

# EFEITO SUSPENSIVO DOS RECURSOS E MANEJO DA MEDIDA CAUTELAR E DO MANDADO DE SEGURANÇA COM O FIM DE SUSPENDER OS EFEITOS DA DECISÃO RECORRIDA

*Zuleide Barbosa Vilaça\**

*SUMÁRIO: 1. Recursos e efeito suspensivo; 2. Tipos de recursos previstos no CPC; 3. Recursos sujeitos a efeito suspensivo; 4. Recursos não sujeitos a efeito suspensivo; 5. Execução provisória; 6. Manejo da medida cautelar e do mandado de segurança a fim de conceder efeito suspensivo aos recursos que não o têm; 7. A execução provisória da sentença como regra: uma alternativa diante do tempo necessário ao duplo grau; 8. Conclusões; 9. Referências.*

## 1. Recursos e efeito suspensivo

Quando o Estado apresenta a prestação jurisdicional condenatória<sup>1</sup> e é interposto o recurso, transfere-se ao órgão superior o poder de julgar a decisão recorrida, impedindo, desta forma, a formação da coisa julgada

---

\* Mestranda em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Maringá - CESUMAR e advogada.

<sup>1</sup> Cf. Dinamarco, C.R. Os Efeitos dos Recursos, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/01*, coord. por Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 2002, p.53, as regras da suspensividade e não-suspensividade dos recursos, no que diz respeito a sentenças e acórdãos com julgamento de mérito são dispostas com especial atenção às sentenças condenatórias e à admissibilidade da execução provisória. A razão disto é que, para ele, as sentenças constitutiva e a meramente declaratória não são capazes de produzir os efeitos programados antes do trânsito em julgado, nem se pode utilizá-las como título para qualquer execução, provisória ou mesmo definitiva, pois só a condenatória tem a eficácia de título executivo (art. 584, inc. I). Já, conforme entendimento de Pontes de Miranda o efeito suspensivo não atinge somente as sentenças condenatórias. Sentenças mandamentais, constitutivas e declarativas também são atingidas em sua força ou em seus efeitos pelo efeito suspensivo que tenha a apelação. Na decisão terminativa também há efeito suspensivo com a interposição de recurso com este efeito, pois a preclusão não se opera.

formal. Mas, tal atividade não retira do ato decisório impugnado seus naturais efeitos; apenas impede que passe em julgado a sentença e que esses efeitos se tornem imutáveis.

O efeito devolutivo ocorre quando o recurso é interposto e o julgamento da causa ou de uma demanda incidente é *devolvido* ao órgão superior ou transferido a ele o poder de julgar. Conforme Alcides de Mendonça Lima<sup>2</sup>, há devolução, inclusive, quando o recurso é endereçado ao próprio órgão que proferiu o ato impugnado. Assim, devolução não é necessariamente transferência, mas segundo este autor, apenas abertura do procedimento recursal e criação do poder-dever de rejulgar.

Num caso concreto, conforme exemplo dado por José Frederico Marques<sup>3</sup>, condenado o réu, o recurso interposto que tenha apenas efeito devolutivo, não impede a execução da sentença condenatória. Para que as conseqüências da decisão como ato jurisdicional ainda não se produzam, é necessário que ao efeito devolutivo se acrescente o efeito suspensivo.

O efeito suspensivo é uma qualidade do recurso que, uma vez interposto, adia a produção dos efeitos da decisão impugnada<sup>4</sup>, e entre os principais efeitos da decisão consta a execução de seu comando<sup>5</sup>, mantendo suspensos tais efeitos até que transite em julgado a decisão sobre o recurso. As eficácias do efeito suspensivo se direcionam para a não executoriedade da decisão impugnada.

Alguns autores entendem que o efeito suspensivo do recurso obsta a formação da coisa julgada, mas concordamos com Nelson Nery Junior<sup>6</sup>, que afirma que o adiamento da formação da coisa julgada é decorrência natural e lógica do efeito devolutivo dos recursos e não do suspensivo.

Para Barbosa Moreira<sup>7</sup> a expressão “efeito suspensivo” é, de certo modo, equívoca, pois faz supor que com a interposição do recurso *passem* a ficar tolhidos os efeitos da decisão, como se *até esse momento* estivessem eles a manifestar-se normalmente. Na realidade, para o autor, verifica-se o

<sup>2</sup> Mendonça Lima, A. *Introdução aos Recursos Cíveis*, São Paulo: RT, 1976, p. 286.

<sup>3</sup> Marques, J.F. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV. Campinas: Millenium, 2000, p.76.

<sup>4</sup> Cf. Nery JR., N. *Princípios fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: RT, 2000, p. 383.

<sup>5</sup> Cf. Barbosa Moreira, J.C. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p. 255 seria impróprio aludir, em termos restritos ao fato de não se poder promover a *execução*, pois esse é o traço mais saliente, mas não esgota o conceito, pois as decisões meramente declaratórias e as constitutivas, que não comportam execução (no sentido técnico do direito processual), também podem ser impugnadas mediante recursos de efeito suspensivo. Salvo exceções consagradas na lei, como nos arts. 814, parágrafo único; 822, II e 466 e parágrafo único, III, do CPC, a suspensão é de toda a eficácia da decisão e não apenas da possível eficácia como título executivo.

<sup>6</sup> *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Ed. RT, 5ª edição. p. 384.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p.255.

contrário: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato *ainda* ineficaz e a interposição apenas prolonga a ineficácia.

De acordo com Pontes de Miranda<sup>8</sup> a suspensividade diz mais de perto com a recorribilidade do que propriamente com o recurso, pois o efeito suspensivo, na prática, tem início com a publicação da sentença e perdura, pelo menos, até que termine o prazo para a parte ou interessado recorrer. Durante este prazo ocorre a suspensão dos efeitos da sentença, não por incidir o efeito suspensivo do recurso, mas porque a eficácia imediata da decisão suspensiva fica sob a *condição suspensiva* de não haver interposição de recurso com efeito suspensivo. Então, o efeito suspensivo do recurso inicia com a publicação da decisão impugnável por recurso para o qual a lei prevê efeito suspensivo e termina com a publicação da decisão que julga o recurso. Se se entendesse o início deste efeito apenas após interposto o recurso, a decisão poderia produzir efeitos nesse prazo e tornar não efetivo o efeito suspensivo do recurso que viesse a ser interposto.

O efeito suspensivo não incide sobre a decisão judicial recorrida, como ato processual sujeito a ser cassado e eventualmente substituído por outro, mas propriamente sobre os efeitos que eles se destinam a produzir<sup>9</sup>.

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco<sup>10</sup>, o recurso pode ter o efeito (suspensivo) de obstar à *eficácia natural* de que os atos judiciais são dotados, restando sua natural tendência a produzir no processo ou no mundo exterior os efeitos indicados na parte dispositiva<sup>11</sup>. Uma vez concedido o efeito suspensivo ao recurso, a eficácia da decisão judicial impugnada fica inibida, aguardando a decisão final do recurso.

No sistema jurídico brasileiro, em regra, os recursos têm efeito suspensivo, salvo se a lei expressamente determinar o contrário. Neste diapasão, alguns recursos são dotados de efeito suspensivo e outros não o são: sempre que o texto legal silencie, deve-se entender que o recurso é dotado de efeito suspensivo.

<sup>8</sup> Comentários ao Código de Processo Civil, de 1973, v. V, p. 145.

<sup>9</sup> Para Dinamarco, C.R. Efeitos dos Recursos, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/01*, coord. por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Junior, São Paulo: RT, 2002, p.52: "o efeito devolutivo é que encaminha o ato judicial, como ato, a uma possível cassação e substituição. O suspensivo é suspensivo de efeitos, porque o ato judicial em si não se suspende, só os efeitos que ele se destinava a produzir".

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 52.

<sup>11</sup> Cf. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, esp. N. 34, p. 95 "a sentença, como ato de autoridade emanado de um órgão do estado, reivindica naturalmente de frente a todos os seus ofícios de formular qual seja o comando concreto da lei, ou mais genericamente, a vontade do Estado, para um determinado caso concreto".

## 2. Tipos de recursos previstos no CPC

No direito processual civil brasileiro atual há uma rigorosa correspondência entre os tipos de recursos e os tipos de decisão que se pretende recorrer. O art. 496 prevê expressamente quais os recursos existentes em nosso sistema processual.

Os artigos 504, 513, 522, 530 e 535, respectivamente, determinam que: não caberá qualquer recurso dos despachos sem qualquer conteúdo decisório, da sentença caberá apelação, das decisões interlocutórias caberá o recurso de agravo, de acórdão não unânime poderá ser interposto o recurso de embargos infringentes, de qualquer decisão caberá o recurso de embargos de declaração e, conforme a Constituição Federal, poderão ser interpostos recurso especial e recurso extraordinário sempre que o acórdão desafiar questão federal ou constitucional. Também se podem mencionar o recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, que em muito se assemelha ao recurso de apelação e os embargos de divergência.

Uma vez concedido o efeito suspensivo ao recurso, a eficácia da decisão judicial impugnada fica refreada, aguardando a decisão final do recurso.

A decisão sobre os efeitos em que é recebido o recurso integra o juízo de admissibilidade do recurso. Assim, quando proferir a decisão sobre o recebimento ou indeferimento do processamento do recurso, o juiz ou órgão *ad quem* deve pronunciar-se de ofício sobre os efeitos em que o recebe e aferir de ofício se é ou não caso de deferir pedido de execução da parte da decisão que não foi impugnada.

## 3. Recursos sujeitos a efeito suspensivo

### 3.1. Efeito suspensivo na apelação

A apelação, sendo o “recurso de primeiro grau mais abrangente de todos, por ser forma de impugnar sentenças, isto é, decisões que, se transitadas, extinguem o processo, ou, pelo menos, fase distinta do processo”<sup>12</sup>, é recebida no duplo efeito (suspensivo e devolutivo), exceto em leis esparsas que retirem-lhe o efeito suspensivo; também nos casos enumerados nos incisos do art. 520 do CPC: “Apelação interposta *de sentença que*: I - homologar a divisão ou a demarcação, II - condenar à prestação de alimentos, III - julgar a liquidação de sentença, IV - decidir o processo cautelar, V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-

<sup>12</sup> Santos, E.F. *Manual de direito processual civil*, vol. 1, 4. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1996, p. 530.

los improcedentes, VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem e VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela"; e na hipótese descrita na primeira parte do art. 1184 do CPC (sentença que decreta a interdição).

Nestes casos, o efeito é apenas devolutivo, e apesar de interposta a apelação, a decisão impugnada, enquanto tramita o recurso, já pode ser executada, sendo, porém, esta execução incompleta ou provisória, já que ainda é possível sobrevir decisão do tribunal alterando o teor da sentença.

A Lei n.º 10.352/01 alterou o § 4.º do art. 523 do CPC, o qual determina que o recurso cabível das decisões posteriores à sentença será sempre agravo retido, salvo, dentre outros casos, como *dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão de apelação, o recurso relativo aos efeitos em que a apelação é recebida*, que deverá ser o agravo de instrumento.

Esperava-se, com a alteração do art. 520 do CPC, a adoção da regra de que as apelações somente seriam recebidas no efeito devolutivo, com a imediata possibilidade de execução provisória. Mas, revelou-se um tanto tímida a proposta de alteração do artigo. Segundo a mensagem do Ministro da Justiça, o critério para a manutenção do atual sistema reside na tradição jurídica de que a apelação será sempre recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo e também evitar o pedido de efeito suspensivo nos tribunais.

No atual momento do processo civil sobreleva a nota da efetividade de resposta judiciária; isto é, que o processo atue como instrumento de efetiva realização de direitos e não mero veículo para outorga (tardia) de um prosaico sucedâneo do bem. Ao invés disso, adotou-se uma inversão de valores e restou novamente privilegiado com o efeito suspensivo como regra geral na apelação o derrotado - réu ou autor - que aparentemente *não tem razão*, tanto que sua postulação/objeção não foi acolhida, em detrimento daquele que se titulariza com a aparência de que tem razão<sup>13</sup>.

Luiz Manoel Gomes Junior<sup>14</sup> cita as apelações contra sentenças proferidas em demandas de natureza locatícia. Quando estas eram recebidas em ambos os efeitos, o 2.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo via-se abarrotado de feitos. Com a alteração da Lei de Locações (§ 4.º do artigo 63 da Lei 8.245/91), permitindo a execução provisória, o número de recursos restou drasticamente reduzido, o que faz crer que eram utilizados apenas como manobra protelatória, ou, pelo menos, em sua maioria. O autor chegou a esta conclusão considerando que após a alteração da lei havia ainda a possibilidade de haver inúmeros pedidos de efeito suspensivo, endereçados

<sup>13</sup> Gomes JR., L.M. Anotações sobre a nova fase da reforma do CPC - âmbito recursal, *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, coord. Nery Jr., N. e Wambier, T.A.A., v. 4, 2001, p. 660.

<sup>14</sup> *Idem, ibidem.*

ao Tribunal revisor; todavia como mera possibilidade de obter-se o provimento e não como algo certo.

É esdrúxula a situação criada pela reforma: a antecipação da tutela, derivada de cognição sumária, admite a execução; a sentença de primeiro grau, derivada de cognição exauriente, não a admite!<sup>15</sup>

### 3.2. Efeito suspensivo nos embargos de declaração

Nos embargos de declaração (art. 538, *caput* do CPC), a eficácia da decisão recorrida também mantém-se em suspenso até que sejam julgados os embargos.

Segundo o texto primitivo do art. 538, os embargos de declaração suspendiam o prazo para a interposição de outros recursos, efeito que valia tanto para o embargante como para a parte contrária, e até para terceiros prejudicados. Com a nova redação dada ao dispositivo pela Lei 8.950/94, os embargos passaram a ter efeito interruptivo em relação ao prazo dos demais recursos. Após o julgamento dos embargos declaratórios recomeça-se a contagem por inteiro do prazo para interposição do outro recurso cabível na espécie contra a decisão embargada. Interrompe-se o prazo do recurso principal na data do ajuizamento dos embargos e permanece sem fluir até a intimação do aresto que os decidir.

Assim, podendo os embargos de declaração caber juntamente com outro recurso contra a mesma decisão, sua interposição interrompe (não suspende apenas) o prazo para quaisquer outros recursos.

### 3.3. Efeito suspensivo nos embargos infringentes

Os embargos infringentes (art. 530 CPC), conforme Wambier<sup>16</sup>, não têm nem deixam de ter efeito suspensivo. Fazem com que se mantenha a decisão criada pela apelação ou pela ação rescisória, ou seja, não interferem por si mesmos, na circunstância de estar ou não sendo executada a decisão recorrida.

Ernane Fidélis dos Santos<sup>17</sup> diz que os embargos infringentes são recebidos em ambos os efeitos. A suspensão, porém, ocorre com acórdão e não com a sentença de primeiro grau. Se o acórdão reformou a sentença,

<sup>15</sup> Covas, S. O duplo grau de jurisdição, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, coord. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda A. Wambier, 2000, p. 597 *apud op. cit.*

<sup>16</sup> Wambier, L. R. Almeida, F.R.C, Talamini, E. *Curso Avançado de Processo Civil*, 2. ed., São Paulo: ed. RT, 1999, p. 700.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 543 e ss.

com a interposição dos embargos, continua com os efeitos que lhe são peculiares, inclusive com o de execução provisória, quando for o caso.

### **3.4. Efeito suspensivo no agravo**

Os recursos de agravo são recebidos, de regra, somente no efeito devolutivo. Excepcionalmente, segundo o art. 558 do CPC, pode o relator conferir efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, em casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação. A parte deve demonstrar convincentemente aparência do bom direito (*fumus boni iuris*) e que, não sendo suspensos os efeitos da decisão impugnada, quando posteriormente sobrevier a decisão do agravo, ainda que esta seja a seu favor, será, muito provavelmente, inútil. A concessão excepcional do efeito suspensivo ao agravo pelo relator só pode ocorrer a requerimento da parte, vedada a concessão *ex officio*.

O parágrafo único do art. 558 do CPC estende também à apelação que tiver de ser recebida apenas no efeito devolutivo, a possibilidade de o juiz no primeiro grau ou do relator, no tribunal, conceder efeito suspensivo, a requerimento do apelante, em casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação.

Luiz Rodrigues Wambier<sup>18</sup> observa que o efeito suspensivo no agravo constitui o efeito suspensivo no sentido puro da expressão suspensividade, já que este efeito, nesses casos, faz paralisar a eficácia da decisão que já estava ocorrendo no mundo fático, diferentemente do que ocorre com o efeito suspensivo “normal”, em que, na verdade, há um prolongamento da situação de ineficácia em que já se encontrava o ato judicial mesmo antes da interposição do recurso.

## **4. Recursos não sujeitos a efeito suspensivo**

### **4.1. Recurso ordinário constitucional**

O recurso ordinário constitucional não necessita de efeito suspensivo, pois cabe apenas do acórdão que denega mandado de segurança (ou *habeas corpus*), decisão de caráter declaratório negativo, insuscetível portanto, de ter efeitos negativos suspensos.

---

<sup>18</sup> *Curso Avançado de Processo Civil*, v.1, 2. ed., p. 685.

#### 4.2. Recursos extraordinário e especial

Os recursos extraordinário e especial não são recursos que propiciem um mero reexame da matéria já decidida. Não se prestam a corrigir *injustiça* da decisão. Má apreciação de prova, a título de exemplo, dá azo à interposição de recurso de apelação, mas não à de recurso extraordinário ou especial.

Por meio destes não se pode pleitear, por exemplo, a revisão de matéria de fato. Os tribunais superiores, ao julgarem recurso especial e recurso extraordinário aceitam a versão dos fatos dada pelo juízo *a quo* para, a partir daí examinarem o mérito do recurso, que consiste sempre, direta ou indiretamente, na alegação de ofensa a regra constitucional ou a dispositivo de lei federal. Os possíveis fundamentos e hipóteses de cabimento tanto do recurso especial quanto do recurso extraordinário estão previstos na Constituição Federal, não podendo norma ordinária estabelecer qualquer tipo de restrição ao cabimento destes recursos.

O recurso especial é julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e é interponível de decisões proferidas pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e pelos Tribunais Regionais Federais. São atacáveis as decisões tomadas em grau de recurso e aquelas em que o tribunal tem competência originária, sempre que houver, genericamente, contrariedade à lei federal.

O recurso extraordinário é julgado pelo Supremo Tribunal Federal e se caracteriza por oportunizar a impugnação de decisões com fundamento em matéria de ordem constitucional, conforme dispõe o art. 102, II da Constituição Federal.

O juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário tem características próprias, que os diferenciam dos demais juízos de admissibilidade. Uma das suas características é que o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário é exercido tanto pelos tribunais *a quo* como pelos tribunais *ad quem*.

Interpostos nos tribunais de origem e apresentadas as contra-razões, o presidente ou vice-presidente do tribunal exercerá o juízo de admissibilidade dos recursos. Admitido o recurso, será submetido ao tribunal superior, onde será distribuído a um relator, que novamente analisará o atendimento dos pressupostos de cabimento do recurso, isto é, analisará mais uma vez o juízo de admissibilidade do recurso.

Mas, a admissão do recurso pelo tribunal de origem não vincula o exame que será realizado pelo ministro relator do STF ou do STJ e a inadmissibilidade do recurso no tribunal de origem poderá ser revista pelo ministro relator, através de agravo de instrumento interposto contra despacho denegatório de seguimento dos recursos.



Assim, independentemente da decisão proferida no juízo de admissibilidade do tribunal de origem, o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário ocorre duas vezes e a decisão definitiva sobre a admissibilidade dos recursos é sempre dos tribunais superiores.

Ambos são recursos de fundamentação vinculada, através dos quais se tutela o sistema, o direito objetivo em âmbito nacional. Para Wambier, por meio destes recursos se pretende que o direito federal, inclusive a própria Constituição Federal, seja efetivamente aplicado e que se dêem às regras constitucionais e federais interpretações uniformes<sup>19</sup>.

## 5. Execução provisória

Por determinação do parágrafo 2.º do art. 542 do CPC, os recursos extraordinários *lato sensu* são dotados apenas de efeito devolutivo; isto é, não impedem que a decisão impugnada produza efeitos desde logo. Na pendência de julgamento destes recursos não há coisa julgada, pois após o julgamento pode a situação vir a se modificar. Tudo fica condicionado a fato futuro e incerto que é a reforma ou anulação da decisão recorrida. Milita a favor do recorrido o acórdão; e a favor do recorrente a possibilidade de sua reforma<sup>20</sup>.

Há os dois interesses - o do vencedor na sentença sujeita a recurso, que pretende receber o quanto antes o bem da vida que lhe foi atribuído, mas espera o julgamento definitivo; e o do vencido, que pretende ver reformada a decisão recorrida - o legislador, em certos casos expressos, dá preferência ao primeiro, permitindo a execução provisória do título judicial<sup>21</sup>.

Mario Aguiar Moura<sup>22</sup> ensina que “a execução pendente de recurso, ainda que extraordinário, sem os freios estabelecidos para a execução provisória, pode provocar prejuízos irreparáveis ao recorrente. E isso é passível de suceder porque: a) com a execução definitiva o bem deferido pela sentença recorrida ao vencedor é incondicionalmente entregue ao recorrido; b) pode o recurso extraordinário infirmar por inteiro ou parcialmente a sentença, declarando que o bem ao exequente não pertence; c) na hipótese *b*, o vencido recorrente passa a ser titular do bem; d) mas pode ser que o exequente recorrido caia em insolvência e fique sem condições de

<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 721.

<sup>20</sup> Cf. Andréa Lopes de Oliveira Ferreira Fernandes e Wanner Ferreira Franco, Execução na pendência do julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial, *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, coord. Nery Jr., N. e Wambier, T.A.A. v. 4, 2001, p. 83.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, p. 81.

<sup>22</sup> RT n. 526, p. 26-31 *apud op. cit.*, p. 86.

restaurar o patrimônio do que venceu por obra do recurso extraordinário. O resultado seria a maior frustração do recorrente, pois, embora com um título judicial oferecido pela autoridade da Suprema Corte, restaria em nada seu esforço em busca da justiça que lhe reconheceu o direito”.

Segundo o art. 497 do CPC “o recurso extraordinário e o especial não impedem a execução da sentença...” . Ainda, o art. 255 do RISTJ determina que os recursos devem ser recebidos apenas no efeito devolutivo, possibilitando a execução provisória da decisão recorrida. Para esses recursos, tão logo a decisão seja publicada, pode a parte vencedora executar provisoriamente (art. 588 do CPC) a decisão impugnada em sede extraordinária, enquanto aguarda o resultado do julgamento.

Para Alcides de Mendonça Lima<sup>23</sup> “execução definitiva é aquela em que o credor tem sua situação reconhecida de modo imutável, decorrente da própria natureza do título em que se funda a execução”. É o caso da execução baseada em título extrajudicial ou em sentença transitada em julgado.

Então, a execução provisória é excepcional, só pode ser fundada em título judicial e só ocorre nos casos de expressa previsão legal, como no caso de pendência de julgamento de recurso recebido somente no efeito devolutivo. É importante destacar que a provisoriedade é do título e não da execução, que é apenas incompleta<sup>24</sup>.

Humberto Theodoro Junior<sup>25</sup> explica o motivo de ordem prática que leva à orientação no sentido de permitir a execução de sentença ou acórdão ainda não passados em julgado: “Em algumas ocasiões seria maior o prejuízo com o retardamento da execução do que o risco de se alterar o conteúdo da sentença com o reflexo sobre a situação de fato decorrente dos atos executivos”.

Contrariamente ao que ocorre na Itália, no direito brasileiro, a execução provisória tem caráter rigorosamente excepcional. Assevera Ovídio Baptista que “esta é uma das particularidades que torna anacrônico o direito brasileiro, em comparação com os sistemas europeus contemporâneos, especialmente o italiano, em geral fonte inspiradora do nosso legislador”<sup>26</sup>. Na Itália, com a reforma processual de 1990, o art. 282 do CPC tornou imediatamente exequíveis todas as sentenças de primeiro grau.

<sup>23</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1994, vol. VII, tomo II, p. 414,

<sup>24</sup> cf. Andréa Lopes de Oliveira Ferreira Fernandes e Wanner Ferreira Franco, *Execução na pendência do julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial, Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, coord. Nery Jr., N. e Wambier, T.A.A. v. 4, 2001, p.

<sup>25</sup> *Processo de Execução*, p. 178.

<sup>26</sup> *Curso de processo civil*, 1998, vol. 2, p. 51.

Segundo o art. 588 do Código de Processo Civil o procedimento da execução provisória é o mesmo que o da definitiva. A execução provisória, no entanto, é realizada por conta e risco do exequente, que deverá prestar caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor, em caso de provimento de seu recurso; na execução provisória não são abrangidos atos que importem alienação de domínio, nem permitido o levantamento de depósito de dinheiro, sem prestação de caução idônea.

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a caução só é devida se houver situação de risco para o executado, pois sua finalidade é evitar futuro dano. Assim, tem dispensado o exequente da prestação de caução no início da execução, exigindo-a apenas no levantamento do dinheiro, se houver, ou ameaça de perda de posse ou domínio dos bens penhorados<sup>27</sup>.

O objetivo dessa caução é assegurar o devedor, tendo em vista a reparação dos danos que lhe sejam causados pela execução provisória, no caso de vir a ser reformada a sentença exequenda. Dispõe o art. 588, inc. III do Código Processual Civil que sendo modificada ou anulada a decisão exequenda, devem ser restituídas “as coisas ao estado anterior”.

O inc. II do art. 588 estabelece caução que deve ser prestada na hipótese de se proceder o levantamento do numerário.

Araken de Assis<sup>28</sup> afirma que o inc. I do art. 588 impõe ao credor uma “caução real ou fidejussória”. Alcides de Mendonça Lima<sup>29</sup> atenta para o fato de que os danos causados ao devedor, citados neste inciso, são eventuais e nem sempre presumidos de modo absoluto, apesar de o credor ser obrigado a prestar caução.

A preocupação com o acesso à justiça e com a efetividade do processo busca introduzir novos institutos, a fim de trazer maior celeridade processual. Com este espírito é que foi elaborado o Anteprojeto de Lei 13, que ensejará as seguintes alterações na execução provisória:

*Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:*

*I - corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer ;*

*II - não permite, sem a prestação de caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro, nem a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado;*

*III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;*

<sup>27</sup> RSTJ 45/231, 62/334 e 71/188.

<sup>28</sup> *Manual de Processo de Execução*, Porto Alegre: Lejur, 1987, vol. II, p. 199.

<sup>29</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 390.

*IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.*

*§ 1º No caso do nº III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.*

*§ 2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade."*

No anteprojeto houve a exclusão da prestação de caução para iniciar o processo executório, o que já vinha sendo decidido por nossos tribunais. A caução somente será exigida quando o exequente for fazer o levantamento do depósito em dinheiro, ou quando praticar atos que importem alienação do domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado.

Pelo anteprojeto, nos casos de crédito de natureza alimentar, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade, há isenção na prestação de caução.

Segundo a exposição de motivos do anteprojeto, a proposta apresentada adota parâmetros já consagrados. Na Alemanha, a alienação de bens, na execução provisória, é possível após a apresentação de caução (ZPO, par. 720). O direito português prevê a caução para o pagamento do exequente enquanto a sentença estiver pendente de recurso (art. 47.3). No direito italiano a execução provisória atua *ope legis* (art. 282), podendo levar à expropriação independentemente de caução.

## **6. Manejo da medida cautelar e do mandado de segurança a fim de conceder efeito suspensivo aos recursos que não o têm**

Em alguns casos pode ocorrer lesão grave, de difícil ou incerta reparação ao recorrente de recurso desprovido de efeito suspensivo, se não for imediatamente concedido tal efeito ao recurso interposto. Vale dizer, em algumas situações excepcionais, a execução imediata da decisão impugnada poderá ter consequências irreversíveis e irreparáveis, fazendo perecer o objeto do recurso.

A doutrina e a jurisprudência solidificaram, assim, o entendimento de que, excepcionalmente, nestes casos, pode-se conceder efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. Tal efeito suspensivo tem sido obtido em nosso sistema jurídico por meio de tutela cautelar àquele que tem a aparência do bom direito, uma vez demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A tutela cautelar se destaca a fim de garantir o princípio constitucional de acesso à justiça. Este princípio compreende o processo jurisdicional de reparação das lesões aos direitos individuais, e também a

repressão ao perigo de lesão (art. 5.º, XXXV da CF). Desta forma, evita-se que um futuro provimento definitivo venha a ser frustrado.

Para Antônio Carlos de Araújo Cintra *et ali*<sup>30</sup> “a garantia cautelar surge como posta a serviço da ulterior atividade jurisdicional, que deverá restabelecer, definitivamente, a observância do direito; é destinada não tanto a fazer justiça, como a dar tempo a que a justiça seja feita”. O processo cautelar se caracteriza como um remédio de efeito endógeno ao próprio sistema jurisdicional, autorizando que se tomem medidas garantidoras de eficácia das decisões judiciais.

A outorga da tutela cautelar às partes depende da observância de pressupostos específicos, previstos em lei, que são o risco de ineficácia do provimento judicial, caso não seja concedida a medida, e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora e fumus boni iuris*). A tutela cautelar, segundo Marinoni<sup>31</sup>, tem como pressuposto o *fumus boni iuris*, ou seja, a aparência do bom direito, que, para o autor, significa “a probabilidade de que a afirmação do fato venha a ser provada.”

O que se pretende do juiz na providência cautelar é o deferimento de uma medida que resguarde a futura eficácia da tutela que tem um alto grau de probabilidade de vir a ser deferida em caráter definitivo. Presentes estes pressupostos, cabe ao Poder Judiciário conceder a tutela cautelar incidental, que protegerá o direito da parte e dará viabilidade ao resultado útil do processo, assegurando eficácia ao sistema recursal.

Além das medidas cautelares específicas previstas no Código de Processo Civil, nosso sistema prevê, no art. 798, o poder geral de cautela: “*Além dos procedimentos cautelares específicos que este código regula no Capítulo II deste livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.*” O artigo autoriza o Poder Judiciário a conceder qualquer medida de caráter acautelatório que seja necessária e suficiente para cumprir a finalidade do processo cautelar. É importante salientar que o poder geral de cautela só pode ser exercido pelo juiz em sede de processo cautelar instaurado pelo interessado.

Se tivermos mais do que *fumus* (aparência do bom direito), por serem desnecessárias outras provas, além das trazidas aos autos com a petição inicial, inexistente situação de aparência, mas situação em que o direito é evidenciável *prima facie*. Em situações como esta, segundo Marinoni<sup>32</sup>, é desnecessária a tutela cautelar e também o processo de cognição exauriente

<sup>30</sup> *Teoria Geral do Processo*, p. 283.

<sup>31</sup> *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, 1992, p. 62.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, p. 63.

que lhe deverá seguir. Há necessidade de medidas (sem processo) cautelares e antecipatórias dentro de um processo abreviado.

Para o autor, a aparência é pressuposto da tutela cautelar, sendo estranha ao mandado de segurança (tutela de urgência), que possui procedimento abreviado, mas cognição exauriente. A medida cautelar é sempre *accessória e provisória* e, às vezes, pode ser preparatória de outro provimento jurisdicional. As liminares em mandado de segurança revestem-se do caráter de decisões satisfativas, o que não é próprio da neutralidade típica da medida cautelar<sup>33</sup>.

Compreendendo a tutela jurídica prometida pelo Estado de Direito aos indivíduos, além do processo jurisdicional de reparação das lesões aos direitos individuais, a repressão ao perigo de lesão, poderia, diante de ilegalidade flagrante cometida pela decisão recorrida e situação de perigo de dano iminente e grave, em tese, ser impetrado mandado de segurança para obstar a execução da decisão.

Tem sido utilizado o mandado de segurança para obtenção de efeito suspensivo no agravo de instrumento. Está, em certa medida, superado o Enunciado n. 267 da Súmula da jurisprudência predominante no STF, que diz ser inadmissível mandado de segurança contra ato jurisdicional de que caiba recurso, o que aliás, repete o texto expresso de lei (art. 5.º, II da Lei do Mandado de Segurança).

Mas, seja sob o fundamento de que comparecem o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, seja porque a decisão impugnada é teratológica, ou porque há iminência de perecimento de direito, os tribunais têm recebido o mandado de segurança para impedir a imediata eficácia da decisão impugnável por recurso recebido apenas no efeito devolutivo.

O texto constitucional diz ser cabível mandado de segurança contra ato ilegal ou abusivo de autoridade, que ameace ou fira direito líquido e certo do impetrante (art. 5.º, LXIX da CF). Para Nelson Nery Junior<sup>34</sup> quando o juiz recebe o recurso, por exemplo, de agravo apenas no efeito devolutivo, está agindo *secundum legem* (art. 497 do CPC), não havendo violado direito do impetrante. Assim, positivamente, o mandado de segurança não pode ser utilizado para obter-se efeito suspensivo que, por lei, não o tem.

Para o autor, configurados os requisitos legais, pode a parte obter a segurança, não para dar efeito suspensivo ao recurso, mas, para sustar os efeitos do ato jurisdicional impugnado. Então, seu alvo é o próprio ato jurisdicional passível de recurso recebido no efeito meramente devolutivo.

<sup>33</sup> Theodoro JR., H. *Processo Cautelar*, 14. edição, p. 82.

<sup>34</sup> *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*, 5. ed., p. 403.

Quando se tratar de vício de ordem processual, *error in procedendo*, a ilegalidade do ato estará evidenciada, sendo cabível o mandado de segurança. Quando a decisão judicial é de ilegalidade manifesta, apesar de impugnável por recurso sem efeito suspensivo, cabe o mandado de segurança.

Apenas com a demonstração da ilegalidade flagrante o impetrante tem direito líquido e certo à ordem. Se a ilegalidade for discutível, haverá apenas *fumus boni iuris* e não direito líquido e certo, o que autoriza a tutela cautelar.

Visto que o processo cautelar está a serviço da efetividade do processo e que há recursos desprovidos de efeito suspensivo, Luiz Rodrigues Wambier<sup>35</sup> refere-se a um processo de integração sistêmica entre normas do sistema processual, a doutrina e a jurisprudência que surgiu, a fim de assegurar a eficiência dos modelos recursais privados deste efeito, atendendo, em casos especialíssimos, à necessidade de se manter afastada a produção dos efeitos de decisões impugnadas através desses recursos. Há uma integração entre o processo cautelar e os meios de impugnação dirigidos ao STJ e o STF, sempre buscando a efetividade do sistema processual.

Cita como exemplo dessa integração a admissão, no Superior Tribunal de Justiça, de concessão de medida cautelar a recurso que sequer tenha superado a fase do juízo de admissibilidade no juízo de interposição. Tal posicionamento é baseado no poder geral de cautela do juiz, e afirma que preenchidos os pressupostos imprescindíveis para a concessão da cautela, o juiz deve concedê-la.

Os Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal, artigos 21, IV e V, e 304, e do Superior Tribunal de Justiça, nos artigos 34, V e VI e 288, permitem a concessão de efeito suspensivo a ditos recursos dentro do poder geral de cautela do magistrado.

Decisão do STJ julgada em 23.08.1995<sup>36</sup> dispôs que se o jurisdicionado tem direito a receber a tutela provisória, desde mesmo antes de ingressar em juízo com a ação principal, até enquanto não consumir-se o trânsito em julgado desta, deve ter a prerrogativa de propor a medida cautelar, cuja finalidade é garantir a utilidade e a eficácia de uma futura e possível prestação jurisdicional que lhe possa ser favorável.

Ainda, segundo o inteiro teor deste acórdão, pode haver um enorme espaço de tempo entre a prolação de uma decisão impugnável por recurso especial e o instante em que esse recurso ingressa no protocolo do STJ. Se o

<sup>35</sup> *Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, v. 4, coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, Integração dos subsistemas recursal e cautelar, p. 750.

<sup>36</sup> STJ, AGRMC 250/DF, 1ª. T., rel. Min. César Asfor Rocha, j. 23.08.1995, v.u., DJU 30.10.1995, p. 36.722.

recorrente não puder se beneficiar da medida cautelar, suspendendo a decisão recorrida, há possibilidade de vir a perecer o direito que pleiteia, resultando na ineficácia do provimento jurisdicional.

Se esta tese não fosse adotada, poder-se-ia argumentar que nem o tribunal *a quo* e nem o tribunal *ad quem* teria competência para conceder o efeito suspensivo pleiteado. Por isso, os doutrinadores são favoráveis a este entendimento mais liberal. Luiz Rodrigues Wambier<sup>37</sup> filia-se a esta posição, segundo ele, como preservação do resultado do próprio processo, e se traduz em evidente medida de reverência ao princípio do devido processo legal, tendo a parte direito a um processo, conforme previsão legal, e a um processo completo, cujo resultado possa ser o de operar as transformações determinadas no provimento estatal.

De acordo com julgado da Primeira Turma do STJ<sup>38</sup>:

*Ementa. Processual Civil. Tributário. Medida Cautelar. Efeito suspensivo a recurso especial. Operação com combustíveis e derivados de petróleo. PIS. Cofins.*

1. Há possibilidade de, em situação excepcional, a concessão de medida cautelar, para emprestar efeito suspensivo a recurso especial interposto tempestivamente, porém, ainda não admitido. Precedentes: MC 311, Rel. Min. Gomes de Barros, DJU de 05.02.1996, p. 1357; MC 207-0, Rel. Min. Cesar Rocha, DJU de 24.05.1993, p. 9980, entre outros.
2. A dicção do parágrafo único do art. 800 do CPC, com a redação dada pela Lei 8.952, de 13.12.1994, exige, apenas, que o recurso tenha sido interposto para que o relator conheça do pedido cautelar.
3. Há fumaça do bom direito em pretensão do contribuinte, no sentido de se eximir de pagamento do PIS e da Cofins exigidos sobre faturamento das operações com derivados de petróleo e combustíveis, em face das regras postas nos arts. 74 e 110 do CTN, e no art. 153, § 3.º da CF.

<sup>37</sup> Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário, *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*, coord. por Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 1997, p.386 *apud* Dias, C.W.S. Efeito suspensivo e juízo de admissibilidade nos recursos especial e extraordinário, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/01*, coord. por Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 2002, p. 18.

<sup>38</sup> Medida Cautelar 1310/PR (98/0030144-5) publicado no DJ de 23.11.1998, p. 117, Rel. Min. José Delgado: Decisão por maioria, vencido o Exmo. Sr. Min. Demócrito Reinaldo. Neste sentido foi a decisão da 2.ª Turma do STJ, nos autos do Agravo Regimental em Medida Cautelar 1068/RJ (97/0081533-1), publicado no DJ de 10.10.1998, p. 56, Rel. Min. Peçanha Martins.



4. Há *periculum in mora* caracterizado na hipótese de ação movida por contribuinte para se eximir de pagamento de tributo com repetição de indébito, em face da demora na solução final, especialmente, quando o valor cobrado pelo Fisco alcança soma considerável a influir, em caso de execução fiscal, na formação do capital de giro da empresa.
5. Medida cautelar procedente”.

A jurisprudência diverge em relação à importância do juízo de admissibilidade no tribunal *a quo*, pois o juízo de admissibilidade nos tribunais de origem, por causa do acúmulo de recursos para os tribunais superiores pode demorar até um ano. Enquanto isto, a decisão recorrida pode estar sendo executada provisoriamente, perecendo o objeto pelo qual as partes litigam. No Superior Tribunal de Justiça as duas correntes jurisprudenciais opostas convivem sem qualquer sinal de que uma das duas irá predominar.

No Supremo Tribunal Federal predomina a corrente que entende que o juízo de admissibilidade no tribunal de origem é essencial ao exame da medida cautelar que pretende efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, sendo tal medida absolutamente excepcional, uma vez que, para legitimar-se, pressupõe que tenha havido o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário pelo presidente do tribunal de origem, instaurando, desta forma, a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal.

Justifica que a concessão de efeito suspensivo, quando ainda não houve juízo de admissibilidade no tribunal de origem, configuraria uma invasão da competência deste tribunal, a quem a lei atribuiu poderes para a admissão ou não do recurso.

Segundo o art. 542, § 1º do CPC “Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista para apresentar contra-razões. § 1º Findo esse prazo, serão os autos conclusos para a admissão ou não do recurso, no prazo de quinze dias em decisão fundamentada”. Assim, a concessão do efeito suspensivo antes da realização do juízo de admissibilidade poderia incorrer na esdrúxula situação de haver um recurso inadmitido e com efeito suspensivo pleno.

Esta corrente entende que o art. 800, § único do CPC: “*Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal*” não se aplica ao recurso extraordinário ainda não admitido, pois sua aplicação implicaria pré-julgamento da admissão do recurso extraordinário pelo relator da petição de medida cautelar, prevento para julgar o agravo contra a inadmissão desse recurso pelo Presidente do tribunal *a quo*, que tem competência originária para o juízo de admissibilidade.

Algumas turmas do STJ seguem a mesma orientação do STF; outras entendem que a concessão do efeito suspensivo aos recursos especial e

extraordinário pode ser atribuída até mesmo antes da realização do juízo de admissibilidade pelo tribunal *a quo*.

No que tange à competência dos tribunais superiores para conhecer as medidas cautelares, Eduardo Arruda Alvim<sup>39</sup> entende ser competente o STJ, porque, segundo o artigo 463, I e II, do CPC, ao Tribunal local só é permitido alterar o acórdão já publicado em caso de erro material, ou se opostos embargos declaratórios.

A jurisprudência que entende ser competente o STJ embasa-se no art. 800 e § único, os quais dispõem que “As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e quando preparatória, ao juiz competente para conhecer da ação principal” e “Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao Tribunal”.

Conforme Camila Werneck de Souza Dias<sup>40</sup> a solução apresentada por esta corrente jurisprudencial e pela doutrina, desconsidera a importância do juízo de admissibilidade que deve ser realizado pelo tribunal de origem e, com fundamento no poder geral de cautela do juiz, desconsidera a regra processual que estabelece o juízo de admissibilidade bipartido, a fim de que a parte não fique desprotegida.

O poder geral de cautela do juiz permite que este tome providências com finalidade acautelatória, mesmo que não previstas na legislação vigente. Mas, questiona se em nome deste poder, poderia o magistrado decidir uma questão em confronto com as normas processuais definidoras do juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário?

Parece-nos que agir de forma contrária, significaria uma omissão do Poder Judiciário em relação ao jurisdicionado, que ficaria exposto a sofrer os danos de difícil ou impossível reparação.

Segundo referida autora, os tribunais superiores têm afirmado que não há impedimento a que o presidente do tribunal *a quo* possa tutelar direito supostamente ameaçado. Em decisão do STJ<sup>41</sup> o Min. Moreira Alves sustenta que a impossibilidade deste tribunal conceder pedido de liminar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário ainda não admitido permite que em casos de relevante fundamentação jurídica de recurso extraordinário, seria de atribuir-se ao presidente do Tribunal *a quo*, competente para examinar sua admissibilidade, competência para conceder ou não tal liminar, e se a concedesse, essa concessão vigoraria, se o recurso

<sup>39</sup> Revista de Processo, 78/264.

<sup>40</sup> Efeito suspensivo e juízo de admissibilidade nos recursos especial e extraordinário, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/01, coord. por Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 2002, p. 19.

<sup>41</sup> STJ, AGRMC 2609/RJ, 2.ª T., rel. Min. Franciulli Netto, j. 15.06.2000, v.u., DJU 21.08.2000, P. 105.

extraordinário viesse a ser admitido, até que a Corte superior a retificasse, ou não.

## **7. A execução provisória da sentença como regra - O tempo como fator inseparável da noção de processo - Conclusões**

Chiovenda<sup>42</sup> já dizia que a duração do processo prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu, que não a tem, já que, se o bem da vida reivindicado pelo autor encontra-se na esfera jurídico-patrimonial do demandado, o tempo necessário para a definição do litígio em que o autor tem razão faz com que o réu mantenha indevidamente o bem no seu patrimônio, o que o beneficia .

Para Carnelutti<sup>43</sup> "a duração do processo agrava progressivamente o peso sobre as costas da parte mais fraca". Se o tempo do processo prejudica o autor que tem razão, tal prejuízo aumenta na proporção da necessidade do demandante.

Uma das formas preferidas pela parte interessada em procrastinar o feito é o recurso, já que ele permite que o réu mantenha indevidamente o bem na sua esfera jurídico-patrimonial por mais um bom período de tempo, mormente se o recurso é dotado de efeito suspensivo. Além do mais, com o passar do tempo o processo tornou-se uma oportunidade para o réu se beneficiar economicamente do autor: surgiu o abuso do direito de defesa.

A Itália adotou os recursos desprovidos de efeito suspensivo como regra. Falta ao nosso sistema processual dar este passo.

O fato de a apelação, "recurso de primeiro grau mais abrangente de todos, por ser forma de impugnar sentenças, isto é, decisões que, se transitadas em julgado, extinguem o processo, ou, pelo menos, fase distinta do processo" ser recebida no duplo efeito como regra geral é uma demonstração de que houve uma inversão de valores, pelo qual é privilegiado o derrotado - réu ou autor - que aparentemente *não tem razão*, tanto que sua postulação/objeção não foi acolhida, em detrimento daquele que se titulariza com a aparência de que tem razão.

Quando apelações contra sentenças em demandas de natureza locativa eram recebidas em ambos os efeitos, o Tribunal via-se abarrotado de feitos. Com a alteração da Lei de Locações (§ 4.º do artigo 63 da Lei 8.245/91), permitindo a execução provisória, o número de recursos restou drasticamente reduzido. Considerando que após a alteração da lei havia ainda a possibilidade de haver inúmeros pedidos de efeito suspensivo,

<sup>42</sup> *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 264 e ss.

<sup>43</sup> *Diritto e processo*. p. 357.

endereçados ao Tribunal revisor; todavia como mera possibilidade de obter-se o provimento e não como algo certo, o que demonstra que eram utilizados apenas como manobra protelatória, pelo menos, em sua maioria. O mesmo acontecerá com as apelações dotadas de efeito meramente devolutivo! O sistema necessita urgentemente desta mudança; aliás, de que a regra geral para os recursos passe a ser o efeito meramente devolutivo, obviamente, com todas as garantias que assegurem o direito do executado em eventual reversão do julgado.

A doutrina e a jurisprudência têm demonstrado através de adoção de medida cautelar e do mandado de segurança a fim de conceder efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, que é possível aplicar a justiça em um sistema cujos efeitos dos recursos adotados, em regra, são os meramente devolutivos.

Falta ao STF incorporar as medidas já utilizadas pelo STJ, a fim de garantir o acesso à justiça nos recursos extraordinário e especial, através da integração dos sistemas recursal e cautelar.

Importantíssimo salientar, ainda, que os tribunais superiores ou para os quais se recorre somente devem conceder as medidas cautelares quando realmente presentes os pressupostos da tutela cautelar, sob pena de deturpar-se tão importante função adotada pelo sistema processual. Uma vez presentes, deve ser concedida a medida como poder-dever do tribunal a fim de conceder a efetividade da justiça!

## 9. Referências

ALVIM, E.A. Recurso Especial e Recurso Extraordinário. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*, coord. NERY Jr., N. e WAMBIER, T.A.A. v. 5, São Paulo: Ed. RT, 2002.

BARBOSA MOREIRA, J.C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

CARNELUTTI, F. *Diritto e processo*, Nápoles: Morano, 1958.

CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, Campinas: Ed. Bookseller, 1998.

DIAS, C.W.S. Efeito suspensivo e juízo de admissibilidade nos recursos especial e extraordinário. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*, coord. NERY Jr., N. e WAMBIER, T.A.A. v. 5, São Paulo: Ed. RT, 2002.

DINAMARCO, C.R. Os efeitos dos recursos. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*, coord. NERY Jr., N. e WAMBIER, T.A.A. v. 5, São Paulo: Ed. RT, 2002.

FERNANDES, A.L.O.F. e FRANCO, W.F. Execução na pendência do julgamento dos recursos extraordinário e especial. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, coord. NERY Jr., N. e WAMBIER, T.A.A. v. 4, São Paulo: Ed. RT, 2001.

GOMES Jr., L.M. Anotações sobre a nova fase da reforma do CPC - âmbito recursal. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, coord. NERY Jr., N e WAMBIER, T.A.A. v. 4, São Paulo: Ed. RT, 2001.

LIEBMAN, E.T. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1947.

LIMA, A.M. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1994.

MARINONI, L.G. *Novas linhas do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.

MARINONI, L.G. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, São Paulo: Ed. RT, 1992.

MARQUES, J.F. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4. Campinas: Ed. Millenium, 2000.

MEDINA, J.M.G.M. O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial. In: *Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*, coord. WAMBIER, T.A.A. São Paulo: Ed. RT, 1997.

MEDINA, J.M.G.M. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. São Paulo; Ed. RT., 1998.

MESQUITA, E.M. de. Efeito suspensivo e execução provisória, uma visão atual. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, coord. NERY Jr., N e WAMBIER, T.A.A. v. 4, São Paulo: Ed. RT, 2001.

NERY Jr., N. *Princípios fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*, 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

NERY Jr., N. e NERY, R.M.A. *Código de Processo Civil Comentado*, 6. ed., São Paulo: Ed. RT. 2002.

WAMBIER, L.R. Da integração dos subsistemas recursal e cautelar nas hipóteses de recurso especial e recurso extraordinário. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, coord. NERY Jr., N e WAMBIER, T.A.A. v. 4, São Paulo: Ed. RT, 2001.

WAMBIER, L.R. *et al. Curso avançado de Processo Civil*, v. 1, 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

WAMBIER, L.R. *et al. Curso avançado de Processo Civil*, v. 3, São Paulo: Ed. RT, 1998.