

## TUTELA ANTECIPADA NA FASE RECURSAL

Igor Luis Barboza CHAMMÉ<sup>1</sup>

Regina Cardoso MACHADO<sup>2</sup>

Rodrigo Cesar Baptista LINHARES<sup>3</sup>

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr FUNES<sup>4</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho analisa a questão da tutela antecipada como instituto de celeridade e efetividade processual. Assim, a importância da tutela antecipada não se dá somente quando da propositura da ação e sim em todo o processo. Em específico será tratada a questão da antecipação de tutela na fase recursal.

**Palavras-chave:** Efetividade. Tutela Antecipada. Tutela recursal antecipada.

### JUSTIFICATIVA

O instituto da tutela antecipada tornou possível, desde que preenchidos determinados requisitos, antecipar os efeitos materiais da tutela jurisdicional prestada pelo Estado, para satisfazer a pretensão da parte, ainda que provisoriamente, com base em cognição sumária.

Esse instituto contribui para a efetividade do processo, na medida em que afasta o risco da inutilidade do provimento final, quando haja receio de dano de irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, quando verificado o abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu, minimizando as conseqüências da lentidão do processo. É instrumento que possibilita um verdadeiro acesso à justiça.

---

<sup>1</sup> Discente do Programa de Pós-Graduação das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente- SP. [igorchamme@terra.com.br](mailto:igorchamme@terra.com.br)

<sup>2</sup> Discente do Programa de Pós-Graduação das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente- SP. [regina@pinheirodarce.com.br](mailto:regina@pinheirodarce.com.br)

<sup>3</sup> Discente do Programa de Pós-Graduação das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente- SP.

<sup>4</sup> Docente do curso de Direito, Mestre em Direito e em Educação, Coordenadora de Extensão e Assuntos Comunitários e Coordenadora de Pesquisa das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP. E-mail: [gilmara@unitoledo.br](mailto:gilmara@unitoledo.br)

A disciplina da tutela antecipada está inserida no Livro I do Código de Processo Civil, que disciplina o Processo de Conhecimento. Todavia, a necessidade de garantir a efetividade do processo não pode estar limitada à fase de conhecimento do processo, pois a justificativa da antecipação da tutela não reside no momento processual, mas, sim, na urgência de satisfazer o direito. Cite-se, aqui, o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Por essa razão, faz-se necessário discutir sobre os momentos em que é possível a concessão da tutela antecipada, as hipóteses legais de cabimento, e os requisitos inerentes à medida também na fase recursal.

A alteração promovida no artigo 527 do Código de Processo Civil pela Lei nº 10.352/01, inseriu em seu inciso III, ao lado da autorização para atribuição de efeito suspensivo, a possibilidade de antecipação da tutela recursal, em provimento monocrático, quando do recebimento do *agravo de instrumento*.

Ocorre que, mesmo antes da alteração promovida pela Lei nº 10.352/01, a possibilidade prática de antecipação da tutela recursal no agravo já era reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, embora não houvesse consenso se tal decisão tinha natureza antecipatória (ARMELIN, 1997, p. 449/450). É o consagrado *efeito ativo*, que, de fato, é antecipação, pelo relator do recurso, da tutela postulada em primeiro instância, e negada pelo juízo *a quo*, para obstar o ato que possa causar dano irreparável ou de difícil reparação. Em se tratando de decisão agravada positiva, que possa causar danos para o agravante, a lei autoriza a atribuição de efeito suspensivo ao agravo (artigo 558 do Estatuto Processual), obstando a eficácia da decisão impugnada.

Contudo, não há disposições expressas e objetivas acerca das possibilidades e requisitos que autorizariam a antecipação da tutela recursal (a par da remissão ao artigo 558 no caso de atribuição de efeito suspensivo), cuja decisão poderá ser imediata e provisoriamente efetivada, até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara, oportunidade em que a decisão do relator poderá ser mantida, reformada ou revogada pelo colegiado. Após a reforma, ainda subsiste discussão sobre o fundamento para a concessão de tutela antecipada recursal em sede de agravo de instrumento, com base no artigo 273, do Código Processual, bem como nos artigos 461 e 461-A.

De outro lado, não há previsão análoga à do artigo 527, inciso III, quanto à possibilidade de antecipação da tutela no *recurso de apelação*, fazendo surgir questionamentos sobre a possibilidade de adiantamento do provimento recursal neste recurso. Ainda, caso se admita, há dissonância quanto às hipóteses de cabimento e aos pressupostos da concessão.

O professor Roberto Armelin, com apoio na garantia do devido processo legal e no princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, bem como nos artigos VIII e X da Declaração Universal dos Direitos do Homem, defende que “não se pode negar à parte a utilização do instituto da antecipação de tutela, em todo e qualquer procedimento em que constitua o único instrumento hábil a evitar o advento de prejuízos de difícil ou impossível recuperação” (1997, p. 448). E conclui:

Tanto é efetiva essa conclusão que a redação do art. 273 do CPC não impede a utilização do instituto em segundo grau de jurisdição, pois em nenhum momento explicita tal restrição, que, ademais, à luz do princípio geral insculpido na Constituição Federal, geraria antinomia cuja dissipação somente poderia ser obtida mediante a exclusão da norma restritiva do ordenamento jurídico.

[...] somos autorizados a concluir que inexistente qualquer restrição de aplicabilidade do instituto exclusivamente ao processo de conhecimento em primeiro grau de jurisdição. (1997, p. 448/449)

Entretanto, em relação ao recurso de apelação, ante a regra geral do efeito suspensivo, o douto professor entende que “a interposição do recurso de apelação tem o condão de imediatamente evitar a hipótese prevista no inc. I do art. 273 do Estatuto Processual” por não vislumbrar *necessidade* de antecipação de tutela fundada no artigo 273 em sede de apelação (1997, p. 452). A antecipação de tutela na apelação seria legítima apenas com fundamento no inciso II do artigo 273, para *retirar* o efeito suspensivo do recurso quando patente que se trata de recurso protelatório.

Parece-nos que, na primeira hipótese, a *necessidade* da antecipação de tutela na apelação estaria sendo analisada apenas sob a perspectiva do demandado, quando a sentença lhe é desfavorável, e o recurso teria o condão de prolongar o estado de ineficácia do provimento.

No entanto, sob a perspectiva do demandante, pode haver situações em que receio de dano irreparável surja após a prolação da sentença, justificando a necessidade de pleitear a antecipação da tutela recursal, para retirar o efeito

suspensivo da apelação e permitir a efetivação do provimento apelado, garantindo, assim, a sua eficácia. Noutra giro, se a sentença nega o provimento pleiteado pelo autor e é dele o recurso de apelação, no aguardo do seu julgamento podem surgir as hipóteses que tornam urgente a tutela, sob pena de ineficácia do provimento final, justificando, se verificada a probabilidade de provimento do recurso, a concessão da tutela antecipatória.

Uma discussão relevante sobre a tutela antecipatória, que está intimamente ligada à discussão sobre a aplicação do instituto em sede de apelação, diz respeito à possibilidade de sua concessão na própria sentença. Apesar de fundada em cognição exauriente, trata-se de decisão de eficácia provisória que, ao invés de antecipar o provimento com base em cognição sumária (juízo de probabilidade), se põe a antecipar os efeitos práticos do provimento final já prestado, com base em juízo de certeza, afastando o efeito suspensivo de eventual apelação.

A par de todas as controvérsias acerca da antecipação de tutela no recurso de apelação, dado o efeito suspensivo como regra geral, estudos sobre a antecipação da tutela recursal não podem deixar de enfrentar a proposta de alteração do artigo 520 do CPC. Segundo o Projeto de Lei nº 3605/2004, esse dispositivo será modificado para conferir à apelação efeito meramente devolutivo, ressalvadas as hipóteses que menciona.

Sendo provável a aprovação da aludida modificação, torna-se necessário revisitar as discussões sobre a antecipação da tutela recursal na apelação, sob a ótica de que o efeito *ope legis* seja meramente devolutivo.

Em relação aos recursos para os tribunais superiores, Luiz Fux, douto Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em artigo sobre o tema, expõe que “A ‘questão elegante’ que se põe, na verdade, não é da antecipação consistente nessa estratégia meramente processual de sustar ou conceder efeito ativo ao recurso em si, senão de ‘antecipar a satisfação no âmbito dos tribunais superiores’”. Com brilhante sensibilidade, defende que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça também podem, pelas razões que elucida, conceder a antecipação de tutela, em que pese o “espectro de satisfação” da medida, e conclui:

Reconhecida a antecipação como instrumento de efetividade da prestação judicial, técnica capaz de vencer a tão decantada morosidade da justiça,

que afronta os mais mezinhos direitos fundamentais da pessoa humana, nada mais apropriado que delegá-la aos tribunais superiores, os quais, mantendo a inteireza do direito nacional, logram carrear para o poder a que pertencem o prestígio necessário àqueles que, consoante as sagradas escrituras, possuem o sumo sacerdócio de saciar os que têm sede e fome de justiça.”

Diante das discussões travadas, em alguns pontos mais pacíficas, noutros mais acirradas, se faz necessário, primeiramente, o estudo do instituto da antecipação da tutela, analisando suas finalidades, para, então, analisar sua integração no sistema recursal, as hipóteses de cabimento ou necessidade da sua aplicação, bem como os procedimentos a serem adotados para sua concessão em sede recursal.

## **PROBLEMATIZAÇÃO:**

Diante da justificativa do tema proposto, eis algumas questões a serem analisadas:

- O pedido de tutela antecipada, com fundamento no artigo 273, pode ser formulado em qualquer fase do processo?
- Se o artigo 527 do Código de Processo Civil, em seu inciso III, prevê a possibilidade de antecipação da tutela recursal, pelo relator, quando do *recebimento* do agravo de instrumento, qual o meio cabível ao jurisdicionado que verificar os pressupostos do artigo 273, inciso I (receio de dano irreparável ou de difícil reparação), após o recebimento do recurso e antes do seu julgamento?
- Admitindo-se a possibilidade de pedir a antecipação da tutela em sede de recurso, na hipótese anterior (após o recebimento do agravo), a sua apreciação compete ao relator ou ao órgão colegiado?
- As respostas às questões anteriores se aplicam à apelação? Quais as coincidências com a sua aplicação no agravo de instrumento? Quais as peculiaridades em casa recurso?
- Os argumentos de limitação do cabimento da antecipação da tutela na apelação subsistem se retirado o efeito suspensivo como regra?

- Qual a natureza da decisão que suspende a eficácia da decisão agravada ou apelada sob a justificativa de evitar danos irreparáveis ao agravante ou apelante (art. 558, do CPC)?

- É possível a atribuição de *efeito ativo* à decisão apelada, para antecipar a pretensão do autor/recorrente, evitando a longa demora do julgamento do recurso? Qual a natureza dessa decisão?

- A quem compete a apreciação do pedido de tutela antecipada realizado após a prolação da sentença e antes ou na interposição do recurso de apelação?

- É possível a antecipação de tutela nos recursos dirigidos aos tribunais superiores, ante a vedação de reexame de provas? Seria possível a verificação de prova inequívoca ou de fundamento relevante para concessão antecipada da tutela recursal, sem ultrapassar o limite da cognição conferida a esses tribunais?

## **HIPÓTESES:**

- A antecipação dos efeitos da tutela, observados os requisitos, pode ser deferida em qualquer fase do processo, com fundamento no artigo 273, e, ainda, no artigo 461, §3º, do Código de Processo Civil, como corolário da adequada tutela jurisdicional, efetiva e tempestiva.

- A apreciação do pedido de antecipação da tutela em sede de agravo de instrumento compete ao relator que recebeu o recurso, na pendência de julgamento.

- A efeito *ope legis* da apelação não pode servir para afastar da apreciação do Poder Judiciário as hipóteses em que, constatada a verossimilhança da alegação, a demora do processo expõe a parte ao risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

- A apreciação do pedido de tutela antecipada realizado após a sentença e antes ou na interposição do recurso de apelação compete ao mesmo órgão que proferiu a decisão.

- A apreciação do pedido de tutela antecipada realizado após a interposição do recurso de apelação compete ao órgão *ad quem*, mesmo antes da remessa dos autos ao tribunal.
- A atribuição de efeito suspensivo nas hipóteses previstas no artigo 558, *caput* e parágrafo único, é, de fato, tutela antecipatória, pois antecipa os efeitos do pedido formulado no recurso.
- A modificação do artigo 520, do CPC, trará conseqüências no tocante às discussões acerca da concessão de tutela antecipada na sentença, bem como no recurso de apelação.
- O pedido de tutela antecipada também pode ser formulado pelo recorrido.
- É possível a antecipação de tutela nos recursos dirigidos aos tribunais superiores, à luz do contexto recursal.

## **OBJETIVOS:**

O objetivo do presente trabalho é revisitar as discussões relativas à antecipação de tutela, especialmente na fase recursal do processo, à luz dos artigos 273, 461, 461-A, 520, 527 e 558, do Código de Processo Civil, frente às modificações introduzidas a partir do ano de 2001.

Serão abordadas as questões relativas às hipóteses de cabimento da tutela antecipatória no âmbito recursal, os requisitos para sua concessão, competências, meios de impugnação da decisão que a concede ou a nega, bem como, considerações sobre tutela jurisdicional e cognição.

O trabalho também fará considerações sobre a conceituação de “prova inequívoca”, “verossimilhança da alegação”, convicção, convencimento judicial e certeza jurídica.

O estudo tem como objetivo final defender a essencialidade da adequada aplicação do instituto da tutela antecipada como meio de garantir a efetividade da prestação jurisdicional do Estado e o acesso à justiça.

## **OBJETO:**

O objeto da pesquisa é estudo das questões que envolvem a aplicação da antecipação da tutela em sede recursal, com vistas a adiantar, no todo ou em parte, a pretensão formulada no recurso, após as modificações introduzidas no Código de Processo Civil relacionadas ao instituto.

Será objeto do estudo as discussões travadas sobre a aplicação da tutela antecipada no âmbito recursal e as divergências sobre as hipóteses de cabimento, competência e pressupostos, com análise da postura doutrinária e dos tribunais.

Também serão objeto da pesquisa princípios constitucionais, que asseguram ao tutelado o devido processo legal, a prestação de tutela adequada, que garanta uma prestação jurisdicional efetiva e o verdadeiro acesso à justiça, e, ainda, o princípio da inafastabilidade.

## **METODOLOGIA:**

Neste trabalho será utilizado o método dedutivo para a abordagem do tema, assim como o método dialético ao questionar a sistemática existente no que concerne ao assunto tratado, e o método histórico.

Como técnica de pesquisa será utilizada a documentação indireta, principalmente com o levantamento de dados bibliográficos, principalmente da doutrina elaborada por William Santos Ferreira, autor de obra específica sobre o tema antes das alterações promovidas a partir do ano de 2001, e por outros doutrinadores que trataram de aspectos pontuais da antecipação da tutela no âmbito recursal, e dados jurisprudenciais.

## BIBLIOGRAFIA INICIAL:

ALVIM, Eduardo Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 108, out/dez 2002.

ALVIM, J.E. Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. **Tutela antecipada na sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARMELIN, Roberto. Notas sobre antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição. In: WAMBIER, T. A. A. (Coord). **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 431-454.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo, Malheiros, 1998.

BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e manifesto propósito protelatório. In: WAMBIER, T. A. A. (Coord). **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 309-331.

BUENO. Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos nos tribunais; sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela no processo civil**. Rio de Janeiro: forense, 1999.

FADEL. Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. São Paulo: Dialética, 1998.

FERREIRA, William Santos. **Tutela Antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 9. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 25 ed. Ver. a atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NUNES, Luiz Antonio. **Cognição judicial nas tutelas de urgência**. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Tutela Antecipada**. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória**. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, S.F. (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZAVASKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer. In: WAMBIER, T. A. A. (Coord). **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 462-482.

\_\_\_\_\_. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.