

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

RODRIGO BOSCARDIN BARBIERI

TUTELA ANTECIPADA NO ÂMBITO RECURSAL

SÃO PAULO

2024

RODRIGO BOSCARDIN BARBIERI

TUTELA ANTECIPADA NO ÂMBITO RECURSAL

RESUMO: O objetivo do presente estudo é explorar a relevância e os aspectos legais da tutela antecipada no contexto do direito processual brasileiro, especialmente em relação à tutela antecipada em âmbito recursal, à luz das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015. A pesquisa se inicia com uma análise dos conceitos fundamentais da tutela antecipada, destacando sua importância para a efetividade da justiça e a proteção dos direitos fundamentais, em situações onde a espera por uma decisão final pode acarretar danos irreparáveis. O estudo será dividido em capítulos que abordarão, primeiramente, os efeitos recursais e a dinâmica entre os efeitos suspensivo e antecipativo, essenciais para compreender a atuação da tutela antecipada em sede recursal. Em seguida, será feita uma análise detalhada dos requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada, diferenciando-a da tutela cautelar e discutindo a fungibilidade entre essas medidas. O trabalho também se debruçará sobre a aplicação da tutela antecipada especificamente no recurso de agravo de instrumento, enfatizando sua importância em situações de urgência. Por fim, serão apresentadas considerações finais que sintetizarão os principais pontos abordados, ressaltando a contribuição da tutela antecipada para a efetividade da justiça no sistema jurídico brasileiro. A pesquisa visa proporcionar uma compreensão aprofundada sobre a tutela antecipada em âmbito recursal, evidenciando sua função crucial na proteção dos direitos dos jurisdicionados.

PALAVRAS-CHAVE: tutela antecipada; tutela provisória; tutela de urgência; direito processual civil; código de processo civil; recursos; agravo de instrumento; fumus boni iuris; periculum in mora.

ABSTRACT: The aim of this study is to explore the relevance and legal aspects of injunctive relief in the context of Brazilian procedural law, especially in relation to injunctive relief on appeal, in light of the innovations brought in by the 2015 Code of Civil Procedure. The research begins with an analysis of the fundamental concepts of injunctive relief, highlighting its importance for the effectiveness of justice and the protection of fundamental rights, in situations where waiting for a final decision can cause irreparable damage. The study will be divided into chapters that will first address the effects of appeals and the dynamics between suspensive and anticipatory effects, which are essential to understanding the role of injunctive relief in appeals. This will be followed by a detailed analysis of the requirements necessary to grant preliminary injunctions, differentiating them from precautionary injunctions and discussing the fungibility of these measures. The paper will also focus on the application of advance relief specifically in the interlocutory appeal, emphasizing its importance in situations of urgency. Finally, concluding remarks will be presented to summarize the main points covered, highlighting the contribution of injunctive relief to the effectiveness of justice in the Brazilian legal system. The research aims to provide an in-depth understanding of injunctive relief in the appellate sphere, highlighting its crucial role in protecting the rights of the courts.

KEYWORDS: injunctive relief; provisional injunctive relief; emergency injunctive relief; civil procedural law; code of civil procedure; appeals; interlocutory appeal; *fumus boni iuris*; *periculum in mora*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
------------------------	----------

CAPÍTULO 1 – ASPECTOS GERAIS DA TUTELA ANTECIPADA

1.1. Conceito.....	6
1.2. Noções gerais da tutela antecipada.....	7
1.3. Natureza jurídica da tutela antecipada.....	11
1.4. Principais princípios constitucionais da tutela antecipada.....	13
1.5. Requisitos autorizadores da tutela antecipada.....	16
1.5.1. Periculum in mora – justo receio de dano irreparável ou de difícil reparação e Fumus boni iuris – plausibilidade do direito.....	17
1.5.2. Possibilidade da concessão de ofício?	19
1.6. Possibilidade de revogação ou reversão da tutela antecipada.....	23

CAPÍTULO 2 – BREVE CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS RECURSAIS

2.1. Considerações iniciais.....	25
2.2. Efeito devolutivo.....	26
2.3. Efeito antecipativo.....	27
2.4. Efeito translativo.....	29
2.5. Efeito suspensivo.....	31
2.6. Diferença entre o efeito suspensivo e o antecipativo.....	32

CAPÍTULO 3 – ASPECTOS LEGAIS E PROCESSUAIS DA TUTELA ANTECIPADA À LUZ DO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO

3.1. Previsão legal da tutela antecipada recursal no âmbito do direito brasileiro.....	34
3.2. Requisitos autorizadores da tutela antecipada recursal....	34
3.3. Diferenças entre tutela antecipada e tutela cautelar.....	36
3.4. Fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar.....	38

3.5. Procedimento para requisição e concessão da tutela antecipada recursal.....	39
---	-----------

3.5.1 Competência.....	39
-------------------------------	-----------

3.5.2 Poderes do Relator.....	40
--------------------------------------	-----------

3.5.3 Antecipação dos efeitos da tutela recursal.....	44
--	-----------

3.6. Limites para concessão da tutela antecipada recursal.....	45
---	-----------

CAPÍTULO 4 – TUTELA ANTECIPADA NO ÂMBITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO.....	47
---	-----------

CONCLUSÃO.....	50
-----------------------	-----------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

A tutela antecipada, enquanto instrumento jurídico que visa assegurar a imediata proteção de direitos, é uma ferramenta fundamental no processo judicial brasileiro. No âmbito recursal, sua aplicação assume uma importância ainda mais relevante, pois possibilita a concessão de medidas urgentes durante a tramitação de recursos, evitando que a demora na resolução do litígio cause danos irreparáveis ou de difícil reparação às partes envolvidas. Este trabalho busca aprofundar a análise da tutela antecipada em sede recursal, destacando sua contribuição para a efetividade da jurisdição e o acesso à justiça, conforme preconizado pela Constituição Federal.

A efetividade da prestação jurisdicional é um dos principais pilares da tutela antecipada em sede recursal, uma vez que garante a proteção imediata dos direitos das partes, sem que seja necessário aguardar o trânsito em julgado da decisão. Além disso, a concessão dessa medida é essencial para a prevenção de danos, especialmente em situações de urgência, onde a espera por uma decisão final pode acarretar consequências irreparáveis. A compreensão dos requisitos e limites para a concessão da tutela, como o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora", também é crucial, pois possibilita a adequada aplicação desse instituto nas diferentes fases do processo recursal.

Outro aspecto importante é a evolução do direito processual brasileiro, especialmente com as reformas introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015, que ampliaram as possibilidades de concessão de tutela antecipada, refletindo a busca por um sistema mais célere e eficiente. Estudar a tutela antecipada em âmbito recursal, portanto, é uma forma de compreender não apenas as mudanças normativas, mas também o papel do Judiciário em garantir a rápida resolução dos conflitos e a proteção dos direitos fundamentais.

O objetivo deste estudo é analisar a aplicação da tutela antecipada no âmbito recursal, explorando seus requisitos, limites e impactos no processo judicial. Busca-se compreender como essa medida pode ser utilizada de maneira eficaz para garantir a proteção dos direitos das partes durante a tramitação de recursos, além de contribuir para o aprimoramento da prática processual e para a formação de profissionais do direito comprometidos com a efetividade e a celeridade da justiça no Brasil.

No primeiro capítulo, intitulado "Aspectos Gerais da Tutela Antecipada", será apresentado um panorama abrangente sobre o conceito e as noções gerais da tutela

antecipada, sua natureza jurídica e os princípios constitucionais que a sustentam. Serão discutidos os requisitos autorizadores para sua concessão, como o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, além da possibilidade de revogação ou reversão da tutela concedida.

No segundo capítulo, "Breve Considerações sobre os Efeitos Recursais", serão discutidos os efeitos que a interposição de recursos gera no processo, com ênfase nos efeitos devolutivo, antecipativo, translativo e suspensivo. A análise das diferenças entre o efeito suspensivo e o efeito antecipativo será fundamental para compreender a dinâmica da tutela antecipada em sede recursal.

O terceiro capítulo, "Aspectos Legais e Processuais da Tutela Antecipada à Luz do Sistema Recursal Brasileiro", se debruçará sobre a previsão legal da tutela antecipada recursal, analisando os requisitos necessários para sua concessão, as diferenças entre tutela antecipada e tutela cautelar, e a fungibilidade entre essas medidas. Também será abordado o procedimento para requisição e concessão da tutela antecipada recursal, incluindo a competência e os poderes do relator.

O quarto capítulo, "Tutela Antecipada no Âmbito do Agravo de Instrumento", focará na aplicação da tutela antecipada especificamente no recurso de agravo de instrumento, destacando a importância desse recurso para a proteção de direitos em situações de urgência e a possibilidade de concessão de tutela provisória.

Por fim, o trabalho concluirá com considerações finais que sintetizarão os principais pontos abordados, ressaltando a relevância da tutela antecipada no contexto recursal e sua contribuição para a efetividade da justiça. Através desta análise, espera-se proporcionar uma compreensão aprofundada sobre a tutela antecipada em âmbito recursal, evidenciando sua importância no sistema jurídico brasileiro.

CAPÍTULO 1 – ASPECTOS GERAIS DA TUTELA ANTECIPADA

1.1. Conceito

A tutela antecipada é um instituto do direito processual civil brasileiro, que aparece como uma das espécies do gênero da tutela provisória. A tutela antecipada se concretiza por meio de uma decisão interlocutória, pela qual o magistrado, em cognição sumária, ou seja, sem um conhecimento aprofundado, com base em um juízo de probabilidade, não aguarda a solução integral do mérito e assegura um direito, ainda que de forma provisória.

Isto porque, a depender da demanda judicial, a parte não estará apta a aguardar o deslinde do processo, por se tratar de algo urgente, em que a tutela jurisdicional posterior pode não ser mais eficaz e útil.

Ou seja, existe a possibilidade de antecipar o direito que se mostra provável, para que surtam seus efeitos, sem que seja reconhecida definitivamente sua existência. Para isso, não basta o simples pedido da parte, mas sim a efetiva demonstração do preenchimento cumulativo de dois requisitos autorizadores de sua concessão, quais sejam: *fumus boni iuris*, isto é, a plausibilidade do direito requerido, a verossimilhança; e o *periculum in mora*, que nada mais é que a demonstração do perigo de dano caso aguarde a resolução do mérito, previstos no art. 300 do Código de Processo Civil (CPC):

“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

Márcia Dinamarco e Bruno Madeira¹ asseveram que:

“É nesse sentido que se diz que as antecipações dos efeitos da tutela e tutelas cautelares estão dentro do mesmo contexto de neutralização dos males que o decurso do tempo possa causar aos direitos antes de que eles sejam reconhecidos e satisfeitos.”.

¹ Dinamarco, Márcia – Manual de Direito Processual Civil / Márcia Dinamarco, Bruno Madeira – Leme/SP: Mizuno, 2021. Pg. 108.

Desta forma, a antecipação da tutela é vista como uma das maneiras de se garantir os princípios constitucionais da efetividade e da prestação jurisdicional em prazo razoável, consagrado no art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal (CF), *in verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”. Da mesma maneira, o art. 4º do Código de Processo Civil (CPC) também prevê o direito a resolução integral do mérito em prazo razoável, vejamos: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”.

Neste sentido, Cassio Scarpinella Bueno² explicita:

“Em outras palavras, o Estado, por meio do Poder Judiciário, tem o dever de prestar tutela jurisdicional de qualidade, apta a atender aos reclamos dos jurisdicionados em tempo hábil. É compelido a, conjuntamente à comunidade jurídica, desenvolver e aprimorar técnicas que prezem pelo aspecto qualitativo da atividade jurisdicional, conforme anseio social e direito constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF).

Nesse contexto, de deveres compartilhados de discussão acerca de meios de aprimoramento da atividade jurisdicional, insere-se o presente trabalho, que visa à breve abordagem da tutela antecipada, **instrumento processual de enorme importância para a garantia de pleno acesso à justiça, por meio da qual se busca a distribuição, entre os litigantes, dos efeitos deletérios da duração – ou, mais precisamente, da demora (fisiológica ou patológica) – do processo.**”.

Pelo exposto, a tutela anticipa é um instrumento do processo para garantir que seja possível a execução da tutela jurisdicional em prazo razoável, nas hipóteses em que o tempo apareça como fator de corrosão dos direitos, mediante a demonstração dos requisitos autorizadores de sua concessão.

1.2. Noções gerais da tutela antecipada

A fim de contextualizar a tutela antecipada, se faz necessário esclarecer, como já mencionado, que a tutela antecipada é uma espécie do gênero tutela provisória. Conforme previsto no art. 294 do CPC, a tutela provisória se divide em tutela de urgência e tutela de evidência: “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.”.

² BUENO, Cassio Scarpinella, Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015 / coordenação de Cassio Scarpinella Bueno...[et al.]. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 84.

A tutela de evidência é concedida, provisoriamente, sem que o julgador tenha cognição exauriente, quando o direito se mostra evidente, sem possibilidade de impugnação, assegurando a completa convicção ao órgão julgador. O art. 311 do CPC prevê hipóteses que poderão ser concedidas as tutelas de evidência, mesmo sem ter sido demonstrado o perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo:

“Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.”

Contudo, o parágrafo único, deste dispositivo, somente autoriza a decisão liminar nas hipóteses dos incisos II e III.

Já a tutela de urgência, segundo Márcia Dinamarco e Bruno Madeira³, “circunda a ideia do tempo como fator de corrosão dos direitos”, ou seja, busca-se neutralizar os prejuízos que o decurso do tempo possa gerar aos direitos devido a necessidade de espera quanto ao provimento definitivo da demanda.

Além disso, a tutela de urgência se divide cautelar, isto é, aquela que busca garantir o resultado útil do processo, medida para proteção direta do processo que irá refletir nas partes; e antecipada, a qual busca conceder o próprio pedido formulado e não se esgota apenas com a garantia do resultado útil processo ou com a simples satisfação do direito.

Neste contexto, explica Nelson Nery Jr. e Rosa Nery⁴:

“a tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou os seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273, I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata

³ Dinamarco, Márcia – Manual de Direito Processual Civil / Márcia Dinamarco, Bruno Madeira – Leme/SP: Mizuno, 2021. Pg. 108

⁴ NERY JR, Nelson Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 841-842.

execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor)”.

O parágrafo único do referido dispositivo prevê que as tutelas de urgência podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental, sendo que a primeira é requerida antes da propositura da ação, devido a urgência, não sendo possível formular o pedido da tutela definitiva e a segunda é requerida dentro do processo ou quando da postulação, em que já se tem formulada a tutela definitiva, porém há a necessidade de adiantar seus efeitos, esta última não depende do pagamento de custas, nos termos do art. 295.

Luiz Fux⁵, assim dispõe:

“De outro lado, a tutela antecipada é aquela que diz respeito ao mérito ou parte dele. O autor, demonstrando que não poderá aguardar o desenvolvimento completo do procedimento comum, pede a antecipação do objeto da lide ou de parte dele. Esta antecipação, por sua vez, pode ocorrer no momento da propositura da ação ou no curso do processo, de acordo com o advento da urgência da intervenção judicial demonstrada nos autos do processo.

Ainda, conforme o momento em que se dê, a tutela provisória de urgência pode ser requerida de forma antecedente (anterior ao início de um processo, que futuramente existirá)¹⁰² ou incidental (em processo já iniciado). Tanto a tutela de urgência cautelar como a tutela de urgência antecipada podem se dar de forma antecedente ou incidental, caso este em que independerá de pagamento de custas (art. 295 do CPC), visto que já há um feito em trâmite.”

Não obstante, importante frisar que, com a demonstração do preenchimento cumulativo do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (art. 300, CPC), é possível a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, pelo fato de em determinadas situações não ser possível aguardar a solução integral do mérito para que um direito seja garantido. Nestas situações, diante do pedido de concessão, será deferida a tutela com base em juízo de probabilidade, isto é, em uma cognição sumária do julgador, sem maiores aprofundamentos.

Logo, considerando que as antecipações de tutela são provisórias, para a concessão é necessário que seja possível reverter a situação ocasionada, caso se vislumbre necessário em momento futuro, isto é, que seja possível retornar ao *status quo ante*, nos

⁵ Fux, Luiz, 1953 - Curso de direito processual civil / Luiz Fux. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023. Pg. 120.

termos do art. 300, §3º, do CPC. Desta forma, em havendo perigo de sua irreversibilidade, não poderá ser esta concedida.

Sobre o tema, muito bem explicita Márcia Dinamarco e Bruno Madeira⁶:

“E, ainda, necessário é a reversibilidade da situação obtida com a concessão delas (CPC, §3º, art. 300). As medidas de urgência são provisórias, sendo definitivo apenas o provimento jurisdicional final (a sentença que transita em julgado).”.

Ainda, considerando que as antecipações da tutela são feitas em cognição sumária, é possível que a concessão gere prejuízos para parte contrária e, posteriormente, venha a ser revertida. Em se concretizando tal hipótese, caberá àquele que postulou a medida e gerou o dano, indenizar a parte lesada, independentemente da apuração de culpa, uma vez que, em cognição exauriente, não ter sido confirmada a antecipação da tutela, em conformidade com o art. 302 do CPC, *in verbis*:

“Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.”

Por fim, a depender do caso, pode o julgador exigir, da parte que realiza o pleito, a apresentação de caução real ou fidejussória, a fim de garantir eventual necessidade de ressarcimento por supostos danos que venha sofrer a parte adversa com a concessão da tutela de urgência, nos termos do art. 300, §1º, do CPC. Evidentemente, trata-se de uma hipótese em que o magistrado possui alguma dúvida em relação à concessão ou não da tutela pleiteada.

⁶ Dinamarco, Márcia – Manual de Direito Processual Civil / Márcia Dinamarco, Bruno Madeira – Leme/SP: Mizuno, 2021. Pg. 109

1.3. Natureza jurídica da tutela antecipada

A tutela antecipada aparece como uma garantia da realização do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desta maneira, a sua natureza jurídica é de execução *lato sensu*, visto que a intenção é garantir, sem que tenha a necessidade de aguardar o deslinde do processo, o provimento total ou parcial da própria pretensão do autor ou mesmo seus efeitos.

Neste contexto, é o ensinamento de Nelson Nery Júnior⁷:

“tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de execução lato sensu, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas ‘cautelares satisfativas’, que constitui em si uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar.

Importante frisar que a tutela antecipada possui natureza jurídica de execução *lato sensu*, visto que não se refere apenas aos casos de execução por meio de imposição de medidas coercitivas, mas também àquelas de execução imprópria, sem tal necessidade. A fim de atender ao princípio da efetividade e da razoável duração do processo, o provimento deve ser garantido nos próprios autos em que foi pleiteado, sob pena de lesão aos referidos princípios.

Com a concessão da tutela antecipada, em razão do dever do Poder Público em efetivar uma prestação jurisdicional de forma rápida e atribuindo justa e efetiva solução do litígio, é viabilizada a entrega antecipada e provisória da resolução do mérito ou seus efeitos, bem como a garantia de que será efetiva a tutela.

Isso porque, conforme já mencionado, em determinadas situações não se pode esperar o resultado final do processo, sob pena de corrosão do direito pelo decurso do

⁷ Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 841-842.

tempo, ou seja, a concessão da tutela antecipada é baseada estritamente na busca da efetividade do provimento jurisdicional e na urgência do caso, demonstrado pelo perigo da demora e pela fumaça do bom direito.

Por esse motivo, é evidente a natureza jurídica de execução da tutela antecipada, visto que, de acordo com o perigo da demora, a determinação judicial atrelada à antecipação da tutela deve ser de pronto cumprida pela parte contrária, inclusive sendo plausível a utilização de meios coercitivos para tanto.

Urge trazer à baila os ensinamentos de Luiz Fux⁸:

“A enumeração desses poucos casos é suficiente para que observemos da utilização prática da tutela de urgência para fins de proteção ao direito, com a obtenção de resultados irreversíveis, auferidos em *summaria cognitio* e com cunhas de definitividade.”.

(...)

“O direito líquido e certo do particular contra o particular também é merecedor de tutela imediata e de pronta atuação jurisdicional, que se perfaz com a tutela satisfativa urgente, restando a ordinariiedade para situações de alta indagação.

A resposta judicial imediata nos denominados casos de urgência é o objetivo maior do juízo após a instauração da relação processual, **em razão da responsabilidade judicial na rápida e justa solução do litígio, mercê da necessidade de manterem-se, quer no plano processual quer no plano da realidade, a igualdade das partes e a efetividade do processo.**”.

Portanto, claramente a tutela antecipada busca garantir a antecipação dos efeitos ou até mesmo da própria tutela que seria realizada ao final, pelo risco ao resultado útil do processo ou o perigo da demora. Ou seja, de forma provisória, por meio de juízo de probabilidade, por ser feito em cognição sumária, antecipasse os efeitos da prestação postulada em juízo que seria o resultado final.

A existência de eventual dúvida do julgador quanto à concessão ou não da tutela antecipada permite que, com base no poder geral de cautela, seja exigido a prestação de caução, conforme muito bem ensina Luiz Fux⁹:

“A contracautela tem por objetivo minorar os riscos da tutela de urgência, garantindo a reparação de danos que o demandado possa sofrer, podendo ser exigida a critério do

⁸ Fux, Luiz, 1953 - Curso de direito processual civil / Luiz Fux. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023. Pg 116 e 119.

⁹ Fux, Luiz, 1953 - Curso de direito processual civil / Luiz Fux. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023. Pg 129.

juiz (art. 300, § 1º, do CPC).¹³⁶ Esta é a razão pela qual a lei estabelece a “contracautela”, que visa a minimizar, senão afastar, a repercussão negativa na esfera jurídica do requerido que os efeitos de uma medida cautelar podem lhe causar. A contracautela é a contrapartida pela adoção do provimento com base em juízo perfunctório. Sem prejuízo, o requerente do provimento cautelar assume a responsabilidade objetiva pelo risco judiciário (art. 302 do CPC), respondendo por tudo quanto possa causar à parte contrária, em razão de ter requerido uma medida urgente, que se verifica a posteriori à concessão, despida de fundamento. Essa responsabilidade ocorre independentemente da responsabilidade por dano processual prevista nos arts. 79 e seguintes do CPC.”.

1.4. Principais princípios constitucionais da tutela antecipada

Os princípios gerais do processo civil e os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988 estão estreitamente relacionados aos princípios constitucionais que sustentam a tutela antecipada no sistema jurídico brasileiro. O principal princípio que rege a tutela antecipada é o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou princípio do acesso à justiça, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da CF, isto porque, prevê que nenhuma ameaça ou lesão à direito pode ser excluída da apreciação pelo Poder Judiciário.

Ou seja, nas hipóteses em que aguardar o resultado final da demanda pode gerar evidentes prejuízos à parte, como por exemplo se tornar ineficaz ou até mesmo inútil a prestação jurisdicional, é imperiosa a existência do referido instrumento processual para assegurar o direito da parte. Caso contrário, estaria configurado o afastamento da apreciação do judiciário, pois sem um provimento que antecipe os efeitos do mérito, de nada adiantaria para parte o resultado final, violando o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Neste sentido, urge trazer à baila os ensinamentos de Cássio Scarpinella¹⁰:

“O direito de ação, amplamente considerado, é, portanto, o mais fundamental de todos os direitos, **porquanto imprescindível à efetiva concreção de todos os demais direitos materiais direitos se o ordenamento não viabilizasse formas processuais eficientes de exigi-los.**

É por tal razão que, embora esteja presente desde a cláusula 29 da Carta Magna de

¹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella, Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015 / coordenação de Cassio Scarpinella Bueno...[et al.]. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 87.

1215, em que os súditos do Rei João Sem Terra reivindicavam uma justiça imparcial e rápida, bem como em outros ordenamentos, a exemplo do Código Austríaco de 1895, que conferiu ao juiz um papel ativo para equalizar as partes, a garantia de acesso à justiça só adquire especial relevo nos ordenamentos jurídicos após a consagração de novos direitos, como meio de assegurar a eficácia dos mesmos.

Assim, dada a sua relevância e com vistas a assegurar que o acesso à justiça dispõe de caráter fundamental e status de direito humano, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Resolução n. 217, da III Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil, consignou que *“toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”*.”. (grifos acrescentados)

Portanto, a tutela antecipada aparece como forma de garantir os direitos das partes em situações que a demora se apresenta como prejudicial, pois o sistema jurídico não deve apenas proclamar direitos, mas sim apresentar instrumentos e meios que viabilizem a sua efetividade e a sua garantia, com a plena concretização. Desta maneira, não basta o simples acesso ao Poder Judiciário, pois se torna desnecessário tal acesso se não é possível a obtenção de tutela jurisdicional que garanta o direito da parte.

Cássio Scarpinella assevera¹¹:

“ Assim, ao se consignar que o objetivo do direito fundamental preconizado no art. 5º, XXXV, da Constituição é assegurar o acesso à ordem jurídica justa, amplia-se a extensão da garantia de acesso à justiça, que se volta à integralidade da atividade jurisdicional e não apenas à atividade pré-jurisdicional, ou seja, ao caminho percorrido pela parte autora até a submissão da demanda à apreciação do Poder Judiciário.

Amplamente considerado, o acesso à justiça é a garantia de prestação de tutela jurisdicional por parte do Estado. Porém, não se limita a isso: o acesso à justiça, contemporaneamente considerado, impõe a obtenção de tutela jurisdicional adjetivada, acompanhada, sobretudo, mas não apenas, do adjetivo tempestiva, a que se seguem outros que remetem à sua adequação e à efetividade.

Desta forma, percebe-se a presença de outro princípio norteador da tutela antecipada, qual seja: o princípio da eficiência, disposto no art. 37 da CF, pois a

¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella, Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015 / coordenação de Cassio Scarpinella Bueno...[et al.]. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 88.

Administração Pública deve garantir meios de tornar sua tutela jurisdicional eficaz, não se mostrando adequada e eficaz a espera pelo deslinde do processo nos casos em que exista urgência e demande maior celeridade.

Sem a tutela antecipada, não é possível verificar a efetividade na prestação jurisdicional, pois a demora corroerá o direito da parte, podendo dizer que configurará a perda do interesse processual pela prestação intempestiva da jurisdição, é o entendimento de Cássio Scarpinella¹²:

“A tempestividade da tutela jurisdicional refere-se à sua prestação em tempo compatível com a natureza do objeto em litígio e que não transforme o Poder Judiciário ou o processo em instrumento de desilusão da parte.

Importante salientar que a concessão de tutela jurisdicional intempestiva pode conduzir, até mesmo, à perda do interesse processual superveniente, além de ensejar o descrédito do Poder Judiciário e a deformação da acepção que se tem acerca do processo, que, de meio de solução de controvérsias, pode passar a método de perpetuação de conflitos.”.

(...)

“A efetividade, assim, consiste em assegurar que aos litigantes serão fornecidos os meios adequados para que eventual acolhimento da pretensão se dê de modo efetivo. A busca pela efetividade do processo, como já explicitado alhures, esbarra nos efeitos do tempo. Esse tempo, por sua vez, se mostra muito mais a serviço de um provimento jurisdicional marcado pela segurança do que pela efetividade. Por muito tempo, a segurança de que o provimento jurisdicional trouxesse a correspondência entre o pedido autoral e uma hipotética atuação espontânea do réu teve prevalência no direito processual.”.

Além disso, outro princípio constitucional da tutela antecipada é o da duração razoável do processo, art. 5º, LXXVIII, da CF, pois aparece como um instrumento para cumprir com tal determinação e fazer com que seja presta a tutela jurisdicional em prazo razoável, e não só isso, para que seja eficaz tal provimento.

A prestação jurisdicional tardia pode se mostrar ineficaz, motivo pelo qual foi criado o instrumento processual da tutela antecipada, fazendo com que não sejam

¹² BUENO, Cassio Scarpinella, Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015 / coordenação de Cassio Scarpinella Bueno...[et al.]. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 89 e 295

frustrados direitos pela morosidade do Poder Judiciário, considerando o número de demandas apresentadas ao Judiciário.

Sobre o tema, muito bem explica Márcia Dinamarco e Bruno Madeira¹³:

“É nesse sentido que se diz que as antecipações dos efeitos da tutela e tutelas cautelares estão dentro do mesmo contexto de neutralização dos males que o decurso do tempo possa causar aos direitos antes de que eles sejam reconhecidos e satisfeitos. A utilização de meios suficientes para derrotar o tempo-inimigo é um modo de cumprir a promessa constitucional de que a tutela jurisdicional seja prestada em prazo razoável (CF, art. 5º, inc. LXXVIII), bem como seja constituída de verdadeira efetividade. Nesse sentido, pode-se dizer sempre que a Justiça que tarda, falha.”.

É evidente que uma demora injustificada na tramitação processual e, conseqüentemente, no deslinde do feito é completamente danoso as partes, principalmente para o litigante que detém razão, com sua pretensão amparada pelo ordenamento jurídico. Desta forma, a duração razoável do processo está estritamente relacionada com a efetividade e a economia processual, e não somente ao critério temporal, conforme disciplina Cássio Scarpinella¹⁴:

“A duração razoável do processo, por ser termo vago e de ampla abertura, está direta e umbilicalmente relacionada à efetividade e à economia processuais, não podendo ser aferida apenas por critério temporal, muito embora este ainda se revista de fundamental importância.

Ciente disso, para fins de apreciação da razoável duração dos processos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabeleceu três critérios de avaliação: i) a complexidade do litígio, ou seja, quanto mais complexa é a causa, mais delongada é a tramitação processual, pois duração razoável não significa instantaneidade de julgamento; ii) conduta pessoal da parte lesada, a quem, de acordo com o caso concreto, também pode ser imputada responsabilidade pela lentidão; iii) conduta das autoridades envolvidas no processo” (grifos acrescidos)

1.5. Requisitos autorizadores da tutela antecipada

¹³ Dinamarco, Márcia – Manual de Direito Processual Civil / Márcia Dinamarco, Bruno Madeira – Leme/SP: Mizuno, 2021. Pg. 108.

¹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella, Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015 / coordenação de Cassio Scarpinella Bueno...[et al.]. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 91/92.

1.5.1. Periculum in mora – justo receio de dano irreparável ou de difícil reparação e Fumus boni iuris – plausibilidade do direito

O art. 300 do CPC preceitua que para a concessão da tutela de urgência há a necessidade de demonstrar a presença do *fumus boni iuris*, isto é, a probabilidade do direito, a verossimilhança, bem como o *periculum in mora*, que é o próprio perigo de dano caso aguarde o resultado final pela urgência do caso ou mesmo o risco de que o resultado útil do processo não seja alcançado.

Segundo Márcia Dinamarco e Bruno Madeira¹⁵ explicitam que a tutela antecipada atua como: “(...) armas na luta contra a corrosão do direito pelo decurso do tempo.”. Desta forma, cabe ao julgador, ao analisar o pedido de tutela antecipada, avaliar os prejuízos que poderá o demandante sofrer com a denegação da antecipação da tutela, em relação aos danos que a concessão poderá resultar ao demandado, considerando que estará julgando em cognição sumária, em pleno juízo de probabilidade.

De um lado, o perigo da demora se configura com a demonstração de que é provável que ocorra um dano jurídico ao direito da parte em receber a prestação jurisdicional de forma eficaz por conta do tempo que levará para ter a resolução do mérito, motivo pelo qual se requer a antecipação dos efeitos. Em outras palavras, seria uma ameaça de dano irreparável ao direito da demandante pela demora na obtenção da decisão final, a qual justifica a concessão da tutela para que se garanta de forma provisória, porém imediata, o resguardo do direito.

Como relatado, a demora no deslinde do processo pode ser danoso para as partes, inclusive sob pena de insatisfação do direito e inefetividade da tutela jurisdicional, ou seja, evidente perigo ao resultado útil do processo e prejuízo ao direito deduzido nos autos. Sobre o perigo da demora, assim ensina Cássio Scarpinella¹⁶:

“Sua concessão depende, portanto, da existência de risco para a efetividade da tutela jurisdicional. É a urgência que justifica a medida conservativa ou a antecipação de efeito da decisão definitiva. Por isso, aliás, a tutela de urgência deve limitar-se ao estritamente necessário para evitar esse dano.

O prejuízo irreparável ao direito, em razão do tempo necessário à sua efetivação pela via ordinária, revela a necessidade da tutela de urgência.”.

¹⁵ Dinamarco, Márcia – Manual de Direito Processual Civil / Márcia Dinamarco, Bruno Madeira – Leme/SP: Mizuno, 2021. Pg. 109.

¹⁶ Bueno, Cassio Scarpinella - Comentários ao código de processo civil – volume 1 (arts. 1º a 317) / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). – São Paulo: Saraiva, 2017. Pg. 453

Neste sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

“AGRAVO INTERNO EM TUTELA PROVISÓRIA. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO/ARROLAMENTO. HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA CONDICIONADA AO PAGAMENTO DAS CUSTAS. GRATUIDADE JUDICIÁRIA SUB JUDICE. REQUISITOS DE CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA NÃO EVIDENCIADOS. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS HÁBEIS PARA INFIRMAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO IMPUGNADA.

1. A tutela provisória será concedida quando houver elementos que evidenciem, concomitantemente, (a) a probabilidade do direito afirmado - no caso, a real possibilidade de êxito do recurso interposto - e (b) **o perigo de dano a que estará sujeita a parte em virtude da demora da prestação jurisdicional**. Ausentes tais requisitos, é de rigor o indeferimento do pedido.
2. Se a pretensão de litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita está sub judice, o mero condicionamento de homologação de partilha ao recolhimento das custas, por si só, não é suficiente para demonstrar a existência do perigo de dano.
3. Mantém-se a decisão cujos fundamentos não são infirmados pela parte recorrente.
4. Agravo interno desprovido.”¹⁷

Além disso, existe o *periculum in mora* inverso, pois a concessão da tutela antecipada pode fazer com que gere risco jurídico para o demandado, hipótese em que será impossível ou difícil a reversibilidade da decisão, ou seja, havendo perigo de irreversibilidade, não está autorizada a antecipação da tutela, por poder resultar em prejuízos ao demandado com a possibilidade de revogação posterior da tutela.

Por outro lado, o *fumus boni iuris* é a probabilidade do direito, isto é, a suposição de verossimilhança, demonstrar por algum meio que o que está pleiteando de fato existe e razão lhe assiste. Em outras palavras, o *fumus boni iuris* consiste na verificação da probabilidade de que o pleito será deferido quando do resultado final da demanda, ou seja, constatação de elementos mínimos de que razão assiste ao demandante.

Em resumo, perfeitamente explícita Cássio Scarpinella¹⁸:

¹⁷ (AgInt no TP n. 4.110/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 16/2/2023.) (grifos acrescidos)

¹⁸ Bueno, Cassio Scarpinella - Comentários ao código de processo civil – volume 1 (arts. 1º a 317) / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). – São Paulo: Saraiva, 2017. Pg. 452/453.

“A proteção pleiteada, portanto, deve versar sobre direito provável (*fumus boni iuris*), que demande medida urgente para afastar algum perigo, incompatível com o tempo necessário para que a tutela seja concedida definitivamente (*periculum in mora*).”

(...)

“A tutela provisória, seja ela cautelar ou antecipada, depende da probabilidade do direito, ou seja, da verossimilhança das afirmações, competindo ao juiz, em cada caso concreto e motivadamente, deliberar sobre a presença ou não desse requisito. Não se trata, evidentemente, de poder discricionário, embora, por se tratar de termo aberto, sem conteúdo jurídico definido, a fundamentação não esteja adstrita a limitações legais.

Importa assinalar, portanto, que a antecipação deve ser deferida toda vez que o pedido do autor venha acompanhado de elementos suficientes para torná-lo verossímil.

Mesmo se controvertidos os fatos, a tutela provisória, que encontra no campo da probabilidade, é em tese admissível. Basta verificar o juiz a existência de elemento consistente, capaz de formar sua convicção do juiz a respeito da verossimilhança do direito.”.

1.5.2. Possibilidade da concessão de ofício?

É evidente que a finalidade do processo é a resolução dos conflitos, motivo pelo qual deve deter mecanismos para a concretização de tal finalidade. Um desses mecanismos é a possibilidade de antecipação da tutela para manter a efetividade da prestação jurisdicional, nas hipóteses em que são demonstrados a probabilidade do direito alegado e do perigo de dano ou ao resultado útil do processo. Neste sentido, é necessário verificar se seria possível a concessão da tutela antecipada de ofício.

O atual CPC, embora não disponha expressamente que a tutela antecipada seja concedida a requerimento da parte, também não prevê que é lícito que o magistrado conceda de ofício a tutela. Todavia, o CPC é baseado no princípio da cooperação (art. 6º do CPC), que busca com que haja um amplo auxílio de todos os sujeitos do processo para que haja uma decisão em prazo razoável e efetiva, bem como no princípio da vedação das decisões surpresa (art. 9º e 10 do CPC). Ou seja, nessa hipótese a decisão de ofício não haveria a cooperação entre todos os sujeitos processuais, bem como se configuraria uma surpresa para as partes do processo.

Em relação ao CPC/73, é possível admitir que existiam três correntes, quais sejam: (a) possibilidade de antecipação de tutela de ofício; (b) impossibilidade de concessão de

antecipação de tutela de ofício; e (c) possibilidade de antecipação de tutela de ofício, casos excepcionais.

Cássio Scarpinella defende a primeira corrente, nos seguintes termos¹⁹:

“À luz de uma visão constitucional do processo, parece que a resposta mais afinada ao que procurei desenvolver no item 1, no entanto, é, diferentemente, positiva. Se o juiz vê, diante de si, tudo o que a lei reputou suficiente para a concessão da tutela antecipada menos o pedido, quiçá porque o advogado é ruim ou irresponsável, não será isso que o impedirá de realizar o valor “efetividade”, sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclamar a necessidade de tutela jurisdicional urgente (art. 273, I). Se não houver tanta pressa assim, sempre me pareceu possível e desejável que o juiz determine a emenda da inicial, dando interpretação ampla ao art. 284. Não que um não pedido de tutela antecipada enseje a rejeição da inicial; evidentemente que não. É que é essa uma porta que o sistema dá para que a postulação jurisdicional inicial seja apta no sentido de produzir seus regulares efeitos, se o caso, antecipadamente.”

Entendimento oposto é apresentado por Carlos Augusto de Assis²⁰, acompanhado da maioria dos doutrinadores, como por exemplo: Nelson Nery Júnior, Teori Zavaski:

“O art. 273 do Código de Processo Civil é claro ao dispor que a tutela só poderá ser concedida a pedido da parte. Em outras palavras, é vedada a antecipação de tutela ex officio. Prevalece, portanto, o princípio da demanda. É como diz Dinamarco: “O art. 273 condiciona a concessão da tutela antecipada à iniciativa de parte, o que é inerente ao sistema de tutela jurisdicional (art. 2o, 262) e corresponde à ideia de que o titular da pretensão insatisfeita é o melhor juiz da conveniência e oportunidade de postular meios para a satisfação (princípio da demanda)”. Não há dúvida de que assim está estruturada a antecipação. Poder-se-ia aventar, contudo, de lege ferenda, que, passado esse primeiro momento de adaptação dos operadores do Direito, fosse procedida uma ampliação do instituto, permitindo, especificamente na hipótese do inciso II, que a medida fosse concedida ex officio. Sim, porque, nesse caso, a atitude protelatória ou abusiva que a motiva ofende a própria seriedade da atividade jurisdicional. Não é demais lembrar, inclusive, que a litigância de má-fé, um dos parâmetros para a concessão da antecipação do inciso II, pode, justamente por força da reforma processual, ser declarada de ofício.”

¹⁹ Apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela antecipada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

²⁰ ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação da tutela (à luz da garantia constitucional do devido processo legal). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 153-154.

Em relação à última corrente, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²¹ entendem que tal concessão de ofício apenas seria possível em hipóteses excepcionais:

“A tutela antecipada tem de ser requerida pela parte. Excepcionalmente, em casos graves e de evidente disparidade de armas entre as partes, contudo, à luz da razoabilidade, é possível antecipar a tutela de ofício no processo civil brasileiro.”.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça já apresentou decisões no sentido da corrente (a) e na corrente (c), respectivamente:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSENTE. 1. Ambas as espécies de tutela – cautelar e antecipada – estão inseridas no gênero das tutelas de urgência, ou seja, no gênero dos provimentos destinados a tutelar situações em que há risco de comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional a ser outorgada ao final do processo. 2. Dentre os requisitos exigidos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do art. 273 do CPC, está o requerimento da parte, enquanto que, relativamente às medidas essencialmente cautelares, o juiz está autorizado a agir independentemente do pedido da parte, em situações excepcionais, exercendo o seu poder geral de cautela (arts. 797 e 798 do CPC). 3. Embora os arts. 84 do CDC e 12 da Lei 7.347/85 não façam expressa referência ao requerimento da parte para a concessão da medida de urgência, isso não significa que, quando ela tenha caráter antecipatório, não devam ser observados os requisitos genéricos exigidos pelo Código de Processo Civil, no seu art. 273. Seja por força do art. 19 da Lei da Ação Civil Pública, seja por força do art. 90 do CDC, naquilo que não contrarie as disposições específicas, o CPC tem aplicação. 4. A possibilidade de o juiz poder determinar, de ofício, medidas que assegurem o resultado prático da tutela, dentre elas a fixação de astreintes (art. 84, § 4o, do CDC), não se confunde com a concessão da própria tutela, que depende de pedido da parte, como qualquer outra tutela, de acordo com o princípio da demanda, previsto nos arts. 2o e 128 e 262 do CPC. 5. Além de não ter requerido a concessão de liminar, o MP ainda deixou expressamente consignado a sua pretensão no sentido de que a obrigação de fazer somente fosse efetivada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. 6. Impossibilidade de concessão de ofício da antecipação de tutela. 7. Recebimento da apelação no efeito suspensivo também em relação à condenação à obrigação de fazer. 8. Recurso especial parcialmente provido.”²²

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme - Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 270.

²² (REsp 1.178.500/SP, 3a T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4-12-2012, DJe 18-12-2012)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO CONCEDIDA NO ACÓRDÃO. ADMISSIBILIDADE EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. 1. Trata-se, na origem, de Ação Declaratória com pedido de condenação ao pagamento de salário--maternidade movida por trabalhadora rural diarista. O acórdão confirmou a sentença de procedência e, de ofício, determinou a imediata implantação do mencionado benefício. 2. As tutelas de urgência são identificadas como reação ao sistema clássico pelo qual primeiro se julga e depois se implementa o comando, diante da demora do processo e da implementação de todos os atos processuais inerentes ao cumprimento da garantia do devido processo legal. Elas regulam situação que demanda exegese que estabeleça um equilíbrio de garantias e princípios (v.g., contraditório, devido processo legal, duplo grau de jurisdição, direito à vida, resolução do processo em prazo razoável). 3. No caso concreto, o Tribunal se vale da ideia de que se pretende conceder salário-maternidade a trabalhadora rural (boia-fria) em virtude de nascimento de criança em 2004. 4. O Superior Tribunal de Justiça reconhece haver um núcleo de direitos invioláveis essenciais à dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais correlatos às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais garantidores da própria vida não podem ser desprezados pelo Poder Judiciário. Afinal, “a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais” (REsp 1.041.197/MS, 2a T., rel. Min. Humberto Martins, DJe 16-9-2009). 5. A doutrina admite, em hipóteses extremas, a concessão da tutela antecipada de ofício, nas “situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade de antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança” (José Roberto dos Santos Bedaque, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 384-385). 6. A jurisprudência do STJ não destoa em situações semelhantes, ao reconhecer que a determinação de implementação imediata do benefício previdenciário tem caráter mandamental, e não de execução provisória, e independe, assim, de requerimento expresso da parte (v. AgRg no REsp 1.056.742/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 11-10-2010, e REsp 1.063.296/RS, rel. Min. Og Fernandes, DJe de 19-12-2008). 7. Recurso Especial não provido.”²³

²³ (REsp 1.309.137/MG, 2a T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 8-5-2012, DJe 22-5-2012).

Portanto, embora tenha decisão do STJ que permitiu a concessão de ofício, é notório que tal entendimento foi emanado antes do Novo CPC, o qual não dispõe sobre a autorização de concessão da tutela antecipada de ofício. Contudo, evidentemente tal concessão não se mostra viável por enfrentar limitação pelos princípios da cooperação e da vedação as decisões surpresas.

1.6. Possibilidade de revogação ou reversão da tutela antecipada

O art. 300, §3º, do CPC prevê que não está autorizada a concessão da tutela antecipada quando for verificado o perigo de impossibilidade de reversão dos efeitos da decisão, *in verbis*:

“§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

Conforme exhaustivamente explicado, a tutela antecipada é realizada em juízo de cognição sumária, baseada em probabilidade e elementos mínimos que atestem assistir razão ao demandante. Desta forma, considerando que não se detém cognição exauriente da demanda é imprescindível que seja possível revogar a concessão e, por consequência, seja revertida a situação obtida com a concessão da tutela.

Neste sentido, excelente é o ensinamento de Luiz Fux²⁴:

“A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º). Essa limitação, porém, pode ser superada no caso concreto, sob pena de grave violação do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF),¹³³ mormente nas chamadas situações de “irreversibilidade de mão dupla”, em que tanto a antecipação do provimento como sua denegação acarretam a impossibilidade de, no plano fático, se retornar ao status quo. Em tais casos, cabe ao juiz ponderar e evitar o mal maior dentre ambos os cenários hipotéticos.”

Importante ressaltar que, considerando que são as tutelas antecipadas concedidas em sede de cognição sumária, é possível que gerem danos para parte contrária caso seja

²⁴ Fux, Luiz, 1953 - Curso de direito processual civil / Luiz Fux. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023. Pg 128.

revertida posteriormente. Sendo assim, será verificado se foi gerado eventuais danos para parte demandada e, em caso afirmativo, quem pleiteou ficará responsável por indenizar a parte prejudicada, independentemente da discussão de culpa, por não ter sido, em cognição exauriente, verificada a procedência do pedido inicial, conforme prevê o art. 302, do CPC, vejamos:

“Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.”.

Por fim, urge trazer à baila os ensinamentos de Márcia Dinamarco e Bruno Madeira²⁵:

“Por serem concedidas com base em cognição superficial e incompleta, as tutelas de urgência trazem consigo uma potencialidade danosa, caso seja revertida posteriormente. Cumpre àquele que pleiteou a medida e causou dano em face daquele que pediu, ressarcir-lo, independentemente ou não de sua culpa, por posteriormente não ter sido verificada a procedência dela quando de uma cognição exauriente, conforme exposto no art. 302, CPC”

²⁵ Dinamarco, Márcia – Manual de Direito Processual Civil / Márcia Dinamarco, Bruno Madeira – Leme/SP: Mizuno, 2021. Pg. 110.

CAPÍTULO 2 – BREVE CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS RECURSAIS

2.1. Considerações iniciais

A interposição de determinado recurso gera efeitos ao próprio processo, isto é, os efeitos recursais surgem como consequências ao processo diante da interposição de um recurso.

Via de regra, os efeitos gerados são consequências de determinações legais, e não dependem da vontade das partes ou mesmo do julgador, considerados, portanto, matéria de ordem pública.

Para Márcia Dinamarco e Bruno Madeira²⁶, existem basicamente dois efeitos:

“Em dois, basicamente, podem ser classificados os efeitos dos recursos: efeito devolutivo e efeito suspensivo - sendo o primeiro inerente ao próprio conceito de recurso e, portanto, presente em todos eles, enquanto que o segundo pode ou não estar presente, dependendo de disposição legal ou de determinação judicial (art. 995, caput do CPC/2015).”

Neste sentido, é importante ressaltar que o efeito devolutivo acaba por ser inerente ao próprio recurso e estará presente em todos eles. Todavia, o efeito suspensivo pode não estar presente em todos os recursos, via de regra. Portanto, a atribuição do efeito suspensivo pode ser um dos pedidos da tutela recursal.

O único recurso que é dotado automaticamente de efeito suspensivo é o Recurso de Apelação, nos termos do art. 1.012 do Código de Processo Civil:

“Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.”

Exatamente por entender que os recursos possuem apenas esses dois efeitos e, além disso, compreender que todos possuem efeito devolutivo, mas apenas alguns possuem efeito suspensivo, encontramos na legislação referências de que um recurso "será recebido apenas no efeito devolutivo" ou "terá apenas efeito devolutivo". Em tais dispositivos, os advérbios somente ou simplesmente indicam que o efeito será apenas devolutivo e, inversamente, não terá efeito suspensivo.

²⁶ Dinamarco, Márcia – Manual de Direito Processual Civil / Márcia Dinamarco, Bruno Madeira – Leme/SP: Mizuno, 2021. Pg. 256

Faz-se necessário analisar individualmente cada um desses efeitos.

2.2. Efeito devolutivo

Todos os recursos possuem efeito devolutivo, pois é inerente à sua natureza que o Poder Judiciário possa reexaminar o que foi contestado, seja para alterar ou anular a decisão, seja para complementá-la ou torná-la mais elucidativa.

Significa que o objetivo do recurso é a revisão da decisão, ou seja, a sua devolução, algo que é comum a todos os recursos. Embora seja um efeito inerentes aos recursos, o legislador optou por prever esse efeito no art. 1.013 do Código de Processo Civil, dentro dos dispositivos que tratam da apelação.

Márcia Dinamarco e Bruno Madeira esclarecem²⁷:

“Quanto ao efeito devolutivo do recurso, consiste ele na possibilidade que se abre à parte para que a decisão que lhe fora desfavorável - e, portanto, lhe causou gravame - seja reapreciada pelo Poder Judiciário, normalmente - mas não necessariamente - por um órgão superior àquele que prolatou a decisão impugnada. Daí por que afirmamos que o efeito devolutivo é da essência do recurso, encontra-se em seu próprio conceito, recurso = cursar de novo.

O efeito devolutivo vem definido no art. 1.013 do CPC/2015, que trata da Apelação ("A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada."), mas é da substância de qualquer recurso, razão pela qual essa regra topograficamente melhor estaria localizada se constasse das disposições gerais dos recursos (arts. 994 a 1.008 do CPC/2015).”.

Para ilustrar o que pretendesse afirmar, tem-se o seguinte caso prático: Tício propôs uma ação comum contra Giovanna, solicitando indenização por danos morais e materiais, ambos pedidos rejeitados. Tício recorreu apenas no capítulo que trata dos danos morais.

Desta maneira, quando da apreciação do juízo *ad quem*, devido ao efeito devolutivo, os julgadores só têm permissão para examinar esta parte do processo. Se o julgador detectar que a reforma da sentença também deveria incluir o capítulo sobre danos materiais, não poderá agir, sob o risco de violar o princípio da coisa julgada.

²⁷ Dinamarco, Márcia – Manual de Direito Processual Civil / Márcia Dinamarco, Bruno Madeira – Leme/SP: Mizuno, 2021. Pg. 257

Portanto, é imprescindível que o Tribunal se restrinja ao que o recorrente realmente questionou em seu recurso. Contudo, é crucial que o recorrente indique os capítulos realmente contestados, caso contrário, o recurso será considerado como integral.

O efeito devolutivo demanda uma análise em suas duas dimensões essenciais: a extensão e a profundidade. O recurso apenas devolve ao tribunal a oportunidade de reavaliar o que foi impugnado, o que se denomina no latim de: *tantum devolutum quantum appellatum*.

No que diz respeito à extensão, o efeito devolutivo será restrito ao conteúdo do recurso apresentado pelas partes. Em relação à profundidade, em relação ao ponto contestado, é possível reexaminar todas as questões levantadas em primeira instância ou assuntos de interesse público, ou seja, o efeito devolutivo devolve ao tribunal todas as questões debatidas nos autos, relacionadas ao capítulo impugnado.

As normas estabelecidas pelo art. 1.013, §3º, do CPC, ampliam o alcance do efeito devolutivo, visto que possibilitam ao tribunal, em certas circunstâncias, analisar os pedidos, mesmo que a instância inferior não o tenha realizado.

Por fim, é importante salientar que, para que ocorra o julgamento do mérito imediatamente, é imprescindível que ele já esteja pronto para julgamento. Isso acontecerá quando a questão em discussão for exclusivamente de direito ou quando, mesmo tratando de questões de fato não incontroversas pela parte, o Tribunal consiga reunir nos autos todos os elementos de prova necessários para tal, o que se denomina de teoria da causa madura.

Se o caso não estiver pronto para julgamento, o tribunal deve anular a decisão e retornar o caso à primeira instância, ordenando a continuação do processo até que sobrevenha uma nova decisão.

2.3. Efeito antecipativo

Considerando ser uma das formas de se antecipar a tutela, autorizasse o adiantamento dos efeitos do pedido, exclusivamente quando se fizer necessário e suficiente para impossibilitar o perecimento ou ineficácia do direito, contanto que preencha os requisitos para sua concessão.

Ou seja, o efeito antecipativo busca exatamente adiantar os efeitos de um pronunciamento que ainda não existe, isto é, os efeitos de um provável futuro julgamento favorável.

Anota-se que a interposição do recurso, por muitas vezes, faz com que se aguarde-se longo prazo para que seja submetido ao crivo do juízo *ad quem*, portanto, é possível que até o pronunciamento final haja o perecimento do direito material, motivo pelo qual, por vezes, faz-se necessário a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, desde que preenchidos os pressupostos legais.

O efeito antecipativo busca a concessão de um pedido que foi indeferido pela decisão impugnada. A medida antecipativa recusal aparece como um efeito do recurso, considerando a clara dependência de existência do efeito antecipativo com a interposição de um recurso.

Em relação à fundamentação legal do efeito antecipativo, é imperioso mencionar que o ordenamento jurídico brasileiro busca garantir uma razão duração do processo e de que a prestação jurisdicional seja prestada de forma efetiva, nos termos do art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII.

Isto porque, a tutela jurisdicional jamais será efetiva caso haja o perecimento ou lesão irreparável do direito material, o qual não pode aguardar o pronunciamento final do juízo *ad quem*. Além disso, o processo é visto como um instrumento para se garantir um fim, caso este deixe o direito perecer, não se poderá vê-lo como satisfativo. Conclui-se, portanto, que em não sendo efetiva a prestação jurisdicional, o acesso à justiça garantido pela Constituição Federal estaria sendo desrespeitado.

Além disso, em âmbito infraconstitucional, o legislador dispôs sobre referido efeito dentro do tópico referente ao Agravo de Instrumento, nos termos do art. 1.019, inciso I, do Código de Processo Civil. Contudo, sua previsão também é serve para todos os demais recursos.

“Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do [art. 932, incisos III e IV](#), o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso **ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal**, comunicando ao juiz sua decisão;” (grifos acrescentados)

Não menos importante, faz-se necessário tratar sobre os requisitos para concessão do efeito antecipativo, quais sejam: *periculum in mora* e *plausibilidade do direito*. Neste sentido, tem-se que os requisitos para o efeito antecipativo são os mesmos requisitos necessários para antecipação da tutela de urgência previstos no art. 300 do Código de Processo Civil.

Neste contexto, é o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo²⁸:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. PERDAS E DANOS. VIOLAÇÃO MARCÁRIA. INDEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. Agravo de instrumento. Obrigação de fazer c.c. perdas e danos. Violação marcária. Indeferimento da tutela de urgência. Insurgência da autora. **Efeito ativo indeferido.** A autora não demonstrou ser a criadora exclusiva da marca "Casa CoArte". Ré depositante de marca mista perante o INPI. Alegações que demandam aprofundamento do contraditório e ampla dilação probatória. Perigo de dano inverso. **Requisitos do art. 300 do CPC não configurados.** Recurso desprovido.

2.4. Efeito translativo

Este efeito, por sua vez, significa a capacidade que os recursos têm de possibilitar ao juízo *ad quem* o exame de ofício de matérias de ordem pública, mesmo que não estejam vinculadas ao objeto do recurso. Logo, percebe-se que tal efeito configura uma exceção ao efeito devolutivo, visto que poderá ser examinado e decidida questão de ordem pública não integrante do recurso.

Neste sentido, tem-se o disposto no art. 485, §3º, do Código de Processo Civil:

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Desta maneira, importante apontar o teor dos incisos mencionados no §3º, do referido artigo:

²⁸ (TJSP; Agravo de Instrumento 2325824-14.2024.8.26.0000; Relator (a): J.B. Paula Lima; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Especializado 1ª RAJ/7ª RAJ/9ª RAJ - 1ª Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem; Data do Julgamento: 09/11/2024; Data de Registro: 09/11/2024)

“IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

[...]

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e”

Urge trazer à baila os dizeres de Marinoni²⁹:

“(...)afigura-se correta a orientação no sentido de defender que tal poder deriva do efeito translativo que se refere à possibilidade de o órgão do Poder Judiciário apreciar, ex officio, matérias atinentes à admissibilidade da tutela jurisdicional, a cujo respeito não se opera a preclusão.”

Percebe-se que o efeito translativo é um dos raros momentos em que a atividade jurisdicional não precisa estar vinculada a manifestação das partes. Inclusive, por essa característica, o efeito translativo é visto como uma exceção ao princípio da proibição ao *reformatio in pejus*, visto que o órgão *ad quem* terá sua atividade cognitiva ampliada por esse efeito, em relação às matérias de ordem pública apenas.

Este efeito apresenta a profundidade da atividade cognitiva do órgão julgador e também, é por meio desse efeito, que se entende que o tribunal precisa apreciar as questões não vistas na sentença, mas que foram suscitadas e discutidas pelas partes, para que não configure vício de omissão.

Portanto, conclui-se que o efeito translativo contrapõe o efeito devolutivo, visto que o primeiro autoriza a apreciação pelo órgão *ad quem* de matérias não impugnadas, mas que são de ordem pública, enquanto que o segundo devolve ao tribunal exatamente o que foi impugnado, sem poder ultrapassar o limite.

Importante ressaltar que todos os recursos ordinários são dotados deste efeito. Com relação aos recursos especiais, isto é, recurso especial e extraordinário não haverá efeito translativo, pois os tribunais se limitam à análise do que foi prequestionado.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, **Curso de processo civil, volume 2 : processo de conhecimento**, 6ª ed. São Paulo: RT, 2007. pg. 514 e 516

2.5. Efeito suspensivo

Trata-se da característica que impede a eficácia da decisão tomada até que o recurso seja analisado. Ou seja, a ordem contida na decisão não será acatada até a conclusão do recurso. Normalmente, a apresentação de um recurso não impede os efeitos da decisão. No entanto, existem situações onde a lei ou a decisão judicial determinam o contrário. Deve ser utilizado apenas nas situações previstas em lei ou em decisão judicial (neste último caso, deve-se comprovar a probabilidade de êxito do recurso e o perigo da demora).

Existem duas categorias de recursos quanto ao efeito suspensivo: aqueles que, normalmente, possuem esse benefício por previsão legal explícita (efeito suspensivo *ex lege*); e aqueles que não o possuem, mas que podem ser concedidos, em casos excepcionais (efeito suspensivo *ope judicis*). Neste sentido, apenas o Recurso de Apelação é dotado de efeito suspensivo *ex lege*, os demais precisam ser requeridas as concessões do efeito suspensivo.

Neste sentido, Cândido Dinamarco afirma³⁰:

“nem todos os recursos são suspensivos da eficácia das decisões judiciais, só aqueles aos quais o direito positivo confere tal poder; a suspensividade não é coessencial aos recursos ou ao conceito de recurso, como o efeito devolutivo é.”

No mesmo contexto, tem-se os ensinamentos de Márcia Dinamarco e Bruno Madeira³¹:

“São suspensivos aqueles recursos que impedem a imediata produção de efeitos da decisão recorrida, ficando o comando nela contido suspenso até seu julgamento. No caso do CPC/2015, o legislador optou por atribuir efeito suspensivo apenas ao Recurso de Apelação, a teor expresso do artigo 1.012. Não-suspensivos são aqueles desprovidos, como regra, deste efeito e que, por isto, não obstam a que haja execução provisória da decisão impugnada, nos termos do art. 520 do CPC/2015. No caso do CPC/2015, são todos os demais

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova Era do Processo Civil. 3º ed. Malheiros, 2009, p. 146 No mesmo sentido, NERY JUNIOR, Nelson. p. 146

³¹ Dinamarco, Márcia – Manual de Direito Processual Civil / Márcia Dinamarco, Bruno Madeira – Leme/SP: Mizuno, 2021 p. 257

recursos previstos: embargos de declaração, agravo, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência.”

O artigo 995 do Código de Processo Civil estabelece que o relator pode atribuir efeito suspensivo ao recurso se identificar, cumulativamente, perigo de dano grave, de reparação complexa ou inviável, e a possibilidade de êxito do recurso.

É crucial destacar que, no caso de recurso parcial, a extensão do efeito suspensivo decorrente do recurso só terá impacto sobre os capítulos recorridos.

Por fim, anota-se que os requisitos para sua concessão são os mesmos daqueles previstos no art. 300 do CPC, é o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo³²:

“[...] Como se sabe, os embargos à execução, como regra, não possuem efeito suspensivo e, excepcionalmente, o juízo pode concedê-lo, desde que haja requerimento do embargante, já que o juiz não pode concedê-lo de ofício; que estejam preenchidos os requisitos para a concessão da tutela provisória; e que a execução esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Por outro lado, a concessão da tutela provisória se subordina aos requisitos do artigo 300 do NCPC, de modo que o deferimento da medida é cabível somente quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.”

Neste contexto, urge trazer à baila os ensinamentos de Nelson Nery Júnior³³:

“Duas situações, distintas e não cumulativas entre si, ensejam a tutela de urgência. A primeira hipótese autorizadora dessa antecipação é o periculum in mora, segundo expressa disposição do CPC 300. Esse perigo, como requisito para a concessão da tutela de urgência, é o mesmo elemento de risco que era exigido, no sistema do CPC/1973, para a concessão de qualquer medida cautelar ou em alguns casos de antecipação de tutela. Também é preciso que a parte comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (fumus boni iuris). Assim, a tutela de urgência visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução.”

2.6. Diferença entre o efeito suspensivo e o antecipativo

³² (TJSP; Agravo de Instrumento 2268717-12.2024.8.26.0000; Relator (a): Nazir David Milano Filho; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/11/2024; Data de Registro: 10/11/2024)

³³ (Comentários ao Código de Processo Civil / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 857/858)

Embora os efeitos tenham condições similares para suas concessões, claramente pelo exposto é possível verificar que os efeitos ocasionados são distintos.

De um lado, o efeito suspensivo faz com que uma decisão já proferida não produza seus efeitos, ou seja, que os efeitos daquela decisão fiquem suspenso até julgamento final, em sede de cognição exauriente, pelo órgão *ad quem*.

Contudo, nas hipóteses de decisões negativas, isto é, aquela que o juiz *a quo* indefere a tutela pleiteada, ao invés de conceder, em que o efeito suspensivo não se apresenta útil, é que surge a figura do efeito antecipativo ou também denominado efeito ativo.

Por outro lado, o efeito antecipativo em relação à uma decisão negativa significa que o juízo *ad quem* reverteu a decisão do juízo *a quo*, fazendo com que se antecipe os efeitos da tutela pleiteada, por risco de perecimento do direito ou difícil reparação.

Por fim, a característica mais importante para diferenciar ambos os efeitos é que ao conceder efeito suspensivo a decisão já existe e apenas irá suspender os seus efeitos, contanto que presentes do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Já o para o efeito antecipativo é necessário verificar qual o provável pronunciamento final do recurso e, em seguida, analisasse o preenchimento dos requisitos do art. 300 do CPC. Ou seja, existe uma dupla tarefa para concessão do efeito ativo.

CAPÍTULO 3 – ASPECTOS LEGAIS E PROCESSUAIS DA TUTELA ANTECIPADA À LUZ DO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO

3.1. Previsão legal da tutela antecipada recursal no âmbito do direito brasileiro

A concessão de tutela de urgência em recurso não é uma inovação no Brasil e no Código de Processo Civil ("CPC"). Desde o CPC de 1973, já se percebia a necessidade de tal ação, especialmente após a promulgação da Lei 9.139/1995, que introduziu a possibilidade de atribuir efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento em situações que possam levar a danos graves e de difícil ou impossível reparação.

Todavia, foi notado que a suspensão da eficácia das decisões não seria satisfatório, visto que em algumas ocasiões se mostrava necessária uma providência ativa, isto é, efeito ativo. Considerando tal necessidade também em sede recursal, foi inserida, no Código de Processo Civil de 1973, o art. 527, inciso III.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 consolidou o instituto da antecipação da tutela recursal, isto porque tornou aplicável a todos os recursos, ao prever explicitamente a possibilidade de concessão de medidas urgentes recursais em seus artigos 932, II, 995, parágrafo único, 1.012, § 3º, 1.019, I, 1.026, § 1º e 1.029, § 5º. Além disso, o Código de Processo Civil dispôs sobre a tutela recursal também ao tratar sobre a disposições gerais das tutelas provisórias, nos termos do parágrafo único do art. 299:

“Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. **Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.**” (grifos acrescentados)

Por fim, o Código de Processo Civil considerou não apenas a possibilidade de concessão da tutela provisória de urgência, mas também a tutela de evidência, a qual não há necessidade de demonstração do periculum in mora, basta para sua concessão a demonstração da probabilidade do direito.

3.2. Requisitos autorizadores da tutela antecipada recursal

Em relação aos requisitos para a concessão da tutela antecipada recursal, não há diferenças em comparação aos requisitos para a concessão da tutela antecipada em

primeiro grau, prevista no art. 300 do Código de Processo Civil, conforme explicado anteriormente no Capítulo 1. Isto é, o Código de Processo Civil não prevê em nenhum artigo os requisitos para a concessão da tutela antecipada recursal, razão pela qual se aplica por analogia os requisitos dispostos no art. 300 do CPC.

Neste sentido, são os ensinamentos do doutrinador Guilherme Antunes da Cunha³⁴:

“Por sua vez, a tutela antecipada recursal não tem requisitos expressos na lei processual, ao menos no que tange ao capítulo dos recursos. Utiliza-se, nesse sentido, o art. 300 do CPC, como aplicação analógica, lógica que a doutrina já apontava desde o CPC/73. Nessa linha, aplicam-se os requisitos da tutela antecipada do pedido final da ação para a tutela antecipada recursal (probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil) - art. 300 do CPC. Portanto, para que o Relator possa antecipar os efeitos do pedido final apresentado no recurso de agravo de instrumento, a parte recorrente deverá comprovar os dois requisitos da urgência.”

Outrossim, Flávia Botta e Rodrigo Voltarelli de Carvalho, em artigo para a Faculdade de Direito de Franca³⁵, lesionam:

“Com relação aos requisitos para concessão da tutela provisória em sede recursal, prevalece na doutrina e na jurisprudência que devem corresponder aos mesmos exigidos pelo *caput* do artigo 300, do CPC/2015 e art. 995, parágrafo único, do CPC/2015.”

A afirmação de que se aplica o *caput* do art. 300 do CPC, por analogia, quando tratamos dos requisitos para concessão da tutela antecipada recursal é verificada no parágrafo único do art. 995 do CPC. Isto porque o referido parágrafo único traz exatamente os requisitos ali previstos, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*:

“Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, **se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.**”

Sendo assim, embora já tenham sido tratados tais requisitos no Capítulo 1, é importante lembrar que, de um lado, o *fumus boni iuris* trata-se da aparência do bom

³⁴ Recursos no processo civil: teoria geral, recursos em espécie e ações autônomas – Segunda Edição / Guilherme Antunes da Cunha, Miguel do Nascimento Costa, Felipe Scalabrin. – Londrina, PR: Thoth, 2023. Pg. 166

³⁵ TUTELA PROVISÓRIA EM SEDE RECURSAL: MECANISMO PARA EFETIVIDADE DO PROCESSO E ACESSO À JUSTIÇA. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/1579/988>

direito, ou seja, significa dizer que o requerente da tutela provisória precisa evidenciar que existem indícios suficientes de que seu direito é válido e que possui uma chance razoável de êxito em cognição exaustiva.

Por outro lado, o *periculum in mora*, por sua vez, refere-se ao perigo de prejuízo ou da urgência do cenário. Neste ponto, a parte deve evidenciar que a espera pelo resultado final do processo pode resultar em um prejuízo irreversível ou de reparação complexa. Em outras palavras, é preciso evidenciar que a demora na tomada de decisão pode levar a danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Por fim, importante frisar que o próprio art. 995 do CPC demonstra que nem todos os recursos serão dotados de efeito suspensivo, isto é, os recursos, por si só, não impedem a eficácia da decisão automaticamente, exceto nas hipóteses expressamente dispostas em Lei. Desta maneira, uma decisão surtindo os efeitos podem gerar danos de difícil reparação ou até impossível reparação, motivo pelo qual a parte recorrente requer a antecipação da tutela recursal para que os efeitos da decisão não sejam efetivados.

Neste contexto, urge trazer à baila as explicações de Ricardo de Carvalho Aprigliano³⁶:

“Com exceção do recurso de apelação, que possui regra própria em sentido contrário, determina o CPC que, como regra geral, as decisões judiciais produzem efeitos desde logo, ou seja, têm aptidão a gerar eficácia tão logo sejam proferidas. Esta regra é importante e gera diversas repercussões práticas. Por exemplo, no que diz respeito às decisões interlocutórias, impugnáveis ou não por agravo de instrumento, o seu “estado normal” será o de eficácia imediata, a ensejar o cumprimento provisório das decisões (arts. 520-522).”

3.3. Diferenças entre tutela antecipada e tutela cautelar

No contexto do direito processual civil no Brasil, a tutela antecipada e a tutela cautelar são tipos de tutelas provisórias, porém com objetivos e particularidades diferentes.

De um lado, a tutela antecipada tem como objetivo antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da decisão de mérito, permitindo que o autor desfrute imediatamente do direito que busca assegurar ao final do processo, prevista no art. 300 do Código de Processo Civil.

³⁶ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho – Código de Processo Civil Anotado, AASP, 2019. Pg. 1616.

Um exemplo prático desse mecanismo é a antecipação de uma indenização por danos morais, que pode ser concedida antes da sentença final. Dessa forma, a tutela antecipada se revela como um instrumento importante para garantir a proteção de direitos que, se aguardassem o desfecho da ação, poderiam sofrer danos irreparáveis.

De outro lado, a tutela cautelar tem como objetivo assegurar a eficácia do processo principal, protegendo o direito do autor contra riscos de dano ou perecimento que possam ocorrer durante o trâmite da ação. Essa medida busca prevenir que eventual decisão favorável ao autor fique sem efeito devido a atos que possam prejudicar seu direito, disposta no art. 301 do Código de Processo Civil.

A título de exemplificação, tem-se o bloqueio de bens do réu, que é realizado para garantir a futura execução de uma sentença. Assim, a tutela cautelar se mostra essencial para garantir o resultado útil do processo principal.

Quanto aos requisitos, ambas as modalidades de tutela apresentam os mesmos requisitos a serem preenchidos, isto é, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Portanto, deve haver indícios mínimos de que existe força no direito alegado e em sua plausibilidade, que tal antecipação seria confirmada ao final do processo, bem como deve ser demonstrado o risco de prejuízo irreparável ou de difícil reparação.

Em relação à natureza jurídica, ambas as tutelas possuem naturezas distintas que refletem suas finalidades no contexto jurídico. A tutela antecipada tem natureza satisfativa, uma vez que busca satisfazer, ainda que de forma provisória, o direito material do autor. Esse tipo de tutela permite que o autor goze dos efeitos de sua pretensão antes da decisão final do processo.

Por outro lado, a tutela cautelar apresenta natureza asseguratória, pois seu objetivo é garantir a eficácia do processo principal, sem necessariamente satisfazer o direito material de forma direta. Enquanto a tutela antecipada proporciona uma realização antecipada do direito, a tutela cautelar foca na proteção desse direito, evitando que se perca a possibilidade de seu exercício em decorrência de riscos durante o andamento da ação. Essa distinção é fundamental para compreender como cada tipo de tutela atua na proteção dos direitos dos litigantes.

Por fim, em relação à possibilidade de revogação da tutela, é possível afirmar que ambas podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo.

Portanto, conclui-se que a principal diferença reside na finalidade, pois, enquanto a tutela antecipada busca antecipar os efeitos da decisão de mérito, a tutela cautelar visa assegurar a eficácia do processo principal.

3.4. Fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar

O princípio da fungibilidade visa evitar prejuízos às partes devido a erros na escolha da medida processual adequada, promovendo a efetividade da tutela jurisdicional e a celeridade processual.

Em outras palavras, o princípio da fungibilidade refere-se à capacidade do magistrado de conceder a medida de urgência que considere mais apropriada para salvaguardar o direito do requerente, mesmo que não seja a mesma que foi solicitada. Todas as circunstâncias que permitem a aplicação da fungibilidade enfrentam o desafio de determinar qual é o provimento jurisdicional mais apropriado para solicitar ou qual procedimento processual é mais apropriado para tal circunstância. Ou seja, deve haver uma dúvida em qual das tutelas seria a adequada, não podendo se falar de hipóteses de erro grosseiro.

Segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva³⁷: “O juiz poderá igualmente, segundo o princípio conhecido como o de fungibilidade das medidas cautelares, conceder alguma medida liminar (ou mesmo em sentença final) diversa daquela expressamente postulada pelo autor, na petição inicial.”.

Embora existam limitações ao julgador quando da análise dos pedidos, considerando que não pode decidir além do que foi pedido, nem mesmo decidir de forma diferente do que foi pedido ou mesmo a menos daquilo que foi pedido, sem algo que justifique, há situações em que o legislador autoriza que o magistrado conceda uma medida específica ou analise o pedido de maneira distinta da que foi solicitada, para evitar danos às partes envolvidas. Para que o magistrado possa exercer essa liberdade, é necessário que a legislação tenha estabelecido a fungibilidade entre a medida requerida e a aprovada.

Devido a essas discrepâncias e ao desafio que o advogado enfrenta para distinguir entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, a doutrina e a jurisprudência têm permitido a

³⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2. 2008. Pg. 127.

fungibilidade entre medidas cautelares e antecipação de tutela, desde que sejam cumpridos os requisitos necessários.

Neste sentido, a Lei 10.444/2002 introduziu o princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, acrescentando o § 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973. Depois de estabelecer as definições e estabelecer os requisitos para ambas as tutelas, realizou-se uma análise detalhada sobre a fungibilidade, enfatizando seus impactos no processo civil, incluindo a questão do esvaziamento do processo cautelar.

O intuito do Código de Processo Civil foi realmente evitar prejuízos a parte postulante considerando a proximidade entre as tutelas e a dificuldade que algumas situações trazem para sua diferenciação, ocorrendo uma certa flexibilização do formalismo processual.

Por fim, ressalta-se que embora haja a fungibilidade entre as tutelas, é importante notar se houve o preenchimento dos requisitos autorizadores da concessão da tutela pleiteada, isto é, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, caso contrário, não poderá a tutela ser concedida. Outra questão é que deve haver evidente dúvida entre qual a tutela correta a ser pleiteada, não são admitidos erros grosseiros.

3.5. Procedimento para requisição e concessão da tutela antecipada recursal

3.5.1. Competência

O artigo 932 do CPC estabelece a competência funcional do relator, indicando ações que podem ser realizadas por ele de forma autônoma, sem a exigência de submeter o assunto ao órgão colegiado, dentre essas ações está a incumbência de analisar o pedido de tutela provisória nos recursos.

Desta maneira, o relator do recurso é o responsável por apreciar o pedido de tutela recursal. Conforme o artigo 932, inciso II, do Código de Processo Civil, cabe ao relator "apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal".

Neste sentido, leciona Augusto Tavares Rosa Marcacini³⁸:

³⁸ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa– Código de Processo Civil Anotado, AASP, 2019. Pg. 1529.

“O inciso II estabelece que ao relator é atribuída a competência para decidir pedidos de tutela provisória não apenas de recursos, como já se observava, mas também para as ações de competência originária dos tribunais. Essa norma se sobrepõe a regras regimentais que atribuam como competência da presidência ou vice-presidência dos tribunais a tarefa de examinar pedidos de liminares, como, por exemplo, em mandados de segurança de competência originária dos tribunais.”

Esta função é crucial no processo, pois possibilita ao relator decidir sobre a concessão de tutelas provisórias, que podem ser cruciais para assegurar a eficácia do processo e a salvaguarda dos direitos dos envolvidos, considerando a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.

3.5.2. Poderes do Relator

O artigo 932 do Código de Processo Civil define uma gama de atribuições e prerrogativas do relator, essenciais para o bom andamento dos recursos e ações de competência originária dos tribunais. Este dispositivo jurídico atribui ao relator a autoridade para tomar decisões que buscam garantir celeridade ao curso do processo e assegurar a correta aplicação da lei.

Inicialmente, segundo o inciso I do art. 932 do CPC, o relator tem a capacidade de tomar decisões monocráticas sobre várias questões. Essa opção de tomada de decisão individual é crucial em situações que não necessitam de decisão coletiva, possibilitando que problemas mais simples ou que não exigem uma discussão extensa sejam solucionados de maneira mais rápida. Ou seja, o relator possui os poderes para condução do feito nos tribunais e para homologar a autocomposição das partes, sem que tenha que remeter ao Juízo de primeira instância.

Neste sentido, urge trazer à baila os ensinamentos de Augusto Tavares Rosa Marcacini³⁹:

“Segundo o inciso I, compete ao relator exercer os poderes ordinatórios de condução dos feitos que tramitam nos tribunais, cabendo-lhe, por ato monocrático, também homologar as soluções autocompositivas.”

³⁹ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa– Código de Processo Civil Anotado, AASP, 2019. Pg. 1529.

Portanto, apesar de normalmente ser o julgamento no tribunal composto por um colegiado, pelos princípios da celeridade processual e da duração razoável do processo, direitos fundamentais estabelecidos no inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988, permitem que certas decisões sejam tomadas de forma monocrática, com o objetivo de acelerar o processo e assegurar os meios apropriados para a proteção do direito material.

Desta forma, é possível que o relator profira decisões de âmbito processual, sem que tenha que necessariamente levar a questão ao colegiado, evitando o prolongamento de recursos protelatórios, por exemplo.

Em seguida, outra atribuição dada ao relator é a apreciação do pedido de tutela provisória recursal, nos termos do art. 932, inciso II, do CPC, conforme explicitado no tópico anterior.

Além disso, compete ao relator o não conhecimento de recursos inadmissíveis (art. 932, inciso III, CPC), ou seja, ao examinar um recurso, em seu juízo de admissibilidade, ele pode classificá-lo como claramente inadmissível, seja por falta de requisitos legais, ou por qualquer outra razão que impeça seu avanço. Esta prerrogativa é vital para prevenir que o tribunal discuta questões sem respaldo legal, auxiliando na eficácia do sistema.

Desta maneira, é necessário verificar que existem, de um lado, requisitos intrínsecos de admissibilidade, que são: o cabimento (adequação do recurso em face da decisão impugnada), a legitimidade (relativo às partes do processo, terceiro interessado ou o Ministério Público), o interesse em recorrer (binômio necessidade e adequação) e a inexistência de fato impeditivo (perda do direito) ou extintivo do poder de recorrer (renúncia ao direito).

Por outro lado, existem também requisitos extrínsecos, isto é, a tempestividade (prazo para ingressar com o recurso), o preparo (custas) e a regularidade formal. Não havendo qualquer destes requisitos, o recurso não poderá ser conhecido pelo relator, exceto se o vício for sanável, nos termos do parágrafo único do art. 932:

“Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.”

Ainda, o próprio inciso III, deste dispositivo, dispõe que é competência do relator não conhecer de recurso prejudicado, isto é, aquele recurso que perdeu seu objeto, não

havendo razões para a atividade do órgão recursal. Neste contexto, é o ensinamento de Nelson Nery Júnior⁴⁰:

“Ocorrendo a perda do objeto, há falta superveniente de interesse recursal, impondo-se o não conhecimento do recurso por ausência de requisito de admissibilidade. Assim, ao relator cabe julgar inadmissível o recurso por falta de interesse, ou seja, julgá-lo prejudicado.”

Outra atribuição conferida pelo inciso III é o de não conhecimento de recurso que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida, ou seja, aquele recurso que seja genérico, que não aponte de forma clara e direta qual seria o vício no *decisum*, pois não se admite a mera repetição dos argumentos já expostos sem a demonstração do motivo pelo seu inconformismo (princípio da dialeticidade).

Nelson Nery Júnior muito bem elucida⁴¹:

“A doutrina costuma mencionar a existência de um princípio da dialeticidade dos recursos. De acordo com este princípio, exige-se que todo recurso seja formulado por meio de petição pela qual a parte não apenas manifeste sua inconformidade com o ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada. Rigorosamente, não é um princípio: trata-se de exigência que decorre do princípio do contraditório, pois a exposição das razões de recorrer é indispensável para que a parte recorrida possa defender-se.”

Neste sentido, é a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DEVOLUÇÃO DE VALORES. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. 1. OBJETO DO RECURSO. Insurgência em relação à decisão que declarou, de ofício, a incompetência absoluta do juízo e determinou a remessa dos autos ao juízo de Aparecida de Goiânia/GO. 2. **IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA (CPC/15, art. 932, III). Ausência. A decisão agravada reconheceu a incompetência "absoluta" do juízo para julgar o litígio. Porém, as razões recursais não impugnam a natureza**

⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Código de processo civil comentado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 1.072

⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson. Código de processo civil comentado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 1.073

"absoluta" da competência, impedindo o conhecimento do recurso. 3. RECURSO NÃO CONHECIDO.⁴²

"AGRAVO INTERNO – DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO AGRAVO DE INSTRUMENTO – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA - Hipótese em que a r. decisão monocrática não conheceu do agravo de instrumento interposto em razão de ausência de impugnação específica da decisão recorrida – Razões do agravo de instrumento que consistem em mera repetição da contestação apresentada pelo réu agravante em 1ª instância, que suscita questões não abordadas na decisão agravada e, por outro lado, não aborda a matéria efetivamente trazida na decisão do juízo "a quo" - Precedentes deste E. TJ - Insurgência da parte agravante que não foi capaz de elidir as razões expendidas na decisão deste Relator - Decisão monocrática em perfeita consonância com o disposto no art. 932, III, do NCPC, não havendo razão para modificação - Agravo interno improvido".⁴³

Outra função de suma importância do relator é aquela prevista no inciso IV, do art. 932, do Código de Processo Civil, é aquela de negar provimento ao recurso que contraste com súmula ou jurisprudência dos tribunais, *in verbis*:

Art. 932. Incumbe ao relator: IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

Isto porque, o legislador buscou evitar que haja conflito nos entendimentos externados pelos tribunais, pelo que se busca a estabilização da jurisprudência e sua uniformização, razão pela qual as súmulas e jurisprudência baseada em recursos repetitivos ou de repercussão geral possuam efeitos *erga omnes*.

⁴² (TJSP; Agravo de Instrumento 2122408-22.2024.8.26.0000; Relator (a): Luís H. B. Franzé; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santana de Parnaíba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/05/2024; Data de Registro: 13/05/2024)

⁴³ (TJSP; Agravo Interno Cível 2189253-41.2021.8.26.0000; Relator (a): Salles Vieira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 7ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 23/06/2022; Data de Registro: 28/06/2022) (g.n.)

Da mesma forma, se evita que seja despendido tempo pelo colegiado com matérias sobre as quais os tribunais já se pronunciaram e que, sem um *distinguishing*, não há probabilidade de provimento ao recurso. Frisa-se que o Código de Processo Civil de 2015 optou por ser esta hipótese causa de negação do provimento do recurso e não mais de inadmissibilidade, ou seja, julga-se o próprio mérito.

Por outro lado, também compete ao relator dar provimento ao recurso que esteja claramente em conformidade com súmula ou jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, exatamente pela mesma lógica. Vejamos o que dispõe o inciso V do art. 932 do CPC:

“V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;”

Por fim, existem ainda outras responsabilidades atribuídas ao relator, como as definidas no regimento interno de cada tribunal (art. 932, inciso VIII, CPC) ou, no âmbito da administração processual, a que estabelece que o relator deve notificar o Ministério Público, caso se enquadre em alguma das situações previstas na lei (art. 932, inciso VII, CPC).

Ainda é importante destacar a inovação introduzida em relação à capacidade de julgar o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, quando for apresentado originalmente ao tribunal (art. 932, inciso VI, CPC).

3.5.3. Antecipação dos efeitos da tutela recursal

A antecipação dos efeitos da tutela provisória recursal busca entregar, desde logo, e em fase preliminar de cognição sumária, o bem da vida requerido pela parte. É uma medida que satisfaz de pronto o objeto da demanda.

É uma ferramenta processual que gera um impacto prático imediato mais significativo do que a concessão de tutelas cautelares, pois antecipa o pedido principal em uma etapa inicial do processo.

Existem situações em que a concessão da medida se torna irreversível, como no caso de cirurgias médicas. Nessas situações, a medida satisfativa antecipa completamente o mérito, tornando impossível a sua revogação. Por isso, é crucial que o magistrado seja cauteloso ao avaliar o pedido de concessão da antecipação dos efeitos da tutela recursal.

É relevante destacar que, embora as decisões tomadas em cognição sumária, como no caso em análise, mantenham sua eficácia durante o andamento do processo, podem ser anuladas a qualquer momento, evidenciando sua natureza transitória, sem indícios de definitividade, conforme estabelecido pelo art. 296 do Código de Processo Civil.

Portanto, é importante ressaltar que O conceito central é que a antecipação da tutela recursal é um meio de acelerar os efeitos da decisão e prevenir a demora na resolução do caso devido a um possível recurso da parte perdedora. Isso ocorre porque a proibição de execução provisória da sentença enquanto o recurso de apelação não é julgado, é prejudicial ao objetivo principal da prestação jurisdicional.

É notório que a parte tem o direito de obter, em período razoável, a resolução completa do mérito, incluindo a atividade satisfatória, através de uma decisão de mérito justa e eficaz (artigos 4º, 6º e 8º do CPC e artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal). A necessidade de observar o direito de ação, também conhecido como garantia de "acesso à justiça", não se confunde com o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

3.6. Limites para concessão da tutela antecipada recursal

Para a concessão da tutela recursal, é imprescindível que a parte que a solicita comprove dois requisitos essenciais: a urgência, que se refere ao perigo de dano, e a probabilidade de sucesso no recurso, conhecida como "*fumus boni iuris*", que diz respeito à plausibilidade do direito que está sendo alegado.

Além disso, o relator não pode decidir de ofício sobre a tutela, ou seja, é necessário que haja um pedido explícito da parte interessada, em conformidade com o princípio da demanda, bem como ao princípio da inércia da jurisdição, ou seja, o relator deve ser

provocado a se manifestar sobre a concessão da tutela antecipada recursal, pelo que não se admite sua concessão de ofício.

Embora a tutela provisória possa ser concedida sem a oitiva da parte contrária inicialmente, é fundamental que o contraditório seja respeitado em etapas posteriores do processo. Isso garante que a parte afetada tenha a oportunidade de se manifestar.

Por fim, importante ressaltar que a tutela antecipada recursal deve autorizar sua posterior reversibilidade, nos termos do art. 300, §3º, do Código de Processo Civil, ainda que não venha a ser revertida. Isto porque, as tutelas provisórias recursais são analisadas em sede de cognição sumária, aonde não se vislumbra uma certeza sobre de que aquilo pleiteado é o que deverá prevalecer ao final do processo, mas apenas o preenchimento dos requisitos autorizadores de sua concessão, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Por essa razão, o legislador estabeleceu uma norma que declara que, se os efeitos da concessão da tutela forem irreversíveis ou a sua onerosidade for excessiva, será necessário aguardar a instrução processual e a cognição exauriente.

É crucial que a reversibilidade, estipulada no § 3º do dispositivo supramencionado, seja verificada dentro dos limites do processo onde a antecipação acontece. Como é evidente, a medida excepcional do art. 300 não pode ser justificada e assegurada apenas pela remota possibilidade de a parte prejudicada ser compensada no futuro por aquele que se beneficiou da medida antecipada, por meio de indenização. Apenas a providência que garanta ao juiz as condições para restabelecer completamente, se necessário, dentro do processo em andamento, é realmente garantidor da reversibilidade.

Esses limites são importantes para assegurar a segurança jurídica e a efetividade do processo, evitando decisões apressadas que possam resultar em injustiças.

CAPÍTULO 4 – TUTELA ANTECIPADA NO ÂMBITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

No recurso de agravo de instrumento, o inciso I do artigo 1.019 prevê claramente a possibilidade de antecipação da tutela recursal. O artigo 1.019 do Código de Processo Civil estabelece que o relator tem a prerrogativa de conceder efeito suspensivo ao recurso ou conceder, em antecipação de tutela total ou parcial, a pretensão do recurso.

Ou seja, se os requisitos legais forem atendidos, o relator poderá (i) atribuir efeito suspensivo ao recurso, suspendendo os efeitos da decisão agravada, ou (ii) conceder a antecipação da tutela recursal em favor do recorrente (conferindo a "tutela" que foi negada pelo juízo de origem).

A decisão monocrática encarregada de antecipar os efeitos da tutela recursal antecipará os efeitos de uma possível concessão do agravo de instrumento. É importante destacar também que a concessão de tutela antecipada em recurso pode ser fundamentada na urgência ou evidência.

Sempre que a decisão contestada tiver um conteúdo positivo, isto é, for uma decisão que concede, acolhe ou concede alguma forma de Tutela, o Agravante poderá solicitar a suspensão desses efeitos até a conclusão do julgamento do Agravo de Instrumento.

Em relação ao Efeito Suspensivo *ope judicis*, não basta apenas o pedido do Agravante; é imprescindível cumprir os requisitos estabelecidos no Artigo 995, Parágrafo Único, do novo Código de Processo Civil: A possibilidade de êxito do recurso, ou seja, a evidência da razão do Agravante; e o risco de danos graves, de difícil ou impossível reparação. O Agravante deve sempre convencer o Relator de que a demora no julgamento do Agravo de Instrumento pode resultar em danos graves, de difícil ou impossível reparação.

Em se tratando de uma Decisão de Conteúdo Negativo - isto é, que nega, rejeita ou não concede a Tutela requerida - o pedido de Efeito Suspensivo será inútil, simplesmente porque não há efeitos a serem suspensos, uma vez que esse tipo de decisão mantém o estado anterior. O Agravante busca, através da concessão de uma Liminar, obter do Relator exatamente o que lhe foi negado no Primeiro Grau de Jurisdição. Uma parcela da doutrina começou a se referir a esse pedido como "Efeito Ativo", um termo que foi aceito pela jurisprudência.

O art. 1.015 do Código de Processo Civil, o qual prevê as hipóteses taxativas de cabimento do recurso de agravo de instrumento, em seu primeiro inciso, refere-se à possibilidade de o indivíduo prejudicado na relação jurídica processual recorrer contra a decisão interlocutória do juízo *a quo*, para que haja a apreciação do pedido de tutela provisória, concedendo-a ou negando-a.

Anselmo Prieto Alvarez (2024)⁴⁴ explica a importância do recurso de agravo de instrumento com pedido de tutela provisória:

“A razão da sua existência repousa na necessidade de uma pronta resposta jurisdicional para determinadas relações em lide, porque caso se aguarde a concessão definitiva da tutela jurisdicional, corre-se o risco de inviabilizar a obtenção do bem da vida determinado na coisa julgada em favor do ganhador, ou ainda apode ocorrer prejuízo para o desfecho do processo propriamente dito.

Em quaisquer das hipóteses retro narradas, haverá risco ao resultado útil da tutela definitiva, surgindo por conta disso a preocupação do legislador em prever taxativamente a via do agravo de instrumento para imediata discussão da decisão interlocutória que trata do tema: tutela provisória.”

Por fim, urge trazer à baila um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo⁴⁵ que demonstra essa importância:

Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer. Decisão que concedeu tutela de urgência para obrigar a agravada a custear sessões de hemodiafiltração, desde que realizadas em hospital ou clínica referenciados, sob pena de multa diária. Presença dos requisitos do art. 300, caput do CPC. Agravada que realiza glosas consideráveis dos valores desembolsados pelo agravante a fim de custear o próprio tratamento, havido fora da rede referenciada do seguro saúde. Contrato celebrado pelas partes que permite a realização do tratamento em clínica particular, fora da rede referenciada. Contrato que, isoladamente, não permite aferir a quantia efetivamente reembolsável ao agravante por sessão de hemodiafiltração realizada na clínica particular por ele eleita. Ausência de prova inequívoca a corroborar a litude

⁴⁴ ALVAREZ, Anselmo Prieto. Agravo de instrumento. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 3. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2024. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/465/edicao-3/agravo-de-instrumento>

⁴⁵ (TJSP; Agravo de Instrumento 2308642-15.2024.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 18ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/11/2024; Data de Registro: 05/11/2024)

das glosas realizadas pela agravada. Reembolsos mínimos até então realizados pela agravada que ameaçam a continuidade do tratamento de alto custo a que se sujeita o agravante. Questões ligadas ao Grupo Nefrostar que a princípio não obstam o direito invocado pelo agravante. **Tutela de urgência reversível. Danos à saúde do agravante que podem se mostrar permanentes. Pedido de ressarcimento dos "valores das três últimas notas fiscais" indeferido. Pertinência do reembolso que deve ser aferida em sede de cognição exauriente. Parcial antecipação dos efeitos da tutela recursal confirmada.**

Decisão reformada. Recurso parcialmente provido.

Portanto, considerando ser uma das hipóteses do recurso de agravo de instrumento a busca da reforma da decisão interlocutória que deferiu ou indeferiu a tutela provisória na origem, percebe-se que o recurso é fundamental para buscar garantir o princípio da eficiência da tutela jurisdicional, evitando que o direito material pereça.

CONCLUSÃO

A tutela antecipada em âmbito recursal emerge como um tema de grande relevância no contexto do direito processual brasileiro, especialmente à luz das transformações promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015. Este trabalho de conclusão de curso buscou explorar as diversas facetas da tutela antecipada, destacando sua importância para a efetividade da justiça, o acesso à jurisdição e a proteção dos direitos fundamentais.

Primeiramente, a tutela antecipada se configura como um mecanismo essencial para garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Em situações onde a espera pela decisão final do recurso pode resultar em danos irreparáveis ou de difícil reparação, a concessão da tutela antecipada se torna uma necessidade premente. A análise dos requisitos para sua concessão, como o "*fumus boni iuris*" e o "*periculum in mora*", evidencia a necessidade de um rigoroso exame das circunstâncias do caso concreto, permitindo que o Judiciário atue de forma responsável e fundamentada.

Além disso, a tutela antecipada em sede recursal é um reflexo do compromisso do sistema jurídico com o acesso à justiça. O direito de ação, garantido pela Constituição, não se limita à mera possibilidade de ajuizar uma demanda, mas implica a efetiva obtenção de uma tutela jurisdicional que proteja os direitos do autor. Nesse sentido, a tutela antecipada se apresenta como um instrumento que viabiliza esse acesso, assegurando que os direitos das partes sejam resguardados durante a tramitação do recurso.

Outro aspecto relevante abordado neste trabalho é a necessidade de se observar os limites da concessão da tutela antecipada. A análise crítica das decisões judiciais e a discussão sobre a responsabilidade do Judiciário em agir de forma célere e eficaz são fundamentais para evitar abusos e garantir a segurança jurídica. A tutela antecipada deve ser concedida com cautela, respeitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para que não se comprometa a estabilidade das relações jurídicas.

Ademais, a tutela antecipada em sede recursal também se insere em um contexto mais amplo de aprimoramento da atividade jurisdicional. O estudo das inovações trazidas pelo novo CPC, que busca uma justiça mais rápida e eficiente, revela a importância de se adaptar às novas demandas sociais e às expectativas dos jurisdicionados. A tutela antecipada, nesse cenário, se destaca como uma ferramenta indispensável para a realização da justiça em tempo hábil, promovendo a confiança no sistema judiciário.

Por fim, a pesquisa sobre a tutela antecipada em âmbito recursal não apenas enriquece o conhecimento jurídico, mas também se torna um elemento essencial para a prática advocatícia. A correta aplicação desse instituto é fundamental para garantir que os direitos dos jurisdicionados sejam efetivamente respeitados e protegidos, contribuindo para a construção de um sistema de justiça mais justo e acessível.

Em suma, a tutela antecipada em sede recursal é um tema que merece atenção contínua e aprofundada, pois sua correta compreensão e aplicação são cruciais para a efetividade da justiça e a proteção dos direitos fundamentais no Brasil. A busca por uma justiça mais célere e eficaz, aliada à proteção dos direitos dos cidadãos, deve ser um objetivo constante de todos os operadores do direito, reafirmando a importância da tutela antecipada como um instrumento vital nesse processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Dinamarco, Márcia – **Manual de Direito Processual Civil** / Márcia Dinamarco, Bruno Madeira – Leme/SP: Mizuno, 2021.
2. BUENO, Cassio Scarpinella, **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015** / coordenação de Cassio Scarpinella Bueno...[et al.]. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
3. NERY JR, Nelson **Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
4. Fux, Luiz, 1953 - **Curso de direito processual civil** / Luiz Fux. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023.
5. Bueno, Cassio Scarpinella - **Comentários ao código de processo civil** – volume 1 (arts. 1º a 317) / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). – São Paulo: Saraiva, 2017.
6. Apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
7. ASSIS, Carlos Augusto de. **A antecipação da tutela (à luz da garantia constitucional do devido processo legal)**. São Paulo: Malheiros, 2001.
8. MARINONI, Luiz Guilherme - **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
9. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, **Curso de processo civil, volume 2 : processo de conhecimento**, 6ª ed. São Paulo: RT, 2007.
10. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 3º ed. Malheiros, 2009, p. 146 No mesmo sentido, NERY JUNIOR, Nelson.
11. **Comentários ao Código de Processo Civil** / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
12. **Recursos no processo civil: teoria geral, recursos em espécie e ações autônomas** – Segunda Edição / Guilherme Antunes da Cunha, Miguel do Nascimento Costa, Felipe Scalabrin. – Londrina, PR: Thoth, 2023.
13. TUTELA PROVISÓRIA EM SEDE RECURSAL: MECANISMO PARA EFETIVIDADE DO PROCESSO E ACESSO À JUSTIÇA. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/1579/988>
14. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho – **Código de Processo Civil Anotado**, AASP, 2019.
15. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2. 2008.
16. MARCACINI , Augusto Tavares Rosa– **Código de Processo Civil Anotado**, AASP, 2019.

17. NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
18. ALVAREZ, Anselmo Prieto. **Agravo de instrumento**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 3. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2024. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/465/edicao-3/agravo-de-instrumento>