vamos a um exemplo prático, a saber: a) são julgados procedentes os pedidos de dano moral e material em sede de ação de conhecimento; b) na seqüência, é dado provimento às razões recursais da apelação do réu, por maioria de votos, para julgar improcedente ambos os pedidos; c) todavia, o voto vencido se restringiu a decidir pela procedência do dano material.

Nessa situação, a divergência foi parcial. Por isso, se o autor interpuser embargos infringentes, jamais poderá atingir toda a matéria, isto é, serão restritos ao objeto da discordância (dano material), pois em relação ao pedido de dano moral houve unanimidade.

A consequência disso para este nosso estudo é que o pedido de efeito antecipativo também deve se limitar ao objeto da divergência. Por isso, ao

⁸⁶³ No mesmo sentido é o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira, ao afirmar: “Com a interposição dos embargos, visa-se a obter do colegiado que os vai julgar a revisão da matéria decidida ‘sem unanimidade’. O máximo que pode pretender o embargante é que prevaleça, no julgamento dos embargos, a solução preconizada no voto vencido. Compreensível, portanto, que a extensão dos embargos se meça pela extensão da divergência. Se o desacordo foi total, o embargante poderá pedir a reapreciação integral da matéria apreciada no acórdão embargado. Se foi parcial, tudo aquilo em que houve unanimidade escapa ao âmbito dos embargos; pode ser admissível, eventualmente, recurso extraordinário (ou especial), incidindo o Art. 498” (MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 290). No mesmo sentido Gisele Heloísa Cunha expressa: “Frisamos que o efeito devolutivo dos embargos fica adstrito à extensão máxima do voto divergente” (CUNHA, 1.993, p. 87).

interpor os aludidos embargos, no exemplo anterior, o autor apenas poderia postular pelo efeito antecipativo em relação ao dano material (desde que presentes os requisitos do Art. 273 do CPC), uma vez que o dano moral não foi devolvido pelos embargos infringentes.

Contudo, não podemos desprezar que o critério para aferir a discordância deve focalizar a *conclusão* adotada em cada voto (e não a fundamentação).⁸⁶⁴

Portanto, o contraste do voto vencido em relação aos demais deve ser feito, principalmente, pela conclusão, isto é, se o provimento foi negado ou concedido total ou, ainda, parcialmente.

Tanto é assim, que a fundamentação do voto divergente não limita os argumentos dos embargos infringentes.⁸⁶⁵ Embora o embargante tenha

⁸⁶⁴ Esse tema é bem ilustrado por Nelson Nery Júnior, ao registrar que: “Tem-se conhecimento da divergência por intermédio do conteúdo da declaração do voto vencido. Importa aqui o aspecto quantitativo do voto vencido, vale dizer, sua conclusão. Os embargos infringentes são cabíveis para fazer prevalecer a conclusão estampada no voto vencido, podendo o embargante utilizar-se de outro fundamento além ou diferente daquele constante da declaração de voto vencido” (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 438).

⁸⁶⁵ Admitindo a utilização de novos argumentos em relação ao objeto da divergência o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, RESp nº 148.413. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU de 21/02/00, p. 113, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS INFRINGENTES – CABIMENTO – EXTENSÃO DA DEVOLUTIVIDADE – VOTO VENCIDO – POSSIBILIDADE DA EMBARGANTE UTILIZAR NOVOS ARGUMENTOS – INTELIGÊNCIA DO ART. 530 CPC – PRECEDENTES STJ. – Não obstante o julgamento dos embargos infringentes deva, necessariamente, cingir-se à matéria divergente, o efeito devolutivo diminuto do recurso, não impede que a embargante, visando a prevalência do voto minoritário, utilize ampla argumentação. – Recurso conhecido e provido”.

liberdade na fundamentação, não poderá inovar em relação à causa de pedir por determinação do Art. 264 do CPC.⁸⁶⁶

Em outros termos, o embargante poderá articular outros fundamentos, desde que não haja modificação da causa de pedir.

Como exemplo dessa afirmação, vamos a outro exemplo, a saber: a) é estabelecida uma divergência em relação ao pedido “a”, onde o voto vencido adotou o argumento “q”; b) ora, nesse caso, nada impede que o recorrente fundamente os embargos nos argumentos “q”, “r” e “s” (ainda que esses dois últimos não tenham sido adotados no voto divergente).

A restrição imposta ao embargante está adstrita ao objeto da divergência (pedido “a”), não atingindo a fundamentação adotada em relação à discrepância do pedido “a”.⁸⁶⁷

⁸⁶⁶ Nesse sentido o acórdão do Tribunal de Alçada-PR, 3ª Câmara Cível, Embargos Declaratórios nº 258.519-5/02 (226565), Rel. Juiz Jurandyr Souza Junior, DOE 04/02/05, com ementa expressando: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – DECISÃO COLEGIADA – RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E OBSCURIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO – INOCORRÊNCIA – EFEITO INFRINGENTE – IMPOSSIBILIDADE – Recurso desprovido. O juiz não está vinculado aos argumentos jurídicos das partes, mas tão-somente à causa de pedir como situada no processo. Desde que a aplicação ao fato ou ao conjunto de fatos de qualificação jurídica distinta daquela prevista pelas partes não promova alteração na causa de pedir, o juiz estará livre na sua investigação para subsumir o fato à norma. Perfeitamente clara a finalidade dos embargos, como seja, a de forçar o exame por este colegiado da tese jurídica deduzida no processo e no recurso pela embargante. É preciso salientar antes de mais nada, que o acórdão embargado apreendeu a situação conflituosa, dando-lhe o tratamento jurídico que a Câmara entendeu compatível, vale dizer, em termos processuais, à causa de pedir o órgão julgador aplicou solução que lhe pareceu pertinente, extraída do ordenamento positivo”.

⁸⁶⁷ Sobre o tema, Teresa Arruda Alvim Wambier salienta que a devolutividade dos embargos infringentes está limitada à discrepância do voto divergente (WAMBIER, 2.004, p. 270).

Em suma, apuramos que o efeito devolutivo dos embargos infringentes limita a conclusão do voto divergente (e não a fundamentação). Nessa linha de pensamento, ambos os efeitos (devolutivo e antecipativo) estão diretamente relacionados, pois somente a matéria que for devolvida poderá ser antecipada.

3.5.2.2 Efeito suspensivo

Constatamos no item 3.4.2.1.2, que dos recursos constantes no CPC, a apelação é o único que tem a suspensividade *independente* de pedido (e, mesmo assim, nas hipóteses alheias ao rol do Art. 520 do CPC). De outro lado, a lei nada aduz sobre esse efeito em relação aos embargos infringentes.

A partir daí, emerge a inevitável indagação: Os embargos infringentes têm efeito suspensivo?

Para Nelson Nery Júnior, essa suspensividade apenas atinge a parte que for objeto dos embargos (divergência), ao expressar: “Quanto aos embargos infringentes, a suspensividade fica limitada ao âmbito de abrangência do voto vencido, que ensejou a interposição desse recurso”.⁸⁶⁸

⁸⁶⁸ NERY JÚNIOR, 2.004, p. 386.

Cumulativamente, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça-SP estabeleceu uma relação entre a suspensividade dos embargos infringentes e o efeito suspensivo da apelação originária. Essa regra é trazida pelo Art. 843 do RITJSP, que expressa: “Dentro dos limites do voto vencido, os embargos têm efeito suspensivo, se também a apelação tinha esse efeito”.⁸⁶⁹

Em nosso entendimento, como apenas a apelação pode ter suspensividade *independentemente* de pedido, a solução está em verificarmos os efeitos de seu recebimento. Se o pronunciamento impugnado pela apelação não estiver no rol dos incs. do Art. 520 do CPC, então será recebida no efeito suspensivo *independente* e, portanto, os embargos infringentes terão o mesmo efeito em relação ao objeto da divergência. Do contrário, os embargos infringentes não terão o mencionado efeito suspensivo.⁸⁷⁰

⁸⁶⁹ Traçando a relação entre o efeito de recebimento da apelação e o dos embargos infringentes, Gisele Heloísa Cunha expressa: “Nos termos da lei, só é possível falar-se em execução provisória se a apelação foi recebida somente no efeito devolutivo [...]. Vejamos a seguinte hipótese: o voto divergente é total e a apelação foi recebida só no efeito devolutivo. A parte interpõe embargos e o embargado pode pedir extração da carta de sentença. Se a divergência for parcial, pode o embargado igualmente pedir a extração da carta de sentença, quer hajam sido interpostos embargos infringentes (já que a apelação não fora recebida no efeito suspensivo), quer hajam sido interpostos recurso especial e/ou extraordinário (porque estes recursos, por lei expressa, não têm efeito suspensivo)” (CUNHA, 1.993, p. 94).

⁸⁷⁰ Embora se referindo ao efeito suspensivo de modo geral (sem especificar a forma de incidência), Gisele Heloísa Cunha apresenta um raciocínio similar, ao expressar: “De ordinário, os recursos têm efeito devolutivo e suspensivo. Mas somente a apelação, em regra, tem ambos os efeitos, isto porque a apelação é por excelência, o recurso cível (no sentido de que se trata de meio que possibilita a revisão das decisões de primeiro grau, sendo corolário do princípio do duplo grau). Somente não incidirá o efeito suspensivo na apelação nos casos taxativamente enumerados no Art. 520. Os demais recursos (agravo, recurso especial e recurso extraordinário) não possuem efeito suspensivo (Art. 497).(...) Para nós, os embargos infringentes, em se tratando de julgamento de apelação, serão recebidos, em regra, no efeito suspensivo, salvo nos casos do Art. 520 do CPC” (Ibidem, p. 89-91).

Certamente esta suspensividade dos embargos infringentes não terá o condão de modificar os efeitos da sentença apelada, pois estará limitada aos efeitos do acórdão (e não da sentença).⁸⁷¹

Por fim, é inegável a incidência do efeito suspensivo *dependente*, caso estejam presentes os respectivos pressupostos (*periculum in mora e fumus boni iuris*).

Com essas considerações, somos levados a concluir que os embargos infringentes: a) são dotados de efeito suspensivo *independente* (de pedido do embargante), desde que a apelação originária também tenha este efeito; b) esta suspensividade está condicionada à existência desse efeito em relação à apelação originária, bem como está limitado ao objeto da divergência.

3.5.2.3 Interação com o efeito antecipativo

Pelo que expusemos, é inquestionável (embora excepcional) a possibilidade de ser concedido o efeito antecipativo aos embargos infringentes.

⁸⁷¹ Esse entendimento é bem detalhado por José Carlos Barbosa Moreira, ao afirmar: “A interposição dos embargos obsta, pois, à produção dos efeitos do acórdão embargado, quer proferido em grau de apelação, quer em ação rescisória. Não influi na eficácia da sentença apelada: se a apelação fora recebida somente no efeito devolutivo, e por isso se tornara possível, a título provisório, a execução (Arts. 521, 2ª parte, e 587, 2ª parte), tal exequibilidade provisória não se vê atingida pela interposição dos embargos. Se transitasse em julgado o acórdão que deu provimento à apelação, reformando a sentença, seria desfeita a execução provisória (Art. 588, nº III); a interposição dos embargos, porém, suspendendo a eficácia desse acórdão, mantém o *status quo*. Caso a apelação tenha sido recebida também no efeito suspensivo, este igualmente subsiste após a interposição dos embargos. É intuitivo que só se suspende a eficácia do acórdão naquilo que constitua objeto dos embargos” (MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 291). O mesmo raciocínio é desenvolvido por Flávio Cheim Jorge (JORGE, 1.999, p. 279).

No intuito de auxiliar essa nossa investigação, verificaremos algumas situações de ordem prática, com o objetivo de contrastá-las com o efeito antecipativo.

Adotaremos como primeira hipótese a ação que julga improcedente o pedido “a” e, em sede de apelação, o tribunal nega provimento às razões recursais por maioria de votos.

Se o autor interpuser embargos infringentes, em tese, a demora advinda do respectivo julgamento poderia tornar ineficaz a entrega da tutela jurisdicional.

Logo, a alternativa do autor é postular pelo recebimento dos embargos e o imediato deferimento do efeito antecipativo (na própria petição do recurso).⁸⁷² Todavia, deverá demonstrar a presença dos requisitos do Art. 273 do CPC e também que os referidos pressupostos se ajustam aos limites do voto vencido.

Desse modo, se a divergência for total, o efeito antecipativo também poderá ser total, mas se for parcial, este efeito deverá ficar restrito ao âmbito da divergência materializada pelo voto vencido.

⁸⁷² Também concordando com a antecipação dos efeitos da tutela recursal, nesse caso, William Santos Ferreira expressa que: “O embargante é o autor da ação, sendo que à sua apelação foi negado provimento ‘por maioria’. O ‘voto vencido’ acolhia as alegações do autor-apelante, dando provimento à apelação. Neste caso, ante a viabilidade de impugnação recursal através dos embargos infringentes, pode ser que o embargante obtenha sucesso, razão pela qual, em tese, será cabível o pedido de tutela antecipada” (FERREIRA, 2.000, p. 317).

Outra situação prática é trazida por William Santos Ferreira, que defende a possibilidade de o autor-embargado obter a tutela antecipada recursal para afastar o efeito suspensivo dos embargos infringentes interpostos pelo réu, ao expressar:

Fica claro que, se a apelação tinha efeito suspensivo, os embargos infringentes também suspenderão os efeitos do provimento final, isto é, o autor não poderá ainda obter o bem da vida que almeja e que até o momento lhe foi reconhecido pelo Poder Judiciário. Aqui também, ante a ausência de efeitos, é cabível em tese a tutela antecipada (justamente para antecipar os efeitos ainda não gerados). Mas deverá o julgador, para antecipar a tutela, verificar se os embargos infringentes interpostos pelo réu têm grandes chances de prosperar; se tiverem, desaparecerá, para a tutela antecipada (pedido do autor), a ‘verossimilhança da alegação e a prova inequívoca’, do que decorrerá o indeferimento do pedido; caso contrário, a tutela antecipada deverá ser deferida.⁸⁷³

Concordamos com a possibilidade de o autor postular pelo efeito antecipativo. Entretanto, frisamos que esse efeito não é dos embargos infringentes. Em verdade, essa medida antecipada recursal será atribuída ao recurso de apelação (e não aos embargos infringentes).

Somos levados a essa conclusão, pelos seguintes argumentos:

a) o autor não tem legitimidade para pedir pela decretação do efeito antecipativo ao recurso da outra parte. Concomitantemente, o efeito é

⁸⁷³ Esse entendimento é defendido por William Santos Ferreira (Ibidem, p. 320).

consequência do recurso e, por isso, somente poderia ser concedido se a parte for recorrente;

b) o objeto do efeito antecipativo não pode ser diferente das razões recursais dos embargos;

c) a interposição dos embargos infringentes impede que o acórdão da apelação produza efeitos (se a apelação também tinha suspensividade). Logo, esses efeitos podem ser antecipados, mas não os dos embargos;

d) o deferimento da tutela antecipada recursal à apelação (interposta pelo autor) afastará a suspensividade dos embargos infringentes. De forma análoga, esse raciocínio ocorre com a antecipação dos efeitos da tutela em primeiro grau, pois a eventual apelação que desafiar a sentença (que convalidar a referida aludida liminar) deverá ser recebida no efeito meramente devolutivo (CPC, Art. 520, inc. VII),⁸⁷⁴

⁸⁷⁴ Um exemplo similar é trazido por Flávio Cheim Jorge, ao expressar: “Se, por exemplo, é concedida tutela antecipada em ação rescisória, que posteriormente venha a ser julgada, por maioria, procedente, os embargos infringentes interpostos terão efeito suspensivo? [...]. Não se pode olvidar que, em tais situações, os embargos infringentes não terão efeito suspensivo. Tal entendimento decorre da impossibilidade de se dar a uma decisão de cognição sumária maior eficácia do que a uma decisão de cognição exauriente. Além disso, interpretação diferente conduziria, certamente, a conclusões absurdas, que sempre devem ser afastadas pelos operadores do direito” (JORGE, 1.999, p. 279-280). Embora estejamos de acordo com a conclusão (de impossibilidade de efeito suspensivo nessa hipótese), ousamos discordar do fundamento da maior amplitude da cognição. E isso, porque acreditamos que o argumento para afastar essa indesejada suspensividade está na interpretação ampliativa do inc. VII do Art. 520 do CPC, além da incompatibilidade do mencionado efeito suspensivo (quando presentes os respectivos pressupostos), com o inc. XXXV do Art. 5º da CF e Art. 273 do CPC.

e) o julgamento por maioria auxiliará na análise da verossimilhança do julgador, ao analisar o referido efeito, embora não seja vinculativo.

Nesse contexto, o apelante-embargado deverá demonstrar a presença dos respectivos pressupostos para postular pela concessão de efeito antecipativo ao seu recurso de apelação (e não quanto aos embargos infringentes).

Mas ainda fica uma indagação: Quem é o juízo competente para decidir sobre o efeito antecipativo dos embargos infringentes?

Por se tratar de efeito do recurso, basta localizarmos quem será o juízo competente para receber os embargos infringentes.

Como determina o Art. 531 do CPC, o referido recurso deverá ser interposto perante o relator do acórdão embargado que, por sua vez, também será competente para decidir sobre o efeito antecipativo.

Todavia, essa decisão do relator não impede o reexame de sua decisão (sobre a medida antecipada recursal), pode ser reexaminada pelo eventual

novo relator sorteado para apreciar os embargos infringentes (CPC, Art. 534), pois estará representando o juízo *ad quem*.⁸⁷⁵

Feitas essas considerações, concluímos que: a) o efeito antecipativo pode ser atribuído aos embargos infringentes; b) o interessado deverá requerer (juntamente com o recurso), para o relator do acórdão embargado (CPC, Art. 531), ou, caso já tenha sido recebido, ao eventual novo relator sorteado (CPC, Art. 533).

3.6 Efeito Antecipativo Frente aos Recursos Especial e Extraordinário

Tendo em vista a estreita relação entre os procedimentos dos recursos excepcionais, optamos pela análise conjunta de ambos. Mas, para melhor identificarmos a interação do efeito antecipativo nessas espécies recursais (notadamente os momentos de incidência), inicialmente, estudaremos os referidos recursos em sentido amplo.

⁸⁷⁵ Na mesma linha de raciocínio William Santos Ferreira expressa que: “Por tudo que já expusemos nos itens anteriores, não é crível que tal competência seja atribuída ao órgão colegiado, devendo competir apenas a um julgador, no caso o relator. No entanto, nos embargos infringentes, a admissibilidade do recurso compete ao relator do acórdão embargado (Art. 531), mas, uma vez admitidos, deverá ser sorteado ‘novo relator’ (Art. 533). Diante desta situação, competente para a apreciação do pedido de tutela antecipada deverá ser em regra o ‘novo relator’, na forma do Art. 533, o que significa dizer que a apreciação ocorrerá após o juízo de admissibilidade dos embargos infringentes, quando então ocorre o sorteio deste novo relator” (FERREIRA, 2.000, p. 320).

3.6.1 Considerações gerais

Primeiramente veremos a evolução histórica e, após, o escopo dos recursos extraordinário e especial.

3.6.1.1 Breve relato da evolução histórica

A origem do recurso extraordinário está debruçada no *Judiciary Act* de 1.789 do direito norte-americano, que por meio de um instrumento denominado *writ of error*, outorgou poderes à Corte Suprema para julgar os aspectos constitucionais dos pronunciamentos finais dos tribunais de maior hierarquia.⁸⁷⁶

A introdução desse recurso no Brasil se operou concomitantemente com a instauração do pacto federativo,⁸⁷⁷ sendo materializada pelo Art. 9º do Decreto nº 848, de 24/10/1.890 (que

⁸⁷⁶ Nesse sentido Athos Gusmão Carneiro também lembra que, posteriormente, o *writ of error* passou a denominar-se *appeal* e, após, *writ of certiorari* (CARNEIRO, Athos Gusmão. **Do recurso especial e seus pressupostos de admissibilidade**. In: Revista Jurídica, nº 210. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.995, p. 82).

⁸⁷⁷ PINTO, 2.004, p. 242.

organizou a Justiça Federal). Doravante, passou a ser previsto no § 1º do Art. 59 da CF/1.891, mas o rótulo de *recurso extraordinário* apenas foi inserido pelo primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.⁸⁷⁸

Por sua vez, o recurso especial nada mais é do que um desdobramento do extraordinário (trazido pela CF/88), na medida em que o legislador constituinte, de um lado, pretendeu fixar a competência do Supremo Tribunal Federal apenas em relação às *questões constitucionais* e, de outro, repassou as *questões federais* para o Superior Tribunal de Justiça.⁸⁷⁹

⁸⁷⁸ Da mesma forma, José Carlos Barbosa Moreira realça que: “A denominação de ‘recurso extraordinário’, porém, somente se lhe aplicou no primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, passando à Lei nº 221, de 20/11/1.894, Art. 24, ao Dec. nº 3.084, de 05/11/1.898, Parte III, Arts. 678, letra d, e 744, e a outros diplomas. Com a reforma constitucional de 1.926, ampliaram-se as hipóteses de cabimento; uma das inovações, fadada a perdurar por muitos anos, foi a concessão do recurso com fundamento na divergência de interpretação da mesma lei federal por dois ou mais tribunais locais (Art. 60, § 1º, letra ‘c’), caso em que ele poderia ‘ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo Procurador-Geral da República’. Tinha-se, destarte, um recurso extraordinário *ex officio*, com caráter facultativo (MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 320).

⁸⁷⁹ Sobre essa divisão de matérias, Rodolfo de Camargo Mancuso ressalva: “Embora seja inegável que a Constituição Federal procedeu a uma cisão na seara do recurso extraordinário, reservando-o para as questões constitucionais e repassando as questões federais de direito comum para o recurso especial do STJ, não se pode afirmar, peremptoriamente, que o STJ está infenso a toda matéria constitucional: primeiro, nos casos da alínea ‘a’ do Art. 105, III (contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou Lei Federal), não se pode descartar a hipótese de que venha agitado, incidentemente, debate acerca da constitucionalidade dos textos em questão (é que, como afirma o Min. Carlos Velloso, ‘o STJ não será o único tribunal do País em que não ocorrerá o controle difuso da constitucionalidade, já que esse controle difuso faz parte do sistema constitucional brasileiro’), em segundo lugar, no caso da alínea ‘b’ daquele artigo (decisão que julgou válida lei ou ato local increpado de contrariar a Lei Federal), a constitucionalidade pode até aparecer como um pressuposto implícito, a saber, se o julgado recorrido decidiu daquela forma, é porque, supostamente uma Lei Federal terá invadido a seara do Estado ou do Município” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001, p. 89-90). Em sentido similar quanto ao traslado das questões federais ao Superior Tribunal de Justiça: MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 322.

Atualmente, o recurso extraordinário tem as suas hipóteses de incidências elencadas nas letras *a, b, c e d*, do inc. III do Art. 102 da CF, que expressam:⁸⁸⁰

Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, [...].

[...]

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Cumulativamente, o recurso especial é cabível nas hipóteses arroladas nas letras *a, b e c*, do inc. III do Art. 105 da CF, que expressam:

Art. 105: Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Devido ao âmbito desse nosso estudo, não analisaremos cada uma das situações que comportam os recursos excepcionais. Entretanto, de modo

⁸⁸⁰ Como observa Alcides de Mendonça Lima, não podemos confundir o recurso extraordinário (previsto no inc. III do Art. 102 da CF e Art. 541 do CPC), com os critérios de classificação recursal onde os recursos ordinários estão na mesma relação jurídica processual e, portanto, são ajuizados antes da coisa julgada e os extraordinários estão alheios à relação jurídica processual e são ajuizados após a coisa julgada (LIMA, 1.976, p. 171).

geral, podemos afirmar que: a) as *questões constitucionais* ficaram afetas ao Supremo Tribunal Federal, que também pode ser provocado por meio do recurso extraordinário; b) para o Superior Tribunal de Justiça ficou a competência sobre as *questões federais*.

3.6.1.2 Escopo

A principal razão de existir tribunal com ascendência sobre todo o território nacional (para deliberar sobre as matérias eleitas pelo legislador como mais relevantes) é permitir, em tese, uma maior uniformização dos pronunciamentos judiciais.

Aliás, um dos maiores desafios de qualquer sistema jurídico é evitar soluções diferentes para casos iguais, ou seja, entregar a tutela jurisdicional de modo efetivo e uniforme para todos os jurisdicionados.

Sobre essa uniformização, é muito relevante a justificativa mencionada pelo então juiz John Marshall (em voto que é tido como fato gerador do controle de constitucionalidade pela via de exceção), ao expressar:

Que os Estados Unidos formam, para muitos e os mais importantes propósitos, uma só nação, ainda não foi negado. Na guerra somos um só povo. Para fazer a paz, somos um só povo. Em todas as regulamentações comerciais somos um só e mesmo povo. Em muitos outros aspectos é o povo americano um só; e o governo capaz de controlar e manobrar seus interesses sob todos os ângulos é o da União. É o seu governo, e a este respeito ele não possui outro. A América escolheu ser, sob muitos aspectos, uma nação; e em relação a todos eles seu governo é completo, [...] competente, [...] supremo. Pode, para tingir esse efeito, controlar legitimamente todos os indivíduos ou governos dentro do território americano. A constituição e as leis de um Estado, se contrárias à Constituição e às leis dos Estados Unidos, são absolutamente nulas. Os Estados são partes constituintes dos Estados Unidos. São Membros de um grande império – para alguns fins, soberanos, para outros, subordinados.⁸⁸¹

Contudo, não desconhecemos que a uniformização plena da entrega da tutela jurisdicional é utópica, pois o direito não é ciência exata (onde: $1 + 1 = 2$). Em verdade, o direito é manuseado por meio da difícil arte da ciência hermenêutica, notadamente, pela interpretação sistemática.

Outro aspecto é a semelhança entre os procedimentos dos recursos especial e extraordinário. Desse modo, as principais etapas de ambos são:

a) deve ser interposto no prazo de quinze dias perante o tribunal que proferiu o acórdão impugnado (CPC, Art. 508), juntamente com o comprovante de recolhimento do preparo;

⁸⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1.999, p. 74.

b) após o processamento é feito o juízo de admissibilidade previsto no Art. 541 do CPC, pelo presidente ou vice do tribunal de origem (conforme disposto no respectivo regimento interno);

c) desse primeiro exame de admissibilidade, podem resultar: o deferimento do recurso; indeferimento ou a decretação de sua retenção prevista no § 3º do Art. 542 do CPC;

d) sendo deferido, o recurso será remetido para o tribunal superior competente, que fará o respectivo julgamento.

Importante ressaltarmos, que se os dois recursos excepcionais forem interpostos e admitidos pelo tribunal local, o recurso especial deve ser processado primeiro (CPC, Art. 543) e, após o respectivo julgamento, será processado o recurso extraordinário (CPC, Art. 543, § 1º).⁸⁸²

No mais, entendemos pertinente atribuir a estes recursos o rótulo de *excepcionais*, pois, como bem aponta Rodolfo Camargo Mancuso, ambos têm um núcleo comum e, por isso, merecem esta qualificação, além de terem outras características semelhantes, a saber:⁸⁸³ a) exigem o prévio esgotamento

⁸⁸² Se o relator do recurso especial constatar a existência de questão prejudicial (inerente à matéria constitucional), deverá remeter os autos ao Supremo Tribunal Federal, para que o recurso extraordinário seja julgado primeiramente (CPC, Art. 542, § 2º).

⁸⁸³ MANCUSO, 2.001, p. 99.

das instâncias ordinárias; b) não têm a vocação para solucionar a injustiça do pronunciamento recorrido; c) não servem para o reexame da matéria de fato; d) a admissibilidade é bipartida, pois primeiro é feita no juízo *a quo* e, após, no *ad quem*,⁸⁸⁴ e) as hipóteses de cabimento estão tipificadas na CF/88 (e não no CPC).

Logo, podemos concluir que os recursos excepcionais têm a relevante função de auxiliar na uniformização da entrega da tutela jurisdicional relacionada às questões federais e constitucionais. E, por sua vez, essa elevada envergadura outorga maior ênfase à necessidade do efeito antecipativo, quando presentes os seus pressupostos.

3.6.2 Efeito antecipativo

Existe muita controvérsia sobre os mecanismos e momentos para a obtenção do efeito antecipativo nesses recursos. Por isso, dividiremos a matéria nos tópicos que seguem.

⁸⁸⁴ Sobre esse duplo juízo de admissibilidade (sem que o primeiro exclua o segundo), pondera Rodolfo Camargo Mancuso que: “No âmbito do STJ e do STF, os respectivos Regimentos Internos dispõem que, primeiramente, se verificará se o recurso é ‘cabível’ (RITJ, Art. 257; RISTF, Art. 321); dado que no Tribunal *a quo* também se exercita o juízo de admissibilidade (§ 1º do Art. 542 do CPC), fica evidente que esta primeira aferição é uma sorte de ‘triagem’, provisória e sujeita à subsequente exame do órgão *ad quem*, ou seja, por parte do Tribunal superior, ‘titular’ dessa competência, que tem, portanto, a última palavra (MANCUSO, 2.001, p. 135-136).

3.6.2.1 Cabimento

Importante registrarmos que uma das condições para ser permitida a interposição dos recursos excepcionais é a existência de *causa decidida* (CF, Arts. 102, inc. III e 105, inc. III),⁸⁸⁵ isto é, devem estar esgotados todos os demais recursos ordinários possíveis para a referida causa.⁸⁸⁶

Todavia, de um lado, se pode existir *causa decidida* suficiente para provocar severos prejuízos aos jurisdicionados, por outro, os recursos excepcionais são destituídos do efeito suspensivo que incide *independentemente* de pedido (CPC, Art. 497). Isso permite, dentre outras possibilidades, que um acórdão equivocado possa ser executado provisoriamente em detrimento da parte executada.

⁸⁸⁵ Pelo fato de ser passível de impugnação por meio do agravo interno é que a decisão isolada do relator não pode ser objeto dos recursos excepcionais. Nesse sentido o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 6.566-MT, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 01/09/03, p. 217, com ementa expressando: “MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. INDEFERIMENTO. 1. A decisão monocrática de relator indeferindo antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento interposto perante tribunal de segunda instância pode ser impugnada por recurso interno ao colegiado. Aplicação do princípio constitucional da colegialidade dos tribunais e do Art. 39 da Lei nº 8.039, de 1.990. 2. Não está na competência do STJ, nem por via recursal e muito menos por ação direta (como, no caso, a ação cautelar) exercer o controle sobre atos de relator ainda sujeitos a recurso para o tribunal perante o qual ainda tramita a demanda”.

⁸⁸⁶ Conforme veremos adiante, o substantivo *causa* não pode ser interpretado restritivamente para permitir que os recursos excepcionais sejam interpostos apenas em relação aos acórdãos relativos às sentenças. Nesse sentido a Súmula nº 86 do STJ determina: “cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”.

Esse impasse apenas pode ser solucionado pela admissibilidade do efeito suspensivo *dependente*, ou seja, como os recursos excepcionais são despidos do efeito suspensivo *independente*, a incidência desta suspensividade fica condicionada à presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Mas – ainda assim –, podem existir acórdãos em que seja necessário o efeito antecipativo, diante da insuficiência do efeito suspensivo *dependente*. Para visualizarmos a necessidade de admissibilidade do efeito antecipativo para os recursos especial e extraordinário, basta imaginarmos a seguinte situação:

a) uma determinada indústria está na iminência de causar irreparável dano ambiental advindo de suas atividades;

b) o tribunal local (por intermédio da respectiva câmara), em sede de agravo de instrumento, equivocadamente, revoga a liminar concedida pelo juízo de primeira instância que estava impedindo as suas atividades.

Ora, em uma situação desse nível (desde que presentes os pressupostos legais), mostra-se imprescindível o deferimento de efeito antecipativo ao recurso especial interposto pelo autor (para impedir o dano ambiental).

Pensamento em contrário afrontaria o princípio constitucional do amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV), até mesmo, por decretar a ineficácia da entrega da tutela jurisdicional.

Como lembra Teori Albino Zavascki (após ressaltar que a situação de urgência também pode ocorrer no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça), os mesmos argumentos que autorizam o efeito suspensivo (*dependente*), também permitem a antecipação da tutela recursal, ao expressar:

Por imperativo de coerência lógica, não há como deixar de reconhecer que, em casos tais, presente a relevância do direito, os mesmos fundamentos que dão suporte à concessão de efeito suspensivo ao recurso autorizam e impõem a concessão, também, de medida para antecipar os efeitos do seu futuro (e provável) provimento.⁸⁸⁷

Logicamente, não estamos defendendo a generalização da medida antecipada recursal (sob pena de violação da segurança jurídica da parte adversa), mas sim a concessão dessa espécie de tutela diferenciada em situações excepcionais, onde os seus pressupostos estiverem presentes, conforme analisamos nos itens 2.6.7.6 e 2.6.7.7. Aliás, há acórdão proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça,

⁸⁸⁷ ZAVASCKI, 1.997, p. 148.

que apenas admite a tutela antecipada recursal, nesses casos, em situações *teratológicas*.⁸⁸⁸

O problema é desvendarmos quais seriam as situações encampadas pelo adjetivo *teratológico*, tendo em vista que significa a narração de fatos espantosos ou monstruosos.⁸⁸⁹

Para nós, estará materializada a teratologia na presença dos pressupostos do Art. 273 do CPC (em relação ao efeito antecipativo).

A explicação é simples, pois quanto mais se afunila o processo, maior será a exauriência da cognição.

Logo, a existência da alta probabilidade de equívoco na entrega da tutela jurisdicional seria uma irrefutável monstruosidade.

⁸⁸⁸ Nesse sentido o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 9.433-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 26/02/04, p. 182, com trecho da ementa expressando: “[...] 2. O acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em sede de Agravo Regimental em Suspensão de segurança desafia recurso especial ou extraordinário com possibilidade de concessão de efeito suspensivo pelo relator, quer como antecipação de tutela recursal quer via cautelar. Não estando configurado ato judicial teratológico e nem dano processual irreparável, há de confirmar-se a decisão que denegou a segurança [...]”.

⁸⁸⁹ Consta expressamente como sendo: “1) especialidade médica que se dedica ao estudo das anomalias e malformações ligadas a uma perturbação do desenvolvimento embrionário ou fetal; 2) os monstros como um conjunto; a monstruosidade [...] narração de fatos espantosos, relatos de coisas monstruosas, estudo de monstruosidades” (HOUAISS. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. 32ª ed. São Paulo: Objetiva, 2.005, p. 2.699).

Por derradeiro, como ressalva com propriedade João Batista Lopes as principais hipóteses de cabimento dessa medida consistem em matérias de direito e de outorga definitiva da tutela.⁸⁹⁰

Com esse panorama, entendemos que os efeitos *dependentes* (antecipativo e suspensivo) são essenciais para permitir uma maior efetividade na entrega da tutela jurisdicional.

3.6.2.2 Competência para decidir sobre os efeitos de incidência *dependente*

Tendo em vista que o processamento é similar (embora os pressupostos e conseqüências sejam diferentes), abordaremos em conjunto os efeitos de incidência *dependente* (suspensivo e antecipativo).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está firmada no sentido de afastar a sua competência para decidir sobre os efeitos suspensivo e

⁸⁹⁰ Sobre essas possibilidades, João Batista Lopes expressa: “Hipóteses há, porém, em que a concessão de tutela antecipada envolve matéria de direito, como, por exemplo, a inobservância do princípio da demanda (deferimento da medida sem pedido do autor), ou em favor do réu que se tenha limitado a contestar a ação (isto é, que não haja reconvindo). Também poderá ser objeto de impugnação, nessa via, a outorga da tutela em caráter definitivo ou em processo que não a admita” (LOPES, 2.003, p. 121).

antecipativo dos recursos excepcionais, antes do exame de admissibilidade do tribunal *a quo* (Súmulas nº 634 e nº 635).⁸⁹¹

Em processo que tivemos a oportunidade de acompanhar no Supremo Tribunal Federal, o acórdão adiantou que o motivo da criação dessas súmulas seria o intuito de não abalar a jurisdição do tribunal local. Na oportunidade foi argumentado que se o tribunal *ad quem* concedesse o referido efeito, estaria limitando a atuação da presidência do tribunal *a quo* (de efetivar o primeiro juízo de admissibilidade), pois não poderia decidir de modo diferente.⁸⁹²

⁸⁹¹ Súmula nº 634 do STF: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”.

Súmula nº 635 do STF: “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”.

⁸⁹² Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Agravo Regimental na Petição nº 1.810-9-SP, para acórdão Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 19/10/99, DJU 19/10/01, com ementa expressando: “AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO. PROCESSUAL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM PROCESSAMENTO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Medidas Cautelares. Efeito suspensivo a recurso extraordinário. Possibilidade. Admite-se medidas cautelares em recursos, como previsto nos Arts. 8º, I, *in fine*, 21, IV e V, e 304 do Regimento Interno, mas somente quando o extraordinário já estiver admitido e, conseqüentemente, sob jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Agravo regimental provido, para cassar a liminar deferida e, em decorrência, julgar extinto o processo”. De modo similar, Teori Albino Zavascki conclui sobre os fundamentos que ensejaram estas súmulas, por meio do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (1ª Turma, Petição nº 1.872-9-RS, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 14/04/00), ao expressar: “Na oportunidade, julgando questão de ordem em medida cautelar, reafirmou aquela Corte seu entendimento de que não cabe a medida para a obtenção de efeito suspensivo a recurso ainda não admitido no tribunal de origem não só porque a concessão dessa medida pressupõe necessariamente a existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, mas também porque, em se tratando de recurso extraordinário, que demanda esse juízo de admissibilidade da competência do Tribunal que prolatou o acórdão recorrido, não se aplica o disposto no parágrafo único do Art. 800 do CPC pela singeleza razão de que, se fosse concedida a liminar para dar efeito suspensivo, pela relevância de sua fundamentação jurídica a recurso dessa natureza ainda não admitido, a referida Presidência, em virtude de hierarquia jurisdicional, não poderia desconstituí-la com a não-admissão desse recurso, ficando, assim, adstrita – o que é incompatível com a sua competência para o juízo de admissibilidade – a ter de admiti-lo” (ZAVASCKI, 1.997, p. 149).

Feitas essas colocações, a primeira indagação que surge é a seguinte: Estaria correto o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (Súmulas nº 634 e nº 635), ao afastar a sua competência para decidir sobre os efeitos de incidência *dependente* dos recursos excepcionais (suspensivo e antecipativo), enquanto não houver o exame de admissibilidade do tribunal *a quo*.

Para respondermos a esta questão analisaremos, inicialmente, o panorama jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que – de modo geral –, existem duas correntes.

Uma, obstativa, não admite que o Superior Tribunal de Justiça examine pedido de concessão de efeito suspensivo ou antecipativo, antes da interposição do recurso especial, mediante a argumentação de que a inexistência do mencionado recurso afasta a plausibilidade do direito,⁸⁹³ além de propiciar indevida intervenção no tribunal local.⁸⁹⁴

⁸⁹³ No sentido de afastamento da plausibilidade do direito diante da inexistência do recurso especial, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 9.542, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJU de 18/04/05, p. 302, com ementa expressando: “Processo civil. Medida cautelar com o objetivo de obter efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto. Inviabilidade. O deferimento de pedido formulado em medida cautelar originária necessita da comprovação do perigo na demora da prestação jurisdicional requerida e da aparência do bom direito. A ausência de interposição do recurso especial inviabiliza a análise da aparência do bom direito. Agravo na medida cautelar provido. Processo extinto sem julgamento do mérito”.

⁸⁹⁴ Decidindo pela intervenção indevida no juízo *a quo* acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 5.413, Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 25/11/02, p. 246, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO ADMITIDO. DESCABIMENTO. Incabível o manejo de ação cautelar visando conferir efeito suspensivo a recurso especial que ainda não passou pelo crivo de admissibilidade no Tribunal de origem, uma vez que representaria uma intervenção descabida na jurisdição do Tribunal de origem. Precedentes desta Corte e do col. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento”.

Já, a outra (permissiva), admite a concessão destes efeitos, na presença de situação excepcional. Seus principais embasamentos são:

a) como a tutela jurisdicional não pode ser sonegada, o fato de estarmos diante de situação teratológica e excepcional admite o deferimento, sem violar as Súmulas nº 634 e nº 635 do STF;⁸⁹⁵

b) a plausibilidade do direito pode ser aferida pela petição inicial da cautelar.⁸⁹⁶

⁸⁹⁵ Advertindo sobre a possibilidade excepcional, para não violar a efetividade da jurisdição, há o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Medida Cautelar nº 7.604, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 04/10/04, p. 210, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. RISCO DA DANO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO (LEVANTAMENTO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS). VEROSSIMILHANÇA DO PEDIDO CONFIGURADA PELA PROBABILIDADE DE ÊXITO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Em conformidade com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal nas Súmulas nº 634 e nº 635, em casos excepcionalíssimos, em que haja risco de comprometimento de valor jurídico prelevante, como o direito constitucional à efetividade da jurisdição, esta Corte vem admitindo o cabimento de medida cautelar destinada a atribuir efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto no Tribunal de origem. O caso dos autos enquadra-se perfeitamente na referida hipótese de exceção, diante da singular gravidade e das razões de direito alinhadas na inicial, que evidenciam a probabilidade da reforma dos acórdãos proferidos pelo Tribunal local, que ensejaram a expedição de ordem para levantamento de quantias vultosas, oferecidas pela própria demandada como garantia de créditos tributários, e que foram objeto de pedidos de arresto e de penhora, requeridos pelo Município do Rio de Janeiro, para garantir das demais execuções fiscais em curso perante à Justiça Estadual. 2. Medida cautelar procedente. Agravo regimental prejudicado”. No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Medida Cautelar nº 7.811, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 25/10/04, p. 211; Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 3.936, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 22/10/01, p. 324.

⁸⁹⁶ Admitindo a competência e a presença da plausibilidade do direito pela inicial da cautelar, há o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 8.990, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 21/02/05, p. 169, com ementa expressando: “Agravo regimental. Medida cautelar. Efeito suspensivo. Recurso especial ainda não interposto. Falência. Letra de câmbio. Entrega das mercadorias. Súmula nº 7/STJ. 1. O Art. 288, § 2º, do Regimento Interno, permite que o Relator decida a ‘própria cautelar’, o que encontra respaldo, ainda, no Art. 34, inc. XVIII, do mesmo diploma quando manifestamente improcedente o pedido. 2. Não interposto o recurso especial, a possibilidade de sucesso deste e o *fumus boni iuris* devem ser aferidos à luz da fundamentação trazida na inicial da cautelar. 3. Hipótese em que as razões adotadas na cautelar, relativas ao não-recebimento da mercadoria, esbarram na vedação da Súmula nº 7/STJ e não trazem os dispositivos legais eventualmente contrariados pelo acórdão a ser impugnado no recurso especial. 4. Agravo regimental desprovido”.

Interessante registrarmos a existência de uma ala, na corrente permissiva, que defende a necessidade de o acórdão já ter sido lavrado para permitir a concessão dos efeitos de incidência *dependente*, pois, do contrário, não haveria parâmetros para a apuração da presença da plausibilidade jurídica.⁸⁹⁷ Por isso, a cópia do julgado deve estar inclusa nas peças que instruírem o pedido de efeito antecipativo.

Emerge dessa análise, que – ao contrário do Supremo Tribunal Federal –, em algumas situações, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a sua competência para decidir sobre os efeitos suspensivo e antecipativo dos recursos excepcionais, antes do primeiro exame de admissibilidade (no tribunal local).

No entanto, infelizmente, essa corrente permissiva está, gradativamente, sendo vencida pela obstativa, conforme adverte Teori Albino Zavascki, ao expressar:

⁸⁹⁷ Exigindo a presença do acórdão para a análise do *fumus boni iuris*, existe o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 2.937-MA, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 19/03/01, p. 94, com trecho da ementa expressando: “[...] não há conceber a idéia de atribuir efeito suspensivo a recurso especial que ainda não existe e cujo acórdão sequer foi publicado. É cediço que o v. acórdão goza de presunção de autenticidade e legalidade formal, mas não de presunção de acerto ou desacerto, pois, quanto a esse aspecto, o problema diz respeito à valoração crítica dos elementos que emergirem dos autos. O entendimento pessoal do relator harmoniza-se com a orientação do Excelso Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, enquanto não interposto e admitido recurso especial, a atribuição para providências cautelares pertence ao Presidente do Tribunal de origem. Agravo regimental não provido. Decisão unânime”. No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 5.578-PE, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 02/12/02, p. 301.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, embora ainda se admita ‘em situação excepcional’ pedido de medida cautelar diretamente ao Tribunal, mesmo quando o recurso especial ainda não tenha sido admitido na origem, firma-se orientação semelhante à adotada pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo à Presidência do tribunal *a quo* a atribuição de examinar o pedido naqueles casos, prática que se incorporou à rotina forense.⁸⁹⁸

Em nosso entendimento a solução para o impasse está na interpretação sistemática do parágrafo único do Art. 800 do CPC, cumulado com o enquadramento – na condição de efeitos recursais –, tanto do antecipativo quanto do suspensivo *dependente*.

Ora, não podemos perder de vista que os efeitos de incidência *dependente* (suspensivo e antecipativo) encontram na medida cautelar um mecanismo mais compatível para serem postulados (conforme veremos no tópico subsequente). Além disso, a suspensividade *dependente* não deixa de ter natureza cautelar, inclusive, por ter pressupostos similares aos da tutela cautelar (*periculum in mora* e ao *fumus boni iuris*).

Cumulativamente, para facilitar o nosso raciocínio, basta o mero silogismo, a saber: a) após a interposição do recurso, a providência cautelar deve ser requerida perante o juízo *ad quem*; b) os efeitos de incidência *dependente* são postulados por meio de medida cautelar; c) logo, a solicitação

⁸⁹⁸ ZAVASCKI, 1.997, p. 150.

destes efeitos, após a interposição do recurso, deve ser feita perante o tribunal superior competente.

Este nosso raciocínio (guardadas as devidas proporções), é análogo ao que utilizamos na investigação da competência para dispor sobre os efeitos antecipativo e suspensivo *dependente* em relação ao recurso de apelação (no item 3.3.2.4).⁸⁹⁹

Desse modo, até a interposição do recurso excepcional cabível, a competência para receber (e decidir) o pedido de concessão dos respectivos efeitos de incidência *dependente* será do presidente ou vice do tribunal *a quo*.⁹⁰⁰

Após, o pedido deverá ser formulado diretamente ao tribunal superior competente, por força da competência que lhe foi transferida pelo parágrafo único do Art. 800 do CPC.

Por consequência, entendemos cabível a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional antes da interposição do recurso excepcional (desde que preenchidos

⁸⁹⁹ De fato, no aludido item sustentamos que a competência para receber o pleito de incidência do efeito *dependente* (suspensivo ou antecipativo) é do juízo *a quo*, também em função do Art. 518 do CPC, pois delega a função de declarar os efeitos de recebimento da apelação ao juiz de primeiro grau. Contudo, o parágrafo único do Art. 800 do CPC é mais que suficiente para servir como critério de transferência, ao tribunal *ad quem*, da competência, para receber o pedido de concessão dos efeitos de incidência *dependente* (suspensivo ou antecipativo).

⁹⁰⁰ Sobre o tema, Teori Albino Zavascki defende a competência do presidente do tribunal *a quo*, justamente para: “[...] suprir essa lacuna que pode acarretar danos irreparáveis ou de difícil reparação em casos em que é relevante a fundamentação jurídica do recurso [...]” (ZAVASCKI, 1.997, p. 149).

os respectivos pressupostos). Todavia, discordamos da competência do tribunal superior para decidir sobre essa medida antecipativa, uma vez que essa tutela deverá ser buscada, primeiramente, frente ao tribunal *a quo*.⁹⁰¹

Reiteramos, se o recurso excepcional não foi interposto será inexistente e, por isso, a competência não poderá ser transferida ao respectivo tribunal superior.⁹⁰²

Ademais é importante ressaltarmos que uma vez não interposto o recurso excepcional no prazo legal, a eventual medida antecipativa deferida ficará condicionada a interposição do recurso.

⁹⁰¹ Gleydson Kleber Lopes de Oliveira também admite a competência do tribunal *a quo*, ao expressar que: “No caso de proferida a decisão e ainda não ter sido interposto o recurso especial, remanesce competência ao tribunal prolator da decisão para apreciar medida cautelar, a partir da exegese, a contrario sensu, do Art. 800, parágrafo único., do CPC, com o escopo de sustar ou suspender os efeitos da decisão judicial até o desfecho do processo” (OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002, p. 330). Sobre o tema, há julgado que, embora tenha negado o pedido do requerente para conceder efeito antecipativo a recurso especial ainda não interposto, admite essa possibilidade em situações teratológicas. Nesse sentido o acórdão proferido no Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Medida Cautelar nº 7.720-GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 25/02/04, p. 95, com ementa expressando: “MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL NÃO INTERPOSTO. IMPLAUSIBILIDADE DOS FUNDAMENTOS. INDEFERIMENTO. 1. A antecipação da tutela recursal em casos em que o recurso sequer foi interposto somente será concebível em situações excepcionais, quando manifesto o risco de dano irreparável e inquestionável a relevância do direito, ou seja, o alto grau de probabilidade de êxito do futuro recurso especial. 2. Revelando-se improvável o conhecimento do recurso especial, não se configura o requisito da verossimilhança, indispensável à concessão da medida antecipatória. 3. A medida antecipatória não pode ter conteúdo maior ou diferente do que resultaria do próprio provimento do futuro recurso. Não se pode adiantar provisoriamente mais do que será possível conceder de modo definitivo. 4. Medida cautelar indeferida”. No mesmo sentido Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Medida Cautelar nº 7.083-PA, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 15/03/04, p. 151.

⁹⁰² Para Domingos Franciulli Netto, a competência para decidir sobre o deferimento de efeito suspensivo a recurso especial não interposto ou ainda pendente do primeiro exame de admissibilidade é do tribunal *a quo* (e não do tribunal *ad quem*), conforme preconizam as Súmulas nº 634 e nº 635 do STF (FRANCIULLI NETTO, Domingos. **Concessão de efeito suspensivo em recurso especial**. In: Revista de Processo, nº 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003, p. 126-127).

A propósito, esta dependência do recurso principal é bem ilustrada por meio de interessante situação em que foi revogada a autorização governamental concedida a uma faculdade para ter o curso de bacharelado em direito. Por sua vez, os interessados ingressaram com ação para que os alunos pudessem concluir o curso, mas o tribunal negou essa pretensão.

Antes da interposição do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça concedeu liminar em sede de medida cautelar para suspender a eficácia do acórdão. Contudo, os interessados perderam o prazo para a interposição do mencionado recurso especial e, por conseguinte, a suspensividade foi revogada.

Uma situação interessante aconteceu no Superior Tribunal de Justiça, onde os fatos ocorreram da forma, a saber:⁹⁰³

⁹⁰³ Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Medida Cautelar nº 10.739-CE, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 17/11/05, Boletim Informativo do STJ nº 268, com trecho expressando: “MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO. NÃO-INTERPOSIÇÃO. RESP. LEVANTAMENTO. DINHEIRO. O juiz, reputado incompetente pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, refutou exceção e entendeu conceder tutela antecipada para que se depositasse vultosa quantia referente à indenização em discussão. Por sua vez, o Tribunal de Justiça permitiu o levantamento dessa quantia, o que foi imediatamente diligenciado pela autora. Na premência de se dar tal levantamento, mesmo pendente de julgamento agravo regimental aviado, a ora ré, conhecida empresa do ramo automobilístico, impetrou a presente medida cautelar com o fito de impedi-lo. Diante disso, a Turma, por maioria entendeu confirmar a concessão da medida; pois, em casos tais, de extrema necessidade, em que o decurso do tempo prejudica a efetividade do recurso e consolida abuso judicial ou grande injustiça, é competente o STJ para concedê-la sem que ainda haja sequer a interposição do REsp. Pode ainda este Superior Tribunal de Justiça coibir, de modo efetivo, esses abusos. Os votos vencidos mantinham a antiga posição adotada pela Turma de que só é possível a cautelar se já interposto o recurso especial”.

a) em sede de ação indenizatória, os efeitos da tutela foram antecipados para obrigar a ré ao pagamento de R\$1.500.000,00, mediante o oferecimento de garantia real pela autora;

b) a ré interpôs agravo de instrumento dessa decisão aduzindo erro do pronunciamento e incompetência do juízo *a quo*, mas não foi concedido o respectivo efeito suspensivo ao agravo, sendo mantida a determinação de pagamento;

c) mesmo sem o colegiado julgar o referido agravo (havendo apenas a decisão isolada do relator que negou o efeito suspensivo), o réu-agravante interpôs medida cautelar, no Superior Tribunal de Justiça, para suspender o referido pagamento, tendo sido concedida a liminar mesmo sem o julgamento do colegiado do tribunal *a quo* e da interposição de recurso especial.

A propósito, é interessante o trecho do voto vencedor do Ministro Castro Filho, que defende a concessão da liminar pelo Superior Tribunal de Justiça (para sustar o pagamento), diante da excepcionalidade da situação, ao expressar:

Vejam bem: sempre que há antecipação de tutela, todos sabemos, é exequível *lato sensu*, de imediato, em mãos do próprio oficial de justiça, com a simples comunicação. Então, em situações dessa natureza, nas quais há antecipação de tutela, seja ela de mérito ou simplesmente cautelar, submeter a apreciação do pedido de suspensão à interposição do recurso, ainda que dispenseemos a

obrigatoriedade, como faz o Supremo Tribunal Federal, de manifestação do Tribunal de origem, ainda assim, a medida poderia ser tarda; logo, ineficaz, e, com isso, estaríamos contribuindo para que se concretizasse uma injustiça. Somente, por isso, é que, também, nesse caso, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, sem embargo de reconhecer que o normal é admitir a medida apenas após interposto o recurso.

Certamente, estamos diante de uma situação teratológica. Mas, mesmo assim, apenas entendemos possível o deferimento dessa liminar se a medida já tiver sido postulada perante a presidência do tribunal local e o mesmo não decidiu em tempo hábil ou indeferiu o pleito. E isso, para preservar o critério de que a competência do tribunal *ad quem* (inerente ao recebimento de pedido de concessão de efeito *dependente*), apenas existirá a partir da interposição do respectivo recurso excepcional.

A propósito, em sede de agravo regimental que interpusemos com fundamento na ausência de sua competência naquele momento, o Supremo Tribunal Federal acolheu as nossas razões recursais para revogar a liminar deferida e julgar extinta a respectiva cautelar.

Interessante descrevermos o trecho do voto do então Ministro Neri da Silveira, que expressa:

Em primeiro lugar, compreendo que a medida cautelar só pode ser entendida, aqui, como um pleito de atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, que foi interposto contra o acórdão ao negar provimento ao agravo de instrumento, restabelecendo, assim,

a decisão do juízo de primeiro grau. O Supremo Tribunal Federal não teria competência originária para conhecer dessa matéria, senão pela via própria do recurso extraordinário. Não caberia nenhuma ação ordinária para esta Corte cassar, originariamente, o ato da Câmara de Vereadores, e só seria possível a cautelar preparatória se coubesse a ação principal. E o STF não tem competência originária para conhecer de uma ação principal, originária, contra esse ato da Câmara.⁹⁰⁴

Exatamente a inexistência de competência originária impede a concessão do efeito postulado. Entretanto, em nosso entendimento, esta competência para receber o pedido do mencionado efeito dependente passa a incidir a partir da interposição do recurso (CPC, Art. 800, parágrafo único).

Todavia, de qualquer forma, é imprescindível a perfeita visualização, principalmente, da alta probabilidade de provimento do futuro recurso excepcional (da qual a fundamentação básica deverá constar no pedido). Do contrário o efeito de incidência *dependente* deverá ser indeferido.

Contudo, estas argumentações não esgotam o tema, pois ainda remanesce um interessante posicionamento trazido por Domingos Franciulli Netto, ao afastar a regra do parágrafo único do Art. 800 do CPC, diante da interpretação sistemática desse dispositivo com o Art. 542, § 1º do CPC, ao expressar:

⁹⁰⁴ Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Agravo Regimental na Petição nº 1.810-9-SP, para acórdão Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 19/10/99, DJU 19/10/01.

Nem se argumente com a atual redação do Art. 800, parágrafo único, do CPC, no sentido de que ‘interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal’. Em verdade, esse preceito processual não deve ser enfocado de maneira isolada, sob pena de, por um absurdo, permitir que este STJ, guardião do direito infraconstitucional, vulnere o comando previsto no Art. 542, § 1º, do CPC.⁹⁰⁵

Por seu turno, o referido § 1º do Art. 541 apenas estabelece que:

“Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, em decisão fundamentada”.

Ousamos discordar desse entendimento, para continuarmos defendendo que a interposição do recurso excepcional inaugura a competência do tribunal *ad quem* para receber o pedido de efeito *dependente* (CPC, Art. 800, parágrafo único), pelas razões, a saber:

a) a palavra *admissão*, como o próprio nome indica, se refere exclusivamente aos pressupostos de admissibilidade do recurso, que verificamos no item 2.5 (e não aos efeitos). Ora como expusemos no item 2.6, os efeitos são conseqüências advindas do recurso e não condições que devem ser superadas para a apreciação do mérito recursal;⁹⁰⁶

⁹⁰⁵ FRANCIULLI NETTO, 2.003, p. 127.

⁹⁰⁶ Acreditamos que esta nossa proposta de interpretação restritiva (e não ampliativa), do § 1º do Art. 542 do CPC (para diferenciarmos os efeitos dos pressupostos de admissibilidade), não é contraditória com a argumentação desenvolvida no item 3.3.2.8. E isso, porque, aqui, não haverá ofensa ao contraditório e isonomia (pois, nesse caso, esse critério não subtrai instância recursal), além de estarmos adequando o procedimento ao parágrafo único do Art. 800 do CPC. De modo diverso, ao tratarmos da apelação (no item 3.3.2.8), sustentamos que o § 2º do Art. 518 deve ser interpretado ampliativamente (para permitir que o juiz também decida sobre o efeito recursal, além dos pressupostos de admissibilidade), inclusive, para preservar o contraditório, pois, do contrário, o apelado (ao contrário do apelante) apenas poderia pedir pela medida antecipativa no tribunal.

b) o primeiro juízo de admissibilidade feito no tribunal *a quo* não vincula o segundo juízo realizado no tribunal *ad quem*.⁹⁰⁷

Outro aspecto muito importante é o elevado cuidado que o judiciário deverá ter para conceder o efeito de incidência *dependente* sem que exista o recurso, sob pena de violar demasiadamente a segurança jurídica da parte adversa.

Com essas argumentações, discordamos das Súmulas nº 634 e nº 635 do STF, pois a competência do tribunal superior se inicia a partir da interposição do recurso excepcional (e não após o primeiro juízo de admissibilidade).

Entretanto, ainda existe outra questão: Seria recorrível a decisão isolada do presidente do tribunal *a quo*, que dispõe sobre medida cautelar pedindo pela atribuição de efeito *dependente* (suspensivo ou antecipativo)?

Para Teori Albino Zavascki esse pronunciamento é recorrível, pois, de um lado, está sujeito a colegialidade do tribunal superior e, de outro, o

⁹⁰⁷ Em sentido análogo, embora se referindo ao recurso de apelação, ressalva José Carlos Barbosa Moreira que: “O fato de receber-se a apelação não vincula o tribunal *ad quem*, que lhe aprecia com liberdade total os requisitos de admissibilidade, podendo, eventualmente, deixar de conhecer dela, por qualquer causa anterior ou posterior ao recebimento” (MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 256).

presidente do tribunal de origem atua por delegação do tribunal *ad quem*. Todavia, essa recorribilidade apenas pode ser exercida por intermédio de medida cautelar e não por outras espécies de meios impugnativos, tais como o agravo regimental ou mandado de segurança.⁹⁰⁸

Até para guardarmos coerência com os resultados dessa nossa investigação, também acreditamos que este pronunciamento do tribunal *a quo* é impugnável por meio de medida cautelar, desde que presentes os pressupostos pertinentes (perigo da demora e plausibilidade do direito quando se tratar de efeito suspensivo e os previstos no Art. 273 do CPC quando for referente ao antecipativo).

E isso, pelas razões, a saber:

a) todos os atos preparatórios adotados pelo tribunal local são provisórios, uma vez que ficam sujeitos ao crivo do tribunal superior competente;

⁹⁰⁸ Sobre o tema, Teori Albino Zavascki expressa: “Questão importante é a que diz respeito ao controle, por via recursal da decisão que, no tribunal de origem, nega ou defere a medida cautelar. Considerando que se trata de decisão sobre matéria que, no tribunal *ad quem*, está sujeita ao princípio da colegialidade, como fazem certo os regimentos internos do Supremo Tribunal Federal (Arts. 21, IV e V, e 317) e do Superior Tribunal de Justiça (Arts. 34, V, e 258), não teria nenhum sentido lógico e muito menos sistemático considerá-la irrecorrível quando proferida ainda na origem. Por outro lado, considerando que se trata de decisão integrada ao juízo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, em que o presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* atua como órgão delegado do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, é certo que tais decisões devem ser submetidas a controle perante o tribunal competente para o julgamento do recurso cujo efeito suspensivo foi concedido ou negado” (ZAVASCKI, 1.997, p. 150-151).

b) se o tribunal *ad quem* pode até reformar o acórdão, com muito maior fundamento terá competência para conceder o efeito suspensivo ou antecipativo. Não podemos esquecer que o tribunal de origem atua por delegação do *ad quem*;

c) a partir da interposição do recurso excepcional, a competência para receber o pedido de concessão dos efeitos de incidência dependente (suspensivo e antecipativo) é transferida automaticamente ao tribunal *ad quem* (CPC, Art. 800, parágrafo único).

Entretanto, qualquer que seja a decisão do tribunal superior sobre o pedido de efeito antecipativo ou suspensivo, ficará condicionada à interposição tempestiva do recurso de agravo de instrumento, para impugnar a decisão de indeferimento do respectivo recurso especial e/ou extraordinário (CPC, Art. 544).⁹⁰⁹

Diante do exposto concluímos que: a) a interposição do recurso excepcional determina a transferência da competência ao tribunal *ad quem*

⁹⁰⁹ Esse condicionamento da decisão inerente aos efeitos do recurso excepcional à interposição de agravo de instrumento também é trazido por Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, ao expressar: “Mesmo no caso de o presidente, ou vice-presidente, do tribunal local ter declarado a inadmissibilidade do recurso especial, é possível que o Superior Tribunal de Justiça conceda medida cautelar, a fim de ser emprestado efeito suspensivo ao recurso especial, desde que requerida e presentes os requisitos legais, já que é assente a noção de que a decisão proferida pelo juízo *a quo* é provisória, estando, portanto, susceptível de reforma pelo juízo a quem for dirigido o recurso, se instada a se pronunciar, por meio de recurso de agravo de instrumento” (OLIVEIRA, 2.002, p. 329).

para receber o pedido de concessão do efeito de incidência *dependente* (suspensivo e antecipativo); b) Esse raciocínio é obtido a partir do enquadramento da tutela antecipada recursal como um dos efeitos dos recursos, juntamente com a regra do parágrafo único do Art. 800 do CPC; c) se o tribunal local indeferir o pedido de efeito *dependente*, o recorrente poderá renovar este pleito perante o tribunal *ad quem*, desde que presentes os respectivos pressupostos, mas o recorrente deverá interpor tempestivamente o respectivo agravo de instrumento (CPC, Art. 544).

3.6.2.3 Mecanismo para pedir pelo efeito antecipativo

Estabelecida a competência, passaremos a analisar o mecanismo mais adequado para o requerimento do efeito antecipativo.

Esclarecemos que o instrumento necessário para a obtenção do efeito suspensivo é o mesmo usado em relação ao efeito antecipativo, pois os dois têm incidência *dependente* e, por essa razão, trataremos de ambos nesse tópico.⁹¹⁰

⁹¹⁰ Estudamos as formas de incidência dos efeitos recursais (*dependente* e *independente*) no item 2.6.1.

Ressalvado esse aspecto, questionamos: Quando se tratar de requerimento de efeito de incidência *dependente* (suspensivo ou antecipativo) perante o tribunal superior, o mecanismo mais adequado para veicular essa pretensão seria o mandado de segurança, o agravo de instrumento (CPC, Art. 544) ou a medida cautelar?

Pelos motivos que expusemos no item 2.4 o mandado de segurança apenas seria possível na inexistência de qualquer outro meio para tutelar o objeto da lide.

Em relação ao agravo de instrumento, há acórdão do Superior Tribunal de Justiça admitindo esse mecanismo para impugnar a decisão que indefere a retenção do recurso especial prevista no § 3º do Art. 542 do CPC. A argumentação está fundada na necessidade de interpretarmos ampliativamente o Art. 544 do CPC, para não ficar restrito unicamente às hipóteses de indeferimento dos recursos extraordinário e/ou especial.⁹¹¹

⁹¹¹ No sentido de ser utilizado o agravo de instrumento (ao invés da medida cautelar), o acórdão proferido no Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Medida Cautelar nº 2.430, Rel. Min. Nilson Naves, DJU de 22/02/00, com trecho expressando: “Quer-se o processamento e a subida do especial. Quanto à subida, tal só é possível, processualmente, através do agravo de instrumento (CPC, Art. 544 e §§). No atinente ao processamento, o recurso cabível, a meu ver, também é o agravo. Sucede, no entanto, que aqui há precedentes admitindo a ação cautelar. Ao que cuido, urge que se defina, no seio do Tribunal, qual o melhor e o mais correto dos expedientes. A minha opção é pela admissão do agravo de instrumento, pois, juridicamente, equiparam-se não-admissão e retenção. Onde se lê ‘Não admitido’ é lícito que se leia ‘Não admitido ou retido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento (CPC, Art. 544)’”.

Para tanto, o recorrente deveria interpor o recurso de agravo de instrumento previsto no Art. 544 do CPC (ao invés da medida cautelar ou do mandado de segurança) em relação à decisão da presidência (ou vice-presidência) do tribunal de origem, que determinar a retenção dos recursos excepcionais.

Posicionamento diverso é trazido por Donaldo Armelin ao defender a interposição da medida cautelar, tanto para o afastamento da retenção (CPC, Art. 542, § 3º), quanto para requerer a concessão do efeito suspensivo ao respectivo recurso excepcional, ao expressar:⁹¹²

Na modalidade retida, agora inaugurada pela Lei nº 9.756/98, tais recursos não apenas continuam carentes de efeito suspensivo como ainda não terão a sua admissibilidade apreciada antes de sua reiteração tempestiva. Nem por isso, contudo, poderá ser inibido o poder geral de cautela direcionado a evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação. Para tanto, mister se fará inovar a respeito, admitindo a ação cautelar incidental para se assegurar o efeito suspensivo a tais recursos, enquanto retidos e condicionados, no atinente ao seu processamento, à reiteração da parte que o interpôs.⁹¹³

Em razão dessa maior integração com o sistema dos tribunais superiores, Luiz Rodrigues Wambier além de defender a adoção da medida

⁹¹² ARMELIN, 1.999, p. 207.

⁹¹³ Adotando o mesmo posicionamento: BUENO, Cássio Scarpinella. **Uma primeira reflexão sobre o novo § 3º do Art. 542 do CPC: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999-a, p. 177; FERREIRA, 2.000, p. 330; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações a respeito da lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1.998: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999-a, p. 568; ZAVASCKI, 1.997, p. 144-145.

cautelar, entende ser criticável a postura do Supremo Tribunal Federal de não aceitá-la quando o recurso extraordinário ainda não tenha sido recebido.⁹¹⁴

O mesmo entendimento é manifestado por acórdão do Superior Tribunal de Justiça, ressaltando que a cautelar (CPC, Art. 800) é o mecanismo eleito para a preservação da tutela em caráter excepcional.⁹¹⁵

Diante desse quadro, entendemos que a interposição da medida cautelar (CPC, Art. 800), se mostra mais adequada para a espécie, desde que presentes os pressupostos do respectivo efeito de incidência *dependente* reclamado.⁹¹⁶

E isso, porque essa medida já é uma realidade no próprio regimento interno dos tribunais superiores, além de ter uma tramitação relativamente célere.

⁹¹⁴ WAMBIER, 2.001, p. 750-751.

⁹¹⁵ Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Medida Cautelar nº 1.626, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 28/06/99, p. 112, com ementa expressando: “Cautelar. Recurso Especial Retido. Lei nº 9.756/98. Efeito Suspensivo. Possibilidade. Casos Excepcionais. *Fumus Boni Iuris* e *Periculum In Mora*. Serasa. Inscrição. Inadequação. Dívida Em Juízo. Precedentes Do Tribunal. Agravo Desprovido. I – Nos termos da jurisprudência desta Corte, é cabível o deferimento de liminar para obstar a inscrição do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito, pendendo de decisão judicial a definição do valor da dívida. II – A celeridade e a economia nortearam a inserção, no ordenamento jurídico, do recurso especial retido (CPC, Art. 542, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 9.756/98), de modo a privilegiar a efetividade da prestação jurisdicional. Todavia, a excepcionalidade dos casos concretos deve ser apreciada por esta Corte, em sede de cautelar (Art. 800, parágrafo único), dando temperamento à norma legal, quando se vislumbrar a possibilidade do dano de difícil ou incerta reparação, em obediência ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional”.

⁹¹⁶ Em relação ao recurso especial, a medida cautelar deve ser interposta no Superior Tribunal de Justiça e, tratando-se de recurso extraordinário, deve ser interposta no Supremo Tribunal Federal. Registramos ainda, que havendo a interposição de recurso extraordinário ou especial, em regra, primeiro, há o processamento deste último e, somente após, do extraordinário, consoante determina o Art. 543 do CPC.

Por exemplo, quanto ao Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a integração dessa via autônoma é feita pelos dispositivos, a saber: a) o inc. I do Art. 15 estabelece a competência para julgamento da cautelar; b) a letra *b* do Art. 54 determina a redistribuição imediata da cautelar se houver afastamento do relator por mais de três dias; c) o Art. 156 estabelece a possibilidade de preferência no julgamento da cautelar; d) o Art. 288 ratifica poderes para o relator decidir isoladamente a cautelar, bem como estabelece um rito célere.⁹¹⁷

Da mesma forma, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal contempla a cautelar nos dispositivos, a saber: a) o inc. I do Art. 8º dispõe sobre a competência para julgá-la; b) o inc. VIII do Art. 13 delega competência ao ministro presidente para decidir sobre cautelar no período de recesso ou férias; c) o inc. IV do Art. 21 delega poderes ao relator para decidir isoladamente sobre cautelares (desde que preservado o juiz natural); d) o Art. 304 ratifica poderes para o

⁹¹⁷ Os mencionados dispositivos do RISTJ estabelecem: 1) Art. 15: “À Corte Especial, às Seções e às Turmas cabe, ainda, nos processos de sua competência: I – julgar o agravo de instrumento, o regimental, os embargos de declaração e as medidas cautelares e demais argüições [...]”; 2) Art. 54: “Quando o afastamento for por período superior a três dias, serão redistribuídos, mediante oportuna compensação: [...] b) os mandados de segurança e as medidas cautelares quando consoante fundada alegação do interessado, reclamam solução urgente”; 3) Art. 156: “Em caso de urgência, o relator indicará preferência para o julgamento dos feitos criminais, de ações cautelares e de ações relativas a direito de família”; 4) Art. 288: “Admitir-se-ão medidas cautelares nas hipóteses e na forma da lei processual. § 1º – O pedido será autuado em apenso e processado sem interrupção do processo principal. § 2º – O relator poderá deferir liminarmente a medida ad referendum do órgão julgador competente”.

relator decidir isoladamente a cautelar, bem como estabelece um rito célere.⁹¹⁸

Emerge daí, que essa maior integração da medida cautelar com os tribunais superiores repele o manejo do mandado de segurança e do agravo de instrumento (CPC, Art. 544).⁹¹⁹ Reiteramos que toda tutela diferenciada (como é o caso dos efeitos de incidência *dependente*) deve aproveitar ao máximo os instrumentos processuais existentes no sistema processual.

No entanto, se o mecanismo para postular pelo efeito de incidência *dependente* é a cautelar, perguntamos: Quais os pressupostos que a parte deve se preocupar em demonstrar ao instruí-la?

⁹¹⁸ Os mencionados dispositivos do RISTF estabelecem: 1) Art. 8º: “Compete ao Plenário e às Turmas, nos feitos de sua competência: I – julgar o agravo regimental, o de instrumento, os embargos declaratórios e as medidas cautelares [...]”; 2) Art. 13: “São atribuições do Presidente: [...] VIII – decidir, nos períodos de recesso ou de férias, pedido de medida cautelar [...]”; 3) Art. 21: “São atribuições do Relator: [...] IV – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa; V – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, ad referendum do Plenário ou da Turma [...]”; 4) Art. 304: “Admitir-se-ão medidas cautelares nos recursos, independentemente dos seus efeitos”.

⁹¹⁹ Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Agravo de Instrumento nº 248.036, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 20/03/00, p. 79, com ementa expressando: “Processo Civil. Recurso Especial retido. Agravo do Art. 544, CPC. Descabimento. Doutrina. Agravo não conhecido. É incabível o agravo previsto no Art. 544, CPC, contra a decisão da Presidência do Tribunal de Segunda instância que determina a retenção do recurso especial nos autos, até a reiteração posterior”. Por outro lado, para postularmos pela tutela antecipada recursal no próprio tribunal local (*a quo*), acreditamos que o mecanismo também deve ser a ação cautelar, pois é mais compatível com o processamento nos tribunais (CPC, Art. 800), conforme já abordamos ao investigarmos o recurso de apelação no item 3.3.2.5. Por isso, a partir da concretização do julgamento até o primeiro exame de admissibilidade, a tutela sumária poderá ser buscada por meio da medida cautelar, sendo que, até a interposição do recurso excepcional se trata de tutela antecipada recursal e, após, do efeito antecipativo.

O autor deve considerar duas situações, a saber: a) uma é se for postulado pelo efeito antecipativo, pois nesse caso devem estar presentes os pressupostos do Art. 273 do CPC; b) já, a outra possibilidade, é se for pedido pelo efeito suspensivo, uma vez que o autor deverá demonstrar a plausibilidade do direito postulado pela parte (*fumus boni iuris*), além do *periculum in mora*, exteriorizado no risco de dano provocado pela demora do provimento jurisdicional definitivo.

Porém, de qualquer forma, a cópia do recurso especial interposto no tribunal *a quo* deve integrar a inicial da cautelar, sob pena de faltar interesse de ação.

Em outras palavras, a ausência dessa peça inviabiliza a aferição da alta probabilidade de êxito do recurso excepcional, pelo tribunal *ad quem*.

Da mesma forma, caso exista decisão de indeferimento do recurso excepcional, também deverá ser juntado na cautelar a cópia do agravo previsto no Art. 544 do CPC e respectivas peças que integram o instrumento.⁹²⁰

⁹²⁰ Sobre a imperiosidade de juntar essas peças, para materializar a condição de ação da cautelar Gleydson Kleber Lopes de Oliveira expressa: “Lógico que, para que não se torne carecedor da ação cautelar por falta de interesse de agir em decorrência da coisa julgada, deve o autor impugnar, mediante recurso de agravo de instrumento, a decisão que inadmitiu o recurso especial. Nesta hipótese, deve a petição inicial da ação cautelar ser instruída com a cópia da peça do recurso especial, da decisão que o inadmitiu e da peça do agravo de instrumento, a fim de propiciar o exato conhecimento das questões nele expendidas. Caso a decisão que inadmitiu o recurso especial tiver sido proferida após a propositura da ação cautelar, deve o autor providenciar a juntada de cópia do recurso de agravo de instrumento para demonstrar ao juízo *ad quem* a utilidade do provimento solicitado” (OLIVEIRA, 2.002, p. 329-330).

Por fim – conforme expusemos no item anterior –, o presidente do tribunal de origem pode decidir sobre os efeitos *dependentes* dos recursos excepcionais (suspensivo e antecipativo), quando provocado por meio de medida cautelar. Todavia questionamos: qual o meio de impugnação cabível em relação a este pronunciamento?

Sustenta Teori Albino Zavascki que diante da omissão do legislador, o Art. 544 do CPC deve ser interpretado ampliativamente para admitir a interposição do agravo de instrumento também em relação ao pronunciamento que dispõe sobre a medida cautelar (não devendo ficar restrito ao indeferimento dos recursos excepcionais), embora também admita a possibilidade de interposição de outra medida cautelar (ao invés do agravo), diretamente no tribunal superior *ad quem*, se estiverem presentes o perigo da demora e da alegação relevante.⁹²¹

Ousamos discordar desse posicionamento diante da impossibilidade de interpretarmos ampliativamente o Art. 544 do CPC, quando existe outro

⁹²¹ Afirma Teori Albino Zavascki, que: “Descarta-se, com esse entendimento, a viabilidade de agravo regimental ou de qualquer outra medida (v.g., mandado de segurança) para órgão colegiado do tribunal de origem. Não havendo a lei previsto expressamente o recurso apropriado para a decisão do incidente (aliás, o próprio incidente é fruto de construção pretoriana e não da lei, conforme se viu), há que se aplicar aqui, por analogia, a disciplina prevista para as decisões proferidas no juízo de admissibilidade. Cabível será, portanto, o agravo de instrumento previsto no Art. 544 do Código de Processo Civil, que será instruído com a cópia das peças adequadas ao exame, pelo tribunal, do objeto específico e peculiar do recurso: o cabimento ou não da antecipação da tutela recursal no recurso especial ou extraordinário. É possível em situações de excepcional urgência, o recurso de agravo, pela demora em sua tramitação na origem, não tenha a agilidade suficiente para estancar o risco iminente de dano grave ao direito da parte. Em casos tais, evidenciada a relevância jurídica das alegações e o *periculum in mora*, a única alternativa que se mostra possível é, outra vez, a da medida cautelar, agora dirigida diretamente ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso” (ZAVASCKI, 1.997, p. 151).

mecanismo suficiente (e mais célere) no sistema processual, isto é, a cautelar.

E mais, pois a interposição do agravo de instrumento, por ser desnecessária, criaria indesejável óbice para a celeridade e a economia processual.

Ora, a condição mínima para ser pedido pelo efeito suspensivo *dependente* perante o presidente do tribunal é a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, ou seja, os mesmos pressupostos da cautelar que será interposta no tribunal superior *ad quem*.

Vamos ao um exemplo prático, a saber:

a) o presidente do tribunal local indefere o efeito suspensivo *dependente* ao recurso especial;

b) o recorrente interpõe agravo de instrumento perante o tribunal local (CPC, Art. 544) e, como sabemos, somente após a devida tramitação é que este recurso será remetido ao Superior Tribunal de Justiça;

c) não podendo aguardar pelo processamento do agravo, sob pena de tornar ineficaz o seu direito, o recorrente interpõe medida cautelar

diretamente no aludido Tribunal Superior reiterando pela atribuição da suspensividade.

Ora, os pressupostos para a concessão da tutela cautelar (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), são os mesmos que devem ser analisados para a concessão do efeito suspensivo. Em outras palavras, acreditamos que os requisitos alçados por Teori Albino Zavascki como *excepcionais* (perigo da demora e plausibilidade do direito), em verdade, consistem na *regra* (e não na exceção), pois o efeito suspensivo não poderá ser deferido sem eles. Por isso, não seria prático obrigarmos o interessado a interpor o agravo de instrumento (CPC, Art. 544) e, após, a medida cautelar, quando apenas esta última bastaria.

O mesmo ocorre em relação ao pedido de efeito antecipativo, pois os seus pressupostos são até mais rigorosos (CPC, Art. 273), conforme expusemos no item 2.6.7.4. Não podemos esquecer ainda – reiteramos –, que a cautelar está mais integrada com a realidade dos tribunais superiores e, isso, também afasta a utilização do agravo de instrumento (CPC, Art. 544).

Com essas considerações entendemos, em suma, que: a) a veiculação dos efeitos de incidência *dependente* (suspensivo e antecipativo) deve ser feita por meio de medida cautelar, notadamente, diante da regra do Art. 800 do CPC, onde o recorrente deverá demonstrar os respectivos pressupostos; b) se a cautelar for postulada antes da interposição do recurso excepcional, deverá

ser interposta no tribunal *a quo* e, nessa situação, o pronunciamento do referido sodalício poderá ser impugnado no tribunal *ad quem* por meio de outra medida cautelar.

3.6.2.4 Efeito antecipativo frente à retenção prevista no § 3º do Art. 542 do CPC

É muito intrigante a possibilidade de o efeito antecipativo ser concedido nas hipóteses de retenção do recurso. Todavia, para facilitar a nossa exposição, veremos inicialmente o escopo dessa norma.

3.6.2.4.1 Escopo do § 3º do Art. 542 do CPC

Este parágrafo § 3º foi introduzido no CPC, por meio da Lei nº 9.756/98, tendo causado grande polêmica na comunidade jurídica.⁹²²

⁹²² Por intermédio do mencionado dispositivo, os recursos excepcionais, quando interpostos em relação à decisão interlocutória proferida em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução, ficarão retidos nos autos e somente serão processados na hipótese de haver reiteração, pela parte, no prazo para a interposição de recurso contra a decisão final, ou destinado às contra-razões. Porém, como adverte Nelson Nery Júnior, não se trata de novo recurso, mas sim de uma modalidade (retida) criada para os recursos especial e extraordinário (NERY JÚNIOR, Nelson. **A forma retida dos recursos especial e extraordinário – apontamentos sobre a lei nº 9.756/98: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98.** Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 475).

Mas, qual a intenção do legislador ao estipular a retenção dos recursos extraordinário e especial que tiverem por objeto a decisão interlocutória proferida nas ações de conhecimento, cautelar ou embargos à execução?⁹²³

Não desconhecemos o elevado número de processos que assolam os tribunais superiores e a conseqüente tentativa de solução, por meio da filtragem máxima das causas que chegam aos mencionados sodalícios.⁹²⁴

Aliás, com o advento da CF/88, foi debatida a possibilidade de rejeição do recurso especial, quando estivesse relacionado à questão incidente no processo, isto é, diversa do mérito da causa.⁹²⁵

O argumento para esse posicionamento residia no substantivo *causa* expresso nos Arts. 102, inc. III e 105, inc. III, ambos da CF. Ou seja, os mencionados dispositivos fariam referência ao julgamento do recurso especial ou extraordinário, em relação à *causa* decidida.

Todavia, esta interpretação restritiva do conceito de *causa* foi superada pela jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça,

⁹²³ Art. 542, § 3º: “O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões”.

⁹²⁴ Tanto é assim, que o § 3º do Art. 102 da CF (com redação trazida pela Emenda Constitucional nº 45/04) passou a exigir a argüição de relevância constitucional do objeto recursal. Isso significa que foi criado outro pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, pelo qual o objeto recursal deverá ter repercussão geral nas questões constitucionais.

⁹²⁵ Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, REsp nº 19.173. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 28/09/95, DJU de 06/11/95, p. 37.523.

que elaborou a Súmula nº 86 para ampliar a interpretação do substantivo *causa*.⁹²⁶

E assim deve ocorrer, pois se interpretarmos o substantivo *causa economicamente*, isto é, como sendo apenas as questões que provoquem a extinção do processo, também não poderia ser admitido o agravo nas hipótese do Art. 105, inc. II, letra *c* e do Art. 108, inc. II, ambos da CF/88.⁹²⁷

Traçado esse cenário, constatamos que o § 3º do Art. 542 do CPC pretendeu resgatar a idéia de reduzir o elevado número de processos dos tribunais superiores.⁹²⁸

Portanto, inquestionavelmente, o escopo do legislador, ao concentrar o momento da remessa dos recursos aos tribunais superiores, foi a redução dos processos naquelas cortes.⁹²⁹ Nessa linha de pensamento há acórdão do

⁹²⁶ Súmula nº 86 do STJ: “Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”.

⁹²⁷ Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp nº 21.924-7, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 25/05/92, LEX, vol. XXXVIII, p. 221.

⁹²⁸ Não está impedida a admissão do recurso, havendo apenas o retardamento de sua apreciação. Nesse sentido: MEDINA, José Miguel Garcia. **Antecipação da tutela recursal e efeito suspensivo – análise de alguns problemas decorrentes da aplicação do Art. 558 do CPC: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 365.

⁹²⁹ No mesmo sentido, dentre outros: NERY JÚNIOR, 1.999, p. 473-478; MIRANDA; PIZZOL, 2.000, p. 124; BUENO, 1.999-a, p. 174; MOREIRA, 2.000, p. 166-167.

Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (um dos mentores da Lei nº 9.756/98), esposando o mesmo entendimento.⁹³⁰

Além disso, como bem lembra José Carlos Barbosa Moreira, o outro escopo do legislador foi evitar a manobra procrastinatória do recorrente, por meio da interposição de recurso aos tribunais superiores, com o propósito meramente protelatório.⁹³¹

Diante disso, os objetivos principais do legislador foram: a) reduzir os recursos dos tribunais superiores; b) outorgar maior efetividade à prestação da tutela jurisdicional, impedindo o processamento imediato dos recursos extremos que versarem apenas sobre questão irrelevante.

⁹³⁰ Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Medida Cautelar nº 1.728, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 16/08/99, p. 70, com trecho expressando: “Processo Civil. Recurso Especial Retido. Lei nº 9.756/98. Teleologia. Hermenêutica. CPC, Art. 542. § 3º e 526. Julgamento. Possibilidade. Exceções. Cautelar. Liminar Concedida Monocraticamente Pelo Relator Referendada Pela Turma. I – Cuida a nova sistemática, introduzida pela Lei nº 9.756/98, em ‘evitar que processos, nos quais ainda não proferida decisão final, nas instâncias ordinárias, subam uma ou mais vezes ao Supremo Tribunal Federal e/ou ao Superior Tribunal de Justiça para a definição de questões concernentes a decisões interlocutórias, a saber, decisões que no curso do processo resolvem questões incidentes (CPC, Art. 162 – § 2º)’. A celeridade e a economia nortearam essas recentes modificações normativas, de modo a privilegiar a efetividade da prestação jurisdicional. II – Não se pode, todavia, interpretar a lei sem ter em conta a finalidade que a direciona. Com efeito, há situações em que a permanência do recurso especial retido nos autos pode frustrar a entrega da tutela jurisdicional do estado, inclusive causando dano de difícil ou incerta reparação. III – Presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, resta referendada pela Turma a liminar concedida pelo relator, com o objetivo de comunicar efeito suspensivo ao recurso especial”.

⁹³¹ MOREIRA, 2.000, p. 166.

3.6.2.4.2 Âmbito da retenção

Uma vez delimitado o escopo da norma, adentraremos a análise da amplitude dessa retenção, ou seja, se deve ser aplicada, indistintamente, em relação a todas as decisões interlocutórias.

Dispondo sobre o tema – e sem quaisquer esclarecimentos suplementares –, o Superior Tribunal de Justiça, pela Resolução nº 01/99, deliberou que os recursos especiais interpostos em relação às decisões elencadas no § 3º do Art. 542 do CPC, que tivessem o processamento suspenso até a remessa do eventual recurso especial relativo à causa final.⁹³²

Dentro dessa realidade, perguntamos: Seria o caso de o judiciário, *cegamente*, determinar a retenção em relação a todas as decisões interlocutórias?

Entendemos que a resposta é negativa.

⁹³² Resolução nº 01, de 12/03/99: “O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, no uso de suas atribuições, em vista do disposto na Lei nº 9.756/98, e com base no decidido na sessão plenária de 04 de março corrente, resolve: Art. 1º: Os recursos especiais interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou de embargos à execução, bem como os agravos de instrumentos, visando a que sejam admitidos, aguardarão, no Superior Tribunal de Justiça, a remessa do especial relativo à decisão final da causa. Parágrafo único – Os recursos ainda não encaminhados a esse Tribunal, mesmo que já admitidos, ficarão retidos, apensados aos autos da causa. Art. 2º: Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação. Publique-se. Registre-se. Cumpra-se. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro”.

Para Nelson Nery Júnior,⁹³³ o legislador agiu com precisão ao se referir à decisão interlocutória, ao invés de usar termo *agravo de instrumento*, caso o conteúdo do acórdão não seja decisão interlocutória (CPC, Art. 162, § 2º), mas sim, decisão final (CPC, Arts. 162, § 1º; 267 e 269).⁹³⁴

O conteúdo de sentença se refere ao pronunciamento que envolve a matéria que pode ser objeto de sentença, carreada nos Arts. 267 e 269, ambos do CPC. Por exemplo, tem conteúdo de sentença a decisão interlocutória que indeferir a preliminar de ilegitimidade da parte, pois, se o tribunal acolher a mencionada ilegitimidade, deverá extinguir o processo sem julgamento de mérito (CPC, Art. 267, inc. VI).

Assim, se a decisão interlocutória envolver matéria com conteúdo de sentença (CPC, Arts. 267 e 269), o óbice da retenção aos recursos extremos, previsto no § 3º do Art. 542 do CPC, deverá ser afastado, pois esse pronunciamento ultrapassa os limites de – exclusivamente – dirimir a mera questão incidente.

Todavia, essa interpretação não resolve a totalidade do problema, pois – não raramente – existe decisão interlocutória que envolve matéria relevante, mas sem o conteúdo de sentença.

⁹³³ NERY JÚNIOR, 1.999, p. 476.

⁹³⁴ No mesmo sentido: MIRANDA; PIZZOL, 2.000, p. 119; WAMBIER, 2.000, p. 143.

Aliás, exemplifica com profundidade Donaldo Armelin que, eventualmente, existem decisões atinentes à concessão ou indeferimento de antecipação da tutela ao arrepio dos textos expressos, tanto na legislação federal quanto na CF.⁹³⁵

Por essa razão, defendemos que na presença do perigo da demora (*periculum in mora*) e da plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*), deverá ser afastado o óbice da retenção dos recursos extremos, pelas seguintes razões:

a) o escopo do § 3º do Art. 542 do CPC, reside em evitar desnecessárias idas e vindas do processo ao tribunal;⁹³⁶

⁹³⁵ ARMELIN, 1.999, p. 206.

⁹³⁶ Nesse sentido, a decisão do ministro, Sálvio de Figueiredo Teixeira, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento nº 263.349, DJU de 11/02/00, p. 168, cujo trecho expressa: “[...] Evidentemente, é de ressaltar-se a hipótese de dano irreparável ou de difícil reparação, que não pode estar à margem da apreciação do Judiciário. Nesses casos, este Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a medida cautelar, nos moldes dos pressupostos gerais do poder cautelar do juiz. A propósito, confira-se a decisão liminar proferida na MC nº 1.703-SP (DJ 12/5/99), de que sou relator, neste trecho: ‘2. É de registrar-se que a Lei nº 9.756/98 introduziu alterações procedimentais em relação ao recurso especial e ao recurso extraordinário, dentre elas a interposição na modalidade retida. O processamento do apelo somente ocorrerá, de acordo com a redação dada ao Art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil, se houver recurso contra a ‘decisão final’ e reiterar a parte, nessa oportunidade, o pleito de apreciação de seu recurso anterior, interposto contra decisão interlocutória. O escopo da nova sistemática, conforme pude assinalar em doutrina, é ‘evitar que processos, nos quais ainda não proferida decisão final nas instâncias ordinárias, subam uma ou mais vezes ao Supremo Tribunal Federal e/ou ao Superior Tribunal de Justiça para a definição de questões concernentes a decisões interlocutórias, a saber, decisões que no curso do processo resolvem questões incidentes (CPC, Art. 162, § 2º)’ (A Lei nº 9.756/98 e suas inovações). Destarte, a celeridade e a economia nortearam essas recentes modificações no processo civil, de modo a privilegiar a efetividade da prestação jurisdicional. Todavia, não se pode conceber a letra da Lei sem ter em conta a finalidade que a direciona. Com efeito, há situações em que a permanência do recurso especial retido nos autos pode frustrar o exame da questão por um órgão julgador, como, por exemplo, em razão da urgência da medida a ser tomada. É que a lesão ou ameaça ao direito não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Em outras palavras, a excepcionalidade dos casos concretos deve ser apreciada por esta Corte, em sede de cautelar, que já vem sendo admitida para conferir efeito suspensivo a recurso especial, como exemplificam o AgRgMC nº 832-SP (DJ nº 06/04/98) e a MC nº 325-MS (DJ 19/08/96), relatores, respectivamente, os Ministros Hélio Mosimann e Milton Luiz Pereira’. 3. À vista do exposto, não conheço do agravo, por incabível contra o despacho que determina a retenção do recurso especial (CPC, Art. 542, § 3º)”.

b) se o prejudicado ficar sem meios para colocar a matéria impugnada sob o crivo dos tribunais superiores, em tempo razoável, restará violado o princípio constitucional do amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV);⁹³⁷

c) a necessidade de afastamento dessa retenção (na presença dos pressupostos pertinentes), também se faz necessária, diante do fortalecimento gradativo outorgado à decisão interlocutória, conforme ocorre, exemplificativamente, na antecipação de tutela;⁹³⁸

d) a interpretação da norma deve ser sistematizada, no sentido da busca pela sua finalidade.

Em suma, na presença da plausibilidade do direito e do perigo de a medida resultar ineficaz caso apenas seja concedida ao final, o óbice da retenção do recurso deverá ser afastado, tanto pelo juízo primeiro (*a quo*) como pelo juízo segundo de admissibilidade (*ad quem*). Essa delimitação é

⁹³⁷ O tempo de duração do processo deve ser razoável, conforme previsto no inc. LXXVIII do Art. 5º da CF (redação trazida pela Emenda Constitucional nº 45/04).

⁹³⁸ Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 90.391, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 17/12/99, com trecho expressando: “Observo, em preliminar, que este recurso especial desafia acórdão proveniente de agravo de instrumento. Deveria, assim, permanecer retido, à espera do julgamento de eventual apelação. Acontece que a decisão atacada pelo agravo de instrumento foge ao conceito estrito de interlocutória. Em verdade, nela se contém decreto de construção incidente sobre os patrimônios dos recorrentes. Não faz sentido adiar a revisão da medida. Com o advento do § 3º do Art. 542 do CPC, o Art. 162 do CPC reclama nova interpretação. É que – como no caso – há decisões em que o juiz, sem terminar o processo faz muito mais do que resolver questão processual incidente”.

importante, pois nos permite identificar as hipóteses em que o efeito antecipativo poderá incidir, conforme veremos na seqüência.⁹³⁹

3.6.2.4.3 Efeito antecipativo frente à retenção

Em razão do exposto até aqui, havendo os pressupostos necessários para a concessão dos efeitos de incidência *dependente* (suspensivo e antecipativo), logicamente estaremos diante da hipótese de afastamento da retenção prevista no § 3º do Art. 542 do CPC.

E isso, porque conforme concluímos no item anterior, os requisitos para o afastamento do óbice da retenção são o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Por isso, se a retenção for afastada, necessariamente o efeito

⁹³⁹ Nesse sentido, a decisão proferida singularmente: Supremo Tribunal Federal, Petição nº 1.810, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 02/10/99, expressa: “Em primeiro lugar, observe-se a razão de ser do disposto no Art. 542, § 3º do Código de Processo Civil, no que preceitua a retenção de recursos extraordinário e especial quando interpostos contra a decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar ou de embargos à execução. A nova regência tem como objetivo maior evitar idas e vindas do processo, longe ficando de obstaculizar tais recursos quando o sobrestamento implicar perda do objeto neles revelado. É justamente essa a hipótese dos autos. O extraordinário foi protocolado contra acórdão proferido por força de agravo de instrumento que resultou no indeferimento de cautelar no sentido de restabelecer-se o quadro anterior e poder, o ora Requerente, exercer o mandato de prefeito que lhe foi outorgado pelo povo. O texto do § 3º do Art. 542 do Código de Processo Civil não pode merecer interpretação simplesmente literal. Há de buscar-se o alcance, em si, do preceito, ficando afastada a aplicação que resultar em prejuízo inafastável para a parte. Caso a caso, cumpre perquirir sobre os efeitos do sobrestamento. Se esses se mostrarem irreversíveis, há de dar-se trânsito aos recursos, examinando o juízo primeiro de admissibilidade os pressupostos que lhes são próprios. É essa a inteligência do novo dispositivo instrumental, sob pena de placitar-se verdadeiro paradoxo, verdadeiro óbice ao exame de ameaça ou lesão a direito”.

suspensivo dependente deve ser deferido, pois os seus pressupostos são os mesmos, ou seja, o perigo da demora e a plausibilidade jurídica.

Em outras palavras, se o judiciário reconhecer a presença dos requisitos para afastar a retenção, também estará declarando que a situação clama pela suspensividade, pois os pressupostos são semelhantes.

A única situação que não ensejaria necessariamente o efeito de incidência *dependente* é se for caso de antecipativo (e não do suspensivo), pois os seus pressupostos são mais rigorosos (CPC, Art. 273).⁹⁴⁰

Emergem duas conclusões dessa realidade, a saber:

a) se o acórdão recorrido for positivo, ou seja, conceder a pretensão do autor, em tese, os pressupostos para a concessão do afastamento da retenção (CPC, Art. 542, § 3º) serão os mesmos analisados para o deferimento do efeito suspensivo ao recurso excepcional;

b) de forma diversa, se o acórdão recorrido for negativo (negar o pedido do autor), a rejeição da retenção não implicará, necessariamente, no reconhecimento dos pressupostos necessários para a antecipação da tutela

⁹⁴⁰ Diferenciamos a incidência *dependente* e *independente* no item 2.6.1.

(previstos no Art. 273 do CPC), pois estes são mais rigorosos que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Outro tema relevante é trazido pela seguinte indagação: Como o recorrente deve proceder para postular pelo afastamento da retenção e também pela obtenção do efeito de incidência *dependente*, em relação aos recursos especial e extraordinário?

Quanto ao mecanismo já constatamos a necessidade de usar a medida cautelar prevista no Art. 800 do CPC. A propósito, há acórdão do Superior Tribunal de Justiça recebendo como cautelar o pedido de reclamação para desobstruir a retenção, diante da fungibilidade.⁹⁴¹

Por seu turno, reiteramos que a interposição do recurso excepcional é o ato que desloca, ao tribunal *ad quem*, a competência para receber o requerimento de incidência dos efeitos *dependentes* (suspensivo e

⁹⁴¹ Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, Reclamação nº 686-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 27/09/04, p. 199, com ementa expressando: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SOBRESTAMENTO. ART. 542, § 3º DO CPC. ACÓRDÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. TUTELA ANTECIPADA. RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. PEDIDO CAUTELAR. INDEFERIMENTO. 1 – Segundo decidido pela Segunda Seção, a reclamação apresentada contra decisão de Presidência de Tribunal, sobrestando recurso especial manejado contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento, tirado contra decisão interlocutória de deferimento de antecipação de tutela, deve ser conhecida como simples petição. 2 – Tratando-se de simples pleito, nada impede assumo ele as feições de natureza cautelar, o que, de fato, ocorre na espécie. 3 – Ausentes os pressupostos da medida (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), notadamente porque o especial veicula questão federal que esbarra no óbice da Súmula nº 7 – STJ (afereção dos requisitos da antecipação de tutela – violação ao Art. 273 do CPC), o indeferimento é de rigor. 4 – Reclamação conhecida como petição cautelar e indeferida”.

antecipativo), bem como sobre o afastamento da retenção do recurso excepcional.

Desse modo, ao interpor o mencionado recurso no tribunal local, o jurisdicionado também deverá postular pelo afastamento da retenção, bem como pelo respectivo efeito de incidência *dependente* (desde que presentes os pressupostos pertinentes).

Este entendimento não conflita com a regra do parágrafo único do Art. 800, do CPC, pois somente após a interposição do recurso é que repassa a competência para receber o *requerimento* de pedido cautelar ao tribunal superior competente.

Ora, nada impede que o tribunal *a quo* afaste o regime de retenção se o pedido foi feito no próprio recurso, isto é, na ocasião da interposição do recurso (e não após).

Caso o tribunal local indefira o pedido ou não decida em tempo hábil, essa postulação deve ser ratificada por meio de medida cautelar que será distribuída diretamente no tribunal superior competente.

Também não colide com este raciocínio, o fato de o tribunal *a quo* já ter indeferido essa retenção ou não ter feito a sua apreciação. E isso, porque o

ato de interposição do recurso é a condição de suficiência para deslocar a competência ao tribunal *ad quem* para receber o referido pedido.

De outra forma, após o protocolo do recurso, a competência para requerer e decidir sobre os efeitos de incidência *dependente* será do tribunal *ad quem*.

Assim, o ministro relator sorteado no tribunal *ad quem* analisará a questão (caso a caso) e, uma vez demonstrada a presença dos pressupostos, afastará a mencionada retenção, além de analisar o efeito de incidência *dependente* postulado (suspensivo ou antecipativo).⁹⁴²

Nesse sentido, há acórdão do Superior Tribunal de Justiça, aceitando essa conclusão em situações teratológicas, com ementa expressando:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO ADMITIDO NA ORIGEM. AGRAVO RETIDO. DESTRANCAMENTO. POSSIBILIDADE. 1. A Constituição Federal reservou ao Superior Tribunal de Justiça a missão, indeclinável, de zelar pela inteireza do direito positivo federal infraconstitucional (Art. 105, inc. III), razão por que a ele cabe a última palavra no que se refere à interpretação das normas processuais, procedimentais e recursais insculpidas no Código de Processo Civil. 2. O STJ, em caráter excepcional, tem admitido o efeito suspensivo a recurso especial, ainda que pendente do juízo de admissibilidade na origem, o mesmo ocorrendo no que concerne

⁹⁴² Diferenciamos a incidência *dependente* e *independente* dos efeitos recursais no item 2.6.1.

à utilização de medida cautelar para determinar o processamento do recurso especial retido nos autos, nos termos do Art. 542, § 3º, do CPC. 3. Cabe à lei federal disciplinar o funcionamento das instituições financeiras. 4. Caracterizados os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, há de ser concedida a medida liminar. 5. Agravo regimental provido.⁹⁴³

Ademais, como bem adverte Nelson Nery Júnior, a retenção obrigatória deve ser interpretada restritivamente, pois cerceia direitos na medida em que impede a opção pelo regime do recurso.⁹⁴⁴

Em epítome cabe salientarmos o direcionamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de rejeitar a interposição de recurso extraordinário em relação à decisão interlocutória (e conseqüentemente, da respectiva cautelar para obter o efeito suspensivo *dependente* ou *antecipativo*).

⁹⁴³ Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 7.328, Rel. (para acórdão) Min. João Otávio de Noronha, DJU 21/06/04, p. 178. No mesmo sentido o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Medida Cautelar nº 5.925, Rel. (para acórdão) Min. Eliana Calmon, DJU de 28/02/05, p. 255, com ementa expressando: “PROCESSO CIVIL – MEDIDA CAUTELAR – RECURSO ESPECIAL: EFEITO SUSPENSIVO. 1. O STJ tem reconhecido sua competência para processar e julgar medida cautelar de recurso especial ainda não admitido, quando se tratar de decisão teratológica ou manifestamente ilegal. 2. Recurso especial retido (Art. 542, § 3º do CPC) com negativa de cautela pelo Presidente do Tribunal de Justiça a quo, acionado primeiro. 3. Liminar concedida para destrancar o recurso especial e atribuir-lhe efeito suspensivo”. Em sentido diverso foi decidido pelo destrancamento do recurso especial, embora o efeito suspensivo devesse ser analisado pelo tribunal *a quo* (pois ainda não havia o exame de admissibilidade), conforme acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 10.215, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 26/09/05, p. 178, com trecho da ementa expressando: “[...]4. Deferimento da Liminar com o fito de destrancar o Recurso Especial de decisão de urgência, incompatível com a retenção para aferir a violação dos artigos processuais que determinam a motivação da presença dos requisitos da antecipação de tutela, máxime porque o acórdão assentou ser discricionária a concessão do provimento de urgência. 5. Compete ao Tribunal de origem a apreciação de pedido de efeito suspensivo a Recurso Especial pendente de admissibilidade. Incidência dos verbetes sumulares n.ºs 634 e 635 do STF [...]”.

⁹⁴⁴ NERY JÚNIOR, 1.999, p. 474.

O principal argumento consiste em que o referido pronunciamento seria provisório (e não conclusivo da procedência), ou seja, o mérito ainda não teria sido julgado.⁹⁴⁵ Igualmente adotando essa linha de pensamento as Súmulas nº 733 e nº 735, ambas do STF.⁹⁴⁶

Entretanto, discordamos frontalmente desse posicionamento, pois implica em ofensa ao princípio do amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV), principalmente se considerarmos que essa restrição não é feita pelo próprio inc. III do Art. 102 da CF.

Em outras palavras, não podemos interpretar economicamente (restritivamente) a garantia fundamental do recurso extraordinário.

Concluimos, portanto, que: a) o escopo da retenção consiste em evitar idas e vindas desnecessárias dos autos aos tribunais superiores; b) na presença

⁹⁴⁵ Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Agravo Regimental nº 252.382, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 24/03/00, expressa: “Agravo regimental. Não cabimento de recurso extraordinário contra acórdão que defere liminar por entender que ocorrem os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Em se tratando de acórdão que deu provimento a agravo para deferir a liminar pleiteada por entender que havia o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o que o aresto afirmou, com referência ao primeiro desses requisitos, foi que os fundamentos jurídicos (no caso, constitucionais) do mandado de segurança eram, o que, evidentemente, não é manifestação conclusiva da procedência deles para ocorrer a hipótese de cabimento do recurso extraordinário pela letra ‘a’ do inc. I do Art. 102 da Constituição (que é a dos autos) que exige, necessariamente, decisão que lhe haja desrespeitado dispositivo constitucional, por negar-lhe vigência ou por tê-lo interpretado erroneamente ao aplicá-lo ou ao deixar de aplicá-lo. Agravo a que se nega provimento”.

⁹⁴⁶ Súmula nº 733 do STF: “Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios”.
Súmula nº 735 do STF: “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”.

dos respectivos pressupostos o óbice da retenção deverá ser afastado, bem como o efeito de incidência *dependente* postulado deve ser deferido; c) após a interposição do recurso excepcional, a competência para receber o pedido do respectivo efeito de incidência *dependente* (suspensivo ou antecipativo) será do tribunal *ad quem* (CPC, Art. 800, parágrafo único), que será provocado por meio de medida cautelar.

3.7 Efeito Antecipativo Frente ao Recurso Ordinário Constitucional

Inicialmente traremos a finalidade e processamento desse recurso, para que, após, possamos adentrar a sua interação com o efeito antecipativo.

3.7.1 Considerações gerais

Esse recurso está previsto tanto na Constituição Federal, quanto no CPC e nos regimentos dos tribunais, sendo que a competência para julgá-lo é distribuída de duas formas.

Será do Supremo Tribunal Federal (CF, Art. 102, inc. II, *a* e CPC, Art. 539, inc. I), nas decisões proferidas nos remédios constitucionais (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção), desde que o julgamento apresente todas as características, a saber:⁹⁴⁷

a) em única instância, isto é, verse sobre competência originária do tribunal (e não recursal);

b) proferido por tribunal superior (Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Superior do Trabalho);

c) denegatório (independentemente de adentrar, ou não, no mérito).

Também será da competência da Suprema Corte quando envolver crime político (CF, Art. 102, inc. II, *b*).

De outro lado, será competente o Superior Tribunal de Justiça (CF, Art. 105, inc. II, *a* e CPC, Art. 539, inc. II, *a*) quando o recurso impugnar

⁹⁴⁷ Quanto à competência recursal, salienta José Carlos Barbosa Moreira que: “A expressão ‘em única instância’, repita-se, evidencia que se trata de causas da competência originária dos tribunais mencionados; excluem-se, pois, os mandados de segurança, habeas data e mandados de injunção por eles julgados em grau de recurso”. No tocante ao âmbito da expressão Tribunal Superior, o Processualista defende que abrange o Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Eleitoral, Superior Tribunal Militar e Tribunal Superior do Trabalho. Por fim, quanto à imperiosidade de interpretarmos ampliativamente a expressão denegatória, ressalva que: “Precisa a decisão ser ‘denegatória’. Está consolidado na jurisprudência o entendimento de que a palavra assume aqui sentido amplo, compreensivo não só das decisões que julgam improcedente o pedido, mas também das que extinguem o processo sem apreciação do mérito”. (MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 315).

decisões proferidas nos remédios constitucionais (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção), desde que o julgamento apresente todas as características, a saber:⁹⁴⁸

a) em única instância, isto é, verse sobre competência originária dos tribunais;

b) proferido pelos tribunais regionais federais, estaduais ou do distrito federal e territórios;

c) denegatório (independentemente de adentrar, ou não, no mérito).

Igualmente, será da competência do Superior Tribunal de Justiça quando a causa envolver, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, município ou pessoa residente no País (CF, Art. 105, inc. II, *c* e CPC, Art. 539, inc. II, *b*).

Emerge dessas considerações e da sua devolutividade plena (ao contrário dos recursos extraordinário e especial), que, na grande maioria dos casos, o

⁹⁴⁸ Sobre essa competência recursal, José Carlos Barbosa Moreira expressa que: “As causas em que sejam partes – pouco importando as posições recíprocas no processo – de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional, e, de outro, município ou pessoa domiciliada ou residente no país, incluem-se entre as atribuídas, no primeiro grau de jurisdição, aos juízes federais (Carta da República, Art. 109, n° II). Além dos embargos de declaração (que cabem contra qualquer decisão judicial: vide, supra, o comentário n° 298 ao Art. 535), das decisões de primeiro grau proferidas nessas causas pode-se interpor o recurso ordinário a que aludem o Art. 105, n° II, ‘c’, da Constituição e o Art. 539, n° II, b, do Código, que o reproduz com ligeira e irrelevante alteração de redação (Ibidem. vol. V, p. 316).

principal escopo do recurso ordinário é criar uma segunda instância para julgamento das ações originárias.⁹⁴⁹ Em verdade, esse recurso tem a função de uma apelação em relação aos pronunciamentos dos tribunais inferiores⁹⁵⁰ e, essa amplitude, implica na maior necessidade de efeito antecipativo.

3.7.2 Processamento

Como o CPC/73 não regula detalhadamente o processamento desse recurso, quando existirem omissões, adotaremos o Regimento Interno do Tribunal de Justiça-SP (apenas como parâmetro), que elenca as etapas, a saber:

a) o prazo de interposição é de quinze dias (CPC, Art. 508).⁹⁵¹ No ato da propositura também deve ser comprovado o recolhimento do preparo (RITJSP, Art. 867, § 2º);

⁹⁴⁹ Sobre essa finalidade, Nelson Luiz Pinto registra que: “Tem o recurso ordinário constitucional a finalidade de permitir um segundo grau de jurisdição a determinadas ações que são processadas originariamente nos tribunais. Pode ter como objetivo tanto a reforma do acórdão (em caso de *error in iudicando*) como a invalidação da decisão (em caso de *error in procedendo*)” (PINTO, 2.004, p. 190).

⁹⁵⁰ Esse posicionamento também é defendido por Nelson Nery Júnior (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 57).

⁹⁵¹ Realmente, o § 1º do Art. 866 do RITJSP diminui esse prazo para cinco dias no caso do *habeas corpus*. Contudo, pensamos que essa diminuição é inconstitucional, pois a competência da União para legislar sobre normas processuais (CPC, Art. 508) não pode ser restringida por normas regimentais elaboradas pelo tribunal. Em raciocínio similar (mas em relação à outra hipótese), Nelson Nery Júnior ressalva que o prazo de dez dias fixados pela Lei nº 8.038/90 (Lei dos Recursos) foi revogado pela Lei nº 8.950/94, que incorporou o recurso ordinário constitucional no CPC (Ibidem, p. 340).

b) deve ser interposto por meio de petição, em que o recorrente deduzirá as razões do pedido de reforma (RITJSP, Art. 866, § 2º). Na seqüência abre-se vista a parte adversa (RITJSP, Art. 866, § 3º);

c) após o prazo para a Procuradoria-Geral de Justiça apresentar o seu parecer, os autos seguem para o juízo de admissibilidade do presidente da seção pertinente (RITJSP, Art. 866, § 4º);

d) ao exercer o juízo de admissibilidade, serão aplicados, conforme o caso, o disposto com relação ao pedido originário de *habeas corpus* e as regras relativas à apelação, constantes no CPC (RITJSP, Art. 866, § 5º).

Também em função desse longo procedimento perante o tribunal *a quo*, a necessidade do efeito antecipativo pode se mostrar presente, conforme verificaremos na seqüência.

3.7.3 Interação com o efeito antecipativo

Inicialmente, salientamos que este recurso possui devolutividade plena, ou seja, tal como a apelação, remete todas as questões impugnadas ao tribunal *ad quem*.

Diante dessa semelhança com o recurso de apelação, advinda da incidência da devolutividade integral, Nelson Nery Júnior expressa:

Cabível de algumas decisões de única instância dos tribunais regionais federais e tribunais estaduais, tanto para o STF (CF 102 II) quanto para o STJ (CF 105 II), o recurso ordinário constitucional assemelha-se ao recurso de apelação, sendo pertinente aqui o que foi dito sobre o efeito devolutivo da apelação. A devolutividade do recurso ordinário é total, não estando ele sujeito às limitações do recurso especial.⁹⁵²

Todavia, diante da omissão da lei, o Processualista defende a inexistência de efeito suspensivo no recurso ordinário, ante a argumentação de que: a) o CPC apenas determina a aplicação das *regras* da apelação (e não dos *efeitos*); b) não necessita desse efeito, pois apenas seriam cabíveis nas hipóteses de denegação, ou seja, pronunciamento negativo.⁹⁵³

Ousamos discordar desse entendimento, pois, em primeiro lugar, o recurso ordinário constitucional não se restringe às denegações dos remédios constitucionais, isto é, também pode ser interposto em relação a outros pronunciamentos, conforme previsto nos Arts. 102, inc. II, *b* e 105, inc. II, *c*, ambos da CF.

Em segundo lugar, acreditamos que a determinação para aplicar as regras da apelação, também abarca os efeitos recursais, notadamente,

⁹⁵² Ibidem, p. 444.

⁹⁵³ Ibidem, p. 446.

porque ele assume a mesma função recursal (guardadas as devidas proporções).

O sistema recursal adotado pelo CPC consagra a suspensividade como regra para a apelação (independentemente de requerimento), ou seja, esse efeito apenas poderia ser afastado se houvesse previsão expressa.

Por tudo isso, entendemos que o recurso ordinário deve ter efeito suspensivo. Entretanto, reconhecemos que esse nosso entendimento não encontra respaldo na jurisprudência, pois apenas admite a suspensividade por meio de medida cautelar.⁹⁵⁴

Com esse cenário ponderamos que o critério para a obtenção dos efeitos de incidência *dependente* (antecipativo e suspensivo) em relação ao recurso ordinário é o mesmo que verificamos quanto aos recursos extraordinário e especial.⁹⁵⁵

E isso, porque o processamento é similar, ou seja, há um primeiro juízo de admissibilidade no tribunal local e, somente após, o

⁹⁵⁴ Dentre outros acórdãos existem: Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Medida Cautelar nº 2.981-PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 28/02/05, p. 185; Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 9.119-RN, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 17/12/04, p. 413; Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 9.198-RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 18/04/05, p. 241.

⁹⁵⁵ Trouxemos as diferenças entre a incidência *dependente* e *independente* no item 2.6.1.

recurso é remetido ao tribunal superior competente para o julgamento.⁹⁵⁶

Quanto à possibilidade de postulação do efeito de incidência *dependente* (suspensivo ou antecipativo), há acórdão do Superior Tribunal de Justiça ressaltando que em situações excepcionais, pode ser concedido o efeito suspensivo, ao expressar:

MEDIDA CAUTELAR. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PERSISTÊNCIA DAS RAZÕES DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. I – Não obstante a decisão denegatória de segurança não tenha conteúdo executório, este Superior Tribunal de Justiça tem admitido, em circunstâncias específicas e excepcionais, a concessão de efeito suspensivo a recurso ordinário, desde que utilizada, pelo interessado, a competente medida cautelar, devendo, ainda, ser demonstrada a ocorrência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. II – Na hipótese em questão, ainda que possa restar caracterizada a ocorrência de eventual *periculum in mora*, não há como se antever a ocorrência do *fumus boni iuris*, tendo em vista que o pleito lançado na ação confunde-se com o mérito do recurso ordinário interposto. III – Ademais, para o deferimento do provimento urgente, seria imprescindível a constatação *primo oculi* das ilegalidades apontadas, sem que fosse necessário, neste juízo de cognição sumária, a análise detalhada do conjunto probatório. IV – Agravo interno desprovido.⁹⁵⁷

⁹⁵⁶ Também concordando com essa semelhança de ritos Teori Albino Zavascki expressa: “Assinale-se, por oportuno, que, conforme estabelece o Art. 540 do Código de Processo Civil, os requisitos de admissibilidade e o procedimento previstos para os recursos especial e extraordinário são também aplicáveis aos recursos ordinários constitucionais de competência do Supremo Tribunal Federal (CF, Art. 102, II) e do Superior Tribunal de Justiça (CF, Art. 105, II). Sendo assim, não há por que não aplicar a eles a mesma disciplina estabelecida para as respectivas medidas cautelares visando a antecipação da tutela recursal” (ZAVASCKI, 1.997, p. 151).

⁹⁵⁷ Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 9.558, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 18/04/05, p. 351.

Vamos a um exemplo prático, que teve basicamente, as etapas, a saber:

a) certa feita, um prefeito no município de Bauru teve o seu mandato cassado pela Câmara dos Vereadores local, em razão da prática de infrações político-administrativas;

b) para impugnar essa cassação, o alcaide ajuizou ação própria pedindo pela sua imediata reintegração no cargo, cuja liminar foi indeferida;

c) inconformado, interpôs agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça-SP, cujo efeito antecipativo foi indeferido;

d) para impugnar este indeferimento do relator, impetrou mandado de segurança perante o Quarto Vice-Presidente daquele sodalício, cuja liminar também foi indeferida;

e) em nova impugnação – agora em relação ao indeferimento proferido pelo Quarto Vice-Presidente –, impetrou outro mandado de segurança perante o Primeiro Vice-Presidente. Porém, desta feita logrou êxito, pois foi deferida a liminar postulada para reconduzi-lo ao cargo.

A partir desse último mandado de segurança (que é da competência originária do tribunal), vamos supor que a ordem fosse denegada pelo tribunal local, no julgamento final.

Ora, estaríamos diante de um acórdão que poderia ser impugnado por meio de recurso ordinário. E, desde que presentes os pressupostos pertinentes, nada impede que o interessado interponha medida cautelar para postular pela concessão do efeito antecipativo perante o tribunal superior *ad quem*.

Da mesma forma que em relação aos recursos excepcionais, a medida cautelar é o mecanismo cabível para postular pelos referidos efeitos *dependentes*, pelas mesmas razões que verificamos nos itens 3.6.2.3.

Igualmente, a competência para decidir sobre o referido efeito, é a mesma que preconizamos no item 3.6.2.2.

Logo, podem ser concedidos os efeitos de incidência *dependente* (antecipativo ou suspensivo) a esse recurso. O meio de postulação é a medida cautelar. O ato de interposição do recurso ordinário desloca a competência para receber o pedido de efeito *dependente* para o tribunal *ad quem* (CPC, Art. 800, parágrafo único).

3.8 Efeito Antecipativo Frente aos Embargos de Divergência

Para darmos seqüência a mesma metodologia adotada neste estudo, antes de abordarmos sobre a interação do efeito antecipativo, analisaremos os aspectos principais dos embargos de divergência.

3.8.1 Considerações gerais

Como constatamos em relação aos demais embargos, a origem dessa modalidade está no direito português, que criou um recurso com esse nome, para permitir que a sentença fosse reconsiderada pelo próprio prolator.

Porém os embargos de divergência têm uma distinção dos demais (declaratórios e infringentes), em razão de sua maior envergadura, isto é, busca a uniformização da jurisprudência.⁹⁵⁸

⁹⁵⁸ Sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira expressa: “O recurso previsto no atual Art. 546 (e no respectivo parágrafo único do primitivo texto do Código) nada tem que ver, na substância, com os embargos infringentes (Capítulo IV) nem com os embargos de declaração (Capítulo V). Sua finalidade é análoga à do recurso de revista do direito anterior: propiciar a uniformização da jurisprudência “interna” do tribunal quanto à interpretação do direito em tese (MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 341). De modo semelhante, Teresa Arruda Alvim Wambier defende que a principal função deste recurso é a uniformização interna corporis da jurisprudência dos tribunais superiores (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002-a, p. 250).

De fato, esse recurso já estava previsto no CPC/39, por meio do parágrafo único do Art. 833.

Mas a sua introdução no CPC/73 ocorreu por meio da Lei nº 8.950/94, que acrescentou o inc. VIII no Art. 496 (além do Art. 546), expressando que cabem: “embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário”.

Isso significa que estes embargos apenas podem ser aplicados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, quando julgarem os respectivos recursos excepcionais.⁹⁵⁹

As hipóteses de cabimento estão previstas no Art. 546 do CPC, que expressa:

⁹⁵⁹ Ressalva Nelson Nery Júnior em relação à necessidade de ser esclarecido que a competência não foi repassada aos tribunais estaduais pelo fato de a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMN), dispor sobre o órgão competente para julgar os embargos naqueles tribunais, ao expressar: “O fato de a LOMN haver previsto, dentro dos tribunais estaduais, qual seria o órgão competente para julgar os ‘embargos de divergência’, não significa que os tenha criado no âmbito estadual. Na verdade esses tribunais existiam somente no STJ, conforme a LR 29 e hoje existem no STF e STJ, conforme dispõe o CPC 496 VIII (NERY JÚNIOR, 2.004, p. 18). No mesmo sentido José Carlos Barbosa Moreira expressa: Nada disse o texto acerca dos requisitos específicos de admissibilidade, dos efeitos, do procedimento. Ora, o mero enunciado de um *nomen iuris*, a que só se juntou a indicação da competência, é muito pouco para a instituição de nova figura recursal. Ninguém se animaria em sã consciência – tão defeituosa é a técnica da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – a desprezar por absurda a hipótese de puro e simples equívoco: teria o legislador redigido aqueles textos na errônea convicção de já existirem, com a presumida amplitude, os embargos de divergência. Outra explicação, que ocorreu a não poucos, é a de que a Lei Orgânica se limitara a fixar por antecipação a competência para o processamento e o julgamento de semelhantes embargos, ‘se e quando’ fossem criados (MOREIRA, 2.003. vol. V, p. 342). Concordamos com esses entendimentos, pois a norma nova (8.950/94) deve revogar a anterior (LOMN). Ademais, estabelecer o nome do recurso ou competência para julgá-lo, não significa que o recurso foi criado.

Art. 546: É embargável a decisão da turma que:

I – em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial;

II – em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário.

Parágrafo único: Observar-se-á, no recurso de embargos, o procedimento estabelecido no regimento interno.

Desse modo, esses embargos serão cabíveis no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, quando o julgado proferido em sede de recurso especial divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial.

Da mesma forma, no âmbito do Supremo Tribunal Federal serão cabíveis quando, em sede de recurso extraordinário, divergir do julgamento de outra turma ou do plenário.

3.8.2 Processamento

O parágrafo único do Art. 546 do CPC delega competência aos respectivos tribunais para regulamentarem o rito destes embargos.

Com essa outorga de poder, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça estabelece o rito, a saber:

a) a petição do recurso deverá ser interposta no prazo de quinze dias (CPC, Art. 508 e RISTJ Art. 266), contendo a comprovação da divergência (RISTJ, Art. 266, § 1º);⁹⁶⁰

b) uma vez interpostos, não terão efeito suspensivo *independente* (RISTJ, Art. 266, § 2º), bem como irão para a conclusão do relator sorteado, que poderá rejeitá-los nos casos de intempestividade, contrariedade à súmula ou ausência de comprovação da divergência (RISTJ, Art. 266, § 3º);

c) se for o caso de intervenção, o Ministério Público terá vista por vinte dias (RISTJ, Art. 266, § 4º). Igualmente, se os embargos forem admitidos, também será aberta vista ao embargado pelo prazo de quinze dias (RISTJ, Art. 267);

d) na seqüência, o relator pede dia para julgamento (RISTJ, 267, parágrafo único).

Outro aspecto relevante é a necessidade de que a divergência seja atual, sob pena de perder a sua finalidade uniformizadora. Por isso, não será atual o acórdão proferido pelo extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) ou

⁹⁶⁰ Nos termos do Art. 255 do RISTJ, a divergência será comprovada da seguinte forma: a) citação de repositório oficial ou cópias dos acórdãos divergentes (autenticadas ou assim declaradas pelo próprio advogado); b) transcrição, no recurso, dos trechos dos acórdãos suficientes para demonstrarem o dissídio.

pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando tinha competência para conhecer de ofensas à lei federal.⁹⁶¹⁻⁹⁶²

Todavia, entendemos que este fato pode até levar a rejeição do mérito, mas, jamais poderá ser alçado como pressuposto de admissibilidade. Ora, o fato de o pronunciamento ser antigo, não significa que é incorreto, pois esta conclusão apenas poderá ser obtida por intermédio da análise das razões recursais.⁹⁶³

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (RISTF, Arts. 330 a 336), de modo geral, os embargos têm um procedimento análogo ao do Superior Tribunal de Justiça.

⁹⁶¹ Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 553.680, Rel. Min. José Delgado, DJU 04/10/04, p. 202., expressando: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE AS HIPÓTESES EM CONFRONTO. DESATENDIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 255 DO RISTJ. PARADIGMA QUE NÃO REPRESENTA O ATUAL ENTENDIMENTO DA CORTE. INADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. 1. Em se tratando de embargos de divergência, antes que seja examinado o tema de mérito, é necessário que se verifique o atendimento aos requisitos formais exigidos à caracterização do dissenso interpretativo, consoante estabelece o Art. 266, § 1º, do RISTJ: ‘A divergência indicada deverá ser comprovada na forma do dispostos no Art. 255, §§ 1º e 2º, deste Regimento’. Na espécie, tais requisitos não foram supridos. 2. Se a divergência que se pretende demonstrar está fundada em paradigma que não mais representa o entendimento da Corte sobre o tema, caracteriza-se defeito formal que impede o conhecimento dos embargos de divergência, na medida em que ausente um de seus pressupostos elementares de interposição, qual seja, a efetiva existência de interpretação diversa sobre a mesma matéria. 3. As razões recursais devem se mostrar suficientes à alteração do provimento jurídico atacado. Ausente essa condição, impõe-se a denegação do pedido. 4. Agravo regimental desprovido”.

⁹⁶² Nesse sentido: WAMBIER, 2.002, p. 253-254.

⁹⁶³ No âmbito do STJ, existem duas súmulas sobre estes embargos. A primeira é a 158, que expressa: “Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de Turma ou Seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada”. Já, a Súmula nº 168 estabelece: “Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

Após verificarmos este rito, não é difícil imaginarmos situações em que o efeito antecipativo se mostra presente, conforme veremos no item subsequente.

3.8.3 Interação com o efeito antecipativo

Diante do processamento destes embargos (que não é imediato), em situações excepcionais, poderiam se materializar os pressupostos para a concessão dos efeitos de incidência *dependente* (antecipativo e suspensivo).

Vamos a um exemplo concreto. Por meio da Lei nº 9.032 com vigência no dia 29/04/95, foi dada nova redação ao Art. 75 da Lei nº 8.213/91, passando a garantir que a pensão por morte concedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), seja equivalente a 100% (cem por cento) do benefício recebido pelo segurado falecido.⁹⁶⁴

Como existiam muitas viúvas que recebiam percentual inferior, houve muita polêmica sobre a possibilidade de aplicar esta garantia às pensões concedidas antes da Lei nº 9.032/95.

⁹⁶⁴ Art. 75 da Lei nº 8.213/91: “O valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no Art. 33 desta Lei”.

Consagrando essa possibilidade de a lei mais benéfica retroagir para favorecer o segurado, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça proferiu ementa expressando:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTES DA CF/88. MAJORAÇÃO DE QUOTA FAMILIAR. LEI Nº 8.213/91. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. A eg. Terceira Seção, pelas Turmas que a compõem, consolidou entendimento no sentido da possibilidade de majoração da cota familiar dos benefícios de pensão por morte concedidos sob a égide da legislação pretérita. 2. Aplica-se o Art. 75 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, a todos os benefícios previdenciários, mesmo no tocante aos concedidos antes de sua vigência, sem que isso configure, a rigor, retroação de lei mais benéfica, mas apenas seu alcance às situações dos que se encontram em idêntico estado de fato. 3. Embargos de divergência acolhidos.⁹⁶⁵

Traçado esse paralelo, vamos imaginar que a 5ª Turma do STJ decidisse de modo diverso da 3ª Seção, para dar provimento ao recurso especial do INSS e, por conseguinte, afastar o direito de a pensão da recorrida ser equivalente a 100% do benefício se seu finado marido, ante o fundamento de que a Lei nº 9.032/95 seria posterior.

Ora, nessa situação, interpostos os embargos de divergência, adotando o acórdão paradigma da 3ª Seção, nada impede a concessão do efeito antecipativo para reajustar os benefícios da recorrente (desde que presentes os requisitos específicos).

⁹⁶⁵ Superior Tribunal de Justiça, 3ª Seção, Embargos de Divergência no REsp nº 273.866, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU 14/03/05, p. 191.

Da mesma forma, o recorrente também poderia postular pelo efeito *dependente* suspensivo, caso o acórdão tivesse determinado alguma obrigação que fosse contrária ao entendimento de outra turma ou seção.

Entretanto, uma vez verificada a possibilidade de concessão dos efeitos de incidência *dependente* (suspensivo e antecipativo), fica uma questão: Qual o meio para postularmos pelos mesmos?

Para auxiliar a nossa resposta, novamente lembramos que o enquadramento da tutela antecipada recursal como efeito do recurso gera a competência do relator que receber o recurso para analisá-lo.

Desse modo, o recorrente deve pedir pelo deferimento do respectivo efeito de incidência *dependente* na própria petição dos embargos de divergência.

CONCLUSÕES

A entrega da tutela jurisdicional com efetividade e justiça é pressuposto do Estado Democrático. Do contrário, os pronunciamentos judiciais tornam-se arbitrários, ao invés de serem legitimados e aceitáveis pelos jurisdicionados. Exatamente por isso, a ameaça e/ou a lesão ao direito não podem ser excluídos da apreciação do judiciário (CF, Art. 5º, inc. XXXV).

Entretanto se, de um lado, o Estado não pode negar a tutela, de outro, é impossível o legislador prever todas as espécies de ações. A necessidade de amparar estas lacunas gera a importância das tutelas diferenciadas.

Nesse cenário, a antecipação dos efeitos do resultado final (que é uma espécie de tutela diferenciada), é imprescindível para permitir a tempestiva entrega da tutela jurisdicional, por meio do acesso à justiça.

Assim, é inadmissível negar esse adiantamento apenas com fundamento na fase em que o processo se encontra (recursal). Ora, se a tutela final ainda não foi entregue definitivamente, desde que presentes os seus pressupostos, é inegável a necessidade de adiantamento dos seus efeitos.

Todavia, como ainda remanescem muitas dúvidas sobre a aplicação da antecipação da tutela no plano dos recursos, decidimos proceder esta investigação (obviamente, sem a ingenuidade de imaginarmos que estaríamos esgotando o tema).

A partir dessas premissas, e no intuito de buscarmos um critério mais palpável de sistematização, diferenciamos a incidência dos efeitos recursais. À míngua de melhores nomes, rotulamos estas incidências como sendo: a) *independente* (quando o efeito não depende de pedido do recorrente para ser agregado ao recurso, como ocorre com o devolutivo, suspensivo *independente*, translativo, expansivo e substitutivo); b) *dependente* (quando o efeito apenas é adicionado ao recurso se estiverem presentes os respectivos pressupostos, como ocorre com o suspensivo *dependente* e o antecipativo).

Essa diferenciação, somada ao fato de que a medida antecipativa é conseqüência do recurso, permitiu o enquadramento da tutela antecipada recursal como um dos efeitos recursais (que denominamos de antecipativo).

Em outras palavras, os efeitos de incidência *dependente* se restringem a duas espécies, isto é, o suspensivo (*dependente*) e o antecipativo.

Por meio dessa divisão acreditamos ter semeado um solo menos árido para percorrermos pela interação da tutela antecipada no plano recursal.

Porém – como toda espécie de tutela diferenciada –, não podemos desconsiderar que deve ser aplicada com cautela, para impedir uma demasiada desproporção da efetividade a favor de uma parte, em detrimento da segurança jurídica da outra. Justamente para materializar esse cuidado, o magistrado, ao analisar o pedido de tutela diferenciada, deverá investigar se estão presentes os pressupostos necessários para a concessão da respectiva medida.

No caso dos efeitos recursais que rotulamos de *dependentes* (pois ficam na dependência dos respectivos pressupostos para serem concedidos), cada efeito possui diferentes requisitos de incidência – que devem estar presentes para impedir a desproporção entre a efetividade e a segurança jurídica –, a saber: a) o suspensivo (da espécie *dependente*), somente poderá ser concedido se houver, principalmente, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*; b) já o efeito antecipativo está condicionado a presença dos pressupostos do Art. 273 do CPC.

Com arrimo na legislação, na doutrina e na jurisprudência, bem como em situações reais ou idealizadas, pudemos constatar que, na grande maioria dos casos, os efeitos *dependentes* (antecipativo e suspensivo) têm sido concedidos pelo judiciário, ainda que sem um critério bem definido.

Nesse sentido, há polêmica na identificação do tribunal competente (*a quo* ou *ad quem*) para analisar o pedido de concessão do efeito de incidência

dependente, em relação aos recursos excepcionais. Esta celeuma também ocorre quanto ao recurso ordinário.

De forma similar, no tocante ao recurso de apelação, a jurisprudência também não adota uma forma uniforme para o recorrente pedir pelo efeito de incidência *dependente*. Quanto aos embargos declaratórios, infringentes e de divergência, não há muitas decisões sobre os mesmos.

O único recurso que tem uma definição mais clara é o agravo de instrumento, pois o inc. III do Art. 527 do CPC fixa a competência do relator para decidir sobre os efeitos suspensivo e antecipativo.

Todavia, pelos motivos expostos nesse estudo, de todos os recursos carreados no rol do Art. 496 do CPC, a princípio, o único que não poderá ter efeito antecipativo é o agravo retido, justamente em razão de sua estrutura e dependência da apelação (que ainda não foi interposta) para ser apreciado.

Sopesando os resultados dessa pesquisa, os maiores problemas que observamos residem na competência e no mecanismo para o recorrente postular pelos efeitos *dependentes* (antecipativo e suspensivo).

Já tivemos notícias de situações em que foi pedido pelo efeito antecipativo ao recurso de apelação e, tanto o juiz *a quo* como o *ad quem*, se

declaram incompetentes ou, então, indeferiram o pedido sem motivação plausível. Em paralelo, o bem da vida perseguido pelo jurisdicionado é, simplesmente, desconsiderado.

A propósito, em se tratando de apelação, é inegável a necessidade de interpretarmos ampliativamente o parágrafo único do Art. 558 do CPC, para também abarcar o efeito antecipativo (e não apenas o suspensivo *dependente*).

Diante dessas dificuldades, este estudo propõe a sistematização da concessão do efeito antecipativo, usando a interpretação conjunta do parágrafo único do Art. 800 do CPC, para auxiliar na investigação do momento que transfere a competência do juízo *a quo* para o *ad quem* receber o requerimento de efeito antecipativo. No caso da apelação também defendemos o uso da norma específica do Art. 518 do CPC (em paralelo com as demais), para fixar a competência do juiz *a quo*, para receber o pedido de efeito *dependente* até a interposição da apelação e, por conseguinte, sustentamos o cabimento do agravo de instrumento para impugnar o respectivo pronunciamento.

Enfim, o uso de regras mais claras para a concessão dos efeitos *dependentes* (antecipativo e suspensivo) também consiste em um meio de elevada contribuição para a entrega tempestiva da tutela jurisdicional e, por conseguinte, é condição para a subsistência do Estado Democrático.

A rigor, já poderíamos terminar a nossa conclusão. Todavia, para facilitar essa exposição, na seqüência, traremos uma síntese dos principais tópicos desse nosso estudo.

1. Ao avocar para si o exercício da jurisdição, o Estado também se comprometeu a realizá-la da melhor maneira possível. Por isso, o princípio constitucional do amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV) impõe que a tutela seja entregue de modo integral e efetivo, inclusive na fase recursal.

2. De outro lado, usamos a expressão *tutela jurisdicional*, como uma espécie do gênero *tutela jurídica*, que concretiza a tutela material, ou seja, é o resultado da atividade jurisdicional. Isso significa que ao abordarmos a antecipação dos efeitos da tutela, estaremos nos referindo à tutela jurisdicional.

3. Cumulativamente, a atual fase instrumentalista, visualiza o processo como um instrumento para atingir um fim materializado pela entrega da jurisdição. Nesse cenário a antecipação dos efeitos do resultado final ganha relevo, pois outorga maior efetividade a tutela jurisdicional.

4. Por meio da classificação da tutela conforme o provimento (pedido), concluímos que pode ser dividida, principalmente, em: a) conhecimento; b)

execução; c) cautelar; d) executiva *lato sensu*; e) mandamental. Em todos esses provimentos pode haver a antecipação dos efeitos que forem necessários para permitir a entrega efetiva da tutela jurisdicional.

5. Em paralelo, há duas situações que não podemos desconsiderar sobre a tutela ordinária tradicional (constitutiva, condenatória e declaratória). A primeira é que a demora pode tornar ineficaz o próprio objeto da lide e, a segunda, reside na inexistência de mecanismos típicos suficientes para atender ao anseio do jurisdicionado.

6. Para subsidiar a ampliação das espécies e formas de incidência da tutela ordinária foi concebida a tutela diferenciada, que pode incidir de duas formas, a saber: a) pela modificação dos efeitos e formas inerentes ao procedimento de cognição plena e exauriente; b) pela mudança de rito para propiciar a tutela sumária.

7. Uma das formas de tutela diferenciada é materializada pela antecipação dos efeitos do resultado final. Entretanto, a concessão de toda medida enaltecedora da efetividade, deve merecer o mais elevado cuidado do juiz, para não beneficiar desigualmente uma das partes (diante da aceleração do processo em detrimento da segurança jurídica da parte adversa), bem como causar o mínimo possível de alteração do sistema processual.

8. E nem poderia ser diferente, pois a obrigação de o Estado entregar a tutela jurisdicional, de forma plena, decorre do sistema constitucional (CF, Art. 5º, inc. XXXV). Assim, ainda que não existisse o Art. 273 do CPC, se necessário, a medida antecipativa deveria ser deferida. É impossível o processo se constituir em um instrumento realizador da justiça, sem os mecanismos suficientes para outorgar efetividade como, por exemplo, as tutelas sumárias.

9. Usamos a expressão tutela sumária (e não tutela de urgência), para nos referirmos às medidas antecipativas, porque a tutela de urgência se refere aos pressupostos para a sua concessão (e não ao instituto propriamente dito) e, além disso, a antecipação da tutela pode ser concedida – em algumas situações –, independentemente da urgência (por exemplo, o Art. 273, inc. II, do CPC).

10. Os pressupostos *gerais* previstos no Art. 273 do CPC, para viabilizar a concessão da medida antecipativa, são: a) a legitimidade atribuída à parte que tiver interesse na antecipação (e não apenas ao autor), de modo que, em situações excepcionais (como na reconvenção, por exemplo), a antecipação dos efeitos da tutela pode ser postulada pelo réu; b) em regra, o juiz não poderá conceder a medida antecipativa de ofício; c) a expressão prova inequívoca deve ser interpretada sistematicamente, isto é, à luz da

verossimilhança para ser entendida como o meio de se demonstrar a probabilidade máxima da veracidade dos fatos articulados; d) a irreversibilidade da prova deve ser analisada em relação ao plano dos fatos e, quando necessário, pautada pelo princípio da proporcionalidade; e) como todo pronunciamento, este também deverá ser suficientemente fundamentado (CF, Art. 93, IX e CPC, Art. 273, § 1º), para demonstrar a investigação crítica do magistrado (e não de discricionariedade).

11. Como pressupostos *específicos* para a concessão da medida antecipativa, mencionamos: a) o perigo da demora representado pela ineficácia do provimento final se a tutela antecipada não for concedida; b) o *abuso do direito de defesa* e o *manifesto propósito protelatório*, que determinam a apuração se o ato praticado é manifestamente frágil e/ou protelatório; c) a incontrovérsia representa a concordância da parte adversa com o pedido do autor (ressalvada as previsões legais) e, por isso, admite a antecipação da tutela.

12. Com o propósito de dar efetividade à medida antecipativa, o legislador estabeleceu alguns mecanismos, tais como a aplicação subsidiária do rito da execução provisória (CPC, Art. 588) e das medidas de apoio previstas nos Arts. 461, §§ 4º e 5º e 461-A, ambos do CPC. Da mesma forma admitiu a fungibilidade entre a medida antecipativa e a cautelar (CPC, Art. 273, § 7º),

ou seja, é uma *via de mão dupla*, pois o juiz tanto pode conceder a cautelar (se tiver sido requerida a antecipação), como vice-versa.

13. Em relação ao direito estrangeiro, de modo geral, os países que investigamos não contemplam um instituto denominado tutela antecipada, mas, admitem o alargamento da cautelar para adiantar o resultado final (e não apenas para assegurar o referido resultado). Nesse sentido, mencionamos os países, a saber: a) na Alemanha temos a cautelar reguladora ou *Regelungsverfügung* (ZPO, § 940); b) na Argentina (CPC, Arts. 204 e 232); c) na Espanha (LEC, Art. 721); d) na França, as *ordonnances de référé* aceitam a tutela cautelar que for necessária, por meio da *référé provision* (Art. 809); e) na Itália (CPC, Art. 700); f) em Portugal (CPC, Arts. 2º e 381). Com relação aos Estados Unidos, o sistema adotado é do *common law* (e não do *civil law*) e, por isso, o juiz norte americano tem o amplo poder geral de cautela, podendo conceder a tutela que for necessária para amparar o direito (inclusive antecipativa), pois não está tão engessado pela lei, como ocorre no sistema do *civil law*.

14. No Brasil, devemos conceituar os pronunciamentos judiciais, primeiramente, pelo critério da finalidade, pois a sua aplicação tem maior simplicidade (por exemplo, se o pronunciamento tiver a finalidade programada de colocar termo ao processo será sentença). Mas, se não for

suficiente para a classificação do pronunciamento, subsidiariamente, devemos usar o critério da verificação do conteúdo.

15. A partir daí, podemos classificar os pronunciamentos judiciais da forma, a saber: a) a sentença tem a finalidade programada de colocar termo ao processo; b) a decisão interlocutória tem a finalidade de resolver ponto meramente duvidoso (não havendo necessidade de controvérsia), possuindo conteúdo decisório suficiente para causar gravame, sem colocar termo ao processo; c) o despacho dá movimentação processual sem possuir conteúdo decisório suficiente para causar gravame, emanado diretamente do juiz; d) o ato ordinatório outorga movimentação processual, sendo despido de conteúdo decisório suficiente para causar gravame, praticado por serventuário, que atua por delegação do juízo; e) o acórdão consiste no julgamento proferido pelo órgão colegiado.

16. Em relação a estes pronunciamentos, a tutela antecipada pode ser concebida pela decisão interlocutória (inclusive se proferida pelo relator, isoladamente, no tribunal), pela sentença ou por meio de acórdão.

17. Mas, se a tutela jurisdicional deve ser entregue com justiça, o recurso tem grande relevância nesse sistema, notadamente, em função dos aspectos, a saber: a) gera menor probabilidade da ocorrência de falibilidade humana e

abusos dos magistrados; b) aumenta a aceitação social dos pronunciamentos da Justiça. Quanto à natureza jurídica entendemos que o direito de recorrer é um ônus decorrente da continuação do exercício do direito de ação.

18. De outro lado, na grande maioria das vezes, há um represamento nos tribunais, que obriga o jurisdicionado a aguardar por anos e anos pelo julgamento dos recursos. Mas esta *mancha* provocada por esta demora, não desnatura a relevância do recurso, pois, no saldo, há mais benefícios do que malefícios.

19. É exatamente nesse aspecto que está o grande trunfo da medida antecipativa recursal, pois – desde que presentes os respectivos pressupostos –, permite o adiantamento do resultado que apenas seria obtido após anos e anos, por meio do julgamento definitivo da causa, isto é, possibilita o efetivo acesso à justiça do jurisdicionado (CF, Art. 5º, inc. XXXV).

20. As ações autônomas podem ser usadas para impugnar o pronunciamento judicial, desde que não exista um recurso suficiente previsto taxativamente no CPC. As principais ações autônomas utilizadas para a postulação da tutela antecipada recursal na existência de lacuna do sistema, consistem na cautelar e – se esta não for suficiente –, no mandado de segurança.

21. Antes de o judiciário adentrar ao exame das razões recursais e ao eventual pedido de antecipação da tutela, deverá analisar se estão presentes os pressupostos de admissibilidade extrínsecos ou intrínsecos do recurso. Os pressupostos extrínsecos (ao conteúdo do pronunciamento) consistem em: a) tempestividade; b) regularidade formal; c) preparo; d) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer. Já os intrínsecos (no conteúdo do pronunciamento) são: a) cabimento; b) legitimidade para recorrer; c) interesse em recorrer.

22. Como esse nosso estudo enquadra a tutela antecipada recursal na condição de efeito do recurso (que rotulamos de efeito *antecipativo*), revisitamos o tema. Nessa empreitada, iniciamos pela diferenciação das formas de incidência dos efeitos, que são duas, a saber: a) *Independente* ou *natural*, quando o efeito é previsto originariamente para o recurso, ou seja, a sua incidência não está condicionada a requerimento do recorrente; b) *Dependente*, quando o efeito não é natural, mas pode ser agregado, a pedido do recorrente (ou do próprio juiz se a lei permitir), desde que existam os pressupostos pertinentes, tais como o *periculum in mora* e *fumus boni iuris* (no caso do suspensivo) ou os requisitos carreados no Art. 273 do CPC (em relação ao antecipativo).

23. A incidência *dependente* está restrita aos efeitos antecipativo e suspensivo, sendo que, este último, incide de forma bivalente (*dependente* e

independente). Os demais incidem independentemente de pedido do recorrente, bastando o mero recebimento do recurso.

24. O efeito suspensivo adia a produção dos efeitos do pronunciamento impugnado e, a princípio, o término de sua validade será na data da efetivação da decisão do juízo *ad quem*. Quanto ao termo inicial, há variação, pois se a incidência da suspensividade for *independente (natural)*, será o dia da publicação do pronunciamento impugnado, mas se for *dependente*, o início se dará com a intimação do deferimento do aludido efeito. Com relação ao efeito suspensivo *dependente*, é importante consignarmos que possui pressupostos de incidência semelhantes aos da tutela cautelar (*periculum in mora* e o *fumus boni iuris*), além de possuir forma de incidência similar à tutela antecipada recursal no tocante ao termo inicial e ao mecanismo de postulação.

25. O efeito devolutivo consiste na conseqüência de provocar o reexame do pronunciamento, por meio da devolução da matéria ao judiciário. Com essa ordem de idéias, constatamos que todos os recursos têm esse efeito. Como principais características da devolutividade, podemos mencionar: a) a *extensão* impede que o juízo *ad quem* ultrapasse os limites estabelecidos nas razões recursais (CPC, Art. 515, *caput*); b) a *profundidade* representa os parâmetros que o juízo *ad quem* utilizará para apreciar a matéria devolvida (CPC, Art. 515, §§ 1º e 2º); c) a devolutividade contempla a condição resolutive e, por conseguinte, os

ulteriores atos praticados no processo ficam condicionados à compatibilidade com o teor do julgamento das razões recursais.

26. O CPC/73 – ainda que apenas em relação ao efeito devolutivo – veda a reforma para pior, pois: a) o princípio do dispositivo limita a atividade jurisdicional ao âmbito da matéria que foi devolvida nas razões recursais (Arts. 2º, 128 e 460); b) a ausência de interposição de recurso, pelo recorrido, retira o seu *interesse recursal*; c) conforme a doutrina chiovendiana, os capítulos da sentença são independentes e, por isso, se não foram impugnados, farão coisa julgada (CPC, Art. 467); d) a existência do recurso adesivo (CPC, Art. 500), evidência que ele é o único meio para a parte interessada devolver a matéria e permitir que o juiz *ad quem* se manifeste sobre a mesma.

27. A relevância do efeito devolutivo em relação ao antecipativo reside, notadamente, na limitação dos efeitos que podem ser antecipados, isto é, não pode ser adiantada a tutela que não foi devolvida.

28. Sobre o efeito translativo, concluímos que: a) implica na transferência, ao juízo *ad quem*, da competência para julgar as matérias expressamente previstas (CPC, Arts. 267, § 3º e 301, § 4º, 515, §§ 3º e 4º); b) o principal fundamento legal que ampara a translação é o Art. 516 do CPC.

29. O efeito expansivo consiste na maior amplitude do julgamento do recurso em relação ao pedido deduzido nas razões recursais. Contudo, ousamos discordar da classificação padrão, para entender que ele apenas tem como fundamento o Art. 509 do CPC (efeito expansivo subjetivo), ou seja, quando o recurso interposto pelo litisconsorte (CPC, Art. 54), também favorece a outra parte, situada no mesmo pólo, que não tenha recorrido. Quanto à espécie objetiva interna (conhecimento de matéria de ordem pública pelo juízo *ad quem*) decorre do efeito translativo (e não do expansivo), bem como a espécie objetiva externa (condição resolutiva) advém do efeito devolutivo, conforme verificamos no item 2.6.3.4.

30. O efeito substitutivo implica na mudança do pronunciamento recorrido, pelo do juízo *a quo* (CPC, Art. 512). Se o recurso for provido em parte, incidirá parcialmente, pois somente esta parte terá o efeito substitutivo e, no mais, remanescerá a decisão impugnada.

31. Quanto à antecipação da tutela recursal (que alcunhamos de efeito antecipativo), permite o adiantamento de qualquer efeito do resultado final, que seja necessário e suficiente para afastar o perecimento ou ineficácia do direito do jurisdicionado. Rotulamos esse efeito de *antecipativo*, por guardar maior afinidade com o nosso estudo, tendo em vista que: a) analisamos o efeito antecipativo em relação a todos os recursos previstos no Art. 496 do

CPC (e não apenas do agravo), para ficar em paralelo com o devolutivo, suspensivo, translativo, expansivo e substitutivo; b) esse enquadramento facilita a visualização de sua interação com o sistema recursal; c) acreditamos que a nomenclatura *antecipativo* evidencia melhor a diferença entre a suspensão (que adia os efeitos de um recurso existente) e a tutela antecipada recursal (que antecipa os efeitos de um pronunciamento que ainda inexistente).

32. É pertinente o enquadramento da tutela antecipada recursal como efeito recursal (antecipativo), pois: a) a interposição do recurso é condição para ser pedido, ou seja, é uma consequência recursal (efeito); b) a própria legislação usa o mesmo procedimento destinado ao pedido de suspensividade *dependente*, para o recorrente postular pelo efeito antecipativo (CPC, Art. 527, inc. III).

33. Quanto ao fundamento jurídico do efeito antecipativo, de modo geral, são semelhantes aos da antecipação da tutela (CPC, Art. 273), pois seria ilógico imaginarmos que a medida antecipativa não pudesse ser concedida na instância superior onde, em regra, há cognição com maior exauriência. A garantia de entrega efetiva da tutela jurisdicional – independente da instância que esteja – está alçada em nível de dogma constitucional (CF, Art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII). De outro lado, a tramitação demorada de um recurso implica na odiosa ausência de efetividade e, por conseguinte, materializa a denegação da tutela jurisdicional.

34. Além desse amparo constitucional, existem vários aspectos da legislação processual que justificam o efeito antecipativo, tais como: a) se o juiz pode decretar a antecipação da tutela em primeiro grau *inaudita altera parte* (CPC, Art. 273), ou seja, sem cognição exauriente, também poderá concedê-la no âmbito recursal; b) em relação ao agravo de instrumento, há previsão expressa no inc. III, do Art. 527 do CPC; c) a ampliação dos poderes do relator (CPC, Art. 557) também sinaliza nesse sentido, pois se pode dar provimento ao recurso, isoladamente, com muito mais razão pode conceder o efeito antecipativo; d) o parágrafo único do Art. 558, do CPC, permite a concessão do efeito suspensivo à apelação e, por conseguinte, também deve permitir o deferimento do efeito antecipativo, até porque, é similar o procedimento para a obtenção de ambos.

35. Embora seja semelhante o procedimento para a obtenção dos efeitos *dependentes* (antecipativo e suspensivo), não podemos desconsiderar que geram resultados diferentes, pois quando é analisada a suspensividade já existe o pronunciamento e, a partir dela, será verificada a existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Por outro ângulo, o efeito antecipativo obriga o magistrado a ter uma dupla atividade mental (já que ainda não existe a decisão final), pois deverá, primeiramente, idealizar o resultado do julgamento do respectivo recurso e, após, verificar se estão presentes os pressupostos do Art. 273 do CPC.

36. Outra diferença é que o efeito suspensivo exige pressupostos menos rigorosos (perigo da demora e a plausibilidade do direito), que o antecipativo (CPC, Art. 273).

37. O enquadramento como efeito do recurso, também auxilia na identificação do juízo competente para decidir sobre o efeito antecipativo, pois permite estabelecermos o critério de que, em regra, a competência inicial para analisar o efeito antecipativo será do mesmo juízo que tiver competência para se pronunciar sobre os demais efeitos.

38. De modo geral, os pressupostos do efeito antecipativo são similares aos da antecipação da tutela de primeiro grau elencados no Art. 273 do CPC, tanto em relação aos *gerais* (legitimidade, prova inequívoca, verossimilhança, irreversibilidade e motivação), quanto em relação aos *específicos* (dano irreparável, abuso de defesa e incontrovérsia).

39. Na concessão do efeito antecipativo, como principais características dos pressupostos *gerais*, apontamos os aspectos, a saber: a) a legitimidade é da parte recorrente (e não do autor), assim, se o réu recorreu, também poderá pedir pelo efeito antecipativo; b) em regra, o juiz não poderá declarar de ofício os efeitos de incidência por *dependência* (antecipativo e suspensivo); c) a prova inequívoca deverá ser analisada à luz da alta probabilidade

(verossimilhança) de provimento das razões recursais; d) a irreversibilidade se refere ao plano dos fatos e, quando pertinente, deve ser proporcionalizada; e) assim como todo pronunciamento judicial que pode causar prejuízo, também o que analisar o efeito antecipativo deve ser fundamentado, inclusive, porque não se trata de um poder discricionário do magistrado, mas sim de uma obrigação pela qual, na presença dos pressupostos legais, deverá fazer uma investigação crítica para atingir o resultado que mais venha a espelhar a justiça.

40. Em relação aos aspectos *específicos* para a concessão do efeito antecipativo, entendemos que: a) é possível a ocorrência do perigo da demora na instância recursal, isto é, ou o efeito é deferido naquele momento, ou não terá mais utilidade no futuro; b) a ocorrência do ato protelatório e da incontrovérsia também podem ensejar o efeito antecipativo se, por exemplo, o pronunciamento atacado não considerou uma dessas circunstâncias.

41. O maior escopo das reformas processuais é outorgar efetividade ao jurisdicionado. Simultaneamente, a classificação da tutela antecipada no plano dos efeitos recursais, permite que os meios para efetivá-la sejam, gradativamente, mais extraídos do próprio sistema recursal. Em paralelo, o elastério dos poderes do relator vem de encontro com esta nossa proposta, pois lhe dá poderes para decidir, isoladamente, sobre o efeito antecipativo.

42. Em regra, o efeito antecipativo não poderá ser concedido ao agravo retido, pelas razões, a saber: a) a inexistência de urgência na reforma do pronunciamento impugnado é da natureza desse recurso e, portanto, inexistirá o *periculum in mora*; b) a ausência de efeito suspensivo implica que não poderá ser usado para refutar a protelação ou a incontrovérsia; c) a condição para a concessão do efeito antecipativo é o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, entretanto é defeso esse exame, pois este agravo também depende dos pressupostos de outro recurso (apelação), que apenas poderá ser interposta no término do processo.

43. No tocante ao agravo de instrumento, podemos considerar sobre o efeito antecipativo que: a) sempre exigirá o pressuposto específico da urgência, pois é da sua natureza; b) também deve ser demonstrada a probabilidade máxima das alegações (prova inequívoca e verossimilhança), além da irreversibilidade no plano dos fatos (ainda que seja no contexto do princípio da proporcionalidade).

44. É possível conceder a tutela antecipada recursal (CPC, Art. 273) antes da citação do agravado, sem ofender ao contraditório, pois: a) a liminar concedida sem a prévia oitiva da parte adversa não viola o contraditório, na medida em que este princípio não é absoluto e pode incidir diferidamente, para preservar a efetividade processual; b) o prazo para o réu agravar do

referido pronunciamento é contado a partir da juntada nos autos do mandado de intimação cumprido (CPC, Art. 241, inc. II), ou da intimação do advogado, se já estiver constituído nos autos (CPC, Art. 242); c) todavia, para preservar o contraditório, deve ser garantido o direito de o réu recorrer da decisão que rejeitou o seu pedido de reconsideração da liminar, desde que seja formulado até a interposição da contestação.

45. Da mesma forma, também pode ser concedido o efeito antecipativo ao agravo de instrumento antes da citação do agravado, desde que seja assegurado o direito de o réu postular pela revogação da liminar perante o juízo *a quo*, no mesmo prazo da contestação e – se indeferida –, interpor agravo de instrumento para impugnar essa decisão (com plena devolutividade).

46. A concessão e o indeferimento de liminar em mandado de segurança podem ser impugnados por meio de agravo de instrumento (inclusive com a concessão de efeito antecipativo no caso de indeferimento ou suspensivo *dependente* se deferido), pois: a) a irrecorribilidade implica na denegação da tutela jurisdicional; b) o mencionado pronunciamento é decisão interlocutória (CPC, Art. 162, § 2º) e, portanto, o agravo de instrumento deve ser admitido por força do Art. 522 do CPC e do princípio do duplo grau de jurisdição; c) após a maior celeridade trazida ao agravo (principalmente pela Lei nº

9.139/95), o rito ficou compatível com o do remédio heróico; d) a Lei nº 1.533/51 não afasta a legislação relativa ao agravo (CPC), pois prevê a incidência dos princípios do CPC e, além disso, a norma geral é compatível (CPC) e, por isso, não pode ser afastada; e) O pronunciamento judicial não pode ser discricionário; f) O mecanismo mais econômico e célere para o caso é o agravo de instrumento.

47. A decisão isolada do relator sobre o efeito antecipativo (CPC, Art. 527, inc. III e parágrafo único), apenas será constitucional frente ao princípio do juiz natural e do amplo acesso à justiça, se forem observados os seguintes aspectos: a) deve existir um mecanismo adequado para submeter esse pronunciamento ao crivo do colegiado, com efetividade (aliás, por violar essas premissas, o parágrafo único do Art. 527 do CPC é inconstitucional); b) o mecanismo cabível para impugnar a aludida decisão isolada consiste no agravo interno (CPC, Art. 557, § 1º), que deve ser julgado na sessão subsequente a sua interposição (para imprimir efetividade); c) se não for admitido este recurso, então apenas restará ao recorrido o manejo anômalo do mandado de segurança, pois, em regra, a medida cautelar seria decidida pelo próprio relator, isto é, não traria efetividade.

48. É cabível e imprescindível a concessão do efeito antecipativo antes de o agravo ser distribuído ao relator, desde que presentes os respectivos

pressupostos. O mecanismo mais adequado para obter esse efeito é a medida cautelar, pois está mais *sintonizada* com o sistema recursal. Porém, se a referida medida não for suficiente para atender a tutela necessitada, será o caso de interposição de mandado de segurança.

49. Entendemos que o juiz *a quo* apenas poderá modificar a decisão do tribunal inerente ao efeito antecipativo, se tiver sido alterada a situação versada nas respectivas razões recursais (deliberadas pelo tribunal). Do contrário não.

50. Caso o colegiado revogue (ou conceda) o efeito antecipativo ao recurso, deverá comunicar imediatamente essa decisão ao juízo *a quo*, não havendo que se aguardar por quaisquer outras formalidades (inclusive a publicação do acórdão). Mas, na presença de abalo desproporcional que enfraqueça demasiadamente a segurança jurídica, então o prejudicado poderá requerer a tutela pertinente junto ao juiz que seria competente para receber o recurso que ingressaria.

51. As restrições sobre o deferimento de liminares (inclusive o efeito antecipativo) em relação ao poder público devem ser vistas dentro do princípio da proporcionalidade. Com isso, estas regras restritivas devem ser afastadas quando a situação concreta materializar a preponderância da efetividade frente à segurança jurídica.

52. Sobre o agravo interno, entendemos que: a) por estar previsto na lei federal, deve substituir o agravo regimental; b) possui grande relevância, até mesmo, por servir como meio de equilíbrio ao propiciar a segurança jurídica frente à efetividade pretendida pela ampliação dos poderes do relator; c) contudo, de modo geral, os tribunais não têm dado a atenção necessária a esse recurso, pois dificilmente o voto do relator é reformado.

53. É possível conceder os efeitos de incidência *dependente* (suspensivo e antecipativo) ao agravo interno, não somente pelos motivos elencados no item 2.6.7.3, mas também pelos aspectos, a saber: a) se o relator pode dar provimento ao próprio recurso que é objeto do agravo interno (CPC, Art. 557, § 1º-A), também poderá conceder o efeito de incidência *dependente*, pois quem pode o *mais*, pode o *menos*; b) o Art. 558 do CPC (ao permitir o deferimento da suspensividade nos casos de urgência), se refere ao *agravo* (sem especificar o tipo), ou seja, não restringe o efeito suspensivo à espécie de instrumento.

54. Na apelação não há como negarmos a incidência do efeito antecipativo, pois se a sentença tiver sido equivocada, a parte não poderá ser condenada a amargar o aguardo por anos e anos, até o julgamento das razões recursais. Da mesma forma, o efeito suspensivo advindo da apelação protelatória interposta pelo réu prejudicará ainda mais o autor.

55. Realmente, o legislador foi omissivo ao regulamentar o meio de requerimento dos efeitos de incidência *dependente* em relação à apelação, apenas limitando-se a mencionar a sua existência (CPC, Art. 558, parágrafo único). Nesse contexto, a classificação da medida antecipada recursal como efeito da apelação, auxilia na busca por uma melhor sistematização desse procedimento.

56. Como sustentamos nesse estudo, há semelhança entre os procedimentos de postulação dos efeitos de incidência *dependente* (antecipativo e suspensivo). Por isso, partimos do parágrafo único do Art. 558 do CPC, que permite a atribuição de suspensividade em todas as hipóteses em que a apelação for recebida no efeito meramente devolutivo (inclusive as que forem alheias ao rol elencado nos incs. do Art. 520 do CPC).

57. Logo, se é admissível o efeito suspensivo *dependente* (CPC, Art. 558, parágrafo único), também será o antecipativo, pelas razões, a saber: a) independentemente da existência de qualquer dispositivo infraconstitucional, o efeito antecipativo é cabível com fundamento no princípio do amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV); b) por se tratar de disposição sobre direito fundamental (efetividade), o parágrafo único do Art. 558 do CPC deve ser interpretado ampliativamente e conjuntamente com o Art. 273 do CPC; c) se pode ser dado provimento ao mérito recursal (CPC, Art. 557, § 1º-A), não há

como negarmos poder para o relator conceder, singularmente, o efeito antecipativo (que é provisório); d) se o juiz *a quo* pode conceder a tutela antecipada em sede de cognição sumária, ou na própria sentença, o tribunal também poderá deferir o efeito antecipativo à apelação, pois, em regra, a cognição será exauriente e a matéria lhe foi devolvida (efeito devolutivo); e) a efetividade dos recursos e a conseqüente redução da impetração anômala da ação mandamental é um dos escopos do legislador reformista; f) a aludida solução, além de não afrontar qualquer regra procedimental, denota menor oneração às partes e ao próprio Judiciário, pois aproveita o mesmo procedimento destinado ao pleito de efeito suspensivo *dependente*; g) não podemos perder de vista que ambos os efeitos *dependentes* incidem por meio do mesmo procedimento, isto é, são duas faces da mesma moeda, embora tenham pressupostos de incidência e conseqüências diferentes.

58. Para deliberar sobre estes dois efeitos de incidência *dependente* (suspensivo e antecipativo), a competência será a seguinte: a) do momento em que a sentença foi prolatada até a interposição do recurso de apelação, o pedido deverá ser formulado perante o juízo *a quo*; b) após, a competência pertencerá ao tribunal, que será representado pelo relator a partir da distribuição até a remessa à mesa para julgamento e, fora desse período, o pleito será decidido pelo presidente ou vice, definido previamente pelo regimento interno para conhecer dos eventuais recursos extraordinário e

especial (salvo se forem interpostos embargos infringentes, pois remeterão a competência ao respectivo relator).

59. Em relação ao mecanismo que devemos usar para a obtenção do efeito de incidência *dependente*, ponderamos que: a) a partir da sentença até a interposição da apelação o recorrente deverá formular o pedido diretamente ao juízo *a quo* e, preferencialmente, na mesma petição da apelação; b) o pronunciamento do magistrado sobre o referido pleito será decisão interlocutória (CPC, Art. 162, § 2º), sendo passível de ser impugnado por meio de agravo de instrumento (CPC, Art. 522); c) após a interposição da apelação deverá ser postulado no tribunal competente, por meio de medida cautelar (CPC, Art. 800, parágrafo único); d) se a sentença for omissa em relação ao pedido da medida antecipativa são cabíveis embargos declaratórios (CPC, Art. 535, inc. I).

60. É possível o efeito antecipativo em relação à apelação que impugna a sentença de improcedência da ação, pois: a) a prova inequívoca deve ser interpretada a luz da verossimilhança, para ser entendida como a exigência de um alto grau de probabilidade (e não absoluto); b) o destinatário das provas é o judiciário (e não o juiz propriamente); c) o efeito devolutivo delega competência ao juízo *ad quem* para reexaminar o pronunciamento devolvido pelas razões recursais; d) esse entendimento já é adotado quando o tribunal

analisa a sentença para decidir sobre o efeito suspensivo *dependente* previsto no parágrafo único do Art. 558 do CPC; e) a antecipação da tutela é um adiantamento dos efeitos necessários e suficientes advindos da tutela definitiva (e não da sentença impugnada); f) se o juízo *a quo* pode deferir a antecipação da tutela, com muito mais razão o juízo *ad quem* poderá concedê-la em sede de cognição exauriente.

61. Também é cabível o efeito antecipativo, se a sentença extinguiu a ação sem julgamento de mérito (terminativa), pois é inquestionável o direito de o jurisdicionado obter a tutela efetiva e adequada, até mesmo, sob pena de violar o princípio do amplo acesso à justiça (CF, Art. 5º, inc. XXXV). Cumulativamente, a matéria ficou pacificada após o advento da Lei nº 10.352/01 (ao inserir o § 3º do Art. 515 do CPC), uma vez que trasladou competência ao tribunal para julgar o mérito recursal, em único grau de jurisdição, quando se tratar de sentença de extinção do processo sem julgamento de mérito, versar sobre matéria de direito e o feito estiver *maduro*. Igualmente, a Lei nº 11.276/06 (ao trazer o § 4º do Art. 515 do CPC), contribuiu na pacificação do tema, pois permite que o tribunal prossiga no julgamento da apelação, após resolver nulidade sanável.

62. Desde que presentes os pressupostos, o autor apelado poderá postular pelo afastamento do efeito suspensivo da apelação. Este afastamento deverá

ser pedido ao juízo *a quo* até a interposição das contra-razões da apelação. Do contrário, deverá ser interposta medida cautelar perante o juízo *ad quem*.

63. Se estiverem inclusas, no mesmo pronunciamento, a antecipação da tutela e a sentença, esta última prevalece (pois o pronunciamento ainda terá a finalidade programada de colocar fim ao processo) e, portanto, o recurso cabível será a apelação. Por conseguinte, a referida apelação deverá ser recebida no efeito devolutivo em relação à antecipação da tutela, por força do inc. VII do Art. 520 do CPC e, em ambos os efeitos, no tocante ao eventual remanescente do dispositivo que não foi antecipado. Caberá agravo de instrumento em relação à decisão interlocutória que decida sobre os efeitos atribuídos à apelação.

64. Na órbita dos embargos declaratórios é imprescindível o efeito antecipativo (quando presentes os pressupostos), tendo em vista que este recurso pode causar severos prejuízos, a saber: a) o efeito suspensivo pode prejudicar a parte adversa; b) a matéria passível de esclarecimento pode ensejar a modificação do resultado do pronunciamento embargado; c) a manifestação prévia do embargado poderá impedir a entrega tempestiva da tutela jurisdicional.

65. A hipótese clássica que permite o efeito antecipativo nesse recurso ocorre quando o esclarecimento advindo dos embargos declaratórios interpostos

pelo autor puder modificar o resultado de acórdão que manteve a decisão do juiz *a quo* de julgar improcedente a ação. Mas, a princípio, o efeito antecipativo deve ser requerido ao juízo *a quo*, ou seja, o prolator do pronunciamento embargado, desde que satisfeitos os pressupostos do Art. 273 do CPC.

66. Da mesma forma, o recurso dos embargos infringentes também pode ser alvo de efeito antecipativo, caso fique comprometida a entrega tempestiva da tutela jurisdicional. Para obter este efeito, o interessado deverá efetivar o seu requerimento (juntamente com o recurso), para o relator do acórdão embargado (CPC, Art. 531), ou, caso já tenha sido recebido, para o eventual novo relator sorteado (CPC, Art. 533).

67. Por terem um procedimento similar quanto à obtenção dos efeitos *dependentes* (suspensivo e antecipativo), examinamos conjuntamente os recursos excepcionais (extraordinário e especial). Em nosso sentir, é ainda maior a imperiosidade do adiantamento dos efeitos da tutela na instância recursal, pois quanto mais próximo de seu fim o processo chega, maior será a exauriência da cognição.

68. O momento da interposição do recurso excepcional é que determina a transferência da competência ao tribunal *ad quem* para receber o pedido de concessão dos efeitos de incidência *dependente* (antecipativo ou suspensivo).

Esse raciocínio é obtido a partir do enquadramento da tutela antecipada recursal como um dos efeitos dos recursos, juntamente com a regra do parágrafo único do Art. 800 do CPC. Por sua vez, a decretação da inadmissibilidade do recurso pelo tribunal local não impede a renovação do pedido ao tribunal *ad quem*, desde que presentes os respectivos pressupostos.

69. O mecanismo mais adequado para postular pela veiculação dos efeitos de incidência *dependente* (suspensivo e antecipativo) é a medida cautelar, notadamente, diante da regra do Art. 800 do CPC. Mas, de qualquer forma, o recorrente deverá demonstrar os respectivos pressupostos, a saber: a) o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* em relação à suspensividade por *dependência*; b) os previstos no Art. 273 do CPC, para pedir pelo efeito antecipativo.

70. A retenção dos recursos excepcionais (CPC, Art. 542, § 3º) tem o escopo de evitar idas e vindas desnecessárias dos autos aos tribunais superiores, quando versarem sobre questões irrelevantes. Emerge daí, que na presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (que são pressupostos similares aos da concessão do efeito suspensivo *dependente*), o óbice da retenção deve ser afastado, tanto pelo juízo primeiro (*a quo*) como pelo juízo segundo de admissibilidade (*ad quem*). Após a interposição do recurso excepcional, o afastamento da retenção deve ser postulado por meio de medida cautelar, perante o tribunal *ad quem* (CPC, Art. 800, parágrafo único).

71. O rito do recurso ordinário é muito semelhante ao dos recursos excepcionais. Logo, a obtenção do efeito antecipativo deverá aplicar o mesmo raciocínio, isto é, deve ser postulado por meio da medida cautelar, sendo certo que, a partir da respectiva interposição os efeitos *dependentes* (suspensivo ou antecipativo) devem ser postulados perante o tribunal superior competente (CPC, Art. 800, parágrafo único).

72. O efeito antecipativo também pode incidir em relação aos embargos de divergência. Um exemplo clássico é quando o acórdão embargado decida de modo equivocado em relação ao posicionamento dos tribunais (e do acórdão paradigma). Ora, nessa situação, interpostos os embargos de divergência, nada impede que seja pedido e concedido o referido efeito (desde que presentes os requisitos específicos).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLA, Valentina Jungmann Cintra. **O recurso de agravo e a lei nº 9.139 de 30/11/95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.998.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999. vol. I.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1.942.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Anotações sobre a teoria geral dos recursos: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

_____. **Manual de direito processual civil**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005. vol. I e II.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Novo agravo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1.996.

_____. **Tutela antecipada na reforma processual**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1.999.

AMORIM, Aderbal Torres de. **Pela admissibilidade do recurso**. In: Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul, nº 31. Porto Alegre: Ajuris, 1.984.

ANDOLINA, Italo Augusto. *Il giusto processo nell'esperienza italiana e comunitaria*. In: Revista de Proceso, nº 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Embargos de nulidade e infringentes do julgado**. São Paulo: Saraiva, 1.965.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.979. vol. II.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*. 14ª ed. Napoli: Jovene, 1.960.

ARMELIN, Donaldo. **Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à lei nº 8.038/90, impostas pela lei nº 9.756/98: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

_____. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002.

ARMELIN, Roberto. **Notas sobre antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição: aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.997.

ASSIS, Araken. **Recorribilidade das interlocutórias no mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1.997.

_____. **Condições de admissibilidade dos recursos cíveis: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

ATHENIENSE, Aristóteles. **A suspensão liminar no mandado de segurança: mandados de segurança e de injunção**. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1.990.

BARIONI, Rodrigo. **A proibição da *reformatio in peius* e o § 3º, do Art. 515 do CPC: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005.

BAUR, Fritz. **Estudo sobre a tutela jurídica mediante medidas cautelares.** Traduzido por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1.985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo.** São Paulo: Malheiros, 1.995.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência.** São Paulo: Malheiros, 1.997.

_____. **Breves considerações sobre recurso e tutela cautelar: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98.** Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

_____. **Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do Código de Processo Civil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.996.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.975. vol. III.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.977. vol. VII.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil.** 4ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1.972.

BIDART, Adolfo Gelsi. **La humanización del proceso.** In: Revista de Proceso, nº 09. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Traduzido por Carlos Rodrigues e Márcio Pugliesi, Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1.995.

BORGES, Marcos Afonso. **O processo de mandado de segurança nos casos de competência originária dos tribunais.** In: Revista Jurídica, nº 200. São Paulo: Ática, 1.994.

_____. **A nova feição do agravo.** In: Revista de Jurisprudência, nº 222. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005.

BRUM, Jander Maurício. **Agravo – inovações – comentários.** Rio de Janeiro: Aide, 1.996.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Liminar em mandado de segurança.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

_____. **Uma primeira reflexão sobre o novo § 3º do Art. 542 do CPC: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98.** Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

_____. **Tutela antecipada.** São Paulo: Saraiva, 2.004.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1.953.

_____. **Proceso y democracia.** Traduzido por Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1.953.

_____. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares.** Traduzido por Carla Roberta Andreasi Bassi. São Paulo: Servanda, 2.000.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001. vol. III.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1.993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1.991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti in tema di contraddittorio: studi in memoria di Salvatore Satta*. Padova: Cedam, 1.982. vol. I.

_____. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1.999.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1.999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2.002.

CARMONA, Carlos Alberto. **Embargos infringentes**. In: Revista do Advogado, n° 27. São Paulo: AASP, 1.989.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Do recurso especial e seus pressupostos de admissibilidade**. In: Revista Jurídica, n° 210. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.995.

_____. **O novo recurso de agravo e outros estudos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.998.

_____. **O novo rito do agravo de instrumento**. In: Revista Jurídica, n° 218. Rio de Janeiro: Forense, 1.995.

_____. **Da antecipação de tutela**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.005.

CARNELUTTI, Francesco. *Sulla reformatio in pejus*. In: Rivista di Diritto Processuale, vol. I. s.l.: s.e., 1.927.

_____. **Instituições do processo civil**. Traduzido por Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2.000. vol. I, II e III.

CASTRO, Leonardo Pietro. *Cuestiones de derecho procesal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1.947.

_____. *Derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1.964.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4^a ed. Nápoles: Jovene, 1.928.

_____. *Instituciones de derecho procesal civil*. Traduzido por Gomes Orbaneja. Madrid: Revista de Derecho Provado, 1.936. vol. I.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3^a ed. Traduzido por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1.969. vol. III.

_____. *Coza giudicata e preclusione*. In: Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche. s.l.:s.e., 1.993.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 1.998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1.970.

_____. *Riforme processuali e poteri del giudice*. Torino: Giappichelli, 1.996.

_____. *Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti Ispano-Latino Americani*. In: Revista de Processo, nº 112. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Mulino, 1.995.

COSTA, Moacyr Lobo da e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudo de história do processo – recursos**. São Paulo: Joen Editora, 1.996.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Aniceto Lopes Editor, 1.942.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Lineamentos da reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002.

CUNHA, Gisele Heloísa. **Embargos infringentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.993.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005.

DAVID, René. **O direito inglês**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2.000.

_____. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4ª ed. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2.002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Os gêneros de processo e o objeto da causa**. In: Revista de direito processual civil, vol. II. São Paulo: Genesis, 1.996.

_____. **O relator – a jurisprudência e os recursos: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98.** Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

_____. **Capítulos da sentença.** São Paulo: Malheiros, 2.002.

_____. **Tutela jurisdicional.** In: Revista de Processo, nº 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004.

_____. **Nova era do processo civil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2.005.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale.* Padova: Cedam, 1.975.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Incidente processual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.991.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2.003.

FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** Traduzido por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. **A reforma processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1.996.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. **Concessão de efeito suspensivo em recurso especial.** In: Revista de Processo, nº 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. **O agravo frente aos pronunciamentos de primeiro grau no processo civil**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2.006.

FROCHAM, Manuel Ibañez. *Tratado de los recursos en el proceso civil*. 4ª ed. Buenos Aires: La Ley, 1.969.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1.996.

GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. *Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada: apuntes iniciales*. In: Revista de Processo, nº 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2.004. vol. I.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.002. vol. II.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Garantia constitucional do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.973.

_____. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2.000.

GRÜN, Ernesto. *El derecho posmoderno: um sistema lejos del equilibrio*. Madrid: Doxa, 1.998.

GUASP, Jayme. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. 2ª ed. Madrid: M. Aguilar, 1.948. vol. I.

_____. *Derecho procesal civil*. 3ª ed. Madrid: Inst. De Estudios, 1.968.

HOUAISS. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. 32ª ed. São Paulo: Objetiva, 2.005.

JORGE, Flávio Cheim. **Embargos infringentes – uma visão atual: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98.** Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.994.

_____. **Função e processo cautelar: revisão crítica.** São Paulo: Ajuris, 2.005.

LAGRADE, Xavier. *Reflexion critique sur lê droit de la preuve.* Paris: LGDJ, 1.994.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Garantia do duplo grau de jurisdição: garantias constitucionais do processo.** José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença.** 2ª ed. Traduzido por Ada Pellegrini Grinover, Alfredo Buzaid e Benvindo Soares. Rio de Janeiro: Forense, 1.981.

_____. *Manuale di diritto processuale civile.* Milão: Giuffrè, 1.981. vol. II.

_____. *Manuale di diritto processuale civile.* 4ª ed. Milão: Giuffrè, 1.984. vol. I.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.976.

LOBÃO, Manoel de Almeida e Souza. **Segundas linhas sobre o processo civil.** Lisboa: Imprensa Nacional, 1.885. vol. II.

LOPES, João Batista. **Agravo regimental – recurso ou pedido de reconsideração: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras**

formas de impugnação às decisões judiciais. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001.

_____. **Ação declaratória.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002.

_____. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.003.

_____. **Curso de direito processual civil.** São Paulo: Atlas, 2.005. vol. I.

_____. **Parecer: revista de processo,** nº 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005.

_____. **Reforma do judiciário e efetividade do processo civil: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/04.** Luiz Manoel Gomes Júnior, Luiz Rodrigues Wambier, Octavio Gomes Fischer, Teresa Arruda Alvim Wambier e William Santos Ferreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O princípio do dispositivo no processo civil contemporâneo.** Tese de Doutorado apresentado à PUC-SP, 2.003.

MALATESTA, Nicolò Framarino Dei. **La logica delle prove in materia criminale.** 2ª ed. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2.001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.992.

_____. **Recurso extraordinário e recurso especial.** 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001.

_____. **Súmula vinculante e a EC nº 45/04: reforma do judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/04.** Luiz Manoel

Gomes Júnior, Luiz Rodrigues Wambier, Octavio Gomes Fischer, Teresa Arruda Alvim Wambier e William Santos Ferreira (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 10ª ed. Torino: Giappichelli, 1.995. vol. I.

_____. **A antecipação da tutela na reforma do Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1.996.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1.999.

_____. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1.997. vol. III.

MARTINS, Francisco Peçanha. **A reforma no Art. 557 do CPC: inconstitucionalidade e ilegalidade**. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo: Nova série, 2.000. vol. V.

MATTIROLO, Luigi. *Tratado de derecho judicial civil*. Traduzido por Eduardo Ovejero y Maury. Madrid: Reus, 1.930. vol. I.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Antecipação da tutela recursal e efeito suspensivo – análise de alguns problemas decorrentes da aplicação do Art. 558 do CPC: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ação popular**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1.998.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.001.

MELO, Rodrigo Procópio Bandeira de. **Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o § 3º, do Art. 515 do CPC: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005.

MENDES, Armindo Ribeiro. **Recursos em processo civil.** Lisboa: Lex, 1.992.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **O perfil da tutela cautelar no direito processual civil pós-moderno.** Tese de Doutorado apresentado à PUC-SP, 2.001.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações.** São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo I, 1.970.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, tomo VI e VII, 1.975.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. **Processo civil: recursos.** São Paulo: Atlas, 2.000.

MIRANDA, Vicente. **Embargos de declaração no processo civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1.990.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Reformatio in peius: direito processual civil – ensaios e pareceres.** Rio de Janeiro: Borsóí, 1.971.

_____. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito.** In: Revista Brasileira de Direito Processual, vol. IV, nº 16. Rio de Janeiro: Forense, 1.978.

_____. **Mandado de segurança: uma apresentação.** Belo Horizonte: Del Rey, 1.996.

_____. **A recorribilidade das decisões interlocutórias no processo de mandado de segurança.** In: Revista de Processo, nº 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.993.

_____. **Algumas inovações da lei nº 9.756 em matéria de recursos civis: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98.** Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

_____. **O novo processo civil brasileiro.** 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.000.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.003. vol. V.

MORTARA, Lodovico. *Manuale della procedura civile.* Roma: Tipografico-Editrice, 1.887.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil.** 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.999.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.994.

_____. **Atualidades sobre o processo civil.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.996.

_____. **A forma retida dos recursos especial e extraordinário – apontamentos sobre a lei nº 9.756/98: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98.** Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

_____. **Teoria geral dos recursos.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004.

NERY, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

NORONHA, Carlos Silveira. **Do agravo de instrumento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.995.

OBERTO, Giacomo. *Il nuovo processo cautelare*. Milão: Giufrè, 1.993.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro. **Recursos em mandado de segurança: mandados de segurança e de injunção**. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1.990.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002.

OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. **Dos recursos no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1.954.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.998. vol. III.

PAULA, Alexandre de. **Código de Processo Civil anotado**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.994. vol. II.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.004.

PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. **Despachos, pronunciamentos recorríveis?** In: Revista de Processo, nº 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005.

PISANI, Andrea Proto. *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, out./dez. 1.979.

_____. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci Editore, 1.982.

RAMIREZ, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumento de efetividade no processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2.002.

REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1.957. vol. II e III.

ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*. 2ª ed. Torino: Torinese, 1.966. vol. III.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. **Antecipação de tutela recursal em sede de agravo e apelação: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Recurso de agravo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.996.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.997. vol. III.

SANTOS, Ulderico Pires dos. **O mandado de segurança na doutrina e jurisprudência**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.973.

SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**. 7ª ed. Traduzido por Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi, 1.973. vol. I.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1.949.

SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Traduzido em espanhol por Pietro Castro. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1.950.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1.954.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1.990.

SILVA, José Oscar de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 24^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.004.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.996.

_____. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1.999.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2.000.

SPADONI, Joaquim Felipe. **O contraditório no recurso de agravo de instrumento contra decisões indeferitórias de liminares: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

TALAMINI, Eduardo. **A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.997.

_____. **Tutela monitória: a ação monitória – lei nº 9.079/95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.998.

_____. **Recorribilidade das decisões sobre tutela de urgência: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais.** Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001.

TARUFFO, Michele. *L'abuso del processo: profili comparatistici.* In: Revista de Proceso, nº 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004.

TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione.* Milão: Giuffrè, 1.991.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional.** 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1.998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar.** São Paulo: Leud, 2.000.

_____. **Curso de direito processual civil.** 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2.003. vol. I.

_____. **Curso de direito processual civil.** 38ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.005. vol. II.

TORRINHA, Francisco. **Dicionário latino português.** 2ª ed. Porto: Gráficos Reunidas, 1.942.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo.** Tese de Doutorado apresentado à PUC-SP, 2.004.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1.988: mandados de segurança e de injunção.** São Paulo: Saraiva, 1.990.

WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil.** Traduzido em espanhol por Tomas Banzhaf. Buenos Aires: Europa-América. 1.977. vol. I.

WALD, Arnaldo. **Mandado de segurança e ação popular no Estado de direito**. In: Revista Jurídica, vol. LXXXIX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.978.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública**. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 87, 1.993.

_____. **Da integração dos subsistemas recursal e cautelar nas hipóteses de recurso especial e recurso extraordinário: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001.

_____. **Curso avançado de processo civil**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002. vol. II e III.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações sobre o novo regime de agravo**. In: Revista do Advogado, n° 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.996.

_____. **Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória: aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.997.

_____. **Anotações a respeito da lei n° 9.756, de 17 de dezembro de 1.998: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei n° 9.756/98**. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

_____. **Os agravos no CPC brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000.

_____. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002.

_____. **O destino do agravo depois de proferida a sentença: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003.

_____. **Nulidades do processo e da sentença.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004.

_____. **O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005.

_____. **Omissão judicial e embargos de declaração.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002.

WINDSCHEID, Bernard. *Die actio des römischen civilrechts vom standpunkte des heutigen rechts.* Firenze: Sansoni, 1.856.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional.** São Paulo: Atlas, 1.999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)