

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

COGEAE

Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil

MAURÍCIO YANO HISATUGO

TUTELAS DE URGÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

São Paulo

2012

MAURÍCIO YANO HISATUGO

TUTELAS DE URGÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Monografia apresentada à PUC-SP, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação “*Lato Sensu*” – Especialização em Direito Processual Civil.

Orientadora: Profa. Ms. Cláudia Aparecida Cimardi

São Paulo

2012

MAURÍCIO YANO HISATUGO

TUTELAS DE URGÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Monografia apresentada à PUC-SP, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação “*Lato Sensu*” – Especialização em Direito Processual Civil.

São Paulo

Aluno aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Ms. Cláudia Aparecida Cimardi

***Aos meus pais,
profissionais do Direito,
sou eternamente grato
pela inspiração pessoal e profissional,
que hoje norteia meus ideais de Justiça.***

*Pelo profissionalismo e,
sobretudo, pela capacidade didática,
meus sinceros agradecimentos
à Orientadora Profa. Ms.
Cláudia Aparecida Cimardi.*

RESUMO

Este trabalho tem como foco principal a análise, teórica e prática, da utilização das tutelas de urgência (tutela antecipada e cautelar), no âmbito recursal, com ênfase nos tribunais superiores (STF e STJ). A importância do tema colocado reside, precipuamente, na efetividade da tutela jurisdicional, a qual tem seu ápice na realização do direito material lançado, mediante duração razoável do processo (EC 45). No entanto, tal realização não se limita à jurisdição de primeiro grau, e isso considerando a própria sistemática recursal prevista em lei, o que vem resguardar, de outra banda, a segurança jurídica das decisões emanadas do Judiciário.

Assim, considerando que o próprio legislador cuida de regular algumas situações em que se permite a utilização da antecipação ou acautelamento da tutela na fase recursal, neste trabalho trataremos de tais questões como meios para que a prestação da tutela jurisdicional se conjugue à sua efetividade.

Dentro desse aspecto, verifica-se que, não raro, o manejo das tutelas de urgência em sede de recurso extraordinário e especial apresenta-se como uma das poucas formas para que os operadores e aplicadores da lei evitem a perda do direito material no transcurso do processo, seja na forma de destrancar o processamento do recurso, antecipar o provimento final de forma provisória ou, ainda, suspender a eficácia de determinada decisão, afastando as nocivas conseqüências advindas da demora no trâmite processual. Sem tais medidas, a prestação jurisdicional perderia tanto na efetividade, quanto na segurança dos provimentos, pois havendo o perecimento do direito material demandado em razão da morosidade, o processo em si seria, num todo, inócuo e imprestável na solução de litígios.

ABSTRACT

This work has as its main focus the analysis, theoretical and practical, of the use of emergency legal protections (preliminary injunction and temporary injunction), in the appellation context, emphasizing the Superior Courts (STF and STJ). The importance of the subject is, mainly, the effectiveness of judicial protection, which, at last instance, can be measured by the realization of the material right in reasonable length of time (Constitutional Amendment number 45). However, this question is not limited to the first instance jurisdiction, considering the appellation system provided by law to guarantee legal security.

Thus, considering that the legislature itself regulates some situations which allow the use of preliminary injunction and temporary injunction in the appellation instance, this work will deal with such issues as tools to guarantee that the court protection can be effectively reached.

In this respect, the management of emergency legal protections on superior instances (STJ and STF) presents itself as one of the few ways for avoid loss of the material right in the course of the judicial proceeding, both to “unlock” the proceeding, to anticipate the final decision or even to suspend the effectiveness of particular decisions, removing the harmful consequences resulting from the delay in the court proceeding. Without such measures, judicial proceedings would lose both in effectiveness and safety. In fact, the material right loss due to these delays would make the process itself an innocuous and useless tool to resolving disputes.

SUMÁRIO

Folha de rosto.....	02
Folha de aprovação.....	03
Dedicatória	04
Agradecimentos.....	05
Resumo.....	06
Abstract.....	07
Sumário.....	08
1. Introdução.....	09
2. A evolução do Processo Civil no Brasil.....	12
3. O Poder Geral de Cautela.....	15
4. Das garantias constitucionais e da proporcionalidade.....	17
5. Tutelas de urgência - breve evolução histórica.....	21
6. Tutelas de urgência nos tribunais superiores e a fungibilidade das medidas... 25	
7. Das tutelas de urgência para destrancamento de recursos extraordinário e especial	29
8. Das tutelas de urgência para atribuição de efeito suspensivo a recursos extraordinário e especial e a fungibilidade entre as medidas.....	37
9. Da competência para analisar, processar e julgar as tutelas de urgência que tem por objeto efeito suspensivo ou o destrancamento de recursos extraordinário e especial.....	42
10. Conclusão.....	52
11. Referências bibliográficas.....	54

1. INTRODUÇÃO

Não obstante o direito processual civil seja visto, dentro do aspecto prático, como ferramenta para a realização do direito material, é certo que não há como analisá-lo ou aplicá-lo e de forma individualista e isolada, dissociada de outros fatores.

Questões sociais e econômicas influenciam o operador e o aplicador do direito processual, tanto no sentido de dar celeridade à satisfação do direito pretendido, na busca da efetividade, como no sentido de fazer valer algumas prerrogativas constitucionais, como ampla defesa e contraditório, inseridos na concepção de segurança jurídica.

Tais influências podem ser extraídas dos ensinamentos de BARBOSA MOREIRA¹ (2000, pág. 12), para quem não há dúvidas

“de que, de vez em quando, o processualista deve deixar de lado a lupa com que perscruta os refolhos de seus pergaminhos e lançar à sua volta um olhar desanuviado. O que se passa cá fora, na vida da comunidade, importa incomparavelmente mais do que aquilo que lhe pode proporcionar a visão de especialista. E, afinal de contas, todo o labor realizado no gabinete, por profundo que seja, pouco valerá se nenhuma repercussão externa vier a ter... O processo existe para a sociedade, e não a sociedade para o processo”

E nesse contexto, atendendo aos anseios sociais atuais, verifica-se um ávido desejo pela prestação jurisdicional célere, o que se perfaz pelas seguidas reformas no Código de Processo Civil.

¹ MOREIRA, Barbosa. O juiz e a cultura, cit., p. 12.

Assim, ao longo do tempo, novas leis cuidaram de inserir e modificar, na sistemática processual, as tutelas urgência, com característica de provisoriedade, porém, passíveis de efeitos imediatos na garantia de direitos e realização de deveres.

Na evolução do processo civil, as tutelas de urgência ganharam particular importância, já que na mesma medida que evitam danos, também reprimem atividades temerárias, que prolongavam demasiadamente a prestação da tutela jurisdicional definitiva, conferindo, de uma forma geral, mais celeridade e resguardo ao direito pretendido.

No entanto, de outra banda, a efetividade, que tem implícita a garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), traz em seu bojo, também, a ideologia de eficácia da prestação jurisdicional de forma a preservar a tutela do jurisdicionado, sob pena de toda atividade processual tornar-se vazia e ilegítima. Sobre o tema, JOSÉ DA SILVA PACHECO², citando Cândido Rangel Dinamarco, nos lembra de quatro pilares fundamentais:

“ a) admissão em juízo; b) modo de ser do processo; c) critérios de julgamento (ou justiça nas decisões); d) a efetivação dos direitos (ou utilidade das decisões)’, mas a idéia do acesso à justiça constitui a síntese de todo o pensamento instrumentalista e dos princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional; de modo que as garantias de ingresso em juízo, de contraditório, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes, todas elas visam o acesso à justiça (cf. A instrumentalidade do Processo, 5ª ed., São Paulo, 1996, pág. 303 e seg.)”

² PACHECO, José da Silva. Evolução do Processo Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 387.

Assim, visando o salutar desenvolvimento do processo, as reformas e a jurisprudência trouxeram alternativas que se aplicam também aos trâmites recursais, junto aos tribunais superiores, que tentam balancear celeridade, efetividade e segurança jurídica, fazendo valer, assim, a almejada proporcionalidade entre todos esses princípios.

Ademais, pelo que se vê na própria legislação, as alternativas previstas ou criadas para o uso das tutelas de urgência em sede recursal, principalmente no que tange à antecipação de tutela, não estão inseridas dentro de um sistema preclusivo absolutamente fechado, já que a situação fática-jurídica do processo é que determinará, em dado momento, a necessidade da parte em pleitear dada tutela visando satisfazer ou garantir a satisfação, ainda que provisória, do direito material debatido. Nesse sentido, JOÃO BATISTA LOPES³:

“Em verdade, razão alguma existe para se estabelecer limite temporal à concessão da tutela antecipada. O adjetivo antecipada não significa que a tutela deva ser concedida liminarmente. Indica, sim, que a providência está sendo concedida antes do momento normal, em razão da urgência. Esse entendimento está em perfeita harmonia com as tendências atuais do processo civil, que privilegiam a efetividade e a presteza da jurisdição. Não se pode descurar, ao propósito, da função publicística e do caráter social do processo, que ficam comprometidos com a morosidade da justiça. Ademais, em rigor técnico, não existe um momento próprio para a antecipação da tutela, seja na hipótese do inciso I, seja na do inciso II do art. 273. Com efeito, a situação de perigo a que se refere o inciso I pode ocorrer a qualquer tempo. Por igual, a hipótese do inciso II também não tem momento único para se verificar: antes da citação (se o réu agir no sentido de frustrá-la) ou após esta (se abusar do direito de defesa) e mesmo depois da sentença (se se valer de expedientes protelatórios).”

³ LOPES, João Batista. A tutela antecipada no processo civil brasileiro. 3.. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Já no campo específico do manejo das tutelas de urgência junto aos tribunais superiores, sobretudo quanto ao uso de ação cautelar, tais questões se identificam em momentos mais específicos no processamento de recursos extraordinário e especial, já que tais vias não possuem efeito suspensivo automático (art. 542. § 2º do CPC).

Do breve relato exposto se extrai a relevância no tema, já que, não raro, os prejuízos se perpetuam na pendência de julgamento desses recursos carentes de efeito suspensivo capaz de obstar os efeitos imediatos do acórdão proferido.

Ante tal situação, não podem os aplicadores quedarem-se inertes, aguardando a certeza no provimento, que só virá quando do julgamento final. Nessa linha de raciocínio, colacionamos, mais uma vez, as valiosas lições CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁴:

“(...) uma boa ordem processual não é feita de segurança e das certezas do juiz. Ela vive de certezas, probabilidades e riscos. Onde houver razões para decidir ou para atuar com apoio em meras probabilidades, sendo estas razoavelmente suficientes, que se renuncie à obsessão pela certeza, correndo algum risco de errar, desde que se disponha de meios aptos a corrigir os efeitos de possíveis erros.” (2007, pág 27)

Assim, após rápida abordagem acerca da evolução do processo civil no Brasil, passaremos a análise do Poder Geral de Cautela, que dá origem às tutelas de urgência, objeto do estudo.

⁴ DINAMARCO, Rangel. Nova era do Processo Civil. 3. ed. São Paulo. Malheiros.

2. EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL NO BRASIL

A evolução do Direito Processual Brasileiro foi influenciada, em grande parte, por legislações de países Europeus, sobretudo no transcorrer do século XX, quando iniciou-se a evolução das interpretações puramente técnicas para uma perspectiva mais teleológica do processo.

A assertiva acima tem por base o fato de que nos primeiros anos da República, o processo civil no Brasil ficou atrelado às bases do direito. Dominava à época um sistema escrito e excessivamente formal, onde o conhecimento de nulidades era corriqueiro, tudo somado a quantidade de recursos deveras injustificável.

Com o advento do Código de 1939, a proposta era firmar o princípio da oralidade, o que pode ser considerado um passo importante na transição do nosso direito processual civil como processo cientificamente concebido.

Já o Código de 1973, oriundo do anteprojeto elaborado por ALFREDO BUZAID, tem compromisso com outros valores, como a “administração da Justiça”, conforme se apura da exposição de motivos. O lado ético da prestação jurisdicional também foi ressaltado, o que se verifica pela enumeração dos deveres das partes e procuradores e pela severa censura aos atos de litigância de má-fé, assim como pela investidura do juiz de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça.

A celeridade processual foi e é essencial, o que se denota dentre os deveres atribuídos ao juiz, tais como o de “velar pela rápida solução do litígio” (art. 125, II) e de denegar toda diligência “inútil” ou “meramente protelatória” (art. 130).

Não obstante todos os mecanismos do CPC de 1973, o ideal de celeridade processual continuou insatisfatório, sendo que a sociedade ainda se queixava da morosidade da justiça, o que só se acumulou com o passar dos anos. Diante dessa insatisfação, o legislador inovou tanto por meio de alterações do Código, como pela criação de outros remédios processuais disciplinados em leis extravagantes.

Nos anos 1990, numa tentativa mais recente de atribuir maior celeridade e garantir satisfação do provimento jurisdicional, diversas alterações foram inseridas no intuito de simplificar os procedimentos. Inovações importantíssimas se deram por meio, por exemplo, da generalização das medidas de antecipação de tutela (arts. 273 e 461), objeto do presente estudo, em sede dos recursos excepcionais.

Tais inovações mudaram substancialmente o procedimento ordinário, que não busca tão-somente o acertamento ou definição de direitos controvertidos. Hodiernamente permite-se, também, atos materiais (atos executivos) dentro da mesma relação em que se busca a sentença de mérito.

Dessa forma, o processo civil atual confere ao litigante um leque bastante aberto no que se refere às tutelas de urgências, seja por meio das medidas cautelares, seja por meio das medidas de antecipação de tutela, tudo visando o resguardo dos seus direitos, evitando danos irreparáveis ou de difícil reparação, ainda que em fase de vias excepcionais.

Para que a compreensão do tema se dê de forma bastante lógica e clara, pontuaremos alguns tópicos iniciais para abordagem das razões que deram origem às mudanças acima comentadas.

3. O PODER GERAL DE CAUTELA

Visto de forma apartada e como ciência, o processo civil, a partir do século passado, sistematizou a tutela cautelar até atingir a concepção do poder geral de cautela que permitisse ao aplicador da lei afastar situações que trouxessem risco de dano ao objeto principal da lide.

Na Constituição Federal o poder geral de cautela está inserido na previsão de que nenhuma ameaça de lesão pode ser excluída do controle jurisdicional, tudo de acordo com a garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), o que, para KAZUO WATANABE e SILVA PACHECO⁵ significa:

“o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional , inscrito no art. 5º, XXXV da CF, não assegura, apenas, o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa”.

No CPC, o poder geral de cautela tem corpo no disposto no art. 798, que baseado no art. 700 do Código de Processo Civil Italiano, prescreve:

“além dos procedimentos cautelares 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.”

⁵ PACHECO, José da Silva. Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer, *in Reforma do CPC*, pág. 20.

Historiando o tema, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁶ nos relata:

“No direito europeu, bem antes da reforma de 1964 ocorrida no direito brasileiro, consolidou-se a ampliação do poder geral de cautela, nele incluindo-se, não sem resistências, as medidas urgentes de antecipação de tutela satisfativa. Vê-se, na lição de Federico Carpi, a explicação de que: ‘A perspectiva não é nova; o que é novo em nossa época é a consciência nos ordenamentos modernos de que a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos não é efetiva se não é obtível rapidamente’ (La tutela d’urgenza fra cautela, “sentenza anticipada” e giudizio de mérito, Relazione in XV Convegno Nazionale, Bari, 1985, pág. 4).”

Apura-se, assim, que de forma sistematizada e com previsão constitucional o poder geral de cautela é primordial na proteção do objeto principal da lide, tanto que a Lei Processual confere evidente fungibilidade às tutelas de urgência, com o fito de ampliar tal proteção às mais variadas situações.

No entanto, verifica-se que, na prática, a proteção oferecida pelo poder geral de cautela nem sempre atenderá a todos os bens jurídicos ou princípios protegidos por lei. Num ou noutro momento, haverá a necessidade de escolha entre o confronto de valores, conforme veremos a seguir.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação de tutela e medidas cautelares: tutela de emergência. Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 253, p. 25/45, Nov. 1998.

4. DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E DA PROPORCIONALIDADE

Conforme abordado na introdução, a utilização das tutelas de urgência tem como escopo dar efetividade à tutela jurisdicional, sem, contudo, prejudicar o equilíbrio com o princípio da segurança, que envolve o contraditório e ampla defesa. No entanto, o convívio entre tais garantias constitucionais nem sempre será pacífico, ainda que as tutelas emergenciais tentem balancear alguns valores, conforme salientado.

Veja, o direito à segurança jurídica é decorrência do princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LV da CF). Já o direito à tutela jurisdicional efetiva decorre do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF), donde provém o poder geral de cautela.

Pois bem, nesse contexto, verifica-se, de um lado, a necessidade de rapidez para se justificar a efetividade no provimento jurisdicional, e de outro, a necessidade de se seguir os trâmites processuais, de acordo com o devido processo legal. A solução para tal enfrentamento reside em outro princípio, o da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade tem origem no Direito Alemão. No Brasil as primeiras manifestações de proporcionalidade se deram no âmbito do direito administrativo, quanto à limitação do poder de polícia.

Atualmente, o princípio da proporcionalidade tem aplicação em todos os ramos do Direito, sendo fundamental para o Estado Democrático. Nesse sentido PAULO BONAVIDES⁷ afirma:

⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

“(...) no Brasil, a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito.”

Destarte, visando sanar desarmonia entre dispositivos constitucionais, o princípio da proporcionalidade pede que sejam sopesados os bens jurídicos envolvidos no caso concreto. Não importa, para tanto, a situação pessoal do sujeito envolvido, pois aí estar-se-ia tratando da razoabilidade. É o que se extrai das lições de JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA⁸:

“Com base nessa diferença, sublinha Humberto Bergmann Ávila, no direito brasileiro, que o dever de proporcionalidade não se identifica com o dever de razoabilidade. Na proporcionalidade está em joga a análise de dois bens jurídicos constitucionalmente protegidos e a medida relacionada com a sua proteção. ‘A pergunta a ser feita é: a medida adotada é adequada e necessária em relação ao fim e não implica a não-realização substancial do bem jurídico correlato? Trata-se de um exame abstrato dos bens jurídicos envolvidos (segurança, liberdade, vida, etc.) especificamente em função da medida adotada’. Por outro lado, na razoabilidade, a contrastabilidade judicial com como principal parâmetro, não a relação meio-fim subjacente à determinada medida, mas a situação pessoal do sujeito envolvido.”

Dessa forma, o aplicador do direito, na solução de tais conflitos, terá de avaliar, no caso concreto, quais os bens jurídicos envolvidos, optando por fazer prevalecer um deles.

⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro, São Paulo: Malheiros, São Paulo, 2006, p. 64 e 65.

Veja, não é o caso de se invalidar um dos bens jurídicos em conflito, mas diante do caso concreto, fazer valer aquele de maior importância, em determinadas condições fáticas. Oportunamente, vejamos as palavras de WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO⁹:

“Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesa a posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando totalmente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’, onde se acha insculpida a dignidade humana”.

Vale anotar, também, que o princípio da proporcionalidade não é aplicado com exclusividade na esfera de conflitos constitucionais. Questões infraconstitucionais, sobretudo no processo civil, pedem a aplicação da proporcionalidade para a solução de conflitos, conforme ensina FREDIE DIDIER JÚNIOR.¹⁰:

“No processo civil, o princípio da proporcionalidade tem a aplicação em inúmeras situações: a) fixação do valor das multas processuais; b) concessão de provimentos liminares; c) utilização do poder geral de cautela (art. 798 do CPC); d) utilização do poder geral de efetivação (art. 461, § 5º, CPC); e) quebra de sigilo bancário; f) identificação de meio menos grave para o executado (art. 620 do CPC) (...) etc.”.

⁹ GUERRA FILHO, W. S. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. Revista Jurídica da Universidade de Franca, Franca, v. 3, n. 4, p. 196-209, set. 2000.

¹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva. 5ª Ed. Salvador: PODIVM, 2005, v. I.

Quanto a embate entre os princípios em comento (segurança jurídica e efetividade), a melhor doutrina, nas palavras de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO¹¹ nos ensina que:

“A tendência atual do Processo Civil Contemporâneo é a de resguardar àquela que se apresenta em juízo com plausibilidade de razão (apreendida pelo magistrado mediante uma cognição abreviada, isto é sumária) o direito em espécie, relegando, a um segundo plano, sua reparabilidade patrimonial. (...). Entre dois valores sempre em conflito – a segurança jurídica, que demanda a realização de prévio e amplo contraditório, e a efetividade da prestação jurisdicional -, o legislador, como regra, tem dado sinais de prevalência do segundo”.

A conclusão para tal opção está na própria evolução do processo civil brasileiro, o qual, conforme demonstrado, sofreu profundas reformas sempre no intuito de trazer mais celeridade e prontidão aos provimentos, o que agrega maior efetividade ao processo como um todo, atendendo às concepções da EC 45.

Essa evolução tem reflexos também na esfera das tutelas de urgência, a qual sofreu mutações, o que será abordado no tópico seguinte.

¹¹ BUENO, Cássio Scarpinella, *Tutela antecipada e ações contra o poder público (reflexão quanto o seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo)*, publicado na obra coletiva *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier, publicada pela RT, 1997, pp. 37/39

5. TUTELAS DE URGÊNCIA – BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Não obstante a amplitude de medidas cautelares possíveis para o resguardo de direitos, antes das seguidas reformas do CPC, o formato desenhado no art. 798 do CPC até então atendia ao processo civil clássico, onde não havia espaço para a tutela preventiva, nem tampouco para a tutela de natureza satisfativa, pois o que imperava era a rígida separação entre as tutelas cautelar, cognitiva e executiva, já que a valorização era canalizada à tutela ressarcitória. Nesse sentido leciona ARRUDA ALVIM¹²:

“A função de cognição tinha por fim a declaração do direito (latu sensu); a cautelar, única e exclusivamente, a de produzir um efeito assecuratório da possibilidade de realização prática ulterior da eficácia possivelmente emergente da sentença final, do processo principal, quando da procedência da ação, o que excluía que se pudesse, cautelarmente, produzir um efeito idêntico àquele suscetível de ser produzido pela procedência da ação; destinava-se, por excelência e exclusividade à produção do valor segurança, teleologicamente preordenado a assegurar a eficácia da sentença do processo principal. (...) A realização do direito ou a execução, propriamente dita, eram sempre e necessariamente sucessivas ao término da cognição, o que, como regra geral, pressupunha a ocorrência de coisa julgada (salvo, limitadamente, no caso de execução provisória, em cujo âmbito não se podia chegar às últimas conseqüências)”.

Posteriormente, com as reformas da década de 90, principalmente com o advento da Lei n. 8.952/94, é inserido no ordenamento o instituto da tutela antecipada, o que veio a somar nas tutelas de urgência.

¹² ALVIM, Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. REPRO, São Paulo, v. 25, n. 97, p. 51/106, 2000.

A tutela antecipada há muito era almejada pela doutrina, que buscava mecanismos para antecipar os efeitos do mérito final, dando maior efetividade ao provimento, ainda que provisoriamente. É o que se extrai das lições de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR.¹³:

*“De início, lutava-se apenas pela preservação dos bens envolvidos no processo lento e demorado, afastando-os de eventual situação perigosa à sua conservação, para submetê-los, afinal, à sentença, de forma útil para os litigantes. Com essa preocupação construiu-se basicamente a teoria das medidas cautelares. Mas ficava fora do campo demarcado para a tutela preventiva um outro grave problema, que era o da demora na prestação jurisdicional satisfativa, o qual, em si mesmo, poderia configurar uma denegação de justiça, ou uma verdadeira sonegação da tutela jurisdicional assegurada entre as garantias fundamentais do moderno Estado Social de Direito. Passou-se a defender algo mais efetivo que a medida cautelar, para antecipar, na medida do necessário à efetiva tutela jurisdicional, providências de mérito, sem as quais a tardia solução do processo acabaria por configurar indesejável quadro de ‘denegação de justiça’, sem embargo da vitória serodidamente alcançada no pretório”.*¹⁴

Denota-se que os estudiosos passaram a dar maior relevância a essa nova concepção de processo, que visa uma ordem jurídica mais justa e que realiza por completo sua função social. Sobre a questão, JOÃO BATISTA LOPES¹⁵ leciona:

“a ordem jurídica de um país é justa ou injusta e o processo não tem o condão de modificar o ordenamento jurídico, mas sim de fazê-lo atuar efetivamente. (...)O processo não é mero instrumento técnico, mas meio de fazer atuar plenamente a ordem jurídica.”

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto, “Tutela cautelar durante a tramitação de recurso”, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, pp. 231-234;

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Tutela Antecipada e Tutela Cautelar*, artigo publicado pela Revista Forense e disponível no site: www.forense.com.br – atualidades.

¹⁵ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pag. 30 e 31.

A partir desse momento, além da discricionariedade dada ao juiz na concessão do provimento cautelar, reconhece-se, também por meio de lei, inserida no ordenamento através de reformas mais recentes no CPC (§ 7º do art. 273, inserido pela Lei 10.444/02), a fungibilidade entre as tutelas de urgência, em consonância com o ideal de instrumentalidade das formas, conforme doutrina de ARAKEN DE ASSIS¹⁶, ainda que as tutelas antecipada e cautelar, aqui tratadas conjuntamente, possuam requisitos específicos.

Sobre tal questão, insta salientar que não obstante o § 7º do art. 273 faça menção exclusiva à possibilidade de se aceitar tutela cautelar, lançada sob o corpo de tutela antecipada, uma vez presentes os seus requisitos, o inverso também é verdadeiro, tudo no intuito de se resguardar a eficácia do provimento pretendido nos autos, consoante as lições de LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER¹⁷:

“(...) razões de ordem formal não devem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido e função sejam o de gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional pleiteada ou a final, ou em outro processo, seja de conhecimento, seja de execução.”

Tem-se, assim, que as tutelas de urgência, ainda que incorporadas de requisitos particulares e diversos, possuem identidade semelhante na função constitucional de proporcionar condições para equilíbrio entre segurança jurídica e efetividade, estando inserida nesta última a celeridade, considerando a necessidade de duração razoável do processo.

¹⁶ ASSIS, Araken. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas, REPRO, nº 100.

¹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Nesse contexto, a fungibilidade das medidas e aplicabilidade da instrumentalidade das formas, como forma de fazer prevalecer a efetiva proteção do direito material manejado no processo, é de suma importância, pois o formalismo excessivo não deve servir de parâmetro para abrir caminhos para a perda do objeto material. São nesse sentido as lições de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE¹⁸:

“(...) as tutelas provisórias devem ser reunidas e receber o mesmo tratamento. Inexiste razão para a distinção entre a tutela cautelar conservativa e a antecipação dos efeitos da tutela de mérito. Ambas são provisórias e instrumentais, pois voltadas para assegurar o resultado final. São técnicas processuais com idêntica finalidade e estrutura. Não há por que distingui-las.”

Na mesma linha são os pensamentos de EDUARDO DE AVELAR LAMY¹⁹:

“Se as reformas posteriores do Código de Processo Civil seguirem a tendência do sincretismo e se os operadores do direito tiverem bom senso ao proceder, acredita-se realmente ser possível haver um crescimento da flexibilização e simplificação dos institutos do direito processual civil, em detrimento do rigor técnico antes empregado, de tal forma que o processo se aproxime do direito material a ponto de possibilitar que as técnicas acautelatórias e assecutorias existentes para a prestação da tutela jurisdicional não definitiva de urgência sejam unificadas sistematicamente.”

Destarte, vejamos como tais questões são aplicadas em sede de recursos excepcionais, segundo a interpretação da doutrina e da jurisprudência dos tribunais competentes.

¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 307..

¹⁹ LAMY, Eduardo de Avelar. A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: conseqüências para o escopo de sistematização. REPRO, São Paulo, n. 118, p. 289/302, Nov/dez 2004.

6. TUTELAS DE URGÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS.

Analizados alguns aspectos históricos evolutivos e genéricos das tutelas de urgência, passamos ao foco principal do presente trabalho, que aborda o uso das tutelas de urgência junto aos tribunais superiores, em sede de recurso extraordinário e especial.

A doutrina, nas palavras de NELSON PINTO²⁰, anota que tanto a tutela antecipada, por meio do chamado efeito ativo, como a medida cautelar, são meios possíveis para buscar efeito suspensivo para as vias excepcionais, que se aplica, também, às situações de necessidade de destrancamento previsto no art. 542, § 3º:

“Apesar da ausência de efeito suspensivo, têm, entretanto, tanto o STF como o STJ, admitido pedido cautelar para sustar os efeitos da decisão recorrida, quando esta puder causar danos de impossível ou difícil reparação e houver fumus boni jûris a favor do recorrente.

Admite-se, também, a eventual concessão do que se habituou chamar de efeito ativo ao recurso, que nada mais é do que a antecipação dos efeitos da tutela recursal, com fundamento no art. 273, II do CPC.”

Não obstante toda tratativa acima, que se traduz na aplicabilidade da instrumentalidade das formas, ou da própria fungibilidade entre os provimentos cautelares e de tutela antecipada, é preciso ressaltar que, em sentido técnico, a tutela antecipada sempre busca satisfazer o direito material, adiantando os efeitos de sentença de mérito, sendo que a tutela cautelar assegura a viabilidade de realização do direito material.

²⁰ PINTO, Nelson. Código de Processo Civil Interpretado, 3 ed. rev. ampl. atual., Ed. Atlas, 2008, São Paulo, pág. 1835.

Assim, não obstante a possível aplicação da fungibilidade entre as medidas aqui tratadas, verifica-se na prática que as medidas cautelares são mais utilizadas para atribuição de efeito suspensivo a recursos excepcionais, sobretudo nos casos em que as vias excepcionais são tiradas contra acórdãos de mérito, que julgaram recursos de apelação, ou nos casos de interlocutórias (trancamento automático).

Por sua vez, a tutela antecipada, em razão dos seus requisitos, encontra algumas peculiaridades técnicas no campo prático. Pela leitura do art. 273 do CPC, os requisitos para antecipação da tutela final são mais rígidos do que aqueles previstos para as cautelares. A cognição em sede de tutela antecipada, não obstante também superficial, é mais aprofundada do que em relação às cautelares, pois terá de se calcar em alegações verossímeis e provas inequívocas. Nesse sentido leciona HUMBERTO THEODORO JÚNIOR²¹:

“No entanto, para alcançar a antecipação de tutela, a parte, terá, obrigatoriamente, de produzir ‘prova inequívoca’. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa ser necessariamente documental. Terá, no entanto, que ser claro, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável. (...) É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. (...) Além da ‘prova inequívoca’, o requerente terá de apresentar ao juiz uma versão verossímil do quadro justificador de sua pretensão. Assim, a verossimilhança da alegação corresponde ao juízo de convencimento a ser feito em torno de toda a conjuntura fática invocada pela parte que pretende a antecipação da tutela, não apenas quanto à existência de seus direito subjetivo material, mas também, e principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.”

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Processo Civil no Liminar do Novo Século, São Paulo, Editora Forense, 1999, pág 90.

Dessa forma, a possibilidade de utilização da tutela antecipada mostra-se viável nas situações em que não tenha havido análise de mérito, ou seja, nas situações em que as vias extraordinária e especial são interpostas contra acórdãos que julgam interlocutórias de primeiro grau. Fora dessas situações, conforme detalhado anteriormente, a própria análise de mérito em primeira e segunda instância dificulta o reconhecimento dos requisitos intrínsecos à antecipação de tutela.

Não obstante o próprio julgamento de segundo grau possa configurar “fato novo” que justifique o pedido antecipatório nas vias excepcionais, a profundidade da análise do mérito em julgamento de apelação dificulta a argumentação da presença dos requisitos pertinentes, como a verossimilhança.

Excetua-se dessa realidade os casos em que o julgamento de mérito de apelação contrarie a jurisprudência dos Tribunais Superiores, situação em que a possibilidade de uso desse meio é totalmente pertinente, pois o mérito lhe é totalmente favorável.

Como conclusão, no entanto, com base na efetividade e celeridade, uma vez que o pedido de efeito suspensivo ou destrancamento em grau recursal não permite erros ao operador, sob pena de perpetuação de danos irreversíveis em sede de execução provisória, a aplicação pontual da fungibilidade entre as tutelas de urgência é a forma mais salutar de se garantir o equilíbrio entre rapidez na solução e eficácia da prestação jurisdicional.

Nesse aspecto o excesso de técnica não pode se sobrepor à finalidade precípua do processo, que é a eficaz solução de litígios, resguardando sempre o direito material objeto da lide e evitando danos definitivos no transcurso do processo.

Assim, considerando o acima exposto, passa-se à análise específica das tutelas de urgência com a finalidade de destrancar RE ou RESP, bem como meio para emprestar efeito suspensivo a essas mesmas vias excepcionais.

7. DAS TUTELAS DE URGÊNCIA PARA DESTRANCAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL.

O regime de retenção dos recursos extraordinários e especiais foi inserido no CPC através da Lei nº 9.756/98. Trata-se de importante alteração na sistemática das vias excepcionais, já que, na esteira da celeridade, a finalidade precípua é reduzir o número de recursos dirigidos às instâncias superiores, desafogando os tribunais para agilizar os julgamentos.

Afora da discussão acerca da constitucionalidade ou não da referida Lei, que não é o objeto do presente estudo, é preciso consignar que não foi inserido na sistemática de retenção recurso específico para impugná-la, nem mesmo em situações em que há perigo de dano irreparável.

Não é difícil imaginar tal situação de dano ante a previsão de retenção. Vejamos a análise prática elaborada por MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO²²:

“Uma das muitas dificuldades vislumbradas, tão logo entrou em vigor o novo texto, foi a que diz respeito ao recurso especial ou extraordinário interposto contra acórdão proferido em agravo de instrumento que reexaminou pedido de liminar, concedida ou negada, em primeiro grau de jurisdição. (...) Aquele cuja liminar for negada pelo tribunal, seja provendo, seja desprovendo o agravo de instrumento, não mais poderá alcançá-la. Nunca mais! Pois o seu eventual recurso (extraordinário ou especial) ficará retido, até que seja proferida a sentença final, julgada a apelação dela interposta e julgado o recurso (extraordinário ou especial) que interpuser do respectivo acórdão. Mas que utilidade terá uma liminar que for concedida, ou negada, somente quando for julgado o mérito da causa pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça?”

²² FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. Comentários ao Código de Processo Civil, Volume VII, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 353.

Por tais razões, a doutrina, de forma quase que uníssona, não tem poupado críticas ao regime de retenção das vias excepcionais, desde o início da sua vigência. Nesse sentido, vejamos novamente os comentários de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO²³:

“Que há abuso na interposição de recurso no cotidiano forense este é um fato inegável. No entanto, vedar pura e simplesmente (da noite para o dia) o direito de recorrer (pela compulsória retenção do recurso nos autos) é que não parece ser a mais democrática e legítima das soluções. Que há excesso de trabalho nos Tribunais, ninguém duvida. Mas julgar recursos é a função dos tribunais. Criticável, destarte, a iniciativa legislativa que veda o acesso imediato à instância superior.”

E continua o mesmo doutrinador:

“Nestes casos onde ou se recorre de plano ou o recurso acaba sendo inútil (mesmo fora daquelas hipóteses apontadas expressamente na lei – e este recente § 3º é mais um destes casos), o pronto processamento do recurso não poderia ser negado pela lei. A eficácia do provimento jurisdicional que se pretende buscar pela interposição do recurso, assim, deve prevalecer sobre o texto da lei. E esta eficácia depende da análise de cada caso concreto, não identificáveis suas características próprias em abstrato.”

No mesmo sentido das críticas são os dizeres de MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO²⁴:

“Infeliz inovação, ao que tudo indica de duvidosa constitucionalidade, foi esta, em péssima hora, introduzida no direito brasileiro pela Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998.”

²³ BUENO, Cássio Scarpinella. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.756/98, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 175 e 177.

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. In obra citada, p. 351.

Quanto a questão recursal, verifica-se, de início, que a decisão que aplica, dentro de seus devidos limites, a retenção determinada pelo § 3º, do art. 542 do CPC, não equivale à inadmissão do recurso, e por essa razão não há como aceitar o agravo previsto no art. 544 do CPC como recurso adequado à impugnação. Vale lembrar, também, que quando determinada a retenção do RE ou RESP, não há sequer carga decisória formal do Presidente do Tribunal de segundo grau, ou seja, o recurso é automaticamente submetido à retenção legal, o que torna ainda menos pertinente a via do agravo de instrumento.

No entanto, há julgados no STJ que admitem, por analogia, o agravo previsto no art. 544 do CPC. Vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSAMENTO DE RECURSO ESPECIAL RETIDO (ART. 542, § 3º, DO CPC). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de admitir o processamento imediato do recurso especial, sem a retenção na origem prevista no § 3º do art. 542 do CPC, quando isso for indispensável para evitar que o julgamento postergado acarrete irremediável prejuízo do próprio recurso. Precedentes: AgRg no AgRg no AG 575435/SP, 3ª Turma, Min. Castro Filho, DJ de 21/03/2005; AgRg no AG 513707/SP, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 05/04/2004.

2. É viável a interposição do agravo de instrumento do art. 544 do CPC para destrancar recurso especial indevidamente retido. Precedentes: MC n.º 2.361/SP, 3ª Turma, Min. Nilson Naves, DJ de 13.03.2000; AgRg no Ag n.º 705.038/SP, 5ª Turma, Min. Felix Fischer, DJ de 13.02.2006; AgRg no Ag n.º 595.766/RJ, 3ª Turma, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 17.12.2004 e AgRg no Ag n.º 426.684/SP, 3ª Turma, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 23.09.2002.

3. Determinação do regular processamento do recurso especial, devendo o Tribunal de origem proceder ao exame de seus requisitos de admissibilidade.”

4. Agravo regimental a que nega provimento.

(AgRg no Ag 759.908/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/09/2006, DJ 28/09/2006 p. 209)

Não obstante o entendimento acima, FREDIE DIDIER JÚNIOR²⁵ anota que, embora ausente previsão de recurso contra a decisão que determina a retenção do recurso extraordinário/especial, não há que se falar em aplicação, por analogia do agravo do art. 544, em razão da taxatividade dos recursos, com o quê coadunamos.

Nessa esteira, considerando que na falta previsão recursal para determinada situação de risco de dano, tendo por base o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o Superior Tribunal de Justiça afirmou, em julgamento de medida cautelar com a finalidade de destrancamento de via especial, que o pedido deve ser atendido “*nos moldes dos pressupostos gerais do poder cautela do juiz*”²⁶.

Em outra decisão, oriunda da 3ª Turma do STJ, na Medida Cautelar nº 2.411/RJ²⁷, foram abordadas algumas situações para a utilização de medida cautelar na situação de retenção, dentre as quais anotamos:

a) as situações de emergência criadas pela retenção indevida do recurso especial, imposta **com violação** ao art. 542, § 3º, do CPC, por imprevisão de recurso específico para impugnar o *error in procedendo* cometido na instância de 2º grau; e

b) as situações de retardamento da apreciação do recurso especial, ante a situação de perigo de dano.

Verifica-se, assim, que a jurisprudência quase que majoritária do STJ é pela aceitação da medida cautelar como o meio correto para buscar o destrancamento da via especial, conforme ilustra o acórdão abaixo.

²⁵ DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2008, v.3, p. 271.

²⁶ MC nº 1.703/SP, DJU 12.05.99.

²⁷ MC nº 2.411/RJ, Relator Ministro Waldemar Zweiter, de 4.5.2000, DJU de 12.6.2000, pág. 1021.703/SP, DJU 12.05.99.

“PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. PROCESSAMENTO DE RECURSO ESPECIAL RETIDO (ART. 542, § 3º, DO CPC). POSSIBILIDADE. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE RISCO DE DANO IRREPARÁVEL.

1. Revela-se incompatível "reter" recurso contra decisão, ainda que interlocutória, quando ensejadora de dano de difícil e incerta reparação, uma vez que a ratio essendi da regra inserta no § 3º, do art. 542, do CPC deve ser aferida em consonância com o § 4º do art. 522, do mesmo diploma legal, posto introduzida no sistema processual a posteriori (Lei nº 10.352/01).

2. A desretenção do recurso especial é admitida pela Corte com o escopo de evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como o perecimento do direito. Precedentes do STJ: MC 10470/RJ, desta relatoria, DJ de 13.02. 2006 e MC 8356/DF, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 30.05.2005.

[...]

7. Medida cautelar procedente, apenas, para determinar o regular processamento do recurso especial, submetendo-o ao respectivo juízo de admissibilidade perante a o Tribunal a quo. (MC 9.529/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2006, DJ 30/10/2006 p. 245)

Ademais, não há que se afirmar que a medida cautelar haveria de ser evitada porque exigiria do Tribunal *ad quem* examinar o fundo da decisão do juízo a quo que determinou a retenção, já que objeto da cautelar será, sempre e sempre, a situação de risco que a própria Lei trouxe à parte litigante, e isso pela própria falta de opção de recurso para tratar de situações de risco, que autorizam o seguimento da via excepcional.

Daí porque CÁSSIO SCARPINELLA BUENO²⁸ afirma que em tais situações não resta “*outro mecanismo judicial senão a interposição de medida cautelar perante o Tribunal ad quem*”.

²⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. Uma segunda reflexão sobre o novo § 3º do art. 542, do CPC, Revista de Processo, v. 97, jan-mar./2000, 111-112.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR²⁹, na mesma linha, anota que:

“agindo na prevenção contra o perigo de dano, o Tribunal exerce, sem dúvida, atividade cautelar”.

O mesmo raciocínio é extraído das lições de NELSON NERY JÚNIOR³⁰, para quem as cautelares devem ser propostas diretamente nos tribunais superiores, porquanto destinatários dos recursos excepcionais.

Em que pese o esforço da doutrina em definir o meio pertinente à impugnação do regime de retenção, no Supremo também se nota divergência sobre o tema. Naquela Corte, a discussão gira em torno da possibilidade do uso da Reclamação para destrancamento do apelo extremo. Vejamos algumas decisões:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO RETIDO - ARTIGO 542, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - EXAME - PROVOCAÇÃO - VIA PRÓPRIA. O meio próprio, perante o Supremo Tribunal Federal, a compelir o juízo primeiro de admissibilidade ao exame do extraordinário é a reclamação. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - ARBITRAGEM - PROCESSAMENTO. Em jogo a jurisdição, ante cláusula em que prevista a solução de conflito de interesse via arbitragem, tudo recomenda a submissão do tema ao Supremo Tribunal Federal.”

(AC-MC 212 / RJ – Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgamento em 01/06/2004, DJ 10-09-2004 PP-00045)

Não obstante o entendimento acima, o Pleno do Pretório Excelso manifestou-se pela inadmissão de Reclamação como via para destrancamento de recurso extraordinário.

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O recurso especial retido. Disponível em: <http://xoomer.alice.it/direitosp/curso/humberto2.htm>.

³⁰ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: RT, 2006, p. 800, n. 17.

“CONSTITUCIONAL. ART. 102, I, I, DA CF. RECLAMAÇÃO. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. ART. 13 DA LEI 8.038/90. PROCESSUAL CIVIL. ART. 542, § 3º, DO CPC. RETENÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA NÃO CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE PROVIMENTO DE NATUREZA RECURSAL EM SEDE DE RECLAMAÇÃO. 1. A pretensão de afastamento da decisão que fez incidir o teor do § 3º, do art. 542 do CPC, escapa aos pressupostos previstos na alínea I do inciso I do artigo 102 da Constituição, reproduzidos no art. 13 da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990.

2. Reclamação não é recurso e não se destina a examinar o ato impugnado com vistas a repudiá-lo por alguma invalidade processual-formal ou corrigi-lo por erros em face da lei ou da jurisprudência. 3. Usurpação de competência desta Corte não configurada.”

(Rcl-AgR 3800/PR, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 02/02/2006, DJ 09-06-2006 PP-00004)

Na ocasião, ainda foram vencidos os Min. Marco Aurélio Melo e Sepúlveda Pertence, que entenderam pela admissão da Reclamação, o que demonstra a falta de unidade dos Ministros em torno da questão.

Dessa forma, a exemplo do STJ, jurisprudência majoritária do STF vai na esteira da doutrina, que entende que o meio correto para destrancar a via extraordinária, tirado de acórdãos advindos de decisões interlocutórias, é o ajuizamento de ação cautelar.

Para ilustrar, colacionamos algumas ementas:

“Medida cautelar em recurso extraordinário: competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de medidas cautelares de RE, quando nela se oponha o recorrente à aplicação do art. 542, §3º, do C. Pr. Civil: incidência do disposto no parágrafo único do art. 800 do C.Pr.Civil: hipótese diversa do problema do início da jurisdição cautelar do Supremo para conceder efeito suspensivo ao RE: precedente”
(Pet. 2222, 1ª T., 9.12.03, Pertence, DJ 12.03.04).

“Medida cautelar: deferimento: caso que - dados os termos da liminar de reintegração de posse em propriedades rurais ocupadas por indígenas, que irá alterar substancialmente a situação de fato, de modo a modificar também a situação jurídica processual e a debilitar – no plano da eficácia - a eventual decisão favorável à tese da recorrente - é daqueles que efetivamente não admitem a retenção do recurso extraordinário.”

(STF - Pet-QO 3515/MS, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2005, DJ 21-10-2005 PP-00027)

Assim, seja pelo entendimento doutrinário, seja pela jurisprudência majoritária, a medida cautelar é largamente utilizada como meio para pleitear o destrancamento de RE e RESP, tirados contra acórdãos que julgaram decisões interlocutórias.

Não obstante a doutrina e jurisprudência sinalizarem para o uso costumeiro da medida cautelar, não se anula a busca do destrancamento pela via da tutela antecipada. Veja que, ante a falta de carga meritória em acórdão que julga agravo de instrumento, e ante a possibilidade do provimento ser contrário às decisões dos Tribunais Superiores, evidente que o efeito ativo, revestido de antecipação de tutela, é medida possivelmente eficaz ao destrancamento.

Quanto à competência para apreciação da medida cautelar a ser intentada contra o regime de retenção previsto no CPC, por se tratar de tema relevante, relegamos a análise para os próximos tópicos, em razão da semelhança das questões abordadas quanto da pretensão de efeito suspensivo nas vias excepcionais.

8. DAS TUTELAS DE URGÊNCIA PARA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL E A FUNGIBILIDADE ENTRE AS MEDIDAS.

Conforme jurisprudência dominante no STF e STJ³¹, o uso de medida cautelar para atribuição de efeito suspensivo a RE ou RESP é largamente aceito, tanto que os próprios Regimentos Internos do STF e STJ trazem previsão expressa quanto a essa possibilidade (RISTF art. 21 e 304, e RISTJ art. 34 e 288).

Mas nem sempre foi assim.

Houve época em que predominava o entendimento de que as pretensões para concessão de efeito suspensivo às vias excepcionais deveriam ser processadas por simples petições nos autos, caso o mesmo se encontrasse em trâmite no STF ou no STJ. Em outra situação, na pendência de apreciação do juízo de admissibilidade, aceitava-se a interposição de agravo de instrumento, contra a decisão do Presidente do tribunal *a quo* que admitia o recurso e concedia tão-somente efeito devolutivo.

Não obstante a viabilidade dos meios acima detalhados, predomina atualmente o entendimento de que a via mais adequada à necessidade de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial é a ação cautelar.

Na doutrina, corroborando essa sistemática, colacionamos os ensinamentos de LUIZ RODRIGUES WAMBIER³²:

³¹ No STF, RE 85.222-MG – Rel. Ministro Aldir Passarinho, RTJ 137/891; RE 99.406-DF – Rel. Ministro Sydiney Sanches, RTJ 122/140.

³² WAMBIER, Luiz Rodrigues, Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e recurso extraordinário, publicado na obra coletiva Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário, São Paulo, Ed. RT, 1997, pág. 368.

“É evidente que não se pode encomendar, nem admitir, o uso indiscriminado e arbitrário de um microssistema que possui regras próprias e pressupostos claramente definidos em lei. Não se trata de conferir efeito suspensivo a recurso que não o tem, como se tratasse de um mecanismo de alteração do texto legal. Trata-se, isso sim, de um processo de integração dos diversos subsistemas, como é o caso do que ver os recursos e o que se refere ao processo cautelar”

No caso do recurso especial, a jurisprudência do próprio STJ cuidou de delimitar alguns requisitos para a utilização da medida cautelar para se atribuir efeito suspensivo ao RESP:

- 1) que o RESP tenha sido admitido pelo tribunal de origem;
- 2) presença dos requisitos perigo de lesão grave e irreversível à parte;
- 3) relevância dos fundamentos do recurso.

Tais requisitos têm por base, também, as súmulas 634 e 635 do STF, que assim dispõem:

Súmula 634: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

Súmula 635: Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

Verifica-se, assim, lacuna para utilização da antecipação de tutela como meio para obtenção do efeito suspensivo nas vias excepcionais na situação de pendência de admissibilidade das vias excepcionais. Nada impede, porém, o uso da medida cautelar no Tribunal de origem nessa mesma situação.

Conforme asseverado anteriormente, nessas situações, sem muito apego às minúcias técnicas, o que é determinante é evitar o perecimento do direito objeto da demanda. Por tais razões é que se defende a aplicabilidade da fungibilidade em situações de dúvidas quanto ao meio utilizado pelo operador para proteger o perecimento do direito em debate.

Em outra situação, também peculiar à falta de efeito suspensivo das vias excepcionais, como se viabilizaria o efeito suspensivo no caso de recurso não admitido na origem?

Nesses casos, via de regra, o STJ não vislumbra possibilidade de concessão do efeito suspensivo, sob o fundamento de que tal medida implicaria antecipação de julgamento do próprio agravo de instrumento interposto contra a decisão denegatória de seguimento.

Para ilustrar, vale observar nos julgados abaixo transcritos:

*“AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO PELA CORTE ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. A outorga de efeito suspensivo a recurso especial por intermédio de cautelar incidental, além da satisfação cumulativa dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, depende do juízo positivo de admissibilidade emanado da Presidência da Corte Estadual.*

Há firme entendimento nesta Sexta Turma, no sentido de que não cabe, em regra, atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento contra a inadmissão de recurso especial, por se tratar de decisão de conteúdo negativo, implicando antecipação de julgamento do próprio agravo de instrumento interposto. Agravo regimental improvido.”
(STJ. Agravo de Instrumento na Medida Cautelar nº 1997 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido)

“AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO NÃO-ADMITIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO-CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. PRETENDIDO EFEITO SUSPENSIVO.

Em matéria de competência do Superior Tribunal de Justiça para examinar medida cautelar, permita-se registrar que se é inadmissível emprestar-se efeito suspensivo a recurso especial ainda sujeito ao juízo de admissibilidade por parte do Presidente do Tribunal a quo, tampouco deve ser admitida a concessão de efeito suspensivo ao recurso que sofreu juízo negativo de admissibilidade. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STJ. Agravo de Instrumento na Medida Cautelar nº 8480 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Ministro Franciulli Netto).

Alguns doutrinadores, de forma diversa, tem admitido o efeito suspensivo no agravo de instrumento contra decisão denegatória de seguimento, o qual se estenderia ao RESP/RE, tudo para garantir a eficácia da prestação jurisdicional, fazendo valer, em sua forma mais pura, a instrumentalidade das formas. São nesse sentido os ensinamentos de MARCELO RIBEIRO DE OLIVEIRA:

[...] o rigor técnico deve, em casos absolutamente excepcionais, ceder ao princípio da instrumentalidade do processo, com vista a assegurar, tanto quanto possível, o direito da parte à eficaz prestação jurisdicional. Admissível seria, portanto, a nosso ver, que, emprestando-se efeito suspensivo a agravo de instrumento, tal efeito fosse estendido, provisoriamente, ao recurso extraordinário/especial não admitido na origem.³³

³³ OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. Agravo de instrumento contra despacho denegatório de seguimento de recursos especial e extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) Aspectos Polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 409.

Como conclusão, verifica-se que tanto a tutela antecipada recursal, como a medida cautelar, são meios eficazes para conferir aos recursos excepcionais o efeito suspensivo que lhes falta. A melhor aceitação de um ou outro meio dependerá, como se viu, da situação do processamento dos recursos.

No entanto, conforme detalhamos acima, enxergando além das minúcias técnicas, cabe ao aplicador, valendo-se da fungibilidade, resguardar o direito objeto da demanda, tudo para que a tutela final seja útil à parte quando do término do processo.

Quanto a competência para julgamento e análise das medidas de urgência, é oportuna a análise apartada, conforme se verá no tópico seguinte.

9. DA COMPETÊNCIA PARA ANALISAR, PROCESSAR E JULGAR AS TUTELAS DE URGÊNCIA QUE TEM POR OBJETO EFEITO SUSPENSIVO OU O DESTRANCAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL.

De início, cumpre ressaltar que o juízo de admissibilidade no RE e RESP exarado no tribunal de origem é sempre provisório, pois há sempre possibilidade de reforma quando da análise definitiva realizada pelo STF e STJ. E justamente em razão da possibilidade retro, verifica-se que STF e STJ, não raro, decidem de forma diversa sobre essa questão da competência para apreciação das tutelas de urgência com objetivo de conferir efeito suspensivo a RE e RESP, ou destrancar seu processamento. A título ilustrativo, colacionamos as decisões abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. PROCESSAMENTO DE RECURSO ESPECIAL RETIDO (ART. 542, § 3º, DO CPC). POSSIBILIDADE. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE RISCO DE DANO IRREPARÁVEL.

1. Revela-se incompatível "reter" recurso contra decisão, ainda que interlocutória, quando ensejadora de dano de difícil e incerta reparação, uma vez que a ratio essendi da regra inserta no § 3º, do art. 542, do CPC deve ser aferida em consonância com o § 4º do art. 522, do mesmo diploma legal, posto introduzida no sistema processual a posteriori (Lei nº 10.352/01).

2. A desretenção do recurso especial é admitida pela Corte com o escopo de evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como o perecimento do direito. Precedentes do STJ: MC 10470/RJ, desta relatoria, DJ de 13.02. 2006 e MC 8356/DF, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 30.05.2005.

[...]

7. Medida cautelar procedente, apenas, para determinar o regular processamento do recurso especial, submetendo-o ao respectivo juízo de admissibilidade perante a o Tribunal a quo.” (MC 9.529/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2006, DJ 30/10/2006 p. 245)

“Processual civil. Medida cautelar para emprestar efeito suspensivo a recurso especial. Possibilidade. Requisitos. (...) 2. Compete ao Tribunal de origem a apreciação de pedido de efeito suspensivo a recurso especial pendente de admissibilidade. Incidência dos verbetes sumulares 634 e 635 do STF (...). 3. Em casos excepcionais, o Eg. STJ tem deferido efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto, com o escopo de evitar teratologias, ou, ainda, obstar os efeitos de decisão contrária à jurisprudência pacífica desta C. Corte Superior, em hipóteses em que demonstrado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. (...) 7. Medida cautelar deferida”

(STJ, 1.^a T., MC 10.388/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJU 20.02.2006).

“AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CAUTELAR. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO PENDENTE DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 634 E 635. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A competência do Supremo para análise de ação cautelar que pretende conferir efeito suspensivo a recurso extraordinário instaura-se após o juízo de admissibilidade do recurso pelo tribunal a quo [Súmula 634]. 2. Anteriormente a esse pronunciamento cabe ao presidente do tribunal local a apreciação de qualquer medida cautelar no recurso extraordinário [Súmula 635]. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STF, 2^a Turma, relator Min. Eros Grau, Ag. Reg. Na Ação Cautelar 1.137-0, Minas Gerais, DJ. 23.06.2006)

In corpo do acórdão:

“O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator):

A competência do Supremo para análise de ação cautelar que pretende conferir efeito suspensivo a recurso extraordinário instaura-se após o juízo de admissibilidade do recurso pelo tribunal ‘a quo’.

2. Anteriormente a esse pronunciamento cabe ao presidente do tribunal local a apreciação de qualquer medida cautelar no recurso.

3. Nesse sentido as súmulas n. 634 e 635.

Nego provimento ao agravo.”

Ainda que possível, em situações excepcionais, a concessão de efeito suspensivo quando ainda pendente a admissibilidade ou não interposta a via excepcional, quase que como regra, conforme se depreende do julgado acima, a competência é delimitada pelo juízo de admissibilidade positivo no tribunal de origem. A jurisprudência é quase uníssona nesse sentido em razão da súmula 634 do STF, acima transcrita.

As razões que embasam esse posicionamento são:

- a) a análise de efeito suspensivo por meio de cautelar de recurso ainda não admitido levaria a pré-julgamento da admissão;
- b) torna prevento o relator da cautelar, em detrimento da competência do Presidente do Tribunal de origem;
- c) em caso de inadmissão o STF estaria numa situação esdrúxula, pois, teria um RE não admitido, com efeito suspensivo, até a análise final da questão da admissibilidade via agravo (art. 544 do CPC) para o STF;
- d) nos casos de recurso ainda não interposto, estar-se-ia diante de recurso inexistente.

Na doutrina, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO³⁴ nos ensina, com base no posicionamento jurisprudencial supra:

“Tendo presente a ausência de competência, é juridicamente censurável o entendimento perfilhado por parcela da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que é possível a concessão de medida cautelar para atribuir efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto, isto é, inexistente.”

³⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão, “Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial”, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, pp. 121-122; Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma do código de processo civil*, pp. 270-271; Ovídio A. Baptista da Silva, *Do processo cautelar*, p. 145.

Em situação diversa, no lapso entre a publicação da decisão e a interposição do recurso, outros doutrinadores de renome ensinam que remanesce a competência do tribunal local para apreciar a medida cautelar. Veja que a simples demora na publicação definitiva do acórdão é situação capaz de causar prejuízos à parte. Tal exegese advém, a *contrario sensu*, a partir da regra do art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Nesse sentido DINAMARCO, NERY e SHIMURA³⁵.

No entanto, a doutrina não é remansosa quanto a questão em debate. Outras razões, de igual relevância, são abordadas com propriedade. Vejamos as palavras de LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA³⁶:

“Muitos dos precedentes que veiculam o entendimento, segundo o qual a cautelar somente pode ser ajuizada no tribunal superior após admitido o recurso extremo, fundam-se no argumento de que, a se admitir a cautelar para o tribunal superior antes desse momento, estar-se-ia subtraindo da corte local a competência para exercer o juízo de admissibilidade e, uma vez deferida a liminar, impondo, praticamente, ao tribunal de origem que remeta os autos ao juízo ad quem. Essa constatação denotaria um impediente a mais para o manejo da cautelar antes de admitido o recurso na origem. Parece falho, com o devido respeito, o argumento. É que segundo entendimento igualmente firmado, na cautelar já pode ser exercido, pelo ministro relator, o juízo de admissibilidade do recurso externo. Ora, se o relator já verifica que o recurso reúne condições de seguimento, deve, sim, determinar a remessa dos autos originários para o tribunal superior, a fim de apreciá-lo e, provavelmente, dar-lhe provimento. Isso tudo estará evidente na análise do fumus boni iuris, a entremostrarem que o acórdão recorrido estaria, aparentemente, violando o dispositivo de normal (infra) constitucional.”

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A reforma do CPC*, p. 272; Nelson Nery Júnior, *Atualidades sobre o processo civil*, p. 121; Sérgio Shimura, *Arresto cautelar*, p. 233

³⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem. *Revista Autônoma de Processo*, Curitiba, n. 1, p. 345/375, out./dez. 2006

Com base nessas razões é que o STJ, em hipóteses excepcionais, em que há grande receio de dano irreparável, e quando a decisão combatida está em desacordo com a jurisprudência dominante na instância superior, admite a interposição da medida cautelar antes de admitido o recurso especial.

Justifica-se essa possibilidade em razão:

- a) da morosidade dos tribunais de origem no processamento do recurso, o que infringiria o disposto no art. 5º, XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito);
- b) do juízo de admissibilidade definitivo ser de competência do STF e STJ, ou seja, não é a admissibilidade provisória do recurso no tribunal de origem que configura o *fumus boni iures*;
- c) conferir competência ao tribunal de origem seria conferir a ele poder para analisar, o mérito do recurso, o que sistematicamente é incorreto.

Quanto a questão, LUIZ GUILHERME MARINONI³⁷ afirma:

“Alguém poderia supor que, enquanto não proferido juízo de admissibilidade no tribunal de origem, a competência para o julgamento da cautelar é desse tribunal, e não do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Isto sob o argumento de que o fumus boni iuris teria íntima relação com a decisão a respeito da admissibilidade do recurso especial ou do recurso extraordinário. Em outras palavras: não seria possível apreciar o fumus boni iuris da cautelar, que tem relação com a probabilidade de êxito do recurso, antes de o tribunal de origem analisar sua admissibilidade, sob pena de restar alterada a “ordem das coisas”. O raciocínio tem lógica em um primeiro instante, mas não sobrevive à constatação de que o que se deve proibir, na verdade, é a possibilidade do tribunal de origem adentrar na apreciação do mérito do recurso. Dando-se ao tribunal local competência para julgar a cautelar, confere-se a ele o poder de apreciar, ainda que com base em

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *Urgência diante dos Recursos Especial e Extraordinário (medida cautelar e tutela antecipatória)*

probabilidade, o mérito do recurso. Se ao tribunal de origem for dada competência para a cautelar, esse tribunal poderá inibir os efeitos da sua decisão em razão de um recurso que não lhe cabe julgar, mas apenas admitir ou não. Lembre-se, por outro lado, que o juízo de inadmissibilidade do recurso pode ser reelaborado pelo STJ ou pelo STF em razão de agravo de instrumento. Neste caso, aliás, mostra-se ainda mais relevante a possibilidade de atribuir efeito suspensivo ao recurso, já que a execução provisória que se faz na pendência do exame deste agravo de instrumento, na atual sistemática do Código de Processo Civil, dispensa até a caução para a prática de atos que importem o levantamento de dinheiro (ressalvadas hipóteses de haver dano grave, de difícil ou incerta reparação). Se a necessidade de cautelar tivesse relação apenas com o juízo de admissibilidade no tribunal de origem, bastaria a decisão de inadmissibilidade para lhe retirar a razão de ser. Acontece que a decisão de inadmissibilidade pode ser atacada através de agravo de instrumento, quando, obviamente, o agravante poderá estar frente a fundado receio de dano e, assim, ter necessidade de requerer ao STJ ou ao STF tutela capaz de suspender os efeitos da decisão recorrida. Como se vê, o ponto chave para a solução da questão está em que o direito de suspender os efeitos da decisão recorrida se liga ao julgamento do STJ ou do STF e não à decisão do tribunal de origem. No caso em que o perigo de dano é reconhecido – e esse é um dos requisitos da cautelar –, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal ficam investidos da competência de imediatamente apreciar a probabilidade de êxito do recurso. Aliás, é sabido que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos recursos especial e extraordinário, podem fazer juízo de admissibilidade diverso daquele realizado pelo tribunal de origem”.

Parece, com efeito, não se justificar sob enfoque algum o critério de admissibilidade da cautelar baseando-se num tribunal inferior e cujo entendimento nunca condiciona o do STF/STJ.

Tal critério estaria, desta forma, assentado num elemento mutável por ele (STF/STJ) e, de certa forma, acaba prescindindo do seu próprio juízo e critério quanto a admissibilidade do recurso.

Nas lições EDUARDO ARRUDA ALVIM³⁸, subordinar o cabimento de medida cautelar à admissibilidade do recurso na origem, implicaria em basear-se num critério de admissibilidade que não é seu e que não é, nunca, o definitivo, pois o definitivo é o só o seu – STF/STJ, e acaba por descartar a possibilidade de medida cautelar, reduzindo ou aniquilando a sua utilidade. No mesmo diapasão, LUIZ RODRIGUES WAMBIER anota:³⁹

“a concessão de medida cautelar para imprimir efeito suspensivo a recurso que nem mesmo tenha sido submetido ao juízo de admissibilidade implica plena eficácia dos textos normativos que disciplinam o processo cautelar, como mecanismo de preservação do resultado próprio do processo, e se traduz em evidente medida de relevância ao princípio do devido processo legal, que, em última análise, significa que a parte tem direito a um processo, na conformidade que a lei prevê.”

Em que pesem as razões da maioria dos julgados do Supremo Tribunal Federal, no sentido de inadmitir medidas cautelares com o fito de conceder efeito suspensivo a recurso extraordinário ainda não admitido no juízo de origem, nos parece que tal solução infringe, a toda evidência, o princípio do amplo acesso à justiça e também da efetividade do processo. Talvez atento a tais razões, o STF, em casos deveras excepcionais, como na Falência da empresa Transbrasil, tem deferido medidas cautelares ainda que pendente de admissibilidade a via extraordinária. Apura-se, assim, tímida mutação no entendimento do STF, sobretudo em casos de extrema evidência no que tange à ofensa de questões constitucionais.

³⁸ ALVIM, Eduardo Arruda, *Recurso Especial e Recurso Extraordinário, in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, São Paulo, RT, vol. 2, 2002.

³⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues, *Tutela cautelar para obtenção do efeito suspensivo, Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*, coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier, p. 386.

“A jurisprudência deste Tribunal admite, excepcionalmente, medidas cautelares em recursos, como revisto nos artigos 8º, I, in fine, 21, IV e V, e 304 do Regimento Interno, mas somente quando o extraordinário já estiver admitido e, conseqüentemente, sob jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Precedentes: PET 764, Relator o Ministro Paulo Brossard, DJ de 01.09.93; PET 748, Relator o Ministro Celso de ello, DJ de 12.08.93; REMC 116.117, Relator o Ministro Francisco Rezek, DJ de 03.03.89; PETMC 337, Relator o Ministro Carlos Madeira, DJ de 28.04.89; RECr 73.540, Relator o Ministro Leitão de Abreu, in RTJ 99/1.360.

No caso em exame, foi provido o agravo de instrumento interposto contra a não-admissão do recurso extraordinário pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça.

Logo, estabelecida a competência do Supremo Tribunal Federal, admissível o presente pedido de concessão de cautelar.

No que diz respeito à presença dos pressupostos necessários à concessão da medida cautelar, verifico da narrativa dos fatos a estranha tramitação do processo falimentar, em que foram desprezadas as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório: relegaram-se os limites das questões devolvidas ao Tribunal de Justiça pelo recurso de apelação; sem que houvesse instrução processual probatória a autorizá-la, o Tribunal de Justiça decretou a falência da empresa e, incontinenti, de ofício e supondo tratar-se de hipótese em que se admite o impulso oficial do magistrado, decretou-se o bloqueio dos bens da companhia aérea, nomeou-se o síndico e determinou-se a execução provisória do acórdão pelo juízo da falência. O procedimento, à primeira vista, parece ser teratológico.

Agrava a situação processual e põe em risco a garantia do status quo da empresa o fato aviar-se desde logo o processo de execução provisória, sem que houvesse qualquer garantia oferecida pelo suposto credor, bem assim a resistência até então havida quanto ao processamento dos recursos especial e extraordinário que, ainda hoje, aguardam a prolação de juízo de admissibilidade.

Ante o exposto, com base no artigo 21, incisos IV e V, do RISTF, defiro a medida cautelar requerida e concedo efeito suspensivo ativo ao recurso extraordinário a que se refere o AI/STF 530.601. Em conseqüência, excepcionalmente, suspendo os efeitos dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça, até o julgamento do recurso submetido a exame desta Corte.

Ministro EROS GRAU – Relator”

(Ação cautelar 569/SP)

Sobre a questão, vejamos os comentários de JURANDIR FERNANDES DE SOUZA⁴⁰:

“julgada a apelação e interposto o recurso extraordinário, quem a partir de então, detém a competência para aquele processo? Obviamente, apenas o STF ou STJ, conforme o caso. A função do Presidente do Tribunal local restringe-se à emissão de juízo de admissibilidade do apelo extremo, de caráter provisório e que pode ser alterado por um dos Tribunais Superiores. A competência para tal juízo provisório, mesmo enquanto não proferido, não retira a do STF e do STJ para conhecimento do recurso extremo, sob pena de se estar violando as normas cogentes inscritas nos incs. III, dos arts. 102 e 105 da CF, que ditam as competências do STF e do STJ para conhecerem do recurso extraordinário e do especial. Igualmente ocorre, quando aquele juízo provisório for negativo e o recorrente interpõe agravo de instrumento, apto a evitar a preclusão da decisão denegatória do processamento do recurso extraordinário. Não fosse assim, ter-se-ia inusitada e teratológica situação: julgada a apelação, interposto recurso extraordinário e denegado seu seguimento, o processo cairia em um verdadeiro buraco negro, não sendo competente para dele conhecer o Tribunal a quo, porque esgotada a sua jurisdição com o julgamento da apelação, e nem do STF ou do STJ, tendo em vista o juízo negativo de sua admissibilidade.”

Tem-se, assim, em linhas gerais, que em regra a competência para julgamento da medida cautelar depende do ajuizamento e admissibilidade da via excepcional. No entanto, em situações peculiares, como se demonstrou, compete ao STF/STJ a análise de cautelar para atribuir efeito suspensivo a recurso ainda não admitido e quiçá interposto, tudo de acordo com a urgência do caso concreto.

Considerando os princípios envolvidos, coadunamos com o posicionamento do STJ, que melhor se apresenta como meio eficaz de proteção do direito demanda no processo, conferindo maior eficácia à prestação jurisdicional.

⁴⁰ DE SOUZA, Jurandir Fernandes, in RT 732/135.

Pela tratativa da jurisprudência e doutrina, pouco se vê, nessas situações, o uso da antecipação de tutela, pois tal medida, via de regra, está sempre atrelada a um recurso efetivamente interposto.

No entanto, por que não aventar a possibilidade da utilização da antecipação de tutela recursal de forma incidente, a depender dos requisitos que embasam a medida?

Veja, se a doutrina resguarda a fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar, tudo com o fito de proteger o direito demandado no processo; se em situações em que o acórdão contraria a jurisprudência do Supremo ou Superior Tribunal de Justiça, as razões tornam-se mais verossímeis do que aparentes; se a tutela, num ou noutro caso é urgente; seria razoável a aceitação de tutela antecipada incidental junto aos Tribunais Superiores.

10. CONCLUSÃO

Ante a todos os aspectos abordados, conclui-se que a aceitação das tutelas de urgência para destrancar RE ou RESP e emprestar efeito suspensivo a essas vias excepcionais, é pacífica, tanto na doutrina, como na jurisprudência, sendo que as divergências se sobressaem a depender do caso prático, como se vê na situação da pendência de admissibilidade do recurso.

Em que pesem os argumentos contrários, verifica-se da própria evolução histórica do processo civil brasileiro, com as diversas alterações sofridas no decorrer dos anos, que as tutelas de urgência são meios aptos a garantir a eficiência do provimento jurisdicional a ser proferido ao final, não sendo lícito ao aplicador do direito manifestar-se contrariamente a tais pretensões com base em aspectos técnicos excessivos, desprovidos de razoabilidade.

Não obstante seja o Supremo Tribunal Federal o guardião máximo da Constituição Federal, sendo sua função precípua zelar pela sua esmerada aplicação, não se mostra lógico ou razoável que aquela Corte se prenda a um formalismo baseado em jurisprudência que nega meios seguros para se fornecer a tutela para o jurisdicionado. Estando em jogo princípios e bens maiores, a proteção deve ser garantida ao cidadão e, sobretudo, ao objeto do processo, sob pena de toda movimentação da máquina judiciária restar inválida, sem razão.

Desde o reconhecimento do poder geral de cautela, disposto tanto na Constituição, como no CPC, até outros princípios presentes na própria Carta Maior, como o livre e amplo acesso ao Judiciário, nada justifica que o jurisdicionado fique desprovido de meios para satisfação e garantia da tutela jurisdicional.

Destarte, seja na situação de retenção do RE ou RESP, quando interpostos contra decisão interlocutória, seja na situação de pretensão de efeito suspensivo a recurso que ainda não foi admitido no juízo de origem, não é exagero afirmar que a melhor doutrina aplaude, de forma majoritária, o entendimento encapado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assevera-se, por fim, que se faz necessário, por parte do Supremo Tribunal Federal, uma agilidade maior quanto às mudanças sutis em seus julgados nas situações analisadas no presente estudo. Conforme se apurou, ainda que de forma excepcional, a aceitação das tutelas de urgência propostas diretamente no Supremo, prezam pelos ideais de efetividade, sem prejudicar a segurança jurídica das decisões.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALVIM, Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. REPRO, São Paulo, v. 25, n. 97, 2000.

ALVIM, Eduardo Arruda, *Recurso Especial e Recurso Extraordinário*, in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis, Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, São Paulo, RT, vol. 2, 2002.

ASSIS, Araken. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas, REPRO, nº 100.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BUENO, Cássio Scarpinella, Tutela antecipada e ações contra o poder público (reflexão quanto o seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo), publicado na obra coletiva *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier, publicada pela RT, 1997.

BUENO, Cássio Scarpinella. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.756/98, São Paulo, Ed. RT, 1999.

BUENO, Cássio Scarpinella. Uma segunda reflexão sobre o novo § 3º do art. 542, do CPC, Revista de Processo, v. 97, jan-mar./2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão, "Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial", in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98, ed. RT, São Paulo, 1999.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem. Revista Autônoma de Processo, Curitiba, n. 1, 2006

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva. 5ª Ed. Salvador: PODIVM, 2005, v. I.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do Processo Civil. 3. ed. São Paulo. Malheiros.

DINAMARCO, Cândido Rangel, A reforma do CPC, 4 ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. Comentários ao Código de Processo Civil, Volume VII, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GUERRA FILHO, W. S. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. Revista Jurídica da Universidade de Franca, Franca, v. 3, n. 4, 2000.

LAMY, Eduardo de Avelar. A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: conseqüências para o escopo de sistematização. REPRO, São Paulo, n. 118, Nov/dez 2004.

LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme, Urgência diante dos Recursos Especial e Extraordinário (medida cautelar e tutela antecipatória).

MOREIRA, Barbosa. O juiz e a cultura, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: RT, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. Atualidades sobre o processo civil. 2 ed., Ed. RT, 1995.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro, São Paulo: Malheiros, São Paulo, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. Agravo de instrumento contra despacho denegatório de seguimento de recursos especial e extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) Aspectos Polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PACHECO, José da Silva. Evolução do Processo Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PACHECO, José da Silva. Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer, *in* Reforma do CPC.

PINTO, Nelson. Código de Processo Civil Interpretado, 3 ed. rev. ampl. atual., Ed. Atlas, 2008, São Paulo.

SHIMURA, Sérgio, Arresto cautelar, 3 ed., Ed. RT, São Paulo, 2004.

SOUZA, Jurandir Fernandes de, in RT 732/135

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação de tutela e medidas cautelares: tutela de emergência. Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 253, Nov. 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, “Tutela cautelar durante a tramitação de recurso”, *in* Recursos no Superior Tribunal de Justiça.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, Tutela Antecipada e Tutela Cautelar, artigo publicado pela Revista Forense e disponível no site: www.forense.com.br – atualidades.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Processo Civil no Liminar do Novo Século, São Paulo, Editora Forense, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O recurso especial retido. Disponível em: <http://xoomer.alice.it/direitosp/curso/humberto2.htm>

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e recurso extraordinário, publicado na obra coletiva Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário, São Paulo, Ed. RT, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, Tutela cautelar para obtenção do efeito suspensivo, Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier.