TUTELA ANTECIPADA, SEUS MOMENTOS E O MEIO RECURSAL CABÍVEL DIANTE DAS NOVAS REFORMAS PROCESSUAIS.

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, mestre e doutor em direito pela UFPA, professor da Universidade da Amazônia, do Centro Universitário do Estado do Pará e da Faculdade Ideal, procurador do estado do Pará e advogado.

Sumário:

1- A INTENÇÃO DAS RECENTES REFORMAS PROCESSUAIS — A TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DOS OBSTÁCULOS À CELERIDADE NA SOLUÇÃO DO LITÍGIO. II- A TUTELA ANTECIPADA – SEUS MOMENTOS E O RECURSO CABÍVEL: a) Tutela antecipada concedida *initio litis*: juízo de cognição sumária e falta de interesse recursal para manejo de agravo retido; b) tutela antecipada na sentença – cabimento de apelação com pedido de efeito suspensivo *também* neste capítulo; c) tutela antecipada concedida na audiência de instrução e julgamento.

Palavras Chave:

Nova etapa da reforma do CPC; tutela antecipada e seus momentos; recurso de agravo; inversão da regra; maior prestígio às decisões dos juízes de primeiro grau; falta de interesse recursal; capítulos de sentença.

Resumo:

O ensaio procura enfrentar alguns pontos ligados a efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, especialmente no que respeita ao recurso interposto contra decisão interlocutória que concede a tutela antecipada.

Com efeito, com a conversão do Projeto de Lei 072/05 na Lei 11.187/2005, resta estabelecido como regra a interposição do agravo na modalidade retida nos autos contra as decisões de 1º grau (inclusive oral contra as proferidas na audiência de instrução e julgamento), ficando o agravo por instrumento apenas para situações excepcionais.

Contudo, considerando os vários momentos em que pode ser concedida a tutela antecipada, há variação quanto ao recurso cabível, inexistindo interesse recursal para o manejo de agravo retido.

I- A INTENÇÃO DAS RECENTES REFORMAS PROCESSUAIS — A TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DOS OBSTÁCULOS À CELERIDADE NA SOLUÇÃO DO LITÍGIO

Tema dos mais discutidos nos últimos anos em direito processual refere-se à tempestividade da prestação jurisdicional e a necessidade de implementação de técnicas capazes de abreviar a duração da litispendência.

Destarte, várias alterações processuais ocorreram no âmbito dos recursos cíveis, dispositivos ligados ao processo de conhecimento também foram alterados, além da tentativa de implementação da quebra de autonomia do processo de execução (esta última advinda da Lei 11.232/05), tendo como principal intuito: tentar aparar as arestas do sistema processual, permitindo maior rapidez na solução do litígio[1].

Com o fim de demonstrar a intenção do legislador reformista deste novo século, vale enfrentar algumas situações especialmente advindas em decorrência da Lei 11.187/05. Destarte, contra decisão interlocutória de 1º grau a regra é o manejo de agravo retido nos autos, inclusive oral se a decisão tiver sido proferida em audiência, sendo a modalidade instrumental medida excepcional, com o ônus do agravante demonstrar a urgência ou mesmo o incabimento do apelo na forma retida.

Juntamente com as alterações advindas das leis que alteraram este recurso, foram atribuídos novos poderes aos relatores dos agravos por instrumento, dentre os quais a sua conversão em retido nos autos, salvo nos casos de urgência ou mesmo de incabimento deste último. Esta nova sistemática procurou trazer diminuição no número de agravos por instrumento que se acumulavam nos Tribunais Estaduais e Regionais Federais[2].

De mais a mais, a lei 11.187/05 tentou aprimorar aspectos ligados ao recurso de agravo, dentre os quais a retirada do agravo interno contra a decisão que determina a conversão, a obrigatoriedade do agravo na modalidade retida e oral nos

---

[1] Como bem informa Wambier e Wambier: "Os clamores pela modernização do sistema processual, voltada a imprimir-lhe maior eficiência, no sentido de que mais e melhores resultados efetivos sejam obtidos com menor dispêndio de energia e em menor tempo, foram e estão sendo, certamente, as molas propulsoras do trabalho da Comissão da Reforma do CPC, tanto em sua primeira fase, quanto agora, na segunda fase dos trabalhos, que culminaram com a apresentação de anteprojetos ao Ministério da Justiça. Conforme já se destacou em outra oportunidade, os trabalhos da Comissão da Reforma do Código de Processo Civil buscaram 'aproximar a solução da lide, no tempo, de modo que à parte o Poder Judiciário possa responder mais rápida e eficazmente'. Além disso 'a Comissão agiu de modo impecavelmente democrático e sensível a tudo quanto se discutir, a respeito, pelos interessados. País afora". WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo :Revista dos Tribunais, 2002, p. 10/11.

[2] Contudo, como já se mencionou em trabalho anterior, "sem medo de errar, entendo que a celeridade e a diminuição do número de agravos de instrumento dependerá muito mais da consciência do jurisdicionado do que da própria atividade do relator, já que aquele que deverá fazer a primeira triagem quanto à admissibilidade do agravo de instrumento, evitando a utilização desse recurso em situações que não haja urgência nem a impossibilidade de manejo do retido"ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Novas Diretrizes do Agravo Retido após as Reformas Processuais*. Revista Forense, volume 374 – julho –agosto/2004. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 181.

autos contra as decisões interlocutórias proferidas em audiência e o total desestímulo à utilização do recurso na modalidade instrumental[3].

Por outro lado, considerando as novas diretrizes recursais, permanece dúvida interpretativa no que respeita ao recurso cabível contra os vários momentos em que a tutela antecipada pode ser concedida em 1º grau.

Não se deve olvidar que, em que pesem as críticas sempre presentes, ainda permanece o duplo efeito da apelação como regra, o que significa crescente aumento de tutelas antecipadas concedidas na própria sentença de mérito[4].

Neste pequeno ensaio, portanto, pretende-se discutir as alterações recentemente ocorridas nos recursos cíveis (especialmente após a lei 11.187/05) e os vários momentos da tutela antecipada, com o objetivo de contribuir para o raciocínio jurídico a ser implementado e tendo como pano de fundo a concepção de brevidade da prestação jurisdicional.

II- A TUTELA ANTECIPADA – SEUS MOMENTOS E O RECURSO CABÍVEL

a) Tutela antecipada concedida *initio litis*: juízo de cognição sumária e falta de interesse recursal para manejo de agravo retido

Neste primeiro momento serão observados alguns aspectos ligados a concessão da tutela antecipada baseada em cognição sumária que, no procedimento comum ordinário, permite a discussão quanto ao chamado *sincretismo processual*[5], *ex vi* arts. 273, §3º e 461, §3º do CPC.

---

[3] Em trabalho específico, analisou-se as novas alterações advindas da lei 11.187/05, inclusive no que respeita à nova previsão de mandado de segurança contra decisão irrecorrível que determinar a conversão. Sobre o assunto, ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. *O agravo e as mais recentes alterações processuais: alguns questionamentos*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord), vol. 10. São Paulo : Revista de Processo, 2006, pp. 200-230

[4] Aliás, quanto a permanência do efeito suspensivo da apelação como regra, não tendo sido aprovada proposta de alteração, e da tímida modificação implementada no art. 520 do CPC, mister transcrever o posicionamento de Joel Dias Figueira Júnior: "O lamentável incidente legislativo há de ser atribuído à resistência de alguns juristas mais cépticos e 'comedidos' , somando-se ao *lobby* dos tribunais. Aliás, esse último fator foi determinante para a rejeição da proposta legislativa, que residiu no trabalho articulado de lobistas a ponto de ceifar as magníficas novidades contidas nos arts. 520 e 521 do CPC. O argumento utilizado para a consecução dos fins assinalados fundava-se na circunstância de que, se aprovados os dispositivos na forma originária sugerida pela Comissão, os tribunais ficariam ainda mais assoberbados de recursos ou meios de impugnação para análise dos pedidos de concessão de efeitos suspensivos, em face da alegação de possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, porquanto imaginavam que os juízes sentenciantes não acolheriam, na própria instância *a quo*, o requerimento dos apelantes para obstar os efeitos práticos da decisão (efeito 'suspensivo')". *Comentários à Novíssima Reforma do CPC : Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.* Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 106.

[5] Destarte, há a necessidade de se estimular o sincretismo processual, visando superar os óbices à demora na prestação da tutela jurisdicional. Em única expressão: a fórmula conhecimento + execução é um dos pontos de estrangulamento do sistema. Aliás, observa Joel Dias Figueira Júnior que: "o processo de conhecimento clássico não compadece, de regra, com as *ações sincréticas*, que são justamente aquelas que admitem, simultaneamente, *cognição e execução*, isto é, à medida que o juiz vai *conhecendo* e, de acordo com as

No que respeita a concessão da tutela antecipada *inaudita altera pars* há a necessidade da parte comprovar os requisitos do art. 273, I, que podem ser assim resumidos: a) probabilidade (prova inequívoca que convença acerca da verossimilhança) e b) risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Nesta hipótese, inexiste qualquer interesse recursal no manejo de agravo na modalidade retida nos autos.

Destarte, em que pese a preocupação das reformas advindas das leis 10.352/01 e 11.187/05 ter sido exatamente esvaziar a utilização do agravo por instrumento contra as interlocutórias de 1º grau, prestigiando o agravo retido[6], nos casos envolvendo a concessão ou não de tutela antecipada *inaudita altera pars*, o apelo deverá ser na modalidade instrumental, inclusive demonstrando o recorrente a possibilidade de lesão.

Realmente, nos casos de tutelas emergenciais *inaudita altera pars* não faz sentido a interposição de recurso retido nos autos, considerando que o mesmo apenas será apreciado quando interposta a apelação e se houver a confirmação do apelo anterior nas razões ou na contraminuta (art. 523, §1º, do CPC). Como nos casos de tutela antecipada o recorrente normalmente pretende a concessão de efeito suspensivo ou mesmo a própria tutela antecipada negada em 1º grau, não há interesse recursal no manejo do recurso na modalidade retida nos autos.

Por outro lado, aspectos importantes que devem ser enfrentados referem-se às seguintes indagações: a demonstração de urgência é requisito para a interposição do agravo por instrumento ou é o próprio mérito do recurso? Se o relator entender que a decisão recorrida está correta e que não há urgência a ensejar o agravo por instrumento, deve apenas negar a liminar pleiteada e/ou determinar a conversão em retido (art. 527, II do CPC) ou, pelo contrário, deve negar provimento ao recurso?

Ora, ao observar que não há o regime de urgência e determinar a conversão é desvirtuar a intenção do sistema processual pós reformas. Destarte, a

---

necessidades delineadas pela relação de direito material apresentada e a tutela perseguida pelo autor, vai também *executando* (satisfazendo) *provisoriamente*, fulcrado em *juízo de verossimilhança* ou *probabilidade*. Significa dizer que as *ações sincréticas* não apresentam a dicotomia entre conhecimento e executividade, verificando-se a satisfação perseguida pelo jurisdicional numa única relação jurídico-processual, onde a decisão interlocutória de mérito (provisória) ou a sentença de procedência do pedido (definitiva) serão auto-exequíveis". *Comentários à novíssima reforma do CPC. Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.* Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 3. No campo da tutela antecipada é possível em dois momentos observar esse sincretismo processual: a) entre o processo de conhecimento e o cautelar, mediante a fungibilidade entre as tutelas de urgência e b) na efetivação da tutela antecipada, observando-se, no que couber, as *normas* da execução provisória. É mister registrar que a Lei 11.232/05, ao alterar as diretrizes ligadas à execução provisória, revogou o art. 588 do CPC (sem a necessária alteração do art. 273, §3º - que ainda menciona o dispositivo revogado), passando a consagrar a execução provisória no art. 475 – O, inclusive alterando a expressão *regras* por *normas*.

[6] Em ensaio anterior, já se aduziu que: "o recurso na forma retida atende ao reclamo de tempestividade da tutela jurisdicional considerando que: (a) evita preclusão da matéria decidida; (b) a sua apreciação fica concidionada à chamada dupla provocaçao (quando da interposição e da ratificação na apelação ou nas contra-razões); (c) não se acumula nos tribunais ordinários, considerando que permanece nos autos originaários aguardando momento próprio de subida". ARAÚJO, José Henrique Mouta. *O agravo e as mais recentes alterações processuais: alguns questionamentos*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord), vol. 10. São Paulo : Revista de Processo, 2006, p. 208.

redação do art. 522 do CPC (advinda da lei 11.187/05) deixa claro que a exceção ao regime de retenção refere-se a hipótese em que a decisão for suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos envolvendo a inadmissão da apelação ou a declaração em que este último recurso é recebido.

Assim, a interpretação *suscetível de causar dano à parte* refere-se ao mérito do recurso e não apenas a admissibilidade[7], sendo incabível a conversão em retido caso o relator entenda que não há urgência a ensejar o processamento instrumental[8].

Realmente, admitir a conversão do agravo em retido nos autos praticamente esvazia o manejo do agravo contra decisão que concede ou nega a tutela antecipada, considerando que o sobrestamento de seu processamento (art.523 do CPC) poderá significar a ocorrência do dano que pretendia evitar.

Portanto, caso seja concedida ou negada tutela antecipada *inaudita altera pars*, a hipótese desafia a interposição de agravo por instrumento sendo o mérito recursal exatamente a demonstração de que a decisão agravada é suscetível de causar lesão ao recorrente.

b) tutela antecipada na sentença – cabimento de apelação com pedido de efeito suspensivo *também* neste capítulo

Por outro lado, vem sendo ampliada as hipóteses em que a tutela antecipada é concedida na própria sentença, visando com isso afastar a inefetividade do julgado diante da interposição do recurso de apelação.

O inciso VII foi acrescentado ao art. 520 do CPC pela lei 10. 352/01 visando afastar o efeito suspensivo da apelação quando interposta contra sentença que confirmar a antecipação da tutela.

Contudo, e quando a tutela antecipada é concedida na própria sentença, qual será o recurso cabível? Terá o apelo efeito suspensivo? Imagine um exemplo: Caio move demanda requerendo indenização por dano moral, material e pensão mensal decorrente de ato ilícito praticado pelo réu. O juiz, na sentença, resolve conceder a tutela antecipada, determinando o pagamento imediato de pensão mensal, além de julgar procedente os pedidos de indenização por danos morais e materiais.

---

[7] Altera-se, em parte, o posicionamento adotado anteriormente no ensaio *O agravo e as mais recentes alterações processuais: alguns questionamentos*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). Vol. 10. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 210 (nota 17).

[8] Teresa Arruda Alvim Wambier entende que "nos casos de decisão que defere ou indefere liminares, saber se a decisão é 'suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação' consiste no próprio mérito do recurso. Não haverá sentido, desse modo, em exigir-se que o agravante *demonstre* que se está diante de tal 'decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação', sob pena de se converter o agravo de instrumento em retido. Ora, em tal circunstância, *notando o relator do agravo de instrumento que não há urgência, será o caso de se dar ou negar provimento ao recurso, e não de convertê-lo em agravo retido*". *Os agravos no CPC brasileiro*. 4ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 459.

In casu, considerando que a tutela antecipada foi concedida em relação a um dos capítulos da sentença, é fato que o recurso a ser interposto é a apelação[9], quem sabe requerendo o réu seu recebimento no duplo efeito[10]. Aliás, se o recurso for total – impugnando todos os capítulos de sentença – e recebido *totalmente* no efeito suspensivo, restará também ineficaz o capítulo antecipado, esvaziando por completo a concessão da tutela de urgência na própria sentença[11]

Portanto, concedida a tutela antecipada na sentença e havendo outros pedidos também acolhidos no *decisum*, aliado a interposição de apelação total, as seguintes situações podem ocorrer: a) recebimento do apelo totalmente no duplo efeito, desafiando agravo de instrumento pelo autor, visando obter a antecipação da pretensão recursal; b) recebimento apenas no efeito devolutivo no capítulo objeto da tutela antecipada[12] e também no suspensivo em relação aos demais[13]. Neste caso, evita-se o cumprimento imediato dos demais capítulos (atendendo a regra do art. 520 do CPC) e ao mesmo tempo se outorga efetividade imediata do capítulo antecipado[14]; c) recebimento do

---

[9] Não se deve esquecer que é possível também o cabimento da tutela antecipada em embargos declaratórios, opostos contra sentença que tenha omitido apreciação anterior. Nesse sentido, já entendeu o STJ: "TUTELA ANTECIPADA. Sentença. Embargos de declaração. A tutela antecipada pode ser concedida na sentença, ou, se omitida a questão, anteriormente proposta, nos embargos de declaração. Art. 273 do CPC. Recurso conhecido e provido". REsp. n. 279.251-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. 4ª Turma. DJ de 30.04.01, p. 138.

[10] "Como a decisão deferitória da tutela antecipada é proferida no corpo da sentença, resulta inexorável que o recurso cabível será apelação, pois, sendo ato único, não se pode fracionar o manejo do recurso de agravo, para a parte que deferiu a tutela antecipada e apelação, para impugnar a sentença". ZENI, Fernando César. *Deferimento do Pedido de Tutela Antecipatória na Sentença*. Revista de Processo nº 94, abril-junho de 1999, p. 78. Também Dinamarco manifesta-se sobre o cabimento de recurso de apelação nos casos em que a tutela antecipada é concedida na sentença. De acordo com suas lições, "por lei, o ato processual que propõe a extinção do processo é *sentença* (CPC, art. 162, §1º) e a sentença, também por disposição legal expressa, comporta somente o recurso de apelação (art. 513). Assim será, ainda quando a sentença contenha algum pronunciamento que ordinariamente viria em uma decisão interlocutória, como a concessão de uma tutela antecipada. Esse capítulo, estando integrado no corpo unitário de uma sentença, não se destaca dos demais em razão de seu conteúdo, para receber um tratamento diferente, no tocante ao recurso cabível: caberá sempre e somente o recurso de apelação, porque o conteúdo de cada capítulo não exerce influência alguma na determinação do recurso adequado ao caso". DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença.* São Paulo : Malheiros, 2002, p. 115.

[11] Em tal situação, nada impede que o autor (até então beneficiado com a concessão da tutela na sentença) interponha agravo por instrumento requerendo a antecipação da pretensão recursal, tentando com isso resgatar a concessão da tutela afastada com o recebimento da apelação no duplo efeito (*ex vi* arts. 522, 527, III e 558 do CPC).

[12] "A possibilidade de execução imediata da medida confirmada ou meramente antecipada em sentença deve fiar restrita aos efeitos antecipados, suspendendo-se os efeitos da sentença em relação ao que estiver fora dos limites da antecipação". BORRELLI NETO, Luís. *Da antecipação da tutela em sentença e os efeitos do recurso de apelação (art. 520, VII, do CPC)*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords). Vol. 8. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 348.

[13] Hipótese que, em tese, desafia agravo por instrumento visando a obtenção de efeito suspensivo também no que respeita ao capítulo objeto da tutela antecipada.

[14] O estudo dos capítulos da sentença leva a conclusão de que é possível o recebimento da apelação em efeitos diferenciados em relação aos diversos capítulos recorridos. Ora, se de um lado ainda permanece a regra de que a sentença não tem eficácia imediata (art. 520 do CPC), de outro a tutela antecipada na sentença visa exatamente emprestar essa eficácia apenas ao capítulo antecipado. Em outra anterior já se observou que, quando a tutela antecipada for concedida na sentença "a apelação, nesse ponto, terá efeito apenas devolutivo, e ambos os efeitos, quanto aos demais aspectos da impugnação recursal". ARAÚJO, José Henrique Mouta e

apelo apenas no efeito devolutivo, o reflete nos capítulos alheios à tutela antecipada. Neste caso, poderá o credor manejar a execução provisória (art. 475-O – redação advinda da Lei 11.232/05) dos demais capítulos, em contradição ao que determina o art. 520 do CPC (*apelação em regra afastando a eficácia imediata da sentença*). Lógico que, *in casu* , poderá ser interposto agravo de instrumento pelo réu visando: i) a concessão de efeito suspensivo ao apelo (art. 558 do CPC) para afastar o cumprimento provisório total do julgado ou ii) o efeito suspensivo para obstar o cumprimento pelo menos dos capítulos não atingidos pela tutela antecipada, considerando a regra prevista no art. 520 do CPC.

Com isso, percebe-se que a variação das hipóteses reflete no sistema recursal. Contudo, considerando a total falta de interesse recurso, de forma alguma será admitido o agravo retido nos autos.

c) tutela antecipada concedida na audiência de instrução e julgamento.

Outra situação que merece reflexão diante das recentes alterações processuais envolve a tutela antecipada concedida em audiência. Com efeito, a redação do art. 523, §3º do CPC (proveniente da Lei 11.187/05) visa estabelecer como regra o *agravo retido oral e imediato*, a ser interposto contra decisões proferidas nas audiências de instrução e julgamento.

A modificação em questão consagra a obrigatoriedade do regime de retenção quando interposto contra pronunciamento judicial proferido em audiência. Logo, a preclusão recursal pode ocorrer em duas situações: a) a não interposição na forma oral e retida; b) a ausência de ratificação (art. 523 do CPC).

Contudo, não se pode esquecer que na própria audiência de instrução e julgamento alguns pronunciamentos emergenciais podem ser proferidos. Logo, será que havendo tutela antecipada proferida em audiência, há interesse recursal no manejo do agravo retido, oral e imediato?

Não se deve olvidar que o art. 522 prevê a modalidade instrumental nos casos de *decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação*. Assim, o aspecto a ser enfrentado para responder à indagação é o de que há pronunciamento judicial proferido em audiência de instrução e julgamento capaz de causar sério risco à parte, como a concessão de tutela antecipada[15].

SALGADO, Gustavo Vaz. *Recursos cíveis- manual sobre as alterações ocorridas na reforma processual*. 1ª edição. 3ª tiragem. Curitiba : Juruá, 2005, p.60.

[15] Especificamente nos casos de tutelas emergenciais proferidas em audiência, mister é ratificar as lições apresentadas por Leonardo José Carneiro da Cunha, ao aduzir, ainda com a redação proveniente da Lei 10.352/01, que " obviamente que se a decisão proferida naquela audiência for, por exemplo, uma *liminar*, uma *tutela antecipada* ou, enfim, um *provimento de urgência*, haverá risco de dano irreparável, devendo ser interposto um agravo de instrumento, sendo despropositado o agravo retido. Não somente nos caos de liminares, mas de qualquer outra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento que cause dano iminente, restará a via do agravo de instrumento, estando cerrado o caminho para o agravo retido, á míngua de interesse recursal, dada sua inutilidade ou inaptidão para combater o dano ou a lesividade imposta à parte". CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Inovações no Processo Civil (Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001)*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 96 e 97.

Portanto, contra os pronunciamentos emergenciais proferidos em audiência também não há interesse recursal no manejo do apelo retido e oral, considerando que o adiamento da apreciação poderá significar dano irreversível ao recorrente.

In casu, permanece a possibilidade de interposição de agravo por instrumento com pedido de efeito suspensivo, em que pese a previsão contida no art. 523, §3º do CPC, devendo o recorrente demonstrar que a hipótese se enquadra na exceção prevista no próprio art. 522 do CPC.

Aliás, na hipótese, como já mencionado, o *mérito recursal* refere-se exatamente a demonstração do risco, inclusive requerendo o recorrente o efeito suspensivo previsto no art. 527, III c/c 558 do CPC[16].

[16] Ao abordar especificamente casos de indeferimento de prova testemunhal e tutela antecipada concedida na sentença, concluiu-se que "Aliás, não haveria interesse na interposição de agravo retido considerando o adiamento de sua apreciação. Nos casos em questão, apesar das decisões terem sido proferidas em audiência de instrução e julgamento, a necessidade de imediata manifestação jurisdicional demonstra a falta de interesse em interpor o agravo na modalidade retida. Portanto, cabível o agravo de instrumento, inclusive com pedido de antecipação da pretensão recursal". ARAÚJO, José Henrique Mouta. *O agravo e as mais recentes alterações processuais: alguns questionamentos*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). Vol. 10. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 212.