

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
FERNANDA GAGO MACHADO SALGUEIRO

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

COGEAE – Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

2011

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
FERNANDA GAGO MACHADO SALGUEIRO

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Monografia
apresentada à
PUC/COCENAF

Orientadora: Prof.^a Maria Antonieta Zanardo
Donato

São Paulo - SP

2011

FERNANDA GAGO MACHADO SALGUEIRO

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Monografia apresentada à PUC/COGEAE, como exigência parcial para aprovação no Curso de Especialização em Direito Processual Civil em Módulos.

Pontifícia Universidade Católica

São Paulo – SP

Data de Aprovação: _____

Nome: _____ Ass.: _____

Nome: _____ Ass.: _____

Nome: _____ Ass.: _____

Nome: _____ Ass.: _____

Nome: _____ Ass.: _____

Salgueiro, Fernanda Gago Machado
Antecipação de Tutela Recursal
nos Tribunais Superiores / Fernanda
Gago Machado Salgueiro
72 p.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus Pais, pela minha formação e por sempre me ensinarem a não desistir dos meus ideais e a continuar na busca de novas experiências e conhecimento; ao meu Marido pela paciência durante a minha ausência no decorrer do curso e pela cooperação e incentivo na realização dos meus sonhos, e aos meus Avós

(*in memoriam*), já que tenho certeza que, de onde estiverem, estão felizes com mais essa conquista.

AGRADECIMENTOS

Meu agradecimento especial é dedicado a minha eterna professora, e orientadora nesse trabalho, Maria Antonieta Zanardo Donato, que além de ser uma excepcional processualista é uma pessoa amiga, compreensiva e atenciosa.

RESUMO

Através do presente estudo, buscou-se melhor aclarar a questão do cabimento de pedido de antecipação de tutela em fase recursal no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

Isso porque, verifica-se no decorrer da história que, tanto o Poder Judiciário, quanto o Poder Legislativo, buscam aperfeiçoar até os tempos atuais a função acautelatória jurisdicional, como meio de concretização e de harmonização dos direitos fundamentais em conflito, porque sua origem, sua importância, sua indispensabilidade, sua legitimidade, decorrem não de um ou outro dispositivo específico mas, sim, do próprio sistema constitucional organicamente considerado e da segurança jurídica.

SUMÁRIO

Introdução	1
------------------	---

I. Surgimento e evolução histórica da Tutela Antecipatória	
II. Dos fundamentos constitucionais do instituto da antecipação da tutela	
III. Do Regime de Antecipação da Tutela no Código de Processo Civil	
IV. Da aplicação da antecipação da Tutela em sede de recurso	
IV.1. Dos efeitos dos recursos	
IV.1.1. Do efeito suspensivo	
IV.1.2. Do efeito devolutivo	
IV.1.3. Do efeito traslativo	
IV.1.4. Do efeito expansivo	
IV.1.5. Do efeito substitutivo	
IV.1.6. Do efeito antecipativo	
V. Do efeito antecipatório nos tribunais superiores – recurso extraordinário e recurso especial	
V.1. Da retenção prevista no § 3º do art. 542 do CPC	
Conclusão	
Referência Jurisprudencial	
Bibliografia	

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa evidenciar o cabimento de pedido de antecipação de tutela em fase recursal frente aos Tribunais Superiores.

A explanação inicia-se com um breve relato do surgimento do instituto e sua evolução histórica, passando pelo fundamento constitucional de sua existência, aplicação no Código de Processo Civil, especialmente, em sede de recurso, ressaltando os efeitos incidentes sobre os recursos que justificam o cabimento do pedido antecipativo também nessa fase.

Na seqüência, passa-se a análise mais detalhada do instituto no âmbito recursal dos Tribunais Superiores, sendo desenhado, ao final, um quadro jurisprudencial sobre o tema.

Concluindo, o presente trabalho considera, ante as constantes reformas do Código de Processo Civil, o tratamento constitucional da tutela antecipada no sistema processual vigente face aos tribunais superiores, evidenciando a eterna busca da efetiva entrega da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário, quando há perigo de perecimento do direito ou de dano irreparável, aos jurisdicionados.

I. SURGIMENTO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O processo tradicional moldou-se pela influência dos valores que motivaram a Revolução Francesa. Os valores de liberdade, igualdade e da segurança jurídica foram fortemente valorizados e realizados. No campo do processo civil isso fez com que à divisão interna dos códigos corresponde-se a um regime jurídico congruente com essa divisão, no sentido de que a cada divisão corresponde aquilo a que se referia o título dessa divisão, o que remetia a um maior significado à noção de segurança.

Anote-se que etimologicamente a palavra tutela tem sua origem na palavra *tueri* e significa proteger, mas, na ciência do direito, a palavra tutela, pode ser empregada em vários sentidos, como por exemplo: tutela jurídica, tutela jurisdicional ou tutela em sentido restrito, como leciona o ilustre processualista Luis Henrique Barbante Franzé, em sua obra *Tutela Antecipada Recursal*¹.

Contudo, seguindo a lição do doutrinador citado acima, para análise do cenário em que foi inserida a tutela jurisdicional no ordenamento pátrio, é imprescindível um breve exame das principais fases históricas relacionadas à interação entre o direito processual e o substantivo (material)².

A primeira delas é a fase civilista e, para examiná-la, importante uma prévia e breve incursão no direito romano. Assim, como esclarece Vincenzo Arangio-Ruiz, o direito romano foi dividido em três partes, quais sejam: a) ações legais

¹ FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante. *Tutela Antecipada Recursal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

² *Ibid.*

(*legis actiones*); b) formulário (*processo formulare*); c) cognição extraordinária (*cognitio extra ordinem*)³.

Nas duas primeiras fases (ações legais e formulário), o processo dividia-se em duas etapas. A primeira, chamada *in iure*, as partes pediam para um 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 (*index*) que iria julgar a lide. Na época, para a interposição de uma ação era necessário haver um direito material lesado.⁴

Daí é que surge o nome civilista, pois advém da união entre o direito material e processual, sendo este último, muito pouco explorado. O direito material e o processual eram analisados praticamente como um mesmo objeto.

A necessidade de um direito processual autônomo nasce próximo à queda de Roma, diante, principalmente, das previsões de recursos e utilização de meios coercitivos para o Estado executar as sentenças proferidas⁵.

Assim, ante a necessidade de se criar um mecanismo que melhor tutelasse o direito material, como já havia sido verificado pelo direito romano, os alemães estudaram a natureza jurídica do direito processual com maior amplitude, surgindo a segunda fase, chamada de fase da autonomia processual.

Dos estudos criados para a discussão dessa fase, concluiu a grande maioria dos doutrinadores que o processo deveria ser separado do direito material, pois era autônomo. No entanto, dessa separação, restou à seguinte

³ *Apud: Ibid.*

⁴ *Ibid*

⁵ Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. I .

pergunta: Se a parte ajuíza uma ação, terá direito ao provimento favorável a seu pedido (corrente concretista) ou apenas terá direito a apreciação de seu pedido que poderá ser acolhido, ou não (corrente abstratista)? E verifica-se que predomina a corrente que defende a autonomia e a abstração do direito processual, aliás, adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, que também contou com a influência de Liebman.

E como ensina o professor Luis Henrique Barbante Franzé, na citada obra⁶, como adeptos da corrente concretista estavam os doutrinadores Adolf Wach e Giuseppe Chiovanda. Já em favor da corrente abstratista os principais adeptos foram Enrico Tulio Liebman, Francesco Carnelutti e Eduardo Juan Couture.

Ao final, predominou a corrente abstratista, que defende a autonomia e abstração do direito processual. Aliás, sistema esse o adotado pelo processo civil pátrio, que contou com a influência de Enrico Tulio Liebman.

Com isso, nasce então uma nova etapa, conhecida como fase instrumentalista, que dura até os dias de hoje.

Nessa etapa, os juristas começaram a se conscientizar que a fase anterior (autonomista) estava tão preocupada com os conceitos inerentes ao direito processual que o jurisdicionado ficou esquecido, pois 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.

Contudo, no decorrer dessa fase ocorreram algumas situações relevantes, como a constitucionalização do direito de ação (art. 5º, inciso XXXV, da CF) e a

⁶ FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante. Tutela Antecipada Recursal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

compreensão de que a entrega da tutela jurisdicional a quem tiver razão deve ser vista tanto como um princípio síntese, quanto como um objeto final, devendo, portanto, os demais princípios serem vistos sob esse prisma, para não serem absolutos.

Diante disso, verifica-se que essa fase busca a melhor interação entre o direito processual e o material, pois a permeação do processo tradicional pela antecipação da tutela insere-se no tema mais vasto da instrumentalidade do processo, no sentido de que esse deve ser um veículo à realização, na maior escala possível, do direito material lesado ou ameaçado, outorgando maior efetividade à tutela jurisdicional.

Registra-se que a adoção desse instituto de modo genérico e abrangente já significava, fundamentalmente, o rompimento daquela segmentação clássica entre processo de conhecimento e de execução, que é claramente reflexo de uma concepção de segurança jurídica que deita suas raízes nos ideais do liberalismo.

Isso porque, antes mesmo da Lei 11.232/05, eventual decisão que antecipasse determinada obrigação de fazer haveria de ser implementada através dos meios elencados no § 5º do artigo 461, no próprio processo de conhecimento. Nessa hipótese, já estava rompida a idéia de que apenas com a declaração definitiva do direito, poder-se-ia ingressar na fase de execução, através de um processo autônomo.

As idéias de certeza de segurança, tais como sedimentadas no processo civil tradicional, tem sido hoje abrandadas, como menciona com propriedade o ilustre professor Arruda Alvim, ao afirmar que:

Devemos fazer um parênteses, para surpreender uma modificação, em parte, do tipo de lógica e de argumentação de que se está servindo o processo de nossos dias, em que é

perceptível o descarte da certeza e da segurança absoluta, tais como eram assumidas pelo processo clássico ou tradicional.⁷

Assim, nota-se em diversos aspectos a evolução da concepção da segurança jurídica. A noção do poder geral de cautela é claramente representativa dessa tendência. Atendia claramente à noção de segurança jurídica predominante no século XIX e primeira metade do século XX a tipificação das medidas cautelares. O Artigo 798 do Código de Processo Civil, ao inverso, confere ao magistrado ampla margem de liberdade para determinar as medidas provisórias que julgar adequada e, hodiernamente, se lhe dá (corretamente) uma extensão tal que se entende possível conceder, com esteio no artigo 798, providências de teor prático equivalente às cautelares nominadas, cujos requisitos específicos o requerente não preencha.

Existem, ainda, como representante dessa tendência de modificação do perfil da noção de segurança jurídica, as alterações do regime da execução provisória, introduzidas pela Lei 10.444/02 e mais recentemente pela Lei 11.232/05, que podem levar até mesmo a alienação do domínio mediante caução suficiente e idônea (art. 475-O, inciso III), como também há manifestações desse fenômeno fora do campo do direito processual. É exemplo dessa tendência de atenuação da concepção de segurança jurídica o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, que trata das cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços.

Importante anotar nesse passo, que o desenvolvimento da cautelaridade levou à consciência de que ao lado do chamado ilícito de lesão, há o que se

⁷ ALVIM, Arruda. Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 99, 2000.

denomina ilícito de perigo, vale dizer, aquela situação imediatamente anterior à possibilidade de ocorrência da lesão, o que no processo clássico era praticamente inexistente, ou, muito pouco operativa a tutela inibitória.

Assim, graças à antecipação da tutela é que os efeitos de uma eventual sentença de procedência se fazem sentir antes daquele que seria o momento processual esperado para que estes efeitos fossem produzidos, justamente em prol das situações acima colocadas de ilícito de lesão e ilícito de perigo.

Não se pode olvidar, entretanto, que as hipóteses de antecipação de tutela nasceram das medidas cautelares e, ainda que se ligue a possibilidade de antecipação de tutela a requisitos inspirados pelas medidas cautelares, adquiriram elas um perfil próprio, o que será melhor examinado adiante.

II. DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

O poder do juiz de conceder medidas provisórias, ou seja, o poder geral de cautela, no direito brasileiro tem sua origem, sua fonte de legitimidade e seu âmbito de eficácia, demarcados pela Constituição Federal. Em suma, é um fenômeno de pilares constitucionais e não unicamente legal.

E isso porque em nosso direito, caracterizado pela supremacia da Constituição e pela viabilidade ampla de controle difuso dessa supremacia, todo e qualquer preceito normativo sofre inafastável relação de coordenação e de subordinação para com os preceitos constitucionalizados, pois é a constituição que dá unidade aos sistemas, que estabelece seus princípios basilares e que fixa as diretrizes e os limites do conteúdo da legislação ordinária.

E essa advertência é relevante quando se está diante de um instituto no qual o legislador criou inspirado em um direito estrangeiro, pois essa nova ordem legislativa deve receber interpretação e aplicação que permitam que ela esteja em harmonia com os princípios constitucionais, de modo que passe a representar a mais fiel concretização dos valores constitucionais.

Na verdade, a função jurisdicional acautelatória justifica-se constitucionalmente como mecanismo de concretização e de harmonização dos direitos fundamentais em conflito. Sua origem, sua importância, sua indispensabilidade, sua legitimidade, enfim, decorrem não de um ou outro dispositivo específico e, sim, próprio sistema constitucional organicamente considerado.

A Constituição, em especial em seu artigo 5º, assegura aos indivíduos, explícita e implicitamente, um significativo conjunto de direitos e garantias fundamentais, que, observados de um modo abstrato em sua sede normativa, guardam entre si perfeita compatibilidade, estando todos aptos a receber aplicação a mais plena e eficaz. Todos os direitos constitucionais, sem exceção, devem ser respeitados e cumpridos, de modo a que produzam integralmente seus efeitos.

Como se sabe a Constituição assegura a quem litiga em juízo vários direitos fundamentais entrelaçados no que se chama de devido processo legal. Do conjunto dos referidos direitos, destacam-se dois, que mais interessam a antecipação da tutela, quais seja, o direito a efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica.

O primeiro deles, referente ao da efetividade da jurisdição, compreende não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também, e principalmente, o de obter, em tempo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar de forma eficaz no plano dos fatos.

Em segundo passo, reza a Constituição Federal que *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”* (artigo 5º, inciso LIV), assim entendido o processo que assegura aos litigantes o *“contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”* (LV). E é nesse conjunto de garantia que se insere o direito à segurança jurídica, que tem por objeto a liberdade de exercer os direitos contestados, até que se demonstre judicialmente que esse direito não existe ou que pertence a outrem. É direito fundamental do litigante demandado (como também do demandante) o direito a chamada cognição exauriente, ou seja, que se submete as soluções definitivas dos conflitos a

procedimentos prévios nos quais se ensejam aos litigantes o contraditório, a ampla defesa e a interposição de recursos.

No entanto, por se tratarem de direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, não há hierarquia alguma entre o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica, pelo que ambos merecem, tanto do legislador ordinário quanto do magistrado, a mais estrita e fiel observância.

O decurso do tempo, como cediço, é inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, ainda mais quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente. Assim, sempre que presente situações dessa natureza – em que o direito à segurança jurídica não puder conviver com o direito à efetividade do processo – ter-se-á caracterizada a colisão de direitos fundamentais dos litigantes, a reclamar uma solução harmonizadora, de modo que os direitos colidentes possam conviver.

E em nosso sistema jurídico, a fórmula para viabilizar a convivência harmoniosa, mesmo que em parte, desses direitos, é a da outorga de medidas de caráter provisório, aptas a superar as situações de risco de perecimento de qualquer um desses direitos. Em muitos casos, de ocorrência comum, o próprio legislador se incumbiu de dar a solução ao conflito, como são os casos do arresto, do seqüestro, da busca e apreensão e das demais medidas cautelares típicas, bem como em certos casos específicos de antecipação de tutela.

Contudo, nem todas as situações poderiam ser previstas pelo legislador e, para esses casos, caberá ao juiz a tarefa de criar topicamente a regra conformadora. Para isso, encontra arrimo constitucional e, embora

desnecessariamente, também autorização expressa em lei, já que tal previsão consta claramente dos artigos 298 e 273 do Código de Processo Civil.

O legislador, utilizando-se de terminologia fluida e de conteúdo genérico (“fundado receio”, “lesão grave”, “difícil reparação”, “dano irreparável”, “abuso do direito de defesa”, “manifesto propósito protelatório”), os citados dispositivos nada mais fazem do que descrever situações de possível confronto entre a efetividade do processo e à segurança jurídica, possibilitando o próprio juiz formule, caso a caso, a solução mais adequada a manter vivos e concretamente eficazes os dois direitos fundamentais, convindo anotar que essa espécie somente será legítima na ausência de regra legislada.

Assim, no intuito de formular a solução conformadora, terá o juiz a sua disposição duas técnicas distintas: a cautelar e a antecipatória. Com a primeira, assegura-se a efetividade do processo por meio de medida de garantia, já com a segunda, objeto do presente trabalho, fica assegurada a efetividade com a antecipação, total ou parcial, de efeitos executivos da própria tutela definitiva pretendida na inicial.

E como leciona o singular doutrinador Teori Albino Zavascki, na obra *Antecipação da Tutela*, o que defendemos, é que ⁸:

- a) o poder jurisdicional de decretar medidas provisórias cautelares ou antecipatórias representa, simplesmente, o poder de formular regras de solução de conflito entre direitos fundamentais que formam o devido processo legal;
- b) trata-se de poder que nasce não propriamente do art. 5º, XXXV, da Constituição, como tutela preventiva, mas do sistema constitucional organicamente considerado: configurados, como inevitavelmente se configuram na realidade prática, fenômenos de colisão entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição, tornar-se-á inafastável a necessidade de formular solução harmonizadora, tarefa que, na omissão da lei, deve, por imposição

⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

do sistema constitucional, ser assumida obrigatoriamente pelo juiz;

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 à 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 na lei” (CPC, art. 126);

d) as medidas antecipatórias e as medidas cautelares, têm objetivo e função constitucional comum: são instrumentos destinados a, mediante a devida harmonização, dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais de segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. E é nessa função instrumental concretizadora que ditas medidas legitimam-se constitucionalmente.

III. DO REGIME DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Inobstante o instituto em estudo já ter aparecido em algumas hipóteses específicas no direito pátrio (exemplo, no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, que ensejou o artigo 461 do Código de Processo Civil, ou no § 1º do artigo 59 da Lei 8.245/91, que trata a lei de locações), foi sem dúvida o artigo 273, tal qual o 461, que posteriormente a reforma trazida pela lei 8.952/94 generalizou as possibilidades de antecipação da tutela, trazendo uma verdadeira revolução no sistema processual, visto que possibilita já no início da lide sejam antecipados os efeitos da sentença de mérito.

Pois bem. O instituto da tutela antecipada ganhou conhecimento no processo civil com o advento da lei 8952/94 que deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, passando a ter o seguinte texto em seu *caput* “*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 abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.*”, ou seja, as medidas antecipatórias, até então vistas somente em determinados procedimentos especiais, passaram a constituir providência alcançável em qualquer processo.

Contudo, a antecipação da tutela ocorrerá necessariamente a partir de um pedido da parte, não devendo o magistrado antecipá-la de ofício.

Inexiste, ainda, a necessidade de inaugurar novo segmento processual para se pleitear a antecipação, já que poderá ser requerida no bojo da própria

ação onde, a seu tempo, após cognição exauriente, deva vir a ser concedida tutela definitiva mediante prolação de sentença.

Se a ação ainda estiver em trâmite na primeira instância, o requerimento deverá ser dirigido ao juiz da causa oportunidade em que, aquele que requer a antecipação de tutela, haverá de procurar subsumir a situação fática a uma daquelas hipóteses encartadas nos incisos I e II do artigo 273 do Código de Processo Civil, porém se a ação já estiver tramitando na segunda instância o pedido de antecipação de tutela deverá ser feito ao Relator do processo.

Cumprido ressaltar também, que em atenção à gravidade do ato que opera restrição aos direitos fundamentais, cuidou de estabelecer o legislador, como pressuposto genérico indispensável a qualquer das espécies de antecipação de tutela, que haja (a) prova inequívoca e (b) verossimilhança das alegações.

Exige-se, pois, que os fatos examinados com base nas provas já carreadas aos autos, possam ser tidos como fatos certos, ou seja, diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação de tutela de mérito pressupõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de certeza (relativa) quanto à verdade dos fatos. Sob essa ótica, não há como deixar de identificar os pressupostos da antecipação da tutela de mérito, do artigo 273, com os da liminar em mandado de segurança, já que nos dois casos, além da relevância dos fundamentos (de direito), pressupõe-se provada nos autos a matéria fática.

Em verdade, toda a referência a “prova inequívoca” deve ser interpretada no contexto do relativismo próprio do sistema de provas. Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta, mas sim uma prova robusta, que

embora no âmbito da cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade.

Além disso, deverá estar agregado sempre aos requisitos acima, pelo menos um dos pressupostos alternativos, que são: (a) o receio de dano irreparável (inciso I); e (b) o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II).

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação, que enseja a antecipação assecuratória, é o risco concreto, atual e grave. Se o risco mesmo grave não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. Já o abuso de direito e o manifesto propósito protelatório do réu são expressões de conteúdo indeterminado, sujeitos, por consequência, a preenchimento valorativo caso a caso. Se o que se busca é privilegiar a celeridade da prestação jurisdicional, há de se entender que na fluidez das expressões da lei somente se contém atos ou fatos que, efetivamente, constituam obstáculo ao andamento do processo.

Todavia, enfocadas pelo princípio da necessidade evidenciam-se escassas, na prática, as hipóteses de concessão de tutela antecipada por abuso do direito de defesa, pois o magistrado possui outros meios de coibir abusos dessa natureza (artigos 125 e 130), podendo, inclusive, indeferir providências inúteis ou protelatórias. Da mesma forma, ao sanear o processo, poderá o juiz fixar e limitar os pontos controvertidos e determinar que as provas a serem produzidas fiquem restritas a esses limites. Dessa forma, os casos de abuso de direito de defesa poderão ser prevenidos ou superados, tanto pelo indeferimento de providências impertinentes, quanto pela técnica do julgamento antecipado da lide.

Sobre esse tema, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, entende que:⁹

(...) a aplicação do inciso II do art. 273 encontrará campo propício por ocasião da prolação da sentença de 1º grau, ou quando o processo chegar ao juízo de apelação, momentos em que se poderá aferir se está havendo abuso de direito defesa ou manifesto propósito protelatório.

E nesses casos a antecipação servirá para afastar o efeito suspensivo normal do recurso, permitindo a realização prática do determinado no provimento judicial recorrido. Mas há também disposições processuais que visam, da mesma forma, reprimir tais atos, como é o caso do artigo 557 do diploma processual, segundo o qual

(...) o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, ou do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Também para definir o momento de antecipar a tutela deverá o juiz ter presente o princípio da menor restrição possível, ou seja, o momento não pode ser antecipado mais do que o necessário. O perigo de dano pode preceder ou ser contemporâneo ao ajuizamento da ação e, nesse caso, a antecipação assecuratória será concedida liminarmente. Porém, se o perigo, mesmo previsível, não tiver aptidão para se concretizar antes da citação ou, antes da audiência, a antecipação da tutela não será legítima senão após a realização desses atos.

O artigo 273, em seu § 2º veda, ainda, a concessão da antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. O ato da concessão da medida judicial é passível de recurso que pode ser revogada ou

⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória, *Ajuris* 66/204-5.

modificada a qualquer tempo nos moldes do § 4º do citado artigo, logo indiscutivelmente reversível.

Contudo, a vedação do parágrafo 2º deve ser relativizada, sob pena de ficar comprometido, quase que por inteiro, o próprio instituto da antecipação de tutela. Em verdade, são muitas as circunstâncias em que a reversibilidade corre algum risco, notadamente no que diz respeito à reposição *in natura* da situação fática anterior. Porem, mesmo nessas hipóteses será cabível o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos inversos, decorrentes da sua não fruição imediata. Privilegia-se, assim, o direito provável em prejuízo do improvável, mas com especial atenção do magistrado para prover os meios adequados a assegurar no maior grau possível a viabilidade da reversão, como, por exemplo, exigindo garantias reais ou fidejussórias, ao menos para garantir a reparação de eventual indenização.

A decisão que antecipa os efeitos da tutela pode também ser modificada a qualquer tempo, bem como revogada, de acordo com o § 4º do artigo 273. As severas exigências para a antecipação fazem supor que se observadas como devem, não serão freqüentes os casos de revogação. Porem, quando ocorrerem alterações dos pressupostos que a determinaram, a eficácia revogatória será imediata e produzirá efeito *ex tunc*.

Assim, aquele que requer a antecipação da tutela e obtém a medida, mas posteriormente, perde a ação, fica obrigado a indenizar o réu pelos prejuízos decorrentes do cumprimento da medida, pois igualmente à hipótese do art. 811, que trata da responsabilidade objetiva do requerente da cautelar caso ocorra qualquer das hipóteses ventiladas nos incisos I a IV, nos casos de antecipação de tutela, se aquele que dela se beneficiou resultar vencido, poderá o réu, em

detrimento de quem fora antecipada a tutela, responsabilizar objetivamente o autor pelos prejuízos sofridos.

Aliás, o § 3º do artigo 273 remete ao artigo 588, que tratava da execução provisória, matéria hoje disciplinada pelo art. 475-O, e, segundo esse preceito, aquele que dá início à execução provisória é obrigado a indenizar eventuais danos que possa ser causado e serão liquidados nos mesmos autos através de arbitramento.

Portanto, bastará ao réu demonstrar que sofreu danos decorrentes da antecipação da tutela concedida em prol do autor, bem como o nexo de causalidade entre a tutela deferida e o efetivo dano, para buscar ressarcir-se dos prejuízos advindos dessa concessão.

IV. DA APLICAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM SEDE DE RECURSO

Inicialmente, importante tecer breve comentário acerca dos efeitos dos recursos, para possibilitar o correto desenvolvimento do tema.

IV.1. Dos efeitos dos Recursos

Pois bem. Anote-se, que a interposição de recurso é ato processual e, como todo ato, produz conseqüências, ou seja, efeitos, que, concedidos ou não de forma equivocada, acarretará severos danos as partes.

Alguns doutrinadores admitem apenas a existência dos efeitos suspensivo e devolutivo¹⁰, porem, outros tantos admitem que além desses efeitos existem também o extensivo subjetivo (que faz o julgamento das razões recursais ser aproveitados pelos litisconsortes) e o impeditivo do trânsito em julgado, como é o caso do ilustre doutrinador José Carlos Barbosa Moreira¹¹.

Já Nelson Nery Júnior¹² defende que além daqueles tradicionais efeitos, existem também os translativo, expansivo e substantivo e, com relação ao impedimento do trânsito em julgado, tece fundada crítica, afirmando não se tratar propriamente de um efeito, mas sim de uma conseqüência do efeito devolutivo.

¹⁰ PINTO, Nelson Luiz Pinto. Manual de Recursos Cíveis. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. O Novo Processo Civil Brasileiro. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense.

¹² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, p.373.

Contudo, para que a tutela antecipada seja analisada no âmbito recursal, é necessário a utilização do critério da distinção dos efeitos a partir da sua forma de incidência e, como leciona Luiz Henrique Barbante Franzé¹³:

a) *independente* (do pedido) ou *natural*, quando o efeito é previsto originalmente para o recurso, ou seja, a sua incidência é gerada pela própria situação de recorribilidade do pronunciamento¹⁴ e, por isso, não está condicionada a requerimento do recorrente. Como exemplos, podemos mencionar os efeitos devolutivo, traslativo, expansivo, substitutivo e o suspensivo previsto na primeira parte do *caput* do art. 520 do CPC;

b) *dependente*, quando o efeito não é natural (não é gerado pela recorribilidade), 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 não tem suspensividade independente (CPC, art. 497), mas a suspensão a suspensão pode ser deferida excepcionalmente (CPC, art. 558), ou seja, fica da dependência dos pressupostos legais para ser concedida e, por isso, estamos diante do efeito suspensivo dependente (e não independente).

Seguindo esse raciocínio pode-se dizer que a incidência dependente está restrita aos efeitos antecipativo e suspensivo, sendo que o último incide de forma bivalente (dependente e independente) e será uma espécie de tutela sumária outorgada pelo judiciário, que enquadramos como efeito recursal, pois é uma consequência da interposição do respectivo recurso.

Registre-se, ainda, a correlação dos efeitos dependentes com as tutelas sumárias de primeiro grau, já que o referido efeito guarda estreita relação com a cautelar, uma vez que os pressupostos (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*)

¹³ Cf.

¹⁴ Raciocínio similar é trazido por Luiz Rodriguez Wambier, quando registra que o efeito suspensivo pode incidir de forma típica (que equivale à fórmula que rotulamos de *independente*), isto é, ao invés de *suspender*, apenas adia a eficácia do pronunciamento, bem como é gerado pela própria situação de recorribilidade. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Da integração dos subsistemas recursal e cautelar nas hipóteses de recurso especial e extraordinário. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 706)

bem como a finalidade são similares, e ao suspender o pronunciamento impugnado, apenas assegura o resultado final do recurso, sem adiantá-lo.

E da mesma forma, o efeito antecipativo (tutela antecipada recursal) é análogo à tutela antecipada de primeiro grau, tanto no que pertine aos seus pressupostos, quanto no que diz respeito à consequência, pois adianta o resultado das razões recursais e, não apenas o assegura.

IV.1.1. Do efeito suspensivo

A incidência desse efeito pode se dar independente do pedido, ser natural, ou ficar na dependência da satisfação de determinados pressupostos e, nessa situação, o efeito suspensivo guarda estreita relação com o antecipativo, pois ambos tem incidência condicionada à presença de pressupostos, ainda que diversos.

A supracitada incidência bivalente (independente e dependente) é necessária para a conceituação desse efeito, porque embora possa suspender um pronunciamento que jamais produziu efeitos (efeito independente), também pode ficar restrita à presença de requisitos, tais como o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* (incidência dependente).

A forma de incidência dependente pode ser exemplificada por meio da interposição do recurso de apelação, nas situações previstas na primeira parte do *caput* do art. 520 do CPC, porque o efeito suspensivo incidirá independente de qualquer pedido do recorrente, concluindo-se que nos recursos dotados de suspensividade independente, não suspendem a decisão, mas somente vedam o início da produção de seus efeitos independentemente de pedido da parte

interessada ou da existência dos pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Por outro lado, a incidência dependente do efeito suspensivo ocorrerá quando o ato impugnado chegou a produzir efeitos e, nesse caso, o efeito dependerá necessariamente da presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Esse, então, é o verdadeiro efeito suspensivo, pois o pronunciamento suspendendo estava produzindo efeitos, ao contrário da sentença recorrida por apelação, que jamais produziu efeito.

Assim, como demonstração da incidência dependente podem ser citados todos os recursos destituídos de suspensividade natural, como por exemplo, o agravo de instrumento, a apelação, nas situações diversas das primeira parte do caput do art. 520, o recurso ordinário, o recurso extraordinário e o recurso especial.

Há também a questão da suspensividade parcial, pois pela teoria chiovendiana¹⁵ a sentença é constituída de capítulos independentes e, por consequência, o capítulo que não for impugnado fará coisa julgada (art. 467, CPC), restando proibida a modificação pelo juízo *ad quem*.

No entanto, no dia a dia verifica-se que a impugnação de apenas um dos capítulos da sentença seja indevidamente recebida como instrumento capaz de suspender todo o pronunciamento em detrimento da efetividade, situação que obriga a parte prejudicada a interpor agravo de instrumento para impugnar a decisão que recebeu o recurso com o efeito equivocado.

¹⁵ *Apud: Ibid.*

IV.1.2. Do efeito devolutivo

Há existência desse efeito, justifica-se na alegação da existência de um juiz *ad quem* com maior hierarquia, porem hodiernamente é sabido da desnecessidade dessa condição, pois a mera aptidão do recurso, que provoca o reexame do ato impugnado, já é suficiente para caracterizar o efeito devolutivo.

E esse efeito não decorre de pedido da parte interessada, mas tão somente do recurso e, por essa razão, tem a incidência independente. Ou seja, esse efeito consiste na conseqüência de provocar o reexame do pronunciamento por meio da devolução da matéria ao judiciário, concluindo-se, que todos os recursos possuem efeito devolutivo.

No entanto, o artigo 515 do Código de Processo Civil determina a limitação desse efeito, ao dispor que “*A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.*”.

Contudo, resta ainda a questão da verticalidade (profundidade) em que o judiciário pode se aprofundar em relação a matéria que lhe foi devolvida. E a resposta dessa questão está nos §§ 1º e 2º do citado artigo e, desse modo, o judiciário poderá verificar os aspectos referentes às questões que o pronunciamento não decidiu integralmente e os fundamentos não acolhidos.

Já os parágrafos 3º e 4º devem ser vistos como efeito traslativo, pois versam sobre matéria de ordem pública delegada ao juízo *ad quem* para ultrapassar o âmbito da devolução e julgar diretamente o mérito.

Há grande discussão também, se o efeito devolutivo condiciona todos os atos que forem incompatíveis com o provimento do recurso (condição resolutive),

mas, sem muito esforço, conclui-se que, uma vez provido o recurso, serão anulados os atos posteriores que forem incompatíveis com o julgado, inclusive, em razão da substitutividade do acórdão (art. 512, CPC).

Importante anotar a existência de estreita relação do efeito devolutivo com o antecipativo, pois, seguindo o quanto até agora explanado, somente poderão ser antecipados os efeitos da matéria devolvida ao Tribunal nas razões recursais, ou seja, o efeito devolutivo acaba por delimitar a matéria que poderá ser objeto de antecipação.

IV.1.3. Do efeito traslativo

Seguindo a doutrina de Nelson Nery Júnior, além da matéria impugnada devolvida, também é outorgada ao juízo *ad quem* a competência para decidir sobre as questões levantadas e discutidas no processo (CPC, § 1º, art. 515 3 art. 516) e os demais fundamentos das partes, que o juiz não utilizou para formar seu convencimento (CPC, § 2º, art. 515).

Isso porque defende o renomado doutrinador que a autorização para o tribunal se manifestar sobre as matérias diversas das impugnadas ultrapassa o âmbito do efeito devolutivo e, por esta razão, estamos diante do efeito traslativo.

Contudo, após reflexão sobre o tema o já citado doutrinador Luis Henrique Barbante Franzé, entende que os §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC não são fundamentos para o efeito traslativo, tendo em vista que referem a profundidade do efeito devolutivo, isso é, apenas traçam os limites que o juiz *ad quem* pode utilizar para analisar a matéria devolvida.

Tanto é assim que apenas são devolvidas as questões a que o pronunciamento faça referência expressa, conforme determina o parágrafo 1º. O mencionado 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 a que não tenha sido objeto de apreciação pela sentença.

Ademais, é fato que se não adotarmos esse entendimento, acabaríamos por esvaziar o conteúdo do artigo 516, pois ambos os artigos estariam se referindo a mesma situação. E, 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.

Assim, para evitar que o comando contido no artigo 516 seja esvaziado, entende-se que os §§ 1º e 2º do art. 515 delineiam a profundidade do efeito devolutivo, sem qualquer relação com o efeito traslativo, já a previsão legal do efeito traslativo está no artigo 516 do CPC, que abrange as questões que ultrapassam a devolução, ou seja, as matérias trasladadas, que se diferem das devolvidas.

Diante disso, tem-se que somente serão trasladadas as questões que o texto legal atribua expressa competência ao juízo ad quem para se manifestar sobre elas, como é o caso dos pressupostos processuais e das condições da ação (art. 267, §3º e 301, §4º), bem como da transferência de competência para julgamento da causa, prevista no §§ 3º e 4º do artigo 515 do CPC.

Com isso, a matéria trasladada é transferida ao Juízo *ad quem* por força de lei e não pela amplitude das razões recursais do recorrente e não se limita aos recursos ordinários, sobre o tema José Carlos Barbosa Moreira, adverte¹⁶:

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 ao seu ver correta, o tribunal aplica-a a espécie, isto é, julga a causa.

Com relação aos tribunais essa conduta está prevista no Supremo na súmula 456 e art. 324 do regimento interno e no Superior tribunal no artigo 257 de seu regimento interno.

Emerge disso que o novo julgamento de recurso extremo implicará no efeito traslativo, que também permitirá o conhecimento de matéria de ordem pública. Nessa linha, embora ainda não seja unânime, há acórdão do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o efeito traslativo no recurso especial.

IV.1.4. Do efeito expansivo

O efeito expansivo é entendido como sendo a maior amplitude do julgamento do recurso em relação ao pedido deduzido nas razões recursais e alguns doutrinadores como Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol entendem que o fundamento legal da expansividade encontram-se nos artigos 267, § 3º e 301, § 4º, ambos do Código de Processo Civil¹⁷.

¹⁶ MOREIRA, 2000.

¹⁷ MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. Processo Civil: recursos. São Paulo: Atlas, 2000.

O referenciado professor Nelson Nery Junior divide em três espécies o efeito expansivo, a saber: a) objetivo interno, quando atinge o próprio ato impugnado; b) objetivo externo, quanto também atinge outros atos do processo; e c) subjetivo, ocorre quando o julgamento do recurso atingir a parte que não atuou como recorrente ou recorrido, como nos casos de recursos interposto por litisconsorte.

No entanto, há quem discorde dessa classificação, entendendo que o gênero (efeito expansivo) apenas tem uma espécie, que é o efeito expansivo subjetivo, prevista no artigo 509 do Código de Processo Civil.

E isso se dá porque a espécie objetiva interna (conhecimento da matéria de ordem pública pelo juízo *ad quem*) decorre do efeito traslativo e não do expansivo. Em outras palavras, a expansão advinda do conhecimento da matéria de ordem pública é consequência da traslação.

Por sua vez, a espécie objetiva externa (condição resolutive) decorre do efeito devolutivo, conforme verificamos anteriormente e não do expansivo.

Desse modo, será anulado o processamento praticado para materializar a execução provisória, se for incompatível com o resultado do recurso. Mas, isso só ocorre por força do efeito devolutivo e a ocorrência da expansividade não depende de pedido do recorrente e, por isso, terá incidência independente.

Entende-se, pois, que o efeito expansivo está embasado no artigo 509 do Código de Processo Civil, e pode ser definido pelo fato de o julgamento recursal atingir a parte que não tenha participado do respectivo recurso.

IV.1.5. Do efeito substitutivo

O efeito substitutivo implica na substituição do pronunciamento recorrido pelo julgamento proferido pelo tribunal, sendo previsto no artigo 512 do CPC e, em razão disso, não depende de pedido do recorrente e, portanto, tem incidência independente.

Esse efeito não existirá e duas situações: a) se o juízo ad quem não conhecer das razões recursais e, portanto, não adentrar ao mérito; b) se, mesmo conhecendo das razões recursais, o julgamento envolver *error in procedendo*, pois nesse caso, a sentença será anulada e inexistirá substitutividade.

Nas demais hipóteses haverá o efeito substitutivo, mesmo que a decisão tenha negado provimento ao recurso, porque passa a valer a decisão substitutiva e essa substitutividade poderá ser parcial ou total, pois há possibilidade de um recurso ser provido somente em parte, remanescendo, no mais, a decisão recorrida.

IV.1.6. Do efeito antecipativo

Este efeito, até por ser uma forma de tutela antecipada, aliás, bojo do trabalho em questão e melhor analisado mais adiante, permite o adiantamento das conseqüências do pedido deduzido nas razões recursais que forem necessárias e suficientes para afastar o perecimento ou ineficácia do direito do jurisdicionado.

Isso porque, com a interposição de um recurso se inicia uma nova etapa do procedimento, que terminará com o julgamento do mesmo, pelo juízo ad quem,

evidenciando que o recurso é o veículo que transporta o pronunciamento impugnado e, não raramente, por um longo e demorado percurso até que seja submetido ao juízo ad quem.

Assim, para amenizar esse percurso e, na maioria das vezes, para evitar o perecimento do direito material, podem ser antecipados os efeitos da tutela jurisdicional (na presença dos respectivos pressupostos), que somente seriam obtidos no final do processo, por meio da entrega jurisdicional.

Emerge disso, que – em geral – a existência de recurso é elemento necessário para a medida antecipativa recursal, pois inexistindo recurso, inexistirá efeito para ser antecipado.

Para exemplificar a relação de dependência entre o recurso e a tutela antecipativa de seus efeitos, pode-se usar o inciso 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.*”.

Essa dependência faz concluir que a medida antecipada recursal é um efeito de recurso que incide na presença dos pressupostos do art. 273 do CPC, ou seja, trata-se de efeito de incidência dependente.

E da mesma forma, porque o próprio legislador, ao conceber o inciso III do art. 527 do CPC, tratou da tutela antecipada recursal no mesmo inciso em que dispôs sobre o efeito suspensivo (dependente), deixando evidente que ambos devem ter o mesmo tratamento.

V. DO EFEITO ANTECIPATÓRIO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES – RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

Importante anotar, em primeira análise, a evolução histórica dos recursos extraordinário e especial para possibilitar uma melhor identificação da interação do efeito antecipativo nessa esfera judicial.

O recurso extraordinário está apoiado no *Judiciary Act* de 1789 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 hierarquia¹⁸.

A introdução desse recurso no Brasil se operou concomitantemente com a instauração do pacto federativo, sendo materializada pelo art. 9º do Decreto 848, de 24.10.1890. Após, passou a ser previsto no § 1º do art. 59 da CF/1891, mas o rótulo de recurso extraordinário apenas foi inserido pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Já o recurso especial nada mais é do que um desdobramento do recurso 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 ao Superior Tribunal de Justiça.

Atualmente o recurso extraordinário tem suas hipóteses de cabimento elencadas nas letras “a”, “b”, “c” e “d” do inciso III do art. 102, da Constituição Federal, que expressam:

¹⁸ *Passim*

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

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.

E o recurso especial é cabível nas hipóteses previstas nas letras “a”, “b” e “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, 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 a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Assim, pode-se afirmar que, de um modo geral, as questões constitucionais são afetas ao Supremo Tribunal de Federal e as questões federais ao Superior Tribunal de Justiça.

A principal razão de existir tribunal com ascendência sobre todo o território nacional é possibilitar, em tese, uma maior uniformização dos pronunciamentos judiciais, até mesmo porque, 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.

No entanto, sabe-se que a uniformização plena da entrega jurisdicional é utópica, pois o direito não é ciência exata. Em verdade, o direito é manuseado por

meio da difícil arte da ciência hermenêutica, notadamente, pela interpretação sistemática.

Ambos os recursos têm semelhanças entre seus procedimentos, já que devem ser interpostos em 15 dias acompanhados de preparo após o processamento é feito um juízo de admissibilidade previsto no art. 514 do CPC, pelo presidente ou vice do Tribunal de origem. Desse primeiro exame de admissibilidade, podem resultar o deferimento do recurso, o indeferimento ou a decretação de sua retenção prevista no § 3º do art. 542 do CPC, e sendo deferido, o recurso será remetido ao tribunal superior competente que fará, então, o respectivo julgamento.

Anote-se, por relevante, que caso sejam interpostos os dois recursos e ambos sejam admitidos pelo tribunal *a quo*, o recurso especial deverá ser apreciado primeiro (art. 543, CPC) e, após o respectivo julgamento, será processado o extraordinário (§1º, do art. 543, CPC).

No recurso extraordinário, há ainda um pressuposto a mais que é a repercussão geral (§ 3º, art. 102, CF, art. 543-A, CPC).

Dessa forma, conclui-se que os recursos excepcionais têm relevante função de auxiliar na uniformização da entrega da tutela jurisdicional relacionada às questões federais e constitucionais e, por sua vez, outorga maior ênfase à necessidade do efeito antecipativo, quando presentes os seus pressupostos.

Importante registrar que uma das condições para a validade de recurso excepcional é a existência de causa decidida, julgada, ou seja, devem estar esgotados todos os demais recursos ordinários possíveis para a referida causa.

Todavia, de um lado, se pode existir causa decidida suficiente para provocar severos prejuízos aos jurisdicionados, por outro, os recursos

excepcionais são destituídos de efeito suspensivo que incide independentemente do pedido do recorrente. Isso possibilita, dentre outras situações, que um acórdão equivocado possa ser executado provisoriamente em detrimento da parte executada.

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 existência dessa 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 suspensivo, diante da insuficiência do efeito suspensivo dependente. Para melhor visualização da necessidade da admissibilidade do efeito antecipativo para os recursos excepcionais, basta imaginar a seguinte situação: uma determinada indústria está na iminência de causar irreparável dano ambiental advindo de suas atividades, o tribunal local, em sede de agravo de instrumento, equivocadamente, revoga a liminar concedida pelo juízo de primeira instância que estava impedindo suas atividades¹⁹.

Veja-se que em uma situação dessa complexidade, desde que presentes os pressupostos de legais, mostra-se imprescindível o deferimento do efeito antecipativo do recurso especial interposto pelo autor e pensamento em contrário afrontaria o princípio constitucional do amplo acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, CF), até mesmo por decretar a ineficácia da entrega da tutela jurisdicional.

Como lembra Teori Albino Zavascki²⁰ – após ressaltar que a situação de urgência também pode ocorrer nos tribunais superiores – os mesmos argumentos

¹⁹ *Passim*

²⁰ ZAVASCKI, 1997, p. 148

que autorizam o efeito suspensivo (dependente), também permitem a antecipação da tutela recursal, ao expressar que:

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 do efeito suspensivo ao recurso autorizam e impõem a concessão, também de medida para antecipar aos efeitos do seu futuro (e provável) provimento.

Por certo, não se defende 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 seus pressupostos estiverem presentes. Aliás, existe acórdão proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que apenas admite a tutela antecipada recursal, nesses casos, em situações teratológicas.

O problema está em desvendar quais seriam as situações encampadas pelo adjetivo teratológico, tendo em vista que significa a narração de fatos espantosos ou monstruosos.

Assim, entende-se que a teratologia está materializada na presença dos pressupostos do art. 273 do CPC, já que quanto mais se afunila o processo, maior será a exauriência da cognição, logo a existência de alta probabilidade de equívoco na entrega da tutela jurisdicional seria uma irrefutável monstruosidade.

Diante disso, conclui-se que os efeitos dependentes (antecipativo e suspensivo) são essenciais para permitir uma maior efetividade da entrega da tutela jurisdicional.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está firmada no sentido de afastar a sua competência para decidir sobre os efeitos suspensivo

e antecipativo dos recursos excepcionais, antes do exame de admissibilidade no tribunal *a quo* (súmulas 634 e 635)²¹.

Em processo que tramitou no Supremo Tribunal Federal, o acórdão adiantou que o motivo da criação dessas súmulas seria o de não abalar a jurisdição do tribunal local. Na oportunidade argumentou-se que se o tribunal *ad quem* concedesse o referido efeito, estaria limitando a atuação da presidência do tribunal *a quo* (de efetivar primeiramente o juízo de admissibilidade), pois não poderia decidir de modo diverso.²²

Diante disso, surge a seguinte questão: Estaria correto o posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao afastar a competência para decidir sobre os efeitos de incidência dependente dos recursos excepcionais, enquanto não houver o exame de admissibilidade pelo tribunal *a quo*?

Pois bem. Tem-se entendido ser possível a suspensão dos efeitos da decisão recorrida até o julgamento dos recursos, bem como concessão de efeito ativo (antecipação de tutela recursal) aos mesmos, por intermédio de medida cautelar inominada incidental.

O Supremo Tribunal Federal, de um lado, firmou posicionamento de que a competência para conhecer e julgar as medidas cautelares incidentais, visando à suspensão dos efeitos da decisão recorrida só se transfere a ele quando o recurso já tiver sido submetido ao crivo da admissibilidade pelo tribunal local, entendimento cristalizado pelas súmulas 634 e 635 supracitadas.

²¹ **Súmula 634:** 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 635:** Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

²² *Passim*

Já o Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, ora encampa a orientação do Supremo Tribunal Federal, quando da competência para conhecer e julgar cautelares visando à suspensão dos efeitos da decisão recorrida, ora adota entendimento de que basta a simples interposição de recurso especial – ainda que não submetido ao juízo de admissibilidade prévio e provisório perante a instância local - para que a competência para conhecer e julgar cautelares visando a suspensão dos efeitos da decisão atacada por recurso especial seja do próprio Superior Tribunal de Justiça.

E parece ainda fortalecer essa linha de argumentação o disposto no parágrafo único do art. 800 do CPC que determinou que “*interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal*”.

E essa parece a orientação mais acertada e que deflui de texto expreso da lei.

Aliás, parece até não ter sentido concluir que não é da competência do tribunal destinatário do recurso resguardar a utilidade do seu próprio julgamento, porque a instância *a quo* ainda não se manifestou, em caráter provisório, sobre ser ou não admissível o recurso interposto, principalmente se considerar-se que é o tribunal *ad quem* quem dá a última palavra quanto aos requisitos de admissibilidade recursal.

Mas seja como for, resta claro que no Supremo Tribunal Federal a questão encontra-se sumulada (súmulas 634 e 635), não competindo ao STF processar e julgar as medidas cautelares visando atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário ainda submetido à admissibilidade na instância local, devendo ser a cautelar, nesses casos, ajuizada perante o tribunal local.

E já na esfera do Superior Tribunal de Justiça, em relação ao recurso especial, ora se entende como o STF e ora se entende que basta a simples interposição de recurso especial, para que a competência para processar e julgar medidas cautelares colimando suspender os efeitos da decisão recorrida ou conceder o chamado efeito suspensivo ativo seja do STJ.

Anote-se, que se a decisão recorrida for de cunho negativo, o efeito suspensivo se mostrará inócuo e, nesses casos, fala-se da antecipação de tutela recursal, ou como entendem alguns, em efeito ativo do recurso.

Nesse sentido, aliás, a lei hoje é expressa quanto à possibilidade de se pleitear no bojo do agravo de instrumento a antecipação de tutela recursal, conforme se lê da parte final do inciso III do art. 527 do CPC, com a redação que lhe foi atribuída pela lei nº 10.352/01, o que sempre pareceu correto. Com efeito, as introduções trazidas pela lei nº 9.139/95 tiveram claro escopo de tornar desnecessária a impetração de mandado de segurança contra ato judicial atrelado ao agravo de instrumento que, aliás, era usado para fins tipicamente cautelares.

Diante disso, certo que a lei nº 9.139/50 merecia interpretação de modo a abranger, também, a possibilidade de o relator do recurso do agravo de instrumento antecipar os efeitos da tutela recursal, ainda que o texto legal não fosse expresso. Interpretação distinta acarretaria evidente violação ao princípio da isonomia.

Assim, também sob o enfoque da isonomia não se justifica, mesmo antes do advento da lei nº 10.352/01, permitir que aquele, em detrimento do qual tivesse sido concedida a decisão, pudesse pleitear liminarmente a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, mas que providência semelhante não fosse possível de

ser utilizada por aquele que tivesse a providência solicitada negada. Trata-se, em verdade, da solução mais isonômica para o problema, hoje superada pelo advento da lei expressa nesse sentido. Com efeito, a lei nº 10.352/01 atribuiu nova redação ao inciso III do art. 527 do CPC, deixando expressa a possibilidade de o relator atribuir efeito suspensivo ao recurso.

V.1. Da retenção prevista no § 3º do art. 542 do CPC

Há, ainda, a alteração introduzida pelo advento da lei 9.756/98, que inseriu ao art. 542 do CPC o § 3º, com o seguinte teor:

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.

Ao analisar o aludido artigo, Dinamarco²³ escreve que:

É indispensável que os tribunais se sensibilizem às necessidades de urgência na tutela jurisdicional, seja sobrepondo ao novo dispositivo infraconstitucional a garantia constitucional de acesso à justiça e com isso outorgando devolução imediata aos recursos apesar do que está na lei seja ampliando casos de medidas cautelares a serem concedidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo a debelar situações danosas que clamem por pronta intervenção.

Tratando desse tema, o Superior Tribunal de Justiça, pela Resolução 01/99²⁴, deliberou que os recursos especiais interpostos em relação às decisões

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. 3. ed. São Paulo. Malheiros, 2020.

²⁴ **Resolução 01, de 12.03.1999**: “O PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições, em vista do disposto na Lei n.º 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 instrumento, 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 este Tribunal, mesmo que já admitidos, ficarão retidos, apensados aos autos da causa. Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua

elencadas no § 3º do art. 542 do CPC, tivessem o processamento suspenso até a remessa do eventual recurso especial relativo à causa final.

Cumulativamente há a súmula 735 do Supremo Tribunal Federal, que expressa “*não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida cautelar.*”.

Para Nelson Nery Júnior, o legislador agiu com precisão ao referir-se à decisão interlocutória, ao invés de usar o termo agravo de instrumento, caso o conteúdo do acórdão não seja decisão interlocutória, mas, sim, decisão final²⁵.

Assim, se a decisão interlocutória envolver matéria com conteúdo de sentença (arts. 267 e 269 do CPC), o óbice da retenção aos recursos excepcionais, previsto no § 3º do art. 542 do mesmo diploma deverá ser afastado, já que esse pronunciamento ultrapassa os limites de dirimir exclusivamente a mera questão incidente.

No entanto, essa interpretação não resolve a totalidade dos problemas, pois, não raramente, existem decisões interlocutórias que tratam de matéria de grande relevância, mas não necessariamente com conteúdo de sentença.

Sobre esse tema, explica de forma clara, 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 Constituição Federal²⁶.

Diante disso, conclui-se que na presença do perigo na demora (*periculum in mora*) e da plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*) deverá ser afastado o

óbice da retenção dos recursos extremos, porque o intuito do § 3º é evitar desnecessárias remessas e retornos dos autos ao tribunal.

Ou seja, na presença dessas condições (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*) a proibição da retenção do recurso deverá ser afastada, tanto pelo juízo *a quo*, quanto pelo juízo *ad quem* e, por consequência, o efeito suspensivo ativo deverá ser deferido, pois os seus pressupostos estarão presentes – já que são os mesmos – em outras palavras, se o judiciário reconhecer a existência dos requisitos para afastar a retenção, também está declarando que a situação clama pela suspensividade.

A única situação que não ensejaria necessariamente o efeito de incidência dependente é se for caso de antecipativo, pois os seus pressupostos são mais rigorosos (CPC, art. 273). Desta forma se o acórdão recorrido for positivo, concedendo a pretensão do autor, em tese, os pressupostos para a concessão do afastamento da retenção serão os mesmos analisados para o deferimento do efeito suspensivo ao recurso excepcional, já se for negativo, a rejeição da retenção não implicará necessariamente no reconhecimento dos pressupostos para a antecipação da tutela, já que são mais rigorosos que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Com isso questiona-se: Como o recorrente deve proceder para postular o afastamento da retenção e também a obtenção do efeito da incidência dependente em relação aos recursos especial e extraordinário? E nesse contexto já constatou-se a necessidade de utilizar-se da medida cautelar prevista no art. 800 do CPC, havendo inclusive acórdão do superior tribunal de justiça recebendo

²⁶ ARMELIN, Roberto. Notas sobre a antecipação de tutela sem segundo grau de jurisdição. In NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

como cautelar o pedido de reclamação para desobstruir a retenção, diante da fungibilidade²⁷.

Contudo, vale frisar que a interposição do recurso excepcional é o ato que desloca ao tribunal *ad quem* a competência para receber o requerimento de incidência do efeito suspensivo e antecipativo, bem como decidir sobre o afastamento da retenção. Esse entendimento não conflita com a regra do parágrafo único do art. 800 do CPC, pois somente após a interposição do recurso é que se repassa a competência para receber o requerimento do pedido cautelar ao tribunal superior competente, nada impedindo que o tribunal *a quo* afaste o regime de retenção se o pedido tiver sido feito no próprio recurso.

Caso o tribunal *a quo* indefira o pedido ou não decida em tempo hábil, esta postulação deverá ser ratificada por meio de medida cautelar que será distribuída diretamente ao tribunal superior competente. Também não colidi com este raciocínio o fato do tribunal *a quo* já ter indeferido esta retenção ou não ter feito a sua apreciação, pois o ato de interposição do recurso é a condição de suficiência para deslocar a competência ao tribunal *ad quem* para receber o referido pedido.

Desta forma com o protocolo do recurso a competência para requerer e decidir sobre os efeitos de incidência será do tribunal *ad quem*. O ministro relator sorteado no referido tribunal analisará a questão e demonstrada a presença dos

²⁷ STJ, 2ª Seção, Reclamação 686/SP, Rel. Min, Fernando Gonçalves, DJU 27.09.2004, p. 199: **“Processo Civil. Recurso Especial. Sobrestamento. CPC, art. 542, § 3º. Acórdão. Agravo de Instrumento. Decisão Monocrática. Tutela Antecipada. Reclamação. Cabimento. Pedido Cautelar. Indeferimento.** 1. Segundo decidido pela Segunda Seção, a reclamação apresentada contra a Presidência de Tribunal, sobrestando recurso especial manejado contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento, tirando contra decisão interlocutória de deferimento de antecipação de tutela, deve ser conhecida como simples petição. 2. Tratando-se de simples pleito, nada impede assumir 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 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.”

pressupostos, afastará a retenção, além de analisar o efeito de incidência postulado.

Neste sentido há acórdão do superior tribunal de justiça aceitando esta conclusão em situações teratológicas. Já o direcionamento da jurisprudência do supremo tribunal federal é no sentido de rejeitar a interposição de recurso extraordinário em relação a decisão interlocutória e, conseqüentemente, da respectiva cautelar. Seu principal argumento consiste em que o referido pronunciamento seria provisório, ou seja, o mérito ainda não teria sido julgado. Igualmente adotam esta linha de pensamento as sumulas 733 e 735, ambas do STF²⁸.

Conclui-se, portanto que o intuito da retenção consiste em prevenir idas e vindas desnecessárias de processos aos tribunais superiores, bem como na presença dos respectivos pressupostos o óbice da retenção deverá ser afastado, e o efeito de incidência dependente deverá ser deferido e, ainda, após a interposição do recurso excepcional a competência para receber o pedido do respectivo efeito será do tribunal *ad quem*, através de medida cautelar.

²⁸ **Súmula 733:** Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.

Súmula 735: Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.

CONCLUSÃO

Pelo estudo acima desenvolvido, com base em extensa pesquisa jurisprudencial e doutrinária pode-se concluir que quando se trata de obter medida apta a salvaguardar a utilidade dos recursos excepcionais (extraordinário ou de recurso especial), a jurisprudência do STF e do STJ inclina-se na admissão, com base nos seus respectivos regimentos internos, de pedido de medida cautelar.

Por certo, essa admissão não representa a ratificação dessas cortes à natureza legitimamente cautelar (e não antecipatória) da medida requerida. O que se considera, simplesmente, é que a via da medida cautelar prevista no regimento interno é o meio mais adequado e eficiente para alcançar o objetivo desejado, qual seja, de dar ao recurso condições de, se provido, vir a gerar com plenitude os efeitos desse provimento.

Apreciando caso dessa natureza o STF deixou estabelecido que como o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, esta corte tem admitido, em situações limitadas e excepcionais, medida cautelar para lhe dar efeito suspensivo, nas hipóteses de proteção de direito suscetível de grande dano de incerta reparação ou para garantir a eficácia da ulterior decisão da causa. Nessa mesma linha, julgando o pedido de medida cautelar inominada, o STJ considerou que “em casos excepcionais, restritivamente considerados e autorizados por norma regimental, lícito é ao Superior Tribunal de Justiça deferir efeito suspensivo ao recurso especial, em atenção aos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, desde que ocorrentes os pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.” O exame da jurisprudência das cortes extraordinárias demonstra que a concessão da medida cautelar para dar efeito suspensivo a

recurso extraordinário ou especial está subordinada aos mesmos requisitos exigidos na instância ordinária, ou seja, a existência de perigo de lesão grave e irreversível ao direito do recorrente, a relevância dos fundamentos do recurso e a existência de recurso extraordinário ou especial regularmente interposto e recebido pelo tribunal de origem.

Quanto ao procedimento a medida pode ser requerida por simples petição e processada como incidente do recurso e não exatamente como uma ação cautelar, com fundamento no inciso IV do art. 21 do regimento interno que determina que se submetam ao plenário ou a turma, nos processos de competência respectiva, medidas cautelares necessárias a proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa. Assim, petição desta natureza, na pendência de recurso extraordinário, não constitui propriamente uma ação cautelar, mas, sim, requerimento de cautelar nesse próprio recurso. E é nesse mesmo sentido a prática adotada pelo STJ, cujo regimento interno atribui ao relator a competência para “submeter a corte especial, à seção ou à turma, nos processos de 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” (art. 34, V).

A concessão da medida tem caráter excepcional e seu objeto tem sido apenas o de dar efeito suspensivo ao recurso. Ocorre, porém, que o dano grave de incerta reparação que submete a risco a eficácia do futuro julgamento do recurso extraordinário ou do recurso especial pode ter origem tanto em decisões de conteúdo positivo quanto em decisões de conteúdo negativo.

É possível que nessa última hipótese a execução imediata do direito afirmado seja a condição essencial para o seu não perecimento, de modo que, se não antecipada, de nenhuma valia será o posterior acolhimento do recurso. Essa situação, que é comum nas instâncias ordinárias, é possível ver-se reproduzida, ainda que em hipóteses excepcionais, quando o processo aguarda apreciação no STF ou no STJ. O simples efeito suspensivo ao recurso, como se vê, é medida insuficiente para salvaguardar a eficácia prática do futuro julgamento.

Assim, em nome da proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação ou para garantir a eficácia da ulterior decisão da causa, ou, ainda, em atenção aos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, pode o tribunal não apenas conceder medida para dar efeito suspensivo ao recurso especial ou extraordinário, mas também, antecipar provisoriamente, se necessário, os efeitos da tutela recursal, sempre que tal antecipação seja medida indispensável à salvaguarda da própria utilidade do futuro julgamento.

Cumprе registrar que o provimento liminar, nesse caso, está submetido à disciplina comum das medidas antecipatórias nomeadamente no que diz respeito à natureza das providências suscetíveis de antecipação: Os efeitos que o tribunal está autorizado a antecipar não podem ser mais extensos nem diferentes dos que decorrem do futuro provimento do próprio recurso. O deferimento da medida está subordinado, em qualquer caso, à presença dos requisitos próprios e característicos das demais espécies de tutela provisória de urgência – cumulativos e não alternativos – quais sejam: a verossimilhança do direito, que na hipótese, se configura pela probabilidade de êxito do recurso excepcional e o risco de dano grave e irreparável ao direito afirmado, proveniente da demora do seu julgamento.

Outra questão que se vê relevante é a concessão da medida cautelar em recurso ainda não admitido. O STF, julgando questão de ordem em medida cautelar, reafirmou àquela corte seu entendimento de que não cabe a medida para 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 da competência do tribunal que prolatou o acórdão recorrido, não se aplicando o disposto no parágrafo único do art. 800 do CPC pela singela razão de que, se fosse concedida a liminar para dar efeito suspensivo, pela relevância de fundamentação jurídica, a recurso dessa natureza ainda não admitido, a referida Presidência, em virtude da hierarquia jurisdicional, não poderia desconstituí-la com a não admissão desse recurso”.

Essa orientação acarreta um inconveniente, conforme reconhece o mesmo julgado, qual seja, “a impossibilidade de esta corte deferir pedido de liminar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário ainda não admitido permite que, entre a interposição desse recurso e a prolação desse juízo de admissibilidade, não haja autoridade ou órgão judiciário competente para o exame de liminar dessa natureza”.

Assim, a orientação hoje assentada pelo STF está resumida nas suas Súmulas 634 e 635, já no âmbito do STJ, embora ainda se admita em situação excepcional o 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 STF, conferindo à Presidência *a quo* a atribuição de examinar o pedido naqueles casos, prática que se incorporou à rotina forense.

Questão relevante ainda é a que diz respeito ao controle, por via recursal, da decisão que, no tribunal de origem, nega ou defere a medida cautelar.

Considerando tratar-se de decisão sobre matéria que no tribunal *ad quem* esta sujeita ao princípio da colegialidade, como fase certo os regimentos internos do STF (arts. 21, IV e V, e 317) e do STJ (arts. 34, V, e 258), não teria nenhum sentido lógico e muito menos sistemático considerá-la irrecorrível quando proferida ainda na origem. De outra sorte, considerando tratar-se de decisão integrada ao juízo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, em que o presidente ou o vice-presidente do tribunal *a quo* atua como órgão delegado do STF ou do STJ, é certo que tais decisões devem ser submetidas a controle perante o tribunal competente para o julgamento do recurso cujo efeito foi concedido ou negado. Será então cabível, nessas situações, o agravo de instrumento previsto no art. 544 do CPC, que será instruído com as peças adequadas do exame, pelo tribunal, do objeto específico e peculiar do recurso: O cabimento ou não da antecipação da tutela recursal nos recursos extremos. É possível que em situações de excepcional urgência o agravo de instrumento, pela sua demora na tramitação na origem, não tenha a agilidade suficiente para estancar o risco iminente de dano grave ao direito da parte e, nesses casos, evidenciada a relevância jurídica das alegações e o *periculum in mora*, a única alternativa que se mostra viável é, mais uma vez, a medida cautelar agora dirigida diretamente ao STF ou ao STJ, conforme o caso.

Diante das considerações acima colocadas, conclui-se que a tutela antecipada poderá ser requerida perante os tribunais por três meios, quais sejam:

- a) através de pedido direto, por simples petição no processo, nas ações de competência originária e nas quais os pressupostos para a medida se verificarem estando o processo em sua fase recursal;
- b) por recurso da decisão que em primeira instância apreciou o pedido;
- c) por meio de antecipação de tutela

recursal, processada como mero incidente a ser apreciado pelo relator ou, excepcionalmente, por ação direta.

Já no que concerne aos recursos extremos (ordinário, especial e extraordinário) de competência do STJ e STF, a antecipação da tutela recursal será obtida nas mesmas circunstâncias e com a mesma extensão, por medida cautelar, formulada por simples petição. O pedido será dirigido ao tribunal *ad quem*, se o recurso já tiver recebido juízo positivo de admissibilidade no tribunal de origem. Entretanto, enquanto não proferido tal juízo, cabe ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal *a quo*, competente para admitir ou não o recurso, apreciar a medida cautelar com o pedido de antecipação de tutela recursal e essa decisão estará sujeita a controle, por via de agravo de instrumento, ou excepcionalmente, por outra medida cautelar, dirigida diretamente ao tribunal competente para julgar o recurso cuja antecipação da tutela lhe foi deferida ou não.

REFERÊNCIA JURISPRUDENCIAL

“MEDIDA CAUTELAR Nº 12.544 - RS (2007/0041129-7)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO

REQUERENTE: ENERGIZER DO BRASIL LTDA

ADVOGADO: SUZANA MARIA DE REZENDE VAZ DA COSTA E OUTRO

REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR : JUAN CARLOS DURÁN E OUTRO(S)

EMENTA

MEDIDA CAUTELAR. DANO AO MEIO AMBIENTE. DESPEJO DE PILHAS E BATERIAS EM ATERROS SANITÁRIOS. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES À CONCESSÃO DA MEDIDA. IMPROCEDÊNCIA.

1. Cuida-se de medida cautelar interposta por Energizer do Brasil Ltda. para emprestar efeito suspensivo a recurso especial interposto de acórdão prolatado em sede de agravo de instrumento que manteve decisão concessiva de tutela antecipada que compeliu a requerente a proceder a destinação que entendesse mais adequada às pilhas e baterias que importa e comercializa não podendo mais despejá-las nos aterros sanitários, sob pena de multa diária por dano ao meio ambiente.. Revoltase a recorrente quanto ao fato de que, tendo sido interpostos agravos de instrumentos individualmente, por cada uma das empresas, estas lograram provimento, enquanto que o mesmo não lhe sucedeu. Sustenta a presença

do *fumus boni iuris*, na medida em que está cumprindo a legislação aplicável ao caso da lide, e do *periculum in mora*, pois o procedimento do recurso especial sem o efeito concessivo requerido acarretará a obrigatoriedade de a requerente, sozinha, cumprir a determinação do Juízo de 1ª Instância sob pena de pagamento de multa diária em valor elevado.

2. Para atribuição do efeito suspensivo ora postulado, faz-se necessário um mínimo de aparência de bom direito (*fumus boni iuris*) e perigo na demora (*periculum in mora*), que estão direta e simultaneamente ligados à possibilidade de êxito do recurso especial e à necessidade de urgência da prestação recursal. (MC 11.632/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

3. O artigo 13 da Resolução 257/99 do Conama invocado pela requerente para configurar o *fumus boni iuris* alegado, encontra-se com a sua legalidade questionada, não servindo, pois, para configuração do requisito da fumaça do bom direito. Por outro lado, o acórdão impugnado mediante o recurso especial, ao qual se pretende emprestar efeito suspensivo, desproveu o agravo da requerente por entender insuficientes as provas apresentadas para solução da controvérsia, comprometendo o conhecimento do recurso especial por força da Súmula 7/STJ. Não está patenteado o perigo da demora alegado pela parte interessada, até mesmo porque o julgamento prolatado em relação às outras não vincula a Câmara Cível que o proferiu à requerente.

4. Medida cautelar improcedente. Agravo regimental prejudicado. .”

“AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 12.675 - RJ (2007/0074120-1)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA
AGRÁRIA - INCRA

AGRAVADO: USINA CARAPEBUS S/A

ADVOGADO: WANDER CARLOS J RIBEIRO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL. LIMITES. EFEITOS SUSCETÍVEIS DE ANTECIPAÇÃO QUE NÃO PODEM SER DISTINTOS OU MAIS AMPLOS QUE AQUELES QUE PODERÃO SER OBTIDOS COM O PROVIMENTO DO RECURSO.

1. A medida cautelar intentada perante este STJ objetivando antecipar os efeitos da tutela recursal não pode ter conteúdo maior ou diferente do que resultaria do futuro julgamento do recurso especial interposto. Não se pode adiantar provisoriamente mais do que será possível conceder de modo definitivo.

2. No caso dos autos, a pretensão veiculada no recurso especial é a de reforma do acórdão que decidiu pela necessidade de intimação pessoal da parte para pagamento de honorários advocatícios. Sendo assim, a concessão da antecipação da tutela recursal postulada pelo recorrido fica restrita à discussão desta questão processual, sendo incabível que se conceda o provimento cautelar para o fim de determinar a suspensão de outras ações em curso, e, portanto, sujeitas a outros juízos.

3. Agravo regimental a que se dá provimento.”.

“MEDIDA CAUTELAR Nº 15.214 - PA (2009/0022213-5)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI

REQUERENTE : IGEPREV INSTITUTO DE GESTÃO PREVIDENCIÁRIA
DO ESTADO DO PARÁ

PROCURADOR : ADRIANA MOREIRA ROCHA BOHADANA E OUTRO(S)

REQUERIDO : CELSO ARAUJO SOUZA PAGEU

DECISÃO

IGEPREV- Instituto de Gestão Previdenciária do Estado do Pará propõe medida cautelar para ver processado recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, que ficou retido nos termos do art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil.

Afirma que o recurso especial, apesar de impugnar decisão prolatada em decisão interlocutória, perderá seu objeto caso fique retido até apreciação final da ação ordinária. Isso porque pretende suspender os efeitos de concessão de antecipação de tutela em ação em que o servidor requer computar no cálculo do percentual de 80% relativo à gratificação de escolaridade o valor do cargo comissionado incorporado.

Defende o requerente a existência de julgados, no âmbito desta Corte, que consideram incompatível a retenção de recurso especial contra acórdão que mantém ou reforma decisão concessiva de tutela antecipada, em face da possibilidade de ocorrer dano de difícil ou incerta reparação. Para ele, o *fumus boni juris* está configurado pela jurisprudência favorável transcrita na inicial e o *periculum in mora* caracteriza-se pela impossibilidade de discutir a antecipação de tutela após decisão de mérito.

É o relatório.

Do exame dos autos, verifica-se que o requerido ajuizou ação ordinária com o fito de ver reconhecido equívoco da Secretaria Executiva de Administração do Estado do Pará - SEAD, que teria deixado de computar no cálculo do percentual de 80% relativo à gratificação de escolaridade o valor relativo ao cargo comissionado incorporado. Nessa ação foi concedida a tutela antecipada, determinando que o Instituto de Gestão Previdenciária do Estado do Pará - IGPREV realizasse o cálculo tal como requerido na ação. Contra essa decisão, foi interposto agravo de instrumento para o Tribunal de Justiça do Pará, em que se alegava a impossibilidade de concessão de tutela antecipada no caso concreto, ao qual negou-se provimento em acórdão assim ementado:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA C/C AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 729 DO STF. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC. DEMONSTRAÇÃO DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Inconformado, o ora requerente interpôs recurso especial, com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, em que aduz violação aos arts. 273, § 2º, do Código de Processo Civil e 1º-B da Lei n. 9.494/97. O Vice-Presidente do Tribunal *a quo*, aplicando o § 3º do art. 542, do Código de Processo Civil, determinou a retenção do recurso especial, uma vez que se tratava de o inconformismo voltava-se contra decisão interlocutória. Agora,

com o ajuizamento de medida cautelar, pretende ver destrancado seu recurso especial. Inicialmente, este Tribunal admite a medida cautelar como meio hábil ao destrancamento de recurso especial recebido na forma retida (art. 542, § 3º, do CPC), em situações excepcionais, para assegurar a eficácia da prestação jurisdicional futura, tendo por finalidade a "proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa." (art. 34, V, do RISTJ). Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL RETIDO NA ORIGEM. ART. 542, § 3º, DO CPC. DESTRANCAMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. FUMUS BONI IURIS. JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. INVIABILIDADE DO CONHECIMENTO DO ESPECIAL. PERICULUM IN MORA. AUSÊNCIA.

1. Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão que extinguiu, sem resolução do mérito, medida cautelar ajuizada para destrancar recurso especial retido nos termos do § 3º do art. 542 do Código de Processo Civil - CPC. O apelo raro dirige-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, nos autos de agravo de instrumento, deferiu medida antecipatória para determinar que o Município do Rio de Janeiro adote as providências necessárias para a realização da limpeza diária das canaletas fronteiriças ao terreno em que se localiza a moradia do particular, sob pena de multa diária.

2. Em regra, os recursos especiais tirados de agravo de instrumento ficam retidos nos autos até que seja interposto recurso contra a

decisão final. Excepcionalmente, demonstrada a plausibilidade do direito alegado e a urgência na subida do recurso especial, admite esta Corte o deferimento de cautelar para destrancar o apelo e permitir o seu imediato processamento, mitigando-se a disposição contida no art. 542, § 3º do CPC. Frisa-se que se caracteriza urgência na subida de especial quando a decisão impugnada for suscetível de ocasionar à parte dano irreparável ou de difícil reparação ou quando o recurso especial perder o seu objeto se não apreciado imediatamente.

(...)

7. Agravo regimental não provido (AgRg na MC 15.085/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/8/2009, DJe 31/8/2009 - grifou-se).

Com relação à questão de fundo, o § 3º do art. 542 do CPC determina que o recurso especial, quando interposto 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 contrarrazões. Entretanto, a jurisprudência consolidada desta Corte firmou-se no sentido de que, tratando-se de recurso especial interposto contra decisão interlocutória que concede ou indefere tutela antecipada, é razoável determinar-se o seu imediato processamento, sob pena de se tornar inócua a apreciação da matéria por esta Corte. Elucidativo, aliás, é o aresto da lavra da Excelentíssima Senhora Ministra Denise Arruda, que restou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. DESTRANCAMENTO DE RECURSO ESPECIAL RETIDO (ART. 542, § 3º, DO CPC). PEDIDO DE PROCESSAMENTO IMEDIATO. RETENÇÃO INDEVIDA, NA ESPÉCIE. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA TUTELA CAUTELAR. CONCESSÃO DO PEDIDO LIMINAR, EM SEDE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. A propositura de medidas cautelares no Superior Tribunal de Justiça tem sido admitida apenas em casos excepcionais, para fins de assegurar a eficácia da prestação jurisdicional futura, tendo por finalidade a "proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa." (art. 34, V, do RISTJ).

2. Nos termos do art. 542, § 3º, do CPC, o recurso especial, quando interposto 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 contrarrazões.

3. No entanto, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de admitir o processamento imediato do recurso especial, mitigando a regra contida no citado dispositivo, nas hipóteses em que ficar demonstrada a possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como naquelas em que o recurso especial perderá o seu objeto, se não-apreciado de imediato, o que ocorre no

caso dos autos, tendo em vista que o recurso especial foi interposto em face de acórdão que, em sede de agravo de instrumento, não acolheu as alegações de inexistência de ato de improbidade administrativa, manifesta improcedência da ação e inadequação da via eleita. Ademais, deve ser consignada a existência de determinação de indisponibilidade de bens dos agravados em face de supostos atos de improbidade, o que também afasta a possibilidade de retenção do recurso especial.

4. Desprovemento do agravo regimental (AgRg na MC 15200/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/4/2009, DJe 6/5/2009 - grifou-se).

Nesse diapasão, veja-se também:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. TABELA DO SUS. DIFERENÇA RESULTANTE DE CONVERSÃO. ACÓRDÃO QUE MANTEVE A DENEGAÇÃO DO PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. RECURSO ESPECIAL RETIDO. DESRETIÇÃO.

CABIMENTO. EFEITO SUSPENSIVO ATIVO. INVIABILIDADE.

I - Em ocasiões extraordinárias, esta Corte tem mitigado o óbice do art. 542, § 3º, do CPC, determinando a subida do recurso especial, buscando a efetividade do provimento judicial. A hipótese sub examine enquadra-se dentre aquelas que permitem o abrandamento da norma legal, haja vista o risco do recurso especial tornar-se inócuo.

II - Em relação ao pleito para a concessão, a título de antecipação dos efeitos da tutela, do reajustamento dos valores dos procedimentos hospitalares, em conformidade com os cálculos apresentados pela requerente, não vislumbro a conjugação dos requisitos necessários à concessão requerida, haja vista que a dívida passada acaso reconhecida deverá ser saneada através dos canais de regência, observando-se, ainda, que a partir de novembro de 1999, foram concedidos reajustes diferenciados na tabela do SUS, falecendo então a ilegalidade após tal período.

III - Medida cautelar parcialmente procedente para determinar a desretenção do recurso especial e a análise prévia pela Corte Regional da admissibilidade recursal. Agravo regimental prejudicado. (MC 8.356/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2005, DJ 30/05/2005 p. 208).

Diante do exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, julgo procedente a cautelar, para determinar ao Tribunal de origem que prossiga no exame de admissibilidade do recurso especial apresentado pelo ora requerente, afastada sua retenção.

Publique-se e intímese.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2010.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator"

“AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.344.523 - PI (2010/0154769-0)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

AGRAVANTE : COMPANHIA ENERGÉTICA DO PIAUÍ CEPISA

ADVOGADO : BRUNO DE CARVALHO GALIANO E OUTRO(S)

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ

DECISÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM O OBJETIVO DE DESTRANCAR RECURSO ESPECIAL RETIDO NA ORIGEM ART. 542, § 30 DO CPC. POSSIBILIDADE. TUTELA ANTECIPADA PARA ADEQUAÇÃO DE TENSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA EM 48 HORAS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA.

1. A decisão que impõe a retenção do recurso especial tem nítida natureza interlocutória e conseqüentemente, não há erronia insuperável na interposição de Agravo de Instrumento desta decisão, máxime porque oscilante a jurisprudência do Eg. STJ no sentido do cabimento do recurso em exame, mediante a interposição de uma simples petição ou até mesmo de Medida Cautelar a indicar a admissão da fungibilidade recursal.

2. Deveras, a regra genérica do art. 522 do CPC e a especial do art. 544 conspiram pela admissão do agravo quando retido o recurso especial de decisão que se alega potencialmente causadora de lesão irreparável.

3. Agravo de Instrumento provido, determinando-se o processamento do Recurso Especial.”.

“Medida Cautelar em Petição 2.702-7 Rio de Janeiro

EMENTA:

- 1. Liminar deferida em primeiro grau e confirmada pelo Tribunal de Justiça, que proíbe empresa jornalística de publicar conversas telefônicas entre o requerente – então Governador de Estado e, ainda, hoje, pretendente à presidência da República – e outras pessoas, objeto de interceptação ilícita e gravação por terceiros, a cujo conteúdo teve acesso o jornal.**
- 2. Interposição pela empresa de recurso extraordinário pendente de admissão no Tribunal a quo.**
- 3. Propositura pela recorrente de ação cautelar – que o STF recebe como petição – a pleitear, liminarmente, (1) autorização de publicação imediata da matéria e (2) subida imediata do RE à apreciação do STF, porque inaplicável ao caso o art. 542, § 3º, C.Pr.Civil.**
- 4. Objeções da PGR à admissibilidade (1) de pedido cautelar ao STF, antes de admitido o RE na instância a quo; (b) do próprio RE contra decisão de caráter liminar: razões que aconselham, no caso, fazer abstração delas.**
- 5. Primeiro pedido liminar: natureza de tutela recursal antecipada: exigência de qualificada probabilidade de provimento do recurso extraordinário.**
- 6. Impossibilidade de tal afirmação no caso de tal pressuposto da tutela recursal antecipada: (a) polêmica – ainda aberta no STF – acerca da viabilidade ou não da tutela jurisdicional preventiva de publicação de matéria jornalística ofensiva a direitos da**

personalidade; (b) peculiaridade, de extremo relevo, de discutir-se no caso da divulgação jornalística de produtos de interceptação ilícita – hoje, criminosa – de comunicação telefônica, que a Constituição protege independente do seu conteúdo e, conseqüentemente, do interesse público em seu conhecimento e da notoriedade ou do protagonismo político ou social dos interlocutores.

7. Vedação, de qualquer modo, de antecipação de tutela, quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (C.Pr.Civ., art. 273, § 2º), que é óbvio, o caso, na perspectiva do requerido, sob a qual deve ser examinado.

8. Deferimento parcial do primeiro pedido para que se processe imediatamente o recurso extraordinário, de retenção incabível nas circunstâncias, quando ambas as partes estão acordes, ainda que sob primas contrários, em que a execução, ou não, da decisão recorrida lhes afetaria, irreversivelmente as pretensões substanciais conflitantes.” (STF, Min. Sepúlveda Pertence, D.J. 19.09.2003).

“Petição N. 2.541-5 RIO GRANDE DO SUL (QUESTÃO DE ORDEM)

EMENTA: Medida Cautelar inominada.

Não cabendo, por inócua, a concessão do efeito suspensivo a recurso extraordinário quando as decisões das instâncias inferiores são desfavoráveis ao recorrente, o que este, no caso, com a medida cautelar pretende é a obtenção de tutela antecipada em recurso extraordinário.

Para que o juiz conceda a tutela antecipada é preciso que se convença da verossimilhança da alegação.

No caso, não ocorre esse convencimento de verossimilhança, que se traduz em muito forte probabilidade de o recorrente vir a sair vitorioso no julgamento do recurso extraordinário, e isso porque a questão é controvertida nos Tribunais Regionais Federais, e não há ainda definição dessa Corte.

Questão de ordem que se resolve no sentido de indeferir-se a presente petição.” (STF, Min. Moreira Alves, D.J. 14.06.2002).

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 99, 2000.

ALVIM, Eduardo Arruda. Biblioteca de estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. Ed. Juruá. 2009. 2ª reimpressão.

ARMELIN, Roberto. Notas sobre a antecipação de tutela sem segundo grau de jurisdição. In NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Recursos. Processos e incidentes dos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 2. Ed. Revista e ampliada. Saraiva: 2010.

BUSSADA, Wilson. Tutela Antecipada interpretada pelos tribunais. Ed. Edipro. 1ª edição. 2002.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. Tutela Antecipada Recursal. 2ª edição revisada e atualizada. Ed. Juruá. 2008.

FUX, Luiz. A tutela antecipada nos tribunais superiores. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. Processo Civil: recursos. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. O Novo Processo Civil Brasileiro. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, p.373.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória, *Ajuris* 66/204-5.

PINTO, Nelson Luiz Pinto. Manual de Recursos Cíveis. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. I.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. Ed. Saraiva. 7ª edição. 2009.

Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 08/12/2010.

Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08/12/2010.

Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08/12/2010.

Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/Article/viewFile/18547/18111>>. Acesso em: 08/12/2010