
**MEDIDA CAUTELAR EM RECURSOS
EXTRAORDINÁRIOS: COMPETÊNCIA**

Adroaldo Furtado Fabrício

*Desembargador aposentado e ex-presidente do TJRS
Professor Titular de Direito Processual Civil na UFRGS
Membro da International Association of Procedural Law
Advogado em Porto Alegre*



MEDIDA CAUTELAR EM RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS: COMPETÊNCIA

Adroaldo Furtado Fabrício

Sumário: 1. Justificação e escopo do processo cautelar em geral. 2. Processo cautelar e processo principal. 3. O emprego das medidas cautelares em apoio a recursos extraordinários. 4. A posição do STF quanto à competência: análise crítica. 5. O “destrancamento” dos recursos retidos e a competência. 6. Conclusão.

1. JUSTIFICAÇÃO E ESCOPO DO PROCESSO CAUTELAR EM GERAL.

Faz-se conveniente, ainda que sob certo risco de eventualmente repetir obviedades do pleno domínio dos operadores do Direito, rememorar algumas linhas básicas sobre a natureza, função e justificação teórico-prática do processo cautelar, visto, tal como se o vê no estatuto processual civil pátrio, como *tertium genus*, apartado das ações de conhecimento e das executórias em estrito sentido.¹

¹ Sobre ser a da lei, essa é a perspectiva predominante entre os especialistas brasileiros, que no particular seguem a maioria da doutrina italiana. Em rigor de técnica, parece mais adequado dizer-se que a tutela jurisdicional de cautela se contrapõe à satisfativa, esta englobando a função de conhecimento e a de execução: cf. BARBOSA MOREIRA, O processo cautelar – estudos sobre um novo código de processo civil, p. 230 (Rio, 1974). Em sentido semelhante ensinava PIERO CALAMANDREI, Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares, p. 97 (trad. Carla Roberta Andreasi Bassi, Campinas, 2000). As recentes alterações legais concernentes ao “cumprimento de sentença” não alteram o quadro, certo que a tutela jurisdicional de execução continua a existir e, mesmo no respeitante a títulos executivos sentençais, mais se modifica a nomenclatura do que a substância.

Independentemente da existência ou não no sistema legislado dessa figura específica, a todo momento se impõe ao julgador a evidência de que os objetivos do processo em geral não se poderão realizar com segurança sem o apoio de medidas que evitem, entre a propositura e o julgamento da demanda, ocorrências capazes de comprometer a efetividade daquilo que por fim se venha a decidir. Sendo o processo (de *pro cadere*) um *ir para a frente*, um movimento, não pode prescindir jamais do tempo, mais ou menos dilatado, que se há de alongar entre aqueles dois momentos, o da postulação inicial e o da decisão final. Essa inelutável realidade implica a possível ocorrência, no curso dele, de modificações do estado de fato, atos e fatos (inclusive os da natureza) que podem transformar em tal grau a situação existente ao tempo do aforamento que já nada se ache sobre que possa incidir o provimento final, quando ele chegar. Pode ser, de resto, que o estado de litigância gere entre as partes um tal grau de hostilidade mútua que se apresente a necessidade de conjurar o risco de violência a coisas ou a pessoas.

Encontrando dois filhos a disputar sobre a posse de um brinquedo, o primeiro que a um pai prudente ocorrerá fazer é retirar a ambos a detenção física do objeto, seja em benefício da preservação da integridade dele mesmo, seja no escopo de impedir o agravamento da contenda – até que apure e decida qual dos dois há de ficar com ele.² Semelhantemente, o juiz que percebe o risco de danificação ao bem da vida em disputa no processo, de perturbação da paz social ou da alteração da situação de fato a ser tutelada por simples decurso do tempo, precisa dispor de meios que lhe permitam afastar esses perigos, seja mediante o emprego de um processo cautelar como tal estruturado, seja por via de simples providimentos incidentais emitidos ao longo de sua atuação no procedimento declarativo ou executório.³

² Se lhe parecer suficientemente claro que razão assiste a um e não ao outro, poderá entregar desde logo àquele o brinquedo, sem prejuízo de uma investigação mais detida, ulterior, da controvérsia. Mas a essa situação corresponderia, no processo, a antecipação de tutela e não a medida cautelar. Sobre essa distinção, cf. nosso artigo “Breves notas sobre providimentos antecipatórios, cautelares e liminares”, no volume Ensaios de Direito Processual, (Rio, 2003) – com outras publicações anteriores.

³ O que vem de ser exposto desde logo adianta a nossa convicção de que o requisito verdadeiramente inafastável da cautela é o *periculum in mora*, certamente mais importante do que o outro que se lhe costuma agregar, o do *fumus boni iuris*. Ele corresponde aos interesses públicos da pacificação e da asseguaração do resultado útil do processo; a aparência de bom direito diz mais propriamente com o interesse privado da parte que tem ou aparenta ter razão. Foi, de resto, o que chamou a atenção dos primeiros sistematizadores da tutela cautelar, *v. g.*, CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 334 (trad. Paolo Capitanio, Campinas, 1998).



Daí que se costuma destacar o papel eminentemente *instrumental* do processo cautelar: ele só existe e cumpre sua finalidade em contemplação do resultado de outro processo, existente ou com existência futura suposta, cujo resultado prático se destina aquele a garantir. Ora, como o processo mesmo, qualquer que ele seja, é instrumento (de realização do direito material), resulta que as ações e medidas cautelares apresentam um caráter de dupla instrumentalidade, ou instrumentalidade “ao quadrado”, eis que se cuida de *instrumento do instrumento*.⁴ O Direito todo, e o Processual não faz exceção, precisa precatar-se contra os efeitos deletérios do inexorável passar do tempo, e com esse objetivo precisa construir mecanismos que os amenizem ou compensem, dado que não os podem suprimir.

A tutela cautelar alicerça-se sobre a perspectiva do *tempo* que é inexorável à tutela jurisdicional satisfativa. É pelo fato de os processos de *cognição* ou de *execução* necessitarem de razoável espaço temporal para se desenvolverem até atingir seu objetivo, e, pela constatação de que, nesse período, possam ocorrer determinados fatos a ponto de prejudicar a pretensão material deduzida antes que seja satisfeita, que se lança mão de uma tutela acautelatória com o objetivo de afastar os danos decorrentes justamente dessa demora natural, assegurando a incolumidade de possível resultado positivo da ação satisfativa.⁵

Assim se vê que, se a função jurisdicional, em geral, objetiva a tutela dos direitos, sua modalidade cautelar volta-se à tutela do próprio processo. Por via dos provimentos cautelares, o que se busca de forma imediata não é ainda o dar a cada um o que é seu, mas garantir que, ao chegar o momento de fazê-lo, a solução a ser dada à lide seja ainda possível e útil na ordem prática.

A tutela cautelar é, em comparação com a do direito substancial, uma tutela mediata: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça.⁶

⁴ Assim, CALAMANDREI, obra cit., p. 41. Também, mais recentemente, ANDRÉA PROTO PISANI e REMO CAPONI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, p. 303 (Napolis, 2001). Entre nós, apenas exemplificativamente, HUMBERTO THEODORO JR., *Curso de direito processual civil*, vol. II, p. 346, n. 975 (34ª ed., Rio, 2003).

⁵ MÁRCIO LOUZADA CARPENA, *Do processo cautelar moderno*, pp. 21/2 (Rio, 2003).

⁶ CALAMANDREI, *Introdução ao estudo...* cit, p. 42.

A instrumentalidade “de segundo grau” que aí se identifica consiste precisamente em que, ao invés de prestar-se à efetivação dos direitos no plano material, a função jurisdicional cautelar serve à garantia dos resultados da atividade processual.⁷ Para essa finalidade, fixa-se uma regulação judicial provisória de determinada situação de fato relacionada à lide (mas não da própria lide!), a fim de preservá-la íntegra no curso do processo.⁸

É nesse sentido – só nesse – que cabe falar-se de uma *litisregulação* de uma determinada situação de fato pelo deferimento da cautela. Tenha-se bem claro que essa *litisregulação* é estritamente processual, em nada afetando o futuro julgamento da lide principal nem representando qualquer antecipação do convencimento judicial. Não se trata, pois, do fenômeno a que aludia CARNELUTTI, em uma das visões que teve da função cautelar, como “composição provisória da lide”, depois abandonada.⁹

Independentemente do que disponha cada sistema jurídico, portanto, com respeito aos procedimentos acautelatórios específicos, voltados a atender necessidades igualmente diferenciadas de segurança do processo, e posta de parte a disputa em torno da chamada e discutida autonomia do processo cautelar, impõe-se a necessidade da adoção, pelas razões que vêm de ser aludidas, de um *poder de cautela* atribuído ao juiz para fazer face às exigências de segurança que escapem à casuística porventura incluída nos textos. Não por acaso, antes mesmo de se introduzirem nos conteúdos normativos regras sobre o processo e os procedimentos cautelares, o que só ocorreu em era relativamente recente, a doutrina já identificava essa necessidade: as citações usualmente feitas dos maiores processualistas italianos do século passado referem-se, em grande parte, a escritos anteriores à institucionalização dos temas no direito legislado peninsular.

No caso do processo civil brasileiro, cuja disciplina legal optou claramente pela autonomia¹⁰ e onde também se vêem elencados vários

⁷ Depois de formular sucessivamente diversas teorias, das quais viria a abjurar, sobre a natureza do processo cautelar, FRANCESCO CARNELUTTI fixou-se por fim nessa posição: *Instituições do processo civil*, vol. I, p. 90 (Campinas, 1999); *Diritto e processo*, pp. 355 e s. (Nápolis, 1958).

⁸ Nesse sentido, JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, *Elementos para uma teoria geral do processo*, p. 155 (São Paulo, 1993).

⁹ *Sistema de direito processual civil* (trad. Hiltomar Martins Oliveira, vol. I, p. 53 (São Paulo, 2000).

¹⁰ Cf. ALFREDO BUZAID, *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, n. 11, com remissão ao



tipos de procedimentos cautelares diferenciados, a consagração do *poder geral de cautela* não foi negligenciada, aparecendo com notável ênfase no art. 798 do Código de Processo Civil. Com uma singularidade importante, que parece confortar nossa convicção no sentido da primazia do pressuposto da periclitção: nenhuma referência aí se faz ao *fumus boni iuris* ou a idéia equivalente, mas sim e somente àquele outro requisito, *verbis*, “...quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”¹¹

Certo, a análise integrada e a interpretação sistemática dos textos pertinentes apontam para a exigência de concorrerem os dois pressupostos, como é de doutrina corrente. Nem é de excluir-se, aliás, que em determinadas situações haja de preponderar o requisito da visibilidade do bom direito, até, quiçá, com dispensa do outro.¹² O que pensamos haver demonstrado é que, *em regra*, prevalece o escopo de proteção ao direito ou interesse periclitante, a ponto de que a denominação genérica mais difundida dos provimentos dessa ordem seja a de “medidas de urgência”.

2. PROCESSO CAUTELAR E PROCESSO PRINCIPAL.

A instrumentalidade *qualificada, de segundo grau* ou *elevada ao quadrado* da função jurisdicional precautória, a que já se fez menção, significa necessariamente que seu exercício pressupõe, ao menos em estado potencial, a existência de outro processo, à preservação de cujo resultado útil aquela se volta e se destina. Isso fica mais claro quando se abstrai da instrumentalidade do processo em geral, como fazem alguns autores: desconsiderada a realidade de ser toda atividade processual

texto ultimamente citado de CARNELUTTI.

¹¹ GALENO LACERDA, *Comentários ao CPC*, vol. VIII, tomo I, p. 99, (10ª ed., Rio, 2007) identifica aí uma das mais delicadas e exigentes atribuições do juiz, dada a largueza e até discricionariedade com que esse “poder cautelar geral” lhe é atribuído. Adiante, caracteriza essa atuação como “o momento mais alto e amplo de criação do direito em concreto pela jurisprudência, em sistema codificado, de direito continental, como o nosso.” (p. 114)

¹² Demonstrou-o LUIZ FUX em excelente trabalho acadêmico depois editado em livro: *Tutela de segurança e tutela da evidência*, São Paulo, 1996, *passim*. De resto, as hipóteses legais de concessão da tutela antecipada (espécie diversa, mas em regra submetida a pressupostos iguais ou semelhantes), hoje, incluem casos de dispensa do requisito do perigo (CPC, art. 273, inc. II e § 6º). Sobre isso, cf. também CARPENA, *Do processo cautelar...* cit., p. 101.

necessariamente instrumental (no sentido de que serve de ferramenta à realização do direito material), ainda assim permanece claramente instrumental a medida cautelar, qualquer que ela seja (no sentido de que busca preservar o resultado útil de outro processo existente ou antevisto).¹³

Quando se afirma, pois, que o processo cautelar é *autônomo*, como em geral afirmam os especialistas, o que se quer significar é a sua independência como entidade jurídica diversa de outras modalidades de tutela jurisdicional, sobretudo pela finalidade,¹⁴ sem que se afirme, por isso, a possibilidade de sua existência desvinculada do pressuposto de outro procedimento judicial à garantia de cujo resultado ele sirva de instrumento. O aforamento do pedido cautelar pressupõe um outro processo existente, futuro ou no mínimo previsto.

Não é de acolher-se a objeção de DINAMARCO, no sentido de que o vínculo a outro processo é meramente eventual, dado que este pode não existir ao tempo do ajuizamento da cautelar nem vir a existir no futuro.¹⁵ O que importa não é isso: é que, no momento da propositura da ação cautelar, ela só se justifica (*e só pode ser admitida*) na contemplação de outro processo, que se há de apontar, no mínimo, como esperado. Se ele ainda não existe (caso em que a cautela é dita *antecedente* na terminologia em geral seguida pela doutrina),¹⁶ supõe-se que virá a existir. Certo, pode dar-se que essa eventualidade não se concretize no plano dos fatos – *v. g.*, porque as partes intercorrentemente se compõem, ou a denegação liminar da cautela esvazia de utilidade a ação principal, ou o titular do direito vem a abdicar dele – mas nenhuma das hipóteses que se possam imaginar apaga esta evidência: a cautela fora pedida na suposição de que o outro processo, dito acautelado, sobreviria. Aliás, a confirmação disso

¹³ Nesse sentido, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de direito processual civil*, vol. 4, p. 333 (São Paulo, 1974): “A prestação jurisdicional é, por esse motivo, instrumental, porque é provisória; instrumental porque se destina a assegurar o resultado de outro processo; provisória, porque a composição definitiva do litígio no processo principal substitui e extingue a prestação jurisdicional cautelar.”

¹⁴ Assim, CARNELUTTI, *Diritto e processo cit.*, p. 359, n. 236, nota 1. Na doutrina nacional, por todos, pela clareza da síntese, HUMBERTO THEODORO JR., *Curso e vol. cits.*, p. 348, n. 978.

¹⁵ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, sem favor um dos maiores processualistas brasileiros, ponderou que a ação cautelar só apresentará essa característica “se e quando houver necessidade do processo principal” (*A instrumentalidade do processo*, p. 372 – São Paulo, 1987).

¹⁶ Cf. GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, p. 14 (10ª ed., Rio, 2007). Por certo, o adjetivo *antecedente* expressa com maior precisão a idéia do que o preferido pela lei, “preparatória”, pois acautelar previamente nem sempre será sinônimo de preparar.



está nos textos legais que exigem ao autor da cautelar antecedente que indique “a lide e seu fundamento”, obviamente referindo-se àquela que será conteúdo do processo acautelado (CPC, art. 801, III e parágrafo único), assinalam prazo para o ajuizamento da “ação principal” (art. 806 do mesmo Código); determinam que sejam entre si apensados os autos de um e outro processo (art. 809), entre outros.

Com efeito, só se poderia cogitar de processo cautelar a que não correspondesse um outro, principal, *acautelado*, na medida em que se admitisse a freqüentemente mencionada mas nem por isso menos absurda categoria da *cautelar satisfativa*. Essa categoria, de que a doutrina e a jurisprudência têm cuidado com alguma insistência, encerra uma invencível contradição em termos, cuja absurdez – alhures já escrevemos¹⁷ – não é menor do que a da expressão *gelo quente*. Na verdade, o que temos é, de um lado, a classe das medidas judiciais satisfativas, de cognição ou de execução, e, de outra banda, a das assecuratórias, que são as cautelares.¹⁸

Alguns aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais perturbam a clareza dessa realidade. A primeira e maior culpa é do legislador, que incluiu entre os procedimentos tratados no Livro III do Código de Processo Civil alguns que, definitivamente, *não são cautelares*. Assim, os protestos, notificações e interpelações, a posse em nome de nascituro e vários outros. Ao que tudo indica, o propósito do legislador foi o de aproveitar, para determinadas atuações judiciais que aparentavam alguma similitude com os provimentos acautelatórios, o modelo procedimental das verdadeiras ações cautelares, mas teria sido bem melhor que o explicitasse no texto legal.¹⁹ Essa clara impropriedade topológica fornece,

¹⁷ “Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares”, cit., p. 187.

¹⁸ Recorde-se, a propósito, a já mencionada e muito razoável dicotomia sugerida por BARBOSA MOREIRA (retro, nota 1).

¹⁹ Correta, no particular, a observação de CARPENA, obra cit., p. 65. Usando as tintas fortes do seu estilo, o inspirado e saudoso CALMON DE PASSOS verberou a opção do Código, sobretudo pelos resultados a que conduziu, no artigo “Até quando abusarás, ó Cátia? Cautelares e liminares – catástrofe nacional”, na *Revista de Processo* n. 71, p. 231. Escreveu o irreverente jurista baiano: “Porque ele” (Buzaid) “não queria um código sem adequação à ‘cientificidade’ do processo, sistematizou-o com vistas à trilogia clássica – processo de conhecimento, de execução e cautelar – ficando em palpos de aranha para situar no CPC alguns procedimentos rebeldes, que nem poderiam ser postos como de conhecimento, seja no rito sumaríssimo, seja no rito ordinário ou no especial, nem cabiam no processo de execução. Empurrou-os, então, no Livro do Processo Cautelar. Eu os chamo de procedimentos ‘topologicamente’ cautelares. São ‘cautelares’ (passe a heresia) porque estão no Livro III. É só por isso. Em verdade, tem função específica, diversa da do cautelar, muitos, inclusive, com eficácia nitidamente no campo do direito material.”

talvez, a primeira explicação para o infeliz surgimento da contraditória expressão “cautelar satisfativa”.

Ocorreu, de resto, que um dos nossos mais publicados e prestigiados especialistas em processo cautelar, crítico rigoroso do procedimento comum e inconformado com a inexistência no sistema de lugar para provimentos diferenciados capazes de dar solução a situações de urgência, acolheu, mesmo deixando claro que o fazia a contragosto, a sugerida categoria das cautelares satisfativas, como remédio único possível para encher o hiato legislativo.²⁰ A própria jurisprudência enveredou por esse rumo, de certo modo estimulando a deformação do processo cautelar que, emergencialmente e à falta de melhor solução, passou a ser farta e abusivamente empregado com a finalidade de obter provimentos claramente satisfativos, com resultados que chegaram a ser qualificados de catastróficos, como na já citada e particularmente veemente passagem de CALMON DE PASSOS. Assim explicou o fenômeno, em linguagem mais comedida mas ainda veemente, outro de nossos grandes processualistas:

Para tentar contornar a inadequação do processo tradicional e superar a irritante e intolerável lentidão da Justiça, muitos operadores do Direito encontraram na ação cautelar uma válvula para se alcançar algum tipo de aceleração na tutela jurisdicional e alguma forma de antecipar efeitos da solução de mérito esperada para a causa.²¹

Ora, é bem de ver que as razões dessa deformação teleológica do processo cautelar deixaram de existir a partir da introdução no sistema, como figura geral, da possibilidade de antecipação da eficácia da sentença, com a nova redação do art. 273 do Código de Processo Civil. Desde então, já não subsistem motivos para a utilização abusiva da ação cautelar na busca de resultados que não lhe são próprios, assim como desapareceu o pretexto que poderia explicar a presença na doutrina e na jurisprudência nacionais da teratológica “medida cautelar satisfativa”.²²

²⁰ Falamos de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, especialmente no artigo Teoria da ação cautelar, na *Revista de Processo* n. 59, pp. 187 e s.

²¹ HUMBERTO THEODORO JR., Tutela antecipatória e tutela cautelar, na *Revista dos Tribunais*, n. 742, p. 42.

²² Cf. NELSON NERY JR., *Atualidades sobre o processo civil*, p. 15 (São Paulo, 1995).



Com efeito, aquele expediente, que sempre foi ilegal, mais injustificável se fez após a introdução no sistema, como figura geral, da antecipação da tutela.

Estamos, pois, em que, invariavelmente, os procedimentos cautelares são instaurados na suposição da existência (atual, futura ou pelo menos esperada) de um outro processo que não o próprio processo precautório. É àquele, aliás, que a legislação pertinente a todo momento se refere como “ação principal” ou “processo principal”, para designar o acautelado, aquele a cuja segurança de resultados se volta o provimento acautelatório, para determinar a referência recíproca entre ambos, para ordenar o apensamento de um a outro, para marcar prazo ao aforamento do acautelado, para definir a competência e assim por diante. Sempre haverá, pelo menos virtualmente, um processo *principal* (acautelado); se não houver, o suposto processo cautelar só terá dele o nome, ainda que sob essa qualificação se apresente, submeta-se ao procedimento prescrito para o gênero e inclua-se na casuística legal correspondente.

Não se há de exigir, por certo, que o processo dito principal se apresente em sua inteireza como objeto da tutela cautelar. Pode dar-se que a proteção seja dispensada apenas a uma determinada série de atos ou limitada a aspectos particulares do procedimento, desde que seja suficiente para as finalidades de garantia a que se destina. Assim, pode dar-se que a cautela apenas obste alguns e não outros aspectos de uma execução em curso ou por ajuizar-se; pode igualmente ocorrer que o escopo assecuratório só se evidencie necessário em fase recursal e mediante influência sobre o próprio objeto do recurso e seus efeitos.²³ A essa questão passa-se a dedicar atenção específica.

3. O EMPREGO DAS MEDIDAS CAUTELARES EM APOIO A RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS.

É norma de direito expresso que não se atribua aos recursos excepcionais (especial e extraordinário *stricto sensu*) eficácia suspensiva, de tal sorte que sua interposição, só por si, não faz

²³ Conquanto exponha linha extremamente restritiva quanto a essa admissibilidade de cautela ligada a recursos interpostos ao Supremo Tribunal Federal (com argumentos que se aplicariam igualmente àqueles dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça), Galeno Lacerda admite a possibilidade: *Comentários...*, vol. e tomo cit., pp. 73 e s. Barbosa Moreira, na mesma coleção de *Comentários*, vol. V, limita-se a registrar a posição dos tribunais superiores sobre o tema, sem posicionar-se: pp. 607 e 610/11 (14ª ed., Rio, 2008).

empeço à instauração ou ao prosseguimento da execução,²⁴ ainda que provisória, do julgado recorrido (CPC, arts. 497 e 542, § 2º). Ora, é bem sabido que dita execução, mesmo provisória, pode acarretar prejuízos de extrema gravidade para a parte vencida, em muitos casos irreversíveis ou de reparação difícil e incerta. Certas execuções, nada raras na experiência forense, carregam em si um tamanho potencial de dano que sua “provisoriagem” resulta apenas teórica – situação que se faz mais grave e preocupante na sistemática inovada de “cumprimento da sentença” segundo Lei n. 11.232/2005, cujo rigor (para não dizer rancor) em face do devedor é extremado.

Igualmente possível é que a matéria envolvida no recurso apresente um grau de plausibilidade capaz de apontar como provável o acolhimento da manifestação de inconformidade e conseqüente reversão dos efeitos que o provimento hostilizado acaso haja produzido nas instâncias ordinárias. Por outras palavras, pode ser que se apresentem conjugados os requisitos genéricos da tutela cautelar, geralmente designados como *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

A partir dessa consideração, e com apoio legal no parágrafo único do art. 800 do Código de Processo Civil, cedo perceberam os operadores do processo a necessidade e cabimento de medida cautelar capaz de preservar o *status quo* até o julgamento do apelo excepcional. Cumpre assinalar que a admissibilidade de provimento cautelar dessa natureza começou a ser reconhecida tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça ainda antes da alteração introduzida no aludido parágrafo do art. 800, que, sob certos aspectos, era menos favorecedor dessa solução na sua redação primitiva.²⁵ Com efeito, ao menos em leitura literal, há um lapso temporal considerável entre os momentos de “interpor o recurso” e “estar no Tribunal” o processo.

Aliás, pode-se supor tenha sido intenção do legislador da reforma suprimir divergências que se manifestavam a respeito do momento a partir do qual se fixava a competência do tribunal *ad quem* para o fim considerado. Cumpre deixar desde logo claro, porém, que se trata

²⁴ Sem embargo das inovações terminológicas e sistemáticas impostas pela Lei n. 11.232/2005, essa continua a ser a palavra empregada pelo art. 497 do CPC, que cuida do tema.

²⁵ Reza o atual parágrafo, com o teor resultante da Lei n. 8.952/1994: “Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”. Na redação original, o texto era o seguinte: “Nos casos urgentes, se a causa estiver no tribunal, será competente o relator do recurso”.



realmente de ação cautelar, autônoma, a ser processada segundo as normas processuais que a disciplinam, e não de mero incidente no processamento do recurso, como por vezes sugeriu a jurisprudência mais antiga.²⁶

A tal respeito, aliás, as discrepâncias constatadas diziam justamente com o período – em geral, consideravelmente longo – entre a interposição do recurso excepcional e seu julgamento. A questão apresenta algumas complicações decorrentes de que o juízo de admissibilidade se exerce em dois momentos distintos e em sedes jurisdicionais diferentes – dado que se pode considerar comum aos recursos em geral, mas que assume particular realce quando se cuida dos extraordinários.²⁷

A concessão de cautela para esse efeito, por certo, deve limitar-se a necessidades excepcionais de tutela dessa ordem, sem perder-se de vista que, em regra, os recursos de que falamos – que constituem, para o caso, o “processo acautelado” – carecem de eficácia suspensiva. Mas não pode ser singelamente negada como tese, sob pena de quebra da garantia constitucional da prestação jurisdicional *útil*. Há lição de doutrina que merece transcrição:

Temos, é certo, dispositivo de lei a dizer que o recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença (art. 497, CPC), mas temos também dispositivo de lei a dizer que em casos excepcionais o relator pode suspender-lhe a execução (art. 559, CPC). O Direito há de ser visto como sistema, e a supremacia constitucional há de ser efetiva. Temos de fazer valer lição antiga, de valia inquestionável no plano teórico mas infelizmente pouco praticada, segundo a qual não se deve interpretar nenhum dispositivo de lei isoladamente. Temos de

²⁶ No sentido do texto, TEREZA CELINA ARRUDA ALVIM, *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*, p. 22 (São Paulo, 1994). Quanto à competência, cf. GIOVANI MANSUR SOLHA PANTUZZO, *Prática dos recursos especial e extraordinário*, p. 101 (Belo Horizonte, 1998). Os tribunais superiores, em regra, usam a denominação “medida cautelar”, como que revelando certa reserva em admitir que se trata, sim, de ação cautelar.

²⁷ Tenha-se presente que o sistema soluciona facilmente os problemas dessa ordem quanto aos recursos de decisões de primeiro grau, mediante agravo de instrumento (quando o recurso principal é de apelação) ou por via da concessão de tutela antecipada recursal no âmbito do agravo de instrumento. Por vezes, a doutrina refere a “bipartição” do juízo de admissibilidade como dado característico dos recursos extraordinários (v. g., RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Recurso extraordinário e recurso especial*, pp. 174 e s., n. 2.4 (10ª ed., São Paulo, 2007), o que não é exato, embora o fenômeno tenha aí suas peculiaridades.

interpretar as leis de tal sorte que sejam por elas realizados os princípios constitucionais.²⁸

A doutrina e a jurisprudência sobre o tema precisaram tomar em conta a existência de diferentes situações ocorrentes no lapso temporal entre o julgamento impugnado e o do apelo excepcional: (a) desde o julgamento no tribunal *a quo* até a interposição do recurso excepcional; (b) desta interposição até a decisão do Presidente (ou Vice-Presidente) do tribunal *a quo* admitindo a processamento o recurso; (c) desde a negativa de seguimento ao extraordinário até o julgamento do agravo que dessa decisão seja interposto e (d) depois da admissão do recurso no juízo de origem, ou do provimento do agravo que o manda subir. Por vezes, tomou-se por objeto de exame, ainda, o período em que sequer a publicação do julgado a ser impugnado fora feita, hipótese que reclama atenção especial. Importa salientar que, em alguns momentos desse interregno possivelmente longo, podem ocorrer verdadeiros ou aparentes hiatos, vazios de jurisdição durante os quais nenhum órgão julgador tem vínculo claramente visível com o processo principal – que, repita-se, vem a ser o do recurso excepcional, sem surpresa alguma quando se sabe, como já mencionado, que a cautela poderá ligar-se a apenas uma parte ou fase do processo dito principal.

O problema, com efeito, não apresenta maiores dificuldades quando o recurso interposto, tendo superado a fase de admissibilidade no tribunal *a quo*, esteja distribuído no tribunal de destino. A cautela há de ser requerida diretamente “ao tribunal”, na dicção da lei, e o relator do recurso será competente para o deferimento ou não, a título liminar, da medida, com ulterior submissão do decisório ao colegiado ao qual couber o julgamento do próprio recurso. Desde os albores da vigência do Código, há notícia de medidas cautelares concedidas em semelhantes circunstâncias²⁹ e, para o caso, não assume relevância maior a alteração legislativa aludida. As outras situações que referimos, antecedentes a esta última, é que podem gerar alguma perplexidade e estabeleceram certo dissídio nos pretórios, resultando em vacilações jurisprudenciais acentuadas e ainda não de todo ultrapassadas.

²⁸ HUGO DE BRITO MACHADO, “Medida cautelar nos recurso especial e extraordinário”, *Revista Jurídica*, n. 248, p. 7.

²⁹ V. g., sob denominação de “proposta de medida preventiva”, foi deferida cautela dessa ordem pelo Supremo Tribunal Federal, no RE n. 85.222, 2ª Turma, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, julg. em 27.04.1976, in RTJ 77/357.



A mais espinhosa das hipóteses figuradas, aquela em que sequer existe recurso excepcional interposto (caso em que, segundo algumas opiniões, a competência para a cautelar seria do magistrado que a detém para dar ou negar passagem ao *futuro* recurso especial ou extraordinário),³⁰ merece mais detida atenção, dada a quantidade e diversidade das variáveis envolvidas no raciocínio. Certo é que, *mesmo nessa hipótese*, têm sido admitidas medidas cautelares manejadas junto aos tribunais superiores (que mereceriam, na terminologia já lembrada, a qualificação de *antecedentes*), ainda que em casos dados como excepcionalíssimos. A referência é pertinente e oportuna porque indica a prevalência e a força do princípio segundo o qual a jurisdição não deve sofrer hiatos, e o jurisdicionado não pode ficar à mercê de ocasionais mas escandalosamente freqüentes retardamentos na tramitação dos feitos, inclusive quanto à publicação dos acórdãos, gerando autênticos vazios de jurisdição. Veja-se o que decidiu, por exemplo, o STJ, naquela hipótese extrema de acórdão a ser recorrido mais ainda sequer publicado:

Processual Civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Liminar concedida.

I - Possibilidade, em tese, de ser concedida a suspensão da execução de ato judicial, mesmo não publicado o acórdão. A ser de modo diverso não haveria tribunal competente para tutelar o direito ameaçado.

II - Defere-se efeito suspensivo a especial quando, na concessão de liminar para tal, verifica-se que, dos fatos documentalmente comprovados e contidos nos autos da cautelar, afiguram-se presentes os pressupostos *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

III - Liminar concedida a referendada pelo colegiado.³¹

Em igual sentido:

Cautelar. Recurso especial. Possibilidade, em tese, de ser concedida a suspensão da execução de ato judicial, mesmo não interposto

³⁰ Assim, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Recurso especial, agravos e agravo interno*, p. 113 (5ª ed., Rio, 2008).

³¹ MC n. 835-SC, 3ª Turma, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julg. em 05.08.1997, DJU de 27.10.1997, p. 54.784.

ainda o especial, uma vez que não publicado o acórdão. A ser de modo diverso não haveria tribunal competente para tutelar o direito ameaçado.³²

Solução similar vinha sendo dada pela mesma Corte – por idênticas e até mais fortes razões – aos casos em que o recurso, já interposto, pende ainda de apreciação de sua admissibilidade pela autoridade competente no tribunal *a quo*. Nesse caso, aliás, a solução posta tem por si a letra do tantas vezes citado parágrafo do art. 800. Pode ser lembrada uma ementa deveras ilustrativa:

Processual Civil. Medida cautelar. Art. 790 do CPC. Conhecimento. Conferimento de efeito suspensivo a recurso especial interposto, mas ainda em processamento no tribunal de origem. Comunicação de efeito suspensivo.

A só e só circunstância de ainda não ter sido lançado juízo sobre a admissibilidade ou não do recurso especial no tribunal *a quo*, não é óbice para o conhecimento de medida cautelar promovida com a finalidade de comunicar efeito suspensivo ao apelo nobre pode-se conferir, em caráter absolutamente excepcional, efeito suspensivo a recurso especial para garantir a utilidade e a eficácia de uma decisão que nele possa ser favorável ao recorrente, desde que presentes os indispensáveis pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Medida cautelar conhecida e deferida.³³

Discorrendo sobre o tema em sede de doutrina, outro eminente membro daquela Corte mostrava-se avesso à idéia de admissão do pedido cautelar quando ainda não interposto o recurso, aparentemente fechando a questão quanto ao ponto; aceita-a, de outra banda, em caráter de absoluta excepcionalidade, quando o recurso, já interposto, aguarde no tribunal *a quo* o primeiro juízo de admissão. Ouçamo-lo:

³² MC n. 488-PB, 3ª Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, julg. em 14.05.1996, Revista Forense, vol. 337, p. 229.

³³ MC n. 136-SP, 1ª Turma, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julg. em 03.05.1995, RSTJ vol. 77, p. 77. Este e os dois anteriores acórdãos vêm citados em texto de doutrina do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, “Medidas de urgência e sua cassação”, no volume *Direito processual – inovações e perspectivas (Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira)*, coord. por ELIANA CALMON e UADI LAMMEGO BULOS, pp. 25 e s. (São Paulo, 2003). O autor concorda com a tese, embora entendendo que se deve limitar a casos excepcionais.



Voltando-se ao fio da meada, e pedindo perdão pela insistência, para dotar o recurso especial de efeito suspensivo, há necessidade, inicialmente, de existir recurso interposto e, em segundo plano, de já ter ocorrido o correlato juízo de admissibilidade. Sem o preenchimento da interposição, afigura-se-me inviável a cautelar; sem o preenchimento do segundo requisito, de regra, não se deve também admiti-la. Mas, quanto a esse segundo requisito, em determinados casos, deve-se abrir exceções, sob pena de, em nome de um princípio, sacrificar outro maior, pois é de bom alvitre sempre lembrar que o direito processual é instrumental e não fim em si mesmo.³⁴

Por acaso em julgamento do qual participou esse insigne e saudoso magistrado, o STJ teve oportunidade de confirmar seu entendimento sob a ementa seguinte:

Processual Civil. Agravo regimental. Medida cautelar. Competência. Efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido na origem. Agravo retido. Destrancamento. Possibilidade.

1. A Constituição Federal reservou ao Superior Tribunal de Justiça a missão, indeclinável, de zelar pela inteireza do direito positivo federal infraconstitucional (art. 105, inciso III), razão por que a ele cabe a última palavra no que se refere à interpretação das normas processuais, procedimentais e recursais insculpidas no Código de Processo Civil.
2. O STJ, em caráter excepcional, tem admitido o efeito suspensivo a recurso especial, ainda que pendente do juízo de admissibilidade na origem, o mesmo ocorrendo no que concerne à utilização de medida cautelar para determinar o processamento do recurso especial retido nos autos, nos termos do art. 542, § 3º, do CPC.
3. Cabe à lei federal disciplinar o funcionamento das instituições financeiras.
4. Caracterizados os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, há de ser concedida a medida liminar.
5. Agravo regimental provido.³⁵

³⁴ DOMINGOS FRANCIULLI NETTO, *Concessão de efeito suspensivo em recurso especial*, na coletânea citada à nota anterior, p. 196 (artigo iniciado à p. 189).

³⁵ AgRg na MC n. 7.328-RJ, 2ª Turma, Relator para o acórdão Ministro João Otávio Noronha, jul. em

4. A POSIÇÃO DO STF SOBRE A COMPETÊNCIA: ANÁLISE CRÍTICA.

Verdade é que, em tempos mais recentes, sob o poderoso influxo da jurisprudência sumulada do Pretório Excelso sobre o tema, o egrégio Superior Tribunal de Justiça vem-se mostrando mais restritivo na concessão de efeito suspensivo, mediante medida cautelar, a recursos especiais ainda não submetidos ao juízo de admissibilidade no tribunal de origem.³⁶ A tendência, pois, é a de recusar o Tribunal Superior sua competência enquanto inexistente decisão admissória do especial, como se pode ilustrar com julgado assaz recente:

Administrativo. Fornecimento de medicação. Processual Civil. Medida cautelar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido na origem. Incompetência do STJ.

1. Não compete ao STJ conceder medida cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido na origem. É do tribunal local, portanto, a competência para eventuais medidas cautelares. Incidência das Súmulas n. 634 e 635 do STF.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.³⁷

Entretanto, não fechou de todo a porta a postulações dessa ordem, consoante se pode ver, inclusive, de cautelares concedidas em casos em tudo e por tudo idênticos ao do exemplo antes colacionado, bastando que o órgão julgador identifique na espécie examinada ilegalidade manifesta (por vezes dita “teratológica”) como o desta ementa:

(...)

3. Em casos excepcionais, o egrégio 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 colenda Corte Superior,

02.12.2003, publ. DJ 21.06.2004, p. 178.

³⁶ Súmula n. 634-STF - 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 n. 635-STF - Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

³⁷ AgRg na MC n. 14.272-RS, 1ª T., Relator Ministro Teori Zavascki, em 24.06.2008, DJ de 1º.07.2008.



em hipóteses em que demonstrado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.³⁸

Boa exemplificação da regra predominante e da exceção pode ser encontrado na ementa a seguir:

I - Esta Corte não tem competência para deferir efeito suspensivo a recurso especial que ainda pende do exame prévio de admissibilidade pelo Tribunal de origem. Incidem as Súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal.

II - Este Tribunal tem admitido em situações excepcionalíssimas a concessão de efeito suspensivo a recurso especial, a fim de evitar decisões teratológicas, o que não se verifica no presente caso.³⁹

De resto, uma certa indefinição tem conduzido até mesmo a julgados internamente contraditórios. Leia-se a ementa a seguir:

Processual Civil. Medida cautelar. Competência do STJ não instaurada. Art. 800, parágrafo único, do CPC. Súmulas n. 634 e 635-STF. Processo extinto.

1. Em se tratando de medida cautelar ajuizada com o objetivo de agregar efeito suspensivo a recurso desprovido de tal eficácia, a competência da Corte Superior somente se instaura com a interposição do apelo, nos termos do que dispõe o art. 800, parágrafo único, do CPC.
2. “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade” (Súmula n. 635-STF).
3. Agravo regimental desprovido.⁴⁰

Fácil é perceber que as proposições sob 1 e 2 formulam regras colidentes: afirma-se, primeiro, que a competência do tribunal superior para a medida cautelar se inicia com o só fato da *interposição* do apelo

³⁸ MC n. 11.603-SP, 1ª T., Relator Ministro Luiz Fux, em 12.02.2008, DJ de 07.04.2008.

³⁹ AgRg na MC n. 14.623-MT, 3ª T., Relator Ministro Sidnei Beneti, em 16.10.2008, DJ de 28.10.2008.

⁴⁰ AgRg na MC n. 14.133-TO, 4ª T., Relator Ministro João Otávio de Noronha, em 02.10.2008, DJ 28.10.2008.

raro; a seguir, na linha da Súmula do Pretório Excelso, que ela só se inaugura com a *admissão* do recurso. Trata-se, é claro, de momentos distintos, e nem sempre muito próximos entre si.

Como quer que seja, no Supremo Tribunal Federal, o tratamento da questão em tese tomou rumos diversos, conduzindo a resultado que não condiz com os princípios nem merece o respaldo da melhor doutrina. Com efeito, a pretexto de que, antes do exercício do juízo de admissibilidade no tribunal *a quo*, careceria o Supremo de jurisdição sobre o processo em causa, fixou-se a jurisprudência daquela Excelsa Corte no sentido de que, enquanto não exercitado o juízo de admissibilidade, à autoridade que o deverá emitir compete a concessão ou denegação de medida cautelar. Argumenta-se em alguns julgados, também, que, se concedida cautela em tais circunstâncias pelo tribunal *ad quem*, o presidente (ou vice-presidente) da corte de origem ver-se-ia constrangido a dar seguimento ao recurso, por uma questão de hierarquia judiciária.

A primeira objeção que se há de fazer a esse entendimento é esta: ele afronta a literalidade do disposto no art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil, segundo o qual é o fato da *interposição* do recurso que desloca a competência para o exame das medidas cautelares. E é significativo anotar, sobre o tema, que o dispositivo legal em foco foi alterado no curso da reforma processual em andamento (especificamente, pela Lei n. 8.952/1994), ao que tudo indica, para eliminar as dúvidas que anteriormente se manifestavam quanto ao exato momento da translação da competência para o exame dos pedidos cautelares. O texto anterior deixava margem a interpretações variáveis, ao referir-se, de modo aparentemente restritivo, a processo (acautelado) que *já se encontrasse* no tribunal ao qual era dirigido o recurso.⁴¹

De resto, essa é a solução cientificamente mais ajustada aos princípios. Salvo exceção expressa em contrário, posta na lei (caso da ação de atentado, art. 880, parágrafo, do CPC), o juízo da ação cautelar é o da principal – seja que esta já se ache aforada ou que seu ajuizamento esteja previsto. Ora, tendo o tribunal *a quo* julgado o recurso ordinário que lhe estivera afeto, exauriu a jurisdição (mais até do que a competência) relativamente ao feito e, por não mais deter atribuição legal para nele

⁴¹ Recorde-se: o texto do parágrafo rezava, sem o grifo: Nos casos urgentes, *se a causa estiver no tribunal*, será competente o relator do recurso”.



prover, não a pode ter igualmente para as ações cautelares a ele conexas, sejam quais forem. Tudo o que resta para decidir da “causa” é da competência do tribunal *ad quem*, não se podendo conceber que retenha consigo aquele outro o poder de acautelar o resultado daquele resíduo.

Essa solução não cria qualquer embaraço para o magistrado ao qual caiba, na origem, o juízo de admissibilidade. Para o efeito de que se cuida, importa apurar, tão-somente, quem há de decidir o “processo principal”, que vem a ser, para o caso, o recurso extraordinário *lato sensu*. O que determina a translação da competência é o haver-se esgotado o *ofício jurisdicional* do juízo recorrido, fenômeno esse anterior *até mesmo à interposição do recurso*, eis que resulta de se haver já decidido o que havia para decidir *relativamente à lide*. A apreciação da admissibilidade, no juízo recorrido, da impugnação manifestada nenhuma relação guarda com essa questão de competência: trata-se apenas de atividade mais administrativa do que jurisdicional, a de apuração de requisitos postos em lei para que o recurso possa ter trânsito ou não. Semelhantemente, a competência para conhecer de ações cautelares vinculadas a processo no qual tenha sido interposto recurso de apelação, é do tribunal de segunda instância, não do juiz singular.⁴²

Especioso, de resto, o argumento segundo o qual, se atribuída dita competência ao Tribunal Superior, resultaria impedido o magistrado ao qual toca o primeiro juízo de admissibilidade de negar seguimento ao recurso, sob pena de quebra da “hierarquia jurisdicional”. As duas decisões têm objetos radicalmente diversos e inconfundíveis. Em uma, examinam-se as condições de admissibilidade extrínsecas ao mérito do recurso (forma, tempestividade, prequestionamento etc.); em outra, a plausibilidade das razões pelas quais o recorrente busca nova decisão. A raiz do equívoco, tal como se pode constatar da leitura de alguns acórdãos que consagram a tese equivocada, está em supor-se que o juízo de admissibilidade integra necessariamente a apreciação do *fumus boni iuris*, quando, na verdade, este diz com a substância mesma do apelo.

De resto, a temida vinculação ou submissão do presidente da corte *a quo* àquilo que tenha decidido *em sede cautelar* o tribunal de destino não haveria de ocorrer de modo algum, porque atuam ambos em campos que não se interpenetram e também porque o próprio sistema

⁴² Cf., detalhadamente, MÁRCIO CARPENA, *Processo cautelar moderno* cit., pp. 242 e s.

recursal circundante não o permitiria.⁴³ De fato, o primeiro juízo de admissibilidade, exercido no tribunal de origem, opera uma simples filtragem preliminar da massa de recursos, a fim de simplificar e reduzir o colossal volume de trabalho que aflui às cortes superiores; o recurso de agravo dessa decisão, contudo, assegura à parte recorrente, sempre, um segundo exame das mesmas questões no tribunal de destino, mesmo quando inadmitido na origem o apelo excepcional. Também por isso, não há temer que algum constrangimento ou condicionamento viesse a resultar para aquele do exame de admissibilidade ou mesmo de mérito *da cautela* que a Corte Superior tivesse já manifestado. É simples: se for admitido, o recurso estará acautelado; se não, caducará a cautela como em qualquer outro caso em que o processo principal não chegue a existir.

Importa muito lembrar, de outra banda, que entre juízos e tribunais não existe propriamente uma relação hierárquica, salvo no sentido de que os de grau “inferior” não se podem rebelar contra os julgados de instância “superior” *sobre questão idêntica*. A sobreposição só existe nesse limitado sentido, de sorte que as esferas competenciais não se interpenetram nem interferem umas sobre as outras. A decisão do mais humilde juiz da roça, tornando-se irrecorrível, assume autoridade idêntica àquela de um julgado da Corte Suprema.

É deveras instrutivo assinalar que o próprio Supremo Tribunal Federal, em tempos, em composição plenária, consagrara por inteiro a doutrina aqui defendida, pondo em destaque com singular veemência, aliás, que o presidente do tribunal *a quo* cometeria inaceitável invasão de competência se tomasse a si o exame da cautelar, *verbis*:

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*.

⁴³ Em grande parte, esse problema se prende ao fato de que, usualmente, os tribunais ordinários têm dificuldade em distinguir com precisão os limites do juízo de admissibilidade, que lhes compete, e mal o resolvem invadindo a competência das instâncias excepcionais. É o que diuturnamente se vê quando a decisão de admissibilidade aprofunda a discussão quanto a ter ou não ter ocorrido afronta a textos legais ou constitucionais – não apenas *in status assertionis*, como caberia, mas com profunda roçadura na seara do mérito.



Age ultra vires, com evidente excesso no desempenho de sua competência monocrática, o Presidente de 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, a atividade processual do Supremo Tribunal Federal.⁴⁴

Com efeito, a atribuição do exame da ação cautelar à autoridade que, em juízo monocrático, tem a *exclusiva* competência, claramente fixada em lei, para aquilatar da admissibilidade do recurso, mediante exame dos seus requisitos formais extrínsecos, sobre afrontar o disposto no parágrafo do art. 800 do estatuto processual, *dilarga ilegalmente essa competência* para o sopeso de questões que não se situam na faixa daquele juízo de admissibilidade – eis que, por óbvio, a investigação do *fumus boni iuris*, em regra, envolve também aspectos ligados ao mérito do recurso, e a apuração do *periculum in mora*, decididamente, nenhuma correlação guarda com os requisitos de admissibilidade.

O julgado que vem de ser lembrado, inigualável na aplicação da lei e dos princípios, assim como a orientação que nele se cristalizava, tinham, a mais, a virtude de melhor atender aos interesses da economia e da efetiva e expedita solução das controvérsias.⁴⁵

Não sendo, pois, admissível a existência de vazios jurisdicionais, ou hiatos durante os quais não haja autoridade judiciária competente para certa atuação prevista em lei – como reconhece e proclama a jurisprudência dos próprios tribunais superiores, com sólida base doutrinária – e, de outra banda, não se podendo identificar fomento jurídico para atribuição dessa competência a qualquer órgão do tribunal *a quo*, dita competência só pode pertencer ao tribunal de destino, desde a interposição do recurso extremo, como disposto no citado parágrafo do art. 800.

Situação diversa é aquela em que a interposição do extraordinário *lato sensu* ainda não ocorreu, talvez até por não haver sido publicado o acórdão a ser recorrido, se é que cabe, em hipótese tal, a impetração

⁴⁴ Rcl n. 416, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, in RTJ 144/718.

⁴⁵ No mesmo sentido é o parecer de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Recurso especial, agravos e agravo interno*, p. 114: "... à eficiência e celeridade do processo melhor conviria, inclusive no âmbito dos tribunais superiores, o pleno acatamento à norma do art. 800, parágrafo único, do CPC." (5ª ed., Rio, 2008).

da cautela.⁴⁶ Aí, não cabe invocar aquele parágrafo, e a competência do tribunal *a quo* perdura intocada, até mesmo tendo-se em conta a possibilidade de embargos declaratórios. Nesses casos, tem sido a competência atribuída à presidência do tribunal de origem, sem maiores divergências. Há interessante argumento, utilizado em julgado do STJ, em apoio da tese: a decisão que o tribunal superior porventura proferisse em circunstâncias tais forneceria subsídios, quiçá valiosos, para a elaboração do arrazoado recursal, com quebra da “paridade de armas” que se deve assegurar às partes.⁴⁷

5. A RETENÇÃO E A POSSÍVEL LIBERAÇÃO DO RECURSO RETIDO.

Por força do disposto no art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil (introduzido no texto pela Lei n. 9.756/1998), os recursos excepcionais, em determinadas hipóteses, devem ficar retidos no tribunal de origem, diferidos seu exame e decisão para o momento em que, *si et quando*, suba recurso de igual natureza relativo ao julgamento final, mediante reiteração da anterior manifestação de inconformidade.

Como era de prever-se, fracassou a tentativa de encerrar-se em uma casuística fechada, por exclusão, as hipóteses de subida imediata dos recursos. Numerosas são as situações que a prática judiciária tem mostrado como impositivas do “destrancamento” do recurso: questões relativas à competência, à antecipação de tutela, nomeação ou destituição de inventariantes, administradores ou testamenteiro, levantamento de dinheiro e entrega de coisas móveis⁴⁸ e tantas outras situações em que, a aguardar-se a decisão “final” do litígio, o provimento judicial pretendido cairá na total inutilidade.

Impõe-se neste passo uma observação. Há situações em que a retenção do extraordinário e/ou do especial, nos termos do § 3º, trará mais prejuízo que benefício. Certos pontos duvidosos

⁴⁶ Estamos pondo de lado, com certa relutância, nossa restrição a essa possibilidade, sobretudo quando o acórdão a ser hostilizado sequer foi publicado. Fazemo-lo em nome da imperiosa necessidade de existência de um juízo competente e da excepcionalíssima urgência que certos casos podem revestir.

⁴⁷ AgRg na MC n. 13.123-RJ, 3ª T., Relatora Ministra Nancy Andrichi, em 20.09.2007, DJ de 08.10.2007, p. 259.

⁴⁸ Exemplos de ATHOS CARNEIRO, obra ult. cit., p. 138.



precisam ser enfrentados e esclarecidos quanto antes, sob pena de, se os deixarmos para mais tarde, nascer o risco de dano irreparável, ou de inoportuno desperdício de atividade jurisdicional.⁴⁹

Com efeito, é praticamente impossível arrolar todas as eventualidades: a inesgotável e imprevisível variedade da vida de relação sempre há de criar hipóteses novas. Não se perca de vista, inclusive, a possibilidade de uma exigência de prova difícil, demorada e onerosa cuja inutilidade ressaia gritante dos autos, ou, na via inversa, a dispensa de alguma outra sem a qual se faça evidente a impossibilidade de um correto julgamento de mérito.

Cumpra assinalar, mais, que, à parte essas hipóteses extraordinárias que excepcionam a incidência do tão citado § 3º, não se podem perder de vista, de outra banda, aqueles casos em que a autoridade competente, na origem, haja mal aplicado a regra legal, determinando o trancamento do recurso em *fattispecie* que não o comportaria.⁵⁰

O que ficou dito sobre a competência dos tribunais superiores para as medidas cautelares destinadas a conferir efeito suspensivo aos recursos há de valer no relativo às medidas de igual natureza voltadas ao objetivo de fazer subir de pronto os recursos que, nos termos do dispositivo em foco, deveriam permanecer retidos. Como a experiência tem mostrado, revelaram-se deveras freqüentes os casos em que a retenção poderia ocasionar prejuízos graves e de incerta ou difícil reparação, donde a necessidade de ser o recurso alçado de pronto ao tribunal *ad quem*. A decisão tem de ser deste tribunal, pela incidência da citada regra do art. 800, parágrafo, e pelas demais razões que vêm de ser expostas – desde a interposição do recurso e ainda antes do exame primeiro de sua admissibilidade.⁵¹

À primeira vista, poderia parecer que essa deliberação estaria mais ligada ao juízo de admissibilidade, já que se trata de decidir se o recurso

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, *Comentários* e vol. cit., p. 610.

⁵⁰ O STF surpreendeu um desses casos na AC-MC n. 1.838-RJ, 1ª T., Relatora Ministra Cármen Lúcia, em 20.11.2007, DJe 06.12.2007.

⁵¹ É importante, lembrar: para o caso, já decidiu o STJ, por sua Corte Especial, que tanto se admite o emprego da medida cautelar quanto a do agravo de instrumento (sem divergência), e que também a “simples petição” é admissível para o efeito (por maioria, cf. ATHOS CARNEIRO, *Recurso Especial...* cit., p. 136.

sobe ou não.⁵² Mas não é assim. O que se envolve nessa decisão é o exame da excepcional necessidade de ser quebrada a regra da retenção para o fim de evitar danos graves ou irreparáveis, tema absolutamente estranho ao dos requisitos de admissibilidade. Afigura-se-nos a medida cautelar como a via mais adequada, à luz do sistema, para o objetivo em foco; todavia, não parece prudente fechar questão em matéria de tamanha valia e repercussão. No STJ, como se pode ver de sua jurisprudência, a questão é controvertida, sendo freqüente a utilização do agravo ou da cautelar, mas sem excluir-se a reclamação ou a mera petição. Não são raros os casos em que, utilizada a cautelar ou o agravo, ou ainda a reclamação, o relator, de sua própria iniciativa, preferiu conhecer do pedido como “simples petição”.⁵³ Em todo caso, porém, qualquer que seja o instrumento empregado, a função é nitidamente cautelar.

Em todo caso e qualquer que seja a medida mais adequada ao pedido de *destrancamento* do recurso retido – que entendemos ser mesmo a medida cautelar, admitida a flexibilização preconizada pelo STJ –, para essa hipótese não têm os tribunais superiores como deixar de render-se à evidência de que a simples interposição do recurso instaura a competência deles. É claro: se o recurso está retido, isso resulta de uma deliberação do presidente do tribunal *a quo*, que, por força mesmo da retenção, *não terá examinado a admissibilidade*. Mas, ainda assim, não se duvida de que a liberação para subida imediata deve ser requerida, como tem sido, ao tribunal *ad quem*, o que parece respaldar a tese nossa segundo a qual é a interposição e não a admissão que inaugura a competência deste para tudo o que diga respeito ao recurso, particularmente no relativo às medidas cautelares.

Não é nada raro que a determinação de *destrancamento* do recurso – quando deferida, como é da hipótese, antes de exercer o presidente do tribunal *a quo* o juízo inicial de admissibilidade – venha acompanhado da ressalva seguinte: a essa autoridade apenas se determina que de pronto

⁵² Esse o raciocínio seguido no julgamento, pela 3ª T. do STJ, da MC n. 2.361, em 08.02.2000, quando o relator, Ministro Nilson Naves, chegou a afirmar que “não existe diversidade ontológica entre ‘não admitir’ e ‘reter’ o recurso.”

⁵³ V.g., Rcl n. 727, 2ª Seção, Relator Ministro Waldemar Zveiter, Relator designado Ministro Barros Monteiro, em 10.05.2000, DJ de 11.06.2001, p. 89; REsp n. 264.193, 4ª T., Relator Ministro Ruy Rosado, DJ de 27.11.2000; AgRAg n. 292.734, 3ª T., Relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 27.08.2001; Rcl n. 781-SP, 2ª Seção, Relator Ministro Ari Pargendler, em 12.06.2002, RSTJ 159/292. Mais recentemente, MC n. 7.530-MT, 1ª T., Relator Ministro Luiz Fux, em 09.03.2004, DJ de 05.04.2004.



decida da admissibilidade, livremente, sem qualquer condicionamento ao teor do decidido pela instância *ad quem*.⁵⁴

Como se vê, essa realidade dificilmente se pode conciliar com a idéia presente na jurisprudência sumulada do Pretório Excelso, segundo a qual a competência daquela Corte (ou do STJ, quando seja o caso) relativamente ao recurso excepcional só se instaura a partir da decisão de admissibilidade primeira proferida por quem de direito na tribunal *a quo*. Aliás, a Suprema Corte precisou desembaraçar-se desse dilema no espécime jurisprudencial citado à nota 50, caso em que *as duas cautelas* eram postuladas, tendo decidido não conhecer do pedido no alusivo à concessão de efeito suspensivo e deferir o de *destrancamento*.

Essa posição implica admitir que, para alguns efeitos, a competência da Corte Superior só se instaura a partir da decisão admissória na origem, mas, para outros, acha-se já afirmada antes desse ato processual.

6. CONCLUSÕES.

A função jurisdicional cautelar caracteriza-se pelo escopo de assegurar o resultado útil de outro processo, dito principal, que tanto pode existir já ao tempo do pedido precautório (cautelar incidente) quanto estar apenas antevisto no futuro (cautelar antecedente), caso em que o pedido de cautela deve desde logo identificá-lo. Assim, ainda que autônomo no sentido procedimental, o processo cautelar acha-se sempre e umbilicalmente ligado a outro processo, dito principal, existente ou previsto – ainda que, por razões diversas, este possa não chegar a existir concretamente. Também por isso, e não apenas pela função (acautelatória ao invés de satisfativa) ele se distingue das antecipações de eficácia da sentença que possam ocorrer no processo não-cautelar.

Os recursos extraordinário *stricto sensu*, carecendo de eficácia suspensiva, não asseguram desde logo ao recorrente a posição de vantagem por ele perseguida, entrando a vigorar com restrições mínimas o julgado por qualquer deles hostilizado. Deste, ocasionalmente podem defluir conseqüências deveras gravosas para o vencido, cuja esfera jurídica pode ser intensamente afetada por decorrências que continuarão a atuar sobre

⁵⁴ V. g., STF, Pet-MC n. 3.284-SP, 1ª T., Relator Ministro Carlos Britto, em 16.12.2004, DJ de 10.06.2005, p. 51; STJ, MC n. 13.357-RJ, 1ª T., Relator Ministro Luiz Fux, em 16.10.2008, DJe de 03.11.2008.

ela sem embargo da pendência do recurso, cujo julgamento, como é de todos sabido, costuma tardar consideravelmente. Cumpre a medida cautelar, então, a função de outorgar ao recurso raro, no todo ou em parte, a eficácia suspensiva que, de regra, ele não tem.

A necessidade remédio dessa ordem resulta de que o eventual provimento de algum desses recursos corre o risco da inutilidade, por encontrar a situação de fato já tão profundamente alterada pelo decurso do tempo ou pela própria eficácia da decisão recorrida que já não seja possível a restituição das coisas ao estado que deveria resultar do julgamento. A fim de conjurar essa indesejável ocorrência, pelo menos nos casos em que se possa antever a probabilidade dela, é possível buscar providências de acautelamento que afastem ou reduzam o inconveniente apontado, medidas tipicamente cautelares, que, aliás, tanto encontram previsão e amparo no Código de Processo Civil quanto nos regimentos internos dos tribunais aos quais se destinam aqueles recursos. Seu objetivo é, em termos práticos, o de conferir eficácia suspensiva ao recurso que, de regra, não o tem.

Parece correto afirmar-se que um recurso começa a existir a partir de sua interposição. Entretanto, nos extraordinários, mais do que nos outros – por tratar-se de recursos de fundamentação vinculada –, assume particular importância o ato de admissão inicial pela autoridade a quem esteja cometida essa atribuição (em regra, o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido). A diferença está em que esse exame de admissibilidade se traduz necessariamente em decisão fundamentada, na qual são sopesados todos os requisitos formais de admissibilidade, vale dizer, a conformidade da interposição à previsão constitucional que lhes dá vida; a ajustabilidade dela à moldura desenhada na Constituição.

Sem embargo da importância desse ato, impende ter-se presente que sua prática não condiciona a existência nem o teor do recurso, intuitivamente definidos pela interposição. Inexiste, pois, razão para que se condicione a admissão da ação cautelar tendente a outorgar-lhe excepcional eficácia suspensiva a esse ato de passagem do recurso pelo primeiro crivo de admissibilidade, exercido no tribunal *a quo*.

Também não há bom fomento jurídico para erigir-se o ato de admissão na origem a divisor de águas da competência para o exame das medidas cautelares a ele pertinentes. O recurso já interposto ou cuja



interposição se espera e promete, no que diz respeito às providências de acautelamento, tem de ser visto como o processo acautelado, de tal sorte que a competência para conhecer e decidir daquelas medidas acha-se submetido à regra do art. 800, parágrafo, do Código de Processo Civil. No particular, portanto, a jurisprudência sumulada do Pretório Excelso que só dá por inaugurada essa competência dos tribunais superiores com a admissão do recurso no tribunal *a quo*, com a mais respeitosa vênia, não corresponde à melhor solução, seja do ponto de vista dos princípios, seja à luz do direito positivo nacional. Tampouco explica a distinção estabelecida arbitrariamente, para o efeito, entre a cautela que busca agregar efeito suspensivo e a que objetiva liberação do recurso retido.

As conclusões que vêm de ser expostas aplicam-se, por idênticas razões, às medidas tendentes a liberar da retenção os recursos excepcionais que a ela se hajam submetido segundo o art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil. Também essas são, em princípio, medidas cautelares, mas não há inconveniente maior em que se liberalizem para o mesmo efeito outras providências – postuladas, em qualquer caso, ao tribunal *ad quem*. Aliás, a pacífica aceitação dessa competência pelos Tribunais Superiores, sem cogitar de que o recurso já esteja ou não admitido na origem (certo que, por hipótese, não estará) dificilmente se compatibiliza com o espírito da jurisprudência sumulada, que recusa a mesma competência enquanto não haja o recurso passado pelo primeiro juízo de admissibilidade.

