

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC-SP

Telma Silva Araújo

Concessão de tutela provisória por decisão singular em 2º grau de jurisdição

Mestrado em Direito

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC-SP

Telma Silva Araújo

Concessão de tutela provisória por decisão singular em 2º grau de jurisdição

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação da Professora Doutora Arlete Inês Aurelli.

São Paulo

2019

ERRATA

ARAÚJO, Telma Silva. *Concessão de tutela provisória por decisão singular em 2º grau de jurisdição*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2019.

Folha	Linha	Após	Inclua-se
09	08	1.1.2.2. O duplo grau de jurisdição 32	1.1.2. 3. O juiz natural38

BANCA EXAMINADORA

Aos pequenos Lipe, Marina, Victor, Ana
Júlia, Isabella e Maria Cecília.
Ao não tão pequeno Lucas e à minha
irmãzinha, Renata.

AGRADECIMENTOS

Sempre leio os agradecimentos das dissertações e teses que pego. Acho que é a parte em que a Academia mostra que, como tudo na vida, no final, é feita de pessoas: todos têm família, amigos, professores, e são eles, na verdade, que nos incentivam, mesmo sem saber, a estudar. Já vi agradecimentos que começaram com a professora do primário (a minha foi a Tia Beth, ela tinha uma pinta acima dos lábios, o que, para mim, com 7 anos, a tornava parecida com a Marilyn Monroe); outras são mais contidas e agradecem apenas os professores do pós, às vezes, a secretária.

Muitos já começam pedindo desculpas, esse é o meu caso, vou deixar de agradecer a muita gente que pôs muito tijolinho na construção da minha vida, mas vamos ao que interessa.

Primeiro, agradeço aos professores que tive no pós, todos me ensinaram alguma coisa que não direito e isso é precioso. Por isso, obrigada, Nathaly Campitelli Roque, Willis Santiago Guerra Filho, Ricardo Sayeg, Cristiane Druve Tavares Fagundes, Anselmo Prieto Alvarez, Sérgio Seiji Shimura, Cassio (sem acento) Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto e Teresa Arruda Alvim.

Agradeço à minha orientadora, Professora Arlete Inês Aurelli, que me acolheu e me encorajou.

Agradeço ao querido amigo e professor Fábio Victor da Fonte Monnerat que, quando me entregou o diploma da graduação, não me deu parabéns, simplesmente olhou bem nos meus olhos e disse: “você sabe que isso é só o começo, né?”

Agradeço, por fim, à minha família, em especial, à minha mãe Jandira e à minha batiam Chieko: como quando aprendi a andar de bicicleta, ninguém interferiu, mas ficaram todos em volta, para o caso de eu cair e precisar de apoio. Saber que teria tantos braços a me levantar, me fez forte e confiante. Obrigada!

RESUMO

O objetivo deste trabalho é a análise da concessão de tutela provisória pelo relator, em segundo grau de jurisdição, de acordo com as previsões do Código de Processo Civil de 2015. Primeiro, examinaram-se o desenvolvimento do papel do relator bem como os argumentos que o sustentaram. Em seguida, investigaram-se as atribuições do relator dispostas no artigo 932 do Código de Processo Civil de 2015. O capítulo 2 tratou da tutela provisória e foi dividido em quatro partes. A primeira ocupou-se em definir o conceito de tutela provisória e destacar seus principais aspectos. Na segunda parte, examinaram-se mais atentamente cada uma de suas espécies de acordo com o disposto no Código de Processo Civil. A terceira parte dedicou-se ao estudo dos diferentes dispositivos que tratam da concessão da tutela provisória pelo relator em segundo grau de jurisdição, de modo a se extrair uma interpretação harmônica e sistêmica desses dispositivos. Em seguida, fez-se uma análise breve do agravo interno e apresentou-se a conclusão.

Palavras-chaves: Tutela provisória. Tutela de urgência. Tutela da evidência. Relator. Tribunal.

ABSTRACT

The purpose of this study was to analyze the granting of provisional remedies by the Judge-Rapporteur at the Court of Appeal as prescribed in the Code of Civil Procedure of 2015. First, the development of the role of the Judge-Rapporteur, along with its supporting arguments, was examined. Subsequently, the duties of the Judge-Rapporteur, regulated in the article 932 of the Code of Civil Procedure, were investigated. The following chapter focused on provisional remedies and was divided in four sections. In the first section, the concept of provisional remedy as well as its main aspects were presented. The second section explored the different types of provisional remedies as prescribed in the Code of Civil Procedure. The third section was dedicated to the study of the articles of the Civil Procedure Code which regulate the granting of provisional remedy by the Judge-Rapporteur at the Court of Appeal so that a harmonious and systematic interpretation of such articles may be presented. After that, a brief analysis of the internal interlocutory appeal was carried out and conclusions were drawn.

Keywords: Provisional remedy. Interlocutory relief. Relief granted upon *prima facie* evidence. Judge-Rapporteur. Court of Appeal

LISTA DE ABREVIATURAS

AgRg	Agravo regimental
AResp	Agravo em recurso especial
art.	Artigo
c/c	Combinado com, cumulado com
CF/88	Constituição Federal de 1988
CJF	Conselho da Justiça Federal
CPC	Código de Processo Civil
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cívicos
RE	Recurso extraordinário
REsp	Recurso especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. AS ATRIBUIÇÕES DO RELATOR	12
1. 1 Considerações gerais	12
1.1.1 Histórico e evolução legislativa no Brasil	12
1.1.2. Fundamentos	21
1.1.2.1. O neoconstitucionalismo.....	21
1.1.2.2 O duplo grau de jurisdição	32
1.1.2.4. A colegialidade	43
1.2 Atribuições do relator no julgamento recursal	48
1.2.1. Considerações iniciais – poder ou dever?	48
1.2.2 Natureza jurídica dos pronunciamentos do relator.....	52
1.2.3. Atribuições monocráticas dispostas no artigo 932, CPC	54
1.2.3.1 Inciso I - dirigir e ordenar, inclusive em relação à produção de prova e homologar autocomposição das partes.	54
1.2.3.2. Inciso II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal.....	58
1.2.3.3. Inciso III – não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida	59
1.2.3.4. Inciso IV - negar provimento a recurso que for contrário a: e inciso 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	62
1.2.3.5. Inciso VI - decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal.	79
1.2.3.6. Inciso VII - determinar a intimação do Ministério Público.	83
1.2.3.7 Inciso VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal.....	84
1.2.3.8. Parágrafo único. 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.	85

2 TUTELA PROVISÓRIA RECURSAL	88
2.1. Conceito.....	88
2.2. Espécies	98
2.2.1. Considerações iniciais	98
2.2.2. Tutelas de urgência	101
2.2.2.1. Tutela antecipada	113
2.2.2.2 Tutela de urgência cautelar	121
2.2.3. Tutela da evidência.....	124
2.2.4. Efeito suspensivo.....	133
2.3 Forma e apreciação pelo relator	137
2.4 Agravo interno.....	153
CONCLUSÃO	160
REFERÊNCIAS.....	165

INTRODUÇÃO

O tempo do processo, como se usa dizer, é barreira. Barreira porque se interpõe entre o processo e outros fenômenos jurídicos e não-jurídicos. O processo precisa de tempo para que seus atos se desenvolvam legitimamente consoante o devido processo legal. Tem, portanto, um papel relevantíssimo na manutenção do Estado Democrático de Direito. Todavia, é barreira. E barreiras se interpõem. A passagem do tempo se interpõe entre o direito existente, mas ainda não declarado, e a proteção que há de ser concedida ao jurisdicionado ao final do processo. Diminuir os efeitos nocivos que advêm da passagem do tempo necessário do processo é uma questão nodal da ciência processual contemporânea.

Dentre as inúmeras propostas, há um grupo que se presta a proteger ou adiantar o direito (ou, melhor dizendo, adiantar alguns dos efeitos da tutela final). Trata-se das tutelas provisórias. Essa proteção provisória pode ser requerida no início do processo ou no momento em que o direito é ameaçado.

De outro lado, verifica-se que uma das razões de prolongamento do tempo do processo é a interposição de recurso. Durante o século XX, no direito brasileiro, houve alterações no procedimento recursal que visavam a reduzir o tempo de trâmite do recurso. Verificou-se que ocorreu uma ampliação das atribuições do relator, que passou a decidir sozinho em alguns casos previstos em lei. Um dos casos em que a lei autorizava a decisão monocrática era exatamente naquelas situações em que era necessária uma proteção provisória ao direito.

Essa dissertação pretende, portanto, investigar como o Código de Processo Civil de 2015 trata a concessão da tutela provisória pelo relator em 2º grau de jurisdição.

Optou-se por estudar primeiro o processo de ampliação das atribuições do relator e se analisar aquelas dispostas no artigo 932 do Código de Processo Civil de 2015.

Então, passa-se ao estudo das espécies de tutela provisória no Código de Processo Civil para, por fim, concentrar-se a análise de sua concessão em grau recursal por decisão singular.

1. AS ATRIBUIÇÕES DO RELATOR

1. 1 Considerações gerais

O capítulo I divide-se em dois subcapítulos, sendo que, no primeiro deles, apresentar-se-á o contexto histórico em que se desenvolveram as discussões sobre a ampliação das atribuições do relator no que diz respeito aos julgamentos em 2º grau de jurisdição e os fundamentos que a sustentam. Também pretende-se descrever sucintamente as alterações legislativas de modo que, ao seu final, estejam estabelecidas as premissas fáticas a partir das quais poderemos, no subcapítulo 2, apresentar e discutir os diversos posicionamentos e propostas doutrinárias acerca das atribuições do relator previstas no artigo 932 do Código de Processo Civil vigente.

1.1.1 Histórico e evolução legislativa no Brasil

Em linhas bem gerais, pode-se descrever o relator como o juiz de órgão colegiado que recebe o processo que chega ao tribunal. Sua designação se dá por sorteio e, em termos rasos e simples, é o relator quem cuida do processo. O órgão colegiado tem mais de um julgador e, por questões de ordem prática e organização interna, a cada julgador cabe determinada quantidade de processos pelos quais ele deve zelar para que, na data da sessão, seja possível se chegar a uma decisão de mérito. Até lá, é o relator o responsável por manter ou tornar o processo hígido e apto para julgamento.

No desiderato de se entender as razões que contribuíram para a ampliação das atribuições do relator, necessário observar a conjuntura histórico-social. Inicia-se, portanto, descrevendo as alterações nos regimentos internos dos Tribunais Superiores anteriores à Constituição de 1988 para, em seguida, tratarmos das reformas do Código de Processo Civil de 73 que ocorreram em meados da década de 1990 e no primeiro decênio do século XXI.

Em meados de 1963, houve alteração na redação original (de 1940) do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal¹ por meio da primeira, segunda e terceira emendas. Essas emendas haviam sido propostas no processo administrativo n. 252 pela subcomissão de reforma do regimento composta pelos Ministros Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa, Victor Nunes Leal e Pedro Chaves. Foram discutidas e aprovadas na sessão do dia 21 de agosto de 1963 e, posteriormente, publicadas no Diário de Justiça dos Estados Unidos do Brasil em 30 de agosto do mesmo ano. A emenda 2 acrescentava ao título III “Do processo no Tribunal” o capítulo XX “Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” cujo artigo 15, IV dispunha: “o relator poderá mandar arquivar o recurso extraordinário ou o agravo de instrumento, indicando o correspondente número da súmula”²

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, a alteração foi pensada com o intuito de diminuir a sobrecarga de trabalho ocasionada pelo volume de processos a serem julgados pela corte. O mesmo autor conta que o “notório, antigo e angustiante problema da sobrecarga da Corte Suprema brasileira [...] já fora objeto das preocupações de Alfredo Buzaid na década dos anos cinquenta.”³

Dez anos mais tarde, em sua redação original, o artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, encampando a possibilidade de decisão singular do relator, ao dispor sobre o recurso de agravo de instrumento, prescrevia:

Art. 557. Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferi-lo por despacho. Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído.

Parágrafo único. Do despacho de indeferimento caberá recurso para o órgão a que competiria julgar o agravo.

Seis anos depois, em 1979, houve a publicação da lei complementar 35, a Lei Orgânica de Magistratura, que também conferia alguns poderes decisórios ao relator⁴. A

¹ O STF teve, até o presente, 5 regimentos internos, editados nos anos de 1891, 1909, 1940, 1970 e 1980.

² BRASIL. Diário da Justiça. Ano XXXVIII n. 164. edição de 30 de agosto de 1963.

³ DINAMARCO, 2002, p. 1.101. *Apud* FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. *A ampliação dos poderes do relator nos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 33.

⁴ LC 35. Art. 90, § 2º “O relator julgará pedido ou recurso que manifestamente haja perdido objeto, bem assim, mandará arquivar ou negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo ou incabível ou, ainda, que contrariar as questões predominantemente de direito,

teor do parágrafo 2º do art. 90, cabia ao relator julgar pedido que tivesse perdido o objeto, que fosse manifestamente intempestivo ou incabível ou que contrariasse “as questões predominantemente de direito, súmula do Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal”. O mesmo artigo 90, §2º previa, ainda, a interposição de agravo contra essa decisão do relator para o órgão competente para apreciar o pedido. Curiosamente, a lei previa que o relator não participaria do julgamento desse agravo.

Um ano depois, em 1980, foi aprovado novo regimento interno do Supremo Tribunal Federal cuja redação original do artigo 21, § 1º confirmava a tendência crescente em outorgar poderes ao relator. O art. 21, §1º autorizava o relator a “arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal (art. 98), ou for evidente a sua incompetência.”

No mesmo sentido, cinco anos mais tarde, em 4 de dezembro de 1985, houve a inclusão do §2º no mesmo artigo 21 por meio da emenda regimental n. 2 que autorizava o relator a “prover, desde logo, o recurso extraordinário” nos casos de “manifesta divergência com a Súmula.”. Antes de prosseguir, note-se que esses artigos já foram alterados para, inclusive, conferir mais poderes ao relator, mas optou-se por seguir uma cronologia temporal a fim de oportunizar a visualização da construção histórica do fenômeno.

No que toca ao ano de 1988, pode-se estabelecer a promulgação da Constituição Federal como um dos marcos temporais do processo de ampliação dos poderes do relator. Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 dispõe, notadamente no artigo 5º, sobre direitos e garantias fundamentais, muitos deles, diretamente relacionados ao direito processual.

Assim, se de um lado, estabeleceu-se um parâmetro⁵ para a interpretação da legislação infraconstitucional anterior a 1988, de outro, identifica-se uma tendência a

súmula do Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal. Deste despacho caberá agravo, em cinco dias, para o órgão do Tribunal competente, para o julgamento do pedido ou recurso, que será julgado na primeira sessão seguinte, não participando o relator da votação.”

⁵ Ensina Cassio Scarpinella Bueno: “A análise do nosso ‘modelo constitucional’ revela que todos os ‘temas fundamentais do direito processual civil’ só podem ser construídos a partir da

se buscar a materialização no plano dos fatos dos direitos fundamentais, dentre eles, os processuais.

Transcreveu-se abaixo um excerto tirado das notas conclusivas de um artigo escrito por Sálvio de Figueiredo Teixeira no intuito de ilustrar o cenário de mudança que animava os juristas pós 1988. Como se sabe Sálvio de Figueiredo Teixeira foi ministro do STJ de 1990 a 2006 e, juntamente com o Ministro Athos Gusmão Carneiro, capitaneou boa parte das reformas do CPC/73.

O Estado Democrático de Direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não mais é visto como mero Poder equidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e responsável pelo bem comum- Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. Essa nova postura repudia as normas constitucionais como meros preceitos programáticos, vendo-as sempre dotadas de eficácia em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, valorização do trabalho e da livre iniciativa, defesa do meio ambiente e construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária²⁹

[...]

É de convir-se, todavia, que somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a imprescindibilidade de um novo processo: ágil, seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver.

O Direito, como disse o grande Benjamin Cardozo, recordando Roscoe Pound, deve ser estável mas não pode permanecer imóvel; como o viajante, deve estar pronto para o amanhã.

Esta a missão que nos cabe: criar um novo processo e com ele uma nova "Justiça", para responder aos desafios de um novo tempo. Para isso, além

Constituição.¹⁰ E diria, até mesmo: devem ser construídos a partir da Constituição. Sem nenhum exagero, é impensável falar-se em uma 'teoria geral do direito processual civil' que não parta da Constituição Federal, que não seja diretamente vinculada e extraída dela, convidando, assim, a uma verdadeira inversão do raciocínio useiro no estudo das letras processuais civis. O primeiro contato com o direito processual civil se dá no plano constitucional e não no do Código de Processo Civil que, nessa perspectiva, deve se amoldar, necessariamente, às diretrizes constitucionais. O 'modelo constitucional do direito processual civil brasileiro' compreende, para fins didáticos, quatro grupos bem destacados: os 'princípios constitucionais do direito processual civil', a 'organização judiciária', as 'funções essenciais à Justiça' e os 'procedimentos jurisdicionais constitucionalmente identificados'. Para comprovar o acerto e a amplitude da proposta metodológica aqui anunciada, convém tecer algumas considerações sobre cada um deles." (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de direito processual Civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008., p. 262)

de esforços, talento e uma nova mentalidade, precisamos acreditar e ter esperança.⁶

É esse, portanto, o contexto – de busca por um acesso à justiça substantivo – em que se inserem as reformas havidas no CPC/73 e que orientou a redação do atual 932, CPC⁷.

Portanto, um ano após a promulgação da Constituição de 1988, houve a publicação do Regimento Interno do então recém-criado Superior Tribunal de Justiça cujo artigo 34 autorizava o relator a “negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente, contrário à súmula do tribunal, ou quando for evidente a incompetência deste”.

Um ano mais tarde, em 1990, a lei dos recursos (Lei 8.038/90) dispôs sobre os poderes do relator no STF e STJ em seu artigo 38 para que este decidisse “o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.”

A segunda metade da década de 1990 e o primeiro decênio do século XXI testemunharam diversas alterações no Código de Processo Civil de 1973. Como dito

⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. As garantias do cidadão na justiça, São Paulo: Saraiva, 1993. p. 79-92, pp. 91 e 92.

⁷ Nesse sentido, nota-se, inclusive, que, no Código de Processo Civil de 2015, é explícita a preocupação em se buscar a efetividade do direito do acesso à justiça em harmonia com os direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988. Vejamos: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo”. BRASIL. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em 05 ago. 2017, pp.21 e 22).

anteriormente, a prestação jurisdicional mais célere e efetiva bem como o dasafogamento⁸ dos Tribunais Superiores eram objetivos da reforma.

No que tange aos poderes do relator, há de se ressaltar, portanto, as significativas alterações dos artigos 527 e 557, CPC/73.

Como dito um pouco acima, o 557, CPC/73 originalmente dispunha acerca da hipótese de o relator indeferir por despacho o recurso de agravo, nos casos em que este fosse “manifestamente improcedente”, havendo também a possibilidade de “convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído”.

Ocorre que, em 1995, a palavra “agravo” foi substituída por “recurso” e se ampliaram as hipóteses para que o relator negasse segmento ao recurso, incluindo-se o ser manifestamente inadmissível, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior.

Três anos mais tarde, em 1998, nova alteração, dada pela Lei n. 9.756/ 98, incluiu a expressão "jurisprudência dominante", além de substituir "contrário" por "em confronto". Houve também a inclusão do parágrafo 1º-A que permitia o provimento do recurso se a decisão recorrida estivesse em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante. O parágrafo 1º passou a prever, ainda, o juízo de retratação do relator e um

⁸ Como pode se depreender da exposição de motivos da Lei 9.756/1998 : “Nesse sentido, as alterações e acréscimos propostos no presente Projeto de Lei em relação ao CPC (LGL\1973\5), CLT (LGL\1943\5) e Lei 8.038/1990 se fazem necessárias para desafogar as pautas de julgamento dos Tribunais Superiores – Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho –, em que a avalanche de recursos sobre matérias já sumuladas ou pacificadas tem desafiado a capacidade de julgamento colegiado nas sessões que são precisas para apreciar o elevado número de recursos sobre matérias idênticas. A praxe, que as Cortes Superiores têm adotado é a do julgamento em conjunto de tais matérias, declinando-se apenas o número dos processos, para os quais o relator dá a mesma decisão, com o referendado do colegiado, sem que este tenha ouvido relatório circunstanciado ou discutido o processo. Assim, na prática, as decisões nesses processos já têm sido adotadas de forma monocrática, baseadas na confiança que o colegiado atribui ao relator no enquadramento da matéria como pacificada. A vantagem da alteração legal seria a de racionalizar o funcionamento dos Tribunais Superiores, desafogando as sessões de julgamento, uma vez que, muitas vezes, o processo já teria condições de ser decidido, mas fica aguardando pauta para julgamento. Haveria, portanto, sensíveis vantagens para o jurisdicionado, pela maior presteza na prestação jurisdicional” (*apud* CIANCI, Mirna. Notas e comentários à verdadeira anatomia do recurso de agravo interno, de que trata o § 1º do art. 557 do CPC. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 211, p. 379 – 390, set. 2012, nota de rodapé 15, p. 388).

novo parágrafo, o 2º, previa multa para os casos em que o agravo interno fosse manifestamente inadmissível ou infundado. Todavia, o parágrafo 2º já não diz respeito ao relator apenas e, sim, ao colegiado⁹.

A técnica legislativa deficiente foi, à época, bastante criticada. José Carlos Barbosa Moreira, a par de apontar que o §1º-A foi colocado antes do §1º e classificar o deslize como anedótico, afirma que havia na Lei n. 9.756/ 98, em razão da “imperícia do legislador, defeitos graves que traziam dificuldades para a doutrina e, sobretudo, para a aplicação da lei”¹⁰. Criticou, ainda, a infeliz opção pela palavra “confronto” pois, ao invés dela, “conflito, contraste, contradição” teriam sido mais precisas.

Ademais, a expressão “jurisprudência dominante” comporta, sem dúvida, alto grau de subjetividade e, a teor do artigo 557, CPC/73, sequer era necessário que a tese houvesse sido sumulada. Barbosa Moreira apontou, com o costumeiro acerto, que, inclusive, determinada tese pode tornar-se dominante no decorrer de uma única sessão de julgamento.

Somava-se a tudo isso o fato de que, embora houvesse previsão, no texto da lei, de interposição de agravo contra a decisão singular, se não houvesse retratação, esse agravo seria simplesmente apresentado “em mesa” para julgamento, ou seja, não se abriria o contraditório para o agravado, aliás, sequer lhe dariam ciência, e este, em um

⁹ Transcreve-se o artigo na íntegra para maior clareza.

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas do CPC em matéria de recursos. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 147.

belo dia, poderia vir a descobrir que a decisão do relator que lhe era favorável havia sido reformada pelo colegiado¹¹.

Outra alteração que deve ser notada é aquela do artigo 558, CPC/73 em 1995¹² que, em sua redação original, dispunha acerca da possibilidade de o agravante requerer ao relator a “suspensão da execução de medida até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara” somente “nos casos de prisão de depositário infiel, adjudicação, remição de bens ou de levantamento de dinheiro sem caução idônea”. A hipótese de concessão foi ampliada na medida em que foi incluída a frase “outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação” que reproduzia a previsão da tutela antecipada do art. 273, CPC/73.

A inclusão dessa previsão acendeu um debate que girava em torno da (não) eficiência da concessão do efeito suspensivo àqueles casos em que a decisão objeto do recurso indeferira determinada tutela. O efeito suspensivo, nesses casos, era absolutamente inócuo tendo em vista que o que era premente era a concessão do provimento a fim de se garantir o resultado útil processo¹³.

¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas do CPC em matéria de recursos. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 151.

¹² (redação original) Art. 558. O agravante poderá requerer ao relator, nos casos de prisão de depositário infiel, adjudicação, remição de bens ou de levantamento de dinheiro sem caução idônea que suspenda a execução da medida até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único. Igual competência tem o juiz da causa enquanto o agravo não tiver subido

¹³ Sobre esta questão, à época, argumentava Eduardo Talamini: “Mas, já pelo que se disse, fica claro que não é apenas a concessão de efeito suspensivo que se presta a garantir o resultado do recurso (e, no mais das vezes, indiretamente, do processo como um todo). Há casos em que a decisão impugnada deixou de conceder uma providência (ativa) pleiteada pelo recorrente. Em certas situações, há urgência na obtenção de tal providência. O simples futuro provimento do recurso contra sua denegação poderia vir a ser inútil - vez que já concretizado o dano que se pretendia evitar. E precisamente o que se dá em relação às decisões que indeferem liminares em cautelares, em mandados de segurança, em possessórias. Também se enquadra nessa hipótese a decisão que, no processo de conhecimento, nega a antecipação de tutela fundada em risco de dano irreparável (CDC (LGL\1990\40), art. 84, § 3.º; CPC (LGL\1973\5), arts. 273, I, e 461, § 3.º). Enfim, é o que ocorre em todos os casos em que se nega uma tutela de urgência.

Nesses casos, ainda que não de forma tão pacífica, também passou a ser admitido o mandado de segurança.²¹ E nem pode ser de outro modo. As mesmas razões que autorizam a suspensão da decisão impugnada para que o eventual provimento do recurso não venha a ser inservível, justificam que, desde logo, conceda-se o resultado prático de seu provimento, nos casos em que sua realização apenas no final do procedimento recursal seria inútil. (TALAMINI,

Portanto, a fim de se garantir o que viria a ser conhecido como efeito suspensivo ativo, houve, em 2001, alteração no art. 527, que passou a prever que o relator deferisse, “em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão” (artigo 527, III, CPC/73).

No que diz respeito a alterações no âmbito dos Regimentos Internos, devem-se citar ainda as modificações do artigo 21 do atual regimento interno do Supremo Tribunal Federal em 2007 (emenda regimental n. 21)¹⁴ e, mais recentemente, em 2014, a inclusão dos incisos XIX e XX no artigo 34¹⁵ do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça¹⁶ que, mais uma vez, ampliaram as hipóteses em que o relator prolate decisão singular.

É esse, em breves linhas, um descritivo do processo histórico de evolução das atribuições do relator, particularmente no que toca à possibilidade de decisão singular, desde meados da década de 1960 até a entrada em vigor do CPC/15. Como se pôde observar, foi um processo gradual que se iniciou no Supremo Tribunal Federal com o

Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 80, pp. 125-146, out./ dez.1995., pp. 129 e 130).

¹⁴ Art.21 § 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007)

¹⁵ Art. 34. São atribuições do relator: XIX - decidir o mandado de segurança quando for manifestamente inadmissível, intempestivo, infundado, prejudicado ou improcedente, ou quando se conformar com súmula ou jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal ou as confrontar; XX - decidir o habeas corpus quando for manifestamente inadmissível, intempestivo, infundado, prejudicado ou improcedente, ou se conformar com súmula ou jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal ou as confrontar. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 16, de 19 de novembro de 2014)

¹⁶ A alteração mais recente do artigo 34 data de 2016, pois a emenda regimental nº 24 tratou de adequar o artigo ao Código de Processo Civil de 2015 (passou a ter a seguinte redação: art. 34. XIX - decidir o mandado de segurança quando for inadmissível, prejudicado ou quando se conformar com tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência dominante acerca do tema ou as confrontar; XX - decidir o habeas corpus quando for inadmissível, prejudicado ou quando a decisão impugnada se conformar com tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência dominante acerca do tema ou as confrontar.) Em virtude do corte temporal adotado, propositalmente não a incluímos nesse subtítulo.

intuito de dar vazão às demandas que ali se avolumavam. Esse expediente foi, então, timidamente incorporado ao processo civil e ganhou fôlego durante as reformas do CPC/73 nas décadas de 1990 e 2000, impulsionado pela positivação de direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal, em especial, o acesso à justiça e a razoável duração do processo.

1.1.2. Fundamentos da ampliação das atribuições do relator e princípios correlacionados

1.1.2.1. O neoconstitucionalismo e o acesso à justiça

O esboço histórico delineado no item anterior descreve os resultados de um processo histórico de fortalecimento da figura do relator enquanto juiz singular. Cumpre notar que esse deslocamento da preferência do julgamento colegiado para aquele singular tem raízes mais em fenômenos sociopolíticos do que propriamente jurídicos.

Um dos propulsores desse fenômeno é a chamada crise da justiça. Nesse passo, convém estabelecer, ainda que de maneira sucinta, no que consiste essa crise pois, embora possamos identificá-la como demora da justiça, é fundamental qualificarmos tanto “demora” quanto “justiça”, pois se assim não o fizermos, corre-se o risco de, na atemporalidade, falar-se de tudo e de nada.

Portanto, quando, na contemporaneidade ocidental, fala-se de crise da justiça, quer se referir às questões relacionadas ao acesso à justiça no Estado Democrático de Direito. Esse acesso, portanto, segue parâmetros estabelecidos no pós-guerra e adaptados às realidades histórico-políticas de cada povo.

No Brasil, costuma-se adotar como marco dessa crise a promulgação da Constituição de 1988¹⁷. Isso porque, a uma, no texto desse diploma legal, o constituinte

¹⁷ Nesse ponto, é preciso abrir um parêntese para deixar claro que a escolha do ano de 1988 é absolutamente arbitrária e de grande força argumentativa, mas o processo histórico é mais amplo e envolve outras variáveis, bastando lembrar que as primeiras mudanças no regimento interno do STF datam da década de 1960 e foram motivadas pelo aumento da carga de processos.

originário alçou o acesso à justiça à categoria de direito fundamental e, em razão do contexto histórico de redemocratização, de fato, houve um aumento significativo de processos ajuizados¹⁸; a duas, porque, ao fazê-lo, formalmente iniciou-se um período de discussão e questionamentos para a efetivação desse direitos¹⁹.

Há autores, como Maria Tereza Aina Sadek (SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*. São Paulo. n. 101, pp. 55-66, 2014. *op*, p.61) e Nathaly Campitelli Roque (Acesso à Justiça. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/105/edicao-1/acesso-a-justica>. Acesso: 02 nov. 2017, p.9), que citam a “Oração aos Moços” de Rui Barbosa, datada de 1920, como exemplo dos problemas da morosidade. Barbosa Moreira afirma que a questão é “multissecular” e dá como exemplo a edição, durante o papado de Clemente V no século XIV, da Bula *Clementina Saepe*, que instituiu um rito simplificado e menos formal, que hoje é tido como precursor dos ritos sumários. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 369)

Cito, ainda, o famoso monólogo de Hamlet, escrito por William Shakespeare, que traz entres os motivos para tirar-se a vida a lentidão da justiça: “Pois quem suportaria o desprezo do mundo, o insulto dos arrogantes, a dor do amor rejeitado, a lentidão da justiça, a prepotência das autoridades, o desprezo dos hipócritas pela paciência alheia, os erros do opressor se por si mesmo pudesse encontrar descanso com um simples punhal?”

¹⁸ Maria Tereza Aina Sadek afirma que: “A quantidade de processos apresenta, desde 1988, um crescimento muito superior ao da população. A tendência ao acréscimo no número de ações e o seu volume denotam um excepcional grau de litigiosidade, sem paralelo nas democracias ocidentais.”. Contudo, a mesma autora faz uma importante ressalva: a existência de “litigantes habituais”. Escreve: “os mais frequentes usuários do Judiciário são: a Caixa Econômica Federal, a União, o INSS, os bancos, as empresas de telefonia, os municípios. O setor público é responsável por 51% das demandas judiciais em tramitação no país. No estado de São Paulo, por exemplo, segundo aponta José Renato Nalini, presidente do Tribunal de Justiça, 60% dos processos são de interesse do governo; do total de 20 milhões de processos no Tribunal, 12 milhões são de execuções fiscais” (*opus cit.*, pp. 59 e 60).

¹⁹ É desse mesmo ano a tradução feita por Ellen Gracie Northfleet do estudo Acesso à Justiça de Mauro Cappelletti e Bryant Garth cujo título original, em tradução livre, é Acesso à Justiça: o movimento mundial para tornar os direitos efetivos. Um relatório geral (*Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*) de 1978. Nesse relatório, os autores identificaram barreiras ao acesso à Justiça como, por exemplo, os custos de se litigar em juízo, falta de aptidão para reconhecer um direito, a disparidade de recursos existente entre os litigantes habituais e os eventuais, além das dificuldades específicas em relação à defesa dos interesses difusos. Identificaram também três momentos distintos em que se percebe movimentação para a mudança. Cappelletti e Garth afirmam que, em um primeiro momento, houve o estabelecimento da assistência judiciária para os pobres; depois, voltou-se a criar mecanismos de defesa dos interesses difusos e, por fim, estava-se diante de um movimento que, além de englobar os anteriores, representava uma “tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”(CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris

De qualquer modo, na perspectiva do jurisdicionado, o que se notava (e, apesar de todos os esforços, ainda se nota)^{20 21} é que, embora fosse possível ajuizar um processo, somente transcorrido um enorme lapso temporal é que se obtinha uma resposta do Estado. Então, com essa resposta, era possível ajuizar novo processo para, oxalá, efetivamente obter o bem da vida pretendido (era essa a sistemática até 2005).

Por isso, o conceito de acesso à justiça passou a ser questionado pela doutrina. O que exatamente significa ter acesso à justiça?

Era necessário envidar esforços para que o direito de acesso à justiça deixasse de ser “apenas” norma de conteúdo programático e ganhasse efetividade e concretude para modificar a realidade.

Editor, 1988, p. 31), em que se incluíam as propostas de reforma dos procedimentos judiciais. Conquanto o conteúdo das soluções propostas por esses autores focasse mais nas demandas coletivas e no sistema multiportas, é um trabalho que fundamentou as discussões sobre o acesso à Justiça no Brasil e as reformas na legislação processual subsequentes.

Como explicou Eduardo Carreira Alvim: O acesso à Justiça é um produto da obra de CAPPELLETTI, e mereceu, no Brasil, uma aceitação não vista em outras partes do mundo.

[...]

Não resta a menor dúvida de que a obra de CAPPELLETTI foi um marco na busca de soluções para tornar a Justiça uma instituição acessível a todos, e a sua grande repercussão animou os operadores do direito a partir em busca de novos caminhos, reformulando as estruturas judiciárias, e, especialmente, as legislações processuais, com o propósito de alcançar esse objetivo. (CARREIRA ALVIM, Eduardo. *Justiça: acesso e descasso*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17206-17207-1-PB.htm>. Acesso em: 01 fev.2019., p.1)

²⁰ “Pesquisa elaborada pela FGV-SP mostra o baixo índice de confiança no Poder Judiciário. Como se observa na Tabela 1, a instituição obtém uma nota de reprovação, atingindo apenas 34 pontos. Ademais, para 91% dos entrevistados, o Judiciário é considerado moroso, resolvendo os conflitos de forma lenta ou muito lentamente. no que se refere aos custos, 89% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos. Para 69% dos entrevistados o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar.” (SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*. São Paulo. n. 101, 2014, pp. 62 e 63)

²¹ “Quase sempre quando se traz o assunto à balha, alguém supõe contribuir valiosamente para o debate citando determinado caso em que pessoa da família, ou do grupo de amigos, se viu envolvida em pleito de longa duração: “Minha tia é parte num processo que se arrasta há mais de vinte anos” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 367). Embora Barbosa Moreira tenha utilizado o exemplo para criticar o uso de fórmulas anedóticas nas discussões sobre razoável duração, inegável também que é sintomático que estas surjam sempre que se fale em acesso à justiça.

Como dito há pouco, não se pode mais conceber o acesso à justiça como a possibilidade de o jurisdicionado acionar o Estado-juiz e receber uma resposta formal sobre o que ou qual é o direito, pois o acesso à justiça tem de ser integral.

Isso significa dizer que o direito tem que ser declarado e, também, satisfeito, ou seja, deve haver mudança no mundo dos fatos, o mundo real em que vive o jurisdicionado. E não é só isso, a mudança deve ocorrer em um lapso temporal tal que não a torne inútil mas, ainda assim, conduzida dentro de parâmetros que a legitimem²². Portanto, pode-se afirmar que acesso à justiça tem relação de interdependência com a razoável duração, a celeridade e, por óbvio, o devido processo legal.

Nesse sentido, embora a demora na prestação jurisdicional integral seja barreira ao acesso à justiça, deve-se buscar o equilíbrio entre a celeridade e o processo legítimo. Por esse motivo, muitos doutrinadores²³ preferem falar em “razoável”, que transmite o

²² As lições de Barbosa Moreira são sempre muita lúcidas e sensatas: "... é mais que hora de nos compenetrarmos na superlativa dificuldade, para não dizer, impossibilidade, de conciliar de modo perfeito o ideal da celeridade processual e a preservação de certas garantias básicas para as partes, que a consciência jurídica e ética de nosso tempo não tem como relegar a plano secundário. Também se lê na Constituição, e desde o seu primeiro momento de vida, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, inc.LV). A norma introduzida pela Emenda Constitucional nº 45 terá de conviver com essa e não poderá fazer dela tábua rasa. Um processo informado por preocupações garantísticas necessariamente será menos rápido que um processo que as ponha de lado." (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 377).

²³ Por todos Cassio Scarpinella Bueno: “A razoável duração do processo deve ser compreendida invariavelmente levando em conta as especificidades de cada caso concreto. Não há como exigir que casos complexos tenham o mesmo tempo de duração que processos pouco ou nada complexos. O que é dado ao processualista idealizar, em abstrato, são as técnicas, as mais variadas e nos variados planos, para buscar um julgamento mais célere, assunto ao qual se volta a segunda parte do dispositivo em exame.

Não há, de qualquer sorte, como querer compreender o inciso LXXVIII do art. 5º da CF como sinônimo de celeridade. O que deve ser relevado nele, a despeito do texto constitucional, é verificar como “economizar” a atividade jurisdicional no sentido da redução desta atividade, redução do número de atos processuais, quicá, até, da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesses de uma só vez. O que o princípio quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam racionalizados, otimizados, tornados mais eficientes (o que, aliás, vai ao encontro da organização de toda atividade estatal, consoante se extrai do caput do art. 37 da CF e do “princípio da eficiência” lá previsto expressamente), sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos. Por isso mesmo, não há por que recusar referir-se a essa faceta do dispositivo constitucional em exame como “princípio da eficiência da atividade

conceito de que o processo durará nem mais nem menos que o suficiente para que seja legítimo e útil.

O acesso à justiça substantivo é direito fundamental e não deve ser apenas concretizado, deve, sim, ser bem concretizado. Portanto, a ênfase na quantidade e na rapidez não pode ser tal que interfira na qualidade da prestação jurisdicional e, por consequência, do acesso à justiça.

Por qualidade entende-se o todo do procedimento, ou seja, os atos processuais devem ser realizados da melhor maneira possível a fim de se otimizar todos os custos (tempo e custos financeiros, principalmente); as formalidades devem ser respeitadas na medida em que garantam o devido processo legal em sentido material e sem perder de vista a natureza instrumental do processo e oportunizando sempre o contraditório. A decisão, por sua vez, tem de ser completa de modo a formalmente permitir a manutenção ou transformação da realidade ao mesmo tempo em que se mostre realizável materialmente e que, instado a fazer cumprir sua decisão, o Poder Judiciário tenha condições de fazê-lo.

Portanto, verifica-se que houve uma evolução no conceito de acesso à justiça. Pode-se afirmar, ainda, que a ampliação das atribuições do relator deu-se em resposta ao aumento do volume de demandas ajuizadas e à necessidade de prestar a jurisdição de maneira efetiva de acordo com os valores garantidos pela Constituição Federal.

Em seguida, portanto, procuraremos traçar um panorama dos fundamentos jurídicos que possibilitaram esse deslocamento do julgamento colegiado para o julgamento singular.

Como dito anteriormente, 1988 é um ano emblemático, tendo em vista que a nossa Constituição atual é o corolário do processo de redemocratização do país. Essa Constituição foi elaborada por parlamentares especialmente indicados para essa

jurisdicional". Até porque eventual celeridade não pode comprometer outras garantias do processo – contraditório, ampla defesa, publicidade e motivação, apenas para citar algumas bem marcantes – e que demandam, por suas próprias características, tempo necessário para concretizarem-se. Tampouco pode comprometer a organização judiciária também imposta desde o modelo constitucional. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 58)

empreitada, que se dedicaram a definir não só a estrutura da República Federativa do Brasil mas, sobretudo, a desenhar, por meio de normas programáticas, os valores a serem perseguidos e defendidos pelo Estado Democrático brasileiro.

Por esse motivo, a Constituição tem um texto extenso – ou prolixa, na nomenclatura doutrinária – com inúmeros artigos de organização do Estado, mas também normas gerais que passeiam entre o Direito, a Moral e a Filosofia, de difícil conceituação teórica e que refletem a noção de justo e direito do constituinte originário e, portanto, da nação naquele momento histórico, normas que apontam o caminho a ser seguido, os ideais do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Didaticamente, a doutrina costuma identificar quatro grupos de normas constitucionais processuais. O primeiro grupo é aquele das garantias e princípios constitucionais, que os doutrinadores usualmente denominam tutela constitucional do processo. Além deste, há, na Constituição Federal, normas que tratam de procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados, como, por exemplo, o mandado de segurança e o de injunção. O terceiro grupo é formado pelas normas de organização judiciária e, por fim, há um quarto grupo, que compreende as normas relativas às funções essenciais à Justiça²⁴.

No presente estudo, interessam-nos as garantias e princípios constitucionais do processo, pois é o modelo delineado por eles que dá unidade, ordem e coesão à prestação jurisdicional. É na observância desse modelo que o processo civil se torna instrumento indispensável, e não “mero instrumento”, do direito material, que, por sua vez, não é qualquer direito material. O que se quer dizer é que o processo civil é o modo pelo qual os valores constitucionais, isto é, os valores da República Federativa do Brasil, são efetivados no plano material. Assim, o direito material, expressão dos valores da Constituição, tem um modo - que deve ser coerente em si mesmo e, principalmente, com a Constituição - de ser efetivado, e esse modo é o processo civil²⁵.

²⁴ SCARPINELLA BUENO, Cassio. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 161, pp. 261 – 270, jul. 2008, p. 262.

²⁵ A esse respeito, Cássio Scarpinella Bueno: “Se não houver lei que concretize adequadamente o “modelo constitucional do processo civil”, em específico o “modo de ser do processo”, tal qual

De qualquer modo, cumpre notar, ainda, que esse novo olhar sobre as constituições não é exclusivamente brasileiro, pois está inserido em um contexto maior, conhecido como neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, o novo direito constitucional é resultado do embate de duas correntes opostas de pensamento: o positivismo e o jusnaturalismo. Ainda que opostas, são “singularmente complementares” e, contemporaneamente, observa-se a tendência de se buscar a superação desses modelos paradigmáticos rígidos, substituindo-os por “um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”²⁶.

O jusnaturalismo fundamenta-se em um movimento filosófico intelectual que se iniciou no século XVI e, ao aproximar a lei da razão, propunha ideais de justiça universalmente válidos. Esse movimento impulsionou as revoluções liberais da era moderna e teve seu auge nos séculos XVIII e XIX com as Constituições escritas e o movimento codificador.

Todavia, o século XIX foi marcado também pelo desenvolvimento e afirmação das concepções do positivismo científico. Assim, o final desse século, testemunhou o divórcio entre filosofia e Direito e a identificação deste último somente com a lei escrita, “positivada”. O culto à legalidade legitimou atrocidades dos regimes nazista e fascista e as reflexões pós-45 gradualmente reincorporaram a ética e os valores ao Direito.

imposto pelos princípios constitucionais do processo civil, nem por isto, o Estado-juiz não poderá (melhor: deverá) atuar aqueles mesmos valores, realizando-os concretamente. Também o Estado-juiz deve realizar os direitos fundamentais que incorporam o ordenamento jurídico brasileiro como fazem prova maior os “princípios constitucionais do processo civil”. Os princípios constitucionais do processo civil, para ir direto ao ponto, são normas veiculadoras de direito de direitos fundamentais e, nesse sentido, todos os avanços que os teóricos dos direitos fundamentais alcançam em seus estudos devem ser utilizados pelo estudioso do direito processual civil. (...) Trata-se, bem diferentemente, de identificar em que medida pode-se dar concreção às finalidades do próprio Estado também pelo e no processo civil”. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de direito processual Civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 96 e 97.)

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1 - 42, abr. 2005, pp. 4 e 5. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 09 out. 2018.

Assim, o pós-positivismo procura um novo paradigma conciliador do legalismo positivista e da filosofia jusnaturalista e, nesse percurso inacabado e em constante construção, restabeleceram-se premissas antigas com roupagens atualizadas, mais de acordo com os valores da sociedade contemporânea; nessa toada, a razão prática, a moral e a argumentação jurídica são revistas sob a perspectiva de uma teoria dos “direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana”²⁷ e os princípios são elevados à categoria de normas, buscando-se determinar sua relação com regras e valores.

Luís Roberto Barroso refere-se a “um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”²⁸. Isso porque o termo neoconstitucionalismo faz alusão a um grupo de teorias que “voltou-se principalmente contra a *teoria hermenêutica* própria do positivismo jurídico”²⁹ e, alternativamente, promoveu a “elaboração dos chamados *métodos concretistas*, em que a solução jurídica é apresentada a partir da análise do caso concreto, sem, contudo, reduzir a lei a mero ponto de vista. Todos os métodos concretistas consideram o texto normativo o ponto de partida e o limite da interpretação”³⁰.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1 - 42, abr. 2005, pp. 4 e 5. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 09 out. 2018.

²⁸ *Op. cit.* p 5.

²⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p.1. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em: 09 out.2018. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Neoconstitucionalismo*.

Embora o tema extrapole os objetivos dessa dissertação, não é possível intentar analisar qualquer tema de direito processual civil desconsiderando-se o fenômeno da constitucionalização do direito, inclusive, o processual. O artigo *Neoconstitucionalismo* de Ricardo Marcondes Martins, publicado na Enciclopédia jurídica da PUC-SP, faz uma bela introdução ao tema, pois rapidamente traça seus antecedentes históricos, suscintamente descreve o pensamento de vários de seus representantes e apresenta e rebate as principais críticas a esse movimento.

³⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Opus.cit.* p. 16.

São características principais do neoconstitucionalismo: a classificação normativa em princípios e regras, a utilização da ponderação na aplicação do direito e a necessária ligação entre direito e moral. “Há uma relação conceitual entre elas, ainda que seja possível a defesa das duas primeiras sem a assunção da terceira”³¹. Sob essa perspectiva, ganha relevância a conceituação de regras e princípios e a correlação entre elas.

Paulo Bonavides explica que houve muita discussão acerca do caráter normativo dos princípios³², sendo que atualmente prevalece a escola da positividade dos princípios (ou normatividade dos princípios). Simplificadamente, pode-se dizer que hoje os princípios estão positivados nos diversos ordenamentos jurídicos expressa ou tacitamente e, portanto, que a norma é gênero do qual os princípios³³ e as regras são espécies.

³¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Opus cit.* p. 17.

³² “A construção doutrinária da normatividade dos princípios provém, em grande parte, do empenho da Filosofia e da Teoria Geral do Direito em buscarem um campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo.

[...]

Com efeito, ambos já se colocaram na faixa histórica do pós-positivismo, cujas teses mais fecundas e representativas encabeçam verdadeiramente; Müller, com o normativismo de sua teoria estruturante do Direito, tentando ultrapassar pelas vias conceituais de uma concepção material o formalismo normativista de Kelsen; Dworkin, com a conexão Direito/Moral, buscando abalar e desterrar da Ciência Jurídica o positivismo de Hart.

[...]

São momentos culminantes de uma reviravolta na região da doutrina, de que resultam para a compreensão dos princípios jurídicos importantes mudanças e variações acerca do entendimento de sua natureza: admitidos definitivamente por normas, são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema. Essa norma não pode deixar de ser o princípio.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 276).

³³ Nesse contexto, tem-se que os princípios podem ser classificados em *ratio legis* ou *lex*, isto é, os primeiros são “abertos”, gerais e com acentuado caráter diretivo, enquanto os segundos têm força normativa plena, são lei. Nas palavras de Paulo Bonavides: “Repartem-se os princípios, numa certa fase da elaboração doutrinária, em duas categorias: a dos que assumem o caráter de idéias jurídicas norteadoras, postulando concretização na lei e na jurisprudência, e a dos que, não sendo apenas *ratio legis*, mas também, *lex*, se cristalizam desse modo, consoante Larenz assinala, numa regra jurídica de aplicação imediata.”

Acrescenta o mesmo jurista que os da primeira categoria, desprovidos do caráter de norma, são princípios “abertos” (*offene Prinzipien*), ao passo que os segundos se apresentam como “princípios normativos” (*rechtssatzförmige Prinzipien*). (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.272).

A regra é uma norma específica que descreve uma hipótese fática e, em face de sua ocorrência, seus efeitos. Já os princípios têm caráter mais vago, abstrato e alto grau de generalização, são menos concretos e mais ligados à ideia de justiça e de direito, devendo ser observados na aplicação da lei no caso concreto³⁴.

Ainda em sede de comentário preambular, há de se notar que o legislador de 2015 optou por abrir o Código de Processo Civil com um capítulo – Das normas fundamentais do processo civil – em que se positivam suas normas fundantes. À primeira vista, pareceria uma previsão inócua na medida em que os mesmos princípios já estão encartados na Constituição Federal, explícita ou implicitamente.

Todavia, como bem apontado pela doutrina³⁵, há de se considerar que, ao fazê-lo, o legislador reforça não só a normatividade desses princípios como também esclarece

³⁴ Ensina Willis Santiago Guerra Filho: “Regras e princípios distinguem-se: a) quanto à sua estrutura lógica e deontológica, pela circunstância de as primeiras vincularem a fatos hipotéticos (*Tatbestande*) específicos, um determinado funtor ou operador normativo (“proibido”, “obrigatório”, “permitido”), enquanto aqueles outros - os princípios - não se reportam a qualquer fato particular, e transmitem uma prescrição programática genérica, para ser realizada na medida do jurídico e faticamente possível. Dessa diferença estrutural básica decorrem inúmeras outras, como: b) quanto à técnica de aplicação, já que princípios normalmente colidem entre si, diante de casos concretos, o que leva ao chamado “sopesamento” (*Abwägung*), para aplicar o mais adequado, ao passo que regras, uma vez aceita a subsunção a elas de certos fatos, inevitavelmente decorrem as consequências jurídicas nelas previstas, a não ser que elas não sejam válidas por conflitarem com outras de um grau superior, quando então, ao contrário do que se dá com princípios, que apesar de contraditórios não deixam de integrar a ordem jurídica, a regra de grau inferior é derogada. É certo que pode haver um dissenso com relação à subsunção dos fatos à hipótese legal, existindo mecanismos institucionais que garantem (e impõem) a chegada a um consenso, de forma racional, por explicitarem um procedimento a ser adotado, no qual se abre a oportunidade para a demonstração dos fatos e apresentação dos argumentos e interpretações divergentes.

Quando se trata de interpretar e aplicar princípios, porém, ocorre uma inversão, pois esses já são o resultado de um consenso em torno da adoção de certos valores, cujo conflito só poderá vir a ser democraticamente resolvido com a garantia do dissenso, do debate sobre eles, na instância competente do Poder Público. Ao assumir a natureza de um debate judicial, não resta dúvida que ele também necessita da garantia de um procedimento formalmente estabelecido, para ser solucionado, cuja importância, contudo, é bastante diminuída pela ausência dos critérios materiais para o julgamento, por serem eles, justamente, o objeto do litígio. Daí a necessidade muito maior de outro “procedimento”, o método de argumentação e interpretação, quando se trata de aplicar os princípios ínsitos nas normas constitucionais.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2018, pp.44 a 46)

³⁵ Explica Arlete Inês Aurelli: “Conclui-se, portanto, que, quando o legislador houve por bem nomear o primeiro capítulo do CPC/15 (LGL\2015\1656) de Normas Fundamentais, fez a opção

sua opção por um processo civil principiológico formado por regras e princípios. Os fundamentos estabelecidos pelos princípios permeiam todo o diploma e o sistema processual e orientam o comportamento e julgamento onde a regra não traz previsão. A citação postal, por exemplo, é uma regra com comando claro e específico, mas também está impregnada de princípios, pois é a citação *válida* que garante o contraditório e o devido processo legal.

Nesse passo, há alguns princípios mais estreitamente ligados ao julgamento em 2º grau de jurisdição e à ampliação das atribuições do relator de que trataremos adiante.

Fique claro que há princípios de que não trataremos simplesmente porque permeiam tão intrinsecamente todo o sistema que sequer parece correto destacá-los como se guardassem relação especial com o papel do relator.

O que se quer dizer é que fizemos a opção de não discorrer especificamente sobre o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa ou (novamente) o acesso à

pela teoria que vê os princípios como normas de estruturação, de alicerce de todo o ordenamento jurídico. Com isso, verifica-se que a vontade do legislador foi a de que as normas fundamentais por ele estabelecidas influenciassem as demais constantes do sistema processual, bem como fossem observadas por todos os sujeitos do processo e auxiliares da justiça, ou seja, por todos que participam da atividade processual.” (AURELLI, Arlete Inês. Normas fundamentais no código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 271, pp. 19-47, set./ 2017, p. 20) e, também, Dierle Nunes: “Ainda que, por um lado, possa-se afirmar que seria desnecessária a repetição, em um diploma legal, de deveres e garantias processuais já previstos na Constituição da República (ou nela implícitos) – uma vez que a subordinação é da Lei à Constituição, e não o contrário –, de outro, o aspecto principiológico do CPC/2015 (LGL\2015\1656) revela uma preocupação em se implementar a observância àqueles deveres e garantias, pois, no Brasil, ainda predomina uma mentalidade (equivocada) segundo a qual os princípios (como normas constitucionais) seriam meramente programáticos, carecendo de aplicação imediata e estando condicionadas à regulamentação legislativa e, com isso, esvaziar-se-ia a força normativa da Constituição.

Tendo em vista que o CPC/1973 (LGL\1973\5) não possuía esse aspecto principiológico (e havia uma resistência em se ler o antigo Código à luz da Constituição), o legislador houve por bem desenhar o modelo constitucional de processo no CPC/2015 (LGL\2015\1656).

Em outra sede,⁸ já se havia chamado atenção para o risco que se corre se a comunidade jurídica ler o novo Código sob o olhar do antigo, mantendo “o ‘velho’ modo de julgamento empreendido pelos magistrados, que, de modo unipessoal (solipsista), aplicam teses e padrões sem a promoção de juízos de adequação e aplicabilidade ao caso concreto (NUNES, Dierle. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 263, 2017, p. 337)

justiça, pois, ainda que não haja hierarquia entre todos eles, são “superprincípios”³⁶ na medida em que ecoam mais fortemente em todos os institutos processuais.

Isto posto, considerando-se que o relator é juiz que atua em Tribunal, cumpre analisar o princípio do duplo grau de jurisdição, o princípio do juiz natural e, em seguida, o princípio da colegialidade para se entender como a decisão singular do relator fundamenta-se a partir ou apesar deles.

1.1.2.2 O duplo grau de jurisdição

O duplo grau de jurisdição³⁷, sinteticamente, pode ser identificado com a possibilidade de a decisão judicial ser revista, ou seja, de haver novo julgamento de questão anteriormente decidida por órgão diverso daquele que a prolatou. Fábio Victor da Fonte Monnerat, durante as aulas de direito processual civil para a graduação, costumava iniciar esse assunto lembrando que recorrer é inerente ao ser humano, toda criança, ao receber uma negativa do pai, corre a falar com a mãe na tentativa de reverter a decisão.

Embora o exemplo seja pitoresco e com evidente cunho didático, traz em si diversos pontos debatidos pela doutrina a começar pela ideia de “inerente ao ser humano”. Ao se buscarem as razões que legitimam o duplo grau de jurisdição, percebe-se evidente desconforto doutrinário pois, como bem colocou Aline Araújo Passos, “a

³⁶ Como bem lecionou Cândido Rangel Dinamarco: “A expressa garantia do *due process of law*, contida no inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal, tem o significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo mediante uma fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmas a autoridade de cada uma. Esse enunciado explícito vale como uma norma de encerramento portadora de outras exigências não tipificadas em fórmulas mas igualmente associadas à idéia democrática que deve prevalecer na ordem processual (art.5º, §2).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 6 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 250.)

³⁷ Araken de Assis adverte para o uso terminológico equivocado, pois deve-se lembrar que a jurisdição pátria é una e, portanto, tecnicamente não há que se falar em graus. Contudo, o mesmo autor diz que, ainda assim, não há conveniência em preferir o apuro terminológico à manutenção de expressões consagradas e que, portanto, “duplo grau” cumpre seu papel. (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1ª ed e-book baseada na 8ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 48)

análise dos fundamentos do duplo grau impõe o enfrentamento de questões altamente subjetivas as quais, segundo Orestes Nestor Laspro, na grande maioria, não gozam de respaldo científico"³⁸.

A discussão geralmente gira em torno de alguns eixos, quais sejam: tratar-se ou não de princípio constitucional, os pontos positivos e negativos da adoção do duplo grau e a definição em si dos elementos essenciais desse reexame.

Em relação aos pontos positivos e negativos, a doutrina aponta o maior grau de probabilidade de acerto de uma decisão revista por um grupo maior de julgadores que, por serem mais antigos na carreira, são também mais experientes, como um argumento a justificar o duplo grau. Fernando Gonzaga Jayme e Marina França Santos, entretanto, lembram que Pizzorusso e Antônio Álvares da Silva contra-argumentam afirmando que, se assim realmente fosse, a solução seria fácil pois, desde o início, o julgamento seria realizado pelos juízes de 2ª instância. Além disso, “se a vantagem está na colegialidade – mais juízes pensam melhor do que um – então por que não se criarem órgãos colegiados também no primeiro? Se for verdade que cabeças reunidas pensassem melhor, este fato se dá em qualquer instância, não apenas na segunda ou na terceira”³⁹.

A falibilidade do julgamento humano, por simples descuido ou mesmo em razão de interesses outros, é mais um dos argumentos em favor da revisão do julgado por outro órgão judicial. O inconformismo diante de situação desfavorável e, de outro lado, a maior possibilidade de resignação diante de, não uma, mas, duas decisões contrárias ao interesse da parte são também invocados a sustentar o duplo grau.

Além disso, aponta-se ainda o fato de se saber de antemão que a decisão pode ser revista como um estímulo a um julgamento mais atento por parte do juiz *a quo*. O mesmo fato é utilizado por aqueles que ressaltam as desvantagens do duplo grau, já que,

³⁸ PASSOS, Aline Araújo. *Duplo grau de jurisdição: compreensão constitucional do princípio e análise do tema sob a perspectiva das reformas introduzidas no código de processo civil pela lei 10.352/01*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2005, p. 51.

³⁹ JAYME, Fernando Gonzaga; SANTOS, Marina França. A superação do duplo grau de jurisdição como princípio. *Revista de processo*, p. 147-172, dez. 2012, p. 149.

sabendo que a matéria será reapreciada, o juiz se preocuparia mais com sua produtividade e relegaria a qualidade para um segundo plano.

Outro argumento não jurídico trazido pela doutrina é aquele representado pelo pensamento de Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrine Grinover e Antonio Carlos Araújo Cintra e diz respeito à necessidade de controle dos atos do Estado, especificamente dos atos do poder judiciário. Esses doutrinadores lembram que, sendo o magistrado um servidor concursado, carece da legitimidade genuína decorrente do processo de representatividade do cargo eletivo. Pelo mesmo motivo, estão menos sujeitos ao controle popular direto. Por isso, “é preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais. Eis a conotação política do duplo grau de jurisdição”⁴⁰. O contra-argumento seria o fato de não haver subordinação de um juiz a outro (ou de uma instância a outra).

É Luiz Guilherme Marinoni quem usa da autoridade de Chiovenda e reafirma que um juiz não está subordinado a outro e que, portanto, serve o recurso apenas para proporcionar à parte a revisão do julgamento. Complementa seu argumento lembrando que a corregedoria é quem se encarrega de fiscalizar a retidão dos pronunciamentos judiciais⁴¹. Mais recentemente, essa função também passou a ser exercida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tornando o argumento de controle estatal mais débil.

Além disso, a demora causada pela revisão, que redundava em afronta à celeridade e à razoável duração do processo, e o desprestígio do juiz de 1º grau também surgem entre os argumentos contrário ao duplo grau de jurisdição. Araken de Assis afirma que se a segunda decisão é contrária à primeira, fomenta a insegurança jurídica, se for no mesmo sentido, é inútil.⁴²

⁴⁰ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 81.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A prova, o princípio da oralidade e o dogma do duplo grau de jurisdição*. Disponível em: https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/prova_princ%20oralidade_duplo%20grau.pdf. Acesso em: 09 ago. 2018.

⁴² ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 1ª ed e-book baseada na 8ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 50.

Também trazendo argumentos contrários, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que o duplo grau de jurisdição minimiza o princípio da oralidade, vez que o pedido de revisão é deduzido por escrito. E, ainda, ao se permitir a revisão dos fatos por órgão que não tenha conduzido a produção de prova oral, afasta-se também o princípio da identidade física do juiz.

Tal entendimento é esposado por Francisco Emílio Baleotti e João Carlos Leal Júnior que, além de frisar a “importância da participação efetiva do julgador no contraditório e na produção probatória, de sorte a se consagrar os princípios da identidade física do juiz e da imediação”, insistem no fato de haver inúmeras causas que dispensariam maiores atenções frente à sua simplicidade e de que é imprescindível que o juiz de primeiro grau seja mais valorizado e tenha mais poderes. Os mesmos autores comentam ainda que é desacertado entender como instrumento de controle judicial o recurso submetido ao duplo grau de jurisdição⁴³.

No que diz respeito a sua relação com a Constituição, é inegável que o duplo grau de jurisdição tem previsão constitucional. A divergência se instala quando se discute a natureza dessa previsão, pois há aqueles que afirmam se tratar de regra, outros falam em princípio e há aqueles que entendem que é uma garantia ou direito fundamental. A depender do entendimento, o afastamento do duplo grau por lei infraconstitucional é ou não admitido sem maiores alvoroços⁴⁴.

Aqueles que afirmam que não é uma garantia ou direito fundamental ancoram seu posicionamento no fato de não haver previsão expressa do duplo grau de jurisdição na Constituição. Argumentam que a previsão expressa existiu tão somente na Constituição do Império (1824). Esses autores, entre eles Nelson Nery Júnior e Humberto Theodoro Júnior, portanto, veem o duplo grau de jurisdição como princípio constitucional que pode

⁴³ BALEOTTI, Francisco Emilio; LEAL JÚNIOR, João Carlos. O duplo grau de jurisdição revisitado. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 1, n.1, pp. 51-75, 2011, p.72.

⁴⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: volume único*. versão digital. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodium. 2017, pp. 1.583 e 1.584.

ser afastado pelo legislador infraconstitucional como, aliás, já foi feito no artigo 34 da lei 6.830/80 (Lei de execuções fiscais)⁴⁵.

Todavia, há aqueles que defendem que o duplo grau de jurisdição tem *status* de garantia constitucional. Isso porque, além da previsão dos tribunais e de sua competência para julgar recursos nos artigos que dizem respeito ao Poder Judiciário, ao dispor sobre o direito de defesa, há menção clara e inequívoca aos recursos. Argumentam, portanto, que esse termo é usado em sua acepção técnica e não se confunde com o termo “meio” que o acompanha no mesmo inciso. Essa interpretação está de acordo com os princípios básicos de hermenêutica que asseguram não haver palavras inúteis na lei e que sua interpretação deve ser feita de modo a não torná-la inútil. Ademais, o duplo grau de jurisdição é expressão do devido processo legal, que é constitucionalmente tutelado⁴⁶.

Embora seja uma posição minoritária, há alguns estudiosos que entendem que a “proteção judicial” preconizada no artigo 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica)⁴⁷ pode, inclusive, ser estendida ao processo civil⁴⁸ a confirmar a natureza de garantia constitucional do duplo grau.

No âmbito dos tribunais, tem-se que o STF não entende o duplo grau como garantia ou princípio constitucional. O voto do relator Ministro Sepúlveda Pertence no

⁴⁵ Lei 6.830/ 80. Art. 34. Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.

⁴⁶ JAYME, Fernando Gonzaga; SANTOS, Marina França. A superação do duplo grau de jurisdição como princípio. *Revista de processo*, p. 147-172, dez. 2012, p. 155.

⁴⁷ Artigo 25

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

⁴⁸ JAYME, Fernando Gonzaga; SANTOS, Marina França. *Op.cit.*, p. 157.

Recurso ordinário em habeas corpus n. 79.785-RJ, julgado em 29 de março de 2000 é a tese prevaiente até hoje nessa corte.

Tudo isso me conduziu - sem negar-lhe a importância, mormente como instrumento de controle - à conclusão de que a Constituição - na linha de suas antecedentes republicanas - efetivamente não erigiu o duplo grau de jurisdição em garantia fundamental.

Certo, não desconheço ser ele quase universalmente um princípio geral do processo.

Daí, a previsão constitucional de Tribunais cuja função - básica nos de segundo grau (v.g, art. 108, II), e extraordinária, nos Superiores (arts. 105, II, e 121, § 4º, III a V) e até no Supremo (art. 102, II) - é a de constituir-se em órgão de recursos ordinários.

Entretanto, não só a Carta Política mesma subtraiu do âmbito material de incidência do princípio do duplo grau as numerosas hipóteses de competência originária dos Tribunais para julgar como instância ordinária única, mas também, em linha de princípio, não vedou à lei ordinária estabelecer as exceções que entender cabíveis, conforme a ponderação em cada caso, acerca do dilema permanente do processo entre a segurança e a presteza da jurisdição. Essa convicção me levou duas vezes - esta é a terceira - a negar estatura constitucional ao duplo grau de jurisdição e até à regra menor do duplo exame: a primeira, no voto como relator da ADInMC 675, DJ 20.6.97 - vencido por outros motivos -, e a segunda, quando, com o respaldo da Primeira Turma, neguei força de garantia constitucional à embargabilidade das decisões das ações penais originárias, que não as do Supremo Tribunal (HC 71.124, 1ª T., 28.6.94, Pertence, DJ 23.9.94).

No que diz respeito à definição e às características do duplo grau, a controvérsia se instala quando se busca definir se o órgão que fará o reexame deve ser hierarquicamente superior ou não. Alguns autores, como Elpídeo Donizetti⁴⁹, afirmam que o duplo grau pressupõe a revisão por órgão hierarquicamente superior ao passo que há autores, como Nelson Nery Junior, Orestes Nestor de Souza Laspro, Djanira Maria Radamés⁵⁰ e Araken de Assis, que entendem que a revisão por órgão diverso, ainda que de mesma hierarquia, é suficiente para caracterizar o duplo grau de jurisdição. Haverá,

⁴⁹ DONIZETTI, Elpídeo. *Novo código de processo civil comentado*, versão digital. São Paulo: Atlas, 2017, p. 635.

⁵⁰ PASSOS, Aline Araújo. *Duplo grau de jurisdição: compreensão constitucional do princípio e análise do tema sob a perspectiva das reformas introduzidas no código de processo civil pela lei 10.352/01*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2005, p. 45.

portanto, duplo grau vertical, se de hierarquia superior, ou horizontal, se for mesma a hierarquia do órgão revisor⁵¹.

A nosso ver, ainda que implícita e independentemente de haver consenso quanto à sua natureza normativa, a previsão constitucional do duplo grau de jurisdição tem um sentido claro, qual seja, sua proteção constitucional. Portanto, sua mitigação frente a outros direitos e princípios é possível, haja vista não haver direito absoluto, mas deve ser escrupulosamente sopesada. Conquanto seja possível que a lei infraconstitucional o afaste em determinadas circunstâncias, não se afigura possível sua supressão do sistema. Embora haja argumentos coerentes em ambos os sentidos, parece razoável que o duplo grau mantenha-se intacto enquanto um dos constituintes do devido processo legal.

1.1. 2.3 O juiz natural

Outro princípio relacionado às decisões singulares, é aquele do juiz natural, presente nos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º da Constituição Federal. Esse princípio garante ao jurisdicionado que o processo será presidido e julgado por um órgão pré-constituído. Isso implica em dizer, ainda, que os critérios de determinação do órgão competente foram estabelecidos na lei abstratamente pelo legislador e não posteriormente para julgamento de uma situação específica.

As primeiras manifestações desse princípio já podem ser claramente identificadas na Magna Carta inglesa. Contudo, deve-se fazer a ressalva de que a organização judiciária tal como a concebemos atualmente era, em 1215, ainda incipiente e muito diversa da realidade que conhecemos hoje e a monarquia absolutista estava se desenvolvendo nas ilhas britânicas. O *Bill of Rights* de 1688 é outro exemplo de diploma que conclama o princípio do juiz natural e tanto este quanto Magna carta expressavam preocupação com as arbitrariedades do juízo *ex post facto*.

⁵¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1ª ed e-book baseada na 8ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 52.

A imparcialidade do juiz é uma contribuição do constitucionalismo americano do século XVIII. Embora seja inegável que tenha bebido nas fontes inglesas supracitadas, a mudança de viés da proibição do juízo de exceção para a constitucionalização da competência e a imparcialidade do juiz são as marcas desse constitucionalismo⁵². Por isso, Ada Pellegrine Grinover afirma que “a competência, no sistema constitucional norte-americano do Séc. XVIII, transforma-se, de mero critério de organização judiciária, em garantia da imparcialidade do juiz.”⁵³

Paolo Alvazzi del Frate explica que a expressão “juiz natural” aparece explicitamente pela primeira vez durante a Revolução Francesa, no artigo 17 da lei de 24 de agosto de 1790: “*l'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels, par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi*”^{54 55}.

⁵² “Apesar de o princípio da imparcialidade estar presente nas primeiras reflexões sobre o constitucionalismo norte-americano, assim como nos primeiros textos que surgiram com a Declaração de Independência, é importante ressaltar que essa nota característica da jurisdição esteve ausente do texto Constitucional americano de 1787. 19 Apesar de sua ausência no texto constitucional, a essência da imparcialidade “flotava sin duda en el ambiente de una cultura jurídica norteamericana con evidente influencia inglesa”, o que ensejou sua definitiva incorporação pela Emenda Constitucional VI, de 1791, declarando expressamente que todo acusado nos processos criminais teria direito a um jurado. A independência e a imparcialidade do juiz foram, sem dúvida, reconhecidas muito tempo antes nos Estados Unidos da América que no próprio continente europeu, incorporando-se nos demais sistemas constitucionais bem como nos documentos internacionais. Segundo a Emenda VI, de 1791, “todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento pronto e público por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime tiver sido cometido, distrito previamente determinado por lei.” (SOUZA, Artur César. Imparcialidade do juiz: uma leitura constitucional de sua concepção dogmática *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 270, pp. 57 – 83, ago. 2017, p. 61)

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*, São Paulo, vol.29, p. 11-33, jan./ mar. 1983, p. 13.

⁵⁴ DEL FRATE, Paolo Alvazzi. Il principio del “giudice naturale” nel costituzionalismo della restaurazione in Francia e Italia. *Historia Constitucional*, n. 3, 2002. Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/173>. Acesso em 04.fev.2019, p. 135.

⁵⁵ Ada Pellegrine Grinover explica que: “ao juiz natural opõem-se os institutos da comissão, da atribuição e da evocação, expressões, todas, próprias do Estado absoluto e presas à concepção da derivação do poder jurisdiccional da figura do soberano. Entendia-se por poder de comissão a instituição de órgãos jurisdicionais sucessivos ao crime, órgãos esses estranhos à organização judiciária, e conseqüentemente não previstos em lei. Ao poder de comissão corresponderia, na linguagem moderna, a instituição de juízos extraordinários, *ex post facto*.”

Nelson Nery Júnior ensina que o princípio do juiz natural deve ser entendido sob três perspectivas distintas: a vedação aos tribunais de exceção, garantia de julgamento por juiz competente previamente constituído e a imparcialidade do juiz.⁵⁶

A proibição aos tribunais de exceção é a garantia de que não serão constituídos juízos após a ocorrência dos fatos apenas para julgá-los. Consequente, o juiz natural é aquele constituído prévia e abstratamente, incluindo-se aí a previsão legal de sua competência.

É, sem dúvida, uma garantia individual⁵⁷ mas é, sobretudo, “garantia da própria jurisdição. Seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível”⁵⁸. Na linguagem da contemporaneidade, poderia ser

O poder de evocação correspondia à atribuição da competência para o julgamento a órgão diverso do previsto em lei, mas pertencente à organização judiciária, atribuição que também se fazia, pelo soberano, após a consumação do crime. Corresponderia ao poder de evocação, modernamente, a permissão da derrogação da competência.

Diverso era o poder de atribuição, porquanto não se tratava de designação de órgão jurisdicional *ex post facto*, mas simplesmente de atribuição de competência, não a determinados órgãos, mas sim para determinadas matérias, sempre previamente à ocorrência do crime. Hodiernamente, corresponderia ao poder de atribuição a instituição de juízos especiais.

Vê-se, assim, que a proibição do poder de comissão resultava dos textos ingleses do Séc. XVII; o impedimento do poder de evocação, dos textos do constitucionalismo americano, diretamente ligados à Magna Carta. Enquanto a vedação do poder de atribuição tem matrizes incontestavelmente francesas.

As duas linhas diversas de que dispunha o constitucionalismo francês - a da experiência inglesa, concluindo-se com a proibição da instituição de juízos extraordinários; a da experiência americana, como garantia de celebração do processo no *locus commissi delicti* - são ambas acolhidas, mas como resultado de um processo de abstração, tão consentâneo com o constitucionalismo francês em confronto com o americano.¹⁷ E a elas ainda se soma a terceira proibição, tipicamente francesa.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*, São Paulo, vol.29, p. 11-33, jan./ mar. 1983, p. 14)

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Imparcialidade e juiz natural opinião doutrinária emitida pelo juiz e engajamento político do magistrado. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, vol. 6, p. 167 – 180, out. 2011, p. 167.

⁵⁷ “*Tale principio ha rappresentato da allora un elemento fondamentale degli ordinamenti giudiziari contemporanei e strumento essenziale del garantismo liberale contro l'arbitrio assolutista*” (tradução livre: Tal princípio representou um elemento fundamental dos ordenamentos jurídicos contemporâneos e instrumento essencial do garantismo liberal contra o arbítrio absolutista). (DEL FRATE, Paolo Alvazzi. Il principio del “giudice naturale” nel costituzionalismo della restaurazione in Francia e Italia”. *Historia Constitucional*, n. 3, 2002. Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/173>. Acesso em 04.fev.2019, p. 135.)

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.* p. 11.

considerado o item número 1 do *checklist* do devido processo legal, pois é inconcebível a arbitrariedade na definição do julgador no Estado Democrático de Direito.

O voto do relator Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 109.544-MC/BA, julgado em 09 de agosto de 2011, ilustra bem o entendimento dessa corte sobre a elementaridade do princípio do juiz natural no que tange à atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito e, ainda, os limites que esse princípio impõe à atuação do Estado.

Todas essas considerações revelam-se de indiscutível importância em face do caráter de fundamentalidade de que se reveste, *em nosso sistema jurídico*, o princípio do juiz natural.

Com efeito, o princípio da naturalidade do juízo representa uma das *mais* importantes matrizes político-ideológicas que conformam a própria atividade legislativa do Estado e que condicionam o desempenho, *por parte do Poder Público*, das funções de caráter penal persecutório, notadamente quando exercidas em sede judicial.

[...]

O princípio da naturalidade do juízo, *portanto*, encerrando uma garantia constitucional, limita, *de um lado*, os poderes do Estado (impossibilitando, *assim*, de instituir juízos “*ad hoc*” ou de criar tribunais de exceção) e assegura ao acusado, *de outro*, o direito ao processo perante autoridade competente, abstratamente designada na forma de lei anterior (vedados, *em consequência*, os juízos “*ex post facto*”).

[...]

O fato irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo - considerado o princípio do juiz natural - é que ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judicial competente. Nenhuma pessoa, *em consequência*, poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas - que representam limitações expressivas aos poderes do Estado - consagrou, *agora de modo explícito*, o postulado fundamental *do juiz natural*. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*”.

Outra consideração que se deve fazer, como já dito acima, toca à imparcialidade. A imparcialidade é um dos elementos do princípio do juiz natural e diz respeito à impessoalidade do juiz, que, ao prestar a jurisdição, é tão somente a personificação do Estado, estranho e indiferente ao bem da vida trazido ao seu julgamento. Muito feliz, a

meu ver, a eloquente afirmação de Gustavo Badaró: “Um juiz parcial é uma contradição em termos”⁵⁹

O juiz tem a liberdade de aplicar a lei ao caso concreto, interpretando as leis segundo os valores da sociedade. Nesse ponto, há de se notar que o modelo constitucional do processo traz outros princípios que, em hipótese, acabam por atuar como coibidores de eventual parcialidade, podendo citarem-se o princípio da publicidade, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais.

De maneira similar, a previsão das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos do magistrado, bem como sua independência⁶⁰, funcionam como instrumentos para o fortalecimento da imparcialidade.

Artur César Souza⁶¹ explica que a imparcialidade pode ser examinada por quatro ângulos distintos: objetividade, isenção, neutralidade e transparência. A objetividade corresponde à juridicidade, isto é, a atuação do Estado-juiz deve ser pautada em “critérios lógico-rationais e estritamente jurídicos”, não havendo, portanto, espaço para manifestações subjetivas ou pessoais do julgador. No que toca à isenção, esta corresponde à vedação de participação do juiz em determinada questão quando houver interesse direto ou indireto deste e, portanto, é o que fundamenta a verificação do

⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, vol. 112, 2015, p. 165 – 188, p. 166.

⁶⁰ “É tradicional a distinção entre independência externa e independência interna da magistratura. A primeira é a independência do Poder Judiciário como um todo, ante os demais poderes do Estado, tendo apoio no próprio princípio da divisão dos poderes do Estado. Ou seja, o Poder Judiciário deve ser independente perante o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Já a independência interna, situada no âmbito do próprio Poder Judiciário, é a independência de cada um dos juízes perante os demais órgãos do próprio poder a que pertencem. Ainda que, do ponto de vista da organização judiciária, os tribunais sejam considerados órgãos hierarquicamente superiores aos juízes de primeiro grau, trata-se de uma hierarquia de derrogação (pela possibilidade da reforma da decisão do juiz inferior) e não de uma hierarquia de mando¹³ (que significaria a possibilidade de o tribunal determinar como o juiz deveria julgar.” (BADARÓ, Gustavo. *Op. cit.*, p. 166 e 167)

⁶¹ Embora não caiba, nos limites dessa dissertação, aprofundarmo-nos nessa discussão, cumpre dizer que Artur César Souza entende que imparcialidade é um princípio autônomo, não sendo parte, portanto, do princípio do juiz natural. Fica a recomendação de leitura de seus artigos *Imparcialidade do juiz – uma leitura constitucional de sua concepção dogmática e Imparcialidade do juiz: similitudes e diferenciação em relação aos demais princípios constitucionais*, cujas referências completas estão ao final.

impedimento do magistrado. Já a neutralidade diz respeito ao distanciamento equidistante do juiz em relação às partes do litígio, ou seja, o juiz deve ser um terceiro imune aos interesses em jogo, que aplicará a lei sem que nessa decisão haja qualquer traço de suas próprias convicções. Por fim, a transparência, ou seja, a vedação às decisões secretas, que se traduz no dever de motivação e surge como instrumento de controle externo à imparcialidade⁶².

Destarte, considerando-se a visceralidade entre o juiz natural e o devido processo legal, cumpre investigar o princípio da colegialidade a fim de se esclarecer quem é o juiz natural nos tribunais.

1.1.2.4. A colegialidade

Tradicionalmente, o julgamento nos tribunais é colegiado. Essa assertiva e um sem número de variações iniciam os comentários da doutrina sobre o julgamento colegiado⁶³. Ainda que fuja aos objetivos dessa dissertação proceder à minuciosa investigação da evolução histórica do pensamento que justifica o órgão colegiado, têm-se por necessárias algumas reflexões sobre o tema, vez que ao julgamento colegiado se contrapõe à decisão singular do relator.

A noção de colegiado está presente na Constituição, no Código de Processo Civil e em leis esparsas e não há quem se oponha à ideia de que o julgamento nos tribunais é colegiado, embora, curiosamente, não haja previsão expressa.

⁶² SOUZA, Artur César. Imparcialidade do juiz: similitudes e diferenciação em relação aos demais princípios constitucionais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 270, pp. 57 – 83, ago. 2017, pp. 62 a 64.

⁶³ Por todos, Athos Gusmão Carneiro: “Em nível recursal, a regra tradicional consagrava o julgamento colegiado, ora pelas Câmaras ou Turmas (a denominação de Turma em geral utilizada apenas nos tribunais superiores e nos tribunais federais), ora por colegiados mais numerosos, como as Seções, as Câmaras Reunidas, os Grupos, o Plenário, dependendo da natureza do recurso (ou da ação originária) em julgamento e das normas, legais ou regimentais, relativas à organização judiciária.” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Poderes do relator e agravo interno - arts. 557, 544 e 545 do CPC*. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 100, pp. 9-32, out./dez. 2000, p. 9).

Carlos Victor Nascimento dos Santos se propôs a proceder um estudo arqueológico do princípio e descobriu que os autores contemporâneos se referem uns aos outros e citam apenas Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda como expoente da doutrina clássica brasileira.

Este, por sua vez, identifica as influências do direito processual brasileiro no direito processual italiano, embora reconheça a importância dos autores lusitanos. A leitura da obra de Pontes de Miranda, segundo Carlos Victor Nascimento dos Santos, faz surgir outros nomes de autores brasileiros da década de 1940 e 1950, como Plácido e Silva, Oswaldo Pinto do Amaral, Carvalho Santos e Jorge Americano.

Esses autores citam principalmente três autores italianos Lodovico Mortara, Ulpiano e Giuseppe Chiovenda, sendo que só deste último foi possível encontrar referência precisa.

Desse modo, Carlos Victor Nascimento dos Santos estabeleceu três redes de debate e passou a analisá-las e confrontá-las de modo a concluir que: “de acordo com o método apresentado em capítulo correspondente, identificou-se um tratamento peculiar à colegialidade: de ideologia foi transformada em dogma para, posteriormente, ser erigida a princípio”⁶⁴.

Pois, o que inicialmente era uma posição defendida pelos juristas italianos em razão da estrutura do julgamento recursal daquele país (oralidade e deliberação secreta⁶⁵), passou a ser aqui reproduzido sem que correspondesse à realidade do julgamento recursal brasileiro, pois importou-se o discurso e não a prática recursal italiana. Aqui os argumentos eram a falibilidade do julgador monocrático e, para alguns autores clássicos, hierarquia entre os órgãos. Nesse contexto, a ideia de julgamento

⁶⁴ SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *O exercício da colegialidade no Supremo Tribunal Federal: entre a construção social do discurso e as práticas judiciárias*. 2017. pp. 307. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio), Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31963/31963.PDF>. Acesso em 05 fev. 2019., p. 291.

⁶⁵ *Ibidem*. Sobre o sistema italiano confirmam-se os capítulos 3.2.2 O elo perdido: a oralidade como principal fundamento da “collegialità”, 603.2.3 O momento “portas abertas” do julgamento colegiado: a discussão oral do mérito da causa e 683.2.4 Quem decidiu? A deliberação secreta como garantia do magistrado.

colegiado passou a ser reproduzido divorciado da realidade que originalmente o fundamentava, tornando-se um dogma.

A ideia da colegialidade foi completamente aceita pela comunidade jurídica, chegando-se a convencionar entre os autores brasileiros tratar-se de uma regra. A colegialidade nos tribunais passou a ser considerada característica básica do sistema jurídico brasileiro.”⁶⁶

De outro lado, analisando a história das instituições brasileiras, sem surpresas, percebe-se forte influência da organização judiciária espanhola, por força da unificação dos Reinos, e portuguesa. O primeiro tribunal na colônia portuguesa, denominado Relação do Brasil, foi criado, sob o reinado da Coroa espanhola, a modelo do tribunal de Portugal, a Casa da Suplicação de Lisboa. A análise da legislação da época revela que o julgamento do recurso era, *a priori*, singular e, na tentativa de se minimizarem as fraudes, dava-se preferência ao documento escrito⁶⁷. Essas influências se renovam e perduram para além da independência^{68 69} e representam um contraponto à reinvidicação de influência italiana encampada pelos doutrinadores brasileiros.

Outro fator de caráter decisivo na conformação da organização judiciária brasileira foi o Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, editado por Deodoro da Fonseca, que autorizava a elaboração do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, dando autonomia administrativa ao judiciário⁷⁰. Percebe-se, nesse passo, que houve a confluência de diversos fatores para o desenvolvimento do princípio da colegialidade bem

⁶⁶ SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *Op. cit.*, p. 95.

⁶⁷ “A maioria dos atos do tribunal e as petições a ele dirigidas se davam por escrito, mediante testemunho sob juramento ou testemunho autenticado. Os litigantes só podiam fazer sustentação oral nos casos que envolviam menos de 1 mil-réis, mas, como se tratava de soma insignificante, poucos casos dessa dimensão chegavam ao tribunal. Essa dependência de súmulas, testemunhos e questionários escritos dava à função de escrevente do tribunal grande importância. O impulso português de legalizar todas as ações refletia-se, talvez, na importância desse cargo. Também não podemos ignorar o fato de que, como intermediários entre os magistrados e os litigantes, os escreventes geralmente exerciam funções decisórias. Eles tinham o poder de acelerar ou retardar processos e eram, portanto, muito mais do que simples tabeliães.” (SCHWARTZ: 2011, 127 *apud* SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *Op. cit.*, p. 109)

⁶⁸ Sobre a técnica do julgamento colegiado anterior ao CPC/39, conferir ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1ª ed e-book baseada na 8ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 227 e 228.

⁶⁹ Conferir, ainda, SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *Op. cit.*, pp 98 a 118.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 119.

como igualmente há, na tradição jurídica brasileira, fatores que fundamentam o julgamento singular em grau recursal.

De qualquer modo, tornando à contemporaneidade, o que se nota é que as reformas do CPC/73, que envolviam a possibilidade de decisão singular em 2º grau, reacenderam as discussões acerca da colegialidade⁷¹. Observa-se então um processo de apropriação do discurso constitucional a fim de emprestar ao dogma da colegialidade previsão e proteção constitucionais⁷².

Atualmente, o princípio da colegialidade é tido como princípio implícito na Constituição⁷³ e o colegiado é identificado, sem maiores discussões, com o juiz natural dos recursos.

A fim de justificar a possibilidade de decisão monocrática do relator, desenvolveu-se a tese de que a função decisória é delegada pelo colegiado⁷⁴ e que o cabimento do

⁷¹ Sobre as reações às reformas, conta Araken de Assis: “Ora, a audaciosa reforma, com o fito de minorar a carga de trabalho dos órgãos fracionários do tribunal, quebrou o caráter colegiado dos pronunciamentos do tribunal, dogma incontestado do direito pátrio, refundindo e ampliando as funções do relator. Antes da mudança, ao relator tocava, substancialmente, “preparar o julgamento, do qual participaria, com seu voto, na ocasião própria”; doravante, competir-lhe-ia decidir singularmente recursos, com maior ou menor largueza, consoante exegese restritiva ou ampliativa dos conceitos jurídicos indeterminados utilizados na lei. Evidentemente, modificação dessa magnitude provocaria dúvidas e resistências.” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1ª ed e-book baseada na 8ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 113)

⁷² SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *O exercício da colegialidade no Supremo Tribunal Federal: entre a construção social do discurso e as práticas judiciárias*. 2017. pp. 307. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio), Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31963/31963.PDF>. Acesso em 05 fev. 2019., p. 96.

⁷³ Por todos, Cassio Scarpinella Bueno “Também com fundamento constitucional implícito, o princípio da colegialidade significa que o “juiz natural” das decisões proferidas no âmbito dos Tribunais componentes da organização judiciária brasileira é órgão colegiado. Da mesma maneira é possível, graças ao jogo dos princípios, que outros, de porte constitucional, justifiquem regras como a do art. 932, que permitem que o relator, aquele que tem contato em primeiro lugar com o recurso, manifeste-se isoladamente (monocraticamente) em nome do colegiado. Como há expressa previsão de recurso para o colegiado competente, que poderá revisar o acerto ou o desacerto daquela decisão (art. 1.021), está atendido o núcleo essencial do princípio que aqui destaco. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 706)

⁷⁴ “O ‘juiz natural’ do recurso é o órgão colegiado; não há bloquear totalmente o caminho até ele. Pode-se equiparar o papel do relator ao de em ‘porta-voz avançado’: o que ele diz, supõe-se que o diga ‘antecipando’ a decisão do colegiado. Ao interessado ressalva-se o direito de

agravo garante a constitucionalidade dessa delegação, pois sempre seria possível a revisão pelo verdadeiro juiz natural^{75 76 77}.

Sinteticamente, portanto, é possível observar que a partir da década de 1960, as atribuições do relator foram sendo modificadas de modo a permitir a prolação de alguns

desencadear um mecanismo de controle, capaz de mostrar se a ‘antecipação’ correspondeu ou não ao entendimento “antecipado”; em outras palavras, se merece realmente crédito o ‘porta-voz’”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da lei n. 9.756 em matéria de recursos civis. *Revista de Direito da Procuradoria-geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 52, pp. 25-35, 1999, p. 29)

“Estamos absolutamente de acordo com as premissas acima traçadas quando se afirma que sempre que o relator tiver decidido solitariamente em razão de delegação do órgão colegiado, deve ser disponibilizado meio para a parte prejudicada buscar a manifestação do órgão competente para enfrentar a questão, qual seja, o órgão colegiado”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Agravo interno legal e regimental*. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151749280.Agravolegaleregimental.pdf>>. Acesso em: 05 fev.2019.)

⁷⁵ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco: “esse cuidado, (de outorgar à parte o poder de provocar a manifestação do colegiado competente, sempre que contrariada pela decisão singular do relator) homenageia a garantia constitucional do devido processo legal, na medida em que põe limite ao poder do relator em julgamentos que em princípio pertencem ao órgão colegiado; presta reverência também ao valor das garantias do juiz natural, porque os colegiados são o juiz natural dos recursos” (Cândido Rangel Dinamarco. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (Coords.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/1998. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1998, p. 132 *apud* CIANCI, Mirna. A lei 9.756/1998 (arts. 544, § 3.º, e 557, §§ 1.º A 3.º, do CPC) e a ampliação dos poderes do relator, dez anos depois. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 157, pp. 165 – 181. mar. 2008, p. 166.

⁷⁶ “Tem legitimidade constitucional disposição regimental que confere ao relator competência para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso, desde que as decisões possam ser submetidas ao controle do colegiado” (STF, Pleno, Ag. 151354-3/MG, relator: Ministro Néri da Silveira, julgado em 18 fev. 1999, unânime)

E também: “O Relator, na decisão unipessoal, é representante do órgão Colegiado que integra, de maneira que aquilo que o Relator decide deve corresponder ao pensamento já pacificado do órgão colegiado, como se tivesse sido decidido por este. Assim, não há de se cogitar de nulidade decorrente das idas e vindas do caso entre julgamentos monocráticos e colegiados, quando o que se tem, claramente, é mera correção de erro material. Não haveria sentido na anulação do julgado e sua devolução à origem, tão somente para que a decisão fosse ratificada pelo órgão colegiado, em franco prejuízo à celeridade e à economia do processo, princípios consagrados no art. 5º, LXXVIII, da CF/88” (STJ, REsp 1.007.692/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 17 ago. 2010).

⁷⁷ “No segundo grau de jurisdição a regra é da decisão colegiada, no entanto, em casos flagrantes ou urgentes, nada impede que se decida com brevidade, assegurando a via recursal do regimental, para reexame do colegiado.” (TJ/SP, Agravo nº 2069937-10.2016.8.26.0000/50000, Relator: Desembargador James Siano, julgado em 20 jun.2016.).

tipos de decisão singular em grau recursal. Identificou-se que essa é uma escolha política que se dá em razão do aumento de volume de processos em âmbito recursal e da necessidade de dar uma resposta mais rápida e efetiva ao jurisdicionado. Verificou-se também que a possibilidade de o relator proferir decisão singular de mérito foi admitida pela doutrina e pela jurisprudência que entendem que, embora o juiz natural dos recursos seja o órgão colegiado, o relator age por delegação daquele. Nesse passo, considerando-se o desenvolvimento dos estudos de teoria constitucional e a normatividade dos princípios, entende-se que não há ofensa aos princípios do duplo grau, do juiz natural e da colegialidade, uma vez que sua mitigação ocorre em favor do princípio do acesso à justiça substancial.

1.2 Atribuições do relator no julgamento recursal

1.2.1. Considerações iniciais – poder ou dever?

Preliminarmente à análise do tratamento dado à figura do relator e de suas atribuições na codificação processual de 2015, é necessário que se estabeleçam algumas premissas.

Desse modo, cumpre notar que o relator é um juiz que atua em Tribunal, integrante de um órgão colegiado, e qualquer análise a seu respeito deve ter como ponto de partida os artigos da parte geral do CPC que disciplinam os deveres, poderes e responsabilidades do juiz. Nessa perspectiva, destacam-se os artigos 139 a 143 e 203 e 205, CPC que tratam, respectivamente, dos poderes, dos deveres e da responsabilidade e dos pronunciamentos do juiz.

A primeira questão que se coloca diz respeito ao conceito de poder e como ele se contrapõe ou complementa aquele de dever. A grande maioria das obras consultadas trata do tema utilizando as mesmas expressões adotadas no CPC e, portanto, dão ênfase aos poderes do juiz. Entende-se que essa preferência seja meramente didática no que

tange aos autores e no que toca à técnica legislativa um recurso para reforçar o elemento cogente da lei.

Isso porque não se deve perder de vista que, embora a expressão corrente seja poderes ou poderes-deveres, esses poderes, em realidade, decorrem de um dever.

Para compreender melhor essa relação, deve-se preliminarmente atentar ao conceito de função.

Assim, tem-se que função é um conceito que faz parte da teoria geral do direito. Por isso, não diz respeito apenas ao direito público e é possível identificá-lo também em diversos institutos de direito privado como no caso da propriedade privada e do contrato. Para Santi Romano, os poderes que são exercidos por interesse de um terceiro ou por um interesse objetivo são chamados de função, excluindo-se desse conceito, portanto, os poderes exercidos por interesse (exclusivamente) próprio. Para exercer a função pública, o Estado é investido de um “poder público de autoridade” ou prerrogativas que *“só existem e se justificam porque há interesses públicos a serem necessariamente perseguidos”*.⁷⁸ O poder para impor juridicamente determinada situação ou realizar determinado ato não existe em si mesmo enquanto direito potestativo⁷⁹; é, na realidade,

⁷⁸ No exercício da função pública, apesar de haver outras situações jurídicas ativas (tal como foi mencionado acima), não se pode negar a relevância do *poder* do Estado (ou *poder público de autoridade*), ou seja, o poder de modificar a situação jurídica de terceiros. Assim, o Estado-legislador pode impor aos indivíduos o cumprimento de certas obrigações, independentemente da vontade desses. O Estado-juiz poderá determinar que um sujeito pague a outro dada quantia, sob pena de execução forçada. A Administração, por sua vez, dispõe de meios para desapropriar bens dos particulares, independentemente da vontade desses. É o que se costuma chamar de “prerrogativas estatais”, ou “poder extroverso”. Porém, essas prerrogativas, embora relevantes na execução das atividades públicas, *só existem e se justificam porque há interesses públicos a serem necessariamente perseguidos*. O Estado, por estar *juridicamente obrigado* a atingir finalidades públicas (devidamente positivadas na ordem jurídica, vale sempre lembrar), somente poderá utilizar seu poder de autoridade na exata medida em que ele for adequado, necessário e proporcional (em sentido estrito) para atingir o fim. (FREIRE, André Luiz. Direito público e direito privado. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo Gonzaga; FREIRE, André Luiz (coord.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, pp. 21 e 22. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/133/edicao-1/direito-publico-e-direito-privado>. Acesso em 24 set. 2018).

⁷⁹ Sobre a distinção entre o poder jurídico e o direito potestativo, Marcelo Abelha Rodrigues esclarece: Assim, o poder jurídico e o direito potestativo se aninham, e, por isso mesmo muitos

meio pelo qual há de se atingir um fim que, em última análise, guarda relação e, por isso, está subordinado ao interesse de outrem. O poder então é legitimamente exercido na exata medida em que serve a essa finalidade; de outro modo, ao se constatar o desvio de finalidade, já se sabe estar diante de abuso de poder.

No tocante à função pública e, em especial, aquela do poder judiciário, não é diferente. Marcelo Abelha Rodrigues explica que o processo é o modo de atuação do Estado no âmbito legislativo, judiciário e administrativo e, portanto, é fundamental que todos os atos desse processo sejam conforme o modelo democrático. O poder jurídico do Estado vem do povo e deve servir aos interesses do povo que, por isso, se sujeita a esse poder. No caso dos juízes, que personificam o Estado, não é diferente, eles titularizam “o poder jurídico que o povo lhe conferiu e que será exercido em função e para o interesse jurídico do mesmo povo”⁸⁰. Assim, o poder vem do povo e é outorgado ao Estado para que desempenhe a função de administração da justiça no interesse do povo, que a esse poder – que, a bem da verdade, não se olvide, é seu – se submete.

Assim, tem-se que o poder estatal existe enquanto meio para se atingir uma determinada finalidade, qual seja, o interesse público. No que diz respeito ao poder judiciário, essa finalidade é a prestação jurisdicional efetiva, realizada a partir dos

os confundem, no tronco comum das situações jurídicas de potestade. Esse poder de afetar a esfera jurídica alheia é comum entre essas duas situações jurídicas ativas, que, frise-se, estruturam-se na noção de poder atribuído a um titular e sujeição àquele sobre o qual é exercido o poder. Contudo, há uma diferença substancial e funcional entre o poder jurídico e o direito potestativo, na medida em que este último é exercido em prol e em benefício do seu titular, ou seja, o que motiva o fim a que se destina o direito potestativo é que ao exercê-lo, o seu titular espera obter uma nova situação jurídica por ele almejada, ou seja, existe e exercita-se o direito potestativo em benefício do seu titular. Por outro lado, o poder jurídico tem na sua raiz uma potestade, mas, ao contrário do anterior, ele é exercitado em função e em benefício daquele que a ele se sujeita. Isso mesmo, o poder jurídico só pode ser praticado ou realizado para atender a um interesse jurídico do sujeito que se sujeita ao referido poder, numa umbilical e maravilhosa relação entre a ontologia e a finalidade, ser e dever ser. Isso quer dizer que o que legitima o poder jurídico não é a vontade ou o interesse do titular do poder, mas sim o interesse jurídico daquele que se sujeita ao referido poder. São exemplos de poderes jurídicos o pátrio poder exercido pelos pais em relação aos seus filhos, e, numa percepção ainda mais lata, o poder, delegado pelo povo ao Estado, para que este o exerça em função e em benefício do interesse daquele que a ele se submete: o próprio povo. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.301)

⁸⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 301.

parâmetros estabelecidos pelas garantias constitucionais. Portanto, é lógico concluir-se que o poder do juiz decorre do dever de perseguir a prestação jurisdicional idealmente perfeita e que, sem ela, esse poder sequer subsiste⁸¹. Nessa toada, forçoso concluir que “dever-poder” é expressão mais adequada para que se reforce o real sentido dessa autoridade.

Cassio Scarpinella Bueno afirma que os magistrados, ao exercerem a função pública, perseguem as finalidades próprias de sua função, que podem, inclusive, ser diferentes de suas opções pessoais. Daí que todo indício de interferência da vontade particular do juiz, dos auxiliares ou do Ministério Público é obstáculo à sua atuação. As pessoas investidas de função pública buscam atingir uma vontade estranha à sua, uma “vontade funcional”. Há, portanto, um dever de prestar a tutela jurisdicional e, para cumpri-lo, há um poder que é claramente instrumental, ou seja, serve a esse dever e nos limites dele. “Por isto, a ênfase deve recair no dever, e não no poder”⁸².

Por isso, para o mesmo autor, as críticas de que o CPC/15 deu muitos poderes aos juízes não se sustentam. Há sim diversos deveres que têm de ser observados e a

⁸¹ Não se pode deixar de citar Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos pioneiros a defender a inexatidão da expressão poder-dever e a propor sua substituição por dever-poder.

“Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar poderes, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como meios impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir.

Segue-se que tais poderes são instrumentais: servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, deveres-poderes. Não “poderes” simplesmente. Nem mesmo satisfaz configurá-los como “poderes-deveres”, nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano.

Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na ideia de dever, não na de “poder”. Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, pp.97 e 98)

⁸² SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 190 e 191.

ferramenta para fazê-lo são os “poderes”. Esses poderes só serão legitimamente exercidos se utilizados na proporção exata necessária ao atingimento do dever⁸³.

1.2.2 Natureza jurídica dos pronunciamentos do relator

Afastado o conceito de poder do juiz e adotado aquele de dever-poder, note-se que, na maior parte das vezes, a atuação do juiz se dá por meio de pronunciamentos que são, inclusive, definidos na lei processual.

Cuidou o legislador de enumerar os tipos de pronunciamento do juiz no artigo 203 CPC. Entretanto, o critério de classificação não é constante, pois ora se considera a finalidade, ora o conteúdo. A definição de sentença (203, § 1º) é feita pelo conteúdo na medida em que reporta aos artigos 485 e 487, CPC e pela finalidade quando alude à extinção da fase de cognição e da execução⁸⁴.

⁸³ *Ibidem*, p. 191.

⁸⁴ Cassio Scarpinella Bueno explica que o artigo é incompleto: “Sentença é o ato do juiz que, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à etapa de conhecimento (“fase cognitiva”) do procedimento comum e também a que “extingue a execução”. Que se trata de conceito que se baseia, ao mesmo tempo, no conteúdo (ter fundamento nos arts. 485 ou 487) e na finalidade do ato (pôr fim à etapa cognitiva do procedimento comum ou à execução), não duvido. A iniciativa do CPC de 2015 foi a de evitar as críticas – corretas, aliás – dirigidas ao § 1º do art. 162 do CPC de 1973, que se baseava no conteúdo da sentença, e não na sua finalidade, o que acabou sendo evidenciado pela maioria da doutrina. Ocorre, contudo, que a previsão do precitado § 1º do art. 203 é insuficiente. Mesmo que o § 1º do art. 203 excepcione de seu alcance “as disposições expressas dos procedimentos especiais”, era mister que fosse expressado que se trata de ato passível de ser praticado pelos órgãos jurisdicionais de primeira instância (só eles proferem sentenças). Mas não só. É também indispensável que se entenda a locução final não só com relação à extinção do processo de execução, isto é, a execução fundada em título executivo extrajudicial, mas também com relação à etapa de cumprimento de sentença. Ocorre que, para estes casos, o “fundamento” respectivo não reside nos arts. 485 e 487, e sim no art. 924, que trata dos possíveis conteúdos da sentença que será necessariamente proferida para os fins do art. 925. Pode até acontecer de a fase de cumprimento de sentença ser extinta diante do acolhimento da impugnação a ser apresentada pelo executado com fundamento no art. 525, tema ao qual me volto no n. 4.3.4 do Capítulo 13. Não há como deixar de levar em conta estas informações para saber quais decisões proferidas na primeira instância devem ser rotuladas de sentença. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Novo código de processo civil anotado*, 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 222)

No que tange às decisões interlocutórias, sua definição se dá por exclusão, a teor do disposto no art. 203, §2º, pois têm conteúdo decisório e não são sentença. Já os despachos são “todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte” segundo a prescrição do art. 203, §3º, CPC.

A definição de acórdão dada pelo CPC pode ser encontrada no artigo 204. Segundo este artigo, acórdão é “o julgamento colegiado proferido pelos tribunais”. Na sequência, os artigos 205 e 206 dispõem sobre a forma e a publicidade dos pronunciamentos supracitados.

Portanto, percebe-se que as decisões do relator, a rigor, não constam expressamente de qualquer desses artigos.

De qualquer modo, o Código de Processo Civil, em diversas oportunidades, refere-se à *decisão* do relator. A título ilustrativo, pode-se citar o artigo 937, §3º, que prevê que “nos processos de competência originária previstos no inciso VI, caberá sustentação oral no agravo interno interposto contra *decisão* de relator que o extinga”.

Outro exemplo está no art. 995, parágrafo único que, ao tratar do efeito suspensivo, define que é a decisão do relator que poderá suspender a eficácia da decisão recorrida. Já o art. 1.011, I diz que “recebido o recurso de apelação no tribunal e distribuído imediatamente, o relator (*caput*): I - *decidi-lo-á* monocraticamente apenas nas hipóteses do art. 932, incisos III a V. E, por fim, lembremos do art. 1.021 que trata especificamente do cabimento do agravo interno “contra *decisão* proferida pelo relator”.

Nesse passo, recorrendo-se à teoria geral do processo, tem-se que decisão é gênero de que são espécies a sentença e a decisão interlocutória. Cabe, portanto, definir o conteúdo da decisão do relator de modo a identificar se tem natureza de sentença ou de decisão interlocutória. Assim, se a decisão versar sobre qualquer das hipóteses do 485 e 487, CPC terá natureza de sentença. É o caso, por exemplo, da decisão do relator, fundamentada nos incisos IV e V, 932, CPC, em recurso de apelação. Essa decisão substitui a sentença recorrida e produzirá os mesmos efeitos – assim como ocorre, inclusive, com um acórdão em recurso de apelação. De outro modo, as decisões que não estiverem contempladas nas hipóteses dos artigos 485 e 487, terão natureza de

decisão interlocutória; é o que ocorre, por exemplo, nas decisões do inciso II, 932, que dispõe sobre tutela provisória.

Não se olvide que, em não havendo conteúdo decisório, o pronunciamento do relator será despacho, pois trata-se de expressão de outros poderes do juiz como o ordinatório. Um exemplo de despacho do relator é a previsão de intimação do Ministério Público (art. 932, VII, CPC).

Isso dito, passa-se a analisar as atribuições do relator de caráter singular e colegiado.

1.2.3. Atribuições monocráticas dispostas no artigo 932, CPC.

1.2.3.1 Inciso I - dirigir e ordenar, inclusive em relação à produção de prova e homologar autocomposição das partes.

O inciso I dispõe que incumbe ao relator “dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes”.

Assim, primeiramente, procurar-se-á definir “dirigir e ordenar o processo” e, em vista do acima discutido, pode-se dizer que o poder ordinatório “decorre diretamente do dever do juiz de conduzir o processo zelando pela sua validade e regularidade”⁸⁵.

Ademais, o poder instrutório, disposto na segunda parte do inciso, é aquele que permite ao juiz organizar a instrução do processo de modo a produzir as provas que esclarecem os fatos que formam sua convicção.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Haroldo Lourenço explicam que é possível se distinguirem quatro momentos específicos na atividade probatória: propositura,

⁸⁵ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Introdução ao estudo do direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 291.

admissão, produção e valoração. Acrescentam que a escolha dessas fases não é, por óbvio, aleatória pois representa “uma sequência logicamente ordenada de atos”⁸⁶.

Na fase de propositura, as partes especificam os meios de prova com que pretendem influenciar o convencimento do julgador. Deve ocorrer junto com o primeiro ato postulatório da parte, o que significa dizer que, para o autor, a especificação de provas acompanhará a petição inicial (art. 319, CPC) ao passo que, para o réu, virá, *a priori*, com a contestação (art. 336, CPC).

O saneamento do processo é o momento em que a admissão dos meios de prova deve, a princípio, ocorrer, a teor do art. 357, CPC.

A fase de produção é aquela em que as provas são efetivamente trazidas aos autos e, se houver necessidade, o juiz pode, fundamentadamente, determinar a alteração da sequência de sua produção originalmente prevista pelo CPC (art. 139, VI, CPC).

Na última fase, o juiz expõe em que medida a prova contribuiu para a formação de seu convencimento. A valoração da prova, portanto, ocorre no momento da decisão⁸⁷.

Dito de outro modo, idealmente, as provas são produzidas após a apresentação do pedido e da defesa na primeira instância, ou seja, o requerente pede, o requerido contra-argumenta e, após definir quais os pontos relevantes e controvertidos da lide, o juiz define as provas a serem produzidas (à exceção, claro, das documentais apresentadas anteriormente).

Nesse ponto, vale lembrar que cabe ao juiz analisar os requerimentos para a realização de provas feitas pelas partes e, fundamentadamente, deferi-los ou não e, sendo necessário, determinar de ofício a produção de outras provas.

Em relação à atividade probatória no artigo 932, CPC, preliminarmente, cumpre dizer que não há dúvidas que a produção de provas pode ser feita em grau recursal. Ao sustentar essa posição, Leonardo Cunha e Fredie Didier afirmam que o 370, CPC – que

⁸⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; LOURENÇO, Haroldo. A teoria geral da prova no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, p. 55 – 75, jan. 2017, p. 57.

⁸⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; LOURENÇO, Haroldo. A teoria geral da prova no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, p. 55 – 75, jan. 2017, p. 57.

dispõe sobre o poder instrutório – por óbvio, se aplica a todos os juízes. Para esses autores:

Nada justifica restringir a incidência do artigo à atuação do juízo de primeira instância. Não se pode restringir o exercício da função jurisdicional do tribunal, em competência recursal. Se a causa há de ser rejulgada no procedimento recursal, não se pode retirar do órgão ad quem a possibilidade de produzir provas que fundamentem o seu convencimento⁸⁸.

Além disso, o CPC prevê a alegação de fatos novos também em grau recursal, como no caso dos artigos 342, 493 e 1.014, CPC e, portanto, conclui-se que a possibilidade de produção de prova é imperativa por força do princípio do contraditório.

Leonardo Cunha e Fredie Didier lembram ainda que o artigo 435, CPC autoriza a juntada de prova documental em qualquer tempo e afirmam não haver motivos para que essa autorização fique restrita apenas à prova documental⁸⁹.

Ademais, Alexandre Freitas Câmara, ao discorrer sobre o dever do relator de determinar eventual atividade probatória, esclarece de forma clara e concisa que “na instrução do processo (seja ele ou não de competência originária do tribunal), o relator atua como se fosse o juiz único da causa até estar ela em condições de receber julgamento (o qual caberá, em regra, ao órgão colegiado).”⁹⁰.

Nesse ponto, é importante lembrar que, ao determinar a produção de prova, o relator, há de examinar e determinar, se for o caso, a distribuição do ônus probatório de modo diverso daquele disposto no artigo 373, I e II, CPC.

O CPC prevê três possibilidades de distribuição do ônus da prova. No primeiro caso, o artigo 373, I e II, CPC dispõe que “o ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto

⁸⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil 3: o processo civil nos tribunais, recursos ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, 13ª ed., Salvador: Ed. Jus Podium, 2016, p. 47.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 47.

⁹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 387.

ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Entretanto, a partir das especificidades do caso concreto, o juiz fundamentadamente pode determinar uma distribuição diversa do ônus probatório. A terceira possibilidade é que as partes convençionem livremente acerca da produção de provas, antes ou durante o processo, desde que observado o disposto nos parágrafos 3º e 4º do artigo 373, CPC.

Aluisio Gonçalves Mendes e Haroldo Lourenço observam que, embora a previsão de distribuição do ônus da prova seja “prévia e estática”, a sua adequação em razão das peculiaridades do caso concreto está garantida pela previsão da possibilidade de inversão *ope judicis* e, ainda, pela convenção das partes⁹¹.

Embora, em geral, o agravo de instrumento seja o recurso adequado para a impugnação da decisão que determina ônus probatório diverso daquele estabelecido em lei, nos casos em que isso ocorre por decisão unipessoal do relator, tem-se que a impugnação se fará para o colegiado por meio do agravo interno nos termos do 1.021, CPC.

Por fim, em relação ao inciso I, há de se comentar sobre a homologação de acordo. A homologação de autocomposição está prevista no artigo 487, III, CPC e põe fim à fase cognitiva do processo, resolvendo-se o mérito.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves, a previsão para que o relator homologue a autocomposição das partes é “a novidade mais interessante do dispositivo”⁹². Isso porque no código anterior realmente não havia uma previsão dessa natureza e, assim, muitos desembargadores não homologavam a autocomposição, a pretexto de a competência ser do juízo *a quo*. Agora, a teor do 932, I, CPC, resolveu-se a dúvida e estabeleceu-se a competência para o relator.

⁹¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; LOURENÇO, Haroldo. *A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo, São Paulo, v. 263, jan. 2017, p. 59.

⁹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil. Volume único*. Versão digital. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodium. 2017, pp. 1.41.

Assim, na visão desse processualista “o recurso será monocraticamente decidido com base na perda superveniente de objeto. Essa decisão que extingue o recurso por considerá-lo prejudicado em razão da autocomposição será recorrível por agravo interno”.

De outro lado, Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha entendem que, ao homologar a autocomposição, o relator extingue o processo com resolução de mérito (487, III, CPC), pois a autocomposição corresponde ao objeto litigioso dos procedimentos principal e recursal⁹³.

De qualquer forma, nota-se que o inciso I, senão todo o artigo 932, trata de concentrar atribuições do relator que na sistemática do código anterior ficavam diluídas em diversos artigos. Nesse sentido, o inciso parece atender às diretrizes trazidas na exposição de motivos do CPC/15 no que diz respeito à coesão e simplificação.

1.2.3.2. Inciso II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal

O inciso II traz o dever-poder de o relator apreciar, isto é, conceder ou negar, a tutela provisória. Como dito no item anterior, faz isso por delegação do colegiado, pois este é o órgão competente para apreciar o pedido principal.

O inciso II fala em tutela provisória, ou seja, menciona o gênero positivado no art. 294, CPC. A tutela provisória, como se sabe, pode ser da evidência ou urgência, sendo que esta última subdivide-se em cautelar ou antecipada.

Ademais, essa previsão diz respeito tanto às tutelas requeridas em sede recursal quanto àquelas em que o Tribunal funciona como primeira instância.

⁹³ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil 3: o processo civil nos tribunais, recursos ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, 13ª ed., Salvador: Ed. Jus Podium, 2016, p. 51.

Seja como for, o que se observa é que o inciso é bastante compreensivo na medida em que não faz qualquer ressalva a respeito do tipo de recurso ou de tutela provisória. Por esse motivo, a extensão do inciso II só pode ser corretamente avaliada se confrontarmos o inciso com as demais disposições acerca da tutela provisória em grau recursal, o que é objeto do próximo capítulo.

1.2.3.3. Inciso III – não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida

O inciso III traz três hipóteses em que o relator, ao proceder à análise da admissibilidade do recurso, identifica vício que leva à decisão de não conhecimento deste. Como já apontado, seu correspondente no Código de Processo Civil de 73 é o *caput* do 557.

Primeiramente, cumpre notar que, antes de aplicar qualquer das hipóteses do inciso III, o relator deverá sempre ter dado às partes a possibilidade de sanar o vício (art. 932, parágrafo único, CPC) em atenção ao princípio da preferência pelo julgamento integral do mérito⁹⁴.

A primeira parte do inciso dispõe que “incumbe ao relator não conhecer de recurso inadmissível”, isto é, o relator não deve conhecer do recurso que não tenha preenchidos certos requisitos mínimos “da existência ou do regular e válido exercício do direito de recorrer”⁹⁵

⁹⁴ Talvez uma nota de rodapé seja local adequado para fazer referência ao “despacho Piu-piu”, expressão cunhada pelo desembargador Miguel Brandi em decisão de 02 de agosto de 2016. (TJ/SP, agravo de instrumento n. 2153374-46.2016.8.26.0000). Muito perspicaz (por favor, note-se a ironia) o nobre desembargador que atinou para a semelhança entre o comando do art. 932, III *c/c* parágrafo único e o bordão do canarinho, *in verbis*, ‘Na circunstância já apontada do CPC/2015, deve proferir-se o que eu denomino um “despacho Piu-Piu”. É como se o relator, ‘à semelhança’ do canarinho, dissesse à parte: ‘eu acho que seu recurso é inadmissível’”. Fica o convite à reflexão sobre a resistência ao novo e à mudança de que não escapam os operadores do direito e, ainda, sobre a “cultura do recurso” muito forte em nossa sociedade.

⁹⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: recursos e processos da competência originária dos tribunais*, volume III. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 65.

Para Fabiano de Carvalho: “Denomina-se juízo de admissibilidade a atividade do órgão judicial voltada ao exame da presença de pressupostos relacionados ao ônus de recorrer e ao modo de exercê-lo. A admissibilidade tem sido equiparada à ‘procedência formal’ do recurso.”⁹⁶

A doutrina classifica, a partir da proposta de José Carlos Barbosa Moreira, os requisitos em duas categorias distintas. Serão intrínsecos, ou seja, dirão respeito à própria existência do direito de recorrer quando se analisam o cabimento, legitimidade, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e serão os requisitos extrínsecos na medida em que se analisa o modo do exercício do direito de recorrer, momento em que o foco é o preparo, a tempestividade e a regularidade formal⁹⁷.

Dessa feita, a verificação do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade é, logicamente, etapa anterior ao juízo de mérito do recurso e sua verificação deve ser feita pelo relator conforme comando do inciso III, 932, CPC.

Leonardo Greco ensina que, preliminarmente, o juízo *ad quem* deve aferir a presença de todos pressupostos pois, caso não estejam presentes, o recurso geralmente não será apreciado porque “o direito de recorrer não existe ou não pertence ao recorrente, ou o seu julgamento pode determinar a produção de uma decisão inválida.”⁹⁸

Assim, ainda segundo o mesmo autor, haverá uma avaliação anterior ao julgamento do recurso para se averiguar o preenchimento dos pressupostos recursais e

⁹⁶ CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos art. 557 do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 90.

⁹⁷ Cunha e Didier lembram ainda que há autores, como Nelson Nery Jr., que entendem que a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer é requisito extrínseco de admissibilidade do recurso. Afirmam ainda que “talvez fosse mais adequado posicionar a ‘tempestividade’ como requisito intrínseco do recurso. A perda do prazo significa, rigorosamente, a preclusão do direito de recorrer; ou seja: a perda do prazo relaciona-se com a existência do direito de recorrer, e não com o exercício desse mesmo direito” e acrescentam que questão, de qualquer modo, não tem maiores consequências práticas. (DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil 3: o processo civil nos tribunais, recursos ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, 13ª ed., Salvador: Ed. Jus Podium, 2016, pp. 106 e 107)

⁹⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: recursos e processos da competência originária dos tribunais*, volume III. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 65.

essa avaliação é chamada de juízo de admissibilidade. Só então a decisão recorrida será analisada, isto é, ocorrerá o julgamento do mérito do recurso.

No que diz respeito à segunda parte do inciso, esta determina que o relator não deve conhecer do recurso prejudicado, ou seja, aquele que, em razão de fato superveniente, perdeu a utilidade. A rigor, esse é um requisito de admissibilidade e tanto Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier⁹⁹ quanto Araken de Assis chamam a atenção para o fato de não haver necessidade de menção expressa ao recurso prejudicado no inciso. Ou seja,

incide a regra, contudo, no exagero de destacar a extinção superveniente do interesse recursal – diz-se, na linguagem forense, “prejudicado” o recurso nessas condições – e situá-la como causa autônoma de inadmissibilidade. A questão ficaria bem localizada na classe genérica.¹⁰⁰

A priori, como já dito alhures, seria necessário que fosse concedida às partes a possibilidade de sanar o vício e de atuar em contraditório. Todavia, bem esclarece Elpideo Donizetti que, no caso do recurso prejudicado, não há necessidade de as partes serem intimadas antes da decisão, pois não há qualquer vício a ser sanado e, inclusive, porque, a rigor, as partes já estão cientes do ato antecedente que provocou a prejudicialidade. De qualquer modo, o autor faz a ressalva quanto à possibilidade de haver um caso *sui generis* e que, portanto, exigirá solução diversa a fim de se evitar decisão surpresa¹⁰¹.

A última parte do inciso remete à ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida que é também um dos requisitos de admissibilidade do recurso¹⁰². A impugnação específica diz respeito, principalmente, mas não só, ao princípio da dialeticidade recursal. Segundo esse princípio as razões recursais devem

⁹⁹ *Ibidem*, p. 53.

¹⁰⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1ª ed e-book baseada na 8ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 252.

¹⁰¹ DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Versão digital. São Paulo: Atlas, 2017, p. 1.204.

¹⁰² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 879.

efetivamente dialogar com a decisão recorrida, ou seja, o recorrente deve demonstrar especificamente quais aspectos da decisão recorrida merecem revisão¹⁰³.

Desse modo, não havendo a impugnação clara e específica da decisão recorrida, deve o relator inadmitir o recurso.

Ademais, deve-se notar ainda que todos os casos elencados no inciso III incidem sobre o plano formal do processo, sem que o relator tenha de fato analisado o mérito recursal e, portanto, “a decisão proferida pelo juízo *a quo* deverá reger a relação processual, salvo se reformada pelo órgão colegiado na hipótese de interposição de agravo interno.”¹⁰⁴

1.2.3.4. Inciso IV - negar provimento a recurso que for contrário a: e inciso 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.

Os incisos IV e V do artigo 932, CPC também têm disposições correspondentes no artigo 557 do Código de Processo Civil revogado e, diferentemente do inciso III do 932, CPC, seu conteúdo guarda relação com o mérito da demanda.

Contudo, antes de analisá-los, cumpre mencionar que hoje os incisos IV e V do 932, CPC inserem-se em um contexto maior de tentativa de implantação de um sistema

¹⁰³ Ensina Araken de Assis que “Entende-se por princípio da dialeticidade o ônus de o recorrente motivar o recurso no ato de interposição. Recurso desprovido de causa hábil para subsidiar o pedido de reforma, de invalidação ou de integração do ato impugnado, à semelhança da petição que forma o processo, ou através da qual partes e terceiros deduzem pretensões, *in simultaneo processu*, revela-se inepto. É inadmissível o recurso desacompanhado de razões. (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1ª ed e-book baseada na 8ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 71)

¹⁰⁴ DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Versão digital. São Paulo: Atlas, 2017, p. 1.205.

brasileiro de precedentes. Conquanto não seja esse o objeto desta dissertação, é importante tecerem-se algumas considerações.

Primeiramente, note-se que a adoção do sistema de precedentes no direito brasileiro é uma opção político-legislativa¹⁰⁵, discutida ao longo dos anos e cujo produto “final” está disposto precipuamente nos artigos 926, 927 e 928 do CPC.

Eduardo Talamini afirma que não se trata de um “novo modelo de fontes do direito”¹⁰⁶ e que o Código de Processo Civil não inaugura novos paradigmas. Ao contrário, nele se observam mudanças que vêm tomando corpo há aproximadamente cinquenta ou sessenta anos. Ademais, as regras que imputam vinculatividade a precedentes específicos não atingem os parâmetros do direito material, pois sua natureza é precipuamente de instrumento processual, projetado para atender as particularidades do complexo sistema jurídico da atualidade.

Argumenta-se que maior segurança jurídica e isonomia são os fundamentos para sua “incorporação expressa” ao direito brasileiro¹⁰⁷. Sob esse aspecto, expressão

¹⁰⁵ Como ensina Araken de Assis: “A uniformidade na aplicação do direito é um antigo problema, tornado particularmente agudo na sociedade pós-moderna, para o qual urge edificar novas e decisivas soluções. Segundo a visão tradicional, calcada no individualismo liberal, ao órgão judiciário há de se reconhecer independência jurídica em duplo sentido: no âmbito do processo, compete-lhe selecionar a norma porventura aplicável ao litígio; fora do processo, apesar do vínculo administrativo e hierárquico, a ninguém cabe ministrar-lhe instruções e sugestões no modo de aplicar o direito à espécie. Por conseguinte, a jurisprudência dominante, como fator de produção de sentido, é mais que uma recomendação, e menos que uma ordem, contida sua força persuasiva pela independência jurídica da pessoa investida na função judicante. Essa liberdade na formação da convicção, quer na condução do processo, quer na formulação da regra jurídica concreta e ulterior realização prática, produz um efeito colateral altamente indesejável: a heterogeneidade das decisões em casos substancialmente idênticos. A diversidade resulta, nesses casos, em sério atentado ao princípio da igualdade. E há outro ingrediente a considerar. A incessante pregação pelo acesso à Justiça avoluma o número de feitos, a mais das vezes envolvendo as mesmas questões de fato e de direito. É preciso, em suma, tornar previsível o julgamento de casos similares.” ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1ª ed e-book baseada na 8ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 229)

¹⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. *O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15*. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15>. Acesso em 17 set. 2018.

¹⁰⁷ Por óbvio, não só no direito brasileiro: Michele Taruffo aponta a segurança jurídica como uma das justificativas mais usadas no que tange aos precedentes, além de apontar o tratamento isonômico como outro argumento bastante utilizado: “Per indicare solo quelle a cui si fa più spesso riferimento si può ricordare anzitutto l’esigenza di assicurare la certezza del diritto, dato che una giurisprudenza uniforme evita l’incertezza nell’interpretazione del diritto e la

sintomática e infelizmente consagrada na doutrina, é aquela que remete à jurisprudência lotérica – ou de loteria –, como se vê no discurso de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Se é verdade que o desrespeito pelos juízos inferiores de entendimentos já consolidados pelos tribunais gera a quebra da isonomia e a insegurança jurídica, tornando o processo uma verdadeira loteria judiciária, ainda mais grave é a instabilidade presente nos próprios tribunais quanto ao respeito à sua própria jurisprudência.¹⁰⁸

e, também, de Fábio Victor da Fonte Monnerat:

Em última análise, a observância das súmulas e dos precedentes, sobretudo aqueles expressamente tipificados pelo legislador, por gerar maior segurança jurídica, evita a sensação de que a mesma situação jurídica é tutelada por mais de uma forma pelo ordenamento jurídico, em um mesmo momento, a par de combater frontalmente um mal que chegou a ser denominado de “jurisprudência de loteria”.¹⁰⁹

A par do encorajamento às relações econômico-sociais advindo da maior segurança jurídica promovida pelo sistema de precedentes, a previsibilidade em relação à eventual solução de um litígio a ser judicializado teria ainda o condão de dissuadir os litigantes ou, ainda, estimular a autocomposição extrajudicial, diminuindo, conseqüentemente, o número de demandas¹¹⁰. Também o procedimento pode vir a ser

consequente varietà e variabilità delle decisioni giudiziarie. Si fa inoltre riferimento alla garanzia dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, in base al principio *dello stare decisis* tipico degli ordinamenti angloamericani, secondo cui casi uguali debbono essere decisi in modo uguale.^{2°} (Para indicar somente aquelas [justificativas] a que se faz referência frequente pode-se recordar, sobretudo, a exigência de se assegurar a certeza do direito, dado que uma jurisprudência uniforme evita a incerteza na interpretação do direito e a conseqüente variedade e variabilidade das decisões judiciárias. Além disso, faz-se referência à garantia da igualdade dos cidadãos perante a lei, com fundamento no princípio do *stare decisis* típico dos ordenamentos anglo-americanos, segundo o qual casos iguais devem ser decididos de modo igual, tradução nossa) (TARUFFO, Michele. *Le funzione delle corti supreme tra uniformità e giustizia*. In: Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil, 1, 2014, São Paulo, Textos das palestras [...]. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=4feff7f86037d2e99a1e0049828cb3e1>. Acesso em 06 mar.2019).

¹⁰⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil. Volume único* versão digital. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodium. 2017, p. 485.

¹⁰⁹ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O precedente qualificado no processo civil brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais. In *Publicações da Escola da AGU*, v.8, n. 1, 2016, p. 97.

¹¹⁰ Nesse sentido, Marcelo Abelha Rodrigues “Como já foi dito antes a uniformidade da jurisprudência permite, por exemplo, evitar litígios conhecendo de antemão as posições firmadas por um tribunal a respeito de um tema. É possível avaliar riscos e investimentos

abreviado, contemplando-se também a celeridade, a efetividade¹¹¹ e a razoável duração do processo.

A tudo isso, Fábio Victor da Fonte Monnerat acrescenta o fato de a jurisprudência uniforme definir balizas para que se caracterizem condutas má-fé naquelas situações em que o recurso fundamenta-se em precedente qualificado¹¹².

Ademais, nesse contexto, garante-se a isonomia justamente porque para casos idênticos haveria obrigatoriamente soluções igualmente idênticas.

É esse o posicionamento de Alexandre Freitas Câmara ao afirmar que a utilização de precedentes faz com que a jurisdição atenda a diversos princípios que fundamentam o modelo constitucional do processo e que, nesse sentido, a busca pela segurança jurídica e a isonomia estão, sem embargos, entre os principais motivos para a adoção do sistema de precedentes¹¹³.

Cassio Scarpinella Bueno aponta que o *caput* do art. 926, CPC deixa claro quais objetivos pretende-se atingir com a adoção do sistema de precedentes. Ao determinar aos tribunais o dever de uniformizar e manter a jurisprudência íntegra, estável e coerente, o *caput* positiva uma “técnica de realização da segurança jurídica”¹¹⁴. Essa técnica, segundo o mesmo autor, preza pela previsibilidade e isonomia na medida em que proíbe

econômicos a partir do conhecimento prévio da linha interpretativa de um tribunal. A confiança legítima no Poder Judiciário e a segurança jurídica são direitos fundamentais de qualquer cidadão em relação ao Poder Judiciário que tem o dever de uniformizar e tornar público, transparente como interpreta o direito que rege a vida das pessoas. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. e-book, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.117)

¹¹¹ “Ademais, a utilidade da jurisprudência formalmente uniformizada vai além do prestígio da igualdade, podendo gerar uma tutela jurisdicional mais efetiva ao legitimar a concessão de tutela de evidência, com base no art. 311, inc. II ou, dispensar o reexame necessário, nos termos do art. 496, §4º, ambos do Código de Processo Civil.” (MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O precedente qualificado no processo civil brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais. *In Publicações da Escola da AGU*, v.8, n. 1, 2016, p. 97)

¹¹² MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O precedente qualificado no processo civil brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais. *In Publicações da Escola da AGU*, v.8, n. 1, 2016, p. 98.

¹¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 367.

¹¹⁴ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 818.

que o sentido da jurisprudência sofra mudanças abruptas e desarrazoadas, fato que não era incomum sob a égide do CPC/73.

Ainda que haja doutrinadores favoráveis ao sistema de precedentes brasileiro e aqueles que o combatam, há unanimidade na boa doutrina em chamar a atenção para o cuidado que se deve ter ao se “importar” categorias jurídicas de outros sistemas, pois impossível fazê-lo a contento se não houver debate constante – prévio e posterior à implementação – para esclarecimentos e reflexões acerca de seu impacto no sistema “receptor”¹¹⁵.

Deve-se rechaçar ainda a afirmação de que o direito brasileiro está se filiando à família do *common law* e, note-se, há um esforço consciente entre os processualistas em fazê-lo.

Alexandre Freitas Câmara, por exemplo, explica que aplicar os precedentes como princípios argumentativos é uma técnica decisória fundamental nos sistemas anglo-saxônicos que são filiados ao *common law*. Já o ordenamento jurídico brasileiro é ligado à tradição romano-gemânica (*civil law*) e o que se pretende é “a construção de um sistema de formação de decisões judiciais com base em precedentes adaptado às características de um ordenamento de *civil law* a adaptação e a construção de um sistema de forma”¹¹⁶.

Cassio Scarpinella Bueno comenta que, apesar de não haver nada no CPC de 15 que faça supor que esteja ocorrendo uma migração do direito brasileiro para o *common law*, é possível identificar que o legislador infraconstitucional viu nos precedentes

¹¹⁵ Embora referindo-se à tutela antecipada, vale lembrar da lição de Teori Albino Zavascki que em meados de 1990 insistia na necessidade de uma leitura independente à luz dos valores e realidade brasileiros. Dizia: “Portanto, insista-se: é imprescindível que os institutos de direito processual, ainda quando tenham semelhança com os do direito estrangeiro, recebam aqui, não necessariamente as vestes que a doutrina e a jurisprudência estrangeira lhes dão, mas a roupagem própria e adequada ao nosso sistema constitucional. E preciso que as leis processuais sejam compreendidas, interpretadas e aplicadas segundo os princípios constitucionais aos quais servem e para cuja efetivação exercem função concretizadora.” ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, São Paulo, vol.82, p. 53 – 69, abr./jun.1996, p. 56).

¹¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 367.

dispostos no art. 927, CPC a oportunidade para lidar com a necessidade de se diminuir consideravelmente do número de demandas ao mesmo tempo em que se privilegia a isonomia, a previsibilidade e a segurança ¹¹⁷.

Zulmar Duarte de Oliveira Júnior, ao rechaçar a ideia de filiação ao *common law*, afirma:

O Brasil não migrou para o sistema da *common law*, tampouco adotou um regime de precedentes vinculantes com a edição do Código de Processo Civil. Em menor dimensão, estatuiu um sistema de formação e de aplicação de precedentes qualificados (vide comentários ao art. 927), especificamente a vinculação no âmbito do Poder Judiciário à determinadas espécies de decisão judicial, quando produzidas de forma própria. (2017, p. 572)

Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier referem-se ao “microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios (art. 927, CPC)”¹¹⁸ de modo a mostrar que está inserido em um sistema muito maior e Daniel Amorim Assumpção Neves fala em “precedentes brasileiros e *precedents* na tradição da *common law*.”¹¹⁹

De qualquer modo, houve e há, ao longo dos séculos, pontos de contato entre os dois sistemas, bastando citar, por exemplo, o fato de os vocábulos jurisprudência, precedente e equidade terem todos origem latina. Contudo, se o Direito não é estanque, menos o são a sociedade e a linguagem e, por certo, que os significados que hoje essas expressões têm na especificidade de cada sistema jurídico é – ou, ao menos, pode ser – diverso daquele que um dia tiveram quando compartilharam de uma raiz comum.

O que se pretende dizer é que o primeiro alerta que a doutrina faz é que não se pode “traduzir” sistemas jurídicos sem o devido cuidado. E lembre-se: jurisprudência e precedente até poucas décadas eram, ainda que por descuido, para a maior parte dos operadores do direito, quase sinônimos no direito brasileiro. Em outras palavras, a acepção técnica de termos jurídicos é construída a partir do desenvolvimento desses

¹¹⁷ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 539.

¹¹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil 3: o processo civil nos tribunais, recursos ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, 13ª ed., Salvador: Ed. Jus Podium, 2016, p. 205.

¹¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil. Volume único versão digital*. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodium. 2017, p.1.403.

institutos e refletem a experiência daquele sistema jurídico e da sociedade que o desenvolveu. Distinção, superação, *stare decisis*, *ratio decidendi* e *obter dictum* têm (ou podem ter), entre nós, significados diversos daqueles forjados ao longo de séculos na academia e nos tribunais dos países do *common law*.

Cassio Scarpinella Bueno muito enfaticamente preleciona:

[...] não vejo como, aplicando o que já escrevi, querer enxergar, no CPC de 2015 e nas pouquíssimas vezes que a palavra “precedente” é empregada, algo próximo ao sistema de precedentes do *common law*. A palavra é empregada, nos dispositivos que indiquei, como sinônimo de decisão proferida (por Tribunal) que o CPC de 2015 quer que seja vinculante (paradigmática, afirmo eu). Nada além disso. É o que basta, penso, para evitar a importação de termos e técnicas daqueles sistemas para compreender o que aparece de forma tão clara e tão evidente no próprio CPC de 2015.

Nada de *distinguishing*, portanto, bastando que o interessado demonstre a distinção (diferença, seja do ponto de vista fático, seja do ponto de vista jurídico, seja de ambos) de seu caso com aquele anteriormente julgado (assim, de maneira expressa: art. 489, § 1o, VI, e art. 1.037, §§ 9o e 12). Nada de *overruling*, para ficar apenas com outro termo sempre lembrado a propósito do assunto, apenas o ônus de verificar de que maneira que anterior decisão paradigmática está ou não superada (como ocorre, por exemplo, no art. 489, § 1o, VI; no art. 947, § 3o; no art. 985, II; e no art. 986), inclusive pelo advento de nova legislação, como é o caso do próprio CPC de 2015 que quer se sobrepôr a inúmeras e diversas súmulas dos Tribunais Superiores e de sua jurisprudência repetitiva, notadamente no processamento dos recursos especiais e extraordinários, um dos diversos paradoxos trazidos por ele. Isso é típico de países de civil law, em que prepondera a norma jurídica legislada, não a judicada.¹²⁰

É necessário, portanto, que reflitamos sobre o direito jurisprudencial¹²¹ a partir da nossa própria realidade e especificidades. E, como bem alertou Dierle Nunes, não se

¹²⁰ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 632.

¹²¹ Ainda Cassio Scarpinella Bueno: “Expressão que me parece adequada para descrever o conteúdo, o alcance e os objetivos dos arts. 926 e 927 do CPC de 2015, sem precisar retomar, a toda hora, a discussão, as questões, as distinções, as dúvidas e as críticas que apresentei no número anterior, é “direito jurisprudencial”.

A primeira vez que a vi empregada no sentido que aqui quero destacar foi dando nome a um (excelente) livro coordenado pela Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, devidamente indicado na bibliografia, e ela se mostra ampla o suficiente para albergar as diversas situações previstas naqueles dispositivos e ao longo de todo o CPC de 2015 sobre o “valor” e a “eficácia” que determinadas decisões de determinem ou querem assumir na perspectiva do Código. À Professora Teresa, que foi relatora do Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, querida amiga da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, minhas

pode confundir a parte como o todo, isto é, o sistema de precedentes disposto em lei não pode e não deve fazer parecer que é essa a única perspectiva possível ou desejável do direito e do ensino jurídico e, portanto, devemos-nos prevenir contra esse tipo de redução.¹²²

Diferentemente do que acontece na maior parte dos outros sistemas, no sistema brasileiro de precedentes, a própria lei tipifica o pronunciamento a ser valorizado e, inclusive, prescreve procedimento específico para a formação de alguns deles, como é o caso dos “acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos” (artigo 927, CPP). Como explicou Fábio Victor da Fonte Monnerat, no modelo brasileiro de precedentes, há uma norma geral e abstrata que cria três deveres dos Tribunais, quais sejam, o dever de uniformizar, respeitar (no sentido de “manter a jurisprudência íntegra estável e coerente”) e observar (e aplicar) determinados pronunciamentos judiciais prescritos em lei (926 e 927, CPC)¹²³.

O que se percebe é que o legislador optou por atribuir a um número reduzido de pronunciamentos a qualidade de representar a jurisprudência do tribunal sobre determinada questão de modo a vincular juízes e tribunais. Essa hipervalorização do precedente qualificado é uma característica específica do sistema brasileiro.

Desse modo, estabelece-se uma linha divisora muito clara entre jurisprudência constatada e jurisprudência formalizada.

Nesse passo, tem-se que identifica-se a “jurisprudência constatada” por meio da análise das decisões prolatadas por Tribunal sobre a mesma matéria. A depender do grau de homogeneidade entre essas decisões, classifica-se a jurisprudência em pacífica,

homenagens. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 633 e 634)

¹²² NUNES, Dierle. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 263, pp. 335 – 396, jan. 2017, pp. 338.

¹²³ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte *In*: Falando de processo: mesa redonda n. 22, precedentes no novo CPC. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pv16dL-9Pr8> Acesso em: 01.set. 2018.

dominante ou divergente. Percebe-se, pois, que a jurisprudência constatada exsurge da realidade representada nas decisões.

De outro lado, a “jurisprudência formalizada” é aquela cuja elaboração foi prevista pelo legislador em procedimento específico para a análise de determinada tese e é enunciada em uma súmula ou precedente qualificado. A jurisprudência formalizada pode surgir de um único caso concreto ou do conjunto de julgados

Justifica-se a preferência do CPC pela jurisprudência formalizada na medida em que a definição do que seja jurisprudência constatada está sujeita a mais variáveis e pode ser mais subjetiva.¹²⁴.

Os processualistas também chamam a atenção para o fato de não haver coerência técnica nas expressões utilizadas ao longo do CPC. Ou seja, “o Novo Código de Processo Civil se vale de forma constante das expressões “precedente”, “jurisprudência” e “súmula”, nem sempre da forma mais técnica e adequada. A distinção, entretanto, é essencial.”¹²⁵

Eduardo Talamini afirma que o sentido de “precedente judicial” mudou. Isso porque, não faz muito tempo, seu sentido traduzia o significado literal do termo, mais de acordo com a tradição jurídica nacional e estrangeira. Era o termo utilizado quando se fazia menção a um pronunciamento judicial pretérito que, mais adiante, viera a contribuir de maneira significativa, senão essencial, para a solução de casos futuros em que ocorreu situação idêntica ou similar. Portanto, sua identificação como “precedente” só viria *a posteriori* e não no momento em o pronunciamento houvesse sido exarado, mesmo se já naquele instante fosse possível prever sua utilização futura como precedente. “Ou

¹²⁴ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *O precedente qualificado no processo civil brasileiro: formação, efeito vinculante e impactos procedimentais (parte 1)*, 2018. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-precedente-qualificado-no-processo-civil-brasileiro-formacao-efeito-vinculante-e-impactos-procedimentais-parte-1>. Acesso em: 08 fev. 2019.

¹²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil. Volume único* versão digital. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodium. 2017, p. 482.

seja, nessa acepção, é uma visão retrospectiva que nos permite identificar os precedentes.”¹²⁶

Assim, a doutrina tem se preocupado em (re)definir conceitos tais como precedente, jurisprudência e súmula e, principalmente, determinar seu grau de vinculatividade. Diferentes tipos de pronunciamentos judicial são identificados na lei, classificados e interpretados pela doutrina. De modo geral, não há dissenso no que diz respeito à definição¹²⁷ em si, embora não se possa dizer o mesmo no tocante às análises da força vinculante desses pronunciamentos.

Portanto, quanto à vinculatividade, ou seja, à obrigatoriedade ou não de aplicação do pronunciamento, há algumas tentativas de classificação que, em linhas gerais, situam, de um lado do espectro, aqueles pronunciamentos de observância obrigatória e, do outro, aqueles que têm mero caráter orientativo e persuasivo.

Nesse sentido, a título exemplificativo, Talamini¹²⁸ alude à vinculação fraca, média e forte ao passo que Alexandre Freitas Câmara faz a distinção entre precedentes

¹²⁶ TALAMINI, Eduardo. *O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15*. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15>. Acesso em 17 set. 2018.

¹²⁷ Cassio Scarpinella Bueno resume de maneira sucinta e bastante lúcida as definições de jurisprudência, súmula e precedente: [...] entendo que a jurisprudência do CPC de 2015 continua sendo o que sempre foi; sim, prezado leitor, o entendimento dominante de determinado Tribunal sobre certos temas em determinado período de tempo. As súmulas também continuam a ser o que sempre foram para nós: os enunciados indicativos da jurisprudência indexada sobre variadas questões. E, por sua vez, precedentes são e serão as decisões que, originárias dos julgamentos de casos concretos, inclusive pelas técnicas do art. 928, ou do incidente de assunção de competência, querem ser aplicadas também em casos futuros quando seu substrato fático e jurídico autorizar.

São precedentes não porque vieram de países de *common law*, e sim porque foram julgados com antecedência a outros casos – quiçá antes de haver dispersão de entendimento sobre uma dada questão jurídica pelos diversos Tribunais que compõem a organização judiciária brasileira –, e, de acordo com o caput do art. 927, é desejável que aquilo que expressam seja observado em casos que serão julgados posteriormente. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 633)

¹²⁸ 2.1. Vinculação padrão (vinculação fraca)

Em um primeiro sentido, o termo “vinculação” é utilizado para designar a força persuasiva de um determinado precedente jurisprudencial. Trata-se da eficácia tradicional da jurisprudência nos sistemas da civil law. [...]

2.2 Vinculação média

Em uma segunda acepção, alude-se à “eficácia vinculante” em referência a hipóteses em que, tendo em vista a existência de precedentes ou de uma orientação jurisprudencial consolidada,

vinculantes e não vinculantes, sendo que estes últimos podem ser chamados, ainda, de persuasivos ou argumentativos. Reconhecê-los é fundamental na medida em que é essa diferença que determina se são ou não de aplicação obrigatória. Se o forem, o órgão jurisdicional não poderá ignorá-los e produzir decisão em sentido diverso. Já quando se está diante de um precedente argumentativo, o julgador embora o tenha em consideração, pode decidir fundamentadamente de forma diversa¹²⁹.

Fábio Victor da Fonte Monnerat, a seu turno, explica que o 927, CPC traz pronunciamentos que “influenciam diretamente no conteúdo da decisão judicial dos demais processos que versem sobre o tema já sumulado ou consagrado em um dos precedentes ali identificados”¹³⁰.

Assim, tem-se que as súmulas são enunciados formais elaborados por meio de um procedimento específico que visa a certificar a pacificação ou prevalência de determinado entendimento jurisprudencial.

a lei autoriza os órgãos judiciais ou da Administração Pública a adotar providências de simplificação do procedimento e consequente abreviação da duração do processo. [...] Nessas normas, a ênfase não está tanto na imposição, na obrigatoriedade, de observância do precedente (que, de todo modo, pode existir – e normalmente existe – por força de outras normas, adiante examinadas), mas sim na autorização ao órgão jurisdicional inferior (ou ao procurador público) para que ele deixe de observar uma determinada imposição, para que ele possa, invocando o precedente, simplificar sua atividade (em vez de levar a apelação ao julgamento do colegiado, o relator mesmo julga; em vez de mandar o recurso especial ao STJ, o próprio tribunal local já o extingue – e assim por diante).

2.3 Vinculação forte (força vinculante em sentido estrito)

A força vinculante em sentido estrito vai além dos dois fenômenos examinados nos itens anteriores. É a própria imposição da adoção do pronunciamento que se reveste de tal força, pelos demais órgãos aplicadores do direito (órgão judiciais de grau de jurisdição inferior e, eventualmente, órgãos administrativos), na generalidade dos casos em que a mesma questão jurídica se puser – sob pena de afronta à autoridade do tribunal emissor daquela decisão.

Tal afronta autoriza, inclusive, a formulação de reclamação perante o tribunal prolator da decisão revestida da força vinculante, para a preservação de sua autoridade. Portanto, é dessa acepção (ou grau) da força vinculante que se tratará no tópico seguinte. (TALAMINI, Eduardo. O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15. 2016, pp. 4 e 5. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047->

O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15. Acesso em 17 set.2018).

¹²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 427.

¹³⁰ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O precedente qualificado no processo civil brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais. *In Publicações da Escola da AGU*, v.8, n. 1, 2016, p. 99.

Os precedentes qualificados, por sua vez, são decisões que ilustram o entendimento do Tribunal acerca de determinada questão de direito, devendo ser aplicados a todos os outros casos sobre a mesma matéria. O procedimento previsto para sua elaboração também está disposto em lei e, como exemplo, podem se citar os arts. 947; 976 a 986 e arts. 1.036 a 1.040 do CPC. Esse procedimento é caracterizado por uma maior valorização do contraditório, da motivação e da publicidade, como fica claro da exegese dos arts. 979, 983, 1.038 e 1.040. Essa preocupação se justifica na medida em que o precedente qualificado será vinculante e legitimará determinados cortes procedimentais nos casos futuros em que for aplicado. Portanto, pode-se afirmar que esses pronunciamentos são qualificados: “a) pela sua autoridade (força) e capacidade de influenciar nos demais processos que versem sobre a mesma questão jurídica, e; b) pela maior qualidade do procedimento de sua produção.”¹³¹

Portanto, nota-se que a doutrina se ocupa de estabelecer os critérios pelos quais determinado pronunciamento tem maior ou menor força vinculante. De modo geral, há tendência a identificar nos pronunciamentos dispostos no art. 927, CPC vinculatidade absoluta.^{132 133}

¹³¹ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O precedente qualificado no processo civil brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais. *In Publicações da Escola da AGU*, v.8, n. 1, 2016, p. 100.

¹³² Alexandre Freitas Câmara posiciona-se de maneira diversa: “Já os enunciados de súmula (não vinculante) do STF em matéria constitucional, e do STJ em matéria infraconstitucional (art. 927, IV) e a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais (art. 927, V) não são vinculantes, mas meramente argumentativos ou persuasivos.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 429)

¹³³ A fim de evitar o excessivo alongamento dessa contextualização acerca dos precedentes, optou-se por não se mencionar no texto, a discussão acerca da constitucionalidade desse sistema trazido pelo CPC, ainda que seja questão evidentemente preliminar a toda discussão. Um dos defensores dessa inconstitucionalidade é Cassio Scarpinella Bueno. Nas suas palavras: “sim, porque sou daqueles que entendem que decisão jurisdicional com caráter vinculante no sistema brasileiro depende de prévia autorização constitucional – tal qual a feita pela EC n. 45/2004 – e, portanto, está fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Novo código de processo civil anotado*, 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 694). Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Comentários ao código de processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1836-1838) também entendem que o artigo 927 é parcialmente inconstitucional. Com o mesmo entendimento, Araken de Assis: “É duvidosa a constitucionalidade do art. 927, III e IV, e, conseqüentemente, a do art. 988, IV, ressalva feita à súmula vinculante do STF e às decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, objeto do art. 988, III.

Sobre o tema, o FPPC editou enunciado claro: “(art. 927, *caput*) As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos. (Enunciado nº 170 - Grupo: Precedentes)

Independente da conclusão quanto à força vinculante dos precedentes, outro aspecto que deve ser mencionado é o enorme esforço doutrinário em ressaltar a impossibilidade de interpretação dos artigos 926 a 928, CPC apartados do 489, CPC. O artigo 489, CPC e, em especial o seu §1º, V e IV, trata da relação entre fundamentação e observância a precedentes. A (correta) fundamentação da decisão é pressuposto para que o sistema de precedentes esteja em conformidade com o modelo constitucional do processo.

A ideia central do precedente é a possibilidade de se estender uma determinada decisão ao julgamento de várias outras demandas. Todavia, esse “aproveitamento” de decisão deve ser realizado em estrito respeito ao devido processo legal.

Em termos simplórios, visto que este não é o objeto principal desta dissertação, pode-se dizer que a (correta) fundamentação permeia e legitima toda a lógica dos precedentes. Isso porque é na fundamentação da decisão paradigma que o juiz demonstra o raciocínio que relaciona os fundamentos de fato e de direito à decisão exarada e, na outra ponta, ao aplicar-se o precedente, é na fundamentação que o juiz evidencia a identidade entre núcleo do direito/fato do caso anterior e do caso *sub judice*¹³⁴. Só assim, a decisão tem legitimidade para, dentro do Estado Democrático de Direito, se estender para outros processos.

Como já assinalado, o instituto da súmula vinculante, largamente controvertido, decorreu de emenda à CF/1988. E a Constituição garante, senão diretamente, ao menos indiretamente a independência jurídica dos órgãos judiciais. Dependeria de emenda constitucional mudança metodológica tão radical em país cujo ordenamento compõe-se de normas gerais e abstratas, e não de precedentes judiciais com tendência à universalidade.” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1ª ed e-book baseada na 8ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 237)

¹³⁴ Assim ensina Michele Taruffo: “Analogamente, come si è già accennato²⁸, è essenzialmente analizzando i fatti e stabilendo una sufficiente analogia tra i fatti del caso precedente e i fatti del caso successivo che il giudice di questo secondo caso decide circa l’applicabilità della *ratio decidendi* che costituisce il precedente.” (tradução livre. Analogamente, como já se acenou²⁸, é essencialmente analisando os fatos e estabelecendo uma analogia suficiente entre os fatos do caso precedente e os fatos do caso posterior que o juiz desse segundo caso decide sobre a aplicabilidade da *ratio decidendi* que constitui o precedente). TARUFFO, Michele. Le funzione delle corti supreme tra uniformità e giustizia. In: Colóquio Brasil-Itália de direito

São esses os principais aspectos que devem ser levados em conta ao se analisar os incisos IV e V do artigo 932, CPC.

No que diz respeito especificamente aos incisos IV e V do artigo 932, CPC, a doutrina é unânime em afirmar que houve um aprimoramento da técnica redacional na comparação com o artigo 557, CPC/73 pois o vocábulo "contrário", mais preciso e acertado, ressurgiu e substituiu o duvidoso "confronto"¹³⁵.

De modo semelhante, "jurisprudência dominante" desapareceu¹³⁶ e agora as decisões que autorizam o relator a julgar monocraticamente são pontuadas nas alíneas.

processual civil, 1, 2014, São Paulo, Textos das palestras [...], p.7. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=4feff7f86037d2e99a1e0049828cb3e1>. Acesso em 06 mar.2019)

¹³⁵ Nas palavras de Barbosa Moreira: "O legislador dá a impressão de haver empregado a palavra 'confronto' no sentido de contraste, oposição, contradição, conflito. Ora, confronto significa mera comparação. É óbvio que de um confronto pode decorrer a conclusão de que as coisas confrontadas (isto é, comparadas) contrastam entre si, se opõem, se contradizem, conflitam uma com a outra; mas esse é apenas *um* dos resultados concebíveis. EUCLIDES DA CUNHA não receou incorrer em redundâncias ao das a uma de suas obras o título *Contrastes e confrontos*; vê-se que o famoso escritor cultivava um hábito provavelmente estranho aos redatores da lei nº 9.756: o de consultar dicionários antes de pegar a pena..." (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da lei n. 9.756 em matéria de recursos civis. *Revista de Direito da Procuradoria-geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 52, pp. 25-35, 1999, p. 31)

¹³⁶ Desapareceu é certo do direito codificado. Todavia, em 17 de março de 2016, isto é, no dia anterior à entrada em vigor no CPC/15, o STJ editou a súmula 568, *in verbis*, "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.". A princípio, se se trata de entendimento anterior ao CPC/15 e que a ele vai frontalmente de encontro, cabível sua revisão e revogação pelo STJ. Contudo, não é de hoje que a postura defensiva – isto é, de tentar diminuir o volume de demandas que chegam à corte especial e de dar vazão àquelas que são admitidas – pauta os pronunciamentos das cortes superiores. Assim, é perfeitamente lícito aventar que a súmula 568 foi editada *por causa* do Código e não por desconhecimento deste.

Assim, para quem pode o menos, cumulando, pode também o mais: "2. Do exposto, com fulcro no art. 932 do NCPC **c/c** Súmula 568 do STJ, reconsidero a decisão monocrática anteriormente proferida às fls.734/736 (e-STJ), tornando-a sem efeitos, para, de plano, conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de determinar que o TJSP, superada a questão da legitimidade das embargantes, proceda ao reexame do mérito dos embargos de terceiro como entender de direito.(STJ, AgInt no AREsp 1.011.730, Relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 27 abr. 2017)

Ademais, embora a literalidade da súmula afirme sua aplicabilidade no Superior Tribunal de Justiça, os tribunais locais a adotam "por analogia". Vejamos: "Pelo exposto, em analogia aos termos da Súmula 568, do C. STJ: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.", ao recurso nego provimento (TJ/SP, Agravo Interno nº 2242936-

Por essa razão, pode-se afirmar que limitaram-se as situações em que o relator julga singularmente. Isso porque as hipóteses de decisão singular são situações objetivas que estão definidas na lei, não há espaço para o subjetivismo que a expressão “jurisprudência dominante” outrora fomentava.

Cumprido esclarecer, ademais, que a racionalidade do dispositivo fundamenta-se no fato de que a decisão do relator nada mais representa que a decisão a que chegaria (obrigatoriamente) o colegiado. Era esse o fundamento na vigência do CPC/73 e ainda o é, com muito mais razão agora, em face da vinculatividade obrigatória¹³⁷.

Por esse motivo, Marcelo Abelha Rodrigues afirma que os incisos IV e V do art. 932, CPC trazem hipóteses de “proteção do direito produzido pelos tribunais”, similar à improcedência liminar do pedido ou à tutela de evidência. Isso porque, estando o relator em contato direto com o recurso a maior parte do tempo, tem ele uma série de deveres-

95.2018.8.26.0000/50001-14ª Câmara de Direito Privado, Relatora: Desembargadora Lígia Araújo Bisogni, julgado em 19 fev. 2019).

E, também, AGRADO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. IN CASU, OBSERVA-SE QUE OS AGRAVANTES TRABALHAM COMO AUTÔNOMOS, AUFERINDO CERCA DE UM SALÁRIO MÍNIMO POR MÊS, CONFORME SE VÊ ÀS FLS. 72 A 78 DOS AUTOS. A assistência jurídica é assegurada pela Constituição Federal a todos aqueles que comprovarem insuficiência de recursos, não se fazendo qualquer restrição à natureza da parte que pleiteia este benefício (artigo 5º, LXXIV, da Carta Magna). No caso em comento, os Agravantes declaram não terem condições de arcar com as custas processuais. O direito constitucional de acesso ao Judiciário garantido pela Constituição Federal de 1988 àqueles que não têm condições de arcar com os custos do processo, sem prejuízo do sustento próprio e de suas famílias, nos termos do art. 5º, LXXIV, deve ser o mais amplo possível. Precedentes jurisprudenciais deste Tribunal. Aplicação da Súmula nº 568 do STJ. Provimento do recurso, na forma do art. 932, V, do CPC/15. (TJ/RJ. Agravo de Instrumento n. 0065185-53.2018.8.19.0000. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Moreira da Silva. Julgado em 12. fev. 2019)

¹³⁷ Nesse sentido, confira-se a ementa do agravo de instrumento n.740.396/RJ, Relator: Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, STJ, julgado em 04 maio 2006.

INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO A AGRADO INTERNO. VIOLAÇÃO DO ART. 557, DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR RESPALDADA EM JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL A QUE PERTENCE. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 83/STJ

1. A aplicação do art. 557 do CPC supõe que o julgador, ao isoladamente, negar seguimento ao recurso, confira à parte, prestação jurisdicional equivalente à que seria concedida acaso o processo fosse julgado pelo órgão colegiado.

2. A *ratio essendi* do dispositivo, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 9.756/98, visa desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que encerrem matéria controversa.

3. Prevalência do valor celeridade à luz do princípio da efetividade. Precedentes do STJ.

poderes que vão desde o ordenamento do processo até o julgamento singular nos casos em que “estiver presente situações de proteção do ‘direito jurisprudencial’”¹³⁸, identificado pelo legislador nas alíneas dos referidos incisos.

Conquanto tenha havido ajustes na redação do dispositivo, essas previsões são muito semelhantes às das do artigo 557, CPC/73 e, a princípio, visam a acelerar a prestação jurisdicional.

Outra questão que deve ser apontada é o fato de as hipóteses previstas no art. 932, IV e V em que o relator deve julgar unipessoalmente não têm correspondência exata com aquelas dispostas no artigo 927, CPC¹³⁹.

O artigo 927, CPC alude à 1. decisões do STF em **controle concentrado de constitucionalidade**, 2. enunciados de **súmula vinculante**, 3. acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivos, 4. enunciados de súmulas do STF e STJ e 5. **a orientação do plenário ou do órgão especial a que estiverem vinculados**.

Já o artigo 932, IV e V referem-se à 1. súmula do STF ou STJ ou **súmula do próprio tribunal**, 2. acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos, 3. entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Destacaram-se as diferenças para facilitar a análise e facilmente percebe-se que as previsões dos artigos não são coincidentes.

Seja como for, considerando-se que a doutrina tem identificado diferentes graus de vinculatividade nos pronunciamentos do artigo 927, seria de se estranhar, à primeira

¹³⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 1.152 e 1.153.

¹³⁹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

vista, a ausência de menção às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade. Não se pode esquecer, contudo, que as decisões em controle concentrado têm “eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.” (artigo 28, parágrafo único da lei 9.868/1999). Portanto, nesses casos, parece plenamente possível a decisão singular do relator¹⁴⁰ ainda que não esteja expresso no art. 932, CPC. Esse corte procedimental se legitima a partir de um entendimento (a decisão em controle concentrado) que será obrigatoriamente seguido pelo colegiado que delega competência ao relator, mostrando-se mais uma vez muito oportuna a expressão “porta-voz avançado” cunhada por José Carlos Barbosa Moreira¹⁴¹. Esse mesmo raciocínio pode justificar a decisão monocrática quando fundamentada no inciso V do 927 que faz menção à “orientação do plenário ou do órgão especial a que estiverem vinculados”.

Já a ausência da súmula vinculante no artigo 932 não traz maiores problemas porque, no mínimo, o vocábulo “súmula” abarca a expressão “súmula vinculante”. A questão que se pode apresentar, como mencionado anteriormente, é em relação à constitucionalidade dessa vinculatidade sumular generalizada.

Resta, portanto, a previsão de súmula do próprio tribunal, disposto na última parte da alínea a que, apesar do sabor de óbvio, deve ser lido como mais uma oportunidade que aproveitou o legislador para reafirmar as regras do microsistema de precedentes, reiterando inclusive, via transversa, o dever de os tribunais manterem sua jurisprudência íntegra, estável e coerente (art. 926, CPC).

Em síntese, observa-se que as hipóteses em que o relator decide singularmente com fundamento em pronunciamento anterior qualificado foram melhor definidas nos incisos IV e V se comparado com as previsões do CPC/73. Primeiro porque foram

¹⁴⁰ Como ensina Araken de Assis: “Convém notar a ausência de menção aos julgados do STF no controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I) e da tese firmada pelo plenário ou órgão especial do tribunal ao qual esteja vinculado o relator (art. 927, V). Ao nosso ver, nada justifica a exclusão do julgamento singular nesses casos, porque relator e órgão fracionário encontram-se vinculados ao precedente.” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1ª ed e-book baseada na 8ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.255)

¹⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da lei n. 9.756 em matéria de recursos civis. *Revista de Direito da Procuradoria-geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 52, pp. 25-35, 1999, p.29.

agrupadas em dois incisos simétricos em suas hipóteses de cabimento, o inciso IV para negar provimento ao recorrente e o V para provê-lo, após aberto o contraditório ao recorrido.

As hipóteses, por sua vez, trazem pronunciamentos específicos e de observância obrigatória porque o procedimento para sua formação foi qualificado em lei. Portanto, a legitimidade da decisão do relator é dupla. Se de um lado, podemos falar na legitimidade do ato em si que advém da delegação de competência do órgão colegiado de quem é “porta-voz avançado”; de outro, há a legitimidade do conteúdo da decisão pois essa se fundamenta em um pronunciamento também de colegiado, que foi obtido por meio de um procedimento com contraditório ampliado e participação ampla das partes interessadas. Essa opção legislativa privilegia, sem dúvida, o princípio da celeridade e da segurança jurídica.

1.2.3.5. Inciso VI - decidir o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal.

O inciso VI do artigo 932, CPC trata da possibilidade de o relator “decidir o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal”.

Preliminarmente, cumpre notar que o CPC/15 é pioneiro em prescrever procedimento para a desconconsideração da personalidade jurídica, pois todos os outros códigos anteriores eram silentes acerca desta matéria, que, digamos, é “novidade” se comparada a outros institutos do direito material.

Como se sabe, a ficção jurídica da personalidade jurídica não é absoluta e a desconconsideração de sua personalidade é o instituto que visa a garantir reparação a eventuais terceiros prejudicados pelo uso abusivo dessa personalidade.

Nesse contexto, o inciso VI do art. 932, à primeira leitura, parece claro pois determina que o relator decidirá monocraticamente o incidente de desconconsideração. Todavia, ao menos uma questão se coloca: o sentido da palavra “originariamente”.

Em relação à instauração do incidente em processo de competência originária, não há o que se falar. Todavia, no que toca ao incidente em grau recursal, a princípio, a doutrina entende por sua possibilidade¹⁴² ainda que com certas ressalvas.

Alexandre Freitas Câmara afirma que o incidente só será possível, em princípio, na apelação e no recurso ordinário constitucional, além dos processos de competência originária de Tribunal. Isso porque as competências do STF e do STJ vêm definidas na Constituição Federal e nada há lá que autorize a instauração do incidente em sede de recurso extraordinário ou especial.

Explica também que a atuação do relator será exatamente como aquela de um juiz de 1º grau. Isto significa dizer que, após examinar o pedido de instauração do incidente, sendo ele admitido, seguirá o trâmite disposto no artigo 134 e seguintes do CPC, com a anotação no distribuidor, citação, contraditório e produção de provas, até que, havida cognição exauriente, o incidente possa ser julgado monocraticamente.

Ademais, para o mesmo autor, só caberá agravo interno nos casos em que na 1ª instância caberia agravo de instrumento, como a decisão de mérito do incidente ou de admissão ou rejeição¹⁴³. Portanto, a título ilustrativo, se houver o indeferimento de determinada prova, embora o art. 1.021, CPC literalmente preveja a interposição do agravo interno, essa decisão será irrecorrível em razão da coerência interna do sistema,

¹⁴² “Atualmente, é expresso o art. 134, *caput*, declarando aplicável o incidente de desconsideração da personalidade jurídica ao processo de execução e ao cumprimento da sentença, podendo ocorrer em qualquer fase, incluindo a recursal (art. 932, VI)” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1ª ed e-book baseada na 8ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 212)

“Deixando claro que a desconsideração da personalidade jurídica pode ocorrer no tribunal, o parágrafo único do art. 136 do Novo CPC prevê o cabimento de agravo interno caso a decisão seja proferida pelo relator. Entendo que o incidente ora analisado pode ser instaurado em processo de competência originária do tribunal e também em grau recursal, diante da previsão do art. 134, *caput*, do Novo CPC, que permite sua instauração em todas as fases do processo de conhecimento.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil. Volume único* versão digital. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodium. 2017, p. 384).

¹⁴³ “Ao prever agravo de instrumento no “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, o art. 1.015, IV, abrange duas decisões diferentes: (a) a rejeição liminar da instauração do incidente; e (b) o acolhimento ou a rejeição do incidente (art. 136, *caput*). A rigor, essas hipóteses já se encontrariam englobadas no art. 1.015, IX, tornando agravável a decisão de admissão ou de inadmissão da intervenção de terceiro.” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1ª ed e-book baseada na 8ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 465)

já que as decisões equivalentes em 1º grau seriam irrecorríveis em separado¹⁴⁴. De outro lado, Daniel Amorim Assumpção Neves sustenta entendimento diametralmente oposto por causa da literalidade do art. 1.021, CPC. Para ele, o fato de não haver ressalva a cabimento do agravo interno é razão para que todas as decisões singulares do relator, ou seja, até mesmo as incidentais, sejam impugnadas por esse recurso¹⁴⁵.

A par disso, cumpre dizer que Flávio Yarshell sustenta a impossibilidade da instauração do incidente de desconconsideração em grau recursal. Fundamenta seu posicionamento no fato de o juízo recursal não ser o juiz natural para a apreciação do incidente¹⁴⁶, que poderá, portanto, ser requerido somente ao juiz *a quo*.

Ocorre que, apesar de o Código denominar incidente processual, o que se tem é um processo incidental. Isso porque não se trata de uma questão incidental de que

¹⁴⁴ Câmara, Alexandre Freitas. Capítulo IV. Do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. ALVIM, Teresa Arruda *et al.* *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp.381 e 382.

¹⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil. Volume único* versão digital. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodium. 2017, p. 384.

¹⁴⁶ “2. Pedido de desconconsideração feito perante o tribunal. Ao falar em decisão “pelo relator”, a lei poderia indicar – em leitura mais apressada – que seria viável instaurar o incidente diretamente no tribunal em qualquer caso. Contudo, interpretação fundada em método teleológico e sistemático indica que a alusão da lei (parágrafo único do art. 136) considera apenas os casos de competência originária dos tribunais; isto é, não abrange os casos de competência recursal.

O pleito de desconconsideração e a “defesa” ofertada pelo terceiro envolvem o exercício do direito de ação. Portanto, tais demandas devem ser apresentadas ao juízo originariamente competente, ainda que a causa esteja em fase recursal e, portanto, a tramitar perante tribunal. Os casos de ações de competência originária dos tribunais estão taxativamente previstos pelo ordenamento; fora daí sua competência é apenas recursal.

Eventuais dificuldades operacionais decorrentes do fato de os autos terem sido remetidos ao tribunal não devem alterar a disciplina jurídica – aqui muito relevante porque ligada ao tema do juiz natural.” (YARSHELL, Flávio. Comentários ao Capítulo VI. Do incidente da desconconsideração da personalidade jurídica. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (org.). *Comentários ao novo código de processo civil*, 2ª edição, p. 240).

Também pela possibilidade somente nos casos de competência originária, Luiz Henrique Volpe Camargo: “Nas causas de competência originária de tribunal, a ação incidental pode ser proposta diretamente na respectiva corte (art. 61), para decisão unipessoal do relator (art. 932, VI), contra a qual caberá agravo interno (art. 136, parágrafo único c/c art. 1.021, caput)” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 24 *apud* CASTRO, Roberta Dias Tarpinian. *A função cautelar do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica na fase de conhecimento*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2018).

depende o mérito do processo (o exemplo mais fácil e típico é o da ação de alimentos cujo incidente é a paternidade).

Quando observado com mais cautela, percebe-se que se trata de um processo incidental¹⁴⁷ em que se pleiteia a sujeição patrimonial de terceiro à demanda principal em razão da presença dos requisitos autorizadores de direito material como, por exemplo, a confusão patrimonial. A previsão do processo incidental visa a imprimir celeridade sem que haja o sacrifício de outras garantias, como o contraditório.

Assim, o juiz natural do processo incidental é o juiz (prevento) de 1º grau a quem o processo deve ser distribuído por dependência caso esteja em grau recursal.

Ainda que esse posicionamento pareça ir de encontro ao princípio da eficácia e economia processuais, já que obriga ao retorno do processo ao 1º grau para que se dê prosseguimento ao incidente, ao se considerar a estrutura do sistema judiciário em seu todo, deve-se admitir que o 1º grau está melhor preparado para a produção das provas pelo simples fato de ser essa a instância elegida pelo sistema como a principal para esse tipo de procedimento. Ademais, se a instauração do incidente suspende o processo, poderia perfeitamente ser processado no juízo *a quo*.

Certo é que se o legislador pretendesse que o incidente fosse cabível tanto originariamente como em 2º grau de jurisdição, mais simples teria sido suprimir o termo “originariamente” para que não pairasse dúvida.

Outro argumento favorável a essa interpretação é aquele de que a fase cognitiva não se esgota necessariamente na 2ª instância e, portanto, existe, se se seguir a literalidade da lei, a previsão de o pedido ser feito perante os tribunais superiores. Como se sabe, o incidente não será processado nesses tribunais, contudo, também não há de se vetar sua instauração.

Ademais, de modo semelhante, a desconsideração não será possível nos casos em que os tribunais superiores funcionarem como segunda instância devendo o processo

¹⁴⁷ Sobre esse aspecto, conferir CASTRO, Roberta Dias Tarpinian. *A função cautelar do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na fase de conhecimento*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2018., pp. 109 a 126.

(novo e) incidental ser processado nos tribunais estaduais e federais. Daí, por uma questão de isonomia, como não há motivo para distinção, o mesmo tratamento deve ser dado a todas as situações semelhantes em que se requer a desconsideração da personalidade jurídica quando o processo estiver em grau recursal, isto é, que esta se processe perante o juízo de primeira instância.

A garantia do juiz natural e do acesso à justiça e o tratamento isonômico são, a meu ver, argumentos fortes o suficiente para se afirmar que o inciso VI do artigo 932 refere-se tão somente aos incidentes instaurados perante o tribunal quando este tiver competência originária.

1.2.3.6. Inciso VII - determinar a intimação do Ministério Público.

O inciso VII traz um desdobramento do poder ordinatório do relator ao dispor que o relator intime o Ministério Público quando houver previsão legal, corroborando a ideia bem expressada por Alexandre Freitas Câmara¹⁴⁸, aqui já citada, de que, ao receber o processo, o relator funciona como um juiz de primeiro grau tendo o dever de mantê-lo – ou torná-lo hígido – até a data do julgamento.

Assim, nos casos em que o Ministério Público atua como parte ou como fiscal da ordem jurídica cabe ao relator determinar sua intimação a fim de afastar a incidência do art. 279, CPC^{149 150}.

¹⁴⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 387.

¹⁴⁹ “A ausência de intimação do Ministério Público para atuar na qualidade de fiscal da ordem jurídica acarreta a nulidade do processo desde então (art. 279, caput e § 1o), sendo certo que a ocorrência, ou não, de prejuízo pressupõe intimação do Ministério Público para se manifestar sobre ela (art. 279, § 2o), típica hipótese em que a lei concretiza o princípio do ‘aproveitamento dos atos processuais’”. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 208).

¹⁵⁰ Note-se, inclusive, que a jurisprudência consolidou o entendimento de que a intimação (e a manifestação) do Ministério Público em 2º grau supre a eventual nulidade da falta de intimação no juízo *a quo*: "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO NA POSSE CUMULADA COM CANCELAMENTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO NO

1.2.3.7 Inciso VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal.

Já o inciso VIII dispõe que ao relator incumbe ainda “exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal”, isto é, expressa de forma clara que o art. 932 não é exaustivo.

Embora, *in abstractu*, a interpretação desse inciso não traga maiores dificuldades, é relevante que não se descuide de observá-lo no caso concreto.

Nesse contexto, deve-se manter em mente que o regimento interno dos tribunais é um instrumento de garantia da sua independência frente aos outros poderes. Sua organização interna é, portanto, decidida pelo próprio tribunal e ainda que, a rigor, não seja uma norma processual formal, indubitavelmente nela tem reflexos.

Assim, os regimentos internos cuidam da dinâmica e organização da prestação jurisdicional *interna corporis* e, inevitavelmente, preenchem lacunas na lei processual de modo a melhor atender as necessidades dos jurisdicionados locais.

Por certo, portanto, que, a par das normas constantes do CPC, haverá diversas outras a serem observadas pelo relator no regimento de seu tribunal. A ressalva fica por conta da observação de que essas regras devem (ou deveriam) estar de acordo com o modelo constitucional do processo¹⁵¹.

PRIMEIRO GRAU. IRREGULARIDADE SANÁVEL. ARTS. 84 E 246, CPC. NULIDADE DO PROCESSO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A intervenção do Ministério Público em segundo grau de jurisdição, sem argüir nulidade nem prejuízo, supre a falta de intervenção do Parquet na primeira instância, não acarretando a nulidade do processo. II - Sem alegar violação de lei federal, nem trazer arestos paradigmas a confronto, carece o recurso especial dos pressupostos de admissibilidade previstos no art. 105, III da Constituição". (STJ, REsp 257544/RN, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 19 set. 2000).

¹⁵¹ A respeito do tema, explica Leonardo Greco: “Com isso, o chamado princípio da legalidade, na sua antiga acepção de que o Estado só pode fazer aquilo que a lei permite, em matéria de direito processual, em que pese ser este um ramo do direito público, está fortemente mitigado. Significa, também, que a autoridade da lei, como fonte de direito processual, está enfraquecida, porque muitas dessas disposições extralegais não se limitam a preencher lacunas legislativas, mas até dispõem em sentido oposto ao da própria lei, numa verdadeira usurpação da competência privativa do legislador (Constituição, art. 22, I).” (GRECO,

1.2.3.8. Parágrafo único. 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.

O parágrafo único reafirma o princípio da preferência pela resolução integral do mérito ao determinar que “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.” Esse princípio está positivado no artigo 4º do CPC/15 que, a exemplo de outros artigos, traz mais de um princípio que juntos visam a garantir o mesmo fim.

A solução integral do mérito, neste contexto, não pode ser dissociada da efetiva prestação jurisdicional que, por sua vez, compreende uma duração razoável do processo. Em outras palavras, do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional decorre o dever do Estado-juiz de prestá-la de forma integral, ou seja, enfrentando o mérito do processo sempre que possível e, ainda, oportunizando ou ativamente se desvencilhando, dentro dos limites do devido processo, de possíveis impedimentos. Ademais, não basta que o Estado-juiz conheça ou declare o direito, deve materialmente fazer com que se entregue ou, ainda, entregar o bem jurídico em tempo de essa entrega ser ainda útil.

Assim, “estando” o recurso inadmissível por motivo que possa ser corrigido, por exemplo, preparo incompleto, deve o relator oportunizar à parte essa possibilidade e somente ante a inércia da parte declarar a inadmissibilidade do recurso.

Nesse sentido, confira-se o enunciado do XVIII Fórum Permanente de Processualistas Civis, em que fica claro o princípio da preferência pela solução integral do mérito.

Enunciado 82. (art. 932, parágrafo único; art. 938, § 1º) É dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer

recurso, inclusive os excepcionais. (Grupo: Ordem dos Processos no Tribunal, Teoria Geral dos Recursos, Apelação).

Portanto, inadmitir o recurso somente após as partes terem dito a oportunidade de corrigir eventual vício é opção alinhada com a ideia de um acesso à justiça concreto, que compreende não só a possibilidade de demandar mas todo o percurso do processo e, principalmente, o seu encerramento materialmente efetivo.

Dito isso, conclui-se que o estudo do desenvolvimento histórico do papel do relator mostra que a organização da prestação jurisdicional teve que encontrar caminhos para atender às necessidades que a realidade impunha e o Direito, mais uma vez, correu atrás de justificar e interpretar essa realidade. Nesse contexto, houve um aumento das atribuições do relator e a delegação do colegiado para que o relator julgasse monocraticamente em determinadas situações. Essas previsões foram acrescentadas aos dispositivos existentes no CPC/73 e estavam espalhadas pelo Código revogado

Foi possível verificar que a evolução da sociedade reclamou alterações na entrega da prestação jurisdicional e, para operacionalizá-las, submeteu-se o CPC/73 a diversas alterações pontuais que, ao se acumularem, traziam incongruências internas que, somadas ao fato de o Código de 73 ser anterior à Constituição Federal, justificavam a elaboração de uma nova codificação processual. Nessa oportunidade, portanto, aglutinaram-se as atribuições do relator em um único artigo, o 932. Nada mais compreensível a partir do ponto de vista histórico.

Considerar a natureza dos pronunciamentos do relator é uma das perspectivas sob que se pode analisar o art. 932, CPC. Como verificado, esses pronunciamentos podem ser despachos, decisões interlocutórias e decisões de mérito. A força coercitiva desses pronunciamentos fundamenta-se no conceito de função pública que, no caso do Estado-juiz, identifica-se com o dever-poder de prestar a jurisdição.

Como já afirmado, diante da nova realidade, a doutrina e a jurisprudência encarregaram-se de repensar e redefinir os limites das atribuições do relator e, nesse passo, triunfou o entendimento de que a decisão singular era possível em razão da competência delegada ao relator pelo colegiado. Ficou sedimentado também que é a possibilidade de revisão por meio de agravo interno que garante a legitimidade dessa delegação.

Além das previsões de gestão do processo como, por exemplo, determinar a intimação do Ministério Público ou determinar que a parte sane determinado vício que impede a admissibilidade do recurso, há disposições de forte cunho decisório que merecem análise mais atenta.

A comparação do artigo 932, CPC com seus correspondentes do código revogado mostra que houve, em certos aspectos, um aprimoramento na redação legislativa. A título ilustrativo, pode se citar o fato de que palavras ambíguas que permitiam alto grau de subjetividade foram substituídas por expressões mais precisas e objetivas. Conseqüentemente, ocorreu, na lei codificada, a diminuição das hipóteses em que o relator pode decidir monocraticamente, pois a extensa lacunosidade da expressão “dominante” foi substituída pela certeza de algumas decisões colegiadas qualificadas em lei.

Como era de se esperar, após três anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015, muitas questões – teóricas e práticas – surgiram. A efetividade do acesso à justiça permanece como um objetivo a ser perseguido e, nesse contexto, cabe olhar mais de perto a concessão da tutela provisória por meio de decisão singular em 2º grau de jurisdição.

2 TUTELA PROVISÓRIA RECURSAL

Neste capítulo, primeiramente, pretende-se identificar os fundamentos e os elementos distintivos da tutela provisória de modo a definir-se um conceito.

Então, as particularidades de cada uma das espécies serão descritas a partir da análise de seus artigos específicos para, ao final, refletir-se sobre a dinâmica de concessão da tutela provisória por decisão singular do relator em segundo grau de jurisdição.

2.1. Conceito

A impossibilidade fática de se proceder à aplicação instantânea da lei ao caso concreto e, ao mesmo tempo, garantir o desenvolvimento de um processo justo e equilibrado, previamente definido pelo legislador, com todas as garantias a ele inerente é preocupação que, sem exageros, pode-se dizer, acompanha a civilização ocidental há milênios.

As *interdicta* romanas¹⁵² e algumas disposições do Livro III das Ordenações do Reino são testemunhos dessa preocupação. Além disso, entre nós, cumpre lembrar que, depois da independência, toda legislação processual teve previsão de algum tipo de medida acautelatória¹⁵³

¹⁵² LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 5ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Castro Lopes, 2016, pp.105-107.

¹⁵³ O Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850 trazia a tutela cautelar no Título VI – Dos processos preparatórios, preventivos e incidentes. No período da legislação processual estadual, tem-se que no Código de Processo Civil do Estado de São Paulo (Lei n. 2.421, de 14 de janeiro de 1930 – Código do Processo Civil e Commercial), dispunha o artigo 11 sobre medidas provisórias nos termos seguintes: “Art. 11. Poderão ser determinadas em caracter provisorio: I – Pelo juiz do lugar onde estiver o incapaz, as medidas urgentes de protecção; II – Pelo juiz da situação, as medidas conservatorias dos bens de ausentes e heranças jacentes e dos que não tiverem dono conhecido. Parágrafo único. Realizada a diligencia, serão os autos desde logo remetidos ao juiz competente”. Já o Código de Processo Civil de 1939 prescrevia, nos artigos 675 a 688, as medidas preventivas. (RUIZ, Ivan Aparecido. *Antecipação da tutela no direito processual civil brasileiro: do nascimento à maioria, mas,*

É inegável que, para aquele que tem razão, o tempo do processo, quer seja para dizer o direito, quer seja para constituí-lo ou, ainda, efetivá-lo, mostra-se preocupante, para dizer o menos.

Isso porque o lapso temporal inerente ao processo legítimo dentro do Estado Democrático de Direito acarreta um ônus àquele que tem o direito e não pode exercê-lo desde já.

Nesse sentido, a tutela provisória é um paliativo processual ante a (in)justiça do tempo do processo e, portanto, pode-se afirmar que a concessão de medida que não a definitiva visa a minimizar os efeitos da dicotomia processo-tempo.

José dos Santos Bedaque afirma acertadamente que, para se garantir o contraditório e a ampla defesa e, conseqüentemente, o direito de influenciar a decisão final, tornando o processo legítimo, são necessários um sem número de atos. “Daí a necessidade de tempo para cumprir com os postulados constitucionais do processo”.¹⁵⁴

Não há como acelerar a marcha processual a fim de se reduzir o lapso temporal entre o início do processo e a efetivação tutela jurisdicional, qualquer que seja ela e, ao mesmo tempo, realizar todos os atos imprescindíveis para que o processo seja legítimo enquanto prestação jurisdicional de um Estado Democrático de Direito. Dito de outra forma, não dá para aceitar a citação do devedor por edital porque a primeira e única tentativa por via postal foi infrutífera, não é possível deixar de realizar a perícia porque o seu objeto encontra-se em outra comarca, não se pode deixar de ouvir a testemunha enferma porque sua recuperação demorará quase um mês e, ainda assim, entender que o processo, nessas condições, esteve de acordo com o *due process*.

De outro lado, esperar indefinidamente até que as condições para a realização do ato sejam propícias para então realizá-lo e conduzir o processo sempre nessa espera

ainda, com dificuldade da sua adequada postulação e aplicação. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 376)

¹⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 444.

para que todos os atos estejam rigorosamente conforme o devido processo legal pode ser extremamente nocivo para aquele que tem razão.

Embora fosse esse último o pensamento vigente até meados do século passado, constata-se, a partir do fim da Segunda Grande Guerra, uma crescente preocupação com outros aspectos dos direitos fundamentais. Esses novos olhares, incluem, por exemplo, a efetivação desses direitos, não só no plano jurídico-formal mas, principalmente, no plano dos fatos.

Nessa toada, as discussões acerca dos mecanismos para essa realização fática do direito tornaram-se constantes nos diversos ramos da ciência jurídica, inclusive, no direito processual civil. Um dos pontos bastante discutidos foi, e continua sendo, o do acesso à justiça. O acesso à justiça efetivo pode ser encarado sob diversas perspectivas e, portanto, os mecanismos para aprimorá-lo também são vários.

A questão “tempo do processo em oposição à urgência na concessão da medida requerida” é um dos vieses possíveis e é nesse contexto que se pode pensar a tutela provisória.

Nesse sentido, muito pertinente, embora alarmante, a observação feita por Rogério Licastro Torres de Mello ao afirmar que a população em geral identifica as tutelas provisórias como meio de acesso à justiça, vez que a tutela definitiva exigirá muito tempo para se confirmar.

A dificuldade de obter-se e, sobretudo, de experimentar-se uma decisão transitada em julgado é algo a que o jurisdicionado infelizmente já se habituou, ou foi forçado a habituar-se. Com efeito, o jurisdicionado hoje acorre ao Poder Judiciário não mais com a expectativa de obter um pronunciamento jurisdicional decisório final, transitado em julgado; o jurisdicionado acostumou-se a projetar seu desejo de solução nas chamadas tutelas de urgência, inseridas no grupo das tutelas provisórias do CPC de 2015, que aos seus olhos consistem nas decisões proferidas mais rapidamente e que permitem evitar o perecimento de determinado direito que este já sob risco.

É sintomático, neste sentido, que o vocábulo liminar tenha definitivamente caído no gosto popular, sendo detido e entendido pelo leigo como algo destinado à solução célere de determinada controvérsia. E vivemos, definitivamente, a era das liminares, sendo raras as ações judiciais, ou os

recursos, nos quais não se lance mão de um pleito de prolação de decisão liminar cautelar ou satisfativa.^{155 156}

A tutela provisória é a medida apta a interferir no mundo dos fatos de modo mais rápido e eficaz. É a proteção (tutela) que é concedida assim que pedida e é executável de imediato, afastando o perigo que pairava sobre o direito.

Entretanto, para que seja legítima, deve preencher certos requisitos, devem estar presentes determinadas urgências e riscos que justifiquem interferência no curso do procedimento “ordinário”¹⁵⁷.

Primeiro, debrucemo-nos sobre o conceito de tutela, lembrando uma ideia simples, já corrente, apenas para que os fundamentos sejam comuns: tutela é proteção. O Estado, ao proibir a autotutela privada, tomou para si o dever de proteger os direitos das pessoas, solucionando, mediante ato de autoridade, os conflitos que lhe apresentam os particulares¹⁵⁸.

¹⁵⁵ MELLO, Rogério Licastro Torres de Mello. A competência para a apreciação de tutelas provisórias nos recursos. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018 p. 327.

¹⁵⁶ A título de breve esclarecimento, convém lembrar que “liminar” diz respeito ao momento em que determinada decisão é proferida; é a decisão *in limine litis*, ou seja, no início (na entrada, na soleira) da lide. A tutela provisória, portanto, pode ser ou não concedida no início do processo, ou seja, pode ser ou não uma “liminar” a depender do momento processual em que ocorra e, por esse motivo, pode-se tomar, erroneamente, um termo pelo outro. A esse respeito, confira-se BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 301-302.

¹⁵⁷ Não se ignora que o Código de Processo Civil divide os ritos em comum e especial. Todavia, a irônica expressão de Ovídio Baptista foi cunhada sob a égide do CPC/73, período em que o procedimento era dividido em ordinário e sumário, e não deve deixar de ser lembrada, pois é testemunho do desconforto dos processualistas ante a realidade da marcha processual, o lento e tortuoso processo cognitivo foi chamado por esse processualista pelo seu próprio nome com uma pitada de sarcasmo: era um processo “ordinário”.

¹⁵⁸ Explica Sergio Chiarloni: “Lo Stato si occupa di risolvere con un atto di autorità le liti che insorgono tra i privati, così come si occupa di mantenere l'ordine pubblico, prevenire e curare le malattie, migliorare le comunicazioni, assicurare l'istruzione, difendere le frontiere, promuovere il progresso tecnico ed economico e così via elencando, sul filo delle molteplici funzioni che è andato assegnandosi, nel configurarsi come Stato di diritto sociale.” (O Estado se ocupa de resolver com um ato de autoridade as lides que surgem entre os particulares assim como se ocupa de manter a ordem pública, prevenir e curar doenças, melhorar as comunicações, assegurar o ensino, defender as fronteiras, promover o progresso técnico e econômico e assim poder-se-ia ir elencando a exemplo das múltiplas funções que se impôs ao se configurar como um Estado de direito social, tradução nossa), (CHIARLONI, Sergio.

Tutela jurisdicional em sentido amplo é a consecução, por meio do processo, do direito material. Assim, o direito material tutelado é entregue, na medida do possível¹⁵⁹, àquele que tem razão. Já a tutela jurisdicional em sentido estrito é justamente a espécie, ou seja, o tipo de proteção previsto no sistema jurídico.¹⁶⁰

William Santos Ferreira reputa a confusão entre os dois sentidos do termo tutela ao seu uso indiscriminado e compara tal situação à confusão entre cura e tratamento na medicina. A tutela em sentido amplo, isto é, a proteção dada ao direito material por meio do processo corresponde à cura (solução final do litígio) ao passo que o tratamento é o procedimento previsto, que inclui diversos tipos de tutela em sentido estrito (tutela de conhecimento, executiva, de urgência).

Ao fazer o diagnóstico da doença, ou seja, ao se deparar com a crise no plano do direito material, o médico (ou o magistrado) elege o tratamento (ou procedimento) que reputa o mais adequado¹⁶¹ a fim de se alcançar a cura (solução final da lide, tutela *latu sensu*)¹⁶².

La giustizia civile e i suoi paradossi. *Annali della Storia d'Italia*, 14, Torino, 1999, p. 407).

¹⁵⁹ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni: “Mas todo cidadão tem direito à adequada tutela jurisdicional; exige-se a estruturação de procedimentos capazes de fornecer a tutela jurisdicional adequada no plano material, ou seja, requer-se a construção de procedimentos que possibilitem resultado igual ao que seria obtido se espontaneamente observados os preceitos legais” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 27).

¹⁶⁰ FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. 1999. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 1999, p. 345.

¹⁶¹ “Non esiste un unico processo che offra una unica forma di tutela per tutte le situazioni di vantaggio, ma esistono invece una pluralità di processi ed una pluralità di forme di tutela giurisdizionale; la diversità di questi processi e di queste forme di tutela, e delle loro variegate combinazioni, riflettono la diversità dei bisogni di tutela delle situazioni di vantaggio” (PISANI, Proto. Breve premessa a un corso sulla giustizia civile. *Appunti sulla giustizia civile*, pp. 11-12 *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 28)

¹⁶² FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. 1999. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 1999, p. 345.

Como já dito, o decurso de determinado lapso temporal é inerente ao processo. A tutela provisória é uma medida apta a proteger o direito que vai ser demonstrado no curso do processo e que, de outra forma, pereceria ou se tornaria inútil.

Também se presta a adiantar a satisfação do direito em face da altíssima probabilidade de sua confirmação, transferindo ao requerido o ônus da espera pelo provimento final.

A tutela provisória redistribui o ônus do decurso do tempo entre as partes do processo. O legislador achou por bem que o ônus da espera pelo desenvolvimento do processo devido fosse suportado pelo autor, que deve esperar até a decisão final para ver seu direito decretado/realizado. Todavia, o mesmo legislador, sensível aos diversos fatores endo e exoprocessuais que retardam a decisão final, autoriza o magistrado, no caso concreto, a redistribuir de maneira mais equânime esse ônus por meio da tutela provisória de modo a minimizar as sequelas do “dano marginal do processo”¹⁶³

A tutela provisória, nesse sentido, protege o próprio direito de acesso à justiça integral¹⁶⁴.

¹⁶³ Explicam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “A expressão “danno marginale” é de Enrico Finzi, cunhada em comentário à decisão de 31 de janeiro de 1925 da Corte de Apelação de Florença, ‘Questioni controverse in tema di secuzione provvisoria’, publicado na Rivista di Diritto Processuale Civile, p. 50, sempre lembrada pela doutrina a propósito da tardança do processo e de seus efeitos na esfera jurídica do demandante que tem razão em seu pleito Piero Calamandrei, Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, p. 18; Italo Andolina, “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 17; Andrea Proto Pisani, “Appunti sulla tutela cautelare”, Rivista di Diritto Civile, p. 111; Lezioni di Diritto Processuale Civile, p. 593” (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2*. 3^o edição em e-book baseada na 3^o edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 16).

¹⁶⁴ Daniel Mitidiero não deixou de notar o risco advindo da antecipação da tutela e sobre ele ensina: “Obviamente, todo juízo de cognição sumária importa *assunção de riscos*. A lógica da técnica antecipatória está na assunção do risco em favor do direito provável em detrimento do direito improvável. *Um sistema processual civil sem previsão técnica antecipatória é um sistema indiferente à igualdade no processo, porque invariavelmente coloca sob as costas do autor todo o peso que o tempo nele representa. É um sistema que trata de forma igual situações desiguais – direito provável e direito improvável – e isso certamente pode ser tudo como violador do direito ao processo justo.* (MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo, 197, pp. 27 – 66, jun. 2011, p. 49).

Assim, importante a lição de Teori Albino Zavascki quando afirma que as tutelas antecipada e cautelar comungam do mesmo objetivo e função constitucionais na medida em que são ferramentas que se prestam a possibilitar a convivência dos direitos fundamentais de segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. Acrescenta ainda que sua legitimação constitucional advém justamente dessa função.¹⁶⁵

Dando seguimento, cumpre notar, ainda, que não é só a passagem regular do tempo que corrói o direito. A demora patológica também o faz e, sem dúvida, de maneira mais nociva. Nesses casos, a adoção da medida provisória visa a proteger a utilidade do resultado do processo que decorre da demora não natural, provocada pelo requerido. “Por tudo isso, parece lícito concluir que a tutela provisória, ainda que não vinculada a perigo específico e concreto, visa sempre a resguardar a efetividade do processo.”¹⁶⁶

Luiz Guilherme Marinoni, entre outros, deixa bem claro que “postura passiva” já faz parte do passado. Essa passividade diz respeito a vários aspectos relacionados ao processo civil. Diz respeito, por exemplo, ao Estado-juiz, pois o magistrado não é mais simples boca da lei, um burocrata togado. O Estado-juiz é consciente da disparidade entre os litigantes e da falácia da isonomia formal entre eles.¹⁶⁷ O Estado-juiz contemporâneo, no intuito de promover a isonomia real entre os litigantes e o acesso integral à justiça, é chamado a atuar no processo como verdadeiro orquestrador do processo civil, harmonizando e neutralizando os diversos fatores que interferem ou podem vir a interferir na retitude da decisão. Nesse contexto, ocorre uma releitura do processo civil, que passa a ser entendido como instrumento para a realização do Estado democrático de Direito. “Postura passiva” diz respeito também ao legislador, que, no Estado mínimo, deveria interferir apenas o estritamente necessário na atividade dos particulares e, agora, é chamado a agir de modo a balancear as relações sociais e concretizar o Estado de bem-estar social. Diz respeito, ainda, ao próprio processualista

¹⁶⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, São Paulo, vol.82, p. 53 – 69, abr./jun.1996, p. 59.

¹⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 446.

¹⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, pp. 7-9.

que é instado a usar toda a técnica para colaborar na busca de soluções criativas, práticas, aplicáveis e, principalmente, legítimas¹⁶⁸.

É essa postura ativa que permite, portanto, ao juiz conceder a tutela provisória face à manifesta atitude protelatória do réu.

Assim, tem-se que a tutela provisória presta-se a proteger o direito daquele que aparentemente tem razão, mas deve esperar o provimento final. Frise-se que é o procedimento comum que tem aptidão para formar o provimento final com todas as garantias e direitos inerentes ao devido processo legal. Esse provimento final é reflexo da convicção do magistrado e se forma a partir, principalmente, do contraditório exercido pelas partes em relação aos atos processuais. Só assim, com a cognição exauriente, a decisão final e imutável é legítima. Durante o processo, pode haver decisões provisórias¹⁶⁹, ou seja, decisões que serão efetivas até que sobrevenha a decisão final¹⁷⁰.

Em outras palavras, a ideia de provisoriedade se contrapõe ao conceito de definitividade do provimento judicial e é traço distintivo das tutelas de urgência cautelares ou antecipadas e da tutela de evidência, pois todas essas medidas concedidas em caráter provisório serão (ou tendem a ser) substituídas por outras de cunho definitivo¹⁷¹.

¹⁶⁸ Nesse sentido, criticou Luiz Guilherme Marinoni: “A pouca sensibilidade para a necessidade de adequação do processo ao direito material e o fascínio que o procedimento comum sempre despertou nos processualistas permitiram o surgimento de lacunas no sistema processual de tutelas de direitos. É oportuno lembrar que, em determinada época, a instrumentalidade do processo foi confundida com a sua neutralidade em relação ao direito material; seria necessária apenas uma espécie de procedimento, e esse, acreditou-se, teria aptidão para propiciar tutela adequada às diversas situações de direito material.” MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 28.

¹⁶⁹ Por cautela, usamos essa nota para deixar explícito que, por certo, não nos referimos às decisões parciais de mérito, que são decisões finais, fundadas em cognição exauriente, embora prolatadas em algum momento intermediário na linha do tempo processual.

¹⁷⁰ “[...] provimento de caráter definitivo é somente aquele precedido de contraditório e ampla defesa, com aptidão para se tornar imutável, consolidando a situação jurídica pretendida pelo autor” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 321).

¹⁷¹ Utilizamos o vocábulo “substituir” em sentido amplo, pois na realidade, a decisão definitiva pode substituir, reformar ou anular a decisão provisória.

Teori Albino Zavascki explica que o conceito de provisoriedade deve ser considerado tanto em relação ao tempo quanto no que diz respeito à precariedade¹⁷². A tutela provisória é temporária porque sua eficácia é limitada no tempo. E é precária pois pode ser modificada a qualquer tempo já que não revestida da imutabilidade característica da coisa julgada.

A decisão provisória é lastreada em indícios que o requerente traz a juízo para convencimento do magistrado. Essa cognição não é tão aprofundada quanto aquela que se espera ao fim da fase de conhecimento em que o juiz exaustivamente analisou os autos e avaliou as provas. Portanto, nos casos da tutela provisória, fala-se em juízo de probabilidade, fundada em uma cognição sumária, ao passo que o juízo da tutela definitiva é de certeza, lastreada em cognição exauriente.

Há dois planos a serem considerados no que tange à cognição; o plano horizontal, que é delimitado pelos elementos objetivos do processo (pressupostos processuais, condições da ação e mérito) – nesses casos, a cognição pode ser plena ou, de outro modo, parcial (limitada) –. e o plano vertical, que diz respeito ao seu grau de completude – falando-se, portanto, em cognição exauriente em oposição à cognição sumária.¹⁷³

À cognição sumária estão relacionados os conceitos de verossimilhança, fumaça do bom direito e probabilidade e, conquanto não sejam sinônimos, são todos opostos, em maior ou menor grau, à ideia de certeza. Nesse momento, cabe apenas estabelecer que o juízo de probabilidade requer prova segura e idônea e não tão somente mera alegação da parte. Mais adiante, trataremos com mais vagar dessa questão posto que

¹⁷² “Ao contrário da tutela-padrão a que antes se fez referência, que tem a marca da definitividade, assim considerada pela sua imutabilidade jurídica (coisa julgada), a tutela especial ora em exame é concedida em caráter precário e com a condição de vigorar por prazo determinado. É, pois, tutela provisória, entendida a provisoriedade em seu sentido amplo, para compreender temporariedade e a precariedade. É provisória porque temporária, isto é, com eficácia necessariamente limitada no tempo. E é provisória porque precária, já que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, não estando sujeita à imutabilidade própria da coisa julgada.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 7ª edição. Saraiva, p. 34.)

¹⁷³ A lição de Kazuo Watanabe é referência, como bem lembram João Batista Lopes (LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, São Paulo: Editora Castro Lopes, 2016, p. 88) e Daniel Mitidiero (MITIDIÉRO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 95).

guarda relação com as alterações dos requisitos para a concessão da tutela de urgência cautelar e antecipada.

No que toca à possibilidade de concessão da tutela provisória em grau recursal e o juízo de probabilidade, bem nota Daniel Mitidiero que, conquanto a tutela provisória seja comumente relacionada à cognição sumária, isso não significa dizer que não seja possível concedê-la em sede recursal, momento em que a causa já está madura para julgamento. O que ocorre, nesses casos, é que a tutela provisória é lastreada no juízo de probabilidade mediante cognição exauriente não definitiva¹⁷⁴.

William Santos Ferreira complementa essa ideia ao tratar especificamente da antecipação de tutela. Esse processualista explica que, em sede recursal, não se avalia a probabilidade do mérito da causa e sim a probabilidade de provimento do mérito recursal¹⁷⁵.

A tutela provisória, nesses casos, guarda relação com o efeito devolutivo na medida em que é nos limites da matéria devolvida que o tribunal aferirá a probabilidade de sucesso do recurso. Para que não haja dúvidas, William Santos Ferreira afirma que a probabilidade diz respeito ao futuro e não ao que já foi.

Teori Zavascki afirma que “estar o processo na sua fase recursal não é empecilho a tal pretensão [antecipação da tutela].”¹⁷⁶ Na antecipação da tutela, adiantam-se os atos executivos da tutela definitiva e não a sentença em si. O autor argumenta, portanto, que,

¹⁷⁴ “O juízo de probabilidade será fundado não em cognição sumária, já que aí o contraditório já terá se formado e a prova já estará colhida, mas em cognição exauriente, que só não será definitiva pela necessidade de prosseguimento do processo rumo ao trânsito em julgado. Nesse caso, a cognição do juiz é que é *prima facie*, sendo exercida em face de elementos já conhecidos e debatidos pelas partes. A probabilidade será ditada não tanto pela situação dos autos em termos de contraditório e prova das alegações mas pela urgência na tutela do direito, que determinará cognição *prima facie* em relação ao caso apresentado em juízo.” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 96 e 97).

¹⁷⁵ “Em síntese, se já há decisão de primeira instância não há quanto a esta que se falar em probabilidade, o que será aferido no pedido de tutela antecipada no âmbito recursal é a probabilidade de sucesso do recurso interposto, até porque provável é o que se antevê do futuro e não do que já ocorreu, que é passado.” (FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. 1999. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 1999, p.356).

¹⁷⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 7ª edição. Saraiva, 2009 p. 144.

estando presentes os requisitos, indeferir a medida sob o fundamento de que já há uma decisão de 1ª instância é “ilógico e contrário ao sistema”¹⁷⁷ e agir dessa forma é ir de encontro à efetividade da jurisdição que é um dos propósitos da própria tutela antecipada.

Isso dito, conclui-se, portanto, que tutela provisória é a técnica processual que consiste na prolação de decisão não definitiva, fundada em juízo de probabilidade que visa a proteger o direito fundamental de acesso integral à justiça, quer seja assegurando ou autorizando a satisfação do direito discutido em juízo até que sobrevenha decisão final que a confirme, reforme ou casse.

2.2. Espécies

2.2.1. Considerações iniciais

De acordo com o Livro V do Código de Processo Civil¹⁷⁸, a tutela provisória tem duas espécies: a tutela de urgência e tutela da evidência. A tutela de urgência, por sua vez, pode ser cautelar ou antecipada.

¹⁷⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 7ª edição. Saraiva, 2009 p. 144.

¹⁷⁸ Não custa anotar que o projeto original do Senado (Projeto de Lei do Senado n. 166/2010), propunha a “tutelas de urgência e tutela da evidência” (Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar.) ao passo que o projeto da Câmara (Projeto de Lei da Câmara n. 8.046/ 2010) trazia somente a “tutela antecipada” (Art. 295. A tutela antecipada, de natureza satisfativa ou cautelar, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Parágrafo único. A tutela antecipada pode fundamentar-se em urgência ou evidência.)

Sobre esse aspecto, cabe lembrar a advertência de Cassio Scarpinella Bueno: “Deixo de lado, aqui, preocupação importante, verdadeiramente fundamental, sobre a redação do precitado caput do art. 300 do CPC de 2015. É que ela, tal qual foi promulgada, só apareceu quando findo o processo legislativo. Ela não encontra correspondência no Projeto aprovado pelo Senado Federal em dezembro de 2010¹⁷ e, tampouco, no Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados em março de 2014¹⁸. Assim sendo, não há espaço para duvidar, que ela, mormente se sua modificação deu-se com o fito de criar regra jurídica nova, para distinguir duas espécies de perigo para determinados fins — e é sobre isto que se volta este trabalho —, não poderia ter ocorrido sem ofender os limites que o parágrafo único do art. 65 da Constituição brasileira impõe ao processo a ser observado pelo Poder Legislativo na produção das leis, que conta, em sua reta final, com a sanção e a promulgação presidencial ou, o contrário disso, com o veto.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *A tutela provisória de urgência*

A tentativa de agrupar as tutelas não-definitivas na parte geral do CPC/15 é, a nosso ver, muito salutar pois tende a dar coerência e segurança ao sistema. Rogério Licastro Torres de Mello lembra que, sob a égide do CPC/73, era necessário um esforço interpretativo para que se extraísse um microsistema processual das tutelas de urgência formado por normas que versavam sobre o processo cautelar e tutela antecipada^{179 180}.

do CPC de 2015 na perspectiva dos diferentes tipos de periculum in mora de Calamandrei. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 269, p. 271 – 290, jul. 2017, p. 274.)

¹⁷⁹ MELLO, Rogério Licastro Torres de. A competência para a apreciação de tutelas provisórias nos recursos. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 329.

¹⁸⁰ De outro modo, não se pode deixar de mencionar que há autores que criticam a escolha legislativa do Livro V. Eduardo José da Fonseca Costa entende que “O Livro V não poderia haver recebido nome pior: “Da tutela provisória”. Afinal, ele não delimita o objeto de que trata. Nele se estabelecem as regras sobre a tutela de urgência cautelar, a tutela de urgência satisfativa e a tutela de evidência (pura). Entretanto, nem todas elas são provisórias. Não se pode confundir “provisório” com “temporário”. Temporária é a providência que não é concedida para ser substituída por sentença definitiva (p. ex., caução de dano infecto); em contraposição, provisória é a providência que há de ser substituída por sentença definitiva (p. ex., tutela de urgência satisfativa) (cf. SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 73). As tutelas satisfativas de urgência e de evidência são provisórias, porquanto a partir delas a relação processual civil continua e elas tendem a ser sucedidas por uma sentença definitiva. Contudo, como se verá melhor adiante, a tutela de urgência cautelar é temporária, já que, em razão de sua autonomia, é eficaz enquanto é útil.

Além disso, eventualmente, pode haver tutela satisfativa de urgência ou evidência que seja definitiva. Saber se uma tutela antecipada é provisória implica saber se a realização prática da pretensão de direito material objeto do litígio é reversível no plano fático. Só isso. Pouco importa, para que aconteça a satisfação, que o juiz “diga o direito” a título definitivo: quem satisfaz sob cognição exauriente, satisfaz “dizendo o direito” sob juízo de aparência; quem satisfaz sob cognição sumária, satisfaz “direito o direito” sob juízo de certeza. Apreciação definitiva do mérito da causa e satisfação da pretensão de direito material objeto do litígio não são fenômenos necessariamente coexistentes, pois. Por isso, quanto maior o grau de irreversibilidade, tanto maior a definitividade da satisfação (ex.: liminar demolitória).

Por fim, se “tutela provisória” é gênero, então o Livro V não traz todas as suas espécies. Afinal de contas, nem toda tutela provisória é tutela de urgência ou de evidência. Tome-se o exemplo do “cumprimento provisório da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa” (arts. 520 a 522): trata-se de adiantamento ou antecipação resolúvel de eficácia executiva, por meio do qual se busca abreviar o processo e coarctar a chicana, especialmente do devedor que, para protelar a satisfação do crédito exequendo, tenta aproveitar-se da suspensividade de do recurso interposto da decisão de improcedência da impugnação.” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 294 a 311. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 398)

A nosso ver, parte da crítica se sustenta na medida em que há realmente providências que, a depender da postura do réu, podem se tornar definitivas e outras que assim o são por

Não obstante a disposição geral do Livro V, CPC, certo é que há outras normas que tratam do decisões não definitivas que visam a proteger o direito discutido em juízo de dano irreparável ou permitir desde logo que esse direito seja exercido.

Uma hipótese trazida pela norma ocorre quando, a fim de se aguardar o pronunciamento do Tribunal, o legislador define que a sentença não será eficaz desde sua prolação, postergando-se a execução da decisão de 1º grau e mantendo-se a situação das partes como está até que sobrevenha a decisão do recurso. Dito de outra forma, o efeito suspensivo decorrente de lei (*ope legis*) evita o início da execução da decisão por um determinado período preestabelecido, ou seja, o efeito suspensivo é provisório e se extingue com a prolação da decisão do Tribunal.

De modo análogo, há previsão de o magistrado conceder o efeito suspensivo ao recurso que não o tenha (efeito suspensivo *ope judicis*), caso entenda presentes os requisitos a fim de que se adiantem os efeitos práticos decorrentes do provimento do recurso. Seja como for, essa decisão também é provisória e será substituída pela decisão definitiva do Tribunal.

Percebe-se, portanto, que, em grau recursal, a concessão do efeito suspensivo é uma técnica voltada para a satisfação ou acautelamento provisório de um direito, isto é, é uma espécie de tutela provisória.

Embora haja outros exemplos de provimentos provisórios no CPC, como é o caso das ações possessórias de menos ano e dia, este trabalho ocupa-se somente da análise das espécies de tutela provisória gerais trazidas pelo CPC, incluindo-se aí, a concessão do efeito suspensivo.

natureza, em função de sua irreversibilidade, como o caso de uma cirurgia ou da proibição/autorização para a realização de um evento. Contudo, ainda que seja idealmente preferível a concentração de todas as espécies de determinado gênero sob o mesmo título em um único diploma legal, inegável que tal pretensão seja resquício de um frenesi codificador que se sabe impossível.

2.2.2. Tutelas de urgência

As tutelas antecipada e cautelar aparecem no Livro V como espécie da tutela de urgência a teor do parágrafo único do artigo 294¹⁸¹ e os requisitos para a sua concessão são a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (artigo 300, CPC).

A probabilidade do direito, nos dizeres de Daniel Mitidiero, é conceito que define o “grau de aproximação à verdade”¹⁸² de determinado postulado. O juízo de probabilidade

¹⁸¹ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

¹⁸² Quanto à busca da verdade no processo, Michele Taruffo lembra que a verdade absoluta, conquanto inalcançável, deve ser a bússola se se busca a decisão justa: “Si può dire che l'accertamento della verità dei fatti nella controversia specifica è una condizione necessaria di giustizia della decisione.

[...]

Sono convinto che siano i fatti dei singoli casi a condizionare la interpretazione della norma che viene applicata, la decisione giudiziale non nasce dalla norma come punto di partenza, nasce dai fatti.

Non c'è dubbio che l'elemento determinante, non l'unico, ma l'elemento determinante sia il fatto. E quindi l'accertamento della verità dei fatti non possa che essere una delle finalità fondamentali dell'amministrazione della giustizia. Come diceva Gerhard Frank anni fa: non c'è nessuna decisione giusta che se fondi sui fatti sbagliati

[...]

La verità assoluta è un ideale di riferimento.

Un esempio banalissimo: io viaggio molto ma credo che non arriverò mai al polo nord anche perché non me ne frega niente ma, in ogni caso, ma me serve sapere che esiste il polo nord e sapere dov'è. Perché me serve sapere se sto viaggiando verso nord, o verso sud, o verso est, o verso ovest. Se io non avessi il polo nord come ideale regolativo, dicono i filosofi, non saprei semplicemente cosa fare.

[...] Ora nel processo è vero che non arriviamo al polo nord, però è anche vero che dobbiamo almeno immaginare dov'è il polo nord dell'accertamento dei fatti perché dobbiamo indirizzare in quella direzione l'attività probatoria.

[...]

Quindi la verità, come ideale regolativo, non come obiettivo concreto, ma come bussola per indicare la direzione di ciò che se fa rispetto i fatti è una cosa importante anche nel campo del processo.

[...]

Secondo me, la cosa più saggia è quella di tornare alla concezione aristotelica della verità che è quella che i logici moderni e degli epistemologi accettano e ciò è una affermazione è vera se corrisponde alla realtà che descrive.

Para esse autor, a valoração da prova, quando se almeja à uma decisão justa, não pode ser pautada na eleição da narrativa mais coerente, com se se tratasse de um romance, ou na

se faz por meio da análise dos elementos probatórios trazidos aos autos pelas partes. Daniel Mitidiero afirma que no direito utiliza-se a probabilidade lógica, que consiste em confrontar os diversos elementos probatórios disponíveis nos autos a fim de se delinear a verdade mais corroborada e menos refutada por esse conjunto probatório. “Muito resumidamente, para que uma assertiva seja provável, ela deve ser suportada e não desmentida pelas provas disponíveis nos autos.”¹⁸³

Desnecessário dizer o meio de prova deve ser idôneo, não sendo a mera alegação suficiente para ensejar a concessão da medida provisória de urgência.¹⁸⁴

noção de que o consenso corresponde à verdade (e, nesse ponto, Michele Taruffo dá o exemplo do consenso sobre o sistema solar ptolomaico que foi, mais tarde, contestado por Copérnico e Galileu) e nem no silogismo premissa maior, premissa menor. Deve sim partir da análise dos fatos e, por inferência, confirmar (ainda que parcialmente) a hipótese. A sim chegasse à verdade mais provável, ou seja, mais direcionada *al nord*. (TARUFFO, Michele. *Processo e verdade In: Jornadas de Direito Processual*, 10, 2014, Campos do Jordão, min 22:00 a 25:00, 28:00 a 29:45 e 40:50). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=F4Fuly7BRZA&feature=youtu.be>. Acesso em: 09 mar.2019.

¹⁸³ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. [Entrevista]. *Carta Forense*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/antecipacao-da-tutela/10368>. Acesso em: 04 jan. 2019.

¹⁸⁴ A título ilustrativo, confira-se o excerto do agravo de instrumento: “No caso vertente, pelo que se depreende da leitura dos autos, os argumentos lançados na peça inicial e os documentos juntados pelo autor não possibilitam, por si só, em sede de cognição sumária, a formação de um juízo favorável ao pleito formulado pela agravante em sede de tutela provisória. Não existem elementos nos autos ao convencimento deste relator, a fim de viabilizar a aferição de inexistência do contrato pela mera alegação de que o agravante foi embriagado para assinar o distrato do arrendamento, sobretudo porque as alegações do agravante, por ora, não convencem, e são contraditórias, na medida em que se estava procurando um subarrendador para o contrato que firmara, que pagaria o restante do arrendamento e devolveria ao agravante as 5.100 sacas de soja já pagas antecipadamente por quê então o agravante deu continuidade ao preparo para o plantio?
[...]

Cabe ressaltar que, para fins de concessão da tutela antecipada, o julgador deve se convencer da verossimilhança da alegação que sinalize a probabilidade de que a parte postulante venha a ter seu direito reconhecido quando da decisão final, ainda que não tenha certeza sobre o direito deduzido em juízo. Contudo, não se vislumbra plausibilidade do direito nas alegações da parte requerente. Destarte, diante do não atendimento dos requisitos imprescindíveis à concessão da medida antecipatória, impositiva a manutenção da decisão proferida pelo magistrado a quo, uma vez que ausente, pelo menos neste momento processual, a verossimilhança das alegações, o desprovimento do recurso é medida que se impõe. Ante o exposto, conheço e nego provimento ao presente recurso de agravo de instrumento, mantendo intacta a decisão agravada.” (TJ/MS, Agravo de instrumento n. 1412582-81.2016.8.12.0000, Desembargador-relator Amaury da Silva Kuklinski, julgado em 21 fev.2018).

Assim, ensina Arlete Inês Aurelli:

Não bastam, assim, meras alegações sem qualquer comprovação. É preciso ter provas robustas do quanto alegado. Se o requerente da medida não tiver prova documental que demonstre a probabilidade do direito existir, poderá requerer audiência de justificação para produzir provas orais.¹⁸⁵

O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo são hipóteses do que a doutrina denomina perigo na demora¹⁸⁶ (*periculum in mora*). Esse conceito compreende

E, também, “Não verifico presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada recursal, no presente caso.

A uma, porque a agravante não juntou a estes autos nenhuma comprovação de que aguardava uma reconsideração por parte da seguradora, como alega em suas razões de agravo, para justificar a demora no manejo desta ação.

A duas, porque a antecipação de tutela somente é de ser concedida mediante comprovação inconcussa da plausibilidade dos argumentos da requerente, o que não se observa no presente caso. A mera alegação de falta de aferição no aparelho de detecção etílica não é o bastante para afastar as cláusulas excludentes de cobertura do seguro, tampouco para que seja determinado judicialmente o pagamento da indenização securitária, máxime em antecipação de tutela, *inaudita altera pars*” (TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 0012279-38.2011.8.26.0000, Desembargador-relator Vanderci Álvares, julgado em 11 mai.2011).

¹⁸⁵ AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? SCARPINELLA BUENO, Cassio; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018 p. 66.

¹⁸⁶ A doutrina brasileira muito deve às reflexões de Piero Calamandrei sobre o tema. Ao lecionarem sobre o perigo na demora, muitos processualistas apontam como espécies suas o perigo de infrutuosidade e perigo na tardança, em tradução direta dos conceitos *pericolo di infruttuosità* e *pericolo di tardività*, respectivamente. O primeiro relaciona-se com o risco de o processo, ao final, ser infrutífero, ou seja, não ser possível executar/ satisfazer o direito e a solução seria, portanto, a adoção de medidas que salvaguardem esse direito para o futuro. O segundo trata do risco na tardança, ou seja, a concretização tardia (ainda que no tempo regular do processo, mas tarde demais para o mundo dos fatos) pode tornar a satisfação do direito inócua, sendo necessário que a satisfação (ou, em realidade, a antecipação de alguns dos efeitos do direito pleiteado) ocorra desde logo.

Cassio Scarpinella Bueno sintentiza: “De acordo com o grande processualista italiano, nas cautelares por ele classificadas nos grupos designados pelas letras a (“provvedimenti istruttori anticipati”), b (“provvedimenti volti ad assicurare la esecuzione forzata”) e d (“cauzioni processuali”), o provimento não tem como objetivo a aceleração da satisfação do direito controvertido “ma soltanto ad apprestare in anticipo mezzi atti a far sì che l’accertamento (sub a) o l’esecuzione forzata (sub b, d) di quel diritto, avvengano, quando la lentezza del processo ordinario lo consentirà, in condizioni praticamente più favorevoli: ciò che è urgente, in altre parole, non è la sodisfazione del diritto, ma la assicurazione preventiva dei mezzi atti a far sì che il provvedimento principale, quando verrà, sai giusto e praticamente efficace”.

Diferentemente, nas cautelares classificadas sob a letra c (“anticipazione di provvedimenti decisorii”), “... il provvedimento interinale mira ad accelerare in via provvisoria la sodisfazione del diritto perchè il periculum in mora è costituito no dal temuto venir meno dei mezzi occorrenti

aquelas situações em que, se não houver um pronunciamento judicial que determine um ato comissivo ou omissivo imediato de uma das partes, há grandes chances de não ser mais possível a concretização do direito de acesso à justiça quando da prolação da decisão definitiva.

Conquanto sejam inúmeras as situações que exemplifiquem o perigo na demora, é possível dividi-las em dois grandes grupos, considerando-se a finalidade do provimento judicial prolatado.

O provimento pode visar a assegurar a futura realização do direito material *sub judice*, ou seja, assegurar o acesso efetivo à justiça e, em tal desiderato, o magistrado pode, por exemplo, determinar o arresto de determinado bem para garantir que haja patrimônio para a futura execução. É o que Ovídio Baptista chamou de segurança para a execução¹⁸⁷. O que se verifica é uma situação em que uma providência que mantenha/resgare determinado elemento é necessária a fim de garantir sua disponibilidade futura. É o caso, por exemplo, da prova antecipada e da busca e apreensão de menores.

per la formazione o per la esecuzione del provvedimento principale sul merito, ma proprio dal protrarsi, nelle more del processo ordinario, dello stato di insoddisfazione del diritto, di cui si contende nel giudizio di merito”³. Nestes casos, acrescenta, o provimento cautelar, diferentemente do que se dá com relação aos outros três grupos, “cade diretamente sul rapporto sostanziale controverso”, e por isso afirma se tratar de verdadeiro “accertamento interinale di merito”.

Parece ser correto correlacionar, buscando fidelidade à doutrina de Calamandrei, o perigo de infrutuosidade com a criação de meios que visam salvaguardar a execução (ou, mais amplamente, a satisfação) futura. O perigo de tardivité, por sua vez, guarda relação com a execução (ou a satisfação) imediata.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. A tutela provisória de urgência do CPC de 2015 na perspectiva dos diferentes tipos de periculum in mora de Calamandrei. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 269, p. 271 – 290, jul. 2017, pp. 271 e 272).

¹⁸⁷ Ou na atualização de Cassio Scarpinella Bueno: “Nessa perspectiva, a tônica distintiva, destarte, parece (ainda e pertinentemente) recair na aptidão de a tutela provisória poder satisfazer ou apenas assegurar o direito (material) do requerente. Satisfazendo-o, é antecipada; assegurando-o, é cautelar. Trata-se, neste sentido, da lição imorredoura de Pontes de Miranda, cultuada e divulgada por Ovídio Baptista da Silva: execução para segurança e segurança para execução, respectivamente, ou, na linguagem do CPC de 2015, “cumprimento (de decisões veiculadoras de tutela jurisdicional) para segurança e segurança para o cumprimento (de decisões veiculadoras de tutela jurisdicional).” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 259).

De outro lado, a urgência pode ser de natureza tal que se não houver a efetiva satisfação do direito, ainda que de forma provisória, sua satisfação futura será simplesmente inócua, desnecessária, dispensável. É o que ocorre nos casos que envolvem negativa de cobertura de determinada cirurgia: se o paciente não for submetido à cirurgia imediatamente, morrerá e não terá qualquer serventia saber quem tinha ou não o direito adiante (claro que a reparação pecuniária ainda é possível ...).

Em relação aos casos em que ocorre a chamada antecipação da tutela, prudente notar que a doutrina é unânime¹⁸⁸ em esclarecer possível mal-entendido que a expressão possa gerar. Isso porque antecipação da tutela se entendida da forma literal significa que o pronunciamento final é concedido prematuramente, ou seja, antes do tempo.

Todavia, o que ocorre é que alguns efeitos do provimento final são concedidos imediatamente mediante a verificação de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e a presença do perigo na demora para que esse direito não se torne absolutamente inútil.

Frise-se, portanto, que não ocorre a entrega da tutela final, e sim o adiantamento de alguns efeitos desta.

Imaginemos a seguinte situação: empresa A requer um empréstimo bancário a fim de adquirir maquinário novo e cumprir prazos assumidos perante clientes. É surpreendida pela resposta negativa do banco em virtude de um apontamento em seu nome no cadastro de proteção ao crédito. Descobre, então, que a empresa B protestou indevidamente determinado título.

A inexistência do débito será demonstrada no decorrer do processo e só será declarada ao final e, conseqüentemente, os efeitos dessa declaração como, por exemplo, a sustação do protesto e a obrigação indenizar, só se concretizam também após a sentença.

¹⁸⁸ Sobre o assunto, João Batista Lopes resumiu: “Relativamente aos limites da antecipação, prevaleceu a tese de que eles só abrangem os efeitos práticos do provimento pretendido, não assim os jurídicos.” (LOPES, João Batista. *A prova na tutela antecipada*. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 212).

Entretanto, diante da probabilidade do direito e perigo na demora, é possível a determinação para que haja a sustação imediata do protesto e, de acordo com o nosso exemplo, seja possível o empréstimo bancário. Isso ocorre porque se essa determinação vier em seu tempo regular, isto é, ao fim do processo, pode não ter mais utilidade e o dano (não conseguir cumprir as obrigações perante seus clientes) já terá se concretizado.

Por isso, um dos efeitos da sentença, ou seja, a sustação do protesto é adiantado. Note-se que, neste caso, antecipa-se somente um dos efeitos, não se cogitando, por exemplo, em adiantar a obrigação de indenizar.

Assim, tem-se que a tutela de urgência antecipada caracteriza-se pela possibilidade de se adiantar alguns dos efeitos da tutela pretendida, caso contrário, a tutela pode se tornar inútil porque o risco se concretizou ou o direito pereceu¹⁸⁹.

Portanto, há casos em que a natureza da medida será acautelatória, ou seja, preservará o direito sem que a parte interessada frua dele desde já; e há casos em que,

¹⁸⁹ O exemplo serve a ilustrar o adiantamento de uma situação (efeito) que, em hipótese, só se concretiza com a tutela definitiva. Todavia, cumpre esclarecer que nesse, como em muitos outros casos, a depender da perspectiva que se adote, não é possível definir com clareza se se trata de uma medida cautelar ou satisfativa. Nesse sentido, ensina José Roberto dos Santos Bedaque: "Também o pedido de sustação de protesto, que tem nítido caráter antecipatório de efeitos do futuro provimento sobre a invalidade de cambial, pode ser pleiteado de forma autônoma, pois muitas vezes a parte interessada ainda não possui todos os elementos necessários para a propositura da demanda principal". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: RT, 1998, p. 291).

A Ministra Nancy Andrichi discorreu sobre a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada no REsp n. 627.759/ MG, cuja ementa transcreve-se: "Processual civil. Recurso especial. Cautelar de sustação de protesto. Efetivação do protesto. Suspensão dos seus efeitos. Possibilidade. Poder geral de cautela e fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. - O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere poder ao juiz para deferir providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela. - Segundo o entendimento do STJ: (i) é possível a suspensão dos efeitos dos protestos quando há discussão judicial do débito; (ii) a decisão cautelar de sustação de protesto de título insere-se no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC; e (iii) a sustação de protesto se justifica quando as circunstâncias de fato recomendam a proteção do direito do devedor diante de possível dano irreparável, da presença da aparência do bom direito e quando houver a prestação de contra-cautela.- De acordo com o poder geral de cautela e o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela, o perigo de dano pode ser evitado com a substituição da sustação do protesto pela suspensão dos seus efeitos, se o protesto já tiver sido lavrado na pendência da discussão judicial do débito. (REsp n. 627.759/ MG, Ministra-relatora Nancy Andrichi, julgado em 25 abr. 2006).

pela natureza do direito, a parte deve dele desde logo fruir, ou seja, satisfazer o direito, para que, em face da demora na decisão final, não perca sua utilidade¹⁹⁰.

Alexandre Freitas Câmara ensina que “a tutela de urgência pode ser cautelar ou satisfativa (esta também conhecida como tutela antecipada de urgência), nos termos do que dispõe o art. 294, parágrafo único.” A seu ver, a tutela cautelar é a “tutela de urgência do processo” pois sua vocação é assegurar o resultado útil do processo sempre que uma situação perigosa represente risco à efetividade do provimento final. Daí depreende-se que a tutela provisória cautelar é uma tutela de urgência não satisfativa do direito, “destinada a proteger a capacidade do processo de produzir resultados úteis”. De outro lado, a tutela de urgência satisfativa também chamada de tutela antecipada de urgência visa a permitir imediatamente a realização prática do direito *sub judice* e, por isso, presta-se àquelas situações em que haja risco, em razão da demora, para o próprio direito material¹⁹¹.

Nesse contexto, as medidas acautelatórias não guardam relação com a tutela final pretendida na medida em que o juiz no caso concreto determinará a providência necessária e apta a afastar o perigo que paira sobre o direito e que não se confunde com a tutela de mérito pretendida. Existe, portanto, sob essa perspectiva, uma autonomia do pedido da tutela cautelar em relação à tutela de mérito. A tutela de urgência nesses casos é o instrumento processual apto a afastar o perigo, ou seja, acautelar o direito sem,

¹⁹⁰ Como explica Arlete Inês Aurelli: “Assim, enquanto na tutela antecipada se proporciona à parte a própria fruição do direito pleiteado, entregando, na verdade, o pedido mediato formulado pelo autor, na tutela cautelar nada disso é feito, o juiz apenas fornece uma medida que venha garantir o resultado útil do processo, ou seja, que a tutela seja ao final concedida de maneira concreta e efetiva. Ao fim e ao cabo a medida cautelar tem apenas o fito de garantir a satisfação do direito discutido no processo dito principal, mas não pode antecipar a decisão sobre o direito material. Essa característica pertence somente às tutelas antecipadas. Ora, se a medida satisfaz, não é cautelar. Esse é justamente o caso da liminar no mandado de segurança.” (AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? SCARPINELLA BUENO, Cassio; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp.52-67, p.60).

¹⁹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 154.

contudo, referir-se ao mérito propriamente dito. Daí falar-se em instrumentalidade da tutela cautelar.

De outro lado, verifica-se um espelhamento do pedido principal no pedido da tutela antecipada, pois a tutela antecipada visa a satisfazer antecipadamente, ainda que de forma provisória e (talvez) sem a inteireza característica da tutela final, o direito do requerente. Isso porque, como já dito, a tutela antecipada possibilita a concretização imediata (de alguns) dos efeitos da tutela definitiva e, logicamente, com ele guardará relação¹⁹².

Edoardo Flavio Ricci, ao analisar a tutela antecipada brasileira, muito bem sintetizou as relações distintas da tutela cautelar e da tutela antecipada com a tutela do mérito do processo:

Essa instrumentalidade [da tutela cautelar] pode variar no seu aspecto positivo. Mas oferece seguramente um aspecto negativo: só pode ser instrumental em relação à tutela de mérito uma tutela que não coincida com esta. A tendência da tutela antecipatória a encontrar sistematização em uma categoria própria e autônoma, não reconduzível à categoria da tutela cautelar, decorre exatamente de seu caráter antecipatório: entre a

¹⁹² Como muito bem expõe Teori Albino Zavascki: “A noção de tutela definitiva constitui um elemento de fundamental relevância para quem busca traçar a linha que divide as espécies de tutela provisória. Com efeito, se a medida antecipatória é a que adianta efeitos da tutela definitiva, os efeitos antecipáveis são os mesmos que o demandante quer ver consolidados definitivamente, isto é, por tempo maior que o da duração do processo; são aqueles que se quer perpetuados pelo tempo afora, até serem inteiramente exauridos. Medida antecipatória, portanto, é a que contém providência apta a assumir contornos de definitividade pela simples superveniência da sentença que julgar procedente o pedido. No dizer de Mandrioli, a técnica antecipatória é aquela “il cui elemento strutturale é dato dal fatto che un provvedimento, da pronunciarsi prima della sentenza di primo grado, investe, almeno in parte, la medesima matéria che costituirà oggetto di quella sentenza”.³³

Já a tutela cautelar tem conteúdo próprio, diverso do da tutela definitiva. Seu objeto não é satisfazer o direito afirmado, mas promover garantias para sua certificação ou para sua futura execução forçada. Na antecipação, “coincidem a providência a ser ordenada pelo tribunal e a consequência jurídica resultante do direito material”,³⁴ o que significa dizer que os efeitos antecipáveis são os mesmos que se operariam se o demandado, espontaneamente, se conduzisse segundo o ditame do direito material afirmado pelo autor. Conseqüentemente, não terá natureza antecipatória, mas sim cautelar, a providência que não puder ser identificada, no todo ou em parte, como coincidente com as do atendimento espontâneo do direito, ou seja, com as da realização natural da situação jurídica que o autor quer ver definitivamente consolidada.” (ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, São Paulo, vol.82, p. 53 – 69, abr./ jun.1996, p. 62.)

tutela antecipatória e a tutela de mérito, a rigor, não deveria haver diferença.¹⁹³

Como anteriormente mencionado, há casos em que essa distinção não é clara. Por esse motivo é interessante estudar a tutela de urgência comparando ao menos alguns aspectos do CPC/73 e CPC/15, pois tornam-se mais evidentes os aspectos em que a lei processual foi aprimorada.

Os precipitados podem dizer que o CPC/15 acabou com as diferenças entre a tutela cautelar e a antecipada. Tal assertiva é, sob determinado ângulo, parcialmente verdadeira se considerarmos apenas a unificação dos requisitos para sua concessão¹⁹⁴

Especialmente nesse ponto, foi bastante salutar o (suposto) fim da distinção pois indubitavelmente privilegia-se a isonomia, em sentido material e amplo, entre os jurisdicionados.

Isso porque, sob a égide do CPC/73, ocorriam situações em que, dada a natureza da medida requerida e do direito *sub judice*, não era possível distinguir se se tratava de uma antecipação de tutela ou uma cautelar (processo) e, nesses casos, portanto, era perfeitamente cabível uma cautelar inominada cujos requisitos eram menos custosos à parte requerente. Essa possibilidade de ajuizamento da cautelar quebrava a isonomia na medida em que havia outras situações em que a parte só poderia requerer a tutela antecipada, resultando, portanto em desigualdade entre tutelados frente à mesma situação (perigo/ ameaça a direito) jurídica.

¹⁹³ RICCI, Edoardo Flavio. *A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano*. Tradução de José Rogério Cruz e Tucci. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=1_29&shop_detail=87. Acesso em 07 mar.2019.

¹⁹⁴ Nesse sentido, o enunciado 143 do FPPC: “A redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos de concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada.”

¹⁹⁵ A exigência de requisitos diferentes não subsiste, mas a redação dos artigos 300, 303 e 305, CPC insiste na distinção entre risco ao resultado útil e perigo de dano, sem esclarecer a que tipo de tutela de urgência (se é que é essa a intenção do legislador) cada perigo corresponde. Resta saber como a doutrina e a jurisprudência interpretarão essa insistência do legislador, se considerarmos que a lei não contém palavras inúteis.

De modo semelhante, havia alguns procedimentos cautelares específicos previstos no CPC/73 que tinham claro cunho satisfativo como era o caso dos alimentos provisionais do artigo 852 do CPC/73 ou da posse em nome do nascituro. A ofensa à isonomia residiria no fato de os requisitos para sua concessão serem aqueles da tutela cautelar, ou seja, diferentes dos requisitos para a concessão das demais tutelas antecipadas, a despeito da sua natureza claramente satisfativa.

Por esse motivo, muito feliz a opção do legislador em unificar os requisitos da tutela cautelar e da antecipada.

Ainda que parcialmente não haja mais diferença entre a tutela provisória cautelar e a satisfativa em razão de os requisitos para sua concessão serem os mesmo por força do artigo 300, CPC, não é possível tomar a parte pelo todo, ou seja, não há como afirmar que não subsistem diferenças. As finalidades são distintas bem como também o é o procedimento¹⁹⁶. Nesse sentido, basta lembrar que só há previsão de estabilização da tutela antecipada (antecedente), não se aplicando o mesmo regime para a tutela cautelar¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Como bem pontuou Eduardo Lamy: “É possível admitir eventuais diferenças para fins de aprofundamento científico, mas conveniente desconsiderá-las para fins operativos junto aos quais a adoção de uma convenção sobre os requisitos comuns de fato e de direito para a aplicação da tutela de urgência parece ser mais acertada. Durante essa pesquisa, muito embora a doutrina internacional reconheça largamente a distinção entre medidas cautelares e antecipatórias, ficamos impressionados com o fato de não termos encontrado outro ordenamento jurídico em que os requisitos e os procedimentos para a concessão dessas medidas fossem expressamente diferenciados pelo próprio legislador de modo semelhante ao nosso. Temos a impressão de que a origem da diferenciação não está apenas no respeito excessivo a conclusões científicas, mas no controle; no desrespeito aos limites do poder. É como se o legislador, muitas vezes, quisesse agir de modo a impedir os juízes de interpretarem o ordenamento.” (LAMY, Eduardo. *Tutela Provisória*. Atlas, 2018, p. 165.)

¹⁹⁷ Ensina Arlete Inês Aurelli: “Pela normatização do novo CPC, verifica-se que, enquanto a tutela antecipada poderá ser extinta caso o autor não adite a inicial no prazo de quinze dias ou em outro prazo maior fixado pelo juiz (art. 303, § 2º) e estabilizada caso o réu não venha apresentar recurso contra ela (art. 304), no caso da tutela cautelar, se o autor não deduzir o pedido principal, no prazo de trinta dias, ela perderá a eficácia (art. 308) e, caso não contestada pelo réu, ocorrerá a aplicação dos efeitos da revelia (art. 307).” (AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares?* SCARPINELLA BUENO, Cassio; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 56).

Outra diferença relevante é que, pela literalidade da lei (art. 305, parágrafo único), é possível que o juiz diante de um pedido de tutela provisória cautelar antecedente que ele entenda se tratar, na realidade, de tutela provisória antecipada antecedente, pode o magistrado acatar o pedido, aplicando o art. 303, CPC.

Primeiramente, deve-se lembrar que não há sentido a previsão ser de mão única, se se considerar que os requisitos são exatamente os mesmos. Mas, em verdade, esse é o menor dos questionamentos, pois os desdobramentos processuais dos dois tipos de tutela provisória antecedente são bastantes distintos, pois, como já mencionado, só haverá estabilização nos casos de inércia do réu na tutela antecipada antecedente.

Parece-me que, ainda assim, não é absolutamente razoável entender pela literalidade do dispositivo, isto é, que a fungibilidade só ocorre quando se tratar de pedido de tutela cautelar antecedente que o juízo entenda ser tutela antecipada antecedente. Isso porque, ignorando-se os pontos de intersecção e a zona cinzenta, o traço característico da tutela cautelar é justamente salvaguardar o direito *sub judice*, colocando-o fora do alcance das partes até que sobrevenha a decisão definitiva. Assim, a cautelar “típica” não traz riscos às partes, quando muito o desconforto de redistribuição do tempo do processo que passa a pender mais para o lado do requerido. Por isso, perfeitamente admissível a fungibilidade da mais (tutela antecipada antecedente) para a menos rígida (tutela cautelar antecedente)^{198 199 200} e consequente conversão do procedimento.

¹⁹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10ª ed., Salvador: Ed. Jus Podium, 2015, pp. 616 e 617.

¹⁹⁹ Nesse sentido, o enunciado n.45 da I Jornada de Processo Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), *in verbis*, “Aplica-se às tutelas provisórias o princípio da fungibilidade, devendo o juiz esclarecer as partes sobre o regime processual a ser observado.”

²⁰⁰ O instituto, nos moldes ditados pelo CPC/15, é novidade, a jurisprudência ainda está se formando e não é possível identificar, até o momento, tendência ou padrão decisório. Embora não esteja diretamente ligado ao objeto dessa dissertação, o tema da estabilização da tutela é bastante interessante. Em julgamento em 31 de janeiro de 2019, a 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, entendeu que, em face da fungibilidade prevista no artigo 305, ao converter a tutela cautelar antecedente em antecipada antecedente, estando presentes os demais requisitos, a estabilização da tutela opera-se normalmente (TJ/SP, Agravo de Instrumento n. 2221182-97.2018.8.26.0000, Desembargador relator Maia da Cunha), o que me parece bastante acertado tendo em vista que a natureza satisfativa do provimento comporta a estabilização.

No âmbito recursal, as diferenças entre a tutela cautelar e a antecipada são menos sentidas, pois não há que se falar em tutela de urgência antecedente. Como já explicado, os procedimentos são diferentes embora a função e objetivo sejam muito semelhantes. E quando nos referimos a procedimento, as diferenças entre a cautelar e a antecipada se fazem presentes no momento inicial do procedimento, o que, obviamente, exclui o grau recursal.

Seja como for, nesse momento, é importante estar claro que há no CPC/15 dois tipos de tutela de urgência, a tutela cautelar e a tutela antecipada, ambas exigem os mesmos requisitos para sua concessão, embora tenham finalidades e procedimentos diferentes. Apesar de haver diferenças conceituais que não são ignoradas, considerando-se a instrumentalidade do direito processual civil, convém atentar com mais vagar para aquelas diferenças que impliquem consequências práticas relevantes para o jurisdicionado.

Assim, trataremos a seguir do procedimento disposto na parte geral para cada uma delas separadamente para, em seguida, no item 2.4, discutirem-se as questões presentes no CPC/15 relacionadas à decisão singular das tutelas provisórias em grau recursal.

Outro aspecto, que já chegou ao STJ, é o sentido do termo “recurso” apto a obstar a estabilização. No REsp n 1.760.966 – SP, de relatoria do Ministro Aurélio Bellizze, julgado em 04 de abril de 2018, ficou decidido, por votação unânime, que “a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária. Sem embargo de posições em sentido contrário, o referido dispositivo legal disse menos do que pretendia dizer, razão pela qual a interpretação extensiva mostra-se mais adequada ao instituto, notadamente em virtude da finalidade buscada com a estabilização da tutela antecipada. Nessa perspectiva, caso a parte não interponha o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que defere a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, mas, por exemplo, se antecipa e apresenta contestação refutando os argumentos trazidos na inicial e pleiteando a improcedência do pedido, evidentemente não ocorrerá a estabilização da tutela.”

2.2.2.1. Tutela Antecipada

A tutela antecipada está prevista no artigo 300, CPC e o requisito para sua concessão é a presença de “elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

No projeto do Senado recebeu o nome de tutela de urgência satisfativa²⁰¹ com clara alusão à sua finalidade de autorizar, desde logo, a satisfação (parcial ou não) do direito material pleiteado em juízo, ainda que de maneira provisória a partir de um juízo de probabilidade fundado em cognição sumária.

A tutela antecipada poderá ser concedida em caráter antecedente ou no curso do processo. Os artigos 303 e 304, CPC (Livro V, Título II, Capítulo II) cuidam especificamente do procedimento da tutela antecipada antecedente. O tema não está diretamente ligado a essa dissertação, pois esse tipo de tutela só ocorre em 1º grau de jurisdição ou nos casos de competência originária do Tribunal e esse trabalho, ao contrário, ocupa-se da tutela provisória em 2º grau de jurisdição. Por esse motivo, não trataremos da tutela de urgência (antecipada ou cautelar) antecedente.

A teor do § 1º do artigo 300, CPC é possível que o magistrado, ao conceder a medida antecipativa, exija caução real ou fidejussória idônea para o eventual ressarcimento de danos à outra parte. Essa caução pode ser dispensada nos casos em que o requerente, sendo hipossuficiente, não puder prestá-la^{202 203} pois, de outro modo,

²⁰¹ O título da seção II “Da tutela de urgência cautelar e satisfativa” não poderia ser mais claro. (Seção II, Título IX, Capítulo I do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010).

²⁰² Vejam-se os enunciados 497 e 498 do FPPC, *in verbis*, 497. (art. 297, parágrafo único; art. 300, §1º; art. 520, IV) As hipóteses de exigência de caução para a concessão de tutela provisória de urgência devem ser definidas à luz do art. 520, IV, CPC. (Grupo: Tutela de urgência e tutela de evidência) e 498. (art. 297, parágrafo único; art. 300, §1º; art. 521) A possibilidade de dispensa de caução para a concessão de tutela provisória de urgência, prevista no art. 300, §1º, deve ser avaliada à luz das hipóteses do art. 521. (Grupo: Tutela de urgência e tutela de evidência).

²⁰³ A esse respeito, Alexandre Freitas Câmara explica: “Deve-se, porém, dispensar a caução de contracautela nos casos em que o demandante, por ser economicamente hipossuficiente, não puder oferecê-la (art. 300, § 1o, parte final). Afinal, não se pode criar obstáculo econômico ao acesso à justiça, que não é garantido só aos fortes economicamente, mas é assegurado universalmente. Há entendimento (consolidado no enunciado 497 do FPPC) segundo o qual as hipóteses de exigência de caução devem ser definidas à luz do art. 520, IV. Entenda-se: a

estaríamos diante de situação em que a lei “escreve com a mão e apaga com o cotovelo”²⁰⁴.

O parágrafo 2º, a seu turno, dispõe que “a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia”. Isso significa dizer que, a depender da urgência e das particularidades do caso, a medida pode ser concedida sem que a outra parte seja ouvida, ocorrendo o contraditório somente em momento posterior²⁰⁵. Nesse sentido, observa-se que, mais uma vez, o órgão julgador é chamado a, motivadamente, demonstrar as razões pelas quais preteriu o contraditório em favor do acesso à justiça, em outro claro exemplo de colidência de princípios, da evolução sociológica do Direito e da mudança dos valores mais caros à sociedade²⁰⁶.

Outro ponto que deve ser considerado é que, de acordo com o artigo 300, § 3º, frente ao seu caráter satisfativo, a tutela antecipada só será concedida se os efeitos da decisão forem reversíveis. Embora seja essa a previsão legal, sabe-se que, em muitos

caução deve ser fixada sempre que houver periculum in mora inverso, e uma das hipóteses previstas no aludido dispositivo legal é, precisamente, esta (risco de grave dano ao demandado). De outro lado, deve-se dispensar a caução em todos os casos previstos no art. 521 (enunciado 498 do FPPC).” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, pp. 146 e 147).

²⁰⁴ A expressão corrente em português é “dar com uma mão e tirar com a outra”. Todavia, a adaptação transcrita é utilizada pela Professora de Direito Civil Patrícia Panisa que, ao escrever no quadro e, em seguida, movimentar o cotovelo como quem pretende apagar o comando legal, dá vida a essa expressão em bem-sucedida metáfora de cunho didático.

²⁰⁵ Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
I - à tutela provisória de urgência;
II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
III - à decisão prevista no art. 701.

²⁰⁶ “O parágrafo único do art. 9º, porém, prevê três exceções à exigência de oitiva prévia da parte contra quem se decide. A primeira exceção é a *tutela provisória de urgência*. Neste caso tem-se uma exceção legitimada pelo princípio constitucional do acesso à justiça, já que a urgência na obtenção da medida exige que esta seja deferida *inaudita altera parte*, sem oitiva da parte contrária, sob pena de, respeitada a exigência de oitiva prévia da parte contra quem se decide, não ter a decisão qualquer efetividade. De todo modo, e por força do princípio da proporcionalidade, a exceção ao contraditório é estabelecida de forma a causar o menor prejuízo possível. Daí por que a decisão concessiva de tutela de urgência que se profere *inaudita altera parte* é provisória, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo, após a efetivação do contraditório (art. 297). Não há, pois, uma supressão completa do contraditório, mas apenas sua *postecipação*, isto é, sua postergação para momento posterior.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 22.)

casos, a irreversibilidade não impede a concessão da tutela satisfativa, pois a gravidade do (risco de) dano justifica a exceção. Essa discussão não é nova, tendo em vista a previsão do 273 §2º, CPC/73, que impunha a mesma condição negativa.

O conceito de *periculum in mora* inverso (reverso) foi desenvolvido justamente na tentativa de se fundamentar a concessão da medida satisfativa irreversível. Segundo Paulo Henrique dos Santos Lucon, o juiz deve avaliar as vantagens e desvantagens decorrentes tanto da concessão quanto da denegação da medida requerida, sopesando os diversos valores em risco, ou seja, deve avaliar a “proporcionalidade da providência”, isto é, comparar o perigo na demora com o perigo na demora reverso²⁰⁷.

Leonardo Greco explica que “o artigo 300 do Código de 2015 reproduz a capciosa regra do § 2º do art. 273 do Código anterior, que parece vedar a concessão da tutela antecipada de urgência, quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.” Se dermos lugar à interpretação literal da norma, segundo o mesmo processualista, haverá “verdadeira afronta à garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva”. Não se pode refutar que, em sua própria essência, o que já passou é irreversível, inclusive no que toca à eventual fruição pretérita de direito. Portanto, a reversibilidade diz respeito a alteração que a revogação da medida satisfativa provisória promoverá na situação fático-jurídica por vir, bem como a estabelecer a responsabilidade por perdas e danos no que diz respeito aos efeitos já concretizados. “A doutrina e a jurisprudência se encarregaram de dar à irreversibilidade o sentido de um juízo de ponderação entre o

²⁰⁷ (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do artigo 273 do CPC de 73 e a entrada em vigor do novo CPC. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 254). Ensina o mesmo autor: “Se a denegação da tutela puder provocar dano irreparável ou de difícil reparação ao autor, muito superior aquele suportado pelo réu no caso de eventual concessão, deve ser ela concedida. A irreversibilidade deve ser analisada por mais de um ângulo, pois o processo não tem por finalidade tutelar os interesses de apenas um dos sujeitos parciais. Constatada a urgência urgentíssima, deve o julgador verificar os efeitos negativos da denegação sobre o direito da parte. Convencendo-se do enorme risco que a parte poderá sofrer no caso de eventual denegação, deve ser concedida a tutela *inaudita altera parte*.” (*Ibidem*, p. 256)

perigo de dano alegado pelo requerente e aquele a que ficaria sujeito o requerido caso concedida a medida de urgência”^{208 209}.

Portanto, entendemos que cabe ao magistrado, em decisão motivada, examinar quais as consequências da antecipação dos efeitos da tutela, como o provimento efetivamente se concretizará no mundo real e se há possibilidade de se reverterem, ao menos, partes desses efeitos e reparar os demais. Isso feito, o magistrado deve avaliar as perdas e ganhos de ambas as partes e, por meio da proporcionalidade, apontar qual o valor que, naquelas circunstâncias específicas, será privilegiado. Desnecessário dizer que não há receita pronta e que cada caso *sub judice* trará variáveis que, em razão da relação entre elas, formarão a convicção do órgão julgador²¹⁰.

²⁰⁸ GRECO, Leonardo. *A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2015*, cit., p. 111-137. *Apud* LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do artigo 273 do CPC de 73 e a entrada em vigor do novo CPC. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 254).

²⁰⁹ Confira-se ainda o enunciado 419 do FPPC: “Não é absoluta a regra que proíbe a tutela provisória com efeitos irreversíveis”. E, também, o enunciado 25 do ENFAM: “A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB).”

²¹⁰ Nesse sentido, trazemos dois julgados sobre o mesmo tema, separados por 8 anos contados da respectiva data de julgamento, que se complementam na medida em que o mais antigo fundamenta-se na tese do perigo na demora reverso e o segundo, ao reafirmá-la, vai além, deixando claro que a irreversibilidade não exclui a responsabilidade pela reparação na eventualidade da reversão do julgamento.

“ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Tratamento médico. Atropelamento. Irreversibilidade do provimento. A regra do § 2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado. Recurso não conhecido.

Nos casos de responsabilidade civil, a demora no deferimento da indenização, especialmente quando consiste no tratamento à saúde, pode significar o sacrifício do direito do lesado. Daí a necessidade de ser interpretada com flexibilidade a exigência dos requisitos de seu deferimento, para o que deverão ser ponderados os valores em causa. Quando a demora causar dano certo e irreparável, portanto, irrestituível, não cabe lançar essa mesma exigência sobre o lesado.

Para isso, os bens jurídicos devem ser postos na balança: de um lado, a necessidade urgente de tratamento e assistência à pessoa pobre que perdeu as duas pernas; de outro, a diminuição do patrimônio econômico da empresa de transportes. Na ponderação, em casos tais, há de prevalecer a decisão que deferiu a tutela antecipada, mesmo que não se possa garantir o atendimento do disposto no § 2º do art. 273 do CPC” (Resp n. 417.005 – SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Data do julgamento: 25 nov. 2002)

Em seguida, o artigo 302, CPC dispõe acerca das hipóteses de reparação dos prejuízos que advierem da efetivação da tutela de urgência e, embora este artigo esteja na seção referente à tutela de urgência, deve-se estendê-lo às tutelas provisórias em geral de modo a compreender também a tutela da evidência²¹¹.

Observe-se que o dever de reparar de que trata o artigo 302 não se confunde com o dever de reparação por dano processual, cuja previsão encontra-se nos artigos 79 e 80, CPC²¹².

Esse artigo traz ainda quatro incisos que dispõem sobre as hipóteses que ensejam reparação.

O inciso I trata dos casos em que a sentença (*rectius*, decisão final) for desfavorável ao requerente da medida de urgência.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. TUTELA IRREVERSÍVEL ANTECIPADA. EXCEÇÃO. DIREITO DE RECOMPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO. NATUREZA DO BEM JURÍDICO TUTELADO. PROIBIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

Assim, a leitura mais adequada da norma federal em comento é: a) em regra, quando constatado o perigo da irreversibilidade da tutela, ela não será concedida; b) em casos excepcionais e devidamente justificados, pode o juiz conceder a tutela independentemente de sua reversibilidade; e c) a natureza do bem jurídico tutelado por antecipação ou sua irreversibilidade não impedem por si sós que a parte lesada possa pleitear a restituição de seu patrimônio. (Resp n. 1.078.011 – SC. Relator: Ministro Relator Herman Benjamin. Data de julgamento: 02 set. 2010)

²¹¹ “Isso porque também a tutela da evidência contém o atributo da provisoriedade e, por ser passível de modificação, está sujeita a causar danos à parte adversa. É certo que a situação de evidência do direito mitiga em muito a possibilidade de reversão dos efeitos da tutela antecipadamente concedida, mas não se pode afastar a possibilidade de prejuízos e, portanto, de ressarcimento, mormente em razão de conduta dolosa ou culposa da parte requerente.” (DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. versão digital. São Paulo: Atlas, 2017, p. 408)

²¹² Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidente manifestamente infundado;
- VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

O inciso II diz respeito àquelas situações em que há a concessão de tutela de urgência antecedente e o requerente não fornece “os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias”.

A hipótese do inciso III alude à “cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal” como, por exemplo, as constantes do artigo 309, CPC ao passo que o inciso IV prevê as situações em que o magistrado acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Nesse último caso, a decisão é desfavorável ao autor e, portanto, está-se diante da hipótese do inciso I, como bem notou Daniel Amorim Assumpção Neves²¹³.

O parágrafo único, então, determina que a “indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível”. Para os processualistas participantes do FPPC, isso é possível, inclusive, nos casos em que o processo é extinto sem julgamento do mérito e sem estabilização da tutela. É o sumulado no enunciado 499, *in verbis*, “efetivada a tutela de urgência e, posteriormente, sendo o processo extinto sem resolução do mérito e sem estabilização da tutela, será possível fase de liquidação para fins de responsabilização civil do requerente da medida e apuração de danos.”

Outra questão que pode ser levantada diz respeito à concessão da tutela de urgência antecipada de ofício. Andrea Boari Caraciola e Luiz Dellore²¹⁴, ao estudar o tema, identificaram, ainda na vigência do CPC/73, três correntes doutrinárias que encontravam correspondentes na produção jurisprudencial dos tribunais²¹⁵. A corrente dominante, que trazia entre seus expoentes Carlos Augusto de Assis, Araken de Assis, João Batista Lopes, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery e Teori Zavascki, entendia não ser possível a concessão da tutela antecipada de ofício em razão do

²¹³ NEVES, Daniel Amorin Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único, versão digital. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodium. 2017, p. 508.

²¹⁴ CARACIOLA, Andrea Boari; DELLORE, Luiz. Antecipação de tutela *ex officio*? SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 110-134, pp. 111-114.

²¹⁵ Os mesmos autores no artigo referenciado na nota anterior (pp. 115 e 116) citam o REsp 1.178.500/SP, 3a T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4-12-2012, DJe 18-12-2012, como exemplo da corrente majoritária contrária a concessão de ofício, e o REsp 1.309.137/MG, 2a T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 8-5-2012, DJe 22-5-2012, em que se admite a concessão em situações muito excepcionais.

princípio do dispositivo e de eventual responsabilização em caso decisão final contrária àquela da tutela antecipada. Além disso, esses processualistas tinham a própria literalidade da lei como argumento, pois o artigo 273, CPC/73 trazia a expressão “a requerimento da parte” logo em seu início.

A corrente diametralmente contrária era representada por Cassio Scarpinella Bueno para quem, considerando a visão constitucional do processo, a concessão da tutela antecipada de ofício era possível de modo a “realizar o valor “efetividade”, sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclamar a necessidade de tutela jurisdicional urgente (art. 273, I)”²¹⁶.

Já Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero entendiam que apenas em situações excepcionalíssimas a concessão *ex officio* seria possível:

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.²¹⁷

O CPC/15 não reproduziu a expressão “a requerimento da parte” e, açodadamente, pode-se concluir que, portanto, a concessão de ofício é agora permitida.

Contudo, como bem notam Andrea Boari Caraciola e Luiz Dellore, também não há previsão expressa para a concessão de ofício sendo que quando, em outras oportunidades, foi essa a intenção do legislador, tratou o Código de explicitar a previsão, como ocorre nos artigos 63, §3º; 64, §2º; 78, §2º; 142 e 370, entre outros.

Ademais, à luz do princípio da vedação das decisões-surpresa e do princípio da cooperação, não parece razoável a concessão de tutela antecipada de ofício.

²¹⁶ CARACIOLA, Andrea Boari; DELLORE, Luiz. Antecipação de tutela *ex officio*? SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 110-134, p. 112.

²¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 270. *Apud* CARACIOLA, Andrea Boari; DELLORE, Luiz. Antecipação de tutela *ex officio*? SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 110-134, p.114.

“Ora, se o processo deve contar com a participação das partes, uma concessão de tutela antecipada de ofício iria contra essa lógica de cooperação entre todos os sujeitos do processo, partes e juiz.”²¹⁸

No tocante ao princípio da vedação das decisões-surpresa, argumentam que o artigo 9º, ao referir-se expressamente às tutelas de urgência (inciso I), permite sua concessão *inaudita altera parte*, ou seja, excetua a decisão-surpresa em relação ao réu em casos urgentes. Todavia, deve-se notar que a concessão *ex officio* da tutela antecipada será uma surpresa também para o autor, sem que tenha havido sequer sua cooperação. Já o artigo 10 dispõe sobre a obrigatoriedade do contraditório prévio inclusive sobre questões em que o magistrado deve decidir de ofício. Andrea Boari Caraciola e Luiz Dellore entendem, portanto, que a interpretação conjunta dos dois artigos aponta a impossibilidade da concessão da tutela antecipada de ofício:

Desde logo destaque-se que o legislador, ao tratar do contraditório e vedação de decisão-surpresa (art. 9º, parágrafo único, I), expressamente afasta a necessidade de oitiva da parte contrária no caso de tutela de urgência. Porém, no caso, a concessão de uma tutela antecipada de ofício seria uma surpresa para o autor – inclusive com o andamento do processo sem a cooperação dele.

Por sua vez, o art. 10 destaca que o contraditório deve ser exercido mesmo quando o juiz “deva decidir de ofício”. E não há, neste dispositivo, qualquer menção à tutela de urgência – como existe no art. 9º, parágrafo único, I, ou seja, o art. 10 faz menção específica a situação em que o juiz pode agir de ofício, mas nada diz a respeito de tutela de urgência – que é tratada expressamente no art. 9º, que nada diz a respeito de concessão de ofício.

Logo, com base na interpretação conjunta dos art. 9º e 10, percebe-se como o legislador deixa transparecer como o novel sistema processual não admite a concessão, de ofício, de tutela de urgência antecipada.

Já Daniel Amorim Assumpção Neves acredita que, face do silêncio da lei, o poder geral de cautela, que, ainda sob a égide do Código revogado, autorizava a concessão de medida acautelatória *ex officio*, tende a tornar-se em um “poder geral de urgência” a fim de permitir a concessão de ofício também da tutela de urgência antecipada em casos

²¹⁸ CARACIOLA, Andrea Boari; DELLORE, Luiz. Antecipação de tutela *ex officio*? SCARPINELLA BUENO, Cassio et al. (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 110-134, p. 118.

excepcionais²¹⁹. Admitir a excepcionalidade da concessão *ex officio* da medida satisfativa antecipada está, no nosso sentir, mais acorde com os fins sociais a que o processo civil contemporâneo pretende atender.

Por fim, deixamos consignado que o recurso cabível contra o pronunciamento que decide sobre tutela provisória é, a princípio, o agravo de instrumento nos termos do artigo 1.015, I, CPC. Contudo, deixe-se anotado que os embargos de declaração também podem ser interpostos quando ocorrer qualquer de suas hipóteses de cabimento. Outro recurso cabível, a depender do órgão prolator da decisão interlocutória, é o agravo interno do artigo 1.021, CPC. Todavia, tendo ele estreita relação com presente trabalho, trataremos dele mais adiante.

2.2.2.2 Tutela de urgência cautelar

A tutela provisória de urgência cautelar é aquela cuja finalidade é acautelar, ou seja, assegurar que a tutela final seja efetivamente realizada (ou realizável). Assim, na sua concepção mais tradicional, compreende aquelas determinações que visam a (res)guardam o bem da vida discutido em juízo.

A maior parte das disposições acerca da tutela de urgência cautelar dizem respeito também à tutela de urgência antecipada, tratada no tópico anterior, e, por isso, faremos agora apenas breve referência aos dispositivos comuns.

O artigo 300, CPC, portanto traz a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo como requisitos para sua concessão.

Aqui, diferentemente do que ocorre com a tutela antecipada, a doutrina admite sua concessão de ofício, muito em razão de ter havido previsão expressa no CPC revogado de 73 (artigo 797)²²⁰.

²¹⁹ NEVES, Daniel Amorin Assumpção. *Manual de direito processual civil. Volume único* versão digital. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodium. 2017, p. 509.

²²⁰ Como ensina Cassio Scarpinella Bueno: “Mais do que a desnecessidade de um “processo cautelar” para o exercício do “dever-poder geral de cautela”, o art. 797 autoriza o

A tutela urgente cautelar pode ser requerida antes (artigos 305 a 310, CPC) ou durante o processo principal, podendo o juízo exigir caução real ou fidejussória idônea (art. 300, § 1º). A dispensa da caução aos hipossuficientes está prevista na segunda parte do mesmo parágrafo.

Também a exemplo do que ocorre com a tutela antecipada, o contraditório pode ser diferido a depender da urgência ou das circunstâncias do caso *sub judice*. Um exemplo corriqueiro é a necessidade de se realizar a busca e apreensão de determinado bem (sequestro) sem a prévia ciência do réu, caso contrário corre-se o risco de o bem não ser mais encontrado.

Apesar de o artigo 301, CPC reproduzir algumas das medidas típicas do CPC/73 – arresto, sequestro e arrolamento de bens²²¹ –, Daniel Mitidiero explica que a ausência

entendimento de que as “medidas cautelares” podem (e, quando presentes seus respectivos pressupostos, devem) ser concedidas de ofício pelo magistrado independentemente de qualquer pedido para essa finalidade. É suficiente que a inércia da jurisdição tenha sido rompida para que, no exercício da função jurisdicional, o magistrado aja em prol da obtenção de um resultado útil para aquele que mostra com razão suficiente. É disto que se ocupa a regra aqui examinada. Também aqui, a exemplo do que se dá com relação à fungibilidade da “tutela cautelar” (v. n. 5.7 do Capítulo 1), há expressa mitigação do “princípio da adstrição do juiz ao pedido” e seus correlatos, em prol de uma melhor e mais adequada prestação jurisdicional.” SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 188).

²²¹ Elpídio Donizetti explica cada uma das medidas nomeadas no artigo 301, CPC: “Arresto é a medida de apreensão de bens que tem por fim garantir futura execução por quantia certa. Ele incide sobre bens indeterminados, e seu efeito principal é a afetação do bem apreendido enquanto a decisão não for modificada ou revogada. Se, por exemplo, um determinado credor perceber que seu devedor está ocultando ou dilapidando o patrimônio para fraudar eventual execução, pode pleitear a tutela de urgência por meio do arresto de tantos bens quantos bastem para garantir a futura execução por quantia certa.

Por outro lado, o sequestro é medida que visa garantir execução para a entrega de coisa, ou seja, sua incidência é sobre bens determinados. Exemplo: autor e réu disputam a propriedade de um automóvel em ação reivindicatória.

Qualquer uma das partes pode requerer o sequestro desse bem, a fim de garantir a completa realização do direito. Evidentemente que a parte que tem a posse do bem não vai se interessar por requerer o sequestro. Para o deferimento da medida, que pode ser antecedente ou incidental, é necessário que o juiz se convença de que, sobre o bem objeto da ação (futura ou em trâmite) tenha-se estabelecido, direta ou indiretamente, uma relação de disputa entre as partes da demanda.

O arrolamento de bens, por sua vez, tem a finalidade de conservar bens sobre os quais incide o interesse do requerente da medida, como, por exemplo, do cônjuge para resguardar sua meação na partilha; do herdeiro em relação aos bens da herança; do sócio em relação aos

de repetição de suas hipóteses de cabimento faz concluir que, sob a égide do CPC/15, a concessão dessas medidas exigem somente a presença dos requisitos gerais de probabilidade do direito e perigo na demora, não subsistindo, portanto, os requisitos específicos. Outra consequência é a assunção de que “o Código vigente incorporou o significado desses termos – tal como eram compreendidos na legislação anterior”²²².

A segunda parte do artigo 301, CPC garante a adoção de “qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito”, isto é, reafirma, na legislação pátria, a existência do chamado o poder geral de cautela²²³ e consagra a atipicidade das medidas cautelares.

bens sociais etc. Tal conservação se faz com o arrolamento, ou seja, com a “listagem” dos bens e seu depósito, que pode recair sobre a pessoa do possuidor.

Distingue-se o arrolamento das medidas de arresto e sequestro. No arresto, faz-se a constrição de bens indeterminados, bastantes para garantir futura execução por quantia certa. No sequestro, a constrição recai sobre bem determinado que esteja sendo objeto de disputa ou que venha a ser disputado. Já no arrolamento, a constrição incide sobre bens indeterminados, não litigiosos, com o exclusivo intuito de conservá-los, até a resolução de demanda que com eles se relaciona.

Os três primeiros (arresto, sequestro e arrolamento) já estavam previstos no CPC/1973 como espécies de medida cautelar. Já o registro de protesto contra alienação, apesar de não ter dispositivo correspondente na legislação de 1973, decorria do poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC/1973. Por meio dessa medida, o oficial do Cartório de Registro de Imóveis procederá à averbação do protesto na matrícula do imóvel, com a finalidade de tornar pública a discordância de credor quanto à alienação de bem do devedor.

O registro de protesto contra a alienação não impede o exercício do direito de dispor, que é inerente à condição de proprietário, mas permite que terceiros tomem ciência da pretensão do requerente. A publicidade dessa medida servirá para evitar futuras alegações de boa-fé da aquisição do imóvel objeto do protesto.

Para melhor compreensão acerca dessa medida, que, ressalte-se, não é nova em nosso ordenamento, veja trecho do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.229.449/MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi: PROCESSUAL CIVIL. PROTESTO CONTRA ALIENAÇÃO DE BENS. LIMITES. REQUISITOS. LEGÍTIMO INTERESSE. NÃO NOCIVIDADE. 1. O protesto contra alienação de bens não tem o condão de obstar o respectivo negócio tampouco de anulá-lo; apenas tornará inequívocas as ressalvas do protestante em relação ao negócio, bem como a alegação desse – simplesmente alegação – em ter direitos sobre o bem e/ou motivos para anular a alienação [...].

O acórdão refere-se ao protesto como medida cautelar, mas é possível transpor o entendimento para as tutelas de urgências. Como já dito, a exclusão do processo cautelar autônomo não impede que providências cautelares sejam adotadas pelo juiz. A essência das medidas cautelares permanece presente em nosso ordenamento, assim como o poder geral de cautela, que permite ao magistrado adotar “qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito”. (DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2017, pp. 405 e 406).

²²² MITIDIERO, Daniel. ALVIM, Teresa Arruda *et al.* *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 736.

²²³ FPPC, enunciado 31: “O poder geral de cautela está mantido no CPC”.

O artigo 302, CPC, comum aos dois tipos de tutela de urgência²²⁴, traz as hipóteses em que há o dever de reparar à parte contrária os prejuízos decorrentes da efetivação da tutela de urgência.

Mais uma vez, anotamos que é o agravo de instrumento o recurso que desafia pronunciamento que decide sobre tutela provisória (artigo 1.015, I, CPC), embora, a depender do caso, a interposição de embargos de declaração ou de agravo interno (artigo 1.021, CPC) seja possível.

2.2.3. Tutela da evidência

A tutela da evidência é regulada no artigo 311, CPC, nos seus quatro incisos e no parágrafo único.

É mais uma das novidades aparentes do CPC/15, isto é, na codificação de 2015 recebeu nome e artigo próprio, o que não significa que já não houvesse hipóteses de antecipação de tutela fundada na evidência. Havia, no código anterior, por exemplo, o procedimento monitório e as liminares das possessórias, sem falar no próprio 273, II e §6 do CPC/73²²⁵.

Seja como for, atualmente, há hipóteses específicas de tutela provisória da evidência no CPC/15 e na lei extravagante, além da previsão genérica²²⁶ disposta no art.

²²⁴ Em verdade, como comentou-se no item anterior, o dispositivo deve ser aplicado também à tutela de evidência.

²²⁵ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 456.

DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos. OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015: parte geral*; prefácio Antonio Carlos Ferreira. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 1.029.

²²⁶ “Além desses casos e de outros específicos, o Código de Processo Civil prevê a tutela provisória de evidência para a generalidade dos direitos, tutelados pelo procedimento comum. As hipóteses genéricas de tutela de evidência estão previstas no art. 311 do CPC. Duas delas já existiam no nosso sistema. Há outras duas que são efetivas novidades.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Tutela de evidência. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo Gonzaga; FREIRE, André Luiz (coord.). Tomo:

311, CPC.²²⁷

Como muito bem explica Leonardo Carneiro da Cunha, a evidência é um fato jurídico processual que pode fundamentar, enquanto pressuposto fático, tanto a tutela definitiva quanto a tutela provisória²²⁸, ambas de caráter satisfativo.

Como o próprio nome sugere, um dos requisitos da tutela da evidência é que o direito seja “evidente”, não sendo necessário que haja perigo na demora (art. 311, *caput*). Cumpre entender, portanto, o que é a “evidência” de que trata o artigo.

Primeiramente, não se pode perder de vista que “tutela da evidência”, nos termos do CPC/15, é espécie de tutela provisória e, por isso, é concedida mediante juízo de probabilidade sustentado, em regra, por cognição sumária. Em outras palavras, a

Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/191/edicao-1/tutela-de-evidencia>).

²²⁷ No meu sentir, apesar de haver opinião doutrinária oposta (Daniel Amorim Assumpção Neves entende, por exemplo, que o rol é exemplificativo – *Novo CPC - Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 224), muito correto o argumento que fundamenta a taxatividade do rol do art. 311, CPC exposto por Daniel Brajal Veiga, Rodrigo D’Orio, Geraldo Fonseca, Cristiane Druve Tavares Fagundes e Roberto: “Entendemos que se trata de opção legislativa estabelecer qual direito é tido como evidente, no sentido de existir alta probabilidade de sua existência. Poderia o legislador ter estabelecido uma cláusula geral apta a transferir ao juiz a análise da viabilidade ou não, caso a caso, de requisitos genericamente previstos a autorizar a concessão da tutela de evidência. No entanto, segundo entendemos, não foi essa a opção legislativa. Neste sentido posiciona-se Humberto Theodoro Júnior: “Em lugar de conceituar genericamente a tutela da evidência, o novo Código preferiu enumerar, de forma taxativa, os casos em que essa modalidade de tutela sumária teria cabimento. Não se pode, por isso, ampliar sua área de atuação, mediante interpretação extensiva”⁸³. Afirmar que a opção legislativa deu-se no sentido da taxatividade, no entanto, não conduz à aceitação da afirmativa segundo a qual o rol previsto no art. 311 do CPC conteria todas as hipóteses autorizadoras de tutela de evidência. Afirmar que o rol de hipóteses de tutela de evidência é taxativo não significa limitá-lo ao art. 311 do CPC. [...]

Assim, é possível afirmar que o rol de hipóteses ensejadoras de concessão de tutela de evidência é taxativo, mas não limitado ao art. 311 do CPC. Em outras palavras, somente poderá o juiz conceder tutela de evidência estando diante de hipótese prevista no art. 311 do CPC, ou de outra também prevista expressamente em lei. É, pois, um rol taxativo, mas não limitado ao art. 311 do CPC.” (VEIGA, Daniel Brajal; D’ORIO, Rodrigo; FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares *et al.* *Tutela provisória: questões polêmicas*. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 481 – 567, 529 e 531).

²²⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Ibidem*, p. 5.

demonstração e posterior avaliação da probabilidade do direito postulado é essencial ao (in)deferimento da tutela da evidência.

Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo notam, inclusive, que o nome “tutela da evidência”, além da raiz latina, tem provável influência do inglês *evidence*, i.e., “prova” e afirmam que não pode ser por acaso que três dos quatro incisos aludam à prova documental.²²⁹

Assim, a tutela da evidência diz respeito àquelas situações em que, a teor do conjunto probatório apresentado (que pode estar completo ou não), vislumbra-se um *alto grau de probabilidade* de serem verdadeiros os fatos e o direito postulado em juízo. Note-se que se o direito fosse tão evidente quanto o nome sugere, estaríamos diante de um caso de julgamento “antecipado” da lide. (art.355, CPC), o que não é, de rigor, o caso²³⁰.

²²⁹ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp.467- 480, p. 455.

²³⁰ Há doutrinadores que chamam a atenção para a diferença entre a tutela provisória da evidência e as disposições dos artigos 355 e 356, CPC, i.e., o julgamento antecipado e o julgamento antecipado parcial do mérito, respectivamente.

São três institutos processuais que, para o leitor menos atento, talvez causem confusão pois, à primeira vista, há “provas suficientes e já é possível resolver a questão”. Em outras palavras, têm em comum a evidência.

Todavia, a semelhança para por aí. Isso porque, como já explicado, a tutela provisória da evidência é *provisória*, ou seja, a parte trouxe ao processo conjunto probatório satisfatório para que, *prima facie*, pudesse ser concedida a tutela provisória que é calcada em *cognição sumária*, sendo *temporária e precária*.

De outro lado, existem situações em que o conjunto probatório é robusto suficiente para que a *cognição seja completa e exauriente*, dando azo à uma *tutela definitiva de mérito*, é o que ocorre tanto no julgamento antecipado parcial do mérito quanto no julgamento antecipado do mérito.

No primeiro caso, o conjunto probatório e o contraditório havido até então permite julgar parte de um ou mais pedidos. Essa decisão é definitiva e desafia agravo de instrumento a teor do 356, §5º.

Já o julgamento antecipado do mérito está previsto no 355, CPC e diz respeito àquelas situações em que a cognição, que é exauriente, ocorre de maneira aparentemente prematura se cotejada à marcha processual mais usual pois, aparentemente, “pulam-se algumas etapas”, como a audiência de instrução, para se “antecipar” o mérito. Ao menos, é essa a impressão que se pode ter. Contudo, não há nada de antecipado no julgamento antecipado. Isso porque há situações em que os elementos probatórios trazidos pelas partes com a inicial e a contestação são suficientes para que haja cognição exauriente e o julgamento ocorre, portanto, no momento que deve ocorrer seguindo o devido processo legal.

Em teoria, sem maiores dificuldades.

Os processualistas são unânimes em dar destaque para a exigência do direito altamente provável já que o *caput* não o traz de forma explícita. É justamente a “eloquência probatória”²³¹ que fundamenta a inversão do ônus da espera pelo desenvolvimento regular do processo. Ou seja, não se pretende afastar algum perigo específico na demora, almeja-se apenas evitar o dano marginal decorrente do tempo necessário (ou do tempo desnecessariamente dilatado por eventual atitude desleal do réu) para o regular desenvolvimento da marcha processual²³².

Ademais, a tutela provisória da evidência teria o condão de desestimular determinadas situações litigiosas na medida em que, ao conceder a proteção imediata do direito do autor com base na probabilidade, suprime-se ao réu a vantagem temporal da resistência infundada, inconsistente e simplesmente protelatória.

Mas fica o alerta de Fernando Luiz Gajardoni: “A concessão da tutela da evidência, por outro lado, não dispensa um juízo cognitivo, sucessivo e exauriente, para ratificar a impressão inicial. E nessa medida trata-se de tutela provisória, ao lado das tutelas de urgência (antecipada e cautelar)”²³³.

Todavia, deve-se lembrar que só o julgamento antecipado do mérito desafia apelação e, por conseguinte, a decisão, *a priori*, não será imediatamente efetivada em razão do efeito suspensivo do recurso. Daí a advertência de alguns processualistas no sentido de ser possível requer-se (e conceder-se) a tutela evidência também na sentença.

²³¹ GODINHO, Robson Renault. Tutela da evidência. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo Cabral; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 486.

²³² Nesse contexto, podemos citar Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo: “Ao contrário das demais previsões de tutela provisória, a tutela da evidência baseia-se na premissa de que a parte que demonstra, com razoável grau de probabilidade, ser titular de um direito a ser protegido pelo ordenamento jurídico (direito evidente) não merece suportar os ônus decorrentes da demora da necessária para obter a prestação jurisdicional. Nesse caso, justifica-se a inversão do encargo decorrente do tempo necessário para o processo e, assim, a entrega – ainda que provisória – do bem da vida pretendido àquele que demonstra o direito evidente.” (YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp.467- 480, p. 455).

²³³ DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos. OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015: parte geral*; prefácio Antonio Carlos Ferreira. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 1.028.

Assim sendo, além da verificação da probabilidade do direito, comum a todas as situações em que pode ocorrer a concessão da tutela provisória da evidência, os quatro incisos do 311, CPC dispõem sobre hipóteses diferentes de incidência da norma.

O inciso I alude a “abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte” e já havia previsão semelhante no art. 273, II do CPC/73.

Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo explicam que não há consenso na doutrina sobre o que é abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório. Discordam dos autores que entendem que são institutos distintos²³⁴ pois afirmam que manifesto propósito protelatório está contido no abuso do direito de defesa.

São variados os exemplos de atitudes que caracterizam o abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório. Pode ser a tentativa de evitar a citação, a defesa inconsistente ou contrária a texto de lei, a retenção dos autos físicos por mais

²³⁴ Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo explicam: “Didier e outros sustentam que “as expressões ‘abuso de direito de defesa’ e ‘manifesto propósito protelatório’ têm sentidos distintos: aquela abrange atos praticados dentro do processo; esta última se refere aos comportamentos da parte, protelatórios, adotados fora do processo (ex.: simulação de doença, ocultação de prova etc.)”. Sustentam, ainda, que, no caso de comportamento ardiso da parte anterior à formação do processo (ex.: ocultação para evitar citação), também seria aplicável o inciso I do art. 311 do CPC de 2015, que autorizaria a antecipação dos efeitos da tutela logo que citado o réu (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2, p. 621-622. Não se pode, todavia, concordar com essa opinião, tendo em vista que os comportamentos abusivos das partes, mesmo aqueles exercidos aparentemente fora do processo, traduzem-se, invariavelmente, na prática de um ato processual, ou melhor, no exercício de uma situação jurídica subjetiva processual (faculdade, poder, dever, ônus). Além disso, o parágrafo único do art. 311 do CPC de 2015 não autoriza a concessão de antecipação dos efeitos da tutela em caráter liminar no caso dos incisos I e IV do dispositivo. Sendo assim, não parece ser correto o entendimento de que a lei tem por finalidade apenar o comportamento anterior à constituição da relação jurídica processual, pois, se assim fosse, teria permitido a antecipação de tutela liminar também para o inciso I.” (YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp.467- 480, p. 473)

Daniel Amorim segue o mesmo entendimento de Didier (NEVES, Daniel Amorin Assumpção. *Manual de direito processual civil. Volume único* versão digital. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodium. 2017, p. 560)

tempo do que o necessário ou qualquer outra atitude que obstaculize a regularidade da marcha processual.

O inciso I traz um conceito jurídico indeterminado e, por isso, genérico de modo a compreender um sem número de situações, deixando a cargo do intérprete sua definição em face do caso concreto a teor do art. 489, § 1º, II, CPC.²³⁵

Embora Alexandre Freitas Câmara, entre outros autores, aponte um caráter punitivo no inciso, referindo-se à “tutela da evidência sancionatória”²³⁶, é de se considerar que, como já exposto, só é possível a concessão da tutela da evidência, nesse e nos demais casos, mediante a demonstração suficiente da probabilidade do direito. Dito de outra forma, a conduta maliciosa da parte contrária isoladamente não autoriza a concessão da tutela, ou seja, não torna o direito do requerente mais ou menos provável²³⁷, daí não se poder falar em caráter exclusivamente sancionatório. Seja como for, configurada a litigância de má-fé, frise-se que permanece o cabimento da aplicação das sanções previstas no art. 81, CPC ou, ainda, do art. 77, §2º, se se tratar de ato atentatório à dignidade da justiça.

O inciso II traz a hipótese em que “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Nesses casos, a concessão da tutela provisória pode ser, inclusive, anterior ao contraditório de acordo com a previsão do parágrafo único do 311, CPC.

Não se pode deixar de notar que, ao autorizar a concessão da tutela na presença de “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”, o legislador optou (?) por não incluir todas as previsões do 927, CPC, pois não faz menção ao incidente de assunção de competência (927, III, primeira parte), às decisões em

²³⁵ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp.467- 480, p 476.

²³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 154.

²³⁷ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 283.

controle concentrado (927, I) e aos enunciados de súmulas editados pelos Tribunais (927, IV e V).

Por esse motivo, há processualistas que afirmam que o rol do 311, II, CPC é meramente exemplificativo, como Eduardo Lamy²³⁸, ou que comporta interpretação ampla e sistêmica, de modo a compreender “todos os referenciais decisórios dos incisos do art. 927”²³⁹ ²⁴⁰. De outro lado, sustentando a taxatividade do rol e demonstrando congruência com a posição já explicitada no início deste item, Daniel Brajal Veiga, Geraldo Fonseca, Rodrigo D’Orio, Cristiane Druve Tavares e Roberto Armelin afirmam que: “não poderá ser considerada súmula não vinculante. O mesmo se diga quanto à tese fixada no Incidente de Assunção de Competência, que, segundo entendemos, não poderá ser utilizada para fins de concessão de tutela de evidência.”²⁴¹

Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo entendem que, em vista do rol 311, II, é possível afirmar que o legislador foi mais rigoroso com a tutela provisória do que a tutela definitiva, Essa afirmação se fundamenta no confronto do art. 311, II com o disposto no artigo 332, CPC acerca da improcedência liminar do pedido, pois o esse último inclui as súmula do STF e STJ, as decisões de tribunais sobre lei local e acórdão de incidente de assunção de competência.

Os mesmos autores fazem outra observação importante ao afirmarem que o inciso II só faz sentido se interpretado conjuntamente com o parágrafo único, isto é, se a tutela for concedida liminarmente pois, de outro modo, estando a relação processual completa e o contraditório exercido, estar-se-á diante da possibilidade de julgamento antecipado (direto) do mérito (art. 355, CPC). A assertiva é correta na medida de sua generalização, embora não possa se descartar situações específicas em que para que a distinção seja

²³⁸ LAMY, Eduardo. *Tutela Provisória*. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 19.

²³⁹ *Ibidem*, p. 19.

²⁴⁰ É nesse sentido o enunciado 30 do ENFAM: “É possível a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante.”

²⁴¹ VEIGA, Daniel Brajal; D’ORIO, Rodrigo; FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares et al. *Tutela provisória: questões polêmicas*. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 481 – 567, p. 532.

levada à cabo seja necessário algum tipo de expediente que exija tempo e, nesse caso, a concessão da tutela de evidência seria, de rigor, a providência adequada, mesmo após a contestação.

O inciso III dispõe sobre os casos em que, o pedido sendo reipersecutório e havendo prova documental adequada do contrato de depósito, é possível, por meio da tutela provisória da evidência, a decretação de ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa²⁴². Guarda correspondência com a ação de depósito dos artigos 901 a 906 do CPC/73, que deixou de existir enquanto procedimento especial e é agora tutelada pelo procedimento comum.

Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo explicam que “a prova documental recai exclusivamente sobre o contrato de depósito, o que, de certa forma, é desnecessariamente limitador: a disposição poderia abarcar todo e qualquer pedido reipersecutório, ainda que não com fundamento em depósito”. Os mesmos autores entendem ainda que o legislador poderia, a despeito da previsão autorizadora do art. 297, CPC, ter sugerido outras medidas de apoio²⁴³.

O inciso IV trata da hipótese em que 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”. O inciso em si pode parecer bastante claro porém, na prática, os processualistas retomam a questão já discutida acima sobre como diferenciar essa hipótese de um julgamento antecipado do mérito. De duas, uma: ou já é possível julgar ou o direito não é tão evidente assim. Sem precipitações!

O primeiro ponto que pode ser levantado é a natureza da prova pois, embora o artigo seja claro em relação ao autor, é silente no que toca ao réu, sendo esta a chave

²⁴² Ensina Humberto Theodoro Júnior: “O contrato de depósito é real, pois se aperfeiçoa com a entrega da coisa móvel ao depositário, o qual assume a obrigação de guardá-la, “até que o depositante a reclame” (Código Civil, art. 627). O vínculo contratual se extingue, portanto, no momento em que o pedido de restituição é formulado. Se a devolução imediata não ocorre, a retenção da coisa depositada se torna verdadeiro esbulho.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 712)

²⁴³ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp.467- 480, p. 479.

da interpretação para alguns autores. A contraprova tem que ser documental (ou documentada), o que significa dizer que se a prova documental trazida aos autos não for capaz de opor dúvida razoável e essa for o único meio de prova, estar-se-á diante de um caso julgamento antecipado do mérito ao passo que se houver outros meios de prova a serem produzidos, caberá a tutela de evidência com fundamento do inciso IV²⁴⁴. Sérgio Cruz Arenhart, Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero aventam hipótese em que o réu, na defesa indireta de mérito, não apresenta prova documental capaz de opor dúvida razoável à narrativa do autor e pugna pela produção de outros meios de prova, afastando o julgamento antecipado do mérito e fazendo incidir o 311, IV, CPC²⁴⁵.

Ademais, como já comentado acima, há de se considerar o efeito suspensivo como bem expõe Fernando Fonseca Gajardoni:

Olvidam-se estes autores, contudo, que a apelação da sentença de procedência, como regra, é dotada de efeito suspensivo automático (*ope legis*) (artigo 1.012, caput, do CPC/2015), inexistente nos casos em que o juiz, na sentença, confirma, concede ou revoga tutela provisória (artigo 1.012, § 1.º, V, do CPC/2015). Em outros termos, nas hipóteses de direito evidente na forma do artigo 311, IV, do CPC/2015, o efeito suspensivo da apelação é controlável *ope judicis*, com a possibilidade de o juiz julgar antecipadamente procedente o pedido e, além disso, conceder a tutela da evidência na sentença, possibilitando desde logo o cumprimento provisório da sentença. Inovação interessante e que, se bem empregada, pode contornar o erro que foi a manutenção do efeito suspensivo automático da apelação no CPC/2015.²⁴⁶

Por fim, o recurso cabível contra a tutela provisória da evidência é, em regra, o agravo de instrumento, ressalvadas as hipóteses de concessão na sentença, caso em que será guerreada pela apelação. Por certo que, presentes as hipóteses, sempre caberão embargos de declaração e, se concedida pelo relator, agravo interno.

²⁴⁴ Didier p. 629 e Daniel Amorim Assumpção Neves, p. 225

²⁴⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 323.

²⁴⁶ DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos. OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015: parte geral*; prefácio Antonio Carlos Ferreira. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 1.034.

2.2.4. Efeito suspensivo

Já tratamos do duplo grau de jurisdição e da possibilidade de revisão de uma decisão por outro órgão jurisdicional. A passagem do tempo para que essa revisão seja levada à cabo, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, é passível de causar danos às partes. Esse dano, como já expusemos, pode ter, *grosso modo*, três vieses distintos: 1. pode ser em razão da “simples passagem do tempo”, o que foi chamado de dano marginal pela doutrina; 2. pode dizer respeito à impossibilidade de concretizar o direito, caso o bem da vida – ou o que lhe equivalha – não seja resguardado durante o processo ou 3. a inutilidade da prestação jurisdicional concedida no tempo regular do processo frente à urgência de sua concessão.

Por isso, ante a (possibilidade) de interposição de um recurso, é possível que outras providências sejam necessárias para amenizar ou afastar os efeitos do tempo.

É nesse contexto que se insere o efeito suspensivo. Considerando que o tema central dessa dissertação é a tutela provisória concedida pelo relator em 2º grau de jurisdição, será necessário debruçarmo-nos sobre o efeito suspensivo em, pelo menos, dois momentos distintos: nesse tópico, em que abordaremos generalidades a seu respeito, e quando tratarmos especificamente da forma de concessão do efeito suspensivo pelo relator em cada um dos recursos no intuito de traçar um panorama crítico da tutela provisória em grau recursal.

Ao longo dos anos, em face do direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva, a doutrina discutiu e refinou o conceito de efeito suspensivo. O que antes resumia-se a “suspender” a eficácia de uma decisão judicial foi objeto de reflexão mais detida de que se extraíram alguns pontos que merecem ser mencionados.

Primeiramente, o próprio nome dado ao efeito que, por questões de tradição, é mantido. Quando se observa o fenômeno mais atentamente, percebe-se que os efeitos da decisão não são “suspensos” com a interposição do recurso, a decisão simplesmente não produz efeitos logo que proferida, sendo necessário que o prazo recursal se ecoe *in albis* para que a decisão passe a surtir efeitos. Assim, a interposição de um recurso que

tenha efeito suspensivo *prolonga* a ineficácia da decisão combatida e não propriamente suspende o que não existia ainda²⁴⁷.

Se a extensão do efeito suspensivo é plena ante a simples possibilidade de impugnação, isto é, desde a prolação da decisão até a efetiva interposição do recurso, há de se observar que, uma vez interposto o recurso, a decisão recorrida manter-se-á ineficaz, no máximo, na exata medida do que foi devolvido e a matéria não impugnada transitará em julgado. Entretanto, há a possibilidade de parte de decisão recorrida submeter-se ao regime de suspensão legal e parte não e, portanto, “pode haver suspensão com extensão menor que a da devolução”²⁴⁸

Araken de Assis ensina que o efeito suspensivo tem fundamento no princípio da segurança, pois representa o “ponto de equilíbrio entre dois interesses legítimos”, quais sejam, aquele do vencedor e o do sucumbente, na medida em que o primeiro quer realizar o direito já declarado e o segundo, ao contrário, intenta evitar que a decisão injusta desde já opere seus efeitos irreversíveis²⁴⁹.

Assim, a fim de se aguardar o pronunciamento do Tribunal, quer seja porque há perigo na execução imediata da decisão recorrida ou, ainda, porque há grande probabilidade de sucesso do recurso, pode ser necessário o estabelecimento de uma situação provisória, que será, ao cabo, substituída pela decisão final definitiva.

²⁴⁷ Na lição de José Carlos Barbosa Moreira: “Consiste este efeito, que não se confunde com o acima indicado [efeito devolutivo], em fazer subsistir o óbice à manifestação da eficácia da decisão. A interposição não faz cessar efeitos que já se estivessem produzindo, apenas prolonga o estado de ineficácia em que se encontrava a decisão, pelo simples fato de estar sujeita à impugnação através do recurso. A denominação “efeito suspensivo”, por isso, apesar de tradicional, é a rigor inexata. O impedimento atinge toda a eficácia da decisão, e não apenas o efeito executivo que ela possa ter. Impróprio, destarte, conceituar a suspensividade em termos restritos, alusivos unicamente à impossibilidade de executar-se a decisão, que, aliás, por sua própria natureza, nem sempre comportaria execução em sentido técnico: assim, as decisões meramente declaratórias e as constitutivas.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, 29ª edição. São Paulo: Forense, 2012, p. 122).

²⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Efeitos dos recursos. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. volume 5. NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 57

²⁴⁹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1ª ed e-book baseada na 8ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 203.

Tem-se, portanto, que o efeito suspensivo decorrente de lei (*ope legis*) evita o início da execução da decisão por um determinado período, ou seja, o efeito suspensivo é provisório e se extingue com a prolação da decisão do Tribunal.

De outro lado, há algumas situações em que suspender/ prolongar a ineficácia da decisão pouco interessa ao recorrente. É o caso em que o recurso é manejado contra decisão que indeferiu determinado pedido. Suspender o “não” significa que as coisas permanecerão como estão até que o recurso seja julgado e a decisão, oxalá, revertida; em outras palavras, é interesse do recorrente que ele obtenha o quanto antes o “sim” para realização de determinado ato. Nesses casos, o efeito suspensivo *per se* é inócuo, pois o recorrente precisa que a tutela a ser proferida pelo Tribunal surta efeitos imediatos, ou seja, o recorrente almeja a antecipação da tutela recursal ou o que a doutrina convencionou chamar de efeito suspensivo ativo. Seja como for, essa decisão também é provisória e será substituída pela decisão definitiva do Tribunal²⁵⁰.

Percebe-se, portanto, que, em grau recursal, a concessão do efeito suspensivo é uma técnica voltada para a satisfação ou acautelamento provisório de um direito, isto é, é uma espécie de tutela provisória.

De acordo com o artigo 995, CPC²⁵¹, a regra geral é que os recursos não têm

²⁵⁰ Na lição de Eduardo Talamini: “Com tudo isso, quer-se chegar no seguinte ponto: a simples possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao agravo, nos casos em que haja relevância e urgência, não eliminará a utilização do mandado de segurança contra ato jurisdicional. Restariam, sempre, os casos em que não se busca a suspensão do cumprimento da decisão agravada e, sim, um efeito que se poderia chamar de “ativo”. 24 Assim, de duas uma: (a) ou se interpreta teleologicamente o novo art. 558 do CPC (LGL\1973\5), entendendo-se que ele autoriza não só a suspensão “do cumprimento da decisão” agravada (como diz literalmente o preceito), mas também a própria concessão antecipada da providência negada pelo órgão a quo e que se busca através do recurso; (b) ou, para esses casos que tendem a ser cada vez em maior número, sobretudo após a realista adoção generalizada da tutela de urgência em nosso sistema), continuará sendo usado o mandado de segurança. A mesma ratio que se põe para a admissão da suspensão do cumprimento da decisão agravada existe para autorizar a concessão antecipada da providência ativa que a decisão agravada negou: a garantia do resultado do recurso.” (TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 80, pp. 125-146, out./dez.1995, p.130)

²⁵¹ Art. 995 Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.
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.

efeito suspensivo ressalvadas “as disposições legais ou decisões judiciais em sentido diverso”.

Embora, à primeira vista, tenha-se a impressão de que o sistema recursal rejeite a suspensividade e adote a eficácia imediata das decisões e, diga-se de passagem, é isso o que diz o texto de lei, a realidade mostra-se bastante diversa na medida em que a apelação – o recurso por excelência – apresenta-se como uma das ressalvas positivadas na lei. Assim, considerando o papel da apelação dentro do processo, tem-se que a exceção é maior que a regra e que o efeito suspensivo legal ainda é um aspecto comuníssimo no direito processual brasileiro²⁵².

Além disso, o parágrafo único do mesmo artigo, dispõe sobre a concessão do efeito suspensivo quando houver perigo na demora e probabilidade de provimento do recurso ou, em outras palavras, versa sobre a outra exceção prevista no *caput*, a “decisão judicial em sentido diverso”.

Note-se que, a rigor, embora o art. 995, CPC traga disposição acerca do efeito suspensivo *ope legis* e *ope judicis*, não faz qualquer menção ao efeito suspensivo ativo. Seja como for, a antecipação da tutela recursal é amplamente aceita pela doutrina e pela

²⁵² Embora o projeto de lei do CPC aprovado no Senado não trouxesse a previsão do efeito suspensivo *ope legis* na apelação, durante as discussões havidas na Câmara, optou-se por mantê-lo. Cassio Scarpinella Bueno critica a opção do legislador: “A preservação dessa regra representa, na minha opinião – e com o devido respeito do entendimento contrário –, um dos grandes retrocessos do CPC de 2015, máxime porque conflita frontalmente com o que, a este respeito, propuseram o Anteprojeto e o Projeto do Senado. Infelizmente, o Senado, na derradeira fase do processo legislativo, não recuperou a sua própria proposta (art. 968 do Projeto do Senado), mantendo, em última análise, a regra de que a apelação, no direito processual civil brasileiro, tem (e continua a ter) efeito suspensivo.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 723).

A esse respeito também comenta Luís Guilherme Aidar Bondiol: “Entretanto, a referida mudança é menor do que aparenta ser. Na medida em que o recurso por excelência, qual seja, a apelação, tem ordinário efeito suspensivo (art. 1.012, *caput*, do CPC), soa como propaganda enganosa a ideia de que os recursos não impedem a eficácia da decisão. Instituir uma ressalva com essa proporção coloca em xeque a própria regra. Mais condizente com o texto do art. 995 do CPC era a retirada do efeito suspensivo da apelação, cogitada durante o processo legislativo, mas abandonada no meio do caminho que conduziu à Lei n. 13.105/2015” (BONDIOL, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao CPC*, v. XX, 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 34)

jurisprudência e, presentes os requisitos, “o recorrente faz, sim, jus à providência correspondente ao adiantamento provisório do provimento do recurso”²⁵³

Portanto, há duas previsões no 995, CPC para o efeito suspensivo: pode ser decorrente da lei ou pode ser concedido pelo juiz, presentes o *fumus bonus iuris* e o *periculum in mora*. Contudo, há outras disposições no sistema que não casam tão harmonicamente com o 995, CPC. E é disso que nos ocuparemos em seguida.

2.3 Forma e apreciação pelo relator

A fim de atender o mandamento constitucional do acesso à justiça, o Código de Processo Civil traz, em sua parte geral, dentre outras previsões com o mesmo intuito²⁵⁴, disposições acerca da tutela provisória. Assim, o CPC prevê tutelas da evidência e de urgência, subdividindo-se esta última em cautelar e antecipada (satisfativa). O traço distintivo entre as duas espécies de tutela provisória é a ausência do requisito perigo na demora para a concessão da tutela de evidência, sendo certo que nenhuma delas prescinde da demonstração da probabilidade do direito.

De outro lado, também nas disposições gerais sobre a tutela provisória, a leitura do parágrafo único do artigo 299 evidencia que a tutela provisória pode ser requerida em

²⁵³ ALVIM, Teresa Arruda. Comentário Capítulo I: Disposições gerais (arts. 994 a 1.008). *Comentários ao novo código de processo civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed Forense, 2016, p. 1.492.

²⁵⁴ A comissão de juristas do anteprojeto do CPC/15 preocupou-se constantemente em elaborar um Código de Processo Civil que refletisse os valores constitucionais. Logo no início da exposição de motivos, anunciaram: “Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.” (BRASIL. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em 05 ago. 2017, p. 24).

grau recursal e, portanto, em muitos casos, confunde-se com o efeito suspensivo.

Além do artigo 299, tem que se considerar o art. 995, CPC, que trata do efeito suspensivo *ope legis* e *ope judicis*, o art. 932, II que dispõe sobre as atribuições do relator no que diz respeito à tutela provisória, além das disposições específicas de cada recurso.

E é exatamente quando se busca uma unidade no sistema que algumas questões se colocam. Intentaremos levantar os contrassensos e identificar uma linha mestra que os una harmonicamente.

Observemos, primeiramente, os artigos isoladamente para em seguida analisar como (e se) dialogam.

Tornando ao parágrafo único do art. 299, CPC, observa-se que a lei identifica como competente para a apreciação da tutela provisória o “órgão colegiado jurisdicional competente para apreciar o mérito”, a não ser que haja previsão diversa na legislação especial. Isto significa dizer que o pedido de tutela provisória deve ser apreciado, a rigor, pelo órgão colegiado competente. Todavia, como já discutido no item 1.1.2.4, atualmente, em razão da mitigação do princípio da colegialidade frente ao princípio do acesso à justiça integral, é perfeitamente possível que o relator o faça em decisão singular.

Como comentado no item anterior, o artigo 995, CPC dispõe que, em regra, os recursos não terão efeito suspensivo, a não ser que haja previsão legal ou decisão judicial em sentido contrário. Os requisitos para que se conceda o efeito suspensivo são “risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso” e é a decisão do relator que suspende a eficácia da decisão recorrida. A princípio, portanto, excluiu-se a tutela da evidência.

O artigo 932, CPC dispõe sobre as atribuições do relator, sendo que o inciso II trata especificamente da apreciação do “pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal”.

São esses os artigos relacionados à tutela provisória em grau recursal e, afora esse, há previsões específicas para cada recurso.

Começamos, então, pelo recurso de apelação. O artigo 1.012 institui o efeito suspensivo *ope legis* e seu §1º traz as exceções²⁵⁵. Um pouco mais de atenção exige a leitura dos §§ 3º e 4º²⁵⁶ do mesmo artigo. O §3º dispõe sobre a concessão do efeito suspensivo às exceções do §1º. Define a forma do pedido como sendo um “requerimento” que será apreciado pelo Tribunal, nos casos em que o pedido for feito entre a interposição da apelação e a distribuição ao relator. Nesse caso, será designado relator que ficará prevento. Ou, se a apelação já tiver sido distribuída, o pedido será analisado pelo relator.

O §4º traz os requisitos para a concessão do efeito suspensivo, quais sejam, a demonstração da “probabilidade de provimento do recurso **ou** se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.” Note-se que o apelante deve demonstrar um requisito **ou** outro, permitindo-se, portanto, a possibilidade de concessão de tutela da evidência.

De outro lado, o dispositivo fala apenas em suspender a eficácia da sentença recorrida, sem qualquer menção ao efeito suspensivo ativo, o que, em verdade, não acarreta maiores questionamentos vez que a redação do art. 294, CPC, ao dispor em termos gerais sobre as tutelas provisórias, não deixa dúvidas acerca da possibilidade de a tutela provisória de urgência ser antecipada, ou seja, corresponder ao efeito suspensivo ativo do recurso.

²⁵⁵ Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição.

²⁵⁶ Art. 1.012, §3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao:

I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la;

II - relator, se já distribuída a apelação.

§4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Questão interessante que se coloca diz respeito à concessão de efeito suspensivo *ope juidicis* na apelação que traga impugnação de decisão interlocutória em sua preliminar.

A questão que se coloca diz respeito ao alcance do efeito suspensivo no tocante às decisões interlocutórias impugnadas, ou seja, ao se deferir a tutela provisória, suspendem-se também os efeitos das decisões interlocutórias atacadas na apelação?

Vislumbram-se duas hipóteses contempladas nessa indagação, a primeira é aquela de recurso de apelação interposto pelo autor que é (parcialmente ou não) sucumbente e que, portanto, pede a antecipação da tutela recursal. A outra possibilidade diz respeito ao réu sucumbente nos casos excepcionados pelo parágrafo 1º do artigo 1.012, CPC e que requer a suspensão dos efeitos da sentença. Em ambos os casos, considerando a existência de decisões interlocutórias indeferidas – e, por óbvio, que não versaram sobre um pedido anterior de tutela provisória –, subsistindo interesse, delas recorrerá o apelante (ou o apelado, nas contrarrazões) sob pena de preclusão a teor do artigo 1.009, § 1º, CPC.

Para as decisões interlocutórias o legislador definiu duas formas de impugnação distintas: o agravo de instrumento e a preliminar de apelação. No que diz respeito à preliminar de apelação, note-se que, apesar de fisicamente formarem uma única peça ou ainda um único arquivo de PDF, os fundamentos de fato e de direito que sustentam as duas impugnações – uma contra a sentença e a outra contra a decisão interlocutória não agravável – não se confundem, os fundamentos de fato (a decisão interlocutória e a sentença) e de direito, para ficar no óbvio, não são os mesmos e, portanto, o pedido de tutela provisória deve ficar adstrito a um ou ao outro. Hipoteticamente, não há óbice a formulação de um pedido de tutela provisória para inibir os efeitos da sentença e outro com a mesma finalidade em relação à decisão interlocutória.

Entendemos, portanto, não existir um efeito suspensivo automático pelo mero fato de a impugnação à decisão interlocutória ter sido feita no bojo de uma apelação²⁵⁷.

²⁵⁷ Nesse sentido, o enunciado n. 559 do Fórum de Permanente de Processualistas Civis: “o efeito suspensivo *ope legis* do recurso de apelação não obsta a eficácia das decisões interlocutórias nele impugnadas”

O artigo 1.019, I traz disposições a respeito da concessão de tutela provisória no agravo de instrumento. Esse inciso estabelece que o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”.

Nota-se que o dispositivo não faz qualquer menção aos requisitos para a concessão da tutela provisória em geral, embora refira-se à tutela antecipada, que, como já dito, pode ser fundamentada na urgência ou na evidência.

De qualquer modo, a redação do artigo 1.019, I é idêntica àquela do artigo 527, III do CPC anterior, o que talvez explique o fato de fazer referência expressa à “antecipação de tutela”.

Já no caso dos embargos de declaração, o art. 1.026 determina que não há efeito suspensivo²⁵⁸. De outro lado, o §1º dispõe que “a eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação”, isto é, presente a probabilidade **ou** o perigo na demora, permitindo-se, portanto, a tutela de urgência e a tutela de evidência.

No que toca aos recursos especial e extraordinário, esses recursos, por se dirigirem a Tribunais Superiores, a rigor, não são objeto do nosso estudo. Contudo, considerando-se o recurso é interposto no juízo *a quo* e que é possível requerer a tutela provisória no momento da interposição, parece conveniente analisar essas disposições no intuito de buscar estabelecer a coesão do sistema da tutela provisória. Portanto, o art. 1.029, § 5º dispõe que: “o pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre

²⁵⁸ Não é demais lembrar que há situações em que **aparentemente** os embargos têm efeito suspensivo. Isso porque, no caso de uma sentença, além dos embargos de declaração, o outro recurso manejável é a apelação que, na maior parte das vezes, tem efeito suspensivo. Portanto, impedida a sentença de produzir efeitos até que o prazo para apelar se esvaia sem a interposição do recurso, ao observador mais incauto pode parecer que a interposição dos embargos coíbe a manifestação dos efeitos da decisão atacada, o que, frise-se, não corresponde à realidade do fenômeno pois é a possibilidade de interposição da apelação que impede a eficácia imediata da decisão.

a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037”, isto é, enquanto o recurso estiver no Tribunal *a quo* para o juízo de admissibilidade²⁵⁹, o pedido de

²⁵⁹ Essa é a redação dada pela Lei nº 13.256 de 2016, que alterou o CPC/15 ainda durante sua *vacatio legis* para restabelecer o duplo juízo de admissibilidade nos recursos extraordinários. Rogério Licastro Torres de Mello, entre outros, criticam a alteração ainda antes da entrada em vigor do CPC 2015 não só por ser tratar de evidente “movimento representativo de claro defensivismo jurisprudencial dos tribunais superiores” (*op. cit.* p. 337), mas, principalmente, porque a concessão da tutela provisória recursal voltava a ser, a depender do momento em que era requerida, da competência do juízo *a quo*. Dizendo de outro modo, perpetuou-se um contrassenso que já havia sido observado sob a égide do CPC/73 e que havia sido extirpado na redação original do CPC/15, como explica o mesmo autor: “Com efeito, mantém-se uma espécie de contrariedade à configuração procedimental para a apreciação de tutelas provisórias em grau recursal. De conformidade com o disposto no parágrafo único do art. 299 do Novo CPC (como, aliás, já ocorria no CPC/1973, art. 800), a análise de pedidos de tutela provisória recursal é geralmente reservada ao órgão competente para o julgamento do mérito do recurso, dado que a concessão de tal espécie de tutela perpassa pela cognição desse mérito. Ao manter a dupla admissibilidade dos recursos excepcionais, a Lei n. 13.256/2016 acabou por também manter a esdrúxula situação caracterizada pela apreciação, por parte do próprio tribunal prolator da decisão objeto de recurso excepcional (em primeiro juízo de admissibilidade), do pedido de tutela provisória recursal tirado em face da decisão desse mesmo tribunal, o que em nosso pensar reduz, no mais das vezes, a chance de sucesso de tal pleito.” (MELLO, Rogério Licastro Torres de. A competência para a apreciação de tutelas provisórias nos recursos. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 325 – 338, p.338)

De outro lado, interessante a decisão monocrática, confirmada posteriormente no agravo interno, em que o relator Ministro Marco Aurélio Bellizze identifica que, apesar da regra do 1.029,§5º, III, há na jurisprudência do STJ previsão de exceção nos casos de “manifesta ilegalidade ou teratologia” autorizadora da imediata apreciação do pedido de tutela de urgência no órgão *ad quem* a despeito de o recurso aguardar ainda o juízo de admissibilidade no tribunal inferior. (Pedido de tutela provisória nº 18 – SP 2016/0290065-0)

TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. RECURSO AINDA NÃO SUBMETIDO A JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NA ORIGEM. COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL LOCAL. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. CARACTERIZAÇÃO. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. EXCEPCIONALIDADE VERIFICADA. PEDIDO DEFERIDO.

[...]

Conforme expressamente consignado na petição formulada pelo ora requerente, o presente pedido de tutela provisória de urgência visa à atribuição de efeito suspensivo a recurso especial já interposto na origem, mas ainda pendente de apreciação pelo juízo de admissibilidade no Tribunal estadual.

Todavia, conforme delinea a antiga jurisprudência desta Corte Superior, ainda na égide do CPC/73, é possível a concessão diretamente por esta Casa de efeito suspensivo a recurso especial pendente de juízo de admissibilidade na origem, quando efetivamente demonstrada, além dos requisitos próprios da tutela de urgência, situação de manifesta ilegalidade ou

concessão de tutela provisória será dirigido ao Presidente ou vice. Não há qualquer disposição a respeito de requisitos específicos ou forma de interposição. Anote-se, ademais, que a outra possibilidade de o juízo *a quo* conceder a tutela provisória está prevista nos casos em que o incidente de resolução de demandas repetitivas é instaurado, a teor do art. 982, §2º, *in verbis*, “durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso”.

Como já afirmado, é desejável, senão necessário, que os artigos ora apresentados isoladamente, formem um todo harmônico, simples e eficiente. Analisemos, pois, o conjunto.

Note-se, de antemão, que não se pode, nesse estudo, perder de vista as premissas já lançadas anteriormente, quer sejam aquelas ligadas à figura do relator ou as outras que dizem respeito à tutela provisória. Isso significa dizer que, ao buscar identificar os contornos da concessão monocrática de tutela provisória em grau recursal, devemos lastrear-nos no equilíbrio entre os princípios constitucionais tanto no que diz respeito à realização do direito material quanto no tocante à interpretação do direito processual, que é instrumental, a fim de extrair do texto a norma mais adequada à realidade.

Nesse sentido, pode-se dizer que a norma geral estampada no art. 299 prevê que a concessão da tutela provisória em grau recursal seja feita pelo “órgão jurisdicional competente” não está em confronto com os arts. 932, II e 995, CPC, que atribuem ao relator essa competência.

Alguns autores argumentam que “quem pode o mais, pode o menos”²⁶⁰, fazendo menção ao fato de haver outras previsões no art. 932 que autorizam o relator a julgar o mérito, ou seja, a prolatar decisão definitiva e não provisória, como é o caso da tutela provisória.

teratologia (cf. AgRg na MC 20.254/SP, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16 abr. 2013).

²⁶⁰ CASTRO, Daniel Penteadó de. *Tutela da evidência em grau recursal*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI274888,31047-Tutela+da+evidencia+em+grau+recursal>. Acesso em 06.09.2018.

Em nosso sentir, a discussão sobre a competência do relator para julgar monocraticamente está superada. É certo que vários fatores estão a justificar tal posicionamento e conjugados têm peso suficiente para sustentá-lo. Pode-se citar o princípio da economia processual vez que o tempo e o trabalho de três julgadores é feito por apenas um e não se pode olvidar que, caso haja dúvidas quanto à retidão da decisão deste um, há previsão de impugnação por meio do agravo interno. Aliás, se este não estiver convicto, por qualquer que seja a razão, pode (deve) levar a decisão ao colegiado, como bem lembram Fredie Didier, Leonardo José Carneiro Cunha²⁶¹ e Daniel Amorim Assumpção Neves²⁶².

O julgamento colegiado, como visto, é uma opção legislativa lastreado em fatores sociais e não jurídicos. Assim como também o é a adoção do julgamento singular, que, como qualquer outro fenômeno social, veio se firmando desde meados do século passado frente às questões já discutidas de aceleração da prestação jurisdicional.

Logo, a interpretação conjunta dos artigos 299, parágrafo único; 932, II e 995, parágrafo único leva a concluir que o relator tem competência para apreciar monocraticamente o pedido de tutela provisória requerida em grau recursal, devendo levar a questão ao órgão colegiado quando necessário.

No que toca ao momento e à forma de requerer a tutela provisória, o CPC é quase que inteiramente “omisso”. Notem-se as aspas pois a falta de prescrição nesse sentido é proposital, na medida em que a tutela provisória é, em boa parte dos casos, urgente e

²⁶¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil 3: o processo civil nos tribunais, recursos ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, 13ª ed., Salvador: Ed. Jus Podium, 2016, p. 52.

²⁶² “Uma leitura mais apressada do dispositivo pode levar o intérprete a concluir que a competência para decidir pedidos de tutela provisória e efeito suspensivo é do relator, quando na verdade o relator atua com competência delegada pelo órgão colegiado. A competência, portanto, é do órgão colegiado, de forma que o relator poderá levar o pedido à sessão de julgamento para a prolação de decisão colegiada, não sendo seu dever a prolação de decisão monocrática. É natural que na maioria das vezes a decisão será monocrática em razão da urgência da situação, mas a decisão unipessoal não é um dever do relator nesse caso. Se for proferida a decisão monocrática, será cabível o recurso de agravo interno.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil. Volume único* versão digital. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodium. 2017, p. 2.375).

pode ser imprevisível e inesperada. Daí a opção do legislador em não prescrever forma ou momento específicos.

Assim o pedido de tutela provisória (incidental) segue o disposto no artigo 188, *in verbis*, “os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

Logo, o pedido de tutela provisória pode ser feito em uma petição simples ou na petição de razões ou contrarrazões do recurso interposto. Isso porque a urgência pode se concretizar, por exemplo, imediatamente após a realização da perícia, da audiência de instrução ou do protocolo das contrarrazões ou, ainda, da manifestação acerca do julgamento virtual (e assim continuaria, com um sem número de situações). O que se quer dizer, portanto, é que não há como prever quando os requisitos autorizadores podem surgir. Daí não ser possível prever uma forma específica. É nesse sentido o entendimento do FPPC, *in verbis*, “o pedido de antecipação da tutela recursal ou de concessão de efeito suspensivo a qualquer recurso poderá ser formulado por simples petição ou nas razões recursais” (enunciado n. 609).

Isso dito, tem -se que a forma para o requerimento da tutela provisória em 2º grau de jurisdição é livre, podendo ser o pedido acompanhar as razões, as contrarrazões ou ser veiculado em petição avulsa.

No que diz respeito ao momento processual adequado, a princípio, o pedido pode ser formulado a qualquer momento, desde que presentes os requisitos autorizadores²⁶³.

²⁶³ Embora fujam aos objetivos desta dissertação, cumpre notar duas situações específicas que não dizem respeito somente ao momento do pedido de tutela provisória em 2º grau de jurisdição.

Primeiramente, deve restar claro que a ausência de previsão de momento específico para a formulação de pedido de tutela provisória não deve ser entendida como a possibilidade de se repetir o pedido ao longo do procedimento. O que se pretende dizer é que a repetição do pedido de tutela provisória (anteriormente indeferido), sem que haja havido alteração na situação fática não é admissível por força da preclusão consumativa. Em outras palavras, a “repetição” só poderá ocorrer se não for propriamente uma repetição, isto é, se a parte demonstrar que houve alteração nos elementos autorizadores da concessão da tutela.

Portanto, a renovação pura e simples do pedido de tutela provisória é vedada por conta da preclusão ao passo que, havendo alteração dos requisitos autorizadores, o pedido de tutela provisória poderá ser formulado a qualquer tempo.

Embora não tenha prescrito momento específico, o legislador procurou clarificar o procedimento no interregno entre a prolação da sentença e o recebimento do recurso pelo relator.

O art. 1.012, § 3º, I e II, ao tratar do pedido de efeito suspensivo *ope judicis*, dispõe que esse pedido será dirigido ao “tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la” ou, se a apelação já tiver sido distribuída, o seu relator.

Portanto, assim que a parte apelante interpuser o recurso, eventual pedido de tutela provisória deverá ser dirigido ao Tribunal, ainda que os autos estejam no juízo a *quo*²⁶⁴.

Existe previsão semelhante em relação aos recursos extraordinários que define o órgão competente tendo como parâmetro o juízo de admissibilidade e de que já se falou linhas acima. Em relação ao agravo de instrumento e aos embargos de declaração, tal

Outro ponto a ser discutido e que concerne ao momento do pedido, relaciona-se com o adiamento da formulação do pedido pela parte interessada, ou seja, ainda que presentes os requisitos a parte não requer a concessão da tutela provisória de imediato, guardando uma “carta na manga” para ser usada quando lhe convier.

Essa perspectiva tem que ser avaliada *cum grano salis* já que, em verdade, a responsabilização do requerente da tutela provisória é objetiva. Considerando que, *a priori*, as chances de a tutela ser revogada diminuem a medida em que o corpo probatório vai se densificando, justifica-se, para além do argumento maquiavélico, a opção de se aguardar um momento mais adequado e minimizar os riscos de uma possível reversão. Ademais, corrobora esse posicionamento, o fato de a tutela provisória poder ser concedida, inclusive, na sentença e, portanto, saudável a opção legislativa de não fazer qualquer ressalva temporal ao requerimento.

²⁶⁴ Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno: “O § 3º do art. 1.012 prevê a possibilidade de ser atribuído efeito suspensivo à apelação que não o tem, inclusive aquelas previstas pela legislação processual extravagante, observando-se os referenciais contidos no § 4º do art. 1.012. O precitado § 3º tem o mérito de solucionar importante discussão sobre o órgão jurisdicional competente para apreciar o pedido de atribuição *ope judicis* do efeito suspensivo. Desde a interposição do apelo (o que se dá na primeira instância) e sua distribuição (o que pressupõe seu recebimento, física ou eletronicamente, pelo Tribunal), o requerimento será dirigido ao Tribunal que, de acordo com o seu regimento interno, indicará o órgão competente para sua apreciação. A partir do instante em que a apelação tiver sido distribuída, o relator passa a ser o competente, o que se harmoniza com o disposto no inciso II do art. 932. A prevenção do relator, na primeira hipótese, depende de previsão regimental específica, não cabendo ao CPC de 2015 imiscuir-se nessa disciplina, iniciativa que afrontaria a alínea a do inciso I art. 96 da CF. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 724).

previsão sequer faria sentido, já que o primeiro é interposto diretamente no Tribunal e o segundo perante o mesmo órgão prolator que também o julgará.

Todavia, percebe-se que resta ainda um período sobre o qual não há regra específica. Trata-se daquele compreendido entre a prolação da sentença²⁶⁵ e a efetiva interposição do recurso.

A resposta mais simples e corriqueira²⁶⁶ é que o pedido deve ser feito ao Tribunal porque o juiz de 1º grau encerrou seu ofício com a prolação da sentença²⁶⁷. Concordo com o efeito prático da afirmação, mas é necessário ajustar um pouco as razões.

Cumprir notar que até 2005, ao exarar a sentença, o juiz realmente cumpria seu ofício porque dali para frente ou o processo seria objeto de revisão pelo juízo de 2º grau ou, com a sentença incontestada, o vencedor iniciaria um processo de execução. Pois bem. Com a adoção do processo sincrético, os atos executivos se realizam nos mesmos autos e perante o mesmo juízo da fase de conhecimento e, logo, a justificativa do “fim da jurisdição” não se sustenta.

²⁶⁵ Note-se que “prolação da sentença” corresponde à publicização da decisão de forma inequívoca, o que não coincide com a publicação no órgão de imprensa oficial. Para os mais experientes, o exemplo que vem primeiro é o da sentença em audiência; para os mais novos, o aviso de mudança de andamento por meio do *push*. Seja qual for o caso, deve-se ter em mente que a publicação “somente” visa a dar ciência às partes, mas o pronunciamento (ato) sentença já está perfeito e acaba antes da publicação, sendo verificada a preclusão *pro judicato*.

²⁶⁶ Confira-se o julgado: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Extinção de condomínio. Insurgência contra decisão proferida pelo Juiz de Direito após a sentença concedendo tutela provisória. Ausência das hipóteses do art. 494, I e II, do Código de Processo Civil, para a alteração da sentença Decisão proferida após encerrada a possibilidade de exercício da jurisdição pelo Juiz de Direito nos autos Nulidade reconhecida - Agravo de instrumento provido, prejudicado o agravo interno. (TJ/SP, Agravo de instrumento n. 2156050-93.2018.8.26.0000, julgado em 05 fev. 2019).

²⁶⁷ Em sentido contrário, Daniel Amorim Assumpção Neves: “No tocante aos processos em que haja recurso interposto, após essa interposição cabe à parte interessada requerer a concessão de tutela provisória perante o tribunal competente para julgar o mérito recursal. Note-se que o dispositivo não dispõe a respeito da necessidade de recebimento ou da necessidade de os autos do processo já se encontrarem no tribunal. A interpretação do dispositivo legal nos leva à conclusão de que, durante o tempo que mediar entre a publicação da sentença, e o ingresso da apelação, o órgão competente será o juiz de primeiro grau. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil. Volume único* versão digital. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodium. 2017, p. 499).

Retomando o conceito, até aqui já bastante batido, de tutela provisória, tem-se que esse tipo de tutela é previsto para os casos em que haja (risco e) probabilidade. Probabilidade de quê? Responde-se: o julgador, ao analisar o conjunto probatório dos autos, afere a probabilidade de o pedido da parte ser deferido, lembrando-se que, em grau recursal, esse pedido (o mérito recursal) corresponde ao pedido de revisão da decisão do juízo *a quo*.

A competência para fazer essa avaliação sobre a probabilidade de sucesso do pedido é do órgão que julgará o mérito²⁶⁸. Portanto, nos casos de tutela provisória recursal, a competência é do órgão *ad quem*²⁶⁹ (art. 299, parágrafo único).

Interpretar de modo diverso e entender que cabe ao juízo *a quo* avaliar o pedido de tutela provisória provocaria uma situação, no mínimo, desconfortável para o requerente, já que o conteúdo do pedido da tutela provisória seria exatamente contrário à decisão do magistrado. E, por questão de congruência lógica, para se dizer o menos, o pedido obviamente seria negado, levando à interposição do agravo de instrumento para, finalmente, chegar ao Tribunal. Desnecessário dizer que, além de evidente afronta ao princípio da economia processual, nos casos de “urgência agônica”²⁷⁰ a violação ao inciso XXXV do artigo 5º constitucional seria escandaloso.

Desse modo, é possível afirmar que, quanto ao momento, o pedido de tutela provisória em 2º grau de jurisdição pode ser formulado *a partir da prolação da sentença*

²⁶⁸ Como lembra Rogério Licastro Torres de Mello: “De conformidade com o disposto no parágrafo único do art. 299 do Novo CPC (como, aliás, já ocorria no CPC/1973, art. 800), a análise de pedidos de tutela provisória recursal é geralmente reservada ao órgão competente para o julgamento do mérito do recurso, dado que a concessão de tal espécie de tutela perpassa pela cognição desse mérito.” (MELLO, Rogério Licastro Torres de. A competência para a apreciação de tutelas provisórias nos recursos. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 325 – 338, p. 337).

²⁶⁹ A exceção, feita pelo próprio legislador, diz respeito à tutela provisória em REsp e RE e está no artigo 1.029, §5º, III.

²⁷⁰ FERREIRA, William Santos. *Propostas para o novo código de processo civil*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/documentos/audiencias-e-eventos/audiencias-e-eventos/apresentacao-willian>. Acesso em: 28 jan.2019, p. 9.

e enquanto o recurso estiver tramitando perante o Tribunal, até a publicação da decisão de admissibilidade de eventual recurso extraordinário ou especial.

Quanto aos requisitos para a concessão da tutela provisória, percebe-se que há variação significativa em mais de um sentido no texto de lei e, portanto, verifica-se uma certa incoerência sistêmica em relação às tutelas provisórias em sede recursal.

Nesse contexto, nota-se que alguns dispositivos são mais completos que outros e os requisitos variam de dispositivo para dispositivo. Resta saber se é possível extrair um sistema coeso da interpretação dos dispositivos e se está de acordo como modelo constitucional do processo.

Observa-se, primeiramente, que os artigos 294 e 995, CPC tratam dos requisitos para a concessão da tutela provisória.

O primeiro está na parte geral do CPC e diz respeito a todas as tutelas provisórias. Já o segundo, está na parte especial, dentre as disposições gerais sobre os recursos. Ocorre que o 294, CPC estabelece que a tutela provisória fundamenta-se em urgência **ou** evidência, sendo que, um pouco mais adiante, o parágrafo único do 299, CPC não deixa dúvidas quanto à possibilidade de sua concessão em grau recursal. De outro lado, o 995, CPC é expresso ao instituir como requisitos a urgência e a evidência, pois refere-se à “risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.”

Embora até seja possível ir contra a maior parte de consagrada doutrina e sustentar que o disposto no art. 995 se sobrepõe ao disposto na regra da parte geral, à medida que se avança à leitura dos demais artigos que tratam de recursos, continuar sustentando tal posicionamento fica mais difícil porque tanto o art. 1.012, §4º quanto o art. 1.026, §1º trazem, a exemplo do art. 294, a conjunção alternativa *ou*.

Nesse passo, a doutrina²⁷¹ sugere que o artigo 1.012, §4º, que trata da concessão do efeito suspensivo da apelação, seja lido de forma ampliada. O argumento que salta

²⁷¹ “É desejável ir além, contudo, ampliando os horizontes do parágrafo único do art. 995. A uma, porque o § 4º, do art. 1.012, e o § 1º, do art. 1.026, permitem interpretação no sentido de que a concessão *ope judicis* de efeito suspensivo aos recursos de apelação e de embargos de declaração, respectivamente, pode se dar independentemente da ocorrência de urgência

aos olhos, a par daquele relacionado à topografia das normas, é o princípio da isonomia. Afinal não há justificativa para que se permita a concessão da tutela da evidência somente na apelação e nos embargos de declaração.

Além disso, quando se analisa o contexto em que se insere o art. 1.012, §4º, CPC, percebe-se que o legislador permitiu a concessão da tutela da evidência em casos em que, por força de lei, o efeito suspensivo típico da apelação já havia sido retirado. Isto é, embora a eficácia da sentença, que usualmente é sustada pela apelação, mantenha-se nos casos descritos no 1.012, §1º, o legislador previu que o julgador, ao analisar o caso concreto, pudesse conferir ao recurso o efeito suspensivo quer seja pelo perigo na demora, quer seja pela evidência. Em outras palavras, a concessão da tutela de evidência está prevista na exceção da exceção.

Registre-se, nesse passo, que o artigo 1.012, §4º perdeu ótima oportunidade de, a exemplo do que consta no art.1.019, I CPC (referente ao agravo de instrumento), fazer menção expressa à concessão da antecipação da tutela recursal.

Nas palavras de William Santos Ferreira, quando participava de audiência pública em que se debatia, na Câmara, o projeto do CPC/15:

Reconhecer literalmente os dois institutos é assegurar a aplicação do princípio da igualdade, porque se uma parte pode buscar a “neutralização” quando deferido algo em juízo, da mesma forma célere deve-se garantir

que justifique sua concessão. Algo muito próximo, destarte, à tutela da evidência nos moldes do art. 311, tal qual proponho seja compreendido no n. 8 do Capítulo 6.

Particularmente, prezado leitor, tendo a sugerir interpretação ampla aqueles dispositivos. Não só para reconhecer que, quanto maior sejam as reais e objetivas chances de êxito da pretensão recursal menor pode ser o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação a ser demonstrado, admitindo, até, que não haja risco nenhum, mas também para espraiar a possibilidade de concessão da tutela da evidência no plano recursal para todo o sistema, isto é, para todos os recursos, diferentemente da textualidade do parágrafo único do art. 995 que parece exigir, indistintamente, a probabilidade de êxito e o risco de dano grave, ainda que não seja irreparável, mas, apenas, de difícil reparação.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 714.)

Conferir ainda NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil. Volume único* versão digital. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodium. 2017, p. 594 e, também, DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10ª ed., Salvador: Ed. Jus Podium, 2015, p. 582.

o instrumento para os casos de indeferimento, em que a outra parte busca a obtenção da decisão positiva.”²⁷²

Por isso, teria sido bastante conveniente a literalidade no artigo. Seja como for, como já dito alhures, a possibilidade de concessão do efeito suspensivo ativo ou antecipação da tutela é amplamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência.

De qualquer modo, tem-se o seguinte: uma regra geral (arts. 294 c/c 299, parágrafo único) que permite a concessão de tutela provisória (urgência e evidência) em grau recursal e, ainda, os arts 1.012, §3º e 1.026, §1º que admitem a tutela da evidência no âmbito da apelação e embargos de declaração, respectivamente. De outro lado, o art. 995 prevê a concessão do efeito suspensivo somente nos casos de tutela de urgência.

Assim, a questão que se coloca é se há óbice para a concessão de efeito suspensivo nos casos de tutela da evidência em grau recursal.

O efeito suspensivo é a providência apta a evitar que a decisão combatida surta seus efeitos – ou, ao contrário, que os efeitos da decisão sejam adiantados – enquanto o recurso esteja pendente de julgamento para garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Isso é plenamente justificável quando, além da probabilidade de o recurso ser acolhido, há um risco.

Há justificativa para a concessão do efeito suspensivo quando houver apenas a probabilidade de o recurso ser provido?

Não há qualquer razão para isso, dentro de uma leitura cientificista do processo civil.

Entretanto, durante este trabalho, diversas vezes, apontou-se que o processo civil contemporâneo está comprometido com a efetivação dos direitos no mundo dos fatos²⁷³.

²⁷² FERREIRA, William Santos. *Propostas para o novo código de processo civil*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/documentos/audiencias-e-eventos/audiencias-e-eventos/apresentacao-willian>. Acesso em: 28 jan.2019, p. 7.

²⁷³ “Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio

Como afirmado na exposição de motivos, há, no CPC/15, uma preocupação constante com a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos e com a organicidade do sistema²⁷⁴. Nas palavras da comissão de juristas:

Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de periculum in mora, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano.²⁷⁵

Portanto, verifica-se que há, no Código de Processo Civil, uma preocupação externada com a coesão sistêmica e com sua funcionalidade e que este não está, como previsto por seus idealizadores, imune a falhas pontuais²⁷⁶. Há, sobretudo, a necessidade de que esteja de acordo com o modelo de administração da justiça delineado na Constituição Federal.

Assim, há uma justificativa para além do CPC para se admitir a tutela de evidência recursal.

do qual se realizam valores constitucionais.” (BRASIL. Anteprojeto do novo código de processo civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2010, p. 22. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em 05 ago. 2017).

²⁷⁴ “Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.” (BRASIL. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2010, p. 23. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em 05 ago. 2017).

²⁷⁵ (*Ibidem*, p. 31).

²⁷⁶ “Não se deixou de lado, é claro, a necessidade de se construir um Código coerente e harmônico *interna corporis*, mas não se cultivou a obsessão em elaborar uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita, em detrimento de sua funcionalidade.” (*Ibidem*, p. 22)

As razões compreendidas no próprio diploma são a topografia dos artigos 294 e 299, parágrafo único em relação ao art. 995, além da previsão expressa da tutela da evidência nos casos da apelação e dos embargos de declaração. Portanto, a interpretação mais alinhada com as diretrizes do Código de Processo Civil é aquela em que se conclui que é possível a concessão tanto de tutela de urgência quanto de tutela da evidência em grau recursal.

2.4 Agravo interno

Como afirmado algumas vezes ao longo desta dissertação, a decisão singular do relator²⁷⁷ desafia agravo interno.

O agravo interno é disciplinado no CPC/15 no *caput* do artigo 1.021 e em seus cinco parágrafos²⁷⁸, seguindo a regra geral com prazo para interposição de 15 dias (art. 1.003, § 5º).

²⁷⁷ Esse é o aspecto que interessa nos limites desta dissertação. Entretanto, registre-se que, embora o artigo 1.021 refira-se a “relator”, deve-se fazer uma leitura ampliativa do termo para incluírem-se também o presidente e o vice-presidente dos tribunais cujas decisões unipessoais são sujeitas a agravo interno, como se depreende da leitura do art. 1.030. Confira-se a esse respeito, entre outros, CÂMARA, Alexandre Freitas. Agravo interno. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). Tomo: Processo Civil. Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/204/edicao-1/agravo-interno>. Acesso em: 29 mar.2019.

Ainda sobre a mesma questão: “Realmente, o agravo interno é o recurso cabível contra a decisão unipessoal do relator; mas, diante da reforma efetivada pela Lei 13.256/2016, é cabível também, contra decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal, que inadmitte recurso excepcional contrário a entendimento firmado em recursos repetitivos, que inadmitte recurso extraordinário em que o STF reconheceu a falta de repercussão geral ou firmou entendimento de modo diverso em decisão de recurso com repercussão geral, ou, ainda, contra a decisão de sobrestamento.¹¹ De todo modo, isso não retira a sua caracterização, com esta única exceção, como o recurso adequado para impugnar decisão monocrática do relator, nem torna inverídica a afirmação de que, na nova lei processual, o recurso tornou-se mais bem ordenado e mais simples.” (MACÊDO, Lucas Buriel. Agravo interno. Análise das modificações legais e de sua recepção no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, vol 269, p.311-344, jul. 2017, p.312)

²⁷⁸ Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

A primeira parte do *caput* do artigo 1.021 dispõe que o agravo interno será interposto para o “respectivo órgão colegiado” de que faz parte o relator, isto é, fixa a competência para a apreciação do recurso. Já a sua parte final define que cabe aos regimentos internos dos tribunais dispor sobre o seu processamento.

O §1º do art. 1.021 determina que o agravante impugne “especificadamente os fundamentos da decisão agravada”.

O § 2º traz o agravado à discussão, ao determinar a sua manifestação em 15 dias.

Já o § 3º, a seu turno, veda “ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.”²⁷⁹

§ 1º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada.

§ 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

§ 3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

§ 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

§ 5º A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final.

²⁷⁹ “Com base no dever de cooperação (dialecicidade), a oxigenar o contraditório no sistema processual, há regra específica dispondo que “o recorrente impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada”, destacando a necessidade de que as razões recursais enfrentem, especificamente, o fundamento que sustenta a decisão unipessoal (art. 1.021, § 1º). Ora, como o agravo interno admissível deve ser necessariamente dialético, opondo razões específicas para a revisão da decisão tomada pelo relator, nada mais natural que a expressa determinação do Código de que é “vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno” (art. 1.021, § 3º).

Cria-se, com isso, um sistema de recorribilidade interna nos tribunais que é essencialmente dialético, pretendendo que apenas novos debates judiciais sejam travados, com respostas específicas a cada nova manifestação. Com isso, busca-se afastar a mera repetição acrítica de argumentos e fundamentos já enfrentados, tão trivial nos tribunais, quanto, também, enfadonha e perniciososa, simplesmente levando à custosa repetição de trabalho, dos já muito caros e abarrotados órgãos judiciais.” (MACÊDO, Lucas Buriel. Agravo interno. Análise das modificações legais e de sua recepção no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, vol 269, p.311-344, jul. 2017, p. 315).

O § 4º trata de multa a ser fixada, em decisão fundamentada, na razão de 1 a 5 por cento do valor atualizado da causa nos casos em que o recurso for considerado manifestamente inadmissível ou improcedente, sendo devida ao agravado. A unanimidade dos votos e a correspondente fundamentação são condições para a imposição da multa.

O § 5º condiciona a interposição de novo recurso ao depósito em juízo do valor da multa e excepciona os casos em que a multa tiver sido aplicada contra a Fazenda Pública ou contra o beneficiário da justiça gratuita, casos em que o pagamento se fará ao fim do processo.

A breve exposição do conteúdo do artigo 1.021 pretende tão-somente lembrar o leitor acerca dos aspectos mais relevantes do recurso de agravo interno tal como positivado no CPC/15. Ainda que ciente de várias questões interessantíssimas a respeito do agravo interno, não cabe nos limites dessa dissertação explorá-las.

Seja como for, cumpre observar alguns aspectos mais diretamente ligados a conceitos e princípios que foram abordados neste trabalho.

Conquanto possa parecer óbvio, deve-se notar a importância da previsão expressa do recurso ao colegiado (art. 1,021, *caput*) na medida em que, como já observado em outra oportunidade, a legitimidade da ampliação do poder decisório do relator foi bastante discutida à época das reformas do CPC/73 e um dos argumentos que a sustentava era justamente a possibilidade de revisão da decisão singular feita pelo órgão colegiado.

Conforme exposto nos itens 1.1.2.3 e 1.1.2.4, o juiz natural do recurso é o órgão colegiado, que, nas situações previstas em lei, delega sua função julgante ao relator. O relator, portanto, ao decidir monocraticamente, o faz conforme entendimento previamente formado por órgão colegiado. Ocorre, portanto, um corte procedimental para que a prestação seja mais célere, escorado no fato de a decisão do relator refletir entendimento de órgão colegiado.

De toda sorte, a certeza (adota-se aqui a melhor hipótese) de que a decisão unipessoal coincide com o entendimento do órgão colegiado não é suficiente para sustentar a legitimidade da decisão singular. É necessário ainda garantir que, diante de

dúvida honesta, o jurisdicionado possa submeter a decisão à apreciação do juiz natural do recurso. Daí a relevância da previsão do agravo interno positivado na primeira parte do *caput* do artigo 1.021.

Ademais, mais uma vez, observa-se o cuidado em oferecer soluções a questões discutidas na vigência do CPC/73 bem como àquelas postas pela própria dinâmica do desenvolvimento da ciência processual. O que se quer dizer é que a arquitetura do artigo 1.021 traz em si diversos comandos que, ao serem conjuntamente interpretados e aplicados, parecem ser aptos a garantir a prestação jurisdicional efetiva e evitar o mal uso do recurso, além de reforçarem a coesão do sistema proposto no CPC/15.

Primeiramente porque o artigo 1.021 não deixa dúvidas quanto à natureza recursal²⁸⁰ do agravo interno e à obrigatoriedade do contraditório²⁸¹. A possibilidade de

²⁸⁰ Confira, a título ilustrativo, o voto do Ministro Castro Filho: “No que se refere à exigência do preparo para o conhecimento do agravo inominado, tanto a doutrina como a jurisprudência divergem, por isso, necessário se faz um breve apanhado histórico de sua origem.

[...]

Sendo assim, não vejo como exigir-se preparo para o conhecimento do agravo interno, se este tem natureza apenas de pedido integrativo e não de recurso autônomo.

Além disso, é de se ressaltar ser ele endereçado ao próprio tribunal, nos mesmos autos; independe de publicação de pauta e dispensa a intimação da parte agravada para contraminuta, não gerando, portanto, qualquer custo ao tribunal o seu processamento.

Logo, seja ele classificado como regimental ou inominado, constitui-se, na realidade, tão-somente um meio interno, um instrumento de submissão do recurso ao seu destinatário natural: o colegiado.” (REsp n. 435.727 – PR, Relator: ministro Castro Filho, julgado em 14 jun. 2004).

²⁸¹ Fabiano Carvalho, a cujo posicionamento me filio, expunha: “A interpretação literal da norma sugere a seguinte ilação: ao agravado não se concede a oportunidade de se manifestar, ou, em outras palavras, exercer o contraditório.

A esse respeito, até por envolver questão de índole constitucional (art. 5º, LV, da CF), a doutrina não é pacífica.

Há autores que negam o contraditório no agravo interno.⁽³⁾ Nelson Luiz Pinto, por exemplo, diz que “a decisão do relator, em havendo novo agravo, apenas antecipa seu voto no órgão colegiado, não produzindo qualquer efeito caso venha a ser interposto esse novo agravo que, já frisamos, apenas terá o condão de provocar a manifestação dos demais componentes da turma julgadora a respeito do agravo de instrumento e do recurso especial ou extraordinário, onde o contraditório já se encontrava aperfeiçoado.”⁽⁴⁾

Sergio Bermudes, por sua vez, compreende que “não há resposta da parte recorrida no recurso indeferido porque, acaso provido o agravo, ela pode insistir na inadmissibilidade ou no desprovimento dele.”⁽⁵⁾

Entende-se que não é necessária a oitiva do agravado se acaso o recurso principal, objeto de julgamento unipessoal, é recebido pelo relator e as partes já tiveram a oportunidade de expor as suas razões e contra-razões.⁽⁶⁾

[...]

recorrer, como já discutido, é inerente ao Estado Democrático de Direito. Não se está a afirmar que toda decisão deve ser sujeita a recurso, mas se exige tão somente que o direito de recorrer de determinada decisão previamente definida pelo legislador esteja explicitamente positivado. Isso não ocorria na sistemática do CPC/73 e era fonte de incerteza e insegurança jurídica. O mesmo raciocínio se aplica ao contraditório.

O legislador também procurou extirpar dúvida acerca da dialeticidade desse recurso na medida que evidencia o ônus de o agravante impugnar especificamente os fundamentos da decisão recorrida bem como o dever de o julgador decidir fundamentadamente.

Embora tenha sabor de obviedade, essa previsão expressa é bastante salutar na

Em nosso sentir, o contraditório é absolutamente necessário.

O contraditório, como é cediço, funda-se em dois pressupostos básicos e indissociáveis: necessidade de dar-se conhecimento da existência às partes dos atos praticados no processo e a possibilidade de manifestação desses atos.⁽¹¹⁾

[...]

Não pode ser aceito o argumento de que o contraditório já ocorreu quando do processamento do recurso que foi submetido a julgamento unipessoal do relator. A razão encontra-se no seguinte raciocínio: o âmbito da matéria constante no agravo interno é, tão-somente, a impugnação da decisão do relator e, sendo assim, não coincide com aquela que fez parte do recurso principal. Nessa ordem de idéias, contraditório no agravo interno manifesta-se por meio dos seus dois significados: (i) ciência da existência de um ato processual (agravo interno) que impugna a decisão unipessoal do relator; e (ii) possibilidade de a parte opor uma reação (resposta) ao recurso (agravo interno) que lhe é contrário.

A resposta do agravado amplia a atividade cognitiva do órgão colegiado competente para o julgamento do recurso, de maneira que, numa escala de valores, o contraditório permite um julgamento colegiado de melhor qualidade a ensejar indubitavelmente uma decisão mais segura e a inspirar maior confiança aos jurisdicionados.⁽¹⁴⁾

Em outras palavras: o que **legitima**⁽¹⁵⁾ a decisão do colegiado é o contraditório no agravo interno.

De outro lado, é forçoso convir que a parte não pode ser surpreendida por decisão que se apóie somente em uma visão jurídica (do agravante).

[...]

O contraditório integra o elenco das garantias constitucionais do processo, *ex vi* do art. 5º, LV, da CF, e, portanto, ainda que a norma silencie a respeito dessa garantia no agravo interno, deve ter aplicação oficiosa do relator.⁽¹⁷⁾ Ou o princípio constitucional é cumprido com exatidão, nos rigores da Constituição e da lei, ou reduz-se a simples letra apagada, sem atuação sobre a realidade. Sua flexibilização pela via indireta configura verdadeira violação à garantia constitucional. (CARVALHO, Fabiano. *Princípios do Contraditório e da Publicidade no Agravo Interno*. Disponível em: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao014/Fabiano_Carvalho.htm. Acesso em 06 abr.2019).

medida em que reforça o princípio da cooperação²⁸² e estabelece como parâmetro de admissibilidade o enfrentamento de questões novas (e não o simples reproduzir do que havia sido aduzido anteriormente na contraproducente tentativa de trazer à realidade o brocardo “água mole em pedra dura”) e, com a mesma intenção, optou o legislador por prever a imposição de multa ao recurso manifestamente inadmissível ou improcedente.

Observa-se, portanto, que a previsão de agravo interno legitima a decisão singular do relator. De modo transversal, ao desestimular o recurso protelatório, prestigia a decisão singular do relator e, conseqüentemente, a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional que ela proporciona.

Por fim, cumpre consignar que, a despeito de entendimento minoritário adotado em algumas câmaras cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁸³, as decisões

²⁸² Sobre esse assunto, muito oportuna a colocação de Lucas Buril Macêdo: “Cumpre destacar que o processo cooperativo, ao contrário do que pode parecer para o observador menos cauteloso, não estrutura o direito processual como se fosse uma conversa trivial, ou cria um modelo em que se trata o juiz e os litigantes como se amigos fossem. Isso não se dá de forma alguma, muito pelo contrário. A construção de um modelo cooperativo não negligencia que o processo é guerra, e trata de uma disputa, um conflito em que os litigantes possuem interesses contrapostos. Todavia, ele destaca que há regras nessa disputa, dentre as quais as decorrentes da boa-fé objetiva, e, acima de tudo, um propósito que o legitima. O processo cooperativo estabelece que o processo, para que atinja seus objetivos, deve ser norteado pela dialeticidade e pela boa-fé neste diálogo.” (MACÊDO, Lucas Buril. Agravo interno. Análise das modificações legais e de sua recepção no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, vol 269, p.311-344, jul. 2017, p. 315).

²⁸³ Um artigo escrito pelos advogados Bianca Pumar e Rafael Goldstein e publicado em 11 de janeiro de 2017 no site Conjur (<https://www.conjur.com.br/2017-jan-11/tribunais-divergem-interpretar-artigo-1021-cpc2015>) chamou atenção para a interpretação pouco ortodoxa que estava sendo adotada por algumas câmaras do Tribunal gaúcho. Esses autores verificaram que a 1ª Câmara estava se pronunciando contra a admissibilidade do agravo interno nos casos em que o agravo de instrumento versasse sobre tutela provisória recursal, ressuscitando (por óbvio, não se trata de reprimenda) o parágrafo único do artigo 527, CPC/73.

Na ementa do agravo interno 0193138-63.2016.8.21.7000, julgado em 29 jun. 2016, de relatoria do desembargador Irineu Mariani, lia-se: “1.3 – Descabe agravo interno quando o relator defere ou indefere tutela provisória em grau recursal. Nesse sentido, o verbo apreciar utilizado no art. 932, II, quer dizer que o relator, no âmbito dos processos de competência originária do tribunal e no âmbito dos recursos (processos não de competência originária), examina em primeira mão pedido de tutela a ele dirigido. Não pode ser interpretado como reapreciar, verbo que também existe, o que acontece quando o relator não examina em primeira mão, e sim já como objeto de recurso ou já em grau recursal.” Ao final, o colegiado não conhecia do recurso.

Ao realizar pesquisa para verificar se a tendência se mantinha, observou-se que agora os agravos internos são apreciados pelo relator (?!), *in verbis*, “Pelo exposto, com fundamento no art. 932, III, do CPC, deixo de conhecer do agravo interno, por inadmissível.” (proc. n.

do relator com fundamento do art. 932, II desafiaram agravo interno. Nesse sentido, a par de claro comando disposto no artigo 1.021, CPC, podemos citar ainda o enunciado 142 do FPPC:

(art. 298; art. 1.021) Da decisão monocrática do relator que concede ou nega o efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou que concede, nega, modifica ou revoga, no todo ou em parte, a tutela jurisdicional nos casos de competência originária ou recursal, cabe o recurso de agravo interno nos termos do art. 1.021 do CPC. (Grupo: Tutela Antecipada).

0049834-98.2019.8.21.7000, Relator: desembargador Francesco Conti, Quarta Câmara Cível, julgado em 02.abr. 2019).

Pesquisa realizada na base de dados do STJ, entre os dias 06 e 09 de abril de 2019, com os critérios “agravo interno”, agravo de instrumento”, “tutela antecipada”, “tutela provisória” e “inadmissibilidade”, não voltou resultados.

CONCLUSÃO

Esta dissertação pretendeu investigar a concessão de tutela provisória por decisão singular do relator em 2º grau de jurisdição no Código de Processo Civil de 2015.

Assim, dividiu-se a pesquisa em dois grandes capítulos. No primeiro deles, perquiriu-se sobre a figura do relator e, no segundo, sobre a tutela provisória para, depois, analisar-se a dinâmica do pedido de tutela provisória formulada perante o relator.

Partiu-se da descrição do fenômeno alcunhado pela doutrina de “ampliação dos poderes do relator”.

Verificou-se que, paulatinamente, foram criando-se hipóteses em que o relator decidia singularmente. Esse movimento iniciou-se nos Tribunais Superiores e continuou nas reformas do Código de Processo Civil de 1973. Constatou-se que a principal justificativa apresentada era a necessidade de se prestar a jurisdição mais celeremente e de diminuir a carga de trabalho do órgão colegiado.

Em seguida, procurou-se identificar os fundamentos desse fenômeno de ampliação dos poderes do relator.

Nesse ponto, verificou-se que as justificativas para o aumento dos poderes do relator inseriam-se em um contexto de superação dialética do cientificismo e do jusnaturalismo, do fortalecimento do direito constitucional e de investidas para superar a chamada “crise da justiça”.

Concluiu-se que o acesso à justiça, nessa perspectiva, é entendido como o direito a uma resposta real, isto é, além da decisão formal exarada no processo, o Estado-juiz deve prover, se necessário, os meios para que essa decisão se concretize no mundo físico em que vivemos.

Assim, ao permitir a decisão singular em determinadas situações, abreviava-se o procedimento e tornava-se a jurisdição mais célere.

Constatou-se que, para se garantir a legitimidade da decisão singular, desenvolveu-se a tese de que a competência do relator era delegada pelo juiz natural do recurso, isto é, o colegiado.

Verificou-se também que muitas das hipóteses em que se permitia esse tipo de julgamento eram aquelas em que as razões de decidir derivavam de decisões anteriores do próprio órgão colegiado ou de órgão colegiado hierarquicamente superior, ou seja, o relator adiantava a decisão do colegiado, era o seu “porta-voz avançado”. Ademais, havia a previsão de que a decisão fosse revista pelo colegiado por meio de agravo interno.

Observou-se, portanto, que a figura do relator se firmou em nossa cultura jurídica como aquela do julgador responsável pela condução e higidez do processo em grau recursal. Para tanto, foram-lhe conferidos deveres-poderes a fim de que cumpra seu múnus público de administrar a justiça.

Alguns desses deveres-poderes foram incluídos no CPC/73 durante a reforma das décadas de 1900 e 2000 e foram concentrados no artigo 932 do CPC/15 para promover maior coesão sistêmica.

O artigo 932 do CPC/15 tem oito incisos e um único parágrafo. O artigo 932 traz disposições acerca da direção e organização do processo (incisos I, VII e VIII) e hipóteses em que o relator decide monocraticamente (incisos II, III, IV, V e VI).

Escolhemos o inciso II que versa sobre a tutela provisória para aprofundarmos o nosso estudo porque a tutela provisória é um dos meios aptos a realizar o direito do acesso à justiça na sua integralidade na medida em que tende a equilibrar a razão tempo-processo legítimo.

Portanto, a fim de analisarmos qual a dinâmica da concessão monocrática da tutela provisória na jurisdição de 2º grau, preliminarmente buscou-se identificar os fundamentos que justificam a adoção da tutela provisória geral em nosso sistema processual bem como suas espécies. Então, analisaram-se individualmente os dispositivos que tratam da tutela provisória em grau recursal para depois confrontá-los entre si de modo a se buscar extrair um sistema coeso e harmônico.

Nessa toada, portanto, estabeleceu-se que a finalidade da tutela provisória é diminuir os danos causados pelo tempo necessário para que o processo se desenvolva de maneira legítima segundo os ditames do modelo constitucional.

Entendemos “dano” como qualquer situação que represente risco à concretização da tutela ao final do processo em razão da inutilidade do provimento tardio bem como o risco de desaparecimento do próprio direito. Também é considerado “dano” a perda diminuta e gradual que decorre da passagem natural do tempo (dano marginal).

Observou-se que a regra é que o ônus do tempo do processo seja suportado pela parte que pede. Constatou-se, entretanto, que a tutela provisória é a técnica processual apta a inverter essa situação de modo a transferir ao requerido o ônus decorrente do desenvolvimento regular do processo.

A fim de se esperar a decisão final, fundamentada em cognição exauriente, a parte requerer ao julgador uma providência temporária e precária. Temporária porque não perdurará no tempo e precária pois pode ser alterada a qualquer momento.

Assim, tem-se que a tutela provisória não subsistirá indefinidamente e será necessariamente substituída por uma tutela definitiva.

Conclui-se, então, que a tutela provisória é a técnica processual destinada a combater os (eventuais) danos decorrentes do tempo do processo. A decisão que concede a tutela provisória fundamenta-se em cognição sumária e, por isso, é precária e provisória, sendo certo que deverá ser substituída por uma providência definitiva.

O pedido de tutela provisória fundamentar-se-á no perigo na demora e na probabilidade do direito. Em algumas hipóteses específicas, apenas a probabilidade do direito é necessária.

Observou-se que o legislador de 2015 definiu a tutela provisória como gênero que tem duas espécies: a tutela de urgência e a tutela da evidência.

A tutela de urgência tem como requisito o perigo na demora e a probabilidade do direito e é subdividida em tutela antecipada e tutela cautelar.

O legislador unificou os requisitos para a concessão da tutela cautelar e antecipada no Código de Processo Civil de 2015. Contudo, subsistem diferenças conceituais e procedimentais, que são especialmente relevantes no 1º grau de jurisdição.

A tutela da evidência é fundamentada somente na probabilidade do direito.

Há ainda o efeito suspensivo do recurso que é uma decisão precária e temporária acerca de um pedido para que a decisão impugnada surta ou não efeitos imediatos ou ainda para antecipar os efeitos da tutela recursal. Por isso, o efeito suspensivo é um tipo de tutela provisória.

O efeito suspensivo, entretanto, é tratado em diversos artigos pelo legislador. Examiná-los e buscar oferecer uma leitura harmônica de suas contradições foi o objetivo da última parte do trabalho.

Ao se compararem os artigos 299, parágrafo único; 932, II e 995, parágrafo único, observou-se uma inconsistência na medida em que o artigo 299, parágrafo único dispõe que a concessão da tutela provisória será apreciada pelo juízo competente, isto é, o órgão colegiado ao passo que os artigos 932, II e 995, parágrafo único indicam para esse fim o relator. Conclui-se que essa incongruência é facilmente contornada ao se adotar a tese de que a competência do relator é delegada pelo órgão colegiado.

Observou-se que a forma para o requerimento da tutela provisória em 2º grau de jurisdição é livre, podendo ser o pedido acompanhar as razões, as contrarrazões ou ser veiculado em petição avulsa.

Verificou-se que o pedido de tutela provisória em 2º grau de jurisdição pode ser formulado *a partir da prolação da sentença e enquanto o recurso estiver tramitando perante o Tribunal*, até a publicação da decisão de admissibilidade de eventual recurso extraordinário ou especial.

Também constatou-se que somente o artigo 995 exclui a possibilidade de concessão de tutela da evidência ao passo que os artigos que tratam do agravo de instrumento (art. 1019, I) e dos recursos extraordinários (art. 1.029, §5º) são silentes quanto ao tipo de tutela provisória a ser requerido.

A fim de se privilegiar a coesão sistêmica e a funcionalidade, dois dos objetivos do Código de Processo Civil de 2015 explicitamente afirmados na exposição de motivos, concluiu-se que a regra geral disposta no artigo 294 combinado com o artigo 299, parágrafo único bem como as disposições dos artigos 1.012, §4º e 1.026, § 1º podem ser estendidas a todos os recursos, sobrepondo-se ao comando do artigo 995, CPC, o que

significa dizer que tanto a tutela de urgência, cautelar ou antecipada, quanto a tutela da evidência podem ser concedidas pelo relator em 2º grau de jurisdição.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). *CPC brasileiro: traduzido para a língua inglesa*. Tradução Alexandra Bastos. Salvador: Ed. Juspodium, 2017. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2017/10/CPC-Brasileiro-traduzido-para-o-ingl%C3%AAs.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2019.

ALVIM, Teresa Arruda. Comentário Capítulo I: Disposições gerais (arts. 994 a 1.008). *Comentários ao novo código de processo civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed Forense, 2016, p. 1.492.

ALVIM, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2*. 3º edição em e-book baseada na 3ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1ª ed e-book baseada na 8ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

AURELLI, Arlete Inês. Normas fundamentais no código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 271, pp. 19-47, set./ 2017.

AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? SCARPINELLA BUENO, Cassio; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp.52-67.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 112, 2015, p. 165 – 188.

BALEOTTI, Francisco Emilio; LEAL JÚNIOR, João Carlos. O duplo grau de jurisdição revisitado. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 1, n.1, pp. 51-75, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da lei n. 9.756 em matéria de recursos civis. *Revista de Direito da Procuradoria-geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 52, pp. 25-35, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 75, pp. 7-23, jul./set. 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, 29ª edição. São Paulo: Forense, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas do CPC em matéria de recursos. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1 - 42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 09 out. 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BONDIOL, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao CPC*, v. XX, 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

BRASIL. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em 05 ago. 2017.

BRASIL. Diário de Justiça. n. 164. Edição de 30 ago.1963. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1940/art_183_3agosto1963.pdf. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRAUDEL, Fernand. História e Ciências Sociais: a longa duração. *Escritos sobre a história*. São Paulo: Perspectiva, 2007. p.41-78.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Agravo interno. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). Tomo: Processo Civil. Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/204/edicao-1/agravo-interno>. Acesso em: 29 mar.2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Capítulo IV. do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. ALVIM, Teresa Arruda *et al.* *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARACIOLA, Andrea Boari; DELLORE, Luiz. Antecipação de tutela *ex officio*? SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 110-134.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Poderes do relator e agravo interno: arts. 557, 544 e 545 do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 100, pp. 9-32, out./dez. 2000.

CARREIRA ALVIM, Eduardo. *Justiça: acesso e descesso*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17206-17207-1-PB.htm>. Acesso em: 01 fev.2019.

CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos art. 557 do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, Daniel Penteado de. *Responsabilidade pela fruição da tutela provisória*. In SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 135 – 161.

CASTRO, Daniel Penteado de. *Tutela da evidência em grau recursal*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI274888,31047-Tutela+da+evidencia+em+grau+recursal>. Acesso em 06 set. 2018.

CASTRO, Roberta Dias Tarpinian. *A função cautelar do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na fase de conhecimento*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) –Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2018.

CHIARLONI, Sergio. La giustizia civile e i suoi paradossi. *Annali della Storia d'Italia*, 14, Torino, 1999, pp. 406-485.

CIANCI, Mirna. A lei 9.756/1998 (arts. 544, § 3.º, e 557, §§ 1.º A 3.º, do CPC) e a ampliação dos poderes do relator, dez anos depois. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 157, pp. 165 – 181. mar. 2008.

CIANCI, Mirna. Notas e comentários à verdadeira anatomia do recurso de agravo interno, de que trata o § 1º do art. 557 do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 211, p. 379 – 390, set. 2012.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 294 a 311. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 397-455.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Tutela de evidência. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo Gonzaga; FREIRE, André Luiz (coord.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/191/edicao-1/tutela-de-evidencia>

DEL FRATE, Paolo Alvazzi. Il principio del “giudice naturale” nel costituzionalismo della restaurazione in Francia e Italia”. *Historia Constitucional*, n. 3, 2002. Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/173>. Acesso em 04 fev. 2019.

DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos. OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015*. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos. OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015: parte geral*; prefácio Antonio Carlos Ferreira. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil 3: o processo civil nos tribunais, recursos ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, 13ª ed., Salvador: Ed. Jus Podium, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10ª ed., Salvador: Ed. Jus Podium, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Efeitos dos recursos. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, volume 5*. NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, 6 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado*, versão digital. São Paulo: Atlas, 2017.

FALANDO de processo: mesa redonda n. 22, precedentes no novo CPC. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pv16dL-9Pr8> Acesso em: 01.set. 2018.

FARIA, José Eduardo. Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil. *In: Direito e Justiça no Século XI*, 2003, Coimbra. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>. Acesso em 13 nov. 2017.

FERREIRA, William Santos. *Propostas para o novo código de processo civil*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/documentos/audiencias-e-eventos/audiencias-e-eventos/apresentacao-willian>. Acesso em 28 jan.2019.

FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. 1999. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 1999.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 10, 2019. Brasília, *Enunciados [...]*. Disponível em: https://www.academia.edu/38626264/Enunciados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis_-_FPPC_-_2019. Acesso em 09 abr. 2019.

FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. *A ampliação dos poderes do relator nos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Tutela antecipada em relação aos recursos no processo civil brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2006.

FREIRE, André Luiz. Direito público e direito privado. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo Gonzaga; FREIRE, André Luiz (coord.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/133/edicao-1/direito-publico-e-direito-privado>. Acesso em 24 set. 2018.

FRIEDE, Roy Reis. Do periculum in mora inverso (reverso) à luz do CPC/2015. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5371, mar. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62137>. Acesso em: 3 dez. 2018.

FUX, Luiz. A Tutela Provisória no Novo CPC. *In: O novo código de processo civil*, 2016, Brasília. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hny35R4Jk1k>. Acesso em: 06 mar.2019.

GODINHO, Robson Renault. Tutela da evidência. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução direito processual civil*, volume I. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: recursos e processos da competência originária dos tribunais*, volume III. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*, São Paulo, vol.29, p. 11-33, jan./ mar. 1983.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2018.

JAYME, Fernando Gonzaga; SANTOS, Marina França. A superação do duplo grau de jurisdição como princípio. *Revista de processo*, p. 147-172, dez. 2012.

JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1, 2017, Brasília, *Enunciados* [...] Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2018/setembro/cej-divulga-enunciados-da-ii-jornada-de-direito-processual-civil>. Acesso em 11 abr. 2019.

LAMY, Eduardo. *Tutela Provisória*. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

LOPES, João Batista. A prova na tutela antecipada. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp 225 - 237.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 5ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Castro Lopes, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do artigo 273 do CPC de 73 e a entrada em vigor do novo CPC. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 248 – 268.

MACÊDO, Lucas Buril. Agravo interno. Análise das modificações legais e de sua recepção no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, vol 269, p.311-344, jul. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Da tutela cautelar à tutela antecipada*. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-DA-TUTELA-CAUTELAR-%C3%80-TUTELA-ANTECIPAT%C3%93RIA.pdf>. Acesso em: 07 mar.2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em: 09 out.2018.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; LOURENÇO, Haroldo. *A teoria geral da prova no código de processo civil de 2015*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, p. 55 – 75, jan. 2017.

MELO, Ricardo Procópio Bandeira de. Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o §3º do art. 515 do CPC. NERY JR., Nelson *et al* (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. A competência para a apreciação de tutelas provisórias nos recursos. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 325 – 338.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. [Entrevista]. *Carta Forense*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/antecipacao-da-tutela/10368>.

Acesso em: 04 jan. 2019.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo, 197, pp. 27 – 66, jun. 2011.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Introdução ao estudo do direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O precedente qualificado no processo civil brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais. *Publicações da Escola da AGU*, v.8, n. 1, 2016, pp. 93 a 112.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *O precedente qualificado no processo civil brasileiro: formação, efeito vinculante e impactos procedimentais (parte 1)*, 2018. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-precedente-qualificado-no-processo-civil-brasileiro-formacao-efeito-vinculante-e-impactos-procedimentais-parte-1>. Acesso em: 08 fev.2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Agravo interno legal e regimental*. Disponível em: <http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151749280.Agravolegaleregimental.pdf>. Acesso em: 05 fev.2019.

NEVES, Daniel Amorin Assumpção. *Manual de direito processual civil: volume único*. versão digital. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodium. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil: Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela antecipada e tutela cautelar. ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de urgências e cautelares*, 1ª edição. Saraiva, 2009, pp. 313 – 332.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Comentários ao código de processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. Imparcialidade e juiz natural opinião doutrinária emitida pelo juiz e engajamento político do magistrado. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, vol. 6, p. 167 – 180, out. 2011.

NUNES, Dierle. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 263, pp. 335 – 396, jan. 2017.

NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. Antecipação da tutela nos tribunais e sua contribuição para a efetividade do processo. ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de urgências e cautelares*, 1ª edição. Saraiva, 2009, pp. 715 – 736.

O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL; 2015, Brasília. *Enunciados* [...]. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2019.

PASSOS, Aline Araújo. *Duplo grau de jurisdição: compreensão constitucional do princípio e análise do tema sob a perspectiva das reformas introduzidas no código de processo civil pela lei 10.352/01*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2005.

PUMAR, Bianca; GOLDSTEIN, Rafael. *Tribunais divergem ao interpretar o artigo 1.021 do CPC/2015*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-11/tribunais-divergem-interpretar-artigo-1021-cpc2015>. Acesso em 07 abr.2019.

RICCI, Edoardo Flavio. *A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano*. Tradução de José Rogério Cruz e Tucci. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=1_29&shop_detail=87. Acesso em 07 mar.2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROQUE, Nathaly Campitelli. Acesso à Justiça. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/105/edicao-1/acesso-a-justica>. Acesso: 02 nov. 2017.

RUIZ, Ivan Aparecido. Antecipação da tutela no direito processual civil brasileiro: do nascimento à maioridade, mas, ainda, com dificuldade da sua adequada postulação e aplicação. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 388 – 415.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*. São Paulo. n. 101, pp. 55-66, 2014.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *O exercício da colegialidade no Supremo Tribunal Federal: entre a construção social do discurso e as práticas judiciárias*. 2017. pp. 307. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio), Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31963/31963.PDF>. Acesso em 05 fev. 2019.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. A tutela provisória de urgência do CPC de 2015 na perspectiva dos diferentes tipos de periculum in mora de Calamandrei. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 269, p. 271 – 290, jul. 2017.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de direito processual Civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Novo código de processo civil anotado*, 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 161, pp. 261 – 270, jul. 2008.

SCARPINELLA BUENO, Cassio; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Mario Teixeira da. *Recursos cíveis e os poderes do relator*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib. Notas sobre o art. 557 do CPC. Competência do relator de prover e de negar seguimento a recurso. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3792>. Acesso em: 6 abr. 2019.

SOUZA, Artur César. Imparcialidade do juiz: similitudes e diferenciação em relação aos demais princípios constitucionais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 270, pp. 57 – 83, ago. 2017.

SOUZA, Artur César. Imparcialidade do juiz: uma leitura constitucional de sua concepção dogmática. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 269, pp. 59 – 88, 2017.

TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 80, pp. 125-146, out./ dez.1995.

TALAMINI, Eduardo. *Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (“agravo interno”)*. Disponível em: https://www.academia.edu/31174071/Decis%C3%B5es_individualmente_proferidas_por_integrantes_dos_tribunais_legitimidade_e_controle_agravo_interno_2001_. Acesso em: 05 fev. 2019.

TALAMINI, Eduardo. *Embargos de declaração: efeitos no CPC/15*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236300,61044-Embargos+de+declaracao+efeitos+no+CPC15>. Acesso em 11 set. 2018.

TALAMINI, Eduardo. *O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15*. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15>. Acesso em 17 set.2018.

TARUFFO, Michele. Le funzione delle corti supreme tra uniformità e giustizia. *In: Colóquio Brasil–Itália de direito processual civil*, 1, 2014, São Paulo, *Textos das palestras* [...]. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=4feff7f86037d2e99a1e0049828cb3e1>. Acesso em 06 mar.2019.

TARUFFO, Michele. Processo e verdade *In: Jornadas de Direito Processual*,10, 2014, Campos do Jordão. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=F4Fuly7BRZA&feature=youtu.be>. Acesso em: 09 mar.2019.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. *As garantias do cidadão na justiça*, São Paulo: Saraiva, 1993. p. 79-92.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. A fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar na perspectiva do –adequado – tratamento do tema no CPC de 15. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 452 – 466.

VEIGA, Daniel Brajal; D’ORIO, Rodrigo; FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares *et al.* *Tutela provisória: questões polêmicas*. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 481 – 567.

YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. SCARPINELLA BUENO, Cassio *et al.* (coord.) *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp.467- 480.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15394-15395-1-PB.pdf>. Acesso em: 07 mar.2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, São Paulo, vol.82, p. 53 – 69, abr./ jun.1996.