

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Processual Civil

Marcelo Augusto Chaves Vieira

**Competência para o julgamento de medidas cautelares
com o fim de atribuir efeito suspensivo a recurso especial**

Brasília – DF

2008

Marcelo Augusto Chaves Vieira

**Competência para o julgamento de medidas cautelares
com o fim de atribuir efeito suspensivo a recurso especial**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* de Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Prof.^a Inês Porto

BRASÍLIA

2008

Marcelo Augusto Chaves Vieira

**Competência para o julgamento de medidas cautelares
com o fim de atribuir efeito suspensivo a recurso especial**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* de Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Prof.^a Inês Porto

Aprovado pelos membros da banca examinadora e __/__/____, com menção __, __ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

O trato usual do Direito, o hábito do seu estudo, a influência penetrante da sua assimilação, nos acostumam a viver na razão, na lógica, na equidade, na moral, nos ensinam e predispõem a desprezar a força.

Rui Barbosa

RESUMO

As medidas cautelares, como garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, podem ser ajuizadas com fim de atribuir efeito suspensivo a recurso especial, este destinado à aplicação uniforme do direito federal em todo território nacional. Analisando-se doutrina e jurisprudência pátrias, a presente monografia explicita as principais divergências sobre a competência para o julgamento das medidas cautelares nos diversos estágios do juízo de admissibilidade do recurso especial, sistematizando e atualizando, assim, o estudo dessa temática em face dos mais recentes entendimentos do Superior Tribunal de Justiça. Conclui-se, ao final, que, no intuito de se dar maior efetividade e harmonia ao sistema processual civil brasileiro, devem ser admitidas a utilização das medidas cautelares da forma mais abrangente possível, permitindo-se, assim, o seu ajuizamento, diretamente no órgão *ad quem*, antes mesmo da existência fática do recurso especial, evitando-se, assim, possíveis perecimentos de direitos decorrentes de decisões judiciais flagrantemente ilegais, ou por vezes, até mesmo teratológicas.

Palavras-chave:

Medida cautelar – inafastabilidade do Poder Judiciário – concessão – efeito suspensivo – recurso especial – admissibilidade – competência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 MEDIDAS CAUTELARES	10
1.1 REQUISITOS ESSENCIAIS DA MEDIDA CAUTELAR	13
1.1.1 <i>Fumus boni iuris</i>	13
1.1.2 <i>Periculum in mora</i>	14
1.2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA TUTELA CAUTELAR.....	16
1.2.1 <i>Provisoriedade</i>	16
1.2.2 <i>Sumariedade da cognição</i>	18
1.2.3 <i>Preventividade</i>	19
1.2.4 <i>Autonomia</i>	21
1.2.5 <i>Revogabilidade</i>	22
1.2.6 <i>Instrumentalidade</i>	24
1.2.7 <i>Sentença Mandamental</i>	25
1.3 CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES	26
1.4 PODER GERAL DE CAUTELA	27
2 RECURSO ESPECIAL	30
2.1 CARACTERÍSTICAS DO RECURSO ESPECIAL	33
2.1.1 <i>O alcance da expressão “causas decididas” e o prequestionamento</i>	33
2.1.2 <i>Prévio esgotamento das instâncias ordinárias</i>	38
2.1.3 <i>Imprestabilidade para mera revisão da prova</i>	40
2.2 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE ESPECÍFICOS DO RECURSO ESPECIAL	42
2.2.1 <i>Cabimento</i>	42
2.2.1.1 Permissivo constitucional da alínea ‘a’.....	42
2.2.1.2 Permissivo constitucional da alínea ‘b’.....	45
2.2.1.3 Permissivo constitucional da alínea ‘c’.....	47
2.2.2 <i>Tempestividade</i>	48
2.2.3 <i>Regularidade formal</i>	49
2.2.4 <i>Preparo</i>	51
2.3 RECURSO ESPECIAL RETIDO.....	51
2.3.1 <i>Medida cautelar para “destrancar” recurso especial retido</i>	53
2.4 EFEITOS DO RECURSO ESPECIAL.....	55
2.4.1 <i>Efeito devolutivo</i>	56
2.4.2 <i>Efeito suspensivo</i>	57
3 COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL	60

3.1	RECURSO ESPECIAL ADMITIDO.....	61
3.2	RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO E PENDENTE DE ADMISSIBILIDADE.....	63
3.3	RECURSO ESPECIAL INADMITIDO E PENDENTE AGRAVO DE INSTRUMENTO.....	70
3.4	RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO INTERPOSTO.....	72
	CONCLUSÃO	76
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	79

INTRODUÇÃO

As medidas cautelares agregam fundamental importância na garantia da efetividade da justiça. Nesse sentido, os jurisdicionados têm se utilizado desse instituto com o fim de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial, evitando-se, assim, a execução imediata do acórdão recorrido.

Contudo, somente o conhecimento dessa possibilidade não é suficiente. De fato, é por demais festejada a atribuição de efeito suspensivo a recurso desprovido de tal efeito por meio de medidas cautelares.

Com efeito, a insegurança jurídica provocada por decisões deveras antagônicas, em nossos tribunais, e muitas vezes contrárias à própria legislação processual, implica a necessidade de se aprofundar essa temática, e conseqüentemente, elucidando possíveis dúvidas, não só acadêmicas, como de profissionais do direito.

Constantemente, apresentam-se situações idênticas recebendo tratamentos distintos em função do tribunal em que se situam as demandas ou mesmo por diferenças apenas na relatoria do recurso.

Há, de fato, sérias divergências jurisprudenciais quanto à competência para o julgamento de tais cautelares nos diversos estágios de admissibilidade dos recursos, necessitando-se, pois, de um estudo aprofundado nos reais motivos de sua discussão.

Assim, almejar-se-á, com a presente monografia, evidenciar alguns conceitos doutrinários e legislativos, bem como verificar suas efetivas aplicações na jurisprudência, em especial, a do Superior Tribunal de Justiça, no que pertinente à interpretação do artigo 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Adotar-se-á, como método de procedimento, o monográfico, apresentando-se os conceitos operacionais de medidas cautelares, recurso especial e efeito suspensivo, para, ao empós, analisar-se a competência para o julgamento das cautelares com o fim de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial.

Para tanto, far-se-á, no primeiro capítulo, uma abordagem sobre as medidas cautelares, seus contornos e principais características.

Em seguida, tratar-se-á do recurso especial, sua origem, função, requisitos específicos de admissibilidade e efeitos.

No terceiro e último capítulo, abordar-se-á, especificamente, a competência para o julgamento das medidas cautelares com o fim de atribuir efeito suspensivo a recurso especial nos seus diversos estágios de admissibilidade: quando o recurso já tiver sido interposto; quando o recurso, embora interposto, ainda esteja pendente do seu primeiro juízo de admissibilidade; e quando ainda não tenha havido sequer a interposição do recurso especial.

Por fim, buscar-se-á demonstrar as conclusões a que se chegou o presente trabalho, indicando-se um norte para os estudantes e profissionais da área.

1 MEDIDAS CAUTELARES

A medida cautelar, como o próprio nome antecipa, visa “resguardar direito antecipadamente, toda vez que houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação”.¹

A expressão “cautela significa: cuidado, prevenção, prudência”.²

Dentro desse contexto, inserem-se as medidas cautelares, no ordenamento jurídico, com o intuito de assegurar o resultado útil de um processo, nos casos em que houver perigo na demora do provimento jurisdicional final.

Como o processo comum ordinário é muito lento, a concessão de medidas cautelares há de ser requerida, para Piero Calamandrei, em situações:

[...] que, para remediar tempestivamente o perigo de dano que ameaça o direito, a tutela ordinária se revela muito lenta, de modo que, na espera de que amadureça através do longo processo ordinário o procedimento definitivo, deva providenciar-se com urgência de modo a impedir com medidas provisórias que o dano ameaçado se produza ou se agrave naquela espera.³

Por outro lado, o texto constitucional, em seu art. 5º, inciso XXXV, incumbiu ao Judiciário o dever de apreciar lesão ou mesmo apenas ameaça de direito.⁴ Comentando o citado artigo, Luiz Guilherme Marinoni afirma que, além de garantir o direito de ação, ele garante “um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva”.⁵

¹ BASAN, Pedro Mudrey. *Medidas Cautelares: doutrina, legislação, prática, jurisprudência*. 3. ed. rev. e ampl. Bauru, SP : EDIPRO, 1993. p.11.

² BASAN, Pedro Mudrey. *Medidas Cautelares: doutrina, legislação, prática, jurisprudência*. 3. ed. rev. e ampl. Bauru, SP : EDIPRO, 1993. p.11.

³ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Carla Roberta Andreasi Bassi (Trad.). Campinas: Servanda, 2000. p. 37.

⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. 3. ed. rev. e ampl.. São Paulo: RT, 1994. p. 150.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição*. in *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999. p. 218.

Daí, Hugo de Brito Machado afirmar que:

A cautelar, em qualquer caso, é indiscutivelmente uma garantia constitucional, porque de nada valeria garantir o direito à jurisdição, se a sentença ao final não tivesse condições de assegurar a efetividade do direito reconhecido ao vitorioso na causa.⁶

Assim, não faria sentido, após a prolação da sentença de mérito, e até mesmo após a execução da sentença, esperar o autor um provimento jurisdicional inócuo, caso o réu, durante o processo, dissipasse o bem jurídico em litígio. Justifica-se, assim, o porquê dos antigos juristas portugueses denominarem as ações cautelares de “procedimentos de segurança”.⁷

Desse modo, “atento a esses perigos, o legislador processual civil criou, ao lado dos processos de ‘conhecimento’ e de ‘execução’, uma terceira modalidade de processo, denominado ‘processo cautelar’”.⁸

Assim, “medida cautelar é termo genérico que abrange todo e qualquer meio de proteção à eficácia de provimento jurisdicional posterior ou de execução”.⁹

Essa proteção a um outro provimento jurisdicional, para a teoria tradicional de Calamandrei, é a nota verdadeiramente típica dos procedimentos cautelares, denominando-a de instrumentalidade. Para ele, os procedimentos cautelares nunca são o fim em si próprios, ao contrário, sempre antecedem à emanção de um ulterior procedimento definitivo, do qual aqueles preventivamente asseguram o seu resultado prático.¹⁰

⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Medida cautelar nos recursos especial e extraordinário*. Revista Jurídica, São Paulo, junho de 1998, ano XLVI, nº 248. p. 5.

⁷ SILVA, Ovídio Araújo Batista. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 4.

⁸ VIEIRA, Cristiane Maria. *Medidas cautelares e procedimentos especiais*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002. p. 21.

⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. (Coord.) *Curso Avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 37.

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Carla Roberta Andreasi Bassi (Trad.). Campinas: Servanda, 2000. p. 41.

Todavia, não se desconhece a corrente doutrinária substancialista, contrária à tradicionalista, a qual afirma ter a pretensão cautelar um conteúdo próprio, admitindo-se um direito à cautela de um possível direito material ou mesmo processual. Luciano Caseiro assim explana tal divergência:

Não parece certa, pois, a orientação doutrinária que vê na medida cautelar tão só uma proteção ao processo onde se analisa a *res in iudicium deducta* do processo principal. E nem isso afirma a doutrina alemã. Esta, ao explicar o enunciado '**pretensão à segurança da pretensão**' não quer evidenciar como quis Carnelutti, que a cautela se destina à proteção do processo, mas ao contrário, que a cautela na órbita processual quis proteger, embora processualmente, o direito substancial defendido por meio de um processo principal. Quando, pois, se afirma que a defesa da cautela tem por escopo a realizabilidade da determinação sentencial do processo principal, deixe-se a verdade a meio caminho, pois essa realizabilidade se fulcra no interesse da parte em ver o seu direito realizado.¹¹ [grifo do autor]

Assim, se a provável existência de um direito merece tutela, a cautelar ganha "autonomia absoluta, passando a não existir uma dependência em relação à lide de conhecimento ou execução, embora ainda persista a referibilidade como nota característica".¹²

Contudo, em última análise, ambas as correntes admitem que as cautelares asseguram a própria realização da atividade jurisdicional do Estado. O aprofundamento nessa divergência não implica maiores conseqüências práticas para o fim a que se propõe o presente trabalho, razão pela qual não se faz necessário outras considerações sobre ela. Daí concluir Victor Marins:

As medidas cautelares protegem não só a eficácia da sentença do processo principal, especificamente considerada, mas os vários elementos integrantes do processo, como as partes, o direito afirmado, a produção da prova, os bens, o processo propriamente dito (em caso de perigo por causa da retenção indevida ou extravio de autos).¹³

¹¹ CASEIRO, Luciano. *Lide Cautelar*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1996. p.75.

¹² CARVALHO, Marcio Cruz Nunes de. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.99.

¹³ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 107.

Nesse mesmo sentido, o jurista argentino Jorge Orlando Ramirez afirma que as medidas cautelares têm um duplo objetivo: 1º) *defender os direitos subjetivos garantindo sua eficácia*; e 2º) *consolidar a seriedade da função jurisdicional*.¹⁴

Sendo assim, imperioso concluir que as medidas cautelares têm, na garantia da eficácia jurisdicional, sua principal função, motivo pelo qual se dará maior ênfase, nesse aspecto, no decorrer deste trabalho.

1.1 Requisitos essenciais da medida cautelar

Para a concessão das medidas cautelares, mister se faz a presença de dois requisitos essenciais, quais sejam, o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo na demora).¹⁵

1.1.1 *Fumus boni iuris*

Declarar a efetiva existência do direito é o escopo do processo principal. Não se exige certeza desse direito para a concessão de medida cautelar. Piero Calamandrei assinala que:

Em sede de cautelar basta que a existência do direito pareça verossímil, ou seja, melhor dizendo, basta que, segundo um cálculo de probabilidade, se possa prever que o procedimento principal declarará o direito em sentido favorável àquele que requeira a medida cautelar.¹⁶

O *fumus boni iuris* revela, portanto, não a “evidência de direito, mas razoabilidade e verossimilhança da postulação meritória”.¹⁷

Não se exige, contudo, a certeza de um dano, mas mera probabilidade de sua ocorrência. José de Abreu explicita essa noção:

¹⁴ Apud. ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5.

¹⁵ Galeno Lacerda afirma que esses requisitos estão presentes no artigo 801 do Código de Processo Civil. Ver: LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. VIII, tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 212.

¹⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Carla Roberta Andreasi Bassi (Trad.). Campinas: Servanda, 2000. p. 41.

¹⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETO, Sílvia Marina L. Batalha. *Cautelares e liminares*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 1996. p. 153.

Para nós a razão está com Liebman, não sendo necessário a certeza da ocorrência de um dano ao direito que a medida cautelar visa proteger; bastará que, ao prudente arbítrio do juiz, haja o vislumbre de uma séria probabilidade ou possibilidade da ocorrência de um dano, para que ele esteja legitimado ao deferimento da medida preventiva.¹⁸

Importante salientar que para a concessão da cautelar, não é dado ao juiz ultrapassar essa cognição sumária, perfunctória.

Ainda que os elementos probatórios indiquem a existência de um direito líquido e certo, o seu pronunciamento não pode extravasar à mera verificação de sua plausibilidade. Trata-se de um mero cálculo de probabilidade, sob pena de se incorrer em prejulgamento da lide principal.¹⁹

Em conclusão, assevera Eduardo Mesquita:

Vale enfatizar que o juízo de verossimilhança ou de *plausibilidade* de existência do direito alegado preside todo o raciocínio do juiz, que deverá aguçar sua sensibilidade para avaliar a pretensão a ser deduzida ou já deduzida em processo principal, sob o elemento probatório trazido à cautelar, e, assim, constatar se é fundada a pretensão principal e se há possibilidade de êxito na sentença final, após cognição exauriente.²⁰

Sendo assim, não há, pois, que se confundir a cognição do processo principal e da medida cautelar.

1.1.2 *Periculum in mora*

Como dito anteriormente, as medidas cautelares visam resguardar o resultado útil de um processo, sob pena de que, com a demora do procedimento comum ordinário, o direito lá pretendido não mais seja possível de realização.

Ovídio Baptista explica essa idéia da seguinte forma:

¹⁸ ABREU, José. *Os Procedimentos cautelares no novo código de processo civil*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 39.

¹⁹ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 110.

²⁰ MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. Coleção Estudos de Direito de Processo, Enrico Tullio Liebman – vol.52, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 202.

Sua ligação com a idéia de aceleração procedimental é inocultável, o que significa dizer que, aqui, a urgência decorre da lentidão própria do procedimento ordinário, contra a qual se concebe o tratamento diferenciado da causa que, todavia, embora encurtada, continua ordinária.²¹

Assim, nos dizeres de Eduardo Mesquita, o *periculum in mora* significa:

[...] o risco iminente de que, ocorrendo certos fatos, impedida estará a efetividade da prestação jurisdicional. Em outros termos, traduz-se na probabilidade de ocorrência de dano a uma das partes em atual ou futura ação principal, como resultado da morosidade no seu processamento ou julgamento.²²

Com efeito, “o interessado deve demonstrar temor de que haja risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração ou de qualquer mutação de pessoas, bens ou provas necessárias para o perfeito desenvolvimento da lide principal. É o que chamamos de ‘perigo de dano’”.²³

Entretanto, a idéia de que o *periculum in mora* traduz-se na certeza da demora do procedimento principal, apenas complementa o seu significado, não o esgotando. O perigo não é simplesmente a demora do procedimento ordinário, mora esta, por vezes, inevitável.

Victor Marins esclarece melhor essa questão:

Outro ponto que merece abordagem diante de conceito que se vai firmando na doutrina, refere-se à alusão ao *periculum in mora* como perigo na **demora** na tramitação do processo, que não parece muito própria para refletir o significado jurídico da expressão. Isto porque, basicamente, tal interpretação sugere a idéia de ser o processo fenômeno negativo na ordem social. E como é de todos sabido, o litígio, sim é fenômeno negativo, mas não o processo, preordenado a corrigi-lo. Como anota OVÍDIO BATISTA DA SILVA: ‘Não é propriamente, como pensava CHIOVENDA, o perigo de retardamento da prestação jurisdicional que justifica a ação cautelar. É o perigo, em si mesmo, referido à possibilidade de uma perda, sacrifício ou privação de um interesse juridicamente relevante e não o perigo de um retardamento na prestação jurisdicional’.²⁴ [grifo do autor]

²¹ SILVA, Ovídio Araújo Batista. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 15.

²² MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. Coleção Estudos de Direito de Processo, Enrico Tullio Liebman – vol.52, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 305.

²³ VIEIRA, Cristiane Maria. *Medidas cautelares e procedimentos especiais*. São Paulo: Desafio Cultura, 2001. p.25.

²⁴ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 113.

Enfim, não basta que se trate de perigo de dano comum, decorrente natural e conseqüentemente de qualquer procedimento jurisdicional. A situação revelada na medida cautelar deve, necessariamente, expor a efetividade do processo principal a um risco de grave lesão, de difícil reparação e iminente.²⁵

1.2 Características gerais da tutela cautelar

Ainda que muitas das características a seguir explanadas não sejam exclusivas das medidas cautelares, sem dúvida, o conjunto delas, efetivamente, delimita o seu campo de atuação. Embora não sejam unânimes na doutrina, explicitar-se-ão as que aparecem com maior freqüência.

1.2.1 Provisoriedade

Pode-se afirmar que a provisoriedade é o primeiro traço característico das medidas cautelares. Estas visam regular uma situação de perigo iminente até que seja substituída por uma providência definitiva no processo principal. “Com efeito, diz-se que uma medida é provisória quando ela dura determinado lapso de tempo, até que outra providência venha substituí-la”.²⁶

A medida cautelar persiste somente enquanto for útil ao processo principal. Visa, portanto, afastar situações de dano iminente para garantir o resultado daquele procedimento e enquanto ele existir.²⁷

Assim, extinto o processo principal, cessa-se a razão de existir da medida cautelar²⁸, não havendo mais, portanto, necessidade de proteção àquela mera

²⁵ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 112.

²⁶ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 8.

²⁷ VIEIRA, Cristiane Maria. *Medidas cautelares e procedimentos especiais*. São Paulo: Desafio Cultura, 2001. p.22.

²⁸ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar: [...] III – se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

aparência de direito (*fumus boni iuris*), pois já prolatado juízo de certeza sobre a relação jurídica antes controvertida.²⁹

Para Piero Calamandrei:

A provisoriedade dos procedimentos cautelares seria, portanto, um aspecto e uma consequência de uma relação que transcorre entre os efeitos do procedimento antecedente (cautelar) e aqueles do procedimento subsequente (definitivo), que assinalaria o início da cessação dos efeitos do primeiro.³⁰

Saliente-se, contudo, que a medida cautelar é provisória não apenas até o deslinde do processo principal. Significa dizer também, que pode ser alterada ou revogada “mediante discricionariedade judicial, por ser condicionada ao estado de fato – *rebus sic stantibus*”.³¹ Portanto, modificadas as situações de fato, antes do julgamento da lide principal, é permitido ao magistrado proferir novo pronunciamento sobre a medida.

Entretanto, essa discricionariedade³² do juiz deve ser interpretada *cum granus salis*. Tendo em vista que as medidas cautelares asseguram a própria eficácia da prestação judiciária, se, por algum motivo, desaparecerem o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, cumpre ao juiz o dever de “mesmo sem provocação do interessado, revogar a medida provisoriamente decretada”.³³

Por isso, por estar condicionada a situações que se prolongam no tempo, Ovídio Baptista prefere denominar essa característica de temporariedade, ou seja, a

²⁹ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 123-124.

³⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Carla Roberta Andreasi Bassi (Trad.). Campinas: Servanda, 2000. p. 27.

³¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETO, Sílvia Marina L. Batalha. *Cautelares e liminares*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 1996. p. 103.

³² Para Teresa Arruda Alvim, não há propriamente discricionariedade do magistrado. A discricionariedade deve ser entendida, em regra, nos seus contornos próprios, no âmbito do Direito Administrativo. Deve-se falar em subjetividade, que no entanto “[...] perde a importância diante do caráter absolutamente objetivo da fundamentação das decisões judiciais, que se sobrepõe às motivações íntimas de cada magistrado, para tornar a decisão passível de controle, através de recurso [...]”. ARRUDA ALVIM, Teresa. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. 3. ed. rev. e ampl.. São Paulo: RT, 1994. p. 163-164.

³³ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. VIII, tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 282.

decisão deve se manter pelo mesmo período da situação de perigo, ainda que sobrevenha sentença no processo principal.³⁴

A idéia de provisoriedade transmite a noção de que a medida será substituída por uma outra de caráter definitivo. “Tal, porém, **não ocorre** com as cautelares, que persistirão no tempo enquanto perdurar a situação de ameaça a provável direito, deixando de produzir efeitos se colidentes com pronunciamento certificador do direito que se pretendiar acautelar”.³⁵ [grifo nosso]

Dessa distinção, percebe-se que na visão instrumental da corrente tradicionalista, mencionada anteriormente, o conceito de provisoriedade reflete melhor a idéia a que se propõe o conceito de provisório, pois substituível por outro definitivo. Já para a corrente substancialista, para idéia de um direito subjetivo à segurança de uma determinada situação de fato, certo o termo temporário. Entretanto, tal distinção, como dito alhures, não implica maiores conseqüências à finalidade última da cautelar, qual seja, a proteção à atividade jurisdicional do Estado.

Por outro aspecto, para que não se suscite dúvidas, salienta Marins que “é provisória a medida cautelar, o provimento, não o processo, que é formalmente definitivo, por isso que sujeito à preclusão e à coisa julgada formal”.³⁶ Assim, não se confunde a medida cautelar almejada com o processo cautelar em si considerado.

1.2.2 Sumariedade da cognição

Segundo, Kazuo Watanabe, conceitua-se cognição como:

[...] um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o

³⁴ Apud MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. Coleção Estudos de Direito de Processo, Enrico Tullio Liebman – vol.52, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 232.

³⁵ CARVALHO, Marcio Cruz Nunes de. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 104.

³⁶ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 124.

alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.³⁷

Assim, pela urgência que o procedimento cautelar necessita, não há tempo necessário para que o juiz possa formar uma certeza acerca direito em questão. Não se pode haver uma instrução, com ampla produção de provas, suficientemente extensa, no sentido de convencimento pleno do juiz.³⁸

O juiz deve apenas se limitar à plausibilidade do direito. Assinala Victor Marins que:

Daí se segue que, no processo cautelar, ao juiz não é dado ter cognição completa mesmo que lhe pareça líquido e certo o direito invocado pelo autor. A cognição completa enseja juízo de certeza, que caracteriza a formação da coisa julgada material, que incoorre no processo acautelatório, para o qual é suficiente o juízo de probabilidade.³⁹

A sumariedade da cognição justifica, portanto, a possibilidade de revogação da decisão cautelar, uma vez que esta não foi fundada em juízo de certeza. Por isso, “o magistrado ao deferi-la corre um risco, visando evitar a consumação de um dano, de natureza grave e de reparação difícil”.⁴⁰

1.2.3 Preventividade

Para Eduardo Mesquita, as tutelas cautelares “são caracteristicamente preventivas e asseguram definitivamente e eficazmente a efetividade do processo”.⁴¹

Trata-se, pois de prevenir a ocorrência de um dano juridicamente tutelado mesmo antes de se saber quem, ao final, sucumbirá na lide principal.

³⁷ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 58.

³⁸ ABREU, José. *Os Procedimentos cautelares no novo código de processo civil*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 41.

³⁹ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 115.

⁴⁰ ABREU, José. *Os Procedimentos cautelares no novo código de processo civil*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 42.

⁴¹ MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. Coleção Estudos de Direito de Processo, Enrico Tullio Liebman – vol.52, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 207.

Tal característica é tão marcante nas tutelas cautelares, que Carnelutti caracterizou a defesa da prevenção como um *tertium genus* processual, colocando-o ao lado do processo de conhecimento e do processo executivo.⁴²

Piero Calamandrei bem contextualiza a importância da prevenção processual, como meio de garantir efetivamente a soberania da própria atividade jurisdicional do Estado:

Essas últimas considerações permitem compreender qual importância prática tenha, em um sistema processual, o bom ordenamento dos meios cautelares, cuja deficiência pode enfraquecer a eficácia da função jurisdicional no seu momento executivo, e impedir a justiça, por carência de medidas preventivas prontas, enérgicas e completas, de atingir os seus últimos fins.⁴³

No mesmo sentido, sobre a preventividade, Luciano Caseiro também explica que:

O direito à prevenção é gerado do direito de segurança. À comunhão social interessa que a norma de conduta imposta pelo Estado seja cumprida por aquele a quem ela se endereça. E, ao Estado, principalmente porque, para essa obediência na hora certa, toma, quando possível, providência no sentido do seu respeito.⁴⁴

Evidencia-se que o caráter preventivo da cautelar visa preservar uma determinada situação de fato, impedindo que se suceda um dano a um bem jurídico tutelável. Em outras palavras, “as medidas cautelares têm por finalidade uma espécie de cristalização da situação das partes até o momento em que se produza a decisão definitiva que resolva o litígio”.⁴⁵

Em outro sentido, entretanto, é o alerta realizado por Luiz Guilherme Marinoni, para quem não há de se confundir a preventividade com a cautelaridade. Para este autor, a preventividade está relacionada com a denominada tutela inibitória, a qual “é voltada a impedir a prática de ato contrário ao direito, assim como

⁴² Apud CASEIRO, Luciano. *Lide Cautelar*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1996. p.75.

⁴³ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Carla Roberta Andreasi Bassi (Trad.). Campinas: Servanda, 2000. p. 213.

⁴⁴ CASEIRO, Luciano. *Lide Cautelar*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1996. p.79.

⁴⁵ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 4.

a sua repetição, ou, ainda, continuação”.⁴⁶ Destarte, são as tutelas inibitórias satisfativas, bastando em si mesmas, o que se encontra nas tutelas cautelares.

Todavia, quando se fala em preventividade, no sentido comumente utilizado, não se está a desvincular o processo cautelar do processo principal. Portanto, partindo-se da premissa de que as medidas cautelares sempre se referem a um processo principal, e a ele se destina, pode-se, sim, falar em prevenção ao direito ali discutido.

1.2.4 Autonomia

A autonomia é outra característica importante nas medidas cautelares. Embora, e como afirmado anteriormente, o processo cautelar se sirva a um outro processo, não há como negar ter o mesmo independência, desde de que analisado por alguns aspectos.

O primeiro a se observar é que “a procedência ou não da cautelar não influi no mérito da lide principal quando aquela é incidental. Quando a medida é ‘antecedente’ ou ‘preparatória’, a sua importância igualmente não leva o autor à carência da ‘ação principal’”.⁴⁷

Outro aspecto importante é a autonomia da cautelar em relação ao processo principal, no que diz com as condições da ação e quanto aos pressupostos processuais. Assim:

Embora a medida cautelar, como ação autônoma, só se justifique pelo fim a atingir em outro processo, a ação principal, não paira dúvida que os pressupostos processuais (*legitimatío ad processum* e competência do juízo) e as condições da ação (*in abstracto, fumus boni júris + pericul in mora*) devem configurar-se autonomamente no processo cautelar para que se torne viável, como requisitos de procedibilidade.⁴⁸

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Volume 4, Processo Cautelar*. São Paulo: RT, 2008. p. 38.

⁴⁷ VIEIRA, Cristiane Maria. *Medidas cautelares e procedimentos especiais*. São Paulo: Desafio Cultura, 2001. p.23.

⁴⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETO, Sílvia Marina L. Batalha. *Cautelares e liminares*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 1996. p. 101.

A autonomia da função cautelar também pode ser ressaltada “por ser dotada de regras próprias de modo a permitir sua atuação diretamente sobre o processo principal, em seus variados aspectos ou elementos”.⁴⁹

Nesse mesmo sentido, Eduardo Mesquita assinala que “a acessoriedade não descaracteriza a autonomia do processo cautelar, exatamente pela existência da estrutura e finalidade próprias”.⁵⁰

Victor Marins, conciliando a função preventiva da cautelar à característica da autonomia conclui que:

Sob o ponto de vista da estrutura, o legislador conferiu ao processo cautelar *status* semelhante aos processo (de conhecimento e de execução), considerando-o como terceiro gênero. O vínculo teleológico existente entre o processo cautelar e os demais não desvirtua sua autonomia, por indicar, apenas, a instrumentalidade, que lhe é inerente, atributo, também, presente nas demais modalidades da função jurisdicional.⁵¹

Portanto, pode-se afirmar que não são incompatíveis a autonomia do processo cautelar com sua função instrumental. Aliás, elas se completam para formarem a tutela cautelar, demonstrando-se as características que as particularizam.

1.2.5 Revogabilidade

“A revogabilidade está ligada diretamente à instabilidade dos provimentos de urgência, que somente deverão perdurar enquanto perdure a situação de *periculum damni irreparabilis*”.⁵²

A natureza *rebus sic stantibus* da medida cautelar justifica sua revogabilidade. Assim, se no curso da cautelar, as situações se modificarem, é lícito

⁴⁹ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 117.

⁵⁰ MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. Coleção Estudos de Direito de Processo, Enrico Tullio Liebman – vol.52, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 207

⁵¹ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 117.

⁵² CARVALHO, Marcio Cruz Nunes de. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 106.

ao juiz revogar o seu pronunciamento. Aqui nasce essa característica, em decorrência lógica do que assinalado anteriormente quanto à provisoriedade da decisão cautelar. A revogabilidade é consequência da própria transitoriedade da liminar, anteriormente, concedida.

Importante explicitar que há controvérsias quanto à revogabilidade da própria sentença do processo cautelar. Wilson de Souza Campos Batalha defende que a sentença cautelar também é revogável, ainda que pelo frágil argumento de ser suscetível de apelação⁵³. Para Cristiane Maria Vieira, a sentença cautelar pode ser revogada por outro motivo:

A sentença proferida em processo cautelar não faz coisa julgada material, que é a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença de mérito, não mais sujeita a recurso. A medida cautelar, como provimento emergencial de segurança, pode ser substituída, modificada ou revogada, a qualquer tempo.⁵⁴

Todavia, as situações que estão abrangidas pela revogabilidade são aquelas anteriores à sentença, portanto protegidas por meio de decisões liminares interlocutórias, estas sim revogáveis a qualquer tempo e impugnáveis por recurso de agravo, retido ou por instrumento, dependendo do caso, *ex vi* do disposto no artigo 522 do Código de Processo Civil.

Não há como estender tal interpretação à sentença cautelar. “A situação objetiva do perigo em relação às partes contendentes, representa a lide cautelar. E tal situação apreciada por completo, não se sujeita a fatos supervenientes”.⁵⁵ Assim, a sentença, ao seu tempo, foi prolatada segundo o quadro fático posto. Se posteriormente alterado, não se altera o acerto quanto àquele momento.

⁵³ BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETO, Sílvia Marina L. Batalha. *Cautelares e liminares*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 1996. p. 104.

⁵⁴ VIEIRA, Cristiane Maria. *Medidas cautelares e procedimentos especiais*. São Paulo: Desafio Cultura, 2001. p.23.

⁵⁵ CASEIRO, Luciano. *Lide Cautelar*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1996. p.79.

1.2.6 Instrumentalidade

A medida cautelar visa resguardar o resultado útil do processo principal, garantindo a eficácia da função jurisdicional do Estado. Nesse sentido, percebe-se, na cautelar, um elo de ligação imprescindível para se alcançar tal mister.

Demonstrou-se, anteriormente, que o processo cautelar tem autonomia, sobre alguns aspectos, em relação ao processo principal. Entretanto, afirmou-se que, nem por isso, perderia sua razão última de ser, que é justamente a lide material.

Assim, evidencia-se seu caráter instrumental, para servir ao processo principal. Tal característica “é a nota verdadeiramente típica dos procedimentos cautelares: os quais não são nunca o fim em si próprios, mas são infalivelmente predispostos à emanção de um ulterior procedimento definitivo, do qual estes preventivamente asseguram o proveito prático”.⁵⁶

Não se pode olvidar que as ações em geral são instrumentos para se garantir a proteção de um direito subjetivo. Entretanto, para Calamandrei, na cautelar, essa instrumentalidade aparece de forma mais evidente:

Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito; são portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, *instrumentos* do instrumento.⁵⁷

Verifica-se, pois, que a instrumentalidade do processo cautelar é mais aparente do que nas ações em geral. As medidas cautelares viabilizam, em verdade, o instrumento [processo principal] pelo qual se fará presente a função jurisdicional do Estado.

⁵⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Carla Roberta Andreasi Bassi (Trad.). Campinas: Servanda, 2000. p. 41.

⁵⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Carla Roberta Andreasi Bassi (Trad.). Campinas: Servanda, 2000. p. 42.

1.2.7 Sentença Mandamental

Segundo a classificação quinária das sentenças de mérito, adotada por Araken de Assis⁵⁸, dividem-se as sentenças em: declaratórias, condenatórias, constitutivas, mandamental e executiva.

As sentenças de natureza condenatória e constitutiva necessitam, antes de mais nada, da declaração prévia da existência de um direito. Como dito anteriormente, na sentença cautelar, não há declaração sobre a existência de um direito subjetivo. Tal declaração se dará no processo principal. Portanto, a sentença cautelar não é declaratória, nem tampouco constitutiva ou condenatória.

A diferenciação da sentença mandamental da executiva é observada por João Batista Lopes:

Enquanto a tutela mandamental se caracteriza pela ordem ou mandamento judicial, cuja efetivação ficará na dependência da vontade do endereçado, a tutela executiva consiste na prática de atos coativos a serem efetivados por auxiliar do juízo (oficial de justiça), como a apreensão de bens ou o despejo. Por outras palavras, fazer ou deixar de fazer alguma coisa depende exclusivamente da vontade do destinatário da ordem; já na execução a decisão será cumprida independentemente da vontade do executado.⁵⁹

Vitor Marins assinala que, por serem essencialmente provisórias, as decisões cautelares não podem ser satisfativas, ao contrário das executivas. Conclui, por fim, o autor que todas as decisões cautelares têm eficácia mandamental.⁶⁰

Não restam dúvidas, portanto, que as sentenças cautelares, efetivamente, têm natureza mandamental.

⁵⁸ ASSIS, Araken. *Manual do Processo de Conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 77.

⁵⁹ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. Saraiva: São Paulo, 2001. p. 48.

⁶⁰ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 124-126.

1.3 Classificação das medidas cautelares

Dentre as diversas formas de classificação das medidas cautelares, adotam-se, por economicidade e objetividade, as que melhores se enquadram naquilo a que se propõe o presente trabalho.

Na lição de José Abreu, quanto à tipicidade, as medidas cautelares podem ser típicas (ou nominadas) ou atípicas (ou inominadas).⁶¹

As primeiras se caracterizam por serem aquelas medidas que merecem disciplina específica da lei processual, onde não há margem para uma ampla discricionariedade do juiz. Nessas, por exemplo, estariam inseridos o arresto e o seqüestro.

Já as medidas cautelares atípicas são aquelas que, embora não previstas objetivamente no ordenamento jurídico, dependem de um maior arbítrio do magistrado. Verificará o juiz apenas se estão presentes os requisitos gerais para a concessão das medidas cautelares, inserindo-se tal função jurisdicional dentro do “poder geral de cautela”, sobre o qual se discorrerá, com maior atenção, linhas à frente.

As medidas inominadas⁶² são aquelas, que no magistério de Francesco Carnelutti, “o legislador acreditou que devia prever genericamente pelo temor de que a necessidade, a que responde o processo cautelar, manifeste-se em formas diversas das formas conhecidas da custódia e da inspeção preventiva”.⁶³

Quanto ao momento de sua postulação, as medidas cautelares podem ser antecedentes ou incidentes. São antecedentes quando preparatórias de um

⁶¹ ABREU, José. *Os Procedimentos cautelares no novo código de processo civil*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 46-53. No mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. III., 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: *Lúmen iuris*, 2002. p.18.; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil. Medidas de urgência. Tutela Antecipada e Ação Cautelar. Procedimentos especiais*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 126.

⁶² Medidas genericamente previstas no artigo 798 e 799 do Código de Processo Civil.

⁶³ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Vol. III. Adrián Sotero de Witt Batista. (trad), São Paulo: Classic Book, 2000. p. 239.

processo principal. Incidentes quando já em curso a lide cognitiva, sejam elas determinadas *ex officio*, ou requerida pelas partes.⁶⁴ Registre-se, por oportuno, que dentre estas é que estão as medidas objeto desse trabalho.

Por fim, quanto à natureza da medida pleiteada, na classificação de Galeno Lacerda⁶⁵, há medida cautelar jurisdicional e medida cautelar administrativa.

As primeiras seriam aquelas de índole contenciosa, derivadas do processo principal, como por exemplo, o arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, exibição, e, em regra, as cautelares inominadas.

Quanto às segundas, podem ser voluntárias (quando requeridas pelas partes) ou decretadas *ex officio* pelo juiz. Como exemplo das voluntárias, apontam-se a produção antecipada de provas, a justificação, os protestos, etc. As decretadas pelo juiz independentemente de provocação podem ser a reserva de bens em inventário e a suspensão do processo de conhecimento ou da execução.

1.4 Poder Geral de Cautela

O poder geral de cautela, como dito anteriormente, está inserido no âmbito das medidas cautelares inominadas. Reflete a impossibilidade do legislador de prever todas as possibilidades de dano a serem ocasionados e que mereçam guarida urgente do Poder Judiciário.

Não se poderia, pois, deixar sem tutela jurídica as situações, em que presentes a urgência e a possibilidade de um dano, por faltar-lhes tipicidade.

Assim, na visão de Piero Calamandrei, esse poder cautelar geral apresenta-se “todas as vezes em que, mesmo subsistindo um *periculum in mora*, falte porém

⁶⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. III., 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: *Lúmen iuris*, 2002. p.18.; VIEIRA, Cristiane Maria. *Medidas cautelares e procedimentos especiais*. São Paulo: Desafio Cultura, 2001. p.24.

⁶⁵ Apud ABREU, José. *Os Procedimentos cautelares no novo código de processo civil*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 49.

no direito positivo um meio cautelar expressamente predisposto para as medidas práticas que em concreto se demonstrariam mais idôneas para eliminá-lo”⁶⁶.

No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier leciona:

Concretamente, o poder geral de cautela fez nascer a possibilidade de a parte que consegue demonstrar *fumus boni iuris* e *periculum in mora* pleitear proteção ao seu provável direito por meio de ação cautelar inominada, ou seja, por meio de ação cautelar cujos contornos não estejam nítida e precisamente descritos em lei.⁶⁷

Importante registrar, ainda, a conclusão apresentada por Alexandre Freitas Câmara sobre o poder geral de cautela:

O poder geral de cautela é, portanto, um poder atribuído ao Estado-Juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas as medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal. Trata-se de poder que deve ser exercido de forma subsidiária, pois que se destina a completar o sistema, evitando que fiquem carentes de proteção aquelas situações para as quais não se previu qualquer medida cautelar típica.⁶⁸

No direito processual brasileiro, o poder geral de cautelar está materializado nos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e de depósito de bens e impor a prestação de caução.

De fato, a variedade de situações encontradas na prática não poderia estar todas reguladas no Código de Processo Civil. Assim, esses dois artigos,

⁶⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Carla Roberta Andreasi Bassi (Trad.). Campinas: Servanda, 2000. p. 42.

⁶⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. (Coord.) *Curso Avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. vol. 3, p. 43.

⁶⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. III., 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: *Lumen iuris*, 2002. p.43.

exteriorizando o poder geral de cautela, previram a concessão de medidas cautelares inominadas sempre que houver receio de lesão grave e de difícil reparação antes do julgamento da lide principal.

Atente-se, outrossim, que o escopo da norma é precipuamente garantir a eficácia de ulterior decisão no processo principal e não simplesmente a garantia do direito da parte.

Destaque-se, por oportuno, que serão feitas referências com freqüência a este tópico, pois é dentro do poder geral de cautelar que está inserido o objeto do tema desta monografia.

2 RECURSO ESPECIAL

Antes de se adentrar nas características e requisitos específicos do recurso especial, cumpre, primeiramente, explicitar as razões que motivaram a criação do Superior Tribunal de Justiça na Constituição Federal de 1988.

Antes do advento da República, ainda no Governo Provisório, preocupada com a possibilidade de aplicação disforme da legislação federal nos diversos estados-membros, a União editou o Decreto nº. 848, de 24.10.1890, criando a Justiça Federal, com o Supremo Tribunal Federal sendo seu tribunal máximo.⁶⁹

A busca da unidade de interpretação do direito federal, bem como do direito constitucional, era um problema comum às outras federações. Assim, o Brasil inspirou-se no *writ of error* do direito norte-americano para criar aqui um recurso que tivesse a mesma finalidade daquele nos Estados Unidos da América, nascendo, então, o que, posteriormente, denominou-se de recurso extraordinário.⁷⁰

Esse momento histórico, pode ser resumido nas palavras de Nelson Luiz Pinto:

O recurso extraordinário surgiu, no Brasil, no momento histórico em que se estruturava juridicamente o Estado brasileiro, instaurando o regime federativo, inspirado no sistema norte-americano, logo após a proclamação da República, através do Decreto 848, de 11.10.1890. Surgiu em razão da necessidade de se garantir a supremacia da lei federal e da Constituição, em toda a Federação, e teve inspiração no *writ of error*, criado nos Estados Unidos da América pelo *Judiciary Act*, de setembro de 1789.⁷¹

Muito se tem perquirido a cerca da denominação desse recurso. Assim, digno de alerta é o comentário de Luiz Orione Neto com respeito ao *nomen iuris* recurso extraordinário:

⁶⁹ ALBUQUERQUE, Leônidas Cabral. *Admissibilidade do Recurso Especial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p.73-74.

⁷⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2002. p.107.

⁷¹ PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 40.

O recurso extraordinário do direito brasileiro não se assimila, nem jamais se assimilou, às figuras recursais a que se costuma, em vários ordenamentos estrangeiros, aplicar essa designação. Com efeito, em diversas legislações alienígenas rotulam-se de 'extraordinários' os recursos interponíveis contra decisões já acobertadas pela *auctoritas rei judicatae*. Essa concepção diverge completamente do *desideratum* visado pelo nosso sistema recursal – onde o recurso extraordinário, como qualquer outro – tem efeito natural de adiar, retardar a formação da coisa julgada.⁷²

Nas legislações portuguesa e italiana, os recursos extraordinários se diferem dos chamados ordinários pelo fato daqueles serem interpostos após o trânsito em julgado de uma decisão, ao passo que estes últimos impedem, justamente, a formação da coisa julgada.⁷³

No Brasil, o “critério” de classificação é diferente. Os recursos ordinários ou comuns são aqueles que têm exigências procedimentais menos rígidas, sendo baseados no mero inconformismo com a derrota, podendo serem discutidas tanto matérias de fato como de direito. Já os recursos extraordinários, são de natureza excepcional, dirigidos aos Tribunais de cúpula judiciária. Tais recursos são destinados apenas à verificação de *quaestiones iuris* e não visam a corrigir eventual injustiça da decisão.⁷⁴

Em uma visão mais prática, José Eduardo Carreira Alvim, afirma que os recursos ordinários são os recursos positivados (nominados ou inominados), enquanto que o recurso extraordinário é apenas aquele previsto no texto da Constituição Federal.⁷⁵

Entretanto, José Carlos Barbosa Moreira aponta que nenhuma das classificações dos recursos ordinários e extraordinários obedece a critérios científicos. Em sua opinião, tal distinção “merece ser arquivada para todo o sempre, além do mais, pelos equívocos que é capaz de gerar, e de fato tem gerado, mercê

⁷² ORIONE NETO, Luiz. *Dos recursos: temas obrigatórios e atuais*. Vol 2 – Vetores recursais. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002. p. 525.

⁷³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 12. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 254.

⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 97-98.

⁷⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 338-339.

da constante e notável flutuação dos critérios doutrinariamente sugeridos para fundá-la”.⁷⁶

De toda sorte, o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, seja em nível constitucional ou infraconstitucional, levou ao Tribunal um número excessivo de recursos, os quais não eram decididos na mesma proporção. Rodolfo de Camargo Mancuso assim traduz essa passagem:

Visto que o recurso extraordinário tinha a peculiaridade de ser exercitável em qualquer dos ramos do Direito Objetivo onde houvesse ‘questão federal’ ou ‘questão constitucional’, é compreensivo que nessa alta Corte cedo se tenha verificado um acúmulo de processos, moléstia que, por causa da demora no tratamento tornou-se crônica, passando a ser referida como a ‘crise do Supremo’.⁷⁷

Na busca para a solução da crise do Supremo Tribunal Federal, “criaram-se óbices regimentais impostos ao conhecimento do recurso extraordinário, o estabelecimento de alçada e a argüição de relevância”.⁷⁸

Entretanto, as tentativas não lograram êxito, levando-se por conseqüência à criação do Superior Tribunal de Justiça. Esse momento histórico está descrito por Leônidas Cabral Albuquerque da seguinte forma:

Assim, diante do fracasso das soluções que visavam impedir o acesso à instância extraordinária para superar a crise do Supremo Tribunal Federal e da instauração da nova ordem constitucional que privilegia a ampla defesa, o contraditório, a publicidade dos atos processuais e a fundamentação das decisões para o devido processo legal, foi criado o Superior Tribunal de Justiça como o fim precípua de ser o guardião do direito federal comum[...].⁷⁹

Assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, criou-se o Superior Tribunal de Justiça, dividindo-se, portanto as funções antes exclusivas ao Supremo Tribunal Federal.

⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 12. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.255.

⁷⁷ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 58.

⁷⁸ ALBUQUERQUE, Leônidas Cabral. *Admissibilidade do Recurso Especial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p.79.

⁷⁹ ALBUQUERQUE, Leônidas Cabral. *Admissibilidade do Recurso Especial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p.81.

Dentre as suas competências, e que ora é relevante para o presente estudo, está a disposta no artigo 105, III, da Constituição Federal:

105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III) julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Feitas essas considerações, analisar-se-ão as características intrínsecas ao recurso especial, bem como suas hipóteses de cabimento e seus efeitos recursais.

2.1 Características do recurso especial

Já se demonstrou, alhures, a grande similitude existente entre o recurso extraordinário e o recurso especial, sendo certo que são muitas suas características em comum. Entretanto, tendo em vista o objeto deste estudo, destacar-se-á, a seguir, as características mais relevantes ao recurso especial.

2.1.1 O alcance da expressão “causas decididas” e o prequestionamento

No inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, faz-se menção às *causas decididas em última ou única instância*. Sendo assim, mister esclarecer, primeiramente, o alcance da expressão “causas decididas”.

Na lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, quando o texto constitucional utilizou-se da expressão “causas decididas”, o fez de maneira a ampliar o leque de

situações que deveriam ser abrangidas pelo recurso especial, devendo-se excetuar apenas alguns procedimentos de cunho meramente administrativos.⁸⁰

Sendo assim, a questão que se apresenta é saber se “causa decidida” está a se referir apenas às decisões finais de mérito, ou se podem ser extendidas a qualquer outra questão decidida no curso do processo [decisões interlocutórias].⁸¹

José Miguel Garcia Medina responde a essa indagação da seguinte forma:

Quanto à concepção do vocábulo ‘causa’ a doutrina tem entendido, com base na lição de Castro Nunes, que a Constituição Federal adotou o termo em sentido amplo, tanto para abordar a decisão que julgue a lide quanto as decisões ditas terminativas, ou seja, que determinam a extinção do processo sem julgamento do mérito, e quanto ainda qualquer questão decidida no processo[...].⁸²

Também, parcialmente nesse sentido, Barbosa Moreira leciona que “o melhor entendimento é o de que a decisão não precisa versar sobre o mérito”.⁸³

Observe-se, por oportuno, que quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a matéria, tendo, inclusive, sido a questão objeto de edição do Enunciado 86 da Súmula daquele tribunal.⁸⁴

Atente-se, entretanto, que, analisando-se sob outro enfoque, o que se está a exigir, em última análise, é que efetivamente a questão federal suscitada tenha sido apreciada na corte de origem. Daí o termo expresso no final do inciso III, do artigo 105, “quando a decisão recorrida.”

⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 112.

⁸¹ PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 111.

⁸² MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2002. p.217.

⁸³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 12. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.586.

⁸⁴ Enunciado 86 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”.

Aliás, cumpre trazer à baila destaque de José Miguel Garcia Medina sobre esse ponto:

Sob esse prisma, mais importante que o conteúdo do pronunciamento recorrido – relativo ao mérito ou não –, o que importa, nos termos da Carta Magna, para o cabimento dos recursos extraordinário e especial, é que a questão constitucional ou federal esteja presente na decisão recorrida, isto é, que a questão tenha sido efetivamente julgada. As letras dos dispositivos constitucionais que instituíram os recursos extraordinário e especial não dão margem a outra interpretação.⁸⁵

Portanto, é indispensável a prévia manifestação, pelos tribunais, do tema a ser discutido no Superior Tribunal de Justiça. Trata-se do requisito do prequestionamento.

O prequestionamento não é exigência nova. Aliás, a Constituição Federal de 1988 o traz de maneira implícita em seu texto, quando antes o era de fácil percepção. Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que:

Como se sabe, o prequestionamento, como pré-requisito do extraordinário é exigência antiga, já constante da CF de 1891 (art. 59, § 1.º, a: ‘quando se *questionar* sobre a validade de leis ou a aplicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella’), nas de 1934 (art. 76, III, a e b); 1937 (art. 101, III, a e b) e na de 1946 (art. 101, III, b).⁸⁶

A despeito dessa supressão, o entendimento vigente não exclui a necessidade do prequestionamento. Tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça editaram diversos Enunciados⁸⁷ exigindo-se tal requisito.

Portanto, é ônus da parte recorrente incumbir-se de prequestionar a questão a ser discutida no âmbito dos tribunais superiores, sob pena de inadmissibilidade de

⁸⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2002. p.218.

⁸⁶ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 212.

⁸⁷ Enunciado 282-STF: “É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”; Enunciado 356-STF: “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”; Enunciado 98-STJ: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”; e Enunciado 211-STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratório, não foi apreciada pelo tribunal a quo”.

seu recurso “porque, se a matéria não estiver no corpo do acórdão, não terá sido decidida pelo tribunal local, requisito mencionado pelo texto constitucional para o cabimento dos recursos excepcionais”.⁸⁸

Nesse sentido, tecnicamente, José Miguel Garcia Medina assim define o prequestionamento:

Em suma, pode-se conceituar prequestionamento como sendo a atividade postulatória das partes, decorrente do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão julgador (juiz ou Tribunal) acerca da questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude da qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada.⁸⁹

Entretanto, ainda que o Tribunal não se manifeste sobre a questão suscitada, é dever da parte interessada opor embargos de declaração, por omissão da decisão a ser embargada [art. 535, II, do Código de Processo Civil], em não se manifestar sobre a questão federal apontada, sob pena de não ter o seu recurso admitido.

Nesse contexto, ainda para José Miguel Garcia Medina, seria incorreta, pois, a expressão “embargos de declaração prequestionadores”, consagrada na prática forense. Isso porque não é os embargos que devem prequestionar a matéria, e sim, devem re-prequestionar a questão que, eventualmente, tenha sido omitida na decisão embargada.⁹⁰

Persistindo o Tribunal em não se manifestar sobre a questão suscitada, impossibilitada está a parte de atender ao requisito do prequestionamento. Nessas situações, a parte interessada deve interpor recurso especial alegando violação ao próprio art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil. Assim, verificada a omissão pelo Superior Tribunal de Justiça e a conseqüente cassação do acórdão recorrido,

⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., e ampl., e ref. São Paulo: RT, 2004. p. 442.

⁸⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2002. p. 329.

⁹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2002. p. 333-340.

os autos devem retornar ao tribunal de origem para que nova decisão seja proferida, agora, sem os vícios apontados.⁹¹

Assim, “somente depois desse novo pronunciamento do tribunal local julgando os embargos de declaração é que terá havido o prequestionamento, ensejando o RE e/ou REsp quanto à matéria primitiva”.⁹²

O prequestionamento é tão importante que, para Nelson Nery Junior, nem mesmo as questões de ordem pública [art. 297, § 3º, do CPC] podem ser analisadas em sede extraordinária, caso não tenham sido objeto de prévia discussão nas instâncias ordinárias.⁹³

Também nesse mesmo sentido, José Miguel Garcia Medina aponta ser incabível tal discussão, pela vez primeira, em sede de recursos excepcionais, já que “considerando que os requisitos de cabimento dos recurso extraordinário e especial constam expressamente na Constituição Federal, tais disposições não são atingidas por lei inferior”.⁹⁴

Entretanto, em posição minoritária, apresenta-se a opinião de Rodolfo de Camargo Mancuso, para o qual:

Em questões de ordem pública, que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis de ofício, e, bem assim em tema de condições da ação e pressupostos – positivos e negativos – de existência e validade da relação jurídica processual (CPC, art. 267, § 3.º), o quesito do prequestionamento pode ter-se por *inexigível*, até em homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa.⁹⁵

⁹¹ ALBUQUERQUE, Leônidas Cabral. *Admissibilidade do Recurso Especial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 93-95.

⁹² NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., e ampl., e ref. São Paulo: RT, 2004. p. 288.

⁹³ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., e ampl., e ref. São Paulo: RT, 2004. p. 443.

⁹⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2002. p. 219.

⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 216.

Verifica-se, portanto, que para o preenchimento dos preceitos constitucionais de “*causas decidias*” e “*quando a decisão recorrida*” é imperioso que se tenha debatido a questão federal suscitada no recurso especial. Exceção se faz, para alguns intérpretes, apenas naqueles casos em que a infringência se deu a dispositivos de ordem pública. Aliás, importante destacar a existência de alguns poucos precedentes adotando essa linha de entendimento.⁹⁶

Nesse sentido, digno de nota a conclusão de Rita Dias Nolasco:

Entendemos que, conhecido o recurso (especial ou extraordinário), quando do seu julgamento, apenas será possível o reconhecimento, de ofício, da matéria de ordem pública processual (como falta de condição da ação ou pressuposto processual) que impeça o julgamento do mérito do recurso e desde que esteja evidente, ou seja, que possa ser reconhecida sem necessidade do reexame de fatos ou provas.⁹⁷

Alerte-se, contudo, que o tema é por demais controvertido e que, pelo âmbito restrito desse trabalho, não receberá maiores divagações.

2.1.2 *Prévio esgotamento das instâncias ordinárias*

Outro aspecto importante a se destacar é que a Constituição Federal afirma ser cabível recurso especial de causas decididas “*em única ou última instância*,”

⁹⁶ Nesse sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp nº 271926. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. [...]. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO DE NULIDADE DE ATOS PROCESSUAIS POR ESTA CORTE SUPERIOR INDEPENDENTE DE PREQUESTIONAMENTO. [...]10. O Tribunal não pode conhecer de ofício de matérias não prequestionadas que digam respeito ao interesse das partes, ângulo de enfoque a que escapam matérias que encerram interesse público extrapolante do poder dispositivo dos demandados e a fortiori superadores da preclusão inclusive pro judicato, que in casu não se verifica. [...]. Relator: Luiz Fux. Brasília, 19 mai. 05. DJ de 26.9.05. p.180.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 706652. Ementa: PROCESSO CIVIL [...] – NULIDADE ABSOLUTA NÃO ARGÜIDA – LIMITES DO RECURSO ESPECIAL. [...]2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas ex officio, por ser matéria de ordem pública. [...]. Relatora: Eliana Calmon. Brasília, 01 mar. 05. DJ de 18.4.05. p.298. Em sentido contrário: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 426397. Ementa: [...]Não prevalece o entendimento da recorrente no sentido de que, por cuidar de nulidade, matéria de ordem pública, pode ser reconhecida de ofício pelo magistrado. Assim, se não foi provocado um pronunciamento da Corte de origem acerca dos diplomas normativos tidos por violados e, por conseguinte, se a Turma Julgadora não emitiu juízo de valor sobre os dispositivos tidos por violados, reclama o tema o necessário prequestionamento, requisito viabilizador do acesso à essa instância especial.[...] Relator: Franciulli Netto. Brasília, 05 jun. 03. DJ de 08.9.03. p.282.

⁹⁷ NOLASCO, Rita Dias. *Efeito devolutivo restrito: reconhecimento de ofício*. in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. v. 10. Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006. p. 491.

pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios”.

Quer com isso a Constituição dizer que somente se admite a estreita via do recurso especial quando todos os recursos cabíveis nas instâncias ordinárias já tiverem sido manejados pela parte interessada.⁹⁸

Tanto é assim, que se editou o Enunciado 281 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça local, recurso ordinário da decisão impugnada”.

Tendo em vista não se tratar o Superior Tribunal de Justiça de 3.º grau de jurisdição, mas sim de tribunal que visa homogeneizar a legislação federal no território nacional, é, antes de tudo, necessário haver decisão definitiva no tribunal local ou regional, portanto, não mais passível de recurso naquele órgão. Daí Nelson Nery Junior afirmar que o Superior Tribunal de Justiça exerce “juízo de censura dos tribunais inferiores”.⁹⁹

Portanto, não é admissível recurso especial se o acórdão se der por maioria e não forem opostos os devidos embargos infringentes.¹⁰⁰

Por fim, cumpre esclarecer que não cabe recurso especial de decisões definitivas proferidas por juiz singular, em relação às causas de alçada na execução fiscal, e pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais, pois não são oriundas de tribunal, ao contrário do que ocorre com o recurso extraordinário que não faz tal exigência.¹⁰¹

⁹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2002. p. 222.

⁹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., e ampl., e ref. São Paulo: RT, 2004. p. 441.

¹⁰⁰ Enunciado 207-STJ: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

¹⁰¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2002. p. 223-224.

Nesse mesmo sentido, Leônidas Cabral Albuquerque afirma que:

Relativamente às decisões dos juizados especiais cíveis, embora seu órgão recursal seja colegiado, não é *tribunal* nos termos em que exige o inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, haja vista ser composto por três juizes de direito de *primeiro grau* de jurisdição e integrar ainda o próprio Juizado.¹⁰²

Portanto, a exigência feita no inciso III do art. 105 da Constituição Federal e não repetida no art. 102, qual seja, decisão proferida por tribunal, é condição *sine qua non* para a admissibilidade do recurso especial.

2.1.3 Imprestabilidade para mera revisão da prova

Os recursos especiais não servem para mera revisão de matéria fática. Nesse sentido, editou-se o Enunciado n.º 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Com efeito, para a exata aplicação do direito federal tido por contrariado, imprescindível que os fatos relevantes ao deslinde da causa já tenham sido devidamente apurados nas instâncias ordinárias.¹⁰³

Assim, “adotam as Cortes Superiores a *moldura fática* delineada definitivamente pelo tribunal *a quo*, ou seja, partem das conclusões acerca do arcabouço fático apurado no processo, determinado de forma soberana na decisão *guerreada*”.¹⁰⁴

¹⁰² ALBUQUERQUE, Leônidas Cabral. *Admissibilidade do Recurso Especial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 87.

¹⁰³ ORIONE NETO, Luiz. *Recurso Extraordinário*. In *Dos recursos: temas obrigatórios e atuais*. Vol. 2. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002. p. 535.

¹⁰⁴ PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos recursos especial e extraordinário*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 69.

Desta forma, eventual injustiça da decisão recorrida, consistente na errada apreciação dos fatos, pelo livre convencimento do juiz, não é apta a ensejar a interposição de recurso especial.¹⁰⁵

Mister destacar, entretanto, que a questão relativa à qualificação jurídica de determinado quadro fático é questão de direito. A partir do delineamento fático, determinado pelo acórdão, o enquadramento jurídico desses fatos pode se dar de forma totalmente diferente em sede extraordinária.

Nesse sentido, Barbosa Moreira registra que:

[...] se considera *de direito* a questão relativa à *qualificação jurídica* do(s) fato(s), de modo que o tribunal *ad quem*, embora não lhe seja lícito repelir como inverídica a versão dos acontecimentos aceita pelo juízo inferior, sem dúvida pode qualificá-los com total liberdade, eventualmente de maneira diversa daquela por que o fizera o órgão *a quo*, em ordem a extrair deles conseqüências jurídicas também diferentes.¹⁰⁶

De outra banda, ao lado da qualificação jurídica dos fatos, está a questão relativa à valoração legal da prova.

Com efeito, o erro na aplicação das regras atinentes às provas é matéria de direito. Se a lei exige determinado tipo de prova para se comprovar determinado fato, e o intérprete admite outra, evidentemente, está-se diante de uma questão de direito.

Nesse sentido, Leônidas Cabral Albuquerque preceitua:

O reexame que torna *incabível* o recurso especial é o da hipótese da prova livre, quando o fato donde decorre o direito pode ser provado por qualquer meio lícito e moralmente legítimo, fixando o julgador o seu convencimento a partir da análise do conjunto probatório. Mas, outra é a hipótese da prova legal, quando o fato somente pode ser provado da forma em que a lei admite. Se for juridicamente tido como provado por outro meio, que não legal, é possível admitir-se o questionamento pela via do recurso especial,

¹⁰⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2002. p. 223-244.

¹⁰⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 593-594.

porque deixou de ser *mero* reexame de prova, para tornar-se um possível ferimento à lei federal.¹⁰⁷

Portanto, o recurso especial “só é cabível quando o valor da prova é discutido **in abstracto**. Ao contrário, o debate acerca da questão de fato em razão do conjunto probatório carreado aos autos foge das estreitas raias do especial”.¹⁰⁸

2.2 Requisitos de admissibilidade específicos do recurso especial

Cumprido destacar que se fará, a seguir, um panorama geral sobre os requisitos específicos do recurso especial, atendo-se aqueles que o distingue dos demais recursos ordinários.

2.2.1 Cabimento

2.2.1.1 Permissivo constitucional da alínea ‘a’

A primeira hipótese de cabimento do recurso especial dá-se quando a decisão recorrida “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”.

Destaque-se, por oportuno, que o termo “contrariar” tem significado mais abrangente que “negar vigência”.¹⁰⁹ Todavia, “o constituinte tornou os dois termos equivalentes, propiciando o cabimento do recurso especial em ambos os casos”.¹¹⁰

Para Nelson Luiz Pinto:

Contrariar supõe toda e qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses que a ele se devem subsumir, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, *interpretando-o de modo não adequado e diferente da interpretação correta*, no sentir do órgão

¹⁰⁷ ALBUQUERQUE, Leônidas Cabral. *Admissibilidade do Recurso Especial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 97.

¹⁰⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 608.

¹⁰⁹ PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 117.

¹¹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2002. p. 131.

responsável pelo controle ao respeito e pela uniformização da direito federal, que é o Superior Tribunal de Justiça.¹¹¹

Com relação à negativa de vigência de lei, Rodolfo de Camargo Mancuso aponta que “negamos-lhe vigência, porém, quando declinamos de aplicá-la, ou aplicamos outra, aberrante da *fattispecie*”.¹¹²

Adverte-se, outrossim, que negar vigência é, em tese, violação mais grave do que mera contrariedade à norma, pois se está extirpando uma lei do ordenamento pátrio. Entretanto, como o termo “contrariar” abrange “negar vigência”, cabível seria o recurso especial por negativa de vigência à lei federal com o rótulo de contrariedade.¹¹³

Cumprе, também, observar que quando se fala em lei federal, além de lei propriamente dita, deve-se entender por tal “o decreto, o regulamento federal e a lei estrangeira quando aplicável por força de norma de direito internacional (e também as medidas provisória do Executivo Federal)”.¹¹⁴

Entretanto, não se consideram “lei federal”, por exclusão: regimento interno de tribunal, ato normativo, portaria ministerial, resolução de autarquia, provimento da OAB e lei destinada exclusivamente ao Distrito Federal.¹¹⁵

Com relação à contrariedade ou negativa de vigência de tratado, há de se observar que os mesmos são incorporados pela legislação interna¹¹⁶ como lei

¹¹¹ PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 117.

¹¹² MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 216.

¹¹³ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 131.

¹¹⁴ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 178.

¹¹⁵ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 188.

¹¹⁶ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 49. É de competência exclusiva do Congresso Nacional: I- Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

ordinária, exceto quando se versar sobre direitos humanos¹¹⁷. Portanto, não haveria necessidade de menção a tratado no texto constitucional. Nelson Luiz Pinto assinala que:

A menção a tratado é redundante, na medida em que sua incorporação ao sistema jurídico nacional, do ponto de vista interno, implica conferir-lhe força e regime jurídico de lei em sentido amplo. Assim, bastaria que houvesse referência a contrariedade ou negativa de vigência a lei federal.¹¹⁸

Importante destacar, também, que a eventual contrariedade ou negativa de vigência de lei é matéria de mérito do recurso.

Nelson Nery Junior, embora se referindo ao recurso extraordinário, mas também aplicável ao recurso especial, explica que:

O que cabe ao tribunal examinar é a admissibilidade do recurso. Na hipótese ventilada, a tão somente alegação da inconstitucionalidade já preenche o requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Basta, portanto, haver mera *alegação* de ofensa à Constituição para que seja vedado ao tribunal federal ou estadual proferir juízo de admissibilidade negativo ao apelo extremo.¹¹⁹

Assim, no juízo de admissibilidade do recurso especial, não é necessária a aferição cabal da violação ao dispositivo legal. Na admissibilidade, deve-se aferir, apenas, a subsunção dos fatos às hipóteses constitucionais de cabimento. A efetiva violação é exame de mérito, examinável somente após o conhecimento do recurso.¹²⁰

¹¹⁷ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art.5º. [...] § 3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

¹¹⁸ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 178.

¹¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., e ampl., e ref. São Paulo: RT, 2004. p. 257.

¹²⁰ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 165-166.

Reconhece-se, contudo, jurisprudência dominante admitindo incursão no mérito do recurso ainda no juízo de admissibilidade, confundindo-se o conhecimento do recurso pela alínea 'a' com o seu próprio mérito.¹²¹

Entretanto, a incursão no mérito do recurso, ainda no primeiro juízo de admissibilidade, não encontra respaldo nos princípios gerais dos recursos. Em verdade, as decisões nesse sentido “tentam, em vão, ‘mascarar’ o real motivo para a aceitação dessa aberração procedimental, qual seja, barrar a qualquer custo a subida de novos recursos aos tribunais superiores, que estão assoberbados de trabalho”.¹²²

Destaque-se, também, por oportuno, que esta conclusão (de que há decisões objetivando apenas diminuir o número de processo nos tribunais superiores, à míngua de fundamentação jurídica plausível) será importante para o desfecho do presente estudo.

2.2.1.2 Permissivo constitucional da alínea ‘b’

A hipótese de cabimento do recurso especial pela alínea ‘b’, afirma ser admissível o apelo especial quando a decisão recorrida “*julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal*”.

¹²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. AgRg no AG nº 414804. Ementa: [...]. 1. Não há que se falar em usurpação de competência quando o juízo monocrático de admissibilidade adentra no mérito do recurso especial, uma vez que o Tribunal de origem ao não acolher o apelo extremo pela alínea "a", em face dos pressupostos constitucionais (art. 105, III, "a", CF), deve verificar se o acórdão contrariou ou negou vigência a dispositivo de lei federal, o que corresponde, na realidade, à análise do próprio mérito da controvérsia. [...]. Relator: Paulo Gallotti. Brasília, 03 jun. 02. DJ de 02.9.02. p.266.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. AgRg no AG nº 547315. Ementa: [...].I - O Tribunal de origem não usurpa de competência do Superior Tribunal de Justiça ao adentrar no mérito do recurso especial, quando do exame de sua admissibilidade, além de que tal análise não o vincula. Precedentes. [...]. Relator: Gilson Dipp. Brasília, 28 abr. 04. DJ de 31.5.04. p.351.

¹²² FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. *O juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário exercido pelo tribunal local. in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins.* v. 9. Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006. p. 660.

Entende-se por ato de governo local não só os atos administrativos *stricto sensu*, mas todos os atos emanados pelos Poderes Executivo, Judiciário¹²³ e Legislativo¹²⁴. Estende-se, também, aos atos emanados das autarquias, fundações públicas e às empresas públicas, pois são tidas com extensões da administração pública.¹²⁵

Nesse contexto, “integram ‘atos de governo local’ não só os atos administrativos, mas também as leis promulgadas, os decretos, as portarias e resoluções expedidas nas esferas estadual e municipal”.¹²⁶

Portanto, tendo em vista que as leis locais também estão abrangidas pela conceituação de ato de governo local, era redundante a expressão ‘lei local’ na alínea ‘b’ do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal e que foi suprimida com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45 de 2005.

Pode-se afirmar, também, que a própria hipótese de cabimento pela alínea ‘b’ já é uma redundância em si mesmo. “Em verdade, a previsão da alínea *b* está contida na hipótese da alínea *a*, pois ao declarar válida lei ou ato de governo local, poderá haver contrariedade ou negativa de vigência de lei federal que regule a espécie”.¹²⁷

Portanto, não haveria a necessidade de novo dispositivo prevendo outra hipótese que, em última circunstância, resultasse em violação ao direito federal.

¹²³ Os atos puramente jurisdicionais, passíveis de recurso, não integram, por óbvio, a expressão ato de governo local. Nesse sentido: MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 210.

¹²⁴ Em sentido contrário ao do texto, afirmando que as atividades propriamente legiferantes não se enquadram na expressão “ato de governo”: RODRIGUES NETTO, Nelson. *As alterações das hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial promovidas pela EC 45, de 08.12.2004*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. Coord. Nelson Nery Jr. E Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 2006. p. 336.

¹²⁵ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. Arts. 444 a 565. 2. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 566.

¹²⁶ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. Arts. 444 a 565. 2. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 566.

¹²⁷ ALBUQUERQUE, Leônidas Cabral. *Admissibilidade do Recurso Especial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 104.

2.2.1.3 Permissivo constitucional da alínea 'c'

A última hipótese de cabimento do recurso especial trata-se de tentativa de uniformização jurisprudencial do direito federal em todo o território nacional. A norma afirma ser cabível o recurso especial quando a decisão do tribunal local ou regional “*der a lei federal interpretação divergente de que lhe haja atribuído outro tribunal*”.

Verifica-se, de pronto, que o constituinte incorreu mais uma vez em redundância. É que “a hipótese prevista na alínea c do art. 105, inc. III, é perfeitamente enquadrável na alínea a do mesmo dispositivo constitucional”.¹²⁸

Se se alega divergência de interpretação da legislação federal, uma das interpretações estará, na opinião do recorrente, contrariando ou negando vigência a uma lei federal, portanto, amoldável à hipótese de cabimento da alínea ‘a’.¹²⁹

Há de se observar também, que a para o cabimento do recurso especial pela alínea ‘c’, o recorrente deverá atender ao disposto no § 2.º do art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça¹³⁰, fazendo-se o necessário cotejo analítico dos acórdãos confrontados.

De certo “não é tarefa do STJ fazer ilações ou esforços de argumentação para chegar à conclusão de que a afirmada divergência é de fato real”.¹³¹

¹²⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 133.

¹²⁹ No mesmo sentido do texto: PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 127: “*Portanto, entendemos que seria até mesmo desnecessária a previsão constitucional dessa outra hipótese de cabimento do recurso especial, a letra c do art. 105, III, em face da hipótese de cabimento prevista na letra ‘a’*. Na verdade, a letra c do art. 105, III, funciona, para o cabimento do recurso especial, como um reforço da hipótese prevista na letra a, na medida em que se estará diante de probabilidade muito maior de que tenha efetivamente havido ofensa a lei federal quando existirem decisões de outros tribunais em sentido diverso da decisão recorrida, a respeito da mesma questão federal”.

¹³⁰ Art. 255 do RISTJ: O recurso especial será interposto na forma e no prazo estabelecidos na legislação processual vigente, e recebido no efeito devolutivo. [...] § 2.º Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

¹³¹ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 240.

Assim, devem-se demonstrar as semelhanças fáticas entre o aresto recorrido e o acórdão paradigma para a admissibilidade do recurso especial, não bastando, pois, a simples transcrição de ementas.

Tal exigência, entretanto, é, por vezes, mitigada nos casos em que a notoriedade da divergência é passível de ser comprovada ao primeiro golpe de vista, ou quando a matéria já é muito conhecida no Tribunal.¹³²

2.2.2 *Tempestividade*

O prazo para interposição do recurso especial, segundo o disposto no artigo 508 do Código de Processo Civil¹³³ é de 15 (quinze) dias.

Entretanto, o prazo de 15 (quinze) dias é imediatamente aplicável quando se tratar de decisão unânime, pois, conforme dito anteriormente, caso haja a possibilidade de interposição de embargos infringente, o prazo somente começará a fluir após a intimação da decisão dos embargos, *ex vi* do disposto no artigo 498 do Código de Processo Civil¹³⁴.

É de se observar, outrossim, que ainda que a parte não unânime do julgado não seja passível de cabimento de embargos infringentes, se estes forem

¹³² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. AgRg no REsp nº 734792. Ementa: [...].1. O STJ, em hipótese de notória divergência interpretativa, costuma mitigar as exigências de natureza formal na interposição dos recursos especiais. [...]. Relatora: Eliana Calmon. Brasília, 14 jun. 05. DJ de 12.12.05. p. 323.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 815315. Relator: Teori Albino Zavascki. Brasília, 16 mar. 06. DJ de 03.4.06. p. 319.

¹³³ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 508. Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias.

¹³⁴ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 498. Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos. Parágrafo único. Quando não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de início aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos.

interpostos, a mera interposição desse recurso tem o condão de fazer incidir o disposto no artigo 498 do Código de Processo Civil.¹³⁵

2.2.3 Regularidade formal

As balizas da regularidade formal do recurso especial estão dispostas no artigo 541 do Código de Processo Civil. *In verbis*:

Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:

I – a exposição do fato e do direito;

II – a demonstração do cabimento do recurso interposto;

III – as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Verifica-se, pois, que a “primeira regra a se observar é a de que o recurso especial, além de ser interposto, obrigatoriamente, por escrito, deverá ser formulado em petição distinta da do recurso extraordinário eventualmente também cabível contra o mesmo acórdão [...]”¹³⁶

O inciso I exige a exposição do fato e do direito no corpo da petição do recurso. Tal requisito é necessário pois “propicia a identificação da lide e a averiguação da taxatividade recursal”.¹³⁷ Obviamente, “somente serão narrados fatos

¹³⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 165-166.

¹³⁶ PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 117.

¹³⁷ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. Arts. 444 a 565. 2. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 577.

na medida em que isto importe para a identificação da questão constitucional ou federal”.¹³⁸

A demonstração do cabimento do recurso também deve estar de forma clara e precisa na petição do recurso. De fato, deve-se explicitar se estão presentes os requisitos constitucionais específicos do inciso III, do artigo 105. Deve-se demonstrar, igualmente, qual dispositivo de lei federal se tem por violado, para que seja possível a aferição da subsunção dos fatos à tipicidade legal.¹³⁹

O inciso III do artigo 541 do Código de Processo Civil faz menção às “razões do pedido de reforma da decisão recorrida”. Nesse tópico, devem-se discorrer as próprias razões de mérito do recurso, demonstrando-se, fundamentadamente, as razões pelas quais o acórdão recorrido deve ser reformado ou anulado.¹⁴⁰

O parágrafo único do artigo 541 apenas reforça a complexidade da demonstração do cabimento do recurso especial. Com efeito, para Leônidas Cabral de Albuquerque:

Não é suficiente para fundamentar o recurso especial a simples enumeração de normas legais reputadas feridas, ou a mera indicação de acórdão pretensamente divergentes. Tem o recorrente o dever de discutir a incidência das normas e confrontar analiticamente os acórdãos divergentes, demonstrando porque devem prevalecer na nova decisão.¹⁴¹

Com relação à comprovação do dissídio jurisprudencial, tal tema já foi objeto de análise no item 2.2.1.3, para o qual remetemos o leitor.

¹³⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 157.

¹³⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 157.

¹⁴⁰ PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 136.

¹⁴¹ ALBUQUERQUE, Leônidas Cabral. *Admissibilidade do Recurso Especial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 111.

2.2.4 Preparo

O preparo “é um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade dos recursos”¹⁴² e significa o “prévio pagamento das custas de processamento do recurso, tanto na instância recorrida como naquela para quem se recorre. Inclui o porte de ida e retorno, ou seja, a despesa postal de envio ao órgão *ad quem* e do retorno dos autos ao órgão *a quo*, após o julgamento”.¹⁴³

A exigência do preparo está previsto no artigo 511 do Código de Processo Civil¹⁴⁴. Portanto, “a inobservância do preparo poderá gerar a deserção, que é uma forma anômala de extinção do recurso”.¹⁴⁵

Embora, também, estejam entre os requisitos de admissibilidade do recurso especial, a legitimidade recursal, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, por dizerem respeito sem grandes variações a todos os recursos, não serão objeto de estudo específico neste trabalho.¹⁴⁶

2.3 Recurso especial retido

O § 3º, do artigo 542, do Código de Processo Civil¹⁴⁷ prevê a hipótese do recurso especial ficar retido nos autos, quando interposto contra decisão interlocutória.

¹⁴² MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 49.

¹⁴³ ALBUQUERQUE, Leônidas Cabral. *Admissibilidade do Recurso Especial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 64-65.

¹⁴⁴ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

¹⁴⁵ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. Arts. 444 a 565. 2. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 580.

¹⁴⁶ Sobre esses requisitos ler: NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., e ampl., e ref. São Paulo: RT, 2004. p. 308-425.

¹⁴⁷ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 542 [...], §3º. O recurso extraordinário, ou especial, quando interposto contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução, ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões.

Obviamente, embora o artigo seja de má redação, o recurso especial somente é cabível se interposto contra acórdão resultante do julgamento de agravo de instrumento, pois a teor do artigo 522 do Código de Processo Civil¹⁴⁸, o agravo é o recurso cabível contra decisões interlocutórias.¹⁴⁹

Destaque-se que não faz sentido interpor recurso especial oriundo de agravo retido, pois o acórdão que o julga é o mesmo da apelação [Art. 523 do Código de Processo Civil], sendo, portanto, a decisão final, atacável por meio do recurso especial tradicional.

O regime da retenção tem por finalidade a economia processual. Isso porque poderia ocorrer situação em que quando o recurso especial, proveniente de decisão interlocutória, fosse ser julgado no Superior Tribunal de Justiça, já houvesse sido proferida sentença favorável ao recorrente na instância inferior.¹⁵⁰

De outra banda, pela literalidade do §3º, do artigo 542, percebe-se que o regime da retenção é imposto somente quando se tratar de decisão interlocutória oriunda de processo de conhecimento, processo cautelar e as de embargos à execução. Não se vislumbra, pois, dentre essas hipóteses, as decisões interlocutórias proferidas em processo de execução.

Assim, é cabível o recurso especial tradicional nessas hipóteses, já que:

Diante da máxima de que o intérprete não pode restringir o que a lei não restringe, conclui-se que, do recurso extraordinário ou especial, interposto em razão de julgamento de agravo de instrumento oriundo do processo de

¹⁴⁸ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

¹⁴⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 179.

¹⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 601.

execução, deva ser processado e julgado pelo STF ou pelo STJ mesmo na pendência do processo de execução.¹⁵¹

A explicação decorre do fato de que as sentenças nos processos executivos são simplesmente extintivas dos processos, sendo que as decisões interlocutórias, na execução, frequentemente são irreversíveis ao patrimônio do executado. Em consequência disto, não seria justo aplicar-se o regime da retenção aos recursos originários dessas situações.¹⁵²

Portanto, conclui-se que o regime da retenção não é aplicável quando o recurso especial for interposto contra acórdão resultante de agravo de instrumento oriundo de decisão interlocutória proferida em processo executivo.

2.3.1 Medida cautelar para “destrancar” recurso especial retido

Ainda sobre a inocuidade de ulterior julgamento de recurso especial, situações há em que, embora enquadráveis no regime da retenção, os recursos devem ser julgados desde já, para que se evite invalidação de atos, ou prejuízos irreparáveis. Exemplos dessas situações são, respectivamente, quando se discutem questões relativas à competência do juízo¹⁵³, ou, em algumas hipóteses de antecipação de tutela.¹⁵⁴

Aliás, sobre essa última hipótese, percebe-se que com a alteração do procedimento do agravo, sendo agora, em regra retido, grande parte dos recursos especiais, provenientes de agravo de instrumento, enquadram-se nessa esteira.

¹⁵¹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. Arts. 444 a 565. 2. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 597.

¹⁵² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recursos especial, agravos e agravo interno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 88.

¹⁵³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 602.

¹⁵⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recursos especial, agravos e agravo interno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 89.

Quando se verificam tais situações, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que é salutar que o recurso especial não fique retido na origem e tenha o seu processamento realizado imediatamente¹⁵⁵. Babosa Moreira aponta que:

A jurisprudência tem sido sensível à conveniência de flexibilizar a regra literalmente categórica do §3º. No Superior Tribunal de Justiça, o expediente preferido vem sendo o de medida cautelar, requerida pelo interessado, para o fim de ordenar a subida imediata do recurso especial, não obstante se trate de caso abrangido pelo §3º.¹⁵⁶

Demais disso, registre-se que o *nomem iuris* medida cautelar tem sido repellido por alguns julgadores nesses casos, pois na maioria deles, faltam-lhes os requisitos do *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Dessa forma, o destrancamento¹⁵⁷ do recurso especial pode ser feito por simples petição. Nesse sentido:

[...] Noutro aspecto, a Segunda Seção deste Superior Tribunal já se posicionou no sentido de que a desretenção de recurso especial independe de ação cautelar autônoma, podendo ser decidido em requerimento incidente, por simples petição, assim dispondo: “- Segundo entendimento manifestado pela Eg. Segunda Seção, a desretenção do recurso especial pode ser pleiteada a este Tribunal através de **simples petição**. [grifo nosso] - Tratando-se de hipótese em que demonstrada a necessidade de pronta entrega da prestação jurisdicional, cabível o destrancamento do REsp, devendo o Sr. Desembargador Presidente do Tribunal a quo proceder desde logo ao exame de admissibilidade. Reclamação conhecida como petição e deferida.” (RCL 727, r.p/ac. Min. Barros Monteiro, DJU 11.06.01).

[...] em relação ao processamento do recurso, recebo o pedido como petição autônoma, deferindo-o, dando ensejo a que, no tribunal a quo, seja exercido o juízo de admissibilidade. Intime-se.” (Superior Tribunal de Justiça, MC 11317, Relator: Castro Filho. Decisão de 30 de mar de 06. D.J. de 06.04.2006).

¹⁵⁵ Com efeito, inúmeros são os precedentes admitindo o ajuizamento de medidas cautelares com esse fim. A propósito, dentre muitos outros, confira-se os seguintes: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MC 5154, 3ª Turma, Rel. Ari Pargendler, 20 jun 02, DJ de 07.03.05, p. 240; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Pet 4130, Rel. Gilson Dipp, DJ de 11.10.05; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MC 2624, Rel. Nancy Andrighi, decisão de 10.10.00, DJ de 20.10.00; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,, MC 11263, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, decisão de 13.03.06, DJ de 16.03.06; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MC 11320, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, decisão de 27.03.06, DJ de 04.04.06; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MC 11324, Rel. Aldir Passarinho Júnior, decisão de 28.03.06, DJ de 05.04.06.

¹⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 602.

¹⁵⁷ “Destrancamento” ou “desretenção” são os nomes consagrados na praxe forense para as hipóteses de se determinar o imediato processamento de recurso especial retido nos autos.

Portanto, independentemente da nomenclatura, importa-nos saber que é possível destrancar recurso especial em determinadas hipóteses, mesmo estando, em tese, amoldados ao regime da retenção, seja por medida cautelar, por simples petição ou até mesmo agravo de instrumento.¹⁵⁸

2.4 Efeitos do recurso especial

Os efeitos recursais, em geral, são descritos na doutrina e jurisprudência, já que apenas os efeitos devolutivos e suspensivos são, expressamente, previstos na legislação processual, *ex vi legis* do disposto na primeira parte do *caput* do artigo 520, do Código de Processo Civil.¹⁵⁹

Além desses, Nelson Nery Junior acrescenta, ainda, os efeitos *expansivo*, *translativo* e *substitutivo*. Para o referido autor, efeito expansivo é a possibilidade de a decisão ser mais abrangente do que o simples reexame da matéria impugnada, como, por exemplo, dá-se nos casos de circunstâncias prejudiciais, que necessariamente influenciam no mérito do próprio recurso. Já o efeito translativo, refere-se à possibilidade de se conhecerem, de ofício, matérias de ordem pública, ainda que não suscitadas pelos recorrentes. Por fim, o efeito substitutivo dá-se quando é julgado o mérito do recurso, casos tais em que a decisão recorrida é inteiramente substituída pela nova decisão.¹⁶⁰

Ressalte-se, porém, que, pela delimitação do presente estudo, ater-se-á apenas aos efeitos suspensivo e devolutivo.

¹⁵⁸ A Ministra Nancy Andriahi já se manifestou no sentido de que o meio hábil a impugnar decisão que determina a retenção do recurso especial é o agravo de instrumento: “[...] - Não se destina a medida cautelar originária a determinar o processamento de recurso especial de retenção obrigatória, na forma do art. 542, § 3º do CPC, com a redação da Lei nº 9.756/98. II - É irrecurável o despacho que determina a retenção do recurso especial; contudo, ressalva-se a excepcionalidade da interposição de agravo de instrumento, que é preferível à admissão irrestrita de medida cautelar ou reclamação, que não enaltece os pilares da certeza e segurança jurídica e passa ao largo do sistema de preclusões que reveste a processualística civil”. (Superior Tribunal de Justiça, MC 3140, Relatora: Nancy Andriahi, D.J. de 06.10.2000).

¹⁵⁹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. [...].

¹⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., e ampl., e ref. São Paulo: RT, 2004. p. 477-489.

2.4.1 Efeito devolutivo

Segundo Barbosa Moreira, o efeito devolutivo consiste “em transferir ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição”.¹⁶¹

Data venia, ousamos discordar da parte final do conceito acima explicitado pelo motivo exposto no item 2.1.2 deste Capítulo. Naquela oportunidade, afirmou-se não ser o Superior Tribunal de Justiça um terceiro grau de jurisdição, razão pela qual não há falar em grau inferior ou superior. De resto, diante de disposição legal¹⁶², o recurso especial detém efeito devolutivo e é julgado por outro órgão.

Para Tereza Arruda Alvim Wambier,

A devolução deve ser entendida como sendo o submeter novamente a decisão impugnada à apreciação do Poder Judiciário, *devolvendo-lhe* a matéria. De regra, este reexame deverá dar-se por outro órgão, diferente daquele que proferiu a decisão; excepcionalmente, pelo mesmo órgão.¹⁶³

Tecnicamente, nessa segunda hipótese, quando a devolução fosse para o mesmo órgão prolator da decisão [nos casos de embargos de declaração e embargos infringentes de alçada], estar-se-ia diante do que se chama de efeito regressivo ou de retratação.¹⁶⁴

No caso do recurso especial, não há possibilidade de eventual juízo de retratação, e o recurso é julgado por outro Órgão do Poder Judiciário, razão pela qual se esvazia a relevância de tal discussão no presente trabalho.

Há de se destacar, outrossim, que o recurso especial tem uma particularidade com relação ao efeito devolutivo.

¹⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 259.

¹⁶² CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 542. [...], §3º: Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

¹⁶³ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Os agravos no CPC Brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Lei 11.187/005. São Paulo: RT, 2005. p. 333.

¹⁶⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16-17.

Como aponta Ovídio Baptista, o recurso especial exige fundamentação vinculada, específica. Para a admissibilidade do recurso, somente poderão ser analisadas as questões referentes à aplicação de direito federal, não podendo, serem analisadas as questões meramente fáticas. Dessa forma, há uma limitação da devolutividade do recurso especial.¹⁶⁵

2.4.2 Efeito suspensivo

Já em relação o efeito suspensivo, este “impede a produção imediata dos efeitos da decisão”.¹⁶⁶

Embora, em regra, os efeitos recursais advenham da própria interposição do recurso, o mesmo não se dá com relação ao efeito suspensivo.

De fato, a mera recorribilidade da decisão, por recurso que tenha efeito suspensivo, já tem o condão de suspender a eficácia da decisão. Assim, há o efeito suspensivo antes mesmo de interposto o recurso. “Do contrário, a entender-se o início do efeito suspensivo apenas depois de efetivamente interposto o recurso, a decisão poderia produzir efeitos nesse prazo e tornar não efetivo o efeito suspensivo do recurso que vier a ser interposto”.¹⁶⁷

Nesse sentido, diz-se que o efeito suspensivo “consiste na *ineficácia* da decisão, que não pode ser objeto de execução imediata, nem mesmo provisória”.¹⁶⁸ O recurso, dotado de efeito suspensivo, tem o condão, ainda, de prolongar a não-executoriedade da decisão até o final do julgamento desse recurso. Em outras palavras, aponta Sandro Marcelo Kozikoski:

[...] diante da mera expectativa de interposição do recurso, pode-se afirmar que o efeito suspensivo tem início com a publicação impugnável e termina com a publicação da decisão que julgar o mencionado recurso. Em outras

¹⁶⁵ SILVA, Ovídio A. Batista. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2000. p. 460-464.

¹⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 257.

¹⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., e ampl., e ref. São Paulo: RT, 2004. p. 446.

¹⁶⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16.

palavras, a eficácia típica do efeito suspensivo é voltada para a não-executoriedade da decisão impugnada.¹⁶⁹

Há de se perceber, contudo, que a regra no sistema recursal é a da suspensividade. Assim, diante do silêncio da lei, deve-se entender que o recurso é dotado de efeito suspensivo.¹⁷⁰

O recurso extraordinário, o recurso especial e o agravo de instrumento, entretanto, diante da conjugação de dois imperativos legais, são exceções a essa regra. Os artigos 542, §3º e 497 do Código de Processo Civil assim dispõem:

Art. 542, §3º: Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

Art. 497: O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta lei.

Verifica-se, pois, da parte final do artigo 497, que, mesmo diante do agravo de instrumento não possuir efeito suspensivo, pode o relator, em algumas hipóteses conceder-lhe o efeito suspensivo a tal recurso.

O artigo 558 é expresso em admitir essa possibilidade:

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem calção idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520.

Diante do acima exposto, conclui-se que há a expressa possibilidade de se conceder efeito suspensivo a agravo de instrumento, que em regra não o tem.

¹⁶⁹ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Embargos de declaração. Teoria geral e efeitos infringentes*. São Paulo: RT, 2004. p. 168.

¹⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 282.

Entretanto, o mesmo não se pode dizer com relação aos recursos extraordinário e especial.

Com efeito, a possibilidade de se conceder efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária é criação da jurisprudência, atendendo-se ao preceito constitucional do inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal¹⁷¹, mencionado no primeiro capítulo deste estudo.

Nesse sentido é o magistério de José Miguel Garcia Medina:

O art. 497 do CPC determina que 'o recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença'. Não obstante, é possível a suspensão dos efeitos da decisão recorrida, no caso, através do manejo de medida cautelar junto aos Tribunais superiores, suspensão esta que se fundamenta, inclusive, no disposto no art. 5º, inc. XXXV, da CF.¹⁷²

A medida cautelar mencionada pelo referido autor é o objeto principal da presente monografia, a qual será tratada no próximo capítulo.

¹⁷¹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 5º. [...], inciso XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁷² MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 82.

3 COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL

Mister lembrar, por oportuno, que o objeto do presente estudo está inserido no âmbito do Poder Geral de Cautela do magistrado, mencionado no item 1.4 do primeiro capítulo. Dessa forma, trata-se de medidas cautelares inominadas, que não têm procedimentos próprios e devidamente positivados.

Em linhas gerais, o Código de Processo Civil é quem define as regras de competência para o julgamento das medidas cautelares. Nesse sentido, o artigo 800 do Código de Processo Civil preceitua que:

Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.

Conjugando o dispositivo acima mencionado aos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil, verifica-se a extensão do poder geral de cautela também ao âmbito dos tribunais. Sendo, assim, forçoso concluir que é lícito aos desembargadores, ou até ministros, concederem medidas cautelares para evitarem situações que possam resultar em lesão grave e de difícil reparação antes do julgamento de um recurso.

Observe-se, porém, que para a concessão de mencionadas medidas cautelares, no âmbito dos tribunais, também devem estar cabalmente demonstrado os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. No primeiro, deve-se demonstrar que a manutenção da eficácia da decisão impugnada pelo recurso especial pode gerar iminentemente lesão grave e de difícil reparação. Para o segundo, deve-se demonstrar a plausibilidade jurídica do recurso especial, isto é,

deve-se demonstrar a real probabilidade de êxito do recurso, imiscuindo-se, pois, em seu mérito.¹⁷³

Nesse sentido é o magistério de Teori Albino Zavascki:

O deferimento da medida está subordinado, em qualquer caso, à presença dos requisitos próprios e característicos das demais espécies de tutela provisória de urgência, a saber: (a) a verossimilhança do direito, que, na hipótese, se configura pela probabilidade de êxito do recurso especial ou extraordinário e (b) o risco de dano grave e irreparável ao direito afirmado, proveniente da demora do seu julgamento. Trata-se de requisitos cumulativos e não alternativos.¹⁷⁴

Contudo, a regra de competência prevista no parágrafo único do artigo 800 do Código de Processo Civil gerou divergências interpretativas, tanto restritivas quanto flexivas, no que atinente aos diversos momentos de admissibilidade dos recursos. Assim, analisaremos as acepções doutrinárias e jurisprudenciais nesses diversos estágios recursais.

3.1 Recurso especial admitido

Após o juízo positivo de admissibilidade do recurso especial, estando, pois, indiscutivelmente no âmbito de jurisdição do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁵, há consenso quanto à possibilidade da concessão de medidas cautelares inominadas incidentalmente ao recurso.

O próprio Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não deixa margem a dúvidas quanto à possibilidade e competência acerca da concessão das medidas cautelares. Os artigos 34, incisos V e VI e artigo 288 assim dispõem:

Art. 34. São atribuições do relator:

¹⁷³ ORIONE NETO, Luiz. *Dos recursos: temas obrigatórios e atuais*. Vol 2 – Vetores recursais. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002. p. 602-603.

¹⁷⁴ ZAVASCK, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 161.

¹⁷⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. AgRg na MC 48. Ementa: [...] só em casos excepcionais se admite dar efeito suspensivo a recurso especial que por lei não tem (art. 27, paragrafo 2. da lei 8.038/90 e 255 do RI/STJ), presentes o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora", quando o recurso especial estiver sob a tutela jurisdicional da corte, vale dizer admitido. [grifo nosso]. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro, 14 dez 1994, DJ de 06.03.95. p. 4338.

V – submeter à Corte Especial, à Seção ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias a proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa;

VI – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, *ad referendum* da Corte Especial, da Seção ou da Turma.

Art. 288. Admitir-se-ão cautelares nas hipóteses e na forma da lei processual.

§ 1º. O pedido será autuado em apenso e processado sem interrupção do processo principal.

§ 2º. O relator poderá deferir liminarmente a medida *ad referendum* do órgão julgado competente.

Portanto, há consenso na afirmativa de que o relator de recurso, no Superior Tribunal de Justiça, é competente para a concessão das medidas cautelares postuladas.

Dentre essas medidas, está a possibilidade de imprimir efeito suspensivo ao recurso especial, caso o cumprimento do acórdão recorrido possa gerar lesão grave e de difícil reparação, tornando inócuo o resultado de ulterior julgamento do próprio recurso especial.

Com efeito, “a partir da admissão dos recursos excepcionais pelo Tribunal *a quo*, a competência cautelar e demais providências urgentes, assim se transferem respectivamente para o STJ ou STF, consoante jurisprudência a respeito”.¹⁷⁶

Nesse sentido:

[...] 1. A competência desta Corte para examinar medida cautelar com objetivo de dar efeito suspensivo a recurso especial só se faz pertinente quando se trata de recurso já admitido. [...] (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, EDcl no AgRg na MC 10713, Rel. Eliana Calmon, 16 mar 03, DJ de 24.04.06).

¹⁷⁶ AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Recursos Extraordinário e especial. Visão prática e jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004. p. 106.

Verifica-se, pois, que instaurada a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça com a admissão do recurso especial no primeiro juízo de admissibilidade, é este Tribunal competente para o conhecimento de medidas cautelares para atribuição de efeito suspensivo ao recurso. Quanto a isto, não há divergência na doutrina e na jurisprudência.

3.2 Recurso especial interposto e pendente de admissibilidade

As opiniões conflitantes surgem quando o recurso especial ainda não sofreu o crivo do juízo de admissibilidade no tribunal *a quo*.

Recorde-se que o parágrafo único do artigo 800 afirma simplesmente que “interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”. Percebe-se, pois, que o dispositivo legal não faz referência alguma quanto à admissibilidade do recurso na origem.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento¹⁷⁷ sobre a questão, editando dois enunciados:

Enunciado 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.

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

Portanto, naquele Tribunal, o tema está pacificado, ainda que com entendimento contrário ao que aqui, ousadamente, será exposto. Observe-se, outrossim, que os enunciados em questão vêm sendo adotados como regra, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁸, embora haja diversos julgados que

¹⁷⁷ Na doutrina: FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1249-1250.: “[...] se o feito ainda estiver na primeira instância, cabe ao juiz *a quo* decidir nos momentos intermediários em que a causa ainda não tenha acudido ao tribunal”.

¹⁷⁸ Entre diversos outros: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. AgRg na MC 10524. Ementa: [...].1. Esta Corte, adotando entendimento sumulado do STF (Súmulas 634 e 635), só admite suspender os efeitos de acórdão sujeito a recurso especial quando já foi ele admitido. [...] [grifo nosso]. Relatora: Eliana Calmon. Brasília, 11 out. 05. DJ de 07.1105. p. 165.

procuram mitigar essa restrição, e que serão abordados os seus acertos logo em seguida.

Confira-se, por exemplo, o seguinte julgado, dentre outros¹⁷⁹:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO ADMITIDO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA, DESDE QUE PRESENTES O FUMUS BONI IURIS E O PERICULUM IN MORA. PRECEDENTES. CAUTELAR PROCEDENTE.

I - Não obstante tenha pensamento reiterado sobre a impossibilidade de concessão de efeito suspensivo a recurso especial que ainda não tenha passado pelo juízo de admissibilidade no Tribunal de origem, cumpre destacar que esta Corte, tem admitido a sua concessão, em hipóteses excepcionais, desde de que restem configurados os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Precedentes. [...]

III - Medida cautelar julgada procedente. [grifo nosso] (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, MC 7369, Rel. Gilson Dipp, 06 set 05, DJ de 26.09.05, p. 406)

Verifica-se, pois, que mesmo antes de exercido o juízo de admissibilidade na origem, o Superior Tribunal de Justiça, ainda que excepcionalmente, vem admitindo o ajuizamento de medidas cautelares com o fim de atribuir efeito suspensivo a recurso especial, desde que presentes os seus requisitos essenciais.

Entretanto, vige a idéia prevalecente de que compete ao Presidente do Tribunal de origem a competência para conhecer de tais medidas antes do juízo de admissibilidade do recurso especial interposto.

¹⁷⁹ No mesmo sentido, entre outros: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. AgRg na MC 9906. Rel. Denise Arruda, 02 jun 05, DJ de 01.07.05. p. 365.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. MC 9949. Rel. Eliana Calmon, 20 out 05, DJ de 28.11.05. p. 241.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. MC 7607. Rel. p/ acórdão João Otávio de Noronha, 18 dez 03, DJ de 06.03.06. p. 263.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. AgRg na MC 10260. Rel. Teori Albino Zavascki, 23 ago 05, DJ de 05.09.05. p. 203.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. AgRg na MC 9823. Rel. Teori Albino Zavascki, 17 mai 05, DJ de 30.05.05. p. 210.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. MC 5925. Rel. p/ acórdão Eliana Calmon, 04 fev 03, DJ de 28.02.05. p. 255.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. MC 2924. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, 07 jun 03, DJ de 27.08.01. p. 326.

Contudo, pretende-se defender que a excepcionalidade em tela deve ser adotada como regra geral, sob pena de inversão da sistemática processual brasileira. Galeno Lacerda, nessa linha, aponta que:

Com efeito, não cabe outorgar, em nosso sistema, ao Presidente dos Tribunais atividade jurisdicional sobre medidas cautelares atinentes a causas que lhe escapam por completo à jurisdição. [...] sua competência jurisdicional se circunscreve, tão-só, à questão do cabimento ou não do recurso [...] Prendê-lo, nestas circunstâncias, ao processo e julgamento de uma lide cautelar incidente constitui ruptura com a lógica dos princípios e do sistema.¹⁸⁰

Isso porque, como dito alhures, o Presidente do Tribunal local teria que analisar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* da cautelar. Quanto ao segundo requisito, não haveria maiores problemas, mas com relação ao primeiro, o próprio Presidente do Tribunal de origem teria que analisar, ainda que superficialmente, o mérito do próprio recurso especial.

Lembre-se, que no item 2.2.1.1, defendeu-se ser defeso ao Tribunal local adentrar ao mérito do recurso no juízo de admissibilidade. Dessa forma, estar-se-ia usurpando a competência do Superior Tribunal de Justiça na análise da probabilidade de êxito de recurso dirigido àquela Corte. Luiz Guilherme Marinoni aponta para a impossibilidade de se atribuir ao Presidente do Tribunal local a competência para julgar as medidas cautelares que visem atribuir efeito suspensivo ao recurso especial:

Ora, dando-se ao tribunal local competência para julgar cautelar, confere-se a ele não só a possibilidade de realizar juízo de admissibilidade em relação ao recurso, mas também o poder de apreciar, ainda que com base em probabilidade, seu mérito. É preciso perceber que o mérito do recurso não pode ser apreciado pelo tribunal local, ao passo que a admissibilidade, ainda que deva ser feita em primeiro lugar por esse tribunal, também deve ser realizada pelo Superior Tribunal Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁸¹

Ademais, conforme se pode extrair de voto do então Ministro Edson Vidigal: “se o direito foi negado pelo próprio Tribunal ‘a quo’, muitas das vezes,

¹⁸⁰ LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. vol. VIII, tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 209.

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2003. p. 642.

expressamente contrária ao entendimento deste STJ ou mesmo do STF, é utopia acreditar que esse mesmo Tribunal suspenderia a exeqüibilidade de sua própria decisão, em cautelar incidental”.¹⁸²

Assim, caberia ao próprio Superior Tribunal de Justiça conhecer das medidas cautelares que visam atribuir efeito suspensivo a recurso de sua alçada. Nem se diga que se estaria a violar a competência do tribunal local no primeiro juízo da admissibilidade. Sabe-se que “[...] o juízo de admissibilidade proferido pelo juízo a quo é sempre prévio e provisório, não vinculando o órgão *ad quem*, que poderá não conhecer do recurso ainda que tenha sido admitido na origem, e vice-versa”.¹⁸³

Nelson Rodrigues Netto ainda conclui o seguinte:

Deste modo, não convence o argumento de que se o relator considera relevante o fundamento jurídico do recurso extraordinário para o efeito de conceder-lhe o efeito suspensivo, é evidente que ele deverá ser admitido ainda que para melhor exame. Não existe essa relação de causa e efeito.¹⁸⁴

Por outro lado, “na cautelar há um juízo de probabilidade que, para a concessão da liminar, é exercido em cognição sumária, importa dizer, reduzida em seu grau de profundidade”.¹⁸⁵ Desse modo, o relator poderá, após a admissão do especial, rever seu posicionamento quanto à concessão ou não do efeito suspensivo.

Aplica-se aqui, também, o que foi dito no item 2.2.1.1 deste trabalho. A adoção do entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça e pacífico no Supremo Tribunal Federal autoriza a conclusão de que “[...] as Súmulas 634 e 635

¹⁸² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 5ª Turma, MC 1995, Rel. Edson Vidigal, 13 nov 00, DJ de 11.12.00. p. 216.

¹⁸³ RODRIGUES NETTO, Nelson. *Comentários sobre as Súmulas 634 e 635 do STF: o Recurso Extraordinário e a Competência para deferir Medida Cautelar Concessiva de Efeito Suspensivo*. in Revista Dialética de Direito Processual Civil nº 11, São Paulo: Editora Dialética, 2004. p. 114.

¹⁸⁴ RODRIGUES NETTO, Nelson. *Comentários sobre as Súmulas 634 e 635 do STF: o Recurso Extraordinário e a Competência para deferir Medida Cautelar Concessiva de Efeito Suspensivo*. in Revista Dialética de Direito Processual Civil nº 11, São Paulo: Editora Dialética, 2004. p. 114.

¹⁸⁵ RODRIGUES NETTO, Nelson. *Comentários sobre as Súmulas 634 e 635 do STF: o Recurso Extraordinário e a Competência para deferir Medida Cautelar Concessiva de Efeito Suspensivo*. in Revista Dialética de Direito Processual Civil nº 11, São Paulo: Editora Dialética, 2004. p. 115.

do STF apontam para um sistema de *tentativa de redução de carga processual daquela Corte [...]*¹⁸⁶, passando ao largo da estrita fundamentação jurídica.

Por outro lado, em abono à tese acima declinada, importante revelar o contexto jurídico em que os enunciados da Súmula do Supremo Tribunal Federal foram editados.

Isso porque, como cediço, as súmulas dos tribunais refletem uma reiteração de decisões judiciais tomadas em uma mesma linha de entendimento. Dessa forma, a orientação no Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da criação do Superior Tribunal de Justiça, já era no sentido de não se processarem as medidas cautelares com o fim de atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário ainda não admitido na origem.

A título de registro, confira-se o seguinte julgado ainda do ano de 1985:

MEDIDA CAUTELAR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO. NÃO SE CONHECE DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR PLEITEANDO EFEITO SUSPENSIVO PARA RECURSO EXTRAORDINÁRIO SEQUE ADMITIDO, AINDA, NA ORIGEM.¹⁸⁷

Naquela época, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17/10/1969, e as alterações da Emenda Constitucional n. 7, de 13/04/1977, competia ao Próprio Supremo Tribunal Federal definir, em seu regimento interno, o processamento e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal [art. 119].

Assim foi que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal previu a competência para julgar as medidas cautelares a ele dirigidas em seu artigo 21, incisos IV e V. Entretanto, pressupôs-se a existência de um relator já designado para o julgamento da causa [recurso extraordinário]. Veja-se o que dispõe o regimento:

¹⁸⁶ CAVALCANTI, Mantovanni Colares. *Os Meios de Impugnação na Medida Cautelar que atribui Efeito Suspensivo a Recurso Extraordinário sob o Enfoque das Súmulas 634 e 635 do STF*. in Revista Dialética de Direito Processual Civil nº 13, São Paulo: Editora Dialética, 2004. p. 113.

¹⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, Pet 150, Rel. Francisco Rezek, 18 set 85, DJ de 11.10.85. No mesmo sentido: Pet 153, Rel. Oscar Corrêa, DJ de 11.10.85; Pet 196, Rel. Octávio Gallotti, DJ de 03.04.87; Pet 260, Rel. Octávio Gallotti, DJ de 27.05.88.

Art. 21. São atribuições do Relator:

IV – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa;

V – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, *ad referendum* do Plenário ou da Turma;

Note-se que a redação do referido dispositivo é praticamente idêntica à redação do correspondente artigo no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, sendo-lhe, obviamente, anterior.

Destaque-se, outrossim, que, à época da elaboração Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, vigia o parágrafo único do artigo 800 do Código de Processo Civil com a sua redação originária nos seguintes termos:

Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

Parágrafo único. Nos casos urgentes, se a causa estiver no tribunal, será competente o relator do recurso.

Assim, pode-se dizer, ainda que não se concorde com a disposição regimental, que havia justificativa legal para que somente se instaurasse a competência do Supremo Tribunal Federal quando o recurso extraordinário já estivesse autuado naquele Tribunal.

Ademais, ainda que não existisse essa orientação no Código de Processo Civil, as normas processuais inseridas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 com o *status* de lei ordinária. Esse, aliás, é o entendimento consolidado no Tribunal. A propósito:

1. REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - NORMAS PROCESSUAIS. As normas processuais contidas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foram recepcionadas pela atual Carta, no que com ela se revelam compatíveis. O fato de não se ter mais a outorga constitucional para edição das citadas normas mediante ato regimental

apenas obstaculiza novas inserções no regimento, ficando aquém da derrogação quanto as existentes à época da promulgação da Carta. [...] ¹⁸⁸

Portanto, em se tratando de norma processual específica para o Supremo Tribunal Federal, poder-se-ia estabelecer, via regimento interno, a competência e o processamento dos feitos originários daquele Tribunal. À guisa de exemplo, confira-se o seguinte julgado:

[...] O procedimento cautelar instaurado com o objetivo de conferir efeito suspensivo ao apelo extremo rege-se, no Supremo Tribunal Federal, por norma especial, de índole processual (RISTF, art. 21, V), que, por haver sido recebida, pela nova Constituição da República, com força e eficácia de lei (RTJ 167/51), afasta a incidência - considerado o princípio da especialidade - das regras gerais constantes do Código de Processo Civil (art. 796 e seguintes). Precedentes. ¹⁸⁹

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem ou mal, foi construída de acordo com essas premissas jurídicas.

Situação diversa, porém, é a posição do Superior Tribunal de Justiça. O Regimento Interno deste Tribunal não tem força de lei ordinária, não lhe sendo permitido, pois, contrariar a atual redação do artigo 800 do Código de Processo Civil, a qual se contenta com a mera interposição do recurso para atrair a competência do órgão *ad quem* para o julgamento das respectivas medidas cautelares.

O que se observa dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça é que se justifica a aplicação do entendimento sumulado no Supremo Tribunal Federal a pretexto de se estar a interpretar o artigo do 800 do Código de Processo Civil.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal editou aqueles enunciados, apoiados em reiterados precedentes, calcados não na interpretação do artigo 800 do Código de Processo Civil, mas sim, em seu próprio regimento interno.

¹⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, AgRg na AO 32-7, Rel. Marco Aurélio, 30 set 90, DJ de 28.09.90.

¹⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma, Questão de Ordem no AgRg na Pet 1886-9, Rel. Celso de Mello, 14 mar 06, DJ de 31.03.06.

Daí porque a adoção, pura e simples, dos enunciados 634 e 635, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, revela-se carente de legalidade, razão pela qual se defende restar instaurada a competência do Superior Tribunal de Justiça com a comprovação do mero protocolo do recurso especial no Tribunal de origem.

3.3 Recurso especial inadmitido e pendente Agravo de Instrumento

No caso do recurso especial sofrer juízo de admissibilidade negativo, situação diversa se apresenta. É que não há como se atribuir efeito suspensivo à decisão denegatória do recurso especial, pois esta simplesmente mantém a eficácia de anterior decisão, qual seja, o acórdão recorrido.

Tecnicamente, a alternativa apontada por Luiz Orione Neto, desde que presentes, a prova inequívoca e *periculum in mora*, seria a antecipação da tutela recursal.¹⁹⁰ Também nessa esteira, caminha Athos Gusmão Carneiro:

[...] o requerimento da antecipação dos efeitos da pretendida tutela recursal será apresentado diretamente no Superior Tribunal Justiça, com aplicação por analogia do art. 800, parágrafo único, do CPC. [...] o Ministro a quem for distribuído ficará prevento como relator do recurso especial se admitido, ou do eventual agravo de instrumento, se não admitido o apelo extremo.¹⁹¹

Quanto à antecipação da tutela recursal dos processos dirigidos aos tribunais superiores, digno de nota, outrossim, é o magistério de Teori Albino Zavascki:

Assim, em nome da “proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação” ou “para garantir a eficácia da ulterior decisão da causa”, ou, ainda, “em atenção aos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo”, pode o tribunal não apenas conceder medida para dar efeito suspensivo ao recurso especial ou extraordinário, mas também, se necessário, antecipar, provisoriamente, os efeitos da tutela recursal, sempre que tal antecipação seja indispensável à salvaguarda da própria utilidade do futuro julgamento”.¹⁹²

¹⁹⁰ ORIONE NETO, Luiz. *Dos recursos: temas obrigatórios e atuais*. Vol 2 – Vetores recursais. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002. p. 632.

¹⁹¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recursos especial, agravos e agravo interno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 84-85.

¹⁹² ZAVASCK, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 160.

Não obstante, na hipótese ora apresentada, pretender-se a antecipação da tutela recursal no agravo, o que se procura, por via transversa, é justamente atribuir efeito suspensivo ao próprio recurso especial denegado pelo tribunal *a quo*.

No Superior Tribunal de Justiça, embora, em regra, assim como se dá com o recurso especial sem juízo de admissibilidade, não se admita a concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento contra despacho denegatório de recurso especial¹⁹³, diversos julgados, ao contrário, já admitiram essa possibilidade¹⁹⁴. Confira-se, a seguinte ementa, ainda do ano de 1991:

Defere-se medida cautelar, dando efeito suspensivo a agravo de decisão que não admitiu recurso especial, para evitar danos de difícil reparação decorrentes do retorno imediato de empresa ao estado falimentar, do qual saíra por força de sentença com efeitos imediatos e que veio a ser reformada em apelação. (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rel. Dias Trindade, 27 ago 91, DJ de 16.09.91. p. 12630).

Tais julgados, a despeito de sua maioria restringirem-se aos casos de decisões teratológicas ou manifestamente ilegais, apresentam-se com maior lógica jurídica.

Ora, se o Presidente do Tribunal local nega seguimento ao recurso especial, obviamente o seu entendimento é de que o recurso não tem probabilidade de êxito, faltando-lhe, para imprimir efeito suspensivo por meio de cautelar, o requisito do *fumus boni iuris*. Nesse sentido, Leonardo José Carneiro da Cunha afirma que:

Por outro lado, se ajuizável perante o tribunal local, não reunirá, provavelmente, chances de êxito, na exata medida em que, tendo sido negado seguimento ao seu recurso, será, muito possivelmente, indeferida a

¹⁹³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 4ª Turma. AgRg na MC 19. Ementa: AGRAVO DA LEI N. 8.038/90. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Não é possível a comunicação de efeito suspensivo a agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso especial. Agravo denegado. Rel. Min. Fontes de Alencar. 11 abr 94. DJ de 06.06.94. p. 14277.

¹⁹⁴ No mesmo sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MC 9768, Rel. Luiz Fux, 30 mar 05, DJ de 05.04.05.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MC 8975, Rel. Teori Albino Zavascki, 23 set 04, DJ de 30.09.04.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MC 7068, Rel. Humberto Gomes de Barros, 04 nov 03, DJ de 07.11.03.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MC 6039, Rel. Edson Vidigal, 27 jan 03, DJ de 04.02.03.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MC 6643, Rel. João Otávio de Noronha, 27 jun 03, DJ de 01.08.03.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MC 5211, Rel. Nilson Naves, 09 jul 02, DJ de 01.08.02.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MC 2884, Rel. José Delgado, 28 jun 00, DJ de 01.08.00.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MC 6287, Rel. João Otávio de Noronha, 03 abr 03, DJ de 23.04.03.

pretensão formulada, à míngua do indispensável requisito da *fumaça do bom direito*.

Ficaria, então, a parte interessada sem jurisdição cautelar. Haveria a configuração de um verdadeiro *non liquet*, desaguando para indiscutível violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, exatamente porque uma *ameaça* estará sendo afastada da análise do Poder Judiciário. Para evitar essa situação, *caberia ao tribunal superior apreciar a cautelar [...]*.¹⁹⁵

Nesse caso, também não haveria de se falar em julgamento antecipado do agravo de instrumento ou do próprio recurso de natureza extraordinária “[...] eis que os pressupostos de concessão de medida cautelar e de admissão do recurso extraordinário (e igualmente do especial) [e também do agravo de instrumento] são diversos”¹⁹⁶. Para a cautelar, verifica-se apenas a verossimilitude do direito invocado conjugada ao perigo de grave dano ao postulante. Quanto ao recurso especial, constata-se a incidência ou não de seus requisitos constitucionais.

Assim, também deve o Superior Tribunal de Justiça ser competente para o julgamento de medidas cautelares que visam atribuir efeito suspensivo a recurso especial inadmitido e pendente de julgamento de agravo de instrumento contra a decisão denegatória.

3.4 Recurso especial ainda não interposto

Casos há em que a parte não pode esperar sequer a publicação do acórdão para interpor o recurso especial e aforar a conseqüente medida cautelar para lhe emprestar efeito suspensivo. A urgência é tamanha que imperiosa se faz a concessão desse efeito ao recurso ainda a ser interposto.

Normalmente, tais situações ocorrem no julgamento de mandados de segurança ou outros procedimentos urgentes em que haja a concessão ou a revogação de decisões liminares, que independam de publicação do resultado do julgamento para surtirem seus regulares efeitos.

¹⁹⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Meios Processuais para Concessão de Efeito Suspensivo a Recurso que não tem*. in Revista Dialética de Direito Processual Civil nº 12, São Paulo: Editora Dialética, 2004. p. 98-99.

¹⁹⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 75.

A competência para a concessão do efeito suspensivo, pelas mesmas razões dantes expostas, também deve ser conferida ao Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, inúmeros julgados¹⁹⁷ acenaram e concluíram por essa possibilidade [a maioria assim o faz, desde que a decisão a ser recorrida mostre-se teratológica ou de manifesta ilegalidade]. Confira-se, por exemplo, o seguinte:

[...] 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. (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, MC 10388, Rel. Luiz Fux, 02 fev 06, DJ de 20.02.06)

Entretanto, repita-se, defende-se aqui que qualquer decisão suscetível de causar à parte iminente lesão grave e de difícil reparação merece e deve ser submetida ao crivo do Poder Geral de Cautela. Este poder, nos casos apresentados no presente trabalho, devendo ser exercido pelo Superior Tribunal de Justiça, seja apenas suspendendo os efeitos do acórdão recorrido, ou mesmo, antecipando o provimento recursal.

Registre-se, por derradeiro, hipóteses máximas do Poder Geral de Cautela a ser exercido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. São casos em que, de tão graves e acintosos, admite-se o ajuizamento de medidas cautelares até mesmo antes do próprio julgamento colegiado no tribunal local, portanto à míngua de acórdão.

Tratam-se de situações extremas [ao arrepio da lei e do senso comum] em que há sérias desconfiças de haver um direcionamento irregular no julgamento de determinada demanda no tribunal local, onde não se julga determinado processo, ou

¹⁹⁷ Em igual sentido, entre outros: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1ª Turma, MC 9275, Rel. Luiz Fux, 07 abr 05, DJ de 23.05.05. p. 148.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 3ª Turma, MC 4479, Rel. Antônio de Pádua Ribeiro, 13 dez 01, DJ de 18.02.02. p. 402.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 3ª Turma, MC 2427, Rel. Nilson Naves, 08 fev 00, DJ de 03.04.00. p. 144.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1ª Turma, MC 2571, Rel. Francisco Falcão, 15 ago 00, DJ de 25.09.00.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 3ª Turma, MC 835, Rel. Waldemar Zveiter, 05 ago 97, DJ de 27.10.97. p. 54784.

quando já se espera resultado teratológico, mantendo-se, propositadamente, determinada situação fática em claro prejuízo a uma das partes.

Assim, a parte prejudicada não pode ficar a depender desse tribunal que, propositadamente, mantém-na naquela situação. Imperiosa se faz, portanto, a atuação enérgica do Superior Tribunal de Justiça, com respaldo no poder geral de cautela, impedindo a propagação da injustiça no caso concreto.

Nesse sentido, cumpre transcrever excerto de decisão da lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, citando outros precedentes, deferindo liminar nesses casos para emprestar efeito suspensivo a recurso especial antes de concluído o julgamento na origem:

[...]

2. Primeiro, impende salientar que, em princípio, não haveria ainda a competência desta Corte para o exame da cautelar, posto inexistir decisão colegiada de último grau proferida no âmbito do Tribunal de Justiça do Piauí. Todavia, a jurisprudência deste Superior Tribunal registra o cabimento da cautelar para coibir situações de teratologia ou abuso manifesto, "quando for a única via de acesso para o resguardo de um direito relevante que, de outro modo, seria suprimido, ainda que não tenha sido julgado nas instâncias locais o recurso ordinário interposto", nas palavras do Ministro Ruy Rosado de Aguiar em voto na MC n. 2.035-MG (DJ 13/3/2000), de cuja ementa se colhe:

"É cabível a medida cautelar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em caráter absolutamente excepcional, se o recurso ordinário ainda não foi julgado no tribunal de origem, mas somente se, a um só tempo, a decisão cujos efeitos se pretende suspender for indisfarçadamente teratológica e se for inferida a existência de fortes indícios de que o tribunal local esteja manipulando o regular andamento do feito ou sonegando propositadamente a prestação jurisdicional, além de dela poder advir a ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil e incerta reparação, o que não ocorre na espécie".

Nesse mesmo sentido, confira-se o AgRgMC n. 5.557-RJ (DJ 9/12/2002), da relatoria da Ministra Eliana Calmon, assim ementado no pertinente:[...]

2. A excepcionalidade está presente quando a decisão impugnada é manifestamente ilegal, teratológica ou desproporcional. [...]

5. Com estas considerações, tenho por abusiva a decisão monocrática e por isso, *ad referendum* do relator, defiro a liminar para suspender sua eficácia até ulterior deliberação. (Superior Tribunal de Justiça, MC 10341, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no exercício da Presidência, 21 jul 05, DJ de 01.08.05).

De fato, quando não há outra possibilidade de a parte conseguir fazer valer seus direitos tidos por ameaçados, deve-se, também, admitir a concessão de medida cautelar antes, inclusive, de haver *causa decidida* na origem.

Aliás, para Teresa Arruda Alvim, “as medidas urgentes podem ser ordenadas por qualquer juiz, podendo-se passar por cima, aliás, até de regras de competência absoluta”.¹⁹⁸

Essa é a exegese da inafastabilidade do Poder Judiciário prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que não só pode, como deve se sobrepor a qualquer discussão acerca das regras de competência (que dirá da relativa à concessão de efeito suspensivo a recurso especial), máxime quando tais discussões pendem na direção de apenas tentar reduzir o número de processos nos tribunais superiores.

¹⁹⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. 3. ed. rev. e ampl.. São Paulo: RT, 1994. p. 167.

CONCLUSÃO

Certamente, ainda que não se tenha aprofundado o debate acerca de alguns institutos em virtude do objeto limitado deste trabalho, pôde-se chegar a algumas conclusões.

As medidas cautelares têm a função de assegurar o resultado prático de um processo principal, do qual lhe é dependente, servindo-se, em última análise, como um instrumento ágil à garantia dos direitos dos cidadãos, em face da natural morosidade do Poder Judiciário.

Dessa forma, garantem a própria eficácia da atividade jurisdicional, encaixando-se como consectário da inafastabilidade do Poder Judiciário, inserida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Para a concessão das medidas cautelares, mister demonstrar, em todas as hipóteses, os seus requisitos essenciais, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Afirmou-se, ainda, que as medidas cautelares são dotadas de algumas características que, embora não exclusivas dessa classe processual, em conjunto, delimitam os seus contornos, quais sejam: a provisoriedade, a sumariedade da cognição, preventividade, autonomia, revogabilidade, instrumentalidade e sentença mandamental.

Além das medidas cautelares específicas, há previsão genérica no Código de Processo Civil, nos artigos 798 e 799, do Poder Geral de Cautela, permitindo aos magistrados concederem medidas cautelares inominadas que entenderem necessárias para se evitar que uma parte cause à outra grave lesão e de difícil reparação antes do julgamento da lide principal.

O Superior Tribunal de Justiça, criado pela Constituição Federal de 1988, tem a função precípua de guardião da legislação infraconstitucional, julgando em

recurso especial as causas efetivamente decididas em última ou única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou locais. Sustentou-se, entretanto, a despeito da grande divergência doutrinária e jurisprudencial, que apenas as questões de ordem pública devem ser excetuadas do prequestionamento.

Descreveu-se, outrossim, os requisitos de admissibilidade do recurso especial, defendendo-se a impossibilidade de incursão no mérito do recurso no primeiro juízo de admissibilidade, ainda no tribunal de origem, sob pena de se incorrer em franca violação à competência do Superior Tribunal de Justiça, não obstante o tema estar praticamente pacificado em sentido oposto naquele Tribunal.

Embora os recursos especiais não tenham efeito suspensivo por expressa disposição legal, é lícito ao magistrado conferir-lhe tal efeito por meio de medida cautelar inominada ajuizada com esse fim, desde que presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Demonstrou-se que, a despeito da clarividência do disposto no parágrafo único do artigo 800 do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça vem adotando, como regra, o entendimento pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal (cristalizado nos Enunciados da Súmula nº 634 e 635) de que o tribunal superior somente é competente para conhecer das medidas cautelares após o recurso de natureza extraordinária tiver sido admitido na origem.

Apesar desse respeitável entendimento (que se apresenta mais como uma medida de contenção do número de processos nos tribunais superiores), e da constatação de que diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, mitigaram essa regra, a lógica jurídica aponta no sentido de tornar, efetivamente, este tribunal como o único competente para julgar todas as medidas cautelares que visem atribuir efeito suspensivo a recurso de sua alçada, independentemente de seu estágio de admissibilidade, sob pena de se invadir sua competência constitucional.

Ademais, tendo em vista a garantia do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o jurisdicionado deve ter seu pedido analisado ainda que não

haja, formalmente, instauração da competência do Superior Tribunal de Justiça, sob pena de privá-lo de seus direitos em virtude de omissão do Poder Judiciário ou mesmo de direcionamento ilegal no julgamento da causa no tribunal de origem.

Assim, o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça, que encampa os Enunciados 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal, embora respeitável do ponto de vista pragmático, não deve, e nem pode, sobrepor-se ao fim precípua da própria prestação jurisdicional, que é o de assegurar, aos cidadãos, o direito tido por violado ou ameaçado.

Nessa esteira, conclui-se que, para a garantia da ordem pública, da lógica processual e para o atendimento ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, as medidas cautelares que visem atribuir efeito suspensivo a recurso especial devem ser ajuizadas perante o próprio Superior Tribunal de Justiça, independentemente mesmo até da existência fática deste recurso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, José. *Os Procedimentos cautelares no novo código de processo civil*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Recursos Extraordinário e especial. Visão prática e jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004.

ALBUQUERQUE, Leônidas Cabral. *Admissibilidade do Recurso Especial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. 3. ed. rev. e ampl.. São Paulo: RT, 1994.

ASSIS, Araken. *Manual do Processo de Conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 12. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BASAN, Pedro Mudrey. *Medidas Cautelares: doutrina, legislação, prática, jurisprudência*. 3. ed. rev. e ampl. Bauru, SP : EDIPRO, 1993.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETO, Sílvia Marina L. Batalha. *Cautelares e liminares*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 1996.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Carla Roberta Andreasi Bassi (Trad.). Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. III., 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen iuris, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recursos especial, agravos e agravo interno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Vol. III. Adrián Sotero de Witt Batista. (trad), São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Marcio Cruz Nunes de. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Brasília: Brasília Jurídicia, 2005.

CASEIRO, Luciano. *Lide Cautelar*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1996.

CAVALCANTI, Mantovanni Colares. *Os Meios de Impugnação na Medida Cautelar que atribui Efeito Suspensivo a Recurso Extraordinário sob o Enfoque das Súmulas 634 e 635 do STF*. in Revista Dialética de Direito Processual Civil nº 13, São Paulo: Editora Dialética, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Meios Processuais para Concessão de Efeito Suspensivo a Recurso que não tem*. in Revista Dialética de Direito Processual Civil nº 12, São Paulo: Editora Dialética, 2004.

FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. *O juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário exercido pelo tribunal local*. in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. v. 9. Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Embargos de declaração. Teoria geral e efeitos infringentes*. São Paulo: RT, 2004.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. VIII, tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. Saraiva: São Paulo, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. *Medida cautelar nos recursos especial e extraordinário*. Revista Jurídica, São Paulo, junho de 1998, ano XLVI, nº 248.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição*. in *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999.

_____.; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: volume 4, Processo Cautelar*. São Paulo: RT, 2008.

_____.; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2003.

MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 1996.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2002.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. Coleção Estudos de Direito de Processo, Enrico Tullio Liebman – vol.52, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil. Medidas de urgência. Tutela Antecipada e Ação Cautelar. Procedimentos especiais*. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., e ampl., e ref. São Paulo: RT, 2004.

NOLASCO, Rita Dias. *Efeito devolutivo restrito: reconhecimento de ofício*. in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. v. 10. Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.

ORIONE NETO, Luiz. *Dos recursos: temas obrigatórios e atuais*. Vol 2 – Vetores recursais. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002.

_____. *Processo Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Recurso Extraordinário. In Dos recursos: temas obrigatórios e atuais. Vol. 2.* Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002.

PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos recursos especial e extraordinário.* 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Comentários ao Código de Processo Civil. v. 5. Arts. 444 a 565.* 2. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2005.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Recurso especial para o STJ: teoria geral e admissibilidade.* 2. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996.

RODRIGUES NETTO, Nelson. *As alterações das hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial promovidas pela EC 45, de 08.12.2004. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis.* Ciird. Nelson Nery Jr. E Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 2006.

_____. *Comentários sobre as Súmulas 634 e 635 do STF: o Recurso Extraordinário e a Competência para deferir Medida Cautelar Concessiva de Efeito Suspensivo.* in Revista Dialética de Direito Processual Civil nº 11, São Paulo: Editora Dialética, 2004.

SILVA, Ovídio A. Batista. *Curso de Processo Civil. Vol. 1.* 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Do processo cautelar.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória.* 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

VIEIRA, Cristiane Maria. *Medidas cautelares e procedimentos especiais.* São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. (Coord.) *Curso Avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Os agravos no CPC Brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Lei 11.187/005. São Paulo: RT, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCK, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.