

Comentários sobre as Súmulas 634 e 635 do STF: O Recurso Extraordinário e a Competência para Deferir Medida Cautelar Concessiva de Efeito Suspensivo

Nelson Rodrigues Netto

Advogado em São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação dos Advogados de São Paulo. Doutorando, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU.

I - Introdução

O Supremo Tribunal Federal, após um longo período sem compendiar o entendimento assentado de sua jurisprudência fez publicar, muito recentemente, na Seção 1, páginas 1 a 6, do Diário da Justiça da União, datado de 9 de outubro de 2003, cem novos verbetes de n^{os} 622 a 721 de sua *Súmula*.

O presente exame tem por finalidade tecer breves comentários sobre as Súmulas de n^{os} 634 e 635, a seguir transcritas, que se referem ao momento cabível e ao órgão competente para conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário:

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

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

II – Concessão de efeito suspensivo a Recurso Extraordinário

O recurso extraordinário, bem como o recurso especial, em conformidade com o disposto no parágrafo 2º, do artigo 542, do Código de Processo Civil¹, devem ser recebidos exclusivamente no efeito devolutivo. E, pela ausência de efeito suspensivo, fica o recorrido autorizado a promover a execução provisória do julgado (art. 497 c/c art. 587, do CPC).

Há casos excepcionais, todavia, que reclamam a concessão de efeito suspensivo aos aludidos recursos, sob pena de tornar inútil a eventual decisão que os acolha, notadamente, em virtude da execução ser levada a cabo.

Em tais hipóteses, o recorrente demonstrando haver fundado receio de que a parte contrária, antes do julgamento do recurso, cause a direito seu, lesão grave ou de difícil reparação, faz jus à tutela jurisdicional cautelar, obtida mediante o exercício do poder geral de cautela do juiz, nos moldes do estatuído no artigo 798, do CPC.²

O mandado de segurança para obtenção de efeito suspensivo em recursos que dele carecem foi muito utilizado principalmente junto ao agravo de instrumento, antes da Lei nº 9.139/95. O referido diploma legal, derogando os artigos 527 e 558, do CPC, passou a permitir que o relator conferisse efeito suspensivo ou a antecipação dos efeitos da tutela da pretensão recursal, de modo generalizado, nos casos em que a execução da

¹ Especificamente quanto ao recurso extraordinário é do mesmo teor o art. 321, §4º, do Regimento Interno do STF.

² É pacífica a jurisprudência do STF, quanto ao uso da medida cautelar para fins de conferir efeito suspensivo ao recurso extraordinário, consoante se constata dos seguintes precedentes: “Pet. 118 – Medida cautelar. Recurso Extraordinário. O recurso extraordinário tem efeito unicamente devolutivo. Só em casos excepcionais poderá ser deferida medida cautelar, imprimindo à irresignação para o efeito suspensivo, máxime sem audiência das partes. Aplicação dos artigos 304 e 21, IV, do RISTF c/c, os artigos 343, §4º, 797 e 798, do CPC. Liminar Indeferida”, in RTJ 110/458; “Pet. 128 – Medida cautelar visando conferir efeito suspensivo a Recurso Extraordinário, só em casos excepcionais se faz cabível (artigos 304 e 321, §4º, do Regimento Interno. Presunção de extravio de bens, que não tem lugar, na espécie, tampouco o risco de ineficácia da ulterior decisão, no Recurso Extraordinário (artigo 21, IV, do Regimento Interno) Indeferimento da medida”, in, RTJ 112/957.

decisão recorrida pudesse resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação do recurso.

A despeito de seu freqüente emprego, recepcionado pelos pretórios, a melhor doutrina criticava o uso do mandado de segurança, sob diversos aspectos, desde a falta de possibilidade jurídica do pedido, pois não havia direito líquido e certo contra o ato judicial atacado, ou a falta de objeto porque o MS não se voltava nem contra o ato guerreado, nem tampouco contra qualquer ato do juízo *a quo*. Mais acertadamente, os requisitos que justificam a suspensão da eficácia da decisão recorrida são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* pertinentes à ação cautelar.

Sob este prisma, o artigo 21, inciso IV, do Regimento Interno do STF, autoriza expressamente que, observada a respectiva competência, o Plenário ou a Turma, defiram medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda, à garantir a eficácia da ulterior decisão da causa. Ademais, em seu inciso V, o artigo 21, autoriza o próprio relator, em casos de urgência, conceder a medida cautelar *ad referendum* do órgão colegiado³. Em complemento o artigo 304, preceito introdutório do Capítulo I - das Disposições Gerais, do Título XI - dos Recursos, do RISTF, reza que serão admitidas medidas cautelares nos recursos, independentemente dos seus efeitos.

Revela-se na parte final do mencionado artigo 21 exatamente a preocupação da Suprema Corte em garantir a eficácia de suas decisões em decorrência da ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário.

III – Os fundamentos das Súmulas n^{os} 634 e 635

O artigo 800, *caput*, do CPC, estabelece como competente para as ações cautelares, salvo exceções, o juízo da causa, quando incidentais, e, quando preparatórias, o juízo competente para conhecer da ação principal.

³ Conferir, neste sentido, Pet. 548-8 (medida liminar) – AC – Tribunal Pleno, v.u., j. 13.04.1992, rel. Min. Celso de Mello, DJU 05.06.1992.

Em sua redação original, o parágrafo único, do artigo 800, outorgava competência ao relator do recurso para deferir medidas cautelares, nos casos urgentes, *desde que a causa estivesse no Tribunal*.

A partir da chamada 1ª fase da Reforma Processual, a Lei nº 8.952/94, alterando o citado parágrafo único, do art. 800, estipula que *interposto o recurso*, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.

A alteração é extremamente sensível pois entre a interposição do recurso e seu recebimento, mesmo que para juízo de admissibilidade, muitas vezes medeia um longo período de tempo. Tal interregno acaba sendo mais prolongado quando há um juízo prévio e provisório de admissibilidade perante o juízo *a quo*, como ocorre com o processamento do recurso extraordinário.

Ambas as Súmulas de nºs 634 e 635 expõem a interpretação do STF sobre o tema. Entretanto, bastaria à Suprema Corte ter editado a Súmula nº 635 já que seu conteúdo engloba o da Súmula nº 634, uma vez que preceitua ser competente o Presidente do Tribunal ‘a quo’ (ou o Vice-Presidente, como expressamente previsto no artigo 541, do CPC) para deferir medida cautelar, enquanto pendente a apreciação, na origem, dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário.

Da análise dos precedentes das súmulas verifica-se que o supedâneo para a criação dos verbetes tem arrimo na interpretação do parágrafo único, do artigo 800, desenvolvida em votos proferidos pelo eminente Ministro Moreira Alves.

Dos arestos colacionados para compor os precedentes da Súmula nº 634, o primeiro que contém manifestação relevante sobre o seu objeto é o Agravo Regimental em Petição nº 1.189, julgado em 29.10.1996, por votação unânime e publicado no DJ de 06.12.1996, da 1ª Turma, sendo Presidente e Relator o Ministro Moreira Alves.

Pedimos licença para transcrever o voto na íntegra, uma vez que é essencial ao escopo deste trabalho:

Não tem razão as agravantes. Com efeito, o disposto no parágrafo único do artigo 800 do CPC, na redação que lhe deu a Lei 8952/94, não se aplica a recurso extraordinário ainda não admitido, pela singela razão de que sua aplicação implicaria pré-julgamento da admissão do recurso

extraordinário pelo relator da petição de medida cautelar, que se torna preventivo para julgar o agravo contra o despacho da não-admissão desse recurso, em detrimento da livre apreciação do Presidente do Tribunal 'a quo' no âmbito da competência originária que a legislação lhe outorga para esse juízo da admissibilidade, porquanto, se se considera relevante o fundamento jurídico do recurso extraordinário para o efeito de conceder-lhe o efeito suspensivo que a legislação não lhe outorga, é evidente que ele deverá ser admitido ainda que para melhor exame. Ademais, se não obstante isso, o Presidente do Tribunal 'a quo' não admitir o recurso extraordinário a que foi dado efeito suspensivo em medida cautelar requerida perante esta Corte, ter-se-á a esdrúxula situação de um recurso extraordinário não-admitido por quem é competente para tanto continuar a ter efeito suspensivo antes de reformada a decisão de não-admissibilidade, uma vez que o despacho de não-admissão na Corte de origem não tem força para reformar a concessão de cautelar dada pelo Tribunal 'ad quem' que lhe é hierarquicamente superior. Em face do exposto, nego provimento ao presente agravo.

Árdua é a tarefa de discordar da posição do ilustre Ministro Moreira Alves que, por quase três décadas abrilhantou o Pretório Excelso, contudo, deste desiderato não podemos nos esquivar.

O cerne da questão, a nosso parecer, está nas diferenças que existem entre o objeto e o espectro da cognição na tutela cautelar e no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário.

É incontestável na comunidade jurídica que a concessão de medida liminar numa ação cautelar de modo algum implica na vinculação ou pré-julgamento da pretensão acautelanda. Disto decorre a decantada característica da autonomia da ação cautelar em face da ação principal.

O efeito suspensivo é mero conseqüente do pronunciamento judicial que visa impedir que a decisão que oportunamente venha a ser proferida no recurso extraordinário torne-se absolutamente inócua em face do transcurso do tempo, restando

demonstrado o *periculum in mora*, e, presente em adição, a plausibilidade do direito alegado pelo recorrente.

Não socorre, portanto, a afirmação de que o deferimento da medida cautelar outorgando efeito suspensivo ao recurso extraordinário implicaria em pré-julgamento da admissibilidade do recurso pelo relator no STF, em detrimento da livre apreciação daquela pelo Presidente do Tribunal ‘a quo’.

A concessão da medida cautelar, como salientado no item anterior, tem em mira, única e exclusivamente, preservar o indigitado direito que venha a ser reconhecido no julgamento do recurso extraordinário. Nada mais. Não há julgamento do mérito recursal, em sede cautelar.

Isto porque a cisão do juízo de admissibilidade entre os órgãos ‘a quo’ e ‘ad quem’ visa unicamente a atender o princípio da economia processual. Havendo um juízo negativo de admissibilidade, exige-se uma renovada insurreição da parte desfavorecida em impetrar novo recurso objetivando superar o empecilho para o seguimento do recurso anterior. Mas 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.

A competência para o julgamento definitivo sobre os requisitos de admissibilidade de qualquer recurso é sempre do órgão que tem competência para o julgamento de seu mérito. Esta nenhuma vinculação tem com o juízo de admissibilidade proferido pelo órgão ‘a quo’.⁴

A utilidade do exercício da jurisdição pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar o mérito de um recurso extraordinário deve ser salvaguardada pela própria Corte Suprema, mediante o instrumental estabelecido pelo ordenamento jurídico. Este meio é o exercício da função cautelar, conforme explicitado no artigo 21, inciso IV, de seu Regimento Interno e expressamente capitulado no parágrafo único, do artigo 800, do

⁴ Expressa é a regra do artigo 687, nº 4, do Código de Processo Civil português: “*A decisão que admita o recurso, fixe a sua espécie, ou determine o efeito que lhe compete não vincula o tribunal superior, e as partes só podem impugnar as suas alegações*”. Corresponde, igualmente, à doutrina lusitana, conforme Fernando Amâncio Ferreira, *Manual dos Recursos em Processo Civil*, 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 146.

CPC. Não se apresenta razoável que a preservação da eficácia da decisão a ser proferida em recurso extraordinário seja realizada por qualquer outro órgão do Judiciário.

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.

Em verdade, a atividade cognitiva desenvolvida pelo relator para concessão da medida cautelar é diferente daquela que ele irá desenvolver para decidir se estão presentes ou ausentes os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário.

Com efeito, o juízo de admissibilidade do recurso é objetivo, não está vinculado a conceitos vagos como o são o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* da tutela cautelar.⁵

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.

Ao contrário, a cognição exercida no juízo de admissibilidade do extraordinário e, diga-se, em relação a qualquer recurso, é plena, quanto sua extensão (plano horizontal), relativa aos seus requisitos de admissibilidade (cabimento, legitimidade, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal e preparo), e exauriente, quanto à sua profundidade (plano vertical), pois se tratam de elementos objetivos cuja demonstração não exige produção de prova e cujo controle se faz pela verificação de sua presença no caso concreto.

Em resposta ao segundo argumento empregado para a fundamentação das Súmulas n^{os} 634 e 635, não se afigura qualquer anomalia a manutenção da suspensão da eficácia da decisão enquanto for possível sua reforma pelo órgão recursal. Inexiste situação esdrúxula, pois a não-admissão do recurso extraordinário é, neste momento, provisória, situação jurídica ainda não cristalizada por força de preclusão.

⁵ Parcela da doutrina pátria chega a afirmar que o poder geral de cautela do juiz para a concessão de medida cautelar inominada consiste de um poder discricionário (ver por todos, Ernane Fidelis dos Santos, *Manual de Direito Processual Civil*, 8^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 2, p. 407). Em nosso sentir, são conceitos vagos que deverão ser preenchidos à luz dos fatos do caso concreto, segundo premissas estabelecidas, em tese e previamente, pelo aplicador do direito.

Neste sentido, é assente o entendimento que a mera possibilidade de interposição de um recurso gera a manutenção do estado de litispendência da causa e impede ou retarda a preclusão sobre a referida decisão.⁶ A este estado, a medida cautelar vem agregar a condição suspensiva de sua eficácia, sempre justificada pelo risco de grave dano de difícil reparação que torne írrita a ulterior decisão do recurso extraordinário.

É a decisão impugnada por meio do recurso extraordinário que permanece com sua eficácia suspensa, enquanto se mantiverem presentes os requisitos da medida cautelar e a possibilidade de uma nova decisão pelo Supremo Tribunal Federal.

A doutrina do Ministro Moreira Alves é reprisada nos acórdãos em que foi relator, assim nas Questões de Ordem nas Petições em Medidas Cautelares nº 1.863 e nº 1.872, ambas da 1ª Turma, votações unânimes, julgadas em 7.12.1999 e publicadas no DJ em 14.04.2000, e no Agravo Regimental em Petição nº 535, 1ª Turma, votação unânime, julgada em 11.02.1992 e publicada no DJ 13.02.1992. Igualmente, serviu de sustentação nos Agravos Regimentais em Petições nº 1.327 e nº 1.334, ambos da 2ª Turma, julgados por maioria de votos em 01.12.1997, sendo relator o Ministro Carlos Velloso e, tendo voto vencido do Ministro Marco Aurélio; e, nos Agravos Regimentais em Petições nº 1.336 e nº 1.341, da 2ª Turma, julgados por maioria de votos em 01.12.1997, sendo relator o Ministro Nelson Jobim e, tendo voto vencido do Ministro Marco Aurélio, e no Agravo Regimental em Petição nº 1.903, Tribunal Pleno, votação unânime, datado de 01.03.2000, publicado no DJ de 06.09.2001, sendo relator o Ministro Sepúlveda Pertence, e a Reclamação nº 1.509, Tribunal Pleno, votação unânime, datado de 21.06.2000, publicado no DJ de 06.09.2001, sendo relator o Ministro Octávio Gallotti, estes dois últimos acórdãos constando dos precedentes da Súmula nº 635.

Neste particular, merece destaque o voto vencido do ilustre Ministro Marco Aurélio que, como veremos no item IV infra, encontra ressonância na interpretação predominante do Superior Tribunal de Justiça sobre o parágrafo único, do artigo 800, do CPC.

⁶ É irrelevante para o presente ensaio a divergência doutrinária sobre se a possibilidade de interposição de recurso importa em impedimento ou apenas retardamento da preclusão sobre a decisão recorrível.

O Ministro Marco Aurélio, em sucinta paráfrase, assevera que basta ao autor da cautelar comprovar a interposição do recurso extraordinário para que ao STF tenha-se devolvido o conhecimento da matéria impugnada. Repisa, o ínclito Magistrado, que o parágrafo único, do artigo 800, contenta-se com a interposição do recurso. Acrescenta ainda que, mesmo com o juízo de admissibilidade negativo proferido pelo Presidente do Tribunal ‘a quo’, a cautelar somente restará prejudicada, se não for interposto recurso de agravo por instrumento.

Não há dúvida que a hipótese espelha a falta de interesse processual superveniente da ação cautelar, prejudicada por falta de objeto a ser acautelado. A situação jurídica acautelada remanescerá íntegra até o momento em que faltar a condição suspensiva em que se encontra sujeita a decisão recorrida, seja porque do juízo de admissibilidade negativo originário não se interpôs agravo de instrumento, seja porque este não foi conhecido, seja ainda, porque ele foi improvido.⁷

O que soa desamparada de qualquer fundamentação legal é a proposição pretendendo que a medida cautelar possa ser deferida pelo Presidente do Tribunal ‘a quo’ e subindo o recurso extraordinário, submeta-se a liminar à ratificação ou à rejeição (*rectius*: revogação) do Supremo Tribunal. A norma do art. 800, parágrafo único, é expressa noutro sentido: interposto o recurso, a medida cautelar será requerida (e deferida, desde que demonstrado estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*) diretamente ao tribunal.

À guisa de conclusão deste tópico, cabe chamar a atenção, ainda dentro dos precedentes sumulares, para o fato de no Agravo Regimental em Petição nº 535, o ilustre Ministro Ilmar Galvão, antes mesmo da reforma processual da Lei nº 8.952/94, conquanto acompanhando os demais ministros, ter manifestado posição contrária ao entendimento majoritário do Pretório Excelso, cujo trecho do acurado voto transcrevemos a seguir:

⁷ Ressalvando-se a possibilidade da decisão sobre o juízo de admissibilidade ou sobre o juízo de mérito do recurso ter sido proferida pelo relator e, posteriormente, carreada ao órgão competente, por força de agravo, na forma dos artigos 545 e 557, do CPC.

(...) Com efeito, no momento em que se reclama uma expansão dos meios de controle, pelo Supremo Tribunal Federal, das decisões proferidas por outros órgãos do sistema judiciário nacional, parece-me contraproducente a orientação consubstanciada nos precedentes, tanto mais quando nenhum empeco sobressai, de ordem legal, à concessão da medida, em certos casos que estejam a indicar a necessidade da suspensão dos efeitos da decisão objeto do recurso extraordinário, havendo, ao revés, previsão expressa, no art. 798 do CPC, no sentido de que, além dos procedimentos cautelares específicos, 'poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas'.

Ainda sob à égide do regime jurídico anterior, perfilou a mesma linha de consideração o insigne Ministro Celso de Mello, relator na Reclamação nº 461-3, julgada pelo Plenário, em votação unânime, em 3.12.1992, e publicada no DJ de 26.02.1993. Por sua lucidez, reproduzimos partes do voto condutor:

(...)Tendo em vista que o juízo de admissibilidade exercido em instância inferior, resume-se à verificação dos pressupostos genéricos e específicos de recorribilidade do apelo extremo, não há dúvida de que a concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário não se insere nos limites jurídico-processuais da atuação jurisdicional da Presidência do Tribunal 'a quo'. Age 'ultra vires', com evidente excesso no desempenho de sua competência monocrática, o Presidente do Tribunal inferior que, ao formular juízo positivo de admissibilidade, vem a outorgar, ao arrepio da lei, efeito suspensivo a recurso extraordinário, interferindo, desse modo, em domínio juridicamente reservado, com exclusividade absoluta, à atividade processual do Supremo Tribunal Federal(...).

Os fundamentos dos votos copiados não discrepam, antes, complementam-se ou assemelham-se aos que acima expendemos, demonstrando que no próprio seio daquele

areópago ecoaram e ecoam vozes dissonantes daquela assentada nas Súmulas de nº 634 e de nº 635.

IV – A posição do Superior Tribunal de Justiça

Considerando que à luz da dualidade de órgãos de Cúpula do Poder Judiciário, criada a partir da Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça passou a ser o órgão constitucionalmente encarregado de preservar o direito federal, faz-se necessário apontar, em breves linhas, a interpretação deste sodalício quanto o disposto no parágrafo único, do artigo 800, do Código de Processo Civil.

Ao contrário da jurisprudência assentada e compendiada nas Súmulas nºs 634 e 635, do Supremo Tribunal Federal, predomina no Superior Tribunal de Justiça a corrente que reputa competente para concessão de medida cautelar visando emprestar efeito suspensivo a recurso especial pendente de admissão na origem, o próprio STJ.

Realmente, os Ministros do STJ, aplicando o artigo 288, de seu Regimento Interno, combinado com o disposto no artigo 800, parágrafo único, do CPC, têm conhecido e deferido medidas cautelares com a finalidade retro exposta, apesar do Presidente do Tribunal ‘a quo’ ainda não ter se pronunciado sobre admissibilidade, ou não, do recurso especial.⁸

Há decisões, inclusive, que tem deferido medidas cautelares em relação a recursos especiais ainda não interpostos.⁹

Revela-se, assim, que a interpretação preponderante no STJ é no sentido de interposto o recurso especial (momento cabível) aquela corte será competente para conceder medida cautelar para suspender a eficácia da decisão recorrida (órgão competente).

⁸ Apenas a título de exemplo, dentre inúmeros julgados: MC nº 4.071-RS, rel. Min. Laurita Vaz, j. 28.05.02, v.u., DJU 01.07.03, p. 267; MC nº 2761, rel. Min. Garcia Vieira, j. 17.08.00, v.u., DJU 18.09.00, p. 97; MC nº 1187, rel. José Delgado, j. 04.06.98, maioria, DJU 17.08.98, p. 22.

⁹ MC nº 2.766-PI, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 29.06.00, maioria, DJU 11.09.00, p. 223; MC nº 1.183-SC, rel. Min. Bueno de Souza, j. 26.05.98, v.u., DJU 21.06.99, p. 154.

Como ponderação de fecho relembramos que no ordenamento pátrio as decisões das Cortes da Federação¹⁰, de ordinário, não possuem efeito vinculativo, razão pela qual a interpretação do parágrafo único, do artigo 800, do CPC, pelo Tribunal guardião da inteireza do direito federal não se impõem aos demais órgãos do Poder Judiciário, restando ao operador do direito junto ao Supremo Tribunal Federal observar o quanto estabelecido nas Súmulas analisadas.

¹⁰ Denominamos de *Cortes* ou *Tribunais da Federação*, os órgãos de cúpula do Judiciário que tem competência sobre todo o território nacional.