

# *Concessão de efeito suspensivo a Recurso Extraordinário e a Recurso Especial*

## **Nelson Rodrigues Netto**

*Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Pesquisador e Professor de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU. Advogado e consultor jurídico.*

## **Sílvia Marina Batalha de Rodrigues Netto**

*Especialista em Direito Comercial pelo Centro de Extensão Universitária – CEU. Membro do Tribunal de Ética Profissional da OAB/SP. Advogada e consultora jurídica.*

**Sumário:** 1 – Introdução. 2 – A ausência de efeito suspensivo no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial. 3 – O poder geral de cautela do juiz. 4 – A análise das Súmulas n<sup>os</sup> 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal. 5 – A posição do Superior Tribunal de Justiça. 6 – O novo regime jurídico do recurso de Agravo, segundo a Lei n<sup>o</sup> 11.187, de 19.10.2005. Referências bibliográficas.

### **1 - Introdução**

O art. 557, do Código de Processo Civil, num curto espaço de tempo sofreu alterações sucessivas (primeiramente, pelo art. 2<sup>o</sup>, da Lei n<sup>o</sup> 9.139, de 30.11.1995, e depois, pelo art. 1<sup>o</sup> da Lei n<sup>o</sup> 9.756, de 17.11.1998), de modo a conferir, numa tendência

do direito brasileiro, uma gama de poderes, cada vez mais ampla, ao relator dos recursos. Assim, o relator pode apreciar, monocraticamente, a admissibilidade e até o mérito dos recursos.

Nesta toada, o direito sumulado ganha em importância, uma vez que se encontra entre as hipóteses legais que autorizam o julgamento singular pelo relator, o confronto do recurso ou da decisão recorrida com súmula de seu próprio tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de tribunal superior, conforme prevêm o *caput* e o §1º - A, do art. 557.

Devemos destacar ainda que, após um longo período sem compendiar o entendimento assentado de sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal fez publicar as Súmulas nºs 622 a 736, e tratando especificamente do tema da obtenção de efeito suspensivo em recurso extraordinário, as Súmulas nº 634 e nº 635.

A partir dos referidos verbetes, resta sumulado o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, o qual, contudo, já era pacífico em seu seio.

Igualmente, resulta concretizada a divergência sobre o modo de interpretação e aplicação do direito, realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, no tocante a matéria relativa à concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial.

Enfatizamos a importância dessa divergência, por causa da alteração da competência do STF, realizada pela Constituição Federal de 1988, ao criar o STJ, como uma Corte de cúpula do Judiciário, guardião do direito infraconstitucional comum.

As Súmulas de nºs 634 e 635 referem-se 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”.

## **2 – A ausência de efeito suspensivo no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial**

O recurso extraordinário, bem como o recurso especial, em conformidade com o disposto no §2º, do art. 542, do Código de Processo Civil<sup>1</sup>, devem ser recebidos, exclusivamente, no efeito devolutivo. Logo, pela ausência de efeito suspensivo, fica o recorrido autorizado a promover a execução provisória do julgado (art. 497, c.c. art. 587, do CPC).

Entretanto, situações excepcionais exigem a concessão de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial, posto que a possibilidade da promoção da execução do *decisum*, enquanto pendente os processamentos e julgamentos dos aludidos recursos, pode vir a tornar inúteis os seus eventuais provimentos.

Em tais hipóteses, o recorrente demonstrando haver justificado receio de que a execução da decisão recorrida, antes do julgamento do recurso extraordinário e/ou recurso especial, possa vir a causar 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 art. 798, do CPC.<sup>2</sup>

---

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

<sup>2</sup> Conferir, a jurisprudência pacífica 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.

Outrora, foi muito utilizada a ação de mandado de segurança para obtenção de efeito suspensivo em recursos que dele carecem. O expediente era comuníssimo na interposição de agravo, na forma de instrumento, antes da Lei nº 9.139/95.<sup>3</sup>

O aludido diploma legal, alterando o art. 527 e o art. 558, do CPC, passou a autorizar 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 decisão recorrida pudesse resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação do recurso.<sup>4</sup>

A despeito de sua freqüente aplicação, abrigada nos pretórios pátrios, a melhor doutrina censurava o uso do mandado de segurança, sob diversos aspectos, desde a falta de possibilidade jurídica do pedido, pois, em regra, não havia direito líquido e certo contra o ato judicial atacado, ou, a falta de objeto porque o *mandamus* não se voltava nem contra o ato impugnado, tampouco contra qualquer ato do juízo *a quo*.

Reputava-se como mais correta, a possibilidade de no caso concreto exurgirem o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, concernentes à ação cautelar, como pressupostos que justificariam a suspensão da eficácia da decisão recorrida.

### **3 – O poder geral de cautela do juiz**

Historicamente, o poder geral de cautela, conferido ao juiz, não existia entre nós, notadamente, porque o Regulamento nº 737, de 1850, não o previa expressamente, disciplinando somente processos específicos “preparatórios, preventivos ou incidentes”, em alusão a medidas cautelares nominadas ou típicas.

Os cânones do poder geral de cautela foram estipulados no Código de Processo Civil, de 1939, cujo art. 675, prescrevia:

---

<sup>3</sup> O agravo, sob a forma de instrumento, era interposto em 1º grau de jurisdição, com formação paulatina e morosa, sendo que a extração, a conferência e o concerto do traslado, eram de responsabilidade do escrivão (original art. 525, do CPC).

<sup>4</sup> Remanescem atualmente, as hipóteses do original art. 558 e seu parágrafo único, que exigiam que o requerimento de suspensão deveria estar fundamentado em casos de prisão do depositário infiel, ou, de adjudicação, remição de bens ou levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea.

“Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autorize, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: I - Quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; II - Quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesão, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes; III - Quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa”.

A enumeração era, evidentemente, enunciativa e não taxativa, constituindo mero critério genérico de cautelaridade.

No diploma processual de 1973, o art. 798, dispõe:

“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 fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação”.<sup>5</sup>

A amplitude da liberdade conferida ao juiz, para o exercício da atividade cautelar no processo, não pode ser estipulada em linhas previamente definidas, comportando *standards* elásticos confiados ao seu prudente critério em face da situação que o caso concreto apresenta.

Isto não significa que se trata de legitimar o arbítrio judicial, desapegado de parâmetros ou critérios. Antes, deve-se legitimar a atividade do juiz em atenção ao interesse envolvido no litígio, a fim de atender às necessidades de urgência de medidas, na proteção da parte que se encontra sujeita a sofrer os males inerentes ao tempo do processo.

---

<sup>5</sup> Por seu turno, o art. 799, dispõe: “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 depósito de bens e impor a prestação de caução”.

A tutela cautelar serve para proteger a parte, evitando que sofra prejuízos em seu interesse ou direito, em virtude do chamado *dano marginal* da duração do processo.

Sob outra ótica, é válido afirmar que a tutela cautelar atende a preservação da dignidade da Justiça, evitando que as decisões se tornem inúteis, ante o compasso, muitas vezes lento, de duração dos processos.

O poder geral de cautela do juiz, assegurado pelo art. 798, do CPC, encontra limites em requisitos legais, somente podendo ser concedido se estiverem presentes os chamados *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito postulado, embora ainda não exaurientemente evidenciado) e *periculum in mora* (a existência do risco de que a demora na prestação jurisdicional possa provocar danos de difícil ou impossível reparação).

O art. 798 proclama a função cautelar do juiz, assinalando que este poderá determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra, lesão grave ou de difícil reparação. Assim, admitem-se, em princípio, quaisquer medidas inominadas ou atípicas, desde que a interferência do juiz, a título preparatório, preventivo ou incidente, se torne necessária em virtude dos referidos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

É sob este aspecto que o art. 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, para garantir a eficácia da ulterior decisão da causa.

Ademais, em seu inciso V, o art. 21, autoriza o próprio relator, em casos de urgência, conceder a medida cautelar *ad referendum* do órgão colegiado.<sup>6</sup>

Por último, cabe acrescentar que o art. 304, preceito introdutório do Capítulo I - das Disposições Gerais, do Título XI - dos Recursos, do RISTF, dispõe que serão admitidas medidas cautelares nos recursos, independentemente dos seus efeitos.

---

<sup>6</sup> 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.

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

#### **4 – A análise das Súmulas n<sup>os</sup> 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal**

O art. 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.

Em sua redação original, o parágrafo único, do art. 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 transcorre 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 n<sup>os</sup> 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 art. 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 encontra amparo na interpretação do parágrafo único, do art. 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”.

Em que pese a inolvidável cultura jurídica do ilustre ministro Moreira Alves, expoente do STF por quase três décadas, ousamos divergir da posição externada e que rendeu ensejo à interpretação sumulada da Corte Magna.

A nós nos parece que o âmago da questão está nas divergências 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’.

Como já realçado, a concessão da medida cautelar 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’ tem o propósito único de atender o princípio da economia processual. Havendo um juízo negativo de admissibilidade, impõe-se uma renovada impugnação 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. Este nenhuma vinculação tem com o juízo de admissibilidade proferido pelo órgão ‘a quo’.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Expressa é a regra do art. 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”. Não se verifica qualquer divergência de interpretação na

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 art. 21, inciso IV, de seu Regimento Interno, e expressamente capitulado no parágrafo único, do art. 800, do 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 exorta 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 irrefutável 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.<sup>8</sup>

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 à 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

---

doutrina, conforme Fernando Amâncio Ferreira, *Manual dos Recursos em Processo Civil*, 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 146.

<sup>8</sup> 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*, 8ª 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.

demonstração não exige produção de prova e cujo controle se faz pela verificação de sua presença no caso concreto.

Em relação ao segundo argumento empregado para a fundamentação das Súmulas n<sup>os</sup> 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.

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.<sup>9</sup>

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 inócua 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 n<sup>o</sup> 1.863 e n<sup>o</sup> 1.872, ambas da 1<sup>a</sup> Turma, votações unânimes, julgadas em 7.12.1999 e publicadas no DJ em 14.04.2000, e no Agravo Regimental em Petição n<sup>o</sup> 535, 1<sup>a</sup> Turma, votação unânime, julgada em 11.02.1992 e publicada no DJ 13.02.1992. Igualmente, serviu de sustentação nos Agravos Regimentais em Petições n<sup>o</sup> 1.327 e n<sup>o</sup> 1.334, ambos da 2<sup>a</sup> 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 n<sup>o</sup> 1.336 e n<sup>o</sup> 1.341, da 2<sup>a</sup> 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 n<sup>o</sup> 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 n<sup>o</sup> 1.509, Tribunal Pleno, votação

---

<sup>9</sup> É irrelevante para o presente trabalho a divergência doutrinária sobre se a possibilidade de interposição de recurso importa em impedimento ou apenas retardamento da preclusão sobre a decisão recorrível.

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 realce o voto vencido do ilustre Ministro Marco Aurélio que encontra ressonância na interpretação predominante do Superior Tribunal de Justiça sobre o parágrafo único, do art. 800, do CPC.

O Ministro Marco Aurélio, 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 art. 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.

A hipótese reflete, não há dúvida, 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.<sup>10</sup>

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.

---

<sup>10</sup> 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 arts. 545 e 557, do CPC.

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 parte 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(…)”.

À guisa de conclusão, cabe chamar a atenção para o fato de que mesmo no elenco de precedentes apresentados para formação da Súmula nº 634, no Agravo Regimental em Petição nº 535, o ilustre Ministro Ilmar Galvão, antes mesmo da reforma processual da Lei nº 8.952/94, conquanto ter ao final acompanhado os demais ministros, manifestou posição contrária à postura majoritária da 1ª Turma do STF, cujo trecho do acurado voto transcrevemos a seguir:

“(…) 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’ ”.

Os fundamentos dos trechos dos votos, acima transcritos, não divergem dos que expusemos ao longo do presente ensaio, ao contrário, eles os complementam ou se assemelham, demonstrando que no próprio seio daquele areópago ecoaram e ecoam vozes dissonantes daquela assentada nas Súmulas de nº 634 e de nº 635.

## **5 – A posição do Superior Tribunal de Justiça**

Primeiramente, relembremos que no ordenamento pátrio as decisões das Cortes da Federação<sup>11</sup>, de ordinário, não possuem efeito vinculativo, razão pela qual a interpretação do parágrafo único, do art. 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.

De tal sorte, 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 comum, faz-se necessário apontar, em breves linhas, a interpretação deste sodalício quanto ao disposto no parágrafo único, do art. 800, do CPC.

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 Superior Tribunal de Justiça, aplicando o art. 288, de seu Regimento Interno<sup>12</sup>, combinado com o disposto no art. 800, parágrafo único, do

---

<sup>11</sup> Denominamos de *Cortes* ou *Tribunais da Federação*, os órgãos de cúpula do Judiciário que tem competência sobre todo o território nacional.

<sup>12</sup> RISTJ, art. 288: “Art. 288. Admitir-se-ão medidas 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

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.<sup>13</sup>

Há decisões, inclusive, que têm deferido medidas cautelares em relação a recursos especiais ainda não interpostos.<sup>14</sup>

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).

## **6 – O novo regime jurídico do recurso de Agravo segundo a Lei nº 11.187, de 19.10.2005.**

Nos primórdios de vigência do CPC/73, predominava o entendimento de que o recorrente tinha liberdade de escolha entre utilizar o recurso de agravo, sob a modalidade de instrumento ou sob a forma retida.<sup>15</sup>

Um dos co-autores do presente artigo, já tivera a oportunidade de externar que, na verdade, a questão da liberdade ou não de escolha entre as modalidades retida ou por instrumento, para interposição do recurso de agravo, deveria ser analisada sob a ótica do *interesse recursal*, requisito genérico e intrínseco de admissibilidade dos recursos.<sup>16</sup>

---

relator poderá deferir liminarmente a medida *ad referendum* do órgão julgador competente”. O conteúdo da norma se assemelha ao do artigo 21, incisos IV e V, do Regimento Interno do STF.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> Nesta linha, pontificava, José Frederico Marques: “A retenção do agravo depende exclusivamente do que pedir o agravante”, *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 3, 2ª parte, p. 154.

<sup>16</sup> Cf. Nelson Rodrigues Netto, *Recursos no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 102.

A partir do início da vigência da Lei nº 11.187, de 19.10.2005, publicada em 20.10.2005 e contando com uma *vacatio legis* de 3 meses, a situação altera-se, passando a somente ser possível a interposição do agravo sob a forma retida, ressalvados os casos em que o recorrente demonstrar que a execução da decisão recorrida é suscetível de lhe causar lesão grave e de difícil reparação (art. 522, da redação da Lei nº 11.187/05).

A interposição do recurso de agravo por instrumento passa a exigir um *interesse recursal qualificado* pela suscetibilidade da decisão recorrida causar à parte lesão grave e de difícil reparação. A lesão grave e de difícil reparação é presumida, pelo novo art. 522, do CPC, nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando também será admitida a sua interposição por instrumento.<sup>17</sup>

Apesar do novo diploma legal ser omissivo, o agravo manejado contra o juízo negativo provisório de admissibilidade do recurso extraordinário e ou do recurso especial, somente pode ser manejado sob a modalidade de instrumento, sob pena de o agravante carecer de interesse recursal.

Com efeito, este é o meio hábil para permitir a reapreciação dos requisitos de admissibilidade dos referidos recursos pelos órgãos fracionários colegiados do STF e ou do STJ, competentes para o julgamento do mérito recursal, consoante estipula o art. 544, do CPC. A negativa de seguimento dos agravos de instrumentos pelo juízo *a quo*, em tais casos, importa em usurpação de competência do STF e ou do STJ, a ser atacada por meio do remédio constitucional da reclamação.<sup>18</sup>

A interposição retida de recursos não é novidade do sistema, tendo a Lei nº 9.756, de 17.12.1998, ao inserir o §3º, no art. 542, do CPC, criado hipóteses em que o recurso extraordinário ou o recurso especial somente podem ser interpostos sob a forma retida.

Trata-se da interposição de recursos extraordinário ou especial contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução.

Nestas situações, revela-se que o interesse recursal é *diferido*, devendo o recorrente reiterar seu interesse em que o recurso seja conhecido, quando da oposição

---

<sup>17</sup> Cf. Nelson Rodrigues Netto, *Recurso de agravo: generalização de sua interposição sob a forma retida, passim*.

<sup>18</sup> Cf. Nelson Rodrigues Netto, *Recursos no processo civil*, pp. 163/7.

(ou na resposta oferecida) do recurso extraordinário ou do recurso especial contra a decisão final da causa.

Outra importante alteração provocada pela Lei nº 11.187/05, foi a vedação expressa do cabimento de agravo interno da decisão concernente ao pedido de concessão de efeito suspensivo ou de antecipação da pretensão recursal, no recurso de agravo por instrumento (novo art. 527, parágrafo único).

Entretanto, como vimos no presente artigo, não há norma semelhante que se aplique ao recurso extraordinário e ao recurso especial, razão pela qual a suspensão da eficácia da decisão impugnada por tais espécies de recursos, exige a propositura de ação cautelar.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

FERREIRA, Fernando Amâncio. *Manual dos Recursos em Processo Civil*. 3ª Ed.

Lisboa: Almedina, 2002, p. 146.

MARQUES, José Frederico Marques. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª Ed. São

Paulo: Saraiva, 1976. Vol. 3, 2ª parte.

RODRIGUES NETTO, Nelson. *Recursos no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.

\_\_\_\_\_, *Recurso de agravo: generalização de sua interposição sob a modalidade retida*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Oliveira Rocha, nº 33, dez/2005.

SANTOS, Ernane Fidelis. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª Ed. São Paulo:

Saraiva, 2002. Vol. 2.