

ASPECTOS DA TUTELA PROVISÓRIA NA APELAÇÃO: POSSIBILIDADESE LIMITES

Lucas Lopes Dória¹

RESUMO: O estudo tem como objeto de pesquisa a possibilidade de concessão de tutela provisória na apelação. Desenvolve-se a partir do exame do Código de Processo Civil, apontando seus permissivos e omissões e identificando as lacunas existentes, a partir de uma interpretação histórica e sistemática da legislação processual. Dedicar-se a investigar os limites de utilização do instituto, apontando, se cabível e em quais casos.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela provisória. Apelação. Código de Processo Civil.

ABSTRACT: The study is research object the possibility of interim protection to grant the appeal. It develops from the examination of the Civil Procedure Code, pointing their permissive and omissions and identifying gaps, from a historical interpretation and systematic procedural law. Is dedicated to investigate the limits of use of the institute, pointing, if applicable and in which cases.

KEYWORDS: Interim protection. Appeal. Civil Procedure Code.

INTRODUÇÃO

O problema técnico-dogmático do qual nos ocupamos nesse artigo tem sua fonte de nascimento na experiência cotidiana, cuja riqueza muito se presta a provocar questionamentos e inspirações. É daí, portanto, a sua importância pragmática, muito embora o desenvolvamos com devoção à

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL – e especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Professor de Direito Processual Civil na Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste – SEUNE. Professor convidado da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas – ESMAL. Juiz de Direito.

técnica do processo (malgrado não pretendamos, com isso, expor representação da verdade, afinal a ciência é construída de diálogos e experiências).

Em contato com rica e plural realidade jurídica, pudemos identificar, em sede de apelação, a articulação de pedido de efeito suspensivo. Até aí, não há novidade ou sobre o que questionar, pois que, nesse sentido, tem-se, no Código de Processo, autorizativo expresso: está no art. 1.012, §§ 3º e 4º, aplicáveis para as hipóteses em que a sentença produz seus efeitos de imediato, o que discrimina o § 1º daquela disposição normativa.

A curiosidade, no entanto, se apresenta quando o olhar se volta à sentença, e, então, é possível constatar que a sua conclusão fora de polaridade negativa, tendo julgado, pois, improcedente o pedido articulado pela parte em sua petição inicial. A primeira pergunta que, espantada, salta-nos à mente é: suspender o quê?

A previsão de suspensão destina-se a possibilitar a interceptação de efeito surgido em decorrência de ato (positivo) judicial, que interfira, assim, em determinada realidade jurídica e, às vezes, também material. É, destarte, propriamente recurso destinado à suspensão dos efeitos (principais) da decisão. Se não há, portanto, comando hábil a alterar as circunstâncias jurídicas e fáticas, não se cogita de pedido qualquer de efeito suspensivo.

Mas até aí, o problema poderia estar circunscrito a uma “mera” (que nem sempre é tão sem importância como quer retratar a expressão) questão vocabular, tal como ocorrera, sob a égide do Código anterior, o de 1973, em que se convencionou chamar a tutela antecipada recursal, formulada no

agravo de instrumento, de pedido de “efeito suspensivo ativo”² ou “efeito ativo do agravo”³, em razão da redação do inciso II do art. 527, construída pela Lei n. 9.139/95 (reforma posterior acrescentou, enfim, a expressão tutela antecipada recursal).

A questão que subjaz, no entanto, não é, na verdade, a de se pretender suspender o vazio eficaz da sentença – decerto, impossível –, mas sim colher, originariamente, na via recursal, tutela provisória (antecipada, temporalmente falando), que até então não obteve, por denegação anterior ou porque jamais a formulara, entendendo apenas propício fazê-lo agora, em sede recursal.

O problema, então, começa a tomar forma com a leitura das disposições reservadas à apelação, que se limitam a tratar do pedido de suspensão de uma sentença positiva (= concessiva) e dotada de eficácia imediata, e ganha corpo quando se cogita de que tenha sido essa mesma pretensão precária objeto de agravo de instrumento prévio, tendo tido o tribunal, portanto, com a matéria, prévio contato.

² Vê-se a importância das expressões para o Direito, que trabalha com linguagem e, por isso, reclama precisão. Efeito suspensivo ativo passa mais a ideia de que se cuida de, efetivamente, suspender-se algo, porém de modo ativo, passando, assim, a ideia de que a postura ativa representa o modo de atuar para suspender algo, e nada expressa sobre sua real intenção de comunicação, que é a de concessão originária de uma determinada pretensão.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 516.

1 MODELOS LEGAIS DE EFICÁCIA DA SENTENÇA

1.1 REGRA DO DUPLO EFEITO

O tratamento dispensado pelo Código de Processo Civil de 2015 à apelação não se dissociou do modelo do Código de 1973. O artigo 1.012 do novo Código indica que a apelação terá efeito suspensivo, suprimindo do texto a alusão ao efeito devolutivo, como continha no artigo 520 do revogado Código, certamente porque desnecessário, sendo efeito presente em todos os recursos.

Durante a tramitação legislativa, chegou-se a cogitar a expansão da eficácia da sentença, possibilitando sua aplicabilidade imediata, ressalvada a hipótese de concessão, *opeiudicis*, de efeito suspensivo, o que invertia a lógica de até então. Essa possibilidade, que constou do art. 968 do Projeto de Lei do Senado n. 166/10, foi superada pelo substitutivo da Câmara dos Deputados, de n. 8.046/10, cujo artigo 1.025 veio a transformar-se, em definitivo, na atual disposição contida no artigo 1.009 do novo CPC.

Essa ideia inicial da nova legislação processual, que consistia, no fim de contas, em se pretender emprestar maior efetividade aos atos jurisdicionais, sobretudo aqueles editados pelo primeiro grau de jurisdição, deixou seu vestígio no texto, enfim, aprovado pelo Congresso Nacional. Está no artigo 995, *caput*, do CPC/15, que expressa regra geral de inexistência de efeitos suspensivo na quadra recursal, reservando as exceções à previsão legal específica, espaço este no qual se insere a apelação, com sua redação do artigo 1.009, evoluída em relação ao projeto originário. Aquele

regramento (o 995) é o retrato do artigo 949 do Projeto de Lei do Senado da República.

Cabe, enfim, resumir, pontuando que, atualmente, a apelação, em regra, é dotada de dupla eficácia, havendo exceções ao efeito suspensivo *ex lege*, porém permitindo a sua obtenção *opeiudicis*, o que será objeto de enfrentamento no item seguinte.

1.2 EXCEÇÕES À INEFICÁCIA IMEDIATA E A ABERTURA *EX LEGE* À CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO

O CPC/15, de modo muito aproximado do CPC/73, indica que, em regra, a sentença não será dotada de eficácia imediata, porém abre, logo em seguida, exceção, declinando rol em cujas hipóteses que descreve a decisão de mérito passará a produzir efeitos tão logo seja publicada.

Não é objeto deste artigo o estudo particularizado de cada uma das hipóteses em que a sentença produzirá sua eficácia imediatamente, senão a possibilidade de perseguir essa efetividade incontinentem na esfera recursal. Mas as situações estão listadas no artigo 1.012, § 1º, do CPC/15⁴, tanto quando estava, de modo muito aproximado, no correspondente e conhecido artigo 520 do CPC/73.

⁴ § 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.

O novo dispositivo, ainda, traz abertura para outras hipóteses que estejam previstas em lei, o que põe fora de dúvida a manutenção da vigência de situações outras extravagantes, como é o caso, por exemplo, da sentença em Mandado de Segurança (cf. Lei n. 12.016/09, art. 14, § 3º).

Essa previsão legal, de situações nas quais haverá a produção imediata de efeitos – *ex lege*; independente, portanto, de autorização judicial –, confere abertura para que o legislador, noutro giro, tenha previsto a possibilidade de sustação desses efeitos legais imediatos, desde quando requerido e determinado por autoridade judiciária.

Sobre essa abertura e seus requisitos, dedicamos o item subsequente.

1.2.1 A concessão *opeiudicis* de efeito suspensivo

O CPC/15 trouxe disciplinamento novo sobre a matéria. Não, porém, quanto à previsão autorizativa de postulação e concessão de efeito suspensivo para a apelação, mas no que diz respeito ao seu procedimento.

A disciplina, no CPC/73, foi, para a apelação, tomada de empréstimo do agravo de instrumento, além de encontrar-se topologicamente deslocada, inserida que foi em local inapropriado e assistemático.

A previsão de concessão de efeito suspensivo fora feita, originalmente, no artigo 558 do CPC/73, em que restringia as situações nas quais seria legítima a concessão de efeito suspensivo. Esse dispositivo estava inserido dentro do capítulo destinado a tratar da ordem dos processos nos tribunais, e não voltado à regulação do próprio agravo de instrumento.

A abertura do rol, com autorização a que o efeito suspensivo fosse possível em qualquer hipótese – já que o agravo de instrumento era (e é)

desprovido de efeito suspensivo – somente veio com a Lei n. 9.139/95, quando também – e somente então – fez-se inserir, no parágrafo único do artigo, comando de extensão, possibilitando a concessão de efeito suspensivo na apelação, para as hipóteses em que, por lei, àquele recurso somente se emprestou carga eficaz devolutiva⁵.

Importante é o registro de que essa mesma lei, de 1995, também foi responsável por alterar a redação do artigo 527 do CPC/73, fazendo constar de seu inciso II exatamente a possibilidade de concessão de efeito suspensivo em sede de agravo de instrumento, inserindo, nele, remissão expressa ao artigo 588, que, como visto, a partir de então, passou a contar com permissão de ampla concessão de efeito suspensivo, independente da espécie de causa versada⁶.

É nesse contexto histórico normativo, construído em período pós-generalização da tutela antecipada, que veio à lume em 1994, com a alteração do artigo 273 do CPC/73 pela Lei n. 8.952/94, que se fala, então, do que se convencionou denominar de “efeito suspensivo ativo” ou “efeito ativo do agravo”, concedido exatamente em sede de agravo de instrumento, quando denegatória a pretensão antecipada articulada no primeiro grau.

Tinha-se, nessa espécie de postulação, denominada de efeito suspensivo ativo recursal, verdadeira hipótese de antecipação de tutela recursal, eis que, por meio do agravo, se insistia em perseguir determinado bem da vida denegado na instância *a quo*, sendo, portanto, ao menos

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 682.

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 516.

inapropriado falar-se em efeito suspensivo, exatamente porque tutela alguma se havia concedido na sede recorrida.

Exatamente por conta dessa imprecisão terminológica é que, estando mais avançado os estudos dogmáticos sobre a tutela antecipada, veio o artigo 527 do CPC/73 a sofrer nova alteração legislativa, e, agora, para fazer dele constar, expressamente, a possibilidade de concessão de tutela antecipada recursal, além da manutenção da abertura à concessão de efeito suspensivo, quando positiva (= concessiva) a decisão recorrida e também dotada de exequibilidade imediata.

O CPC/15 traz consigo todo esse caldo evolutivo, mantendo, na mesma exata medida, as previsões de concessão de efeito suspensivo à decisão recorrida, quando dotada apenas de efeito devolutivo (arts. 1.012, §§ 3º e 4º e 1.019, inc. I), e a previsão, para o agravo, de concessão de tutela antecipada recursal (art. 1.019, inc. I) – ainda agora denominada de “antecipação da tutela”, mas certamente passível de comportar interpretação ampla, de modo a apanhar as demais hipóteses de tutelas provisórias, previstas que estão na disposição geral do artigo 294.

Dentre outras evoluções, destacamos a inserção das previsões, tanto de suspensão de efeitos como quanto à concessão deles, em suas respectivas sedes, seja no capítulo vocacionado à disciplina da apelação como no do agravo de instrumento.

Além disso, sobrepõe destacar o procedimento previsto no § 3º do art. 1.012 do CPC/15, sobretudo porque inexistente sob a égide do de 1973, por meio do qual disciplina possa o pedido de efeito suspensivo ser feito em avulso, antes da distribuição da apelação no tribunal, mas desde quando já

interposta no juízo de origem, ou mesmo depois de recebido o recurso pelo relator, tanto quando possa ser articulado no bojo da própria apelação.

Recebido, porém, o pedido de efeito suspensivo avulso previamente à distribuição da apelação no tribunal, o relator deste pedido torna-se, então, prevento para conhecer da apelação já interposta, porém em vias de processamento.

1.2.1.1 Requisitos à concessão do efeito suspensivo na apelação

Ao tempo do CPC/73, os requisitos para a concessão de efeito suspensivo à apelação encontravam-se disposto na mesma disciplina legal do agravo de instrumento, remontando, por direcionamento do parágrafo único do artigo 558 à cabeça desse artigo, que previa a relevância da fundamentação e o risco de lesão grave e de difícil reparação.

Os requisitos, para apelação, são integralmente mantidos na previsão do § 4º do artigo 1.012 do CPC/15, com sutil diferença em relação a presença da palavra risco e da substituição da conjunção aditiva “e” para a alternativa “ou”, posicionada entre a expressão lesão grave e outra que representa lesão de difícil reparação (embora não acreditemos que isso repercuta na interpretação, concedendo-se a tutela, antes, tanto quanto depois, alternativamente àquelas hipóteses previstas de perigo).

1.2.1.2 A tutela provisória da evidência recursal e o novo CPC

A concessão de efeito suspensivo, porque previsto como técnica de tutela sumária e precária, insere-se dentro do gênero da tutela provisória,

embora modulado em apenas um sentido, que é exatamente o de obstaculizar, em cognição transitória, os efeitos decorrentes de ato judicial.

A novidade, por conta do CPC/15, está na previsão de tutela provisória da evidência recursal, na medida em que o diploma autoriza a concessão de efeito suspensivo quando se mostre provável o provimento da apelação, cujo acórdão, em exercício prognóstico, virá, muito provavelmente, a desconstituir a procedência do pedido que na sentença consta.

Nessa hipótese, de tutela provisória da evidência, o requisito exigido, porque voltado a direito provável, não reclama a presença de situação alguma de perigo⁷, satisfazendo-se com a probabilidade do direito vindicado, ou, no caso, mais particularmente, com a probabilidade do direito ao provimento do recurso, o que, concretamente, implicará em repercutir sobre a sentença, esvaziando o seu comando positivo e fazendo com que a situação da vida e jurídica retome ao *status quo ante*, pretérito, pois, à instauração da ação.

Diversamente do artigo 311 do CPC/15, no qual há a discriminação das hipóteses em que se admite a concessão de tutela de evidência, a previsão desta espécie de tutela provisória para a apelação é ampla, vaga e indeterminada, comportando o seu preenchimento no caso concreto.

A doutrina especializada, contudo, já visualiza hipóteses de aplicação, sobretudo em casos nos quais não tenha a sentença observado, devidamente, os precedentes obrigatórios, sem, contudo, indicar motivos de superação ou distinção. Mas, ainda assim, reconhece a possibilidade de

⁷ TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Kruger. Aspectos da tutela provisória: da tutela de urgência e tutela da evidência. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 41, v. 257, jul. 2016, p. 194.

utilização do instrumento em situações peculiares, somente construída diante da riqueza da vida⁸.

2 TUTELA PROVISÓRIA NA APELAÇÃO: JUÍZO POSITIVO E ANTECIPADO DO MÉRITO RECURSAL

2.1 LACUNA NORMATIVA (?)

O problema real deste artigo começa a se apresentar e a ser desenvolvido nesta passagem, porque o questionamento sobre a real possibilidade de concessão de tutela provisória na apelação não se reporta à suspensão dos efeitos da sentença, decerto espécie de tutela provisória, porém cuja previsão e disciplinamento encontra-se expresso no texto do Código e, particularmente, agora, no capítulo da apelação.

A dificuldade começa a se desenhar exatamente diante de sentenças negativas, que tenham, portanto, denegado a postulação da parte, julgando improcedente o pedido. É que, nesses casos, o novo CPC, tanto quanto o CPC/73, resta omissivo, ao menos no capítulo em que dedica à apelação, não disciplinando, destarte, a possibilidade de concessão de tutela provisória, de qualquer modalidade, em sede de apelação.

A dúvida tende a agravar-se quando se identifica que, para o agravo de instrumento, na mesma medida em que promovido por uma das últimas reformas do CPC/73, a lacuna fora suprida, tendo-se feito constar previsão expressa à tutela antecipada recursal – atualmente, deve-se interpretar

⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 189.

compreenda a tutela provisória –, superando a criativa construção do denominado efeito suspensivo ativo.

2.1.1 Colmatação e interpretação sistemática

A colmatação, nesse plano, e, portanto, a solução para o problema, passa pelo plano da interpretação, mais particularmente a sistemática, por meio da qual se sai à cata de disposição normativa que, mesmo deslocada, possa servir à superação e acomodação do vazio.

Embora passível de críticas, pelo posicionamento topológico, mas elogiável por descrever as atividades do relator de modo superior ao antigo artigo 557 do CPC/73, o artigo 932, inc. II, do CPC/15, trouxe previsão expressa de que compete ao relator apreciar o pedido de tutela provisória em sede recursal.

Esse dispositivo, com efeito, encontra-se inserido no segundo capítulo do primeiro título do livro reservado à disciplina dos processos nos tribunais, e não, como anunciado, no espaço próprio da apelação. Mas como representa norma geral para os recursos, o que transparece, aí, a sua própria localização dentro do Código, aplica-se a todas as espécies recursais, inclusive à apelação.

Mas não obstante essa previsão, bastante em si para a solução de dúvida surgida com a leitura do capítulo da apelação, o CPC/15, que reservou um livro às tutelas provisórias, o n. V, inseriu-o dentro de sua Parte Geral – eis a importância revelada de um disciplinamento geral –, a revelar sua aplicabilidade em todos os quadrantes do Processo Civil, tocando, portanto, a apelação.

Assim, nos casos de tutelas definitivas denegatórias de pretensões articuladas em petições iniciais, revela-se plenamente cabível a postulação de tutela provisória recursal, cujo procedimento, porém, deve observar a disciplina do artigo 1.012, § 3º, do CPC/15 – que trata exatamente da tutela provisória inversa, vocacionada a suspender os efeitos de sentenças concessivas.

Requer-se, destarte, diretamente ao tribunal, em petição autônoma, no período entre a interposição da apelação e a sua distribuição no órgão *ad quem*, o que compreenderá o tempo de processamento no primeiro grau, sede em que deduzida, inclusive com a espera das contrarrazões, que conta com prazo reflexo ao de interposição do recurso; ou ao relator, quando já distribuída a apelação, que pode ser concomitante aquele recurso (de apelação), mesmo em seu bojo, ou em petição autônoma.

Mas quase que em sua integralidade, esse modelo de processamento encontra-se disciplinado pelo artigo 1.012, § 3º, do CPC/15. Dúvida pode surgir, no entanto, em relação ao momento prévio à interposição da apelação – termo no qual o inciso I do § 3º daquele artigo autoriza a postulação da tutela provisória em peça autônoma –, quando ainda no prazo para sua apresentação. Seria, portanto, possível a apresentação de pedido autônomo de tutela provisória quando ainda não interposta a apelação? Ou este recurso deve compor a petição avulsa da tutela provisória recursal como espécie de documento obrigatório?

O Código, na disciplina referente ao processamento da tutela provisória recursal, não confere resposta pronta, deixado no vazio esse ínterim. Novamente aqui, parece tenha espaço de entrada o regramento da Parte Geral, no qual, ao menos para as tutelas provisórias de urgência, trouxe

disciplinamento em que se autoriza a articulação da pretensão precária em caráter antecedente, prévio à propositura da ação (CPC/15, art. 294, parágrafo único).

Assim, se é possível antes da instauração da demanda, tudo conduz a se interpretar possa, igualmente, antes de inaugurada a etapa recursal. É de se observar que o *caput* do artigo 299, cujo parágrafo único prevê a tutela provisória recursal, fala, expressamente, em requerimento antecipado da tutela provisória.

2.2 LIMITAÇÃO PRECLUSIVA À CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA NA APELAÇÃO

Mas não é sempre que a tutela provisória (positiva) tem espaço na apelação. Sujeita-se aos mesmos requisitos previstos como exigência para a concessão do efeito suspensivo recursal, particularizados no artigo 1.012, § 4º, do CPC/15.

Além disso, submete-se a dada limitação preclusiva, na medida em que se tenha veiculado a questão pela via do agravo de instrumento, prévio à sentença, o que será objeto de exame mais detido no item imediato posterior.

2.2.1 Agravo de instrumento prévio

Tem-se, neste ponto, muito possivelmente, a passagem mais delicada da tutela provisória recursal.

Já restou definido que é cabível o pedido de tutela provisória recursal articulado em (ou ao ensejo da) apelação movida contra sentença de

improcedência. Resta saber se é sempre possível, uma vez preenchidos os requisitos previstos no artigo 1.012, § 4º, do CPC/15.

O problema decorre do seguinte contexto processual: figure-se situação em que ação manejada no primeiro grau tenha seu pedido de tutela provisória indeferido, sendo a decisão negativa submetida à esfera recursal pela via do agravo de instrumento, no qual, colegiada ou monocraticamente, decide-se em consonância com a decisão recorrida, e, por isso mesmo, nega-se provimento ao agravo, alcançado, enfim, a preclusão máxima, uma vez escoado *in albis* o prazo recursal.

A pergunta que surge é se, nesse contexto, o pedido de tutela provisória pode ser (re)editado na apelação que se interponha contra sentença que, em sintonia com a decisão agravada, julgue improcedente o pedido.

A regra, pensamos, é a de que não se fará possível, representando, assim, uma hipótese de limitação à tutela provisória recursal na apelação. Porém, a resposta, positiva ou negativa, não prescinde do exame particularizado dos requisitos para a concessão da medida.

2.2.1.1 A probabilidade do direito nas tutelas sumárias e a certificação da sentença

O pedido de tutela provisória recursal, seja qual for ele, positivo ou negativo, tenha ou não havido prévio agravo de instrumento, assentar-se-á, por evidente, na probabilidade do direito e em situação retratada de perigo.

A disposição do § 4º do artigo 1.012 do CPC/15 fala em relevante fundamentação, discrepando, assim, ao que transparece, da disposição geral

do artigo 300, do mesmo Código, que expressa, como primeiro requisito, a probabilidade do direito.

O requisito disposto no capítulo da apelação certamente remonta à relevância da fundamentação da apelação, de modo a sugerir venha a obter sucesso, com o vindouro provimento do recurso.

Mas para que a fundamentação seja relevante, hábil, portanto, a conduzir ao provimento do recurso, é porque, no fim de contas, o direito afirmado é plausível, remetendo, destarte, à ideia de probabilidade do direito estampada na Parte Geral do Código.

Essa probabilidade do direito, com efeito, já terá sido objeto de exame ao tempo da primeira decisão, liminar ou antecipada (referimo-nos aqui ao tempo em que prolatada e não à espécie de tutela provisória), e também da (decisão) que editara o tribunal, em sede de agravo de instrumento, podendo o juízo ter sido, em um e outro, ou em ambos, positivo ou negativo.

Isso não determinará o sentido em que haverá de ser encaminhado (leia-se: decidido) o pedido de tutela provisória recursal originalmente articulado no agravo de instrumento, eis que, tanto quanto em qualquer sede, reclama sempre a sua conjunção com determinada situação de risco, que pode ter sido reconhecida (identificada) na decisão ou não; ou, ainda, sequer ter-se chegado a conhecer desse segundo requisito da tutela provisória, ante a improbabilidade do direito, acaso assim conclua o *decisum*.

Mas uma vez que tenha o tribunal, no agravo, exercitado juízo cognitivo sobre esse primeiro requisito de forma negativa – ou seja, pondo-se em contrário à probabilidade afirmada do direito –, parece-nos que a tutela provisória recursal em sede de apelação estará completamente obstada,

haja vista se tenha, sobre o ponto, formado preclusão para o órgão julgador, sendo-lhe proscrito lançar novo olhar sobre a questão, e, desse modo, eventualmente, reconhecer, em contrário, a probabilidade do direito, que antes negara.

A certificação contida na sentença de improcedência, que também vai de encontro a direito que se reputara provável, e, ao contrário, certifica direito inexistente, embora não vincule a visão do tribunal, que pode prover o recurso – ainda quando tenha negado provimento ao agravo –, milita em prol da inexistência de direito.

2.2.1.2 O (re)exame do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação no julgamento do pedido de tutela provisória na apelação

Uma vez que se reconheça a probabilidade do direito apontado – na decisão originária e, sobretudo, no agravo de instrumento –, aberta estará a via para a apreciação da situação de perigo, que, tanto quanto o primeiro requisito, pode, ou não, ser reconhecido.

Mas acaso não acolhido na primeira oportunidade de provocação do tribunal, parece-nos tenha aí entrada a possibilidade de (re)edição do pedido de tutela provisória no âmbito recursal, só que agora em sede de apelação, e não mais de agravo de instrumento.

No entanto, esse exame do perigo de dano na apelação requer cautela e atenção, pois não se trata da mesma situação de perigo antes apreciada no agravo de instrumento, pois aqui, tanto quanto o impedimento

que recai sobre a probabilidade do direito, haverá preclusão, não podendo o tribunal reapreciar o risco de dano grave ou de difícil reparação.

Na verdade, cuida-se de nova situação de perigo – que se revele inteiramente nova ou, ao menos, agravada –, surgida após a apreciação do recurso interlocutório, capaz, portanto, de caracterizar um novo contexto de risco ao bem jurídico ou à efetividade da tutela jurisdicional.

Revela-se, como se pode ver, via estreita a postulação de tutela provisória de urgência na apelação – ressaltando-se o pedido de efeito suspensivo (que tem natureza de tutela provisória, como visto) –, eis que cabível tão somente na hipótese de surgimento de novo contexto de risco, alterando, portanto, o cenário de fato, abrindo espaço a que o tribunal examine, originariamente, esse atual contexto, inexistente ao tempo do agravo.

Assim, para que caiba a tutela provisória (positiva) na apelação, tem-se, primeiro, que ter havido, no agravo, reconhecimento da probabilidade do direito e inacolhimento quanto a situação de perigo aventada (razão última do improvimento do recurso), além do surgimento posterior de um novo contexto de risco. Isso porque, caso tenha-se negado provimento ao agravo em função da improbabilidade do direito afirmado, o acesso à tutela provisória pela via da apelação encontrará obstáculo intransponível na preclusão.

2.3 ABERTURA À TUTELA DE EVIDÊNCIA RECURSAL

Mas a tutela provisória de urgência não exaure todas as possibilidades concessão de tutela provisória em sede recursal, restando,

ainda, a abertura à tutela provisória da evidência, que se dissocia da questão atinente ao risco, exatamente porque é, em relação a ele, indiferente.

Tem-se, portanto, neste espaço, uma reabertura cognitiva relativamente ao direito afirmado, que, novamente, dar-se-á em sede de juízo de probabilidade. Embora a disposição do § 4º do artigo 1.012 do CPC/15 fale em probabilidade de provimento do recurso, novamente se cai na probabilidade do direito (conforme explicação acima).

Havendo, assim, probabilidade do direito, de sorte a sugerir venha o tribunal, em sede de apelação, a dar-lhe provimento, julgando, por conseguinte, procedente o pedido, será possível a concessão, mediante requerimento, de tutela provisória recursal da evidência, olvidando-se a alegação de qualquer de situação de perigo⁹.

O perigo antes examinado, em sede de decisões precárias (interlocutória e agravo de instrumento), pode ter sido reconhecido, e, com isso, ter-se-á deferido a liminar; ou inacolhido, quando denegatória terá sido a tutela provisória. Sim, é possível se tenha, em algum momento do processo, acolhido a arguição de situação plausível e de risco e, ainda assim, não esteja o autor usufruindo do bem da vida que deduzira, bastando, a tanto, cogitar de provimento do tribunal a agravo contra decisão liminar concessiva da tutela provisória.

E, então, nesse contexto figurado, ressurgem, para o autor, deparando-se com sentença de improcedência ou de procedência, porém dotada de efeito suspensivo, o interesse em pleitear, novamente, a tutela provisória, que lhe antecipará (no tempo) a fruição do direito defendido. Só que, não

⁹ Sobre ser prescindível o risco nas tutelas de evidência, ver NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2006. p. 484.

podendo fazê-lo sob o império da urgência, de espécies antecipada ou cautelar, resta-lhe a via da evidência, cuja situação de risco antes examinada em nada influi nem tampouco cria empecilho algum.

Porém, o problema está em saber no que essa probabilidade da tutela da evidência diverge da probabilidade da tutela de urgência. Em algum viés, a probabilidade terá sido objeto pretérito de análise por parte do tribunal, e, como afirmado, esse pronunciamento cria, para ele, tribunal, barreira processual a que venha, novamente, ter contato decisório com a matéria.

Como, então, permitir-se, nesse contexto pós-agravo de instrumento, o (re) exame da probabilidade do direito afirmado?

Na Parte Geral do Código (de 2015), o legislador condicionou a probabilidade da tutela da evidência – tal como recurso de fundamentação vinculada –, ditando as situações que se apresentará evidente o direito vindicado, o que não fez com a probabilidade da tutela de urgência, que requer igualmente plausibilidade do direito, porém o seu preenchimento competirá à realidade da vida, livremente passível de apresentação ao Poder Judiciário.

Parece-nos, assim, que as hipóteses do artigo 311, nas quais se descreve situações caracterizadoras da probabilidade evidente, hábeis à concessão de tutela de evidência, podem bem servir de norte interpretativo no âmbito recursal, preenchendo o enunciado vago do § 4º.

Assim, é plenamente possível que a situação retratada no inciso IV do artigo 311 possa ser objeto de exploração somente no momento da apelação, tanto porque, uma, não se postulou, antes, tutela provisória de evidência alguma, como, duas, porque a tutela provisória de urgência pode ter sido articulada *in limine litis*, quando ainda não se tinha aberto

oportunidade probatória ao réu, carecendo o agravo, igualmente, de conhecimento a respeito da fragilidade probatória oposta pelo demandado.

Ou seja, o contexto de prova documental suficiente e inaptidão da prova do réu para gerar dúvida razoável ao direito vindicado pelo autor pode muito bem se aperfeiçoar somente depois da interposição e julgamento do agravo, não se podendo, por isso, nesse recurso precário, contar com o mesmo grau de probabilidade do direito que aquele formado ao final da instrução processual.

Sobre isso, a doutrina especializada também tem chamado a atenção para o sistema de precedentes obrigatórios disposto no Código, o que se encontra no artigo 927, que pode servir ao preenchimento do enunciado vago do § 4º do artigo 1.012 do CPC/15, ao falar de “probabilidade do provimento”¹⁰.

É o que se poderia concretizar em situação na qual o precedente obrigatório tenha se formado em momento posterior às decisões precárias de primeiro e segundo grau, porém antes da sentença. Mas muito embora anteceda à sentença, não tenha ela o levado em conta, julgando improcedente o pedido, quando o precedente impunha se tivesse posicionado o *decisum* definitivo no sentido oposto.

Novamente, nessa hipótese, ter-se-ia, certamente, abertura à cognição da probabilidade, tal como na tutela de urgência antes apreciada, porém com contornos qualificados.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 189.

CONCLUSÃO

O texto tem início com o exame das disposições legais a respeito dos efeitos em que recebida a apelação, constatando, enfim, que o CPC/15 não evoluiu, no ponto, em relação ao CPC/73, mantendo a regra do duplo efeito.

Após isso, apontamos, ainda no plano textual da lei, as exceções ao efeito suspensivo da apelação, quando a sentença terá, portanto, efetividade imediata. Nesse momento, identificamos o mecanismo legal para sustação do efeito imediato, o qual posicionamos dentro do gênero tutela provisória, compondo uma de suas espécies.

Ao evoluir no exame do capítulo da apelação, verificamos haver omissão legislativa em relação à tutela provisória, já que se limitou a prevê-la em apenas uma de suas vertentes possíveis, a de caráter negativo, expressa exatamente pela previsão do efeito suspensivo *opeiudicis*.

Não obstante, a deficiência, numa leitura sistêmica do Código, revela-se superada, pois é possível encontrar, sobretudo na Parte Geral do CPC/15, previsões autorizativas à concessão, pelo tribunal, de tutela provisória positiva, articulada em razão da improcedência constante em sentença.

A dúvida, importante, que grassou, nesse ponto, seria sobre a possibilidade de se pleitear tutela provisória (positiva) mesmo quando, sobre esse assunto, tenha-se veiculado agravo de instrumento prévio, por meio do qual o tribunal já tenha tido contato antecedente com a matéria, reapresentada ao ensejo da apelação.

Sobre esse ponto, promovemos a separação entre duas espécies de tutelas precárias recursais: a provisória de urgência e a provisória da

evidência. Quanto ao primeiro grupo, posicionamo-nos que somente seria possível rearticular pedido de tutela provisória de urgência em uma única situação, representada por julgamento de agravo de instrumento reconhecendo a probabilidade do direito e inacolhendo a alegação de risco, negando, por isso, provimento ao recurso manejado em face de decisão denegatória de igual postulação articulada no primeiro grau.

Nessa situação, que retrata como fora julgado o agravo de instrumento, o pedido de tutela provisória de urgência na apelação há de se fundar em novo contexto de risco, diverso daquele objeto de exame no agravo, provocando o tribunal a dedicar atenção sobre situação de fato original, não antes apreciado, embora sob o rótulo da tutela provisória de urgência, escapando, assim, da preclusão impediente ao reexame pelo Poder Judiciário.

A tutela provisória da evidência recursal, particularmente prevista no texto para a apelação, só que apenas sob viés negativo (leia-se: como efeito suspensivo), representou inovação legislativa trazida pelo CPC/15, criando, destarte, hipótese de tutela provisória recursal em que a arguição de perigo é irrelevante, porque não a compõe enquanto requisito, sendo possível a sua concessão apenas diante de direito provável.

Porém, emitimos opinião sobre a probabilidade exigida por essa espécie de tutela provisória, a da evidência, apontando diferença em relação a probabilidade reclamada para a concessão da tutela provisória de urgência (recursal ou originária), classificando-a, então, como modelo de probabilidade qualificado, a exigir, por isso, o preenchimento de alguma das situações previstas no artigo 311 do CPC/15 – ou assemelhada, permitindo a subsunção por analogia – ou, ainda, a caracterização de situação, na

sentença, que não tenha observado o sistema de precedentes obrigatórios, indicando a probabilidade de provimento do recurso.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2006.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Kruger. Aspectos da tutela provisória: da tutela de urgência e tutela da evidência. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano 41, v. 257, jul. 2016, p. 179-214.