

ERICK VIDIGAL

**RECURSO ESPECIAL E EFEITO SUSPENSIVO ANTE OS
ENUNCIADOS 634 E 635 DA SÚMULA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

**Monografia apresentada ao
ICPD/CESAPE/UNICEUB, junto ao
Departamento de Pós-graduação como pré-
requisito para obtenção do grau de
especialista em Direito Processual Civil, sob
orientação do Professor doutor Rossini
Corrêa.**

Brasília, agosto de 2005

“Qualquer lei que eleve a personalidade humana é justa. Qualquer lei que degrade a personalidade humana é injusta. Permito-me afirmar que o indivíduo que infringe a lei que a consciência lhe diz injusta...está na verdade expressando o mais alto respeito à lei.”

MARTIN LUTHER KING JR.

DEDICATÓRIA

À minha filha Erika, o único motivo da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por continuar acreditando em mim.

Ao meu orientador, professor Rossini Corrêa, pela atenção e paciência sempre dispensada.

À minha grande amiga Eliane Vidigal; presença fiel no apoio e no incentivo.

Meu sincero agradecimento.

SUMÁRIO

<u>DEDICATÓRIA.....</u>	<u>III</u>
<u>AGRADECIMENTOS</u>	<u>IV</u>
<u>INTRODUÇÃO.....</u>	<u>8</u>
<u>1. RECURSO ESPECIAL</u>	<u>10</u>
1.1. AS ORIGENS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO RECURSO ESPECIAL	10
1.2. FUNÇÃO E COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	13
1.3. O RECURSO ESPECIAL E A SUA FINALIDADE	15
1.4. HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE CABIMENTO.	16
1.4.1 ALÍNEA “A”.....	17
1.4.2 ALÍNEA “B ”	18
1.4.3 ALÍNEA “C”	20
<u>1.5 REQUISITOS LEGAIS DE ADMISSIBILIDADE.....</u>	<u>23</u>
1.5.1 TEMPESTIVIDADE	24
1.5.2 PREPARO	25
1.5.3 REGULARIDADE FORMAL	26
1.6. RECURSO ESPECIAL E PREQUESTIONAMENTO	27
<u>2. O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E DE MÉRITO NO RECURSO ESPECIAL E OS</u>	
<u>EFEITOS DE SEU RECEBIMENTO</u>	<u>31</u>
2.1. EFEITO DEVOLUTIVO.	31
2.2 EFEITO SUSPENSIVO	34
2.3. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E DE MÉRITO	40
2.4. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E EFEITO SUSPENSIVO.	46
<u>3. EFEITO SUSPENSIVO NO RECURSO ESPECIAL – FORMAS DE OBTENÇÃO.....</u>	<u>52</u>

3.1. PETIÇÃO SIMPLES.	52
3.2. MANDADO DE SEGURANÇA.	54
3.3. MEDIDA CAUTELAR	58
3.4. MEDIDA CAUTELAR E EFEITO SUSPENSIVO NO RECURSO ESPECIAL.	61
3.5. OS ENUNCIADOS 634 E 635 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	69
<u>CONCLUSÃO.....</u>	<u>72</u>
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</u>	<u>76</u>

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar as diversas vias processuais por meio das quais torna-se possível a postulação da atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial. Como bem se sabe, tal espécie recursal não se insere dentre aquelas que gozam tanto de efeito devolutivo quanto de efeito suspensivo, razão pela qual foram desenvolvidas diversas teses jurídicas com o intuito de se sustentar a atribuição do efeito suspensivo ao recurso especial, quando diante de situações relevantes. O tema ganhou nova perspectiva, mantendo sua importância, a partir da edição dos enunciados 634 e 635, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que termina por impor disciplina específica na busca da atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, abrindo a possibilidade de que o Superior Tribunal de Justiça aplique, no tocante ao recurso especial, idêntica orientação.

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo analisar e discutir o efeito suspensivo no recurso especial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que tem conferido esse efeito ao recurso especial em casos excepcionais, desde que haja comprovação de difícil e incerta reparação.

O tema, sempre atual por não haver ainda posicionamento unânime daquela Corte, foi escolhido devido a sua relevância e importância prática, já que em razão da demora na obtenção de posicionamento jurisdicional definitivo, muitas vezes o recurso se torna ineficaz, causando ao recorrente lesão grave e de difícil reparação.

O presente trabalho se propõe a examinar as hipóteses de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, enfocando a obrigatoriedade ou não do juízo de admissibilidade, quanto à possibilidade de se atribuir efeito suspensivo antes da interposição do recurso especial e diante do juízo negativo de admissibilidade pelo tribunal de origem e encontrando-se na pendência de interposição de agravo de instrumento.

No primeiro capítulo, abordar-se-á, inicialmente, os aspectos históricos e as noções gerais, tais como a origem do Superior Tribunal de Justiça, as hipóteses de cabimento do recurso especial elencadas no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal e a figura do prequestionamento, ressaltando, desde logo, a ausência de pretensão do esgotamento do tema.

No segundo capítulo, serão apreciados os efeitos devolutivo e suspensivo – este com maior enfoque – bem como o juízo de admissibilidade e de mérito no recurso especial.

Por fim, no terceiro capítulo, serão destacados os meios adequados para pleitear o

efeito suspensivo no recurso especial, tais como, petição simples, mandado de segurança e ação cautelar, fazendo-se a explanação, em linhas gerais, da função cautelar e de seus pressupostos, para então demonstrar qual desses meios é o mais aceito e adequado para a obtenção de efeito suspensivo junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Em suma, trata-se de pesquisa onde se busca o estudo dos vários posicionamentos acerca do efeito suspensivo no recurso especial, existentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, estudo esse que se justifica pertinente, principalmente, por não haver entendimento pacífico naquela Corte sobre a matéria.

1. RECURSO ESPECIAL

1.1. As origens do Superior Tribunal de Justiça e do recurso especial

Até o advento da nova ordem constitucional instaurada em 1988, o Supremo Tribunal Federal detinha competência para julgar os recursos que versavam tanto sobre matéria constitucional quanto infraconstitucional, exercendo o controle de constitucionalidade e legalidade das decisões judiciais proferidas pelos demais órgãos do Poder Judiciário, unificando a jurisdição sobre as questões constitucionais e federais¹.

Com o crescente número de processos que anualmente eram distribuídos na Suprema Corte e permaneciam pendentes de julgamento, foram adotadas providências legais e jurisprudenciais para tentar filtrar os processos que se submetiam à apreciação do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de diminuir o excesso de recursos extraordinários.² Para Rodolfo Mancuso,³ as tentativas não foram em vão, mas estavam distantes de resolver o problema da chamada “crise do Supremo”⁴.

Naquela época, muito se discutiu sobre a impossibilidade de um só tribunal controlar a legalidade e a constitucionalidade de todas as decisões proferidas pelos tribunais estaduais e federais do país. Pretendendo resolver a crise, surgiram varias idéias na classe jurídica

¹SARAIVA, José. **Recurso especial e o STJ**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002,p.74.

² Conforme José Saraiva “o controle da legalidade das decisões judiciais pelo Supremo Tribunal Federal já não estava mais atendendo aos anseios da sociedade e, especialmente, da comunidade jurídica, porquanto as restrições ao acesso àquela Corte pelos jurisdicionados já eram tantas, que poucos recursos logravam êxito em ser apreciados”. SARAIVA, José. **Recurso especial e o STJ**. São Paulo:Editora Saraiva, 2002,p.67.

³ Para Rodolfo de Camargo Mancuso a crise do Supremo Tribunal Federal é compreensível, visto que a corte tinha competência para exercer qualquer dos ramos do Direito Objetivo onde houvesse questão federal ou questão constitucional. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 8ª ed.São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003, p. 60).

⁴ Para ter acesso a Corte suprema há necessidade de existir um controle, triagem em decorrência da desproporção entre o numero de Ministros e o grande volume de processos. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso especial**.8ª ed.São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003, p. 68)

em geral. No ano de 1963, o Professor José Afonso da Silva propôs e defendeu em tese de concurso para obtenção de cadeira de professor de Direito Constitucional, a criação de um Tribunal Superior que corresponderia ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Tribunal Superior do Trabalho.

Em 1965, na Fundação Getúlio Vargas, foi realizada uma mesa redonda onde diversos juristas se reuniram para defender a criação de um novo Tribunal Superior, que teria sob sua competência o julgamento dos recursos extraordinários relativos ao direito federal comum⁵. Essa idéia também foi cogitada em sede de projeto de reforma constitucional, em 1969, por Miguel Reale, juntamente com Jose Frederico Marques e Alfredo Buzaid⁶.

Interessante notar que nunca se discutiu como proposta para solucionar a crise do Supremo, uma revisão constitucional a respeito da competência legislativa da União e dos Estados, analisando quais matérias poderiam deixar de ser reguladas por lei federal e repassadas à competência dos Estados, diminuindo, assim, o número de questões federais que teriam que ser analisadas pela Corte Suprema⁷.

Foi então criado pelo constituinte de 1988 o Superior Tribunal de Justiça, instalado em conformidade com a Lei 7.746, de 30.3.89, sendo boa parte da competência do Supremo Tribunal Federal transferida a ele. Esse novo Tribunal passou então a julgar todos os recursos em que se discute matéria infraconstitucional federal, matéria essa apreciada por meio do recurso especial, enquanto a Suprema Corte cada vez mais se aproxima do ideal de Corte Constitucional.

⁵ SARAIVA, José. Recurso especial e o STJ. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 74

⁶ PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o STJ**. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 39

⁷ Nos Estados Unidos da América a competência da lei federal é mínima, enquanto a competência dos Estados é ampla. No Brasil ocorre o inverso, o direito aplicado pela justiça ordinária é quase todo federal. (PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o STJ**. 2 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 44).

Sobre o Superior Tribunal de Justiça, Arruda Alvim afirma que “a este tribunal, criado pela Constituição Federal de 1988, coube matéria vital, qual seja, a de ser o guardião da inteireza do sistema jurídico federal não constitucional, assegurando-lhe validade e bem assim, uniformidade de entendimento”⁸.

O instrumento processual criado para que o Superior Tribunal de Justiça exerça o controle unificador é o recurso especial, que, ao ser analisado e julgado, exerce o controle da legalidade do julgamento proferido pelo tribunal de origem. Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que este recurso é uma variante do recurso extraordinário, pois há varias características comuns entre os dois recursos⁹.

Como bem coloca o professor Nelson Luiz Pinto, os recursos classificam-se em recursos de natureza ordinária e de natureza extraordinária.¹⁰ Os de natureza ordinária têm como objetivo proteger o direito subjetivo das partes do litígio contra eventual injustiça da decisão judicial¹¹. Há possibilidade de discussão de matéria de fato e de direito e de protesto quanto a injustiça da decisão recorrida. Já os de natureza extraordinária, como o recurso especial, têm por objeto imediato a tutela do direito objetivo, previsto nas leis federais e nos tratados internacionais recepcionados nessa condição, o que impossibilita, em sede de recurso especial, a discussão de

⁸ ALVIM, Arruda. **O Recurso Especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens**. In Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Org por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 31

⁹ “São características comuns a estes recursos: a) exigem o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, b) não são vocacionados à correção da injustiça do julgado recorrido, c) não servem para a mera revisão da matéria de fato; d) apresentam sistema de admissibilidade desdobrado ou bipartido, com uma fase perante o tribunal *a quo* e a outra perante o *ad quem*, e) os fundamentos específicos de sua admissibilidade estão na CF e não no CPC; f) a execução que se faça na sua pendência é provisória (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 8ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 103).

¹⁰ PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos Recursos Cíveis**. 3 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 36.

¹¹ Injustiça dever ser entendida como não aplicação adequada do direito aos fatos narrados no processo. (PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos Recursos Cíveis**. 3 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 36.

matéria de fato¹² ou erros de fato ocorridos nas instâncias inferiores, ou simplesmente para reexaminar provas, já examinadas pelas instâncias ordinárias¹³.

Essa classificação dos recursos em ordinários e extraordinários não é aceita por Barbosa Moreira que alega ser esta distinção sem valor ou sem relevância teórica e prática, visto que para ele o chamado recurso extraordinário não possui peculiaridade única para servir de base a uma classificação¹⁴, posição essa que, em nosso entendimento, não merece prosperar, tendo em vista toda a disciplina especial que rege a matéria nos tribunais.

O recurso especial é interposto para questionar as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, Tribunais de Alçada e do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal, c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

1.2. Função e competência do Superior Tribunal de Justiça

Ao Poder Judiciário cabe o dever de aplicar a lei ao caso concreto, aplicação esta que conduz os magistrados e juristas a diversas interpretações¹⁵, fazendo com que a certeza, valor

¹² No mesmo sentido : “Daí que não basta o inconformismo da parte sucumbente para forçar o reexame do julgamento de tribunal local pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do recurso especial. Dito remédio de impugnação processual só terá cabimento dentro de uma função política, qual seja a de resolver uma questão federal controvertida. Através dele não se suscitam nem se resolvem nem questão de fato nem questões de direito local”(THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. 3ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, p. 541/542.

¹³ Neste sentido, enuncia a Súmula 7 do STJ : “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol V. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1, p. 249/253.

¹⁵ Para Arruda Alvim “quando se fala em diversidades de interpretação, prescinde-se de qualquer apreciação dos fatos. Na realidade, a diversidade de interpretação é um problema que se confina, exclusivamente, á apreciação da lei em si mesma considerada, como entidade lógico – jurídica, vale dizer, o que importa, na interpretação, é sabermos precisamente, qual é o sentido, a abrangência, somente considerando o mandamento legal, em si mesmo”. ALVIM, Arruda. **O Recurso Especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens**. In Aspectos polêmicos e atuais do

indispensável ao direito, seja abalada. A função do Superior Tribunal de Justiça é uniformizar essa aplicação, por via do recurso especial, estabelecendo uma tendência de interpretações sobre um mesmo texto de lei¹⁶.

É necessário que haja um tribunal que fixe um entendimento único da lei federal, uma vez que o direito brasileiro possui três poderes políticos, quais sejam, a União, os Estados membros e os Municípios. Para Arruda Alvim, o Superior Tribunal de Justiça tem como função primordial “ser o guardião da inteireza do sistema jurídico federal (não constitucional), assegurando-lhe validade e uniformidade de entendimento”^{17 18}.

É um Tribunal composto de no mínimo 33 ministros, nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de 35 anos e menos de 65 anos de idade, depois de ser aprovada a escolha pelo Senado Federal.

O Superior Tribunal de Justiça têm competência originária para julgar as causas relacionadas no art 105, inciso I, competência recursal originária nas causas que estão previstas no inciso II e competência recursal extraordinária nas causas previstas no inciso III, todos da Constituição Federal, cabendo a este tribunal parte da competência que antes era exercida pelo

Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Org por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 32.

¹⁶ Arruda Alvim afirma que a manutenção da uniformidade de um direito foram definidas desde a época do Anteprojeto da Constituição, ainda que estas definições tenham sido para o Recurso Extraordinário.(ARRUDA, Arruda. **O Recurso Especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens**.In Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Org por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 37)

¹⁷ ARRUDA, Arruda. **O Recurso Especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens**.In Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Org por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 46.

¹⁸ Humberto Theodoro Júnior afirma que a função do recurso especial é manter a unidade e autoridade da lei federal, uma vez que o Brasil existem múltiplos organismos judiciários encarregados de aplicar o direito positivo elaborado pela União, função está que antes da Constituição de 1988 era exercida pelo Supremo Tribunal Federal, por via do Recurso Extraordinário. (THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. 3ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, p. 541).

Supremo Tribunal Federal. Estas hipóteses de cabimento serão discutidas mais adiante no presente trabalho.

1.3. O recurso especial e a sua finalidade

O recurso especial é o instrumento por meio do qual o Superior Tribunal de Justiça exerce a função de cuidar e zelar pela aplicação correta da lei federal em todo território nacional, impedindo eventual regionalização de entendimentos ou a inobservância de dispositivo de lei federal, tendo sempre em vista o interesse público que deve sobrelevar os interesses das partes, o que se dá pela aplicação correta da lei em jurisprudência uniformizada¹⁹.

O simples prejuízo da parte não é suficiente para embasar o recurso especial, visto que sua principal pretensão é a defesa do direito objetivo e a uniformização da jurisprudência, devendo este recurso ser embasado em uma questão de ordem federal anteriormente prequestionada. Seu escopo é, portanto, o resguardo da ordem jurídica e do direito positivo. Sobre o assunto pertinentes as palavras de Rodolfo Camargo Mancuso:

“Um dos motivos porque se tem os recursos extraordinário e especial como pertencentes à classe dos excepcionais, reside em que o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns (v.g., a apelação), mas, ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica. Assim, eles não se prestam para o reexame da matéria de fato; presume-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam à tarefa da subsunção do fato à norma de regência. Se ainda nesse ponto fossem cabíveis o extraordinário e o especial, teríamos o STF e o Superior Tribunal de Justiça convertidos em novas instâncias ordinárias, e teríamos

¹⁹ PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos Recursos Cíveis**. 3 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 53.

despojados aqueles recursos de suas características de excepcionalidade, vocacionados que são à preservação do império do direito federal, constitucional ou comum”²⁰.

Com a fiel aplicação de um mesmo texto de lei, o direito é valorizado e trará mais segurança aos cidadãos que procurarem o Judiciário. Eventuais injustiças que possam vir a ocorrer nas instâncias inferiores são questões que não interessam diretamente ao Superior Tribunal de Justiça e que, portanto, não podem servir de fundamento para a interposição de recurso especial.

1.4. Hipóteses constitucionais de cabimento.

É a seguinte a disciplina constitucional acerca do cabimento do recurso especial, inserida nas três alíneas do inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal:

“Art 105- Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

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

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuída outro tribunal”.

²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 8ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.130/131.

1.4.1 Alínea “a”

O recurso especial interposto com fundamento na alínea “a” funda-se na contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal infraconstitucional comum²¹. Deve-se considerar como lei federal o decreto, o regulamento federal e a lei estrangeira quando aplicável por força de norma de direito internacional. Convém considerar leis federais as leis de natureza de direito federal, não cabendo discussão sobre direito que versem sobre matéria de interesse local²².

Nelson Luiz Pinto defende que a expressão contrariar²³ é muito mais abrangente que negar vigência, servindo essa distinção como inspiração para que o Supremo Tribunal Federal editasse, em 1964, o enunciado n.º 400 da Súmula do STF²⁴, que expressa o seguinte: “decisão que deu razoável interpretação a lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do art 101, III da Constituição Federal”

Esta súmula foi editada sobre o amparo da Constituição de 1946, sendo a interpretação do Supremo Tribunal Federal restritiva, não permitindo a interposição do recurso extraordinário caso fosse eleita uma interpretação razoável, ainda que esta não fosse a melhor, sendo apenas permitido em caso de violação brutal ao texto constitucional.

²¹ Segundo Gleydson Kleber Lopes de Oliveira “o recurso especial é de fundamentação vinculada, a tipicidade do erro é pressuposto do cabimento do recurso (juízo de admissibilidade), enquanto a sua existência real é pressuposto de procedência do recurso(juízo de mérito)”. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. **Recurso Especial**. 1ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 233

²² Ver enunciado 280 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

²³ “Contrariar supõe toda e qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses que a ele se devem subsumir, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, interpretando-o de modo não adequado e diferente da interpretação correta”. PINTO, Nelson Luiz, **Recurso Especial para o STJ**. 2ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 117..

²⁴ PINTO, Nelson Luiz., **Recurso Especial para o STJ**. 2ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 116.

Sobre o assunto, Nelson Luiz Pinto afirma que “a Constituição de 1988, ao tratar das hipóteses de cabimento do recurso especial, não se limitou à hipótese de negativa de vigência da lei, mas referiu-se a *contrariar* tratado ou lei federal, cuja expressão é mais abrangente do que *negar vigência*”²⁵.

Interessante registrar que o referido enunciado 400 atualmente encontra-se ultrapassado, aplicável até bem pouco tempo ao recurso especial pela alínea “a”, desautorizando a interposição do recurso especial para atacar decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor.

O Superior Tribunal de Justiça atualmente não admite duas interpretações diferentes, uma delas sempre estará contrariando a vontade da lei que só pode ser única. Até porque a Corte Superior tem o dever de unificar a interpretação sobre a lei federal, sem se satisfazer com interpretações dadas por outros tribunais, ainda que tidas como razoáveis, uma vez que, por segurança jurídica, deve-se buscar alcançar a interpretação única adequada²⁶.

1.4.2 Alínea “b”

Para que o Recurso Especial seja admitido com fundamento na letra “b” do art 105, inciso III, da Constituição Federal, basta que a lei ou ato de governo local aplicado pelo tribunal a

²⁵ PINTO, Nelson Luiz., **Recurso Especial para o STJ**. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 117.

²⁶ “O enunciado 400 da súmula do STF é incompatível com a teleologia do sistema recursal introduzido pela Constituição de 1988” STJ, 4ª turma, RESP 5.936-PR, DJU 07.10.1991.

Neste mesmo sentido : “Quanto á aplicabilidade da Súmula 400 do STF ao recurso especial, não assiste razão ao ora embargante. O Próprio Supremo vem deixando de aplicá-la cedendo ao argumento tecido pelo E. Min. Moreira Alves no voto que proferiu no RE 81.429-SP, interpretando o art. 119, III, da Constituição Federal/67. Disse o emérito julgador que a decisão contraria não apenas negando vigência, mas também dando interpretação menos exata. Em se tratando de dispositivo constitucional, é cabível o recurso extraordinário para examinar-se correta, ou não, a interpretação que as instâncias ordinárias lhe deram(in RTJ 89/876 e 878). Como bem assinalou o mestre Seabra Fagundes, estabelecido o recurso por divergência jurisprudencial, supõe-se que só exista uma interpretação válida para a lei federal”. STJ, 2ª Turma, EDRESP 229189/RJ, DJU 19.12.2003.

quo tenha sido contestado nos autos, em face de lei federal. A finalidade deste preceito constitucional é garantir a aplicação do princípio da hierarquia das leis, preservando a inteireza positiva da Constituição Federal²⁷.

Tem que ter havido ofensa à lei federal com a aplicação da lei ou ato de governo local, não se cogitando, para admissibilidade do recurso especial, do acerto ou erro da decisão recorrida.

Nelson Luiz Pinto afirma que a ocorrência da hipótese de cabimento pela alínea “b”, pode encartar-se também na hipótese prevista pela alínea “a” do mesmo dispositivo, pois quando a decisão recorrida aplica erroneamente a lei local, desrespeitando a lei federal, está contrariando ou negando aplicação a esta última²⁸.

Outro aspecto relevante a ser mencionado é o que tange à abordagem da aplicação da legislação local em prejuízo da federal, pois neste caso estará tratando de matéria constitucional. É que normalmente o conflito entre as leis local e federal é problema de competência constitucional, sendo esta hipótese de cabimento relacionada com questão constitucional. Bernardo Pimentel defende ser incabível, neste caso, o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça²⁹.

Sobre este assunto, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que entre a alínea “b” do artigo 105, III e a alínea “c” do art 102, III, ambos da Carta Magna, há uma correlação, podendo as

²⁷ “O legislador constituinte preocupou-se com a harmonia entre as legislações dos entes federados, pois não se poderia admitir a coexistência conflitante de ordens jurídicas dentro da federação”.SARAIVA, José, **Breves Apontamentos sobre o Recurso Especial** In Dos recursos. Temas Obrigatórios e Atuais. Org por Rodrigo Reis Mazzei. Vitória, Instituto Capixaba de Estudos, 2002, p. 485.

²⁸ PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o STJ**. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 125.

²⁹ “Compete ao Supremo Tribunal Federal e não ao Superior Tribunal de Justiça - averiguar se o texto constitucional foi corretamente interpretado por corte de segundo grau”. PIMENTEL, Bernardo Souza. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.304/306.

duas serem tratadas em conjunto, por haver uma situação em comum, qual seja, a decisão recorrida ter privilegiado a lei ou ato local. A diferença específica que determinará qual é o recurso cabível, se o especial ou o extraordinário, encontra-se no afastamento da lei federal ou na hipótese de o confronto ter se dado em desfavor ao permissivo constitucional^{30 31}.

Há de se ressaltar que há uma certa dificuldade em distinguir a validade da lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal com a discussão de inconstitucionalidade da lei estadual ou municipal, sendo neste segundo caso cabível apenas o recurso extraordinário³².

1.4.3 Alínea “c”

Quando houver interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, pode-se interpor recurso especial com fundamento na letra “c” do art 105, III, da Constituição Federal, competindo ao Superior Tribunal de Justiça a obtenção da exata interpretação da lei federal³³.

³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 8ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003, p. 219.

³¹ Sobre este assunto: “**RECURSO ESPECIAL - ALÍNEA ‘b’ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONFRONTO ENTRE LEI ESTADUAL E FEDERAL - DISCUSSÃO ACERCA DA COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA RELATIVA A DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL – QUESTÃO PRELIMINAR QUE DEVE SER DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**.”

I - Somente é cabível o **recurso especial** para resolver conflito entre **lei local e lei federal** quando a solução se possa obter sem declaração de inconstitucionalidade de qualquer das normas.

II - Se a discussão remete, primeiramente, a análise da esfera de competência dos estados para legislar sobre distribuição de combustíveis e derivados de petróleo, cabe ao Supremo Tribunal **Federal** decidir a questão.

III - **Recurso especial não conhecido**”. (RESP 226445, Relator Ministro Waldemar Zveiter, in DJ 05/02/2001).

³² Neste mesmo sentido: “É preciso, ainda, muita cautela, para não incidir no erro freqüente de confundir a validade de lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal, com discussão de inconstitucionalidade da lei estadual ou municipal, caso em que cabível seria o recurso extraordinário”. NEGRÃO, Perseu Gentil. **Recurso especial**. Doutrina, Jurisprudência, Prática e Legislação. São Paulo. Editora Saraiva, 1997, p. 32.

³³ Arruda Alvim afirma que “O ideal a ser atingido pelo sistema jurídico é o entendimento uno, por parte dos tribunais, dos textos de lei; entretanto, dificilmente este é atingido, já sendo suficiente, para a estabilidade jurídica, que num mesmo tribunal haja unidade ou, pelo menos, dentro desse tribunal, predominância de interpretação num mesmo sentido”. ALVIM, Arruda. **O Recurso Especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens**. In Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Org por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Revista dos

Antes de expormos sobre essa hipótese de cabimento é importante falarmos sobre o aspecto da alínea “c” constituir fundamento autônomo ou não para a interposição do recurso especial. Sobre este assunto, Nelson Luiz Pinto defende que a letra “c” é um reforço da hipótese prevista na letra “a”, sendo inclusive desnecessária a previsão constitucional desta alínea³⁴.

Rodolfo de Camargo Mancuso entende de modo divergente, uma vez que para ele o recorrente que interpõe recurso especial com fundamento na letra “c” não reclama sobre um vício de atividade ou um vício de avaliação jurídica, mas aponta um fundamento autônomo e extrínseco, ou seja, a eventualidade da divergência de um acórdão de um tribunal com outro tribunal³⁵.

É preciso que a divergência ocorra no âmbito federal e não local. Ocorrendo divergência que venha a se fundar em matéria constitucional, não será cabível o recurso especial por não haver previsão nos permissivos que regem este recurso.

A divergência jurisprudencial deve ser demonstrada pelo recorrente na petição do recurso especial, através da apresentação dos trechos dos acórdãos que demonstrem o dissídio que está sendo alegado, evidenciando também as circunstâncias que se identificam ou se assemelham, por meio do chamado cotejo analítico³⁶.

Tribunais, 1997, p. 34/35.

³⁴ Ora se alega que a interpretação dada na decisão recorrida a respeito de determinada lei federal não é correta, está-se afirmando conseqüentemente, que essa lei federal foi contrariada pelo acórdão, o que, por si só, possibilitaria o cabimento do recurso especial pela letra “a” do art 105, III”. PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o STJ**. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 1126.

No mesmo sentido, José Miguel Garcia Medina. (MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**.. 3ªed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 133).

³⁵ Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudência e súmula vinculante**. São Paulo. ed.Revista dos Tribunais,1999, p. 250/253.

³⁶ Neste sentido é um recente julgado do STJ:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS TIDOS COMO VIOLADOS MESMO APÓS A OPOSIÇÃO DE DECLARATÓRIOS. SINDICATO. LEGITIMIDADE. EXISTÊNCIA

O art 541 do Código de Processo Civil dispõe em seu parágrafo único: “Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

O artigo 255, §1º, alínea “a” do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, permite que os advogados declarem a autenticidade dos acórdãos apontados como divergentes, sob sua responsabilidade pessoal³⁷.

A expressão “outro tribunal” mencionada pela alínea “c” do artigo 105, da Constituição Federal, aponta que a divergência, obrigatoriamente, deve ser estabelecida entre diversos tribunais da Federação, não sendo cabível dentre os órgãos fracionários do próprio tribunal de onde emanou a decisão recorrida. A esse respeito o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado n° 13 de sua Súmula³⁸.

Ao comentar a referida súmula, Rodolfo de Camargo Mancuso confirma esse entendimento afirmando que a alínea “c” se refere aos tribunais de segundo grau, estaduais e

JURÍDICA. REGISTRO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea “c” do permissivo constitucional requisita, em qualquer caso, a demonstração analítica da divergência jurisprudencial invocada, por intermédio da transcrição dos trechos dos acórdãos que configuram o dissídio e da indicação das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas ou votos (artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, parágrafo 2º, do RISTJ). (RESP 5453,6 Turma, Rel. Hamilton Carvalhido, publicado no DJ em 19.12.2003).

³⁷ Artigo 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça : “ O recurso especial será interposto na forma e no prazo estabelecido na legislação processual vigente, e recebido no efeito devolutivo.

§1º A comprovação de divergência, nos casos de recursos fundados na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição, será feita:

a) por certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos apontados divergentes, permitida a declaração de autenticidade do próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal”.

³⁸ “A divergência de julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial”. Súmula 13 do Superior Tribunal de Justiça.

federais, excluindo o próprio Superior Tribunal de Justiça e por razões análogas o Supremo Tribunal Federal³⁹.

Há, porém, controvérsias. Flávio Cheim Jorge defende que a expressão “outro tribunal” inclui além das constantes no inciso III do art 105, as decisões da Suprema Corte proferidos antes da criação do Superior Tribunal de Justiça, do extinto Tribunal Federal de Recursos e do Superior Tribunal de Justiça⁴⁰.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que os acórdãos do antigo Tribunal Federal de Recursos ou mesmo do Supremo Tribunal Federal em matéria infraconstitucional, julgados anteriormente à instalação do Superior Tribunal de Justiça servem de paradigma para interposição de Recurso Especial⁴¹.

1.5 REQUISITOS LEGAIS DE ADMISSIBILIDADE.

Discorreremos brevemente sobre a tempestividade, o preparo e a regularidade formal.

³⁹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudência e súmula vinculante**. São Paulo. ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 161.

⁴⁰JORGE, Flávio Cheim. **Recurso Especial com fundamento na divergência jurisprudencial**. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Org por Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2001, p. 400/401.

⁴¹Veja-se á propósito o julgado RESP 273094: em que o Ministro Hamilton Carvalhito cita um precedente: "A extinção do **Tribunal Federal de Recursos** não invalida a força de jurisprudência de seus **acórdãos**, para que permaneça servindo de padrão de divergência, de modo a ensejar cabimento de **recurso especial** (artigo 105, III, c, da Constituição)." (AgRgAg 142.522/RS, Relator Ministro Octavio Gallotti, in DJ 22/5/1992) apud RESP 276094, data da decisão, 10/04/2001, DJ 25/06/2001.

1.5.1 Tempestividade

A legislação impõe que seja definido prazo para a interposição de recurso, em decorrência do princípio da segurança jurídica⁴². O recurso tem que ser interposto dentro do prazo, sob pena de inadmissibilidade.

O prazo para interposição do recurso especial é de quinze dias, sendo igual o prazo para apresentação de resposta sob pena de preclusão temporal, conforme enuncia o artigo 508 do Código de Processo Civil⁴³. A verificação de tempestividade é realizada de ofício pelo órgão de interposição e julgador do recurso.

O prazo para interposição do recurso começa a contar da data da intimação, pelo órgão oficial, do acórdão contra o qual se pretende recorrer. Aplicam-se ao recurso especial as regras comuns de contagem de prazo, ou seja, exclui-se o dia do termo inicial da contagem, dia da intimação da decisão, e inclui-se o dia do termo final da contagem do prazo recursal.

No caso da Fazenda Nacional ou do Ministério Público serem partes no processo, computar-se á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer⁴⁴. O Código de Processo Civil também prevê o prazo em dobro no caso de litisconsortes que possuem diferentes procuradores⁴⁵.

⁴² OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. **Recurso Especial**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 177.

⁴³ Art 508 do Código de processo Civil : “Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência o prazo para interpor e para responder é de quinze dias.

⁴⁴ Artigo 188 do Código de Processo Civil: Computar-se à em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Nacional ou o Ministério Público”

⁴⁵ Artigo 191 do Código de Processo Civil : “Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos”.

1.5.2 Preparo

Preparo é um dos requisitos de admissibilidade dos recursos que consiste no ônus do pagamento tempestivo e exato das custas para o seu processamento. O não cumprimento desta exigência acarreta a declaração de deserção, que segundo Gleydson Kleber Lopes: “se traduz no juízo negativo de admissibilidade”⁴⁶.

O artigo 112 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça dispensa de custas os recursos de competência do tribunal, mas mesmo sendo o recurso especial isento de custas não exclui o porte de remessa e retorno que são despesas que devem ser arcadas pelo recorrente. No ato da interposição do recurso especial o recorrente deve comprovar o pagamento das despesas de remessa e retorno.

Com o advento da Lei 9.756/98 foi incluído o parágrafo segundo do artigo 511, do Código de Processo Civil, que permite ao recorrente, no prazo de cinco dias, suprir o valor do preparo ou apenas o valor da diferença. Vicente Greco Filho acredita que este dispositivo, além de ser benéfico para as partes, tem como consequência uma maior agilidade no processo, pois com esta oportunidade torna-se desnecessária a interposição de um outro recurso que muitas vezes teria como discussão apenas alguns centavos⁴⁷.

⁴⁶ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. **Recurso Especial**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 214.

⁴⁷ GRECO, Vicente Filho. **Questões sobre a lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998**. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98. Org por Tereza Arruda Alvim Wambier. 3ª ed. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 1999, p. 602/603.

O mesmo autor defende ainda que a palavra “insuficiência” prevista no parágrafo segundo do artigo 511, do Código de Processo Civil, significa deficiente, sendo o dispositivo aplicado na caso de falta total de despesas⁴⁸.

1.5.3 Regularidade formal

Conforme dispõe o artigo 541 do Código de Processo Civil, o recurso especial deve ser interposto por meio de petição endereçada ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, acompanhada da exposição de fato e de direito, bem como das razões recursais e da demonstração do cabimento do recurso.

Barbosa Moreira classifica esses requisitos legais de admissibilidade em requisitos intrínsecos e extrínsecos⁴⁹. Os primeiros estão divididos em cabimento⁵⁰, legitimação para recorrer, interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo de poder de recorrer⁵¹. Nos requisitos extrínsecos estão a tempestividade, a regularidade formal, o pagamento de custas e o preparo.

É cabível ressaltar que o recurso especial interposto por advogado sem procuração nos autos vem sendo considerado como inexistente pelo Superior Tribunal de Justiça, que não aceita

⁴⁸ “Considerando-se, pois, o espírito e a finalidade de lei, nossa conclusão é a de que, em qualquer hipótese, não se pode mais decretar a deserção por falta ou insuficiência (em nosso entender sinônimos) de preparo a não ser após ser dada a oportunidade para a parte supri-las, em qualquer grau de jurisdição”. **Questões sobre a lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998**. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98. Org por Tereza Arruda Alvim Wambier.3ª ed. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 1999, p.602/603.

⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara**, Rio de Janeiro : v. 19,1968,p.93/95.

⁵⁰ Quanto ao cabimento do recurso é importante distinguirmos dois aspectos; o primeiro diz respeito a recorribilidade da decisão, sendo necessário que a decisão proferida comporte algum recurso, o segundo refere-se a propriedade do recurso interposto, devendo ser escolhido o recurso adequado.

⁵¹ Fatos impeditivos são o reconhecimento do pedido, a desistência do direito ou do processo.Fatos extintivos são a renúncia e a aquiescência do poder de recorrer.

a juntada a *posteriori* do instrumento de mandato, bem como aplicação dos artigos 13 e 37 do Código de Processo Civil e o 5º, § 1º, da Lei 8.906/94^{52 53}.

1.6. Recurso especial e prequestionamento

Alude o artigo 105, III da Constituição Federal que serão julgados em sede de recurso especial as “causas decididas”, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados, Tribunais de Alçada e do Distrito Federal e Territórios.

O entendimento que tem sido considerado em relação à expressão *causa* é no mesmo significado da expressão *questão*, sendo o requisito do prequestionamento encontrado na própria Constituição, onde se diferencia de forma nítida a diferença entre o recurso especial (inciso III do artigo 105) e o recurso ordinário (inciso II do artigo 105), a este último não sendo imposto qualquer restrição para sua interposição⁵⁴.

Bruno Mattos e Silva⁵⁵ defende que há duas definições para prequestionamento. A primeira corrente considera que prequestionamento é quando a parte suscita a matéria antes de ter sido prolatada a decisão que será objeto de recurso especial, deste modo para esta corrente mesmo

⁵² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial**. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 99.

⁵³ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO OU SUBSTABELECIMENTO. SÚMULA 115/STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.
I-“Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”(Súmula 115 do STJ).
II- Agravo interno desprovido.”

⁵⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. **Recurso Especial e Recurso Extraordinário** In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001. 4ª ed. São Paulo. Editora dos Tribunais, 2002, p. 163.

⁵⁵ SILVA, Bruno Matos. **Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário**. 1ªed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2002, p. 6.

sem a apreciação do tribunal, poderia haver a interposição do recurso especial, pois a parte prequestionou a matéria.

A segunda corrente afirma que o prequestionamento ocorre quando o órgão julgador aprecia a questão, decorrendo de um ato do julgador e não da parte. O Superior Tribunal de Justiça tem como entendimento pacífico esta segunda corrente, afirmando que questão suscitada e não apreciada não é matéria prequestionada.

Importante, ainda, tratar do prequestionamento explícito e implícito. Entende-se por prequestionamento explícito⁵⁶ “a manifestação expressa do tribunal *a quo* a respeito de questão federal, inclusive com menção expressa ao artigo da lei federal”. Já o prequestionamento implícito ocorre quando há “ora ventilação da questão de direito federal no acórdão recorrido, sem que tenha sido mencionado o preceito da lei, ora quando a questão federal é suscitada pela parte no decorrer do processo, contudo o tribunal *a quo* não a apreciou”. Quando o tribunal aprecia a questão sem mencioná-la expressamente, o Superior Tribunal de Justiça tem admitindo o prequestionamento implícito⁵⁷.

Para o professor Bernardo Souza Pimentel⁵⁸ prequestionamento significa “a exigência de que o assunto tratado no recurso interposto ao tribunal superior tenha sido previamente

⁵⁶ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. **Recurso Especial**. Brasília, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 255/256

⁵⁷ Sobre este assunto:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. OCORRÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO, MESMO QUE IMPLÍCITO. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA A RESPEITO. A agravo regimental interposto contra decisão que conheceu de agravo de instrumento e deu provimento ao recurso especial da parte ora agravada, autorizando, em ação mandamental, a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título do PIS com o próprio PIS, com aplicação, na correção monetária, dos índices que melhor refletem a real inflação à sua época.

2. Existência de indicação, na petição do recurso especial, dos artigos tido por vulnerados, assim como claro o apontamento de contrariedade às Súmulas n°s 212 e 213/STJ.

3. **Mesmo que não haja clareza na indicação dos dispositivos legais aduzidos violados, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de se acatar o “prequestionamento implícito”** [grifo nosso]

4. Agravo regimental não provido. Corte Especial, relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 02/05/2000.

⁵⁸ (PIMENTEL, Bernardo Souza. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.304)

decidido pela corte recorrida”. Salienta, ainda, que o prequestionamento não pressupõe menção expressa no acórdão impugnado do preceito tido por violado pelo recorrente. É necessário que o tribunal recorrido tenha solucionado a matéria alvo de discussão no recurso dirigido ao Superior Tribunal de Justiça.

É relevante falar também a respeito da hipótese da questão ter sido suscitada nas instâncias ordinárias e o tribunal *a quo* ter deixado de apreciá-la. Neste caso, a omissão terá que ser suprida com a oposição dos embargos de declaração, nos termos do artigo 535⁵⁹ do Código de Processo Civil, para que seja sanada a omissão e realizado o prequestionamento.

A oposição de embargos de declaração com o objetivo de prequestionar matéria legal não é considerada de caráter protelatório. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal que editou a súmula 356⁶⁰ e do Superior Tribunal de Justiça que editou a súmula 98⁶¹, não podendo o recorrente ser condenado a pagar a multa prevista no parágrafo único do artigo 538⁶² do Código de Processo Civil por tal ato.

Se mesmo com a oposição dos embargos de declaração o tribunal *a quo* não suprir a omissão, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁶³, a parte deverá interpor recurso especial requerendo a anulação do acórdão local e, obtendo êxito, o tribunal local deve

⁵⁹ Art 535 do Código de Processo Civil : “Cabem embargos de declaração quando: I- houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II- for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”.

⁶⁰ Súmula 356 STF: “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

⁶¹ Súmula 98 do STJ: “Embargos de declaração manifestados com notório prequestionamento não tem caráter protelatório”.

⁶² Artigo 538 do Código de Processo Civil : “Os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos, por qualquer das partes. Parágrafo único: Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de um por cento sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até dez por cento, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo”.

⁶³ Neste sentido enuncia a Súmula 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal "a quo”

proferir uma nova decisão. Somente então caberia um novo recurso especial versando a matéria de mérito⁶⁴. Neste sentido, foi editado o enunciado 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.⁶⁵

Cássio Scarpinella Bueno⁶⁶ defende que com a edição desse enunciado pelo Superior Tribunal de Justiça surgiu uma divergência de interpretação entre as duas Cortes, as quais têm como função uniformizar qual é o direito aplicável a espécie, visto que para este autor “a súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça revogou a orientação das súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal”⁶⁷.

Sobre o assunto, assim se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREQUESTIONAMENTO.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estabeleceram critérios diferentes para a identificação do prequestionamento no recurso extraordinário (STF - Súmula 356) e no recurso especial (Superior Tribunal de Justiça - Súmula 211). A orientação consolidada na Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal, nos termos do que foi decidido no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 198.631-1, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence (DJU, 19.12.97, p. 48). Embargos de declaração rejeitados”. (EDRESP 158140/DF, 2ª Turma, relator Ministro Ari Pargendler, DJ 23/11/1998).

⁶⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. **Recurso Especial e Recurso Extraordinário** In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001. 4ª ed. São Paulo. Editora dos Tribunais, 2002, p. 159.

⁶⁵ Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça : “Inadmissível o recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

⁶⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Súmulas 288,282 e 356 do STF: Uma visão crítica de sua (re) interpretação mais recente pelos tribunais superiores**. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais”. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2001,p.199/200.

⁶⁷ Sobre esta questão, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é diferente, basta que a parte interponha embargos de declaração para que seja suprimido o requisito do prequestionamento. Entendemos ser correto o entendimento da Suprema Corte, por não ter como o recorrente forçar o tribunal *a quo* a suprir a omissão da decisão.

Vê-se, assim, que o Superior Tribunal de Justiça considera questão prequestionada a matéria suscitada e apreciada, admitindo o prequestionamento implícito mesmo quando não há clareza nos dispositivos legais, porém desde que haja apreciação da questão.

2. O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E DE MÉRITO NO RECURSO ESPECIAL E OS EFEITOS DE SEU RECEBIMENTO

Impõe o artigo 542, § 2º do Código de Processo Civil, que “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”. A regra geral quanto aos efeitos em que são recebidos o recurso especial é também reforçada pelo artigo 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça⁶⁸. Para aprofundar no tema relativo aos efeitos em que são recebidos tal recurso, prudente repassar objetivamente a disciplina relativa aos dois efeitos em que podem ser recebidos qualquer recurso, desde que haja previsão legal para tanto.

2.1. Efeito Devolutivo.

O efeito devolutivo é da própria essência dos recursos e ocorre com todo recurso que é endereçado a um tribunal superior, sempre acontecendo quando toda ou parte da matéria é impugnada⁶⁹. Com a interposição do recurso há uma devolução da matéria que será novamente decidida pelo judiciário, sendo de regra este reexame realizado por outro órgão diferente e superior àquele órgão que proferiu a decisão^{70 71}.

⁶⁸ **Art. 255 do Regimento Interno do STJ:** “O recurso especial será interposto na forma e no prazo estabelecido na legislação processual vigente, e recebido no efeito devolutivo”.

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Os efeitos dos recursos.**In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. De acordo com a lei 10352/2001. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

⁷⁰ Segundo esta definição não há que se falar em efeito devolutivo nos embargos de declaração.

Nelson Nery Junior ⁷²entende que há efeito devolutivo também quando ocorre o julgamento de embargos declaratórios ou infringentes, não sendo necessário que o órgão destinatário seja diferente daquele que proferiu a decisão.

Decorre deste efeito outro efeito, que é o de impedir que a decisão recorrida transite em julgado e conseqüentemente não se possa falar em decisão definitiva coberta pela coisa julgada.

Uma vez interposto e conhecido o recurso especial, cabe ao Superior Tribunal de Justiça reapreciar a questão, redecidindo, substituindo ou mantendo a decisão impugnada. O recurso pode ter como objeto um *error in iudicando* ou um *error in procedendo*.

Ocorre *error in procedendo* quando se questiona a existência de um vício intrínseco ou extrínseco na decisão⁷³, causando assim a nulidade da decisão, sendo nesta hipótese o julgamento do mérito a validade ou não da decisão e o pedido de recurso será de invalidação da decisão impugnada, não havendo rejuízo da causa, mas tão somente a nulidade da decisão recorrida^{74 75}.

⁷¹ Andréa Lopes de Oliveira Ferreira Fernandes e Wanner Ferreira Franco definem efeito devolutivo:

“o efeito devolutivo dos recursos é o que permite o reexame da matéria impugnada, através de sua devolução para um órgão diferente e hierarquicamente superior ao que proferiu a decisão recorrida”(FERNANDES, Andréa Lopes de Oliveira Ferreira e FRANCO, Wanner Ferreira. **Execução na pendência do julgamento do RE e RESP**. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 90).

⁷² “ Não há necessidade de que o órgão destinatário seja diverso daquele que proferiu o ato impugnado. Assim, mesmo os embargos de declaração e os embargos infringentes da LEF 34, dirigidos ao mesmo órgão de onde proveio a decisão recorrida, têm efeito devolutivo, que é comum e existe em todos os recursos no sistema processual civil brasileiro, seja o da CF, do CPC ou, ainda, o de leis processuais extravagantes”. NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004,p.431.

⁷³ Oriunda do processo, fazendo com que a sentença também seja contaminada. JORGE, Flávio Cheim e RODRIGUES, Marcelo Abelha.**Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos**. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001. Org por Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2002, p. 239.

⁷⁴ PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o STJ**. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 55/57.

Haverá *error in iudicando* quando o juiz proferir uma sentença injusta⁷⁶, aplicando de forma errada o direito ou interpretando incorretamente a norma abstrata. Nestas hipóteses, o resultado do recurso será sua reforma ou substituição por outra decisão ou ainda sua manutenção, ou seja, o vício diz respeito ao conteúdo do ato.

Por ter o recurso especial fundamentação limitada, o efeito devolutivo manifesta-se de modo diferente de acordo com a possibilidade do cabimento do recurso, não podendo ser objeto de interposição do recurso especial toda matéria discutida no tribunal recorrido^{77 78}.

Esta limitação no âmbito do efeito devolutivo existente nos recursos extraordinários se dá para que não ocorra uma renovação em plena instância extraordinária, sendo submetido à apreciação do Superior Tribunal de Justiça apenas questões prequestionadas que são concernentes ao debate federal.

Em contrapartida, tratando-se de recurso cuja fundamentação é livre, como por exemplo no caso da apelação, o recorrente, quando da interposição do recurso, pode propor todo o reexame da matéria submetida ao tribunal *a quo*, a teor do artigo 515⁷⁹ do Código de Processo Civil.

⁷⁵ “Sem dúvida, a regra em nosso direito é a de que, conhecido o recurso, há a produção do efeito substitutivo, nos termos do art 512 do Código. No entanto, quando o tribunal ad quem reconhece a ocorrência de *error in procedendo*, há mera cassação do acórdão recorrido, e não substituição. (PIMENTEL, Bernardo Souza. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.312)

⁷⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 215.

⁷⁷ As matérias que em regra são suscetíveis de conhecimento em qualquer que seja o grau de jurisdição, não são em relação ao recurso especial, por haver uma limitação legal e constitucional. (MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinários e especial**. 3ªed. São Paulo, 2002, p. 74).

⁷⁸ Tanto o recurso especial quanto o recurso extraordinário, são vinculados a questões federais, ao direito infraconstitucional e constitucional, respectivamente.

⁷⁹ Artigo 515 do Código de Processo Civil : “ A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. §1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.”.

Sobre este assunto vale transcrever as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier⁸⁰: “a estreiteza do efeito devolutivo que ocorre mercê da interposição dos recursos excepcionais não deixa espaço para a aplicação desta regra, cuja incidência se estende a todos os recursos ordinários”.

A devolução do recurso pode ser imediata, gradual ou diferida. O recurso especial tem eficácia gradual, pois não é interposto no tribunal que será reapreciada a decisão, mas, sim, no tribunal *a quo*, que realizará alguns atos antes de remeter o recurso ao tribunal destinatário. Importante ressaltar que, mesmo nos casos em que a devolução não é imediata, a interposição do recurso já define qual é o órgão para o qual será devolvido o caso, sempre que todos os requisitos forem preenchidos.⁸¹

2.2 Efeito suspensivo

Como já mencionado no presente trabalho, o artigo 542 § 2º do Código de Processo Civil enuncia que tanto o recurso especial quanto o extraordinário serão recebidos apenas no efeito devolutivo.

Para ser concedido efeito suspensivo ao recurso especial é necessário haver o pedido da parte que interpôs o recurso, uma vez que a regra geral sobre o recurso especial é o seu recebimento apenas no efeito devolutivo⁸².

⁸⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades da sentença**. 3 ed. São Paulo, 1993, p. 172.

⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Os efeitos dos recursos**. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. De acordo com a lei 10352/2001. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31/39.

⁸² Caso similar a este é o caso do Agravo de Instrumento, art 558 do CPC.

O requerimento é desnecessário, porém, quando se tratar de hipótese de recurso que receba uma regra processual de ordem pública em que já haja previsão do efeito suspensivo, como é o caso do recurso de apelação. Em tais casos o recurso deve ser recebido em ambos os efeitos, independentemente do requerimento da parte, uma vez que a concessão é feita *ex vi lege*.

Sendo o recurso recebido apenas no efeito devolutivo, a decisão impugnada pode ser executada provisoriamente conforme predispõe o art 497⁸³ do CPC^{84 85}.

A expressão “execução provisória” está equivocada, pois há na verdade uma execução incompleta, em que não há a ocorrência de atos executivos, tratando-se de atos cuja realização é detida em certo tempo do processo, pois se aguarda a solução definitiva⁸⁶, sendo a provisoriedade mais ligada às liminares e cautelares.

Para Humberto Theodoro Júnior é um drama que a parte vive diante de um processo, onde o recurso que seja cabível não tenha previsão de efeito suspensivo⁸⁷. Tal situação, todavia, não é intocável, pois como coloca o artigo 558, *caput*, do Código de Processo Civil, o relator, a pedido do recorrente e em casos de risco, pode requerer o efeito suspensivo, que em relação aos recursos especial e extraordinários não recebe previsão legal⁸⁸. É cabível ressaltar que também pode ser aplicado o artigo 273 do Código de Processo Civil em sede de recurso.

⁸³ Art 497 do CPC : “O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no artigo 558 desta lei”

⁸⁴ Porém, não tendo o recurso efeito suspensivo, a decisão impugnada será executada, mesmo que provisoriamente, de acordo com o artigo 587 do código de processo civil.

⁸⁵ Art 587, CPC: “A execução é definitiva quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso recebido só no efeito devolutivo”

⁸⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo**. In aspectos polêmicos e atuais do RESP e do RE. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 367.

⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela cautelar durante tramitação de recurso**. In Recursos no Superior Tribunal de Justiça. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo, Editora Saraiva, 1991, pág. 243.

⁸⁸ Art 558 do Código de Processo Civil : “O relator, poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil,

O efeito suspensivo não é essencial aos recursos, pois consiste no impedimento da eficácia da decisão impugnada até que haja o julgamento do recurso interposto contra a decisão impugnada⁸⁹. Por meio deste efeito não há a suspensão do ato judicial em si, apenas há a suspensão dos efeitos que ele se destina a produzir.

Este efeito faz com que a lei impeça que se modifique o estado de direito e de fato entre as partes enquanto ocorre a espera do julgamento do recurso interposto, sendo portanto conferido por razões práticas.

Para Nelson Nery Junior,⁹⁰ nos recursos que, em regra, possuem efeito suspensivo, a condição suspensiva já ocorre de certa maneira durante o prazo para recorrer, logo após a publicação da decisão e antes mesmo da interposição do recurso. Para ele, se efetivamente o início do efeito suspensivo começasse só depois de interposto o recurso, a decisão poderia entre o prazo da publicação e a interposição do recurso produzir efeitos, tornando, assim, sem efeito o recurso que viesse a ser interposto.

José Miguel Garcia Medina⁹¹ esclarece que a ocorrência de suspensão dos efeitos da decisão de um recurso que prevê como regra o efeito suspensivo é diferente dos que não têm como regra tal efeito, pois, no primeiro caso, o efeito nada tem de suspensivo porque a decisão sequer chega a produzir efeitos⁹². Já nos casos em que o recurso não prevê em regra o efeito suspensivo (recurso especial), esta passa a produzir efeitos desde sua publicação, efeitos esses que

adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara”.

⁸⁹ PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o STJ**. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 57.

⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 445.

⁹¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

⁹² Neste caso, se houver interposição do recurso, apenas haveria o prolongamento da decisão, que cessaria se não houvesse o recurso.

só cessarão com a determinação do relator do recurso, quando constatar a presença dos requisitos do artigo 558 ou do 273⁹³, ambos do Código de Processo Civil, sendo nestes casos a possibilidade da suspensão da decisão recorrida assimilável ao poder geral de cautela do juiz⁹⁴, que decidirá observando o que alude o referido artigo 558 do CPC.⁹⁵

É interessante destacar que a concessão de efeito suspensivo aos recursos que em regra não o receberam da lei não se configura como mecanismo de alteração do texto legal, mas, sim, de um processo de integração de diversos subsistemas^{96 97}.

⁹³ Artigo 273 do Código de Processo Civil: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º - Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º - A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º - A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º - Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (acrescentado pela L-010.444-2002)

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

⁹⁴ O artigo 558 do Código de Processo Civil indica os requisitos para que o relator possa conceder a suspensão do cumprimento da decisão, deixando a decisão a determinação da tutela mais adequada diante dos dados conjunturais da causa.

⁹⁵ Neste mesmo sentido:

Luiz Rodrigues Wambier: “Quando todavia, tal efeito suspensivo decorre de um pedido (como na hipótese do art 558 do CPC) ou da formulação de pedido cautelar, já há a produção de feitos, no plano dos fatos, que serão nesses casos efetiva e genuinamente suspensos, em virtude da interposição do recurso e da formulação do pedido”.(WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo** .In aspectos polêmicos e atuais do RESP e do RE. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 361).

GIANNICO, Maricé: “para os recursos que não tem efeito suspensivo, esse raciocínio não se aplica e a decisão, tão logo é publicada, passa a produzir efeitos, ensejando inclusive sua execução provisória, nos termos do que dispõe o art.587 do CPC. (GIANNICO, Maricé eGIANNICO, Maurício. **Efeito Suspensivo e Capítulo das decisões**. In Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001. Org por Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo.Editora Revista dos Tribunais, 2002., p. 405.

⁹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo**.In aspectos polêmicos e atuais do RESP e do RE. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 368. .

⁹⁷ Neste mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior : “É claro que não se pretende atribuir ao relator, nem mesmo á Turma Julgadora, a tarefa se, a seu bel-prazer, prodigalizar efeito suspensivo a recursos que o legislador não contemplou com esse prejudicado. A lei, porém, não pode prever evidentemente todas as peculiaridades que a vida oferece aos Tribunais. O poder geral de cautela, in *casu*, socorre o juiz justamente naquelas conjunturas excepcionais onde a parte não pode ser abandonada, sob pena de inutilizar o próprio processo principal como instrumento da justa composição dos litígios ”(THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela cautelar durante tramitação de recurso**. In Recursos no Superior

Quando se tratar de decisão positiva, ou seja, contendo uma possibilidade de um comando ser executado, o efeito suspensivo de um recurso fará com que se prolongue durante o julgamento do recurso o estado de ineficiência da decisão sujeita a recurso⁹⁸.

Outra questão relevante para se examinar é a extensão do efeito suspensivo na hipótese de haver parcial impugnação da decisão. Ocorrendo esta hipótese, guardamos o entendimento de que a parte não impugnada da decisão não sofre devolução parcial e nem pode ser alcançada pelo efeito suspensivo, salvo nos casos em que é faticamente impossível a execução provisória da parte não recorrida da decisão. Tal entendimento encontra amparo na doutrina de Nelson Nery Júnior⁹⁹, para quem é necessário que se observem alguns requisitos, caso se pretenda a execução da parte da sentença que transitou em julgado. São eles: “a) cindibilidade dos capítulos da decisão; b) autonomia entre a parte da decisão que se pretende executar e a parte objeto da impugnação; c) existência de litisconsórcio não unitário ou diversidade de interesses entre os litisconsortes, quando se tratar de recurso interposto por apenas um deles”¹⁰⁰.

Sobre a concessão ou não do efeito suspensivo no recurso especial, apesar de Nelson Luiz Pinto¹⁰¹ afirmar que há uma tendência atualmente de negar efeito suspensivo aos recursos, com o objetivo de se garantir uma maior celeridade ao processo, esta regra geral não é absoluta, pois em casos excepcionais onde há a verificação da possibilidade de ocorrência de lesão grave, tem-se concedido este efeito.

Tribunal de Justiça. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo, Editora Saraiva, 1991, pág. 243.

⁹⁸ PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o STJ**. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 57.

⁹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 453/454.

¹⁰⁰ Neste mesmo sentido: GIANNICO, Maricé e GIANNICO, Maurício. **Efeito Suspensivo e Capítulo das decisões**. In Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001. Org por Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002., p. 409/410.

¹⁰¹ PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o STJ**. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 57/58.

Nesse sentido, importante conferir a ementa do seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. **MEDIDA CAUTELAR**. AGRAVO REGIMENTAL. **ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. EXISTÊNCIA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. CONCESSÃO DA MEDIDA**. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO PELO CONTRIBUINTE VENCIDO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Procedência de Agravo Regimental que busca atribuir efeito suspensivo a recurso especial.
2. Na espécie, apesar de vencido em ação anulatória de débito fiscal, o contribuinte pretende levantar os depósitos efetivados, ao argumento de decadência do direito de a Fazenda Nacional convertê-los em renda.
3. Existência do fumus boni iuris e do periculum in mora nas razões de agravo, na medida em que, levantados ditos valores, mostram-se de difícil recuperação, em caso de procedência do REsp.
4. **Agravo Regimental provido, para o fim de emprestar efeito suspensivo ao recurso especial, obstando o levantamento dos depósitos**".¹⁰² [grifo nosso].

Segundo Sálvio de Figueiredo Teixeira¹⁰³, o Superior Tribunal de Justiça tem conferido efeito suspensivo ao recurso especial em casos excepcionais, com fulcro nos incisos V e VI do art 34 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁴, porém apenas nos casos em

¹⁰² AGRG na MC 7231/PR. 1ª Turma, relator Ministro José Delgado. DJ 10.05.2004.

¹⁰³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O recurso especial e o STJ**. In Recursos no Superior Tribunal de Justiça. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo. Editora Saraiva, 1991, p.75.

¹⁰⁴ **Art. 34** - São atribuições do relator

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

que haja comprovada hipótese de difícil e incerta reparação.

O poder geral de cautela deverá ser uma das fundamentações do requerente¹⁰⁵, que precisará provar a existência do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, assuntos que serão estudados detalhadamente em um outro capítulo.

2.3. Juízo de admissibilidade e de mérito

Para a interposição do recurso especial é fundamental que haja o preenchimento dos requisitos que possibilitem a admissibilidade do recurso. José Miguel Garcia Medina afirma ser o recurso uma extensão do direito de ação, realizando uma co-relação entre ação e recurso com seus respectivos requisitos para a realização dos seus julgamentos^{106 107}.

Após a análise dos requisitos já abordados acima, análise essa denominada pela doutrina como juízo de admissibilidade, é que será examinado o mérito do recurso.

No momento em que o órgão julgador conhece do recurso se estará proferindo um juízo positivo de admissibilidade. Quando não conhece, profere juízo negativo de admissibilidade. Após o juízo positivo, julga-se o mérito do recurso dando-lhe provimento, caso haja a certificação de que o recorrente tem razão, ou negando-lhe provimento, caso contrário.

Quanto à competência para o juízo de admissibilidade do recurso especial,

da ulterior decisão da causa;

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

¹⁰⁵ DIAS, Camila Werneck de Souza. **Efeito Suspensivo e juízo de admissibilidade nos recursos especial e extraordinário**. In Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a lei 10.352/2001. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 11/12.

¹⁰⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 3ªed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

¹⁰⁷ Neste mesmo sentido Nelson Nery Júnior, Tereza Arruda Alvim Wambier.

Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁰⁸ classifica como “desdobrado” ou “bipartido”, por ser a admissibilidade desmembrada e distribuída pelo tribunal *a quo* e *ad quem*¹⁰⁹.

Conforme dispõem os artigos 541¹¹⁰ e 542¹¹¹ do Código de Processo Civil, ao ser interposto o recurso especial, depois de apresentada as contra-razões pelo recorrido, os autos serão encaminhados ao presidente do tribunal ou a quem de direito, que realizará o juízo de admissibilidade. Admitindo o recurso, o presidente ou quem de direito encaminhará os autos para o Superior Tribunal de Justiça¹¹², sendo esta decisão irrecorrível. Já a decisão que nega seguimento ao recurso especial é recorrível por meio de agravo de instrumento¹¹³ para o Superior Tribunal de Justiça.

É relevante ressaltar que, conforme o artigo 542, § 1º do Código de Processo Civil¹¹⁴, a admissibilidade ou não do recurso especial, dever ser fundamentada. Poderá o Presidente do tribunal recorrido admitir o recurso, total ou parcialmente, reconhecendo que certas questões apontadas ensejam o seu cabimento e as outras não. Mesmo no caso de admissão parcial, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça¹¹⁵, que entende ser desnecessária a interposição do

¹⁰⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 8ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003, p. 140.

¹⁰⁹ Neste mesmo sentido : “ O juízo de admissibilidade dos recursos é, pois, normalmente, dúplice”.PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o STJ**. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p.72.

¹¹⁰ Artigo 541 do Código de Processo Civil : “ O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petição distintas...”

¹¹¹ Artigo 542 do Código de Processo Civil: “Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-lhe vista, para apresentar contra-razões”

¹¹² Artigo 543 do Código de Processo Civil : “ Admitidos ambos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.”.

¹¹³ Artigo 544 do Código de Processo Civil : “ Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de dez dias, para o Supremo Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça

¹¹⁴ § 1º do art 542 do Código de Processo Civil : “ Findo este prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de quinze dias, **em decisão fundamentada**”. [grifo nosso]

¹¹⁵ SILVA, Bruno Matos. **Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário**. 1ªed. Rio de Janeiro. Editora Forense,2002, p. 80/81.

agravo de instrumento¹¹⁶.

O juízo de admissibilidade é exercido primeiramente pelo tribunal *a quo*, para em um primeiro momento decidir provisoriamente sobre a admissibilidade do recurso¹¹⁷. Segundo Nelson Nery Junior¹¹⁸, isto acontece, primeiramente em decorrência do princípio da economia processual, buscando deste modo evitar que o recurso seja remetido ao tribunal *ad quem* sendo inadmissível.

Para Barbosa Moreira, se o recurso reveste-se de características que o tornam inviável, é aconselhável que a pretendida extensão do processo se corte na raiz¹¹⁹.

É interessante ressaltar, que o tribunal *ad quem* é livre para decidir sobre a admissibilidade do recurso, porque não está vinculado a decisão do tribunal *a quo*. A decisão definitiva, portanto, é de competência do tribunal *ad quem*.

O juízo de admissibilidade torna possível ou não o exame do mérito do recurso, antecedendo-o lógica e cronologicamente. Pode-se dizer que é formado por questões prévias, onde

¹¹⁶ **AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL POR UM DE SEUS FUNDAMENTOS. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCABIMENTO.**

1. "Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros." (Súmula do STF, Enunciado nº 292).
2. "Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento." (Súmula do STF, Enunciado nº 528).
3. Agravo regimental improvido.

Por certo, à luz do artigo 544, caput, do Código de Processo Civil, as decisões que admitem ou inadmitem parcialmente o recurso especial não comportam a interposição de agravo de instrumento. São, pois, irrecuráveis, à falta de interesse de recorrer, sendo certo que a admissão do apelo especial, no juízo *a quo*, por um dos fundamentos deduzidos nas razões recursais, não impede o exame dos demais pelo juízo *ad quem*. [grifo nosso]. (AGA 497246/SP, 6ª Turma, Rel. Hamilton Carvalhido, publicado no DJ em 09.12.2003).

¹¹⁷ Em se tratando de Agravo de Instrumento, o juízo *a quo* é incompetente para realizar o juízo de admissibilidade, pois este recurso é interposto diretamente no tribunal, de acordo com o artigo 524 do Código de Processo Civil.

¹¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 255

¹¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara**, Rio de Janeiro : v. 19,1968,p.93/95.

são partes integrantes as questões preliminares e prejudiciais.

As questões preliminares são aquelas que “devem lógica e necessariamente ser decididas antes, possibilitando ou não o exame desta outra dependente da preliminar. A idéia central é, pois, de antecedência”¹²⁰. A solução destas questões limita-se a ser admissível ou não a decisão da questão seguinte.

Para Barbosa Moreira, as questões prejudiciais influenciarão no julgamento da questão vinculada, no caso específico, do mérito do recurso, onde a solução dependa do conteúdo da solução de outras^{121 122}.

Através destes conceitos pode-se afirmar que o juízo de admissibilidade do recurso especial é composto por questões prévias, de espécie preliminar, posto que o juízo positivo de admissibilidade não influencia o julgamento do mérito do recurso especial, apenas possibilita o julgamento do mérito¹²³.

Quanto à natureza do juízo de admissibilidade, pode-se afirmar que é declaratória, pois o juiz ou o tribunal, quando declaram a admissibilidade ou inadmissibilidade do recurso especial, apenas confirmam uma situação já existente.

¹²⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.253.

¹²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. . O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara**, Rio de Janeiro : v. 19,1968,p.94.

¹²² Nelson Nery Júnior dá um exemplo de questão prejudicada : relação de parentesco na ação de alimentos, onde o juiz examinará necessariamente se as partes guardam relação de parentesco, dependendo da decisão, esta questão influenciará na decisão do próprio mérito, sendo o réu parente deverá pagar alimentos, se não o for não será condenado a pagar alimentos. NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.253.

¹²³ JORGE, Flávio Cheim e RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos**. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001. Org por Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2002, p. 230.

Quanto aos efeitos do juízo de admissibilidade, Nelson Nery Junior¹²⁴ entende que, sendo a decisão negativa ou positiva sobre a admissibilidade, a eficácia é *ex tunc*, ou seja, mesmo quando faltar o preenchimento de algum requisito de admissibilidade e o recurso não for conhecido, a decisão impugnada terá transitado em julgado no momento em que houve a verificação da causa do não conhecimento do recurso, e não no momento em que o tribunal *ad quem* decide sobre o juízo negativo de admissibilidade.

Para Nelson Luiz Pinto, a decisão só transitará em julgado quando esgotados os recursos cabíveis contra a inadmissibilidade do primeiro recurso interposto contra a decisão^{125 126}. Nosso entendimento, como não poderia deixar de ser, acompanha o do professor Nelson Luiz Pinto, para quem a decisão recorrida não transita em julgado enquanto estiver pendente algum recurso sobre sua admissibilidade, até porque se a decisão transitar em julgado no momento em que houver a verificação do não conhecimento, tendo eficácia *ex tunc*, teremos um grave problema para a fixação do termo inicial quando da interposição da ação rescisória contra a decisão atacada pelo recurso inadmissível.

Em relação ao juízo de mérito, o seu conteúdo é a matéria devolvida ao órgão competente com a interposição do recurso especial, que tem como objetivo reformular ou anular a decisão impugnada. Ao contrário do que ocorre com o juízo de admissibilidade, o juízo de mérito deverá ser apreciado uma única vez pelo órgão *ad quem*, ou seja, de regra, o juízo *ad quem* que tem competência para o julgamento do mérito do recurso.

¹²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 445.

¹²⁵ PINTO, Nelson Luiz., **Recurso Especial para o STJ**. 2ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p.83.

¹²⁶ Sobre este assunto Flávio Cheim Jorge, não concorda que o juízo de admissibilidade sempre tenha efeito *ex tunc*, apesar de não deixar de reconhecer a natureza declaratória do juízo de admissibilidade.

Segundo José Miguel Garcia Medina¹²⁷, há na doutrina e na jurisprudência um entendimento diferente no que se refere ao não conhecimento e ao não provimento do recurso especial. A grande discussão é em relação ao momento do conhecimento ou não do recurso especial, ou seja, se é necessário ocorrer à certificação da ocorrência ou não de violação à lei federal na decisão recorrida.

Sobre o assunto, José Carlos Barbosa Moreira¹²⁸ defende que para ser conhecido o recurso especial, basta que o recorrente alegue a contrariedade à lei federal. Nelson Luiz Pinto¹²⁹, por sua vez, afirma que o recorrente tem que alegar de forma razoável esta contrariedade à lei federal, ficando o exame da questão reservada ao Superior Tribunal de Justiça, como questão de mérito, do qual terá como resultado o provimento ou não do recurso, e não seu conhecimento ou não.

Já a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹³⁰ exige que para o recurso

¹²⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 3ªed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 142.

¹²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara**, Rio de Janeiro : v. 19,1968,p.104/105.

¹²⁹ PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o STJ**. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 119/120.

¹³⁰ Sobre este assunto, vale conferir o recente julgado:

“ CIVIL E PROCESSO CIVIL- INDENIZAÇÃO- ACIDENTE DE TRÂNSITO – LUCROS CESSANTES – RECURSO ESPECIAL- PREQUESTIONAMENTO- AUSÊNCIA- OMISSÃO- INEXISTÊNCIA – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

I- A jurisprudência desta Corte é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

II- Em se tratando de recurso especial, é indispensável o prequestionamento da questão federal(Súmula 211/ STJ).

III- Para ter cabimento o recurso especial pela alínea “ a” do permissivo constitucional, é preciso demonstrar, de forma inequívoca e frontal, a violação ao texto de lei, sendo indispensável ao recorrente deduzir a necessária fundamentação, com a finalidade de demonstrar o cabimento do recurso.

IV- a empresa rodoviária tem direito aos lucros cessantes, quando um de seus veículos for sinistrado por culpa de outrem, ainda que possua frota de reserva. Segundo o artigo 1.059 do anterior Código Civil, não se exige que os lucros cessantes sejam certos, bastando que, nas circunstâncias de cada caso concreto, sejam razoáveis ou potenciais.

V- Só se conhece de recurso especial pela alínea “ c” do permissivo constitucional, se o dissídio estiver comprovado nos moldes exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do Código de PROCESSO Civil e 255, parágrafos 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Recursos especiais não conhecidos. [grifo nosso]. RÊSP 535.979-ES. 3ª Turma, relator Ministro Castro Filho. DJ 25.02.2004.

especial ser reconhecido como “cabível” é necessário ser demonstrada de forma inequívoca e frontal a violação ao texto infraconstitucional federal. Cabimento, como já falado, é matéria de juízo de admissibilidade e não de mérito.

Nesse ponto concordamos com José Carlos Barbosa Moreira, pois acreditamos que para o recurso ser conhecido só há necessidade da mera alegação do recorrente, até porque alegar de forma razoável é muito subjetivo, sendo, portanto, difícil para o julgador identificar, se a decisão trata de inadmissibilidade do recurso ou julgamento da própria demanda.

2.4. Juízo de admissibilidade e efeito suspensivo.

Para que seja atribuído efeito suspensivo ao recurso especial, especialmente quando há necessidade de analisar ou não a obrigatoriedade do juízo de admissibilidade, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não é pacífica, divergindo em relação à própria importância do juízo de admissibilidade realizado no tribunal de origem.

Segundo Camila Werneck de Souza Dias¹³¹, sobre este assunto há no Superior Tribunal de Justiça duas correntes jurisprudenciais que divergem. A primeira corrente entende que, para se atribuir efeito suspensivo ao recurso especial é essencial o juízo de admissibilidade.¹³²

A primeira justificativa defendida por esta corrente é a de que com a concessão do efeito suspensivo pelo tribunal *ad quem*, haveria uma quebra do princípio da hierarquia jurisdicional

¹³¹ DIAS, Camila Werneck de Souza. **Efeito Suspensivo e juízo de admissibilidade nos recursos especial e extraordinário.** In Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a lei 10.352/2001. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 13/14.

¹³² Vale ressaltar que, esta corrente segue o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal. Luiz Rodrigues Wambier critica este posicionamento, afirmando que este posicionamento retira toda ou quase toda a utilidade do pedido cautelar apresentado. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo.** In aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.370.

e também uma invasão na competência do tribunal de origem, a quem a lei atribui poderes para admissão ou não do recurso¹³³, conforme alude o artigo 542, §1º do Código de Processo Civil.

Um segundo argumento é o de que com a concessão de efeito suspensivo antes de realizado o juízo de admissibilidade pelo tribunal *a quo*, poderia ocorrer uma situação absurda de o recurso não ser admitido pelo tribunal *a quo*, e estar com o efeito suspensivo pleno, até porque o juízo negativo do tribunal de origem não pode reformar a concessão da cautelar dada por um tribunal que é hierarquicamente superior¹³⁴.

A respeito deste entendimento, cabe destacar recente julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, que segue orientação anterior do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO ADMITIDO PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE.
[grifo nosso].

1. "*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 do STF, Enunciado nº 634).

¹³³ DIAS, Camila Werneck de Souza. **Efeito Suspensivo e juízo de admissibilidade nos recursos especial e extraordinário.** In Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a lei 10.352/2001. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 15.

¹³⁴ Cabe citarmos um texto destacado em um acórdão do Superior Tribunal de Justiça. “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. Agravo a que se nega provimento.”. AGRMC 6583 / BA. 5ª Turma. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. DJ. 19.12.2003. (cf. STF, AGRPet nº 1.189/MG, Rel. Ministro Moreira Alves).

2. **Desmerece conhecimento o pedido incidental em cautelar ajuizada neste Superior Tribunal de Justiça, cuja apreciação, em razão de identidade de matéria, prejudicaria o exame de mérito do recurso especial ainda pendente de juízo de admissibilidade perante o Tribunal *a quo*.** [grifo nosso].

3. Agravo regimental improvido¹³⁵.

A segunda corrente do tribunal adota entendimento contrário, ou seja, o efeito suspensivo ao recurso especial pode ser atribuído antes da realização do juízo de admissibilidade pelo tribunal *a quo*. Este entendimento é fundamentado no poder geral de cautela do juiz.

Para Luiz Rodrigues Wambier¹³⁶, o poder geral de cautela pode ser utilizado pelo magistrado mesmo que não esteja especificado no Código de Processo Civil, porém só será exercido nos limites do processo cautelar, não sendo possível o juiz adotar estas medidas nas outras espécies de processo, ou seja, no processo de conhecimento e de execução.

Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça que defendem esta tese afirmam que, desde que presentes os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, deve ser concedida liminar em medida cautelar para evitar a ocorrência de um dano irreparável¹³⁷. Para eles, a só circunstância de ainda não ter sido realizado o juízo de admissibilidade do Recurso Especial, não há impedimento para ser concedida a liminar.

Como regra, afirmam que a não concessão de liminar pode prejudicar a apreciação

¹³⁵ AgRg nos EDcl na MC 7.423-RJ. 6ª Turma, relator Ministro Hamilton Carvalhido. DJ 21.06.2004

¹³⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo**. In aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 365/366.

¹³⁷ O artigo 798 do Código de Processo Civil prevê que: “poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

do mérito do recurso, pois muitas vezes ocorrerá um lapso de tempo enorme entre uma decisão que possa ser impugnada por um recurso especial e o instante em que o recurso é apreciado no Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, recente o julgado a seguir transcrito:

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 Superior Tribunal de Justiça, 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. [grifo nosso].¹³⁸

¹³⁸ AgRg na MC 7.328 RJ. 2ª Turma, relator Ministro Franciulli Netto, voto vencido. Ministro João Otávio de Noronha. DJ 21.06.2004.

A maior divergência, ressalte-se, gira em torno da competência para apreciar e conceder tais medidas cautelares com o objetivo de emprestar efeito suspensivo a recurso especial. O Ministro Luiz Fux, em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça¹³⁹, sustentou ser do tribunal de origem a competência para apreciar pedido de efeito suspensivo quando o recurso especial estiver pendente de admissibilidade. É cabível ressaltarmos que o Ministro Fux encaminhou a questão para a Corte Especial para sua apreciação e decisão.

Há, porém, muitos outros entendimentos. Alguns ministros entendem que a competência para julgar a medida cautelar que visa atribuir efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido pelo tribunal de origem é do próprio Superior Tribunal de Justiça,¹⁴⁰ sendo esta competência fundamentada no artigo 800¹⁴¹ ou em seu parágrafo único do Código de Processo Civil.

¹³⁹ **PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO NO PRÓPRIO ACÓRDÃO RECORRIDO. NECESSIDADE DE OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. SÚMULAS N.º 266, 634 E 635 DO STF.**

1. A concessão de liminar objetivando emprestar efeito suspensivo a recurso especial, pendente de admissibilidade, reclama a demonstração do *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação, bem como a caracterização do *fumus boni iuris*, consubstanciado na plausibilidade do direito alegado. Sob esse ângulo, exige-se que o requerente demonstre a verossimilhança do que alega e do possível acolhimento do recurso especial.
2. A ausência de prequestionamento da matéria objeto do recurso especial revela a inexistência do *fumus boni iuris* autorizador da concessão da medida cautelar.
3. **Ademais, compete ao Tribunal de origem à apreciação de pedido de efeito suspensivo a recurso especial pendente de admissibilidade.** Incidência dos verbetes sumulares n.ºs 634 e 635 do STF (*Súmula 634 – “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeitos 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”*).
4. Medida cautelar indeferida. [grifo nosso]. MC 5979. 1ª Turma, relator Ministro Luiz Fux. DJ 31/05/2004.

¹⁴⁰ **PROCESSO CIVIL - MEDIDA CAUTELAR - EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO ADMITIDO.**

1. **Situação especialíssima que merece exceção pra ensejar a competência desta Corte, quando ainda não foi admitido o recurso especial, porque o TJ/RJ não enfrentou a urgência da medida.**
2. Empresa que, beneficiada com sentença de mérito e cautelar, teve interrompida a sua atividade pro decisão do TJ/RJ que recebeu apelação suspendendo os efeitos da sentença, beneficiando a empresa vencida.
3. Fumaça de direito comprovada no recurso especial e perigo de dano irreparável em paralisar a empresa as suas atividades para deixar operando com exclusividade a empresa que perdeu a ação.
4. Liminar que se confirma. Agravo regimental improvido. [grifo nosso]. AgRg no Agrg na MC 5352. 2ª Turma. Relator Ministro Eliana Calmon.

¹⁴¹ Artigo 800 do Código de Processo Civil : “ As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal Parágrafo único : Interposto o recurso, a medida

Sobre esse assunto, Eduardo Arruda Alvim¹⁴² defende ser a competência do Superior Tribunal de Justiça, em decorrência do artigo 463, incisos I e II do Código de Processo Civil¹⁴³.

Acredito ser a melhor solução, aquela que decorre de alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que vêm decidindo pela concessão da medida cautelar mesmo que não haja a realização do juízo de admissibilidade pelo tribunal de origem, sendo, portanto, do Superior Tribunal de Justiça a competência para julgar a medida cautelar. Primeiro porque o rigor processual deixa o jurisdicionado sem proteção, colocando em risco o resultado útil do processo; segundo porque estará se aplicando a correta interpretação do artigo 800 do Código de Processo Civil, uma vez que o parágrafo único deste artigo não condiciona a concessão da tutela cautelar à prévia admissão do recurso na origem, exigindo apenas a interposição do especial, para que o recorrente possa pleitear a tutela cautelar perante o Superior Tribunal de Justiça; terceiro porque o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, em seu artigo 288, não limita a possibilidade da tutela cautelar por este tribunal nesse sentido, o fazendo somente nas hipóteses que o recurso especial já esteja na Corte; e quarto, porque à apreciação da admissibilidade na origem não vincula o tribunal *a quo* à admissão do recurso.

cautelar será requerida diretamente ao tribunal”.

¹⁴² Apud DIAS, Camila Werneck de Souza. **Efeito Suspensivo e juízo de admissibilidade nos recursos especial e extraordinário**. In aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁴³ Artigo 463 do Código de Processo Civil : “ Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la : I- para lhe corrigir, de ofício a ou requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II- por meio de embargos de declaração”.

3. EFEITO SUSPENSIVO NO RECURSO ESPECIAL – FORMAS DE OBTENÇÃO.

Como já salientado em capítulo anterior, o recurso especial é desprovido de efeito suspensivo, sendo, portanto, possível à execução provisória do acórdão recorrido imediatamente após a sua publicação. A execução, porém, mesmo que provisória, pode causar prejuízos irreparáveis ao executado. Tem o interessado, entretanto, a possibilidade de utilizar meios para a obtenção do efeito suspensivo no recurso especial.

No presente capítulo estudar-se-ão as formas por meio das quais torna-se possível a atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial. São, a princípio, três as espécies: petição simples, mandado de segurança e ação cautelar.

3.1. Petição Simples.

Humberto Theodoro Júnior¹⁴⁴ afirma que, quanto ao agravo de instrumento e à apelação, a lei prevê a hipótese de concessão do efeito suspensivo quando há ocorrência de dano grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação. É o que enunciam os artigos 497 e 558 do CPC.

Segundo esse autor, “nenhuma formalidade especial haverá de ser cumprida, podendo a pretensão ser formulada tanto no próprio recurso como em petição separada dirigida ao

¹⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Atribuição de efeito suspensivo a recurso. Medida de natureza cautelar. Direito Subjetivo da Parte e não faculdade do relator. In Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte 1998, p. 98.

relator”¹⁴⁵.

Cabe ressaltar que o efeito suspensivo imposto pelo artigo 558 do Código de Processo Civil está incluído nas medidas cautelares, sendo portanto requisito para seu deferimento a comprovação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sendo esta atribuição de efeito suspensivo, direito subjetivo da parte e não mera faculdade do relator¹⁴⁶.

O Superior Tribunal de Justiça admite deferir o efeito suspensivo por simples petição. Vale destacar trecho de decisão monocrática proferida pelo eminente Ministro Teori Albino Zavascki:

“A concessão da medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial está subordinada, basicamente, aos seguintes requisitos: a) a existência de perigo de lesão grave e irreversível ao direito do recorrente, (b) a relevância dos fundamentos do recurso, com a conseqüente probabilidade de reforma ou anulação da decisão recorrida, e (c) a existência de recurso especial regularmente interposto e recebido, ou, em casos de excepcional urgência, pelo menos interposto. Quanto ao procedimento, a medida é requerida por simples petição e processada, segundo o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, como incidente do recurso (art. 288)¹⁴⁷

¹⁴⁸”.

¹⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Atribuição de efeito suspensivo a recurso. Medida de natureza cautelar. Direito Subjetivo da Parte e não faculdade do relator. In Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte 1998, p.100.

¹⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Atribuição de efeito suspensivo a recurso. Medida de natureza cautelar. Direito Subjetivo da Parte e não faculdade do relator.** In Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte 1998, p. 100.

¹⁴⁷ MC 6567/PR. .Ministro Teori Albino Zavascki. DJ 16/06/2003..

¹⁴⁸ Artigo 288 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: **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 relator poderá apreciar a liminar e a própria medida cautelar, ou submetê-las ao órgão julgador competente.”

É cabível ressaltarmos que este entendimento não é majoritário no Superior Tribunal de Justiça, tendo o douto Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira afirmado em decisão que “a concessão de efeito suspensivo em recurso especial somente é possível em situações excepcionais e ensejadoras de dano à parte, apreciadas nesta instância pela via da medida cautelar e não por simples petição nos autos”¹⁴⁹.

3.2. Mandado de segurança.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXIX, enuncia que “Conceder-se-á mandado de segurança para conceder direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso do poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Esse dispositivo demonstra bem o espírito do constituinte de criar uma garantia eficiente à parte que tenha seu direito líquido e certo ofendido.

A lei do Mandado de Segurança em seu artigo 5º, inciso II, por sua vez, veda a concessão deste remédio contra despacho ou decisão judicial quando houver previsto recurso nas leis processuais ou quando puder ser modificado por via de correição.

Os tribunais estaduais, todavia, passaram a admitir a via mandamental para emprestar efeito suspensivo aos recursos que são desprovidos deste efeito¹⁵⁰. Assim, enquanto no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal o meio utilizado para obter o efeito suspensivo é a medida cautelar ou a simples petição, nos tribunais dos Estados o meio processual

¹⁴⁹ PET no RECURSO ESPECIAL Nº 172.376/SP. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ. 20/02/2002.

¹⁵⁰ VALENTE, Luiz Ismaelino. Mandado de segurança para dar efeito suspensivo a recursos judiciais. Impossibilidade após o advento da lei n 9.139 de 95. Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Volume 42, n 71, 1997, p. 7.

utilizado é o mandado de segurança.

Conforme dispõe a Constituição Federal¹⁵¹, o Superior Tribunal de Justiça é competente para apreciar Mandado de Segurança quando o ato atacado emanar de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal. Sobre o assunto, é recomendável conferir acórdão do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do eminente Ministro Fernando Gonçalves:

RMS. MANDADO DE SEGURANÇA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO. RECURSO.AUSÊNCIA. FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA. DECISÃO TERATOLÓGICA. SÚMULA 267/STF.

1. A jurisprudência pretoriana não admite a impetração de mandado de segurança como sucedâneo recursal, vale dizer, quando existir recurso próprio para atacar o ato judicial, exceto em situações excepcionais de teratologia e flagrante ilegalidade da decisão ou em face da existência de periculum in mora e fumus boni juris, hipóteses não caracterizadas na espécie, incidindo o verbete da súmula 267/STF. Precedentes.

2. Recurso ordinário improvido¹⁵² [grifo nosso].

Para Leonardo José Carneiro da Cunha¹⁵³, a utilização do mandado de segurança antes da Lei nº 9.139/1995¹⁵⁴ era admitida pela doutrina e jurisprudência no sentido de acolher a impetração deste remédio contra ato judicial suscetível de recurso sem efeito suspensivo, sendo

¹⁵¹ Artigo 105 da Constituição Federal : “ Compete ao Superior Tribunal de Justiça :

I-processar e julgar originariamente:

b) os mandados de segurança e os hábeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio tribunal”.

¹⁵² RMS 14878/PR. 6ª Turma, relator Ministro Fernando Gonçalves. DJ 09/12/2002.

¹⁵³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem. In Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo. Editora Eletrônica, 2004,p. 99/100.

¹⁵⁴ Esta lei altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o código de processo civil, que tratam do agravo de instrumento.

comum ao requerente juntamente com a interposição do agravo de instrumento, impetrar o mandado de segurança que seria utilizado para a obtenção do efeito suspensivo.

O advento, porém, da lei nº 9139/1995, fez o agravo de instrumento sofrer alterações. Na disciplina atual, uma vez distribuído o agravo de instrumento, o relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso, diante da redação do artigo 558 do Código de Processo Civil, ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão¹⁵⁵. Conseqüentemente, após estas mudanças a vedação do artigo 5º, II, da lei nº 1533/1951 foi reforçada, passando a possuir um caráter mais claro.

William Ferreira afirma que o mandado de segurança e a medida cautelar são ações distintas, onde cada qual tem suas próprias características, mas não são raras as vezes que essas duas ações são confundidas, havendo julgamentos de mandado de segurança que deveriam ser negados pela ausência de direito líquido e certo, por se tratar de medida cautelar¹⁵⁶.

Teresa Arruda Alvim¹⁵⁷¹⁵⁸ critica os acórdãos que concedem tanto o mandado de

¹⁵⁵ Artigo 527 do Código de Processo Civil : “ Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

I- negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do artigo 557;

II- poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente;

III- **poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (artigo 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;**

IV- poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de dez dias;

V- mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que resposta no prazo de dez dias, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes; nas comarcas sede de tribunal e naquelas cujo expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante a publicação no órgão oficial;

VI- ultimadas as providências referidas no incisos I a V, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo dez dias.

Parágrafo único: Na sua resposta, o agravado observará o disposto no § 2º do artigo 525”.

¹⁵⁶ FERREIRA, William. **Medidas cautelares para dar efeito suspensivo a recurso e para obstar efeitos da decisão rescindenda**. In Revista de Processo. N 77, Janeiro Março, 1995, p. 150.

¹⁵⁷ ALVIM, Teresa Arruda. **Medida Cautelar para dar efeito suspensivo a recurso**. In Revista de Processo. N 74, Ano 19, Abril Junho, 1994, p. 124.

segurança como “função cautelar”, quanto a liminar, porque a parte tem *fumus boni juris* e *periculum in mora*, não podendo ser utilizado mandado de segurança como medida cautelar, pois significaria o rebaixamento do mandado de segurança a uma ação que é prevista por lei ordinária.

Em contrapartida, a autora defende que, havendo à parte direito líquido e certo contra a decisão que pode vir a lhe trazer prejuízo, a medida que deve ser admitida é o mandado de segurança contra ato judicial, atacando ora direta, ora indiretamente, a decisão nas instâncias ordinárias¹⁵⁹.

Interessante destacar que o mandado de segurança e a medida cautelar possuem em comum a celeridade do rito e a possibilidade de haver concessão de liminar, entretanto os requisitos da cautelar são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, enquanto que o do mandado de segurança é a comprovação, de plano, do direito líquido e certo, bem como de sua violação ou ameaça de lesão¹⁶⁰.

É relevante ressaltar que, quanto ao direito, é preciso que se comprove o direito líquido e certo para o deferimento da ordem no mandado de segurança, pois não haverá um momento posterior para uma melhor apreciação da questão como ocorre na medida cautelar. Havendo denegação da ordem, é confirmada pelo órgão julgador a inexistência do direito líquido e certo.

¹⁵⁸ Luiz Rodrigues Wambier também critica, alegando ser um problema sério nos tribunais estaduais a concessão de liminar em mandado de segurança com base em *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo**. In aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.371.

¹⁵⁹ ALVIM, Teresa Arruda. Medida Cautelar para dar efeito suspensivo a recurso. In Revista de Processo. N 74, Ano 19, Abril Junho, 1994, p. 123.

¹⁶⁰ ALVIM, Arruda. **Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre Mandado de Segurança contra ato judicial e medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 16.

Acreditamos não ser o Mandado de Segurança o meio mais adequado para a obtenção de efeito suspensivo no recurso especial, pois, como se defende no presente trabalho, existe meio próprio e adequado para tal finalidade, o que faz desaparecer uma das condições da ação para a impetração do *Writ*, qual seja, o interesse de agir. Somente em caso de esgotamento da via adequada (medida cautelar) e diante de lesão ou risco de lesão a direito líquido e certo é que se poderia valer de tal garantia constitucional.

3.3. Medida cautelar

Para que se possa analisar a medida cautelar como meio apto a atribuir efeito suspensivo ao recurso especial, abordaremos, mas somente em linhas gerais, a função cautelar e seus pressupostos, visto que estes conceitos não são o objetivo principal do nosso estudo.

Teresa Arruda Alvim¹⁶¹ afirma que existe uma grande discussão a respeito da essência das medidas cautelares, mas reconhece a prevenção como uma das funções da medida cautelar que mantém todos os debatedores de acordo.

Vicente Greco Filho¹⁶² distingue medida cautelar de processo cautelar, afirmando que medida cautelar “é a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo”, enquanto que o processo cautelar é o instrumento utilizado para a produção e deferimento de medidas cautelares, sendo possível, portanto, as medidas cautelares serem determinadas em qualquer processo, seja ele cautelar, de conhecimento ou de execução.

Nelson Nery Junior defende que o processo cautelar tem como função assegurar o

¹⁶¹ ALVIM, Teresa Arruda. Medida Cautelar para dar efeito suspensivo a recurso. In Revista de Processo. N 74, Ano 19, Abril Junho, 1994, p. 122.

¹⁶² GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 14 ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2000, p. 151 152

resultado de um outro processo, qual seja, de conhecimento ou de execução, não sendo portanto interpretado como um processo autônomo¹⁶³. Em sentido contrário, Vicente Greco Filho classifica o processo cautelar como um processo autônomo e independente, sendo a relação deste processo com os outros dada apenas no plano do direito material e não no processual¹⁶⁴.

O maior objetivo da medida cautelar é assegurar a eficácia das providências executivas ou cognitivas, garantindo o resultado do processo principal, atingindo, desse modo, o resultado eficaz e útil do processo. É por este motivo que a medida cautelar está inserida no campo das medidas urgentes.

Em síntese, a medida cautelar serve para proteger o interesse jurídico que esteja ameaçado de dano iminente, assegurando a preservação da simples aparência do direito pretendido e preservando certas situações para que o processo principal alcance um resultado eficaz, sendo, portanto, sempre ligado a um outro processo.

São pressupostos para o alcance da medida cautelar, além das condições gerais de admissibilidade, tais como a possibilidade jurídica do pedido, o interesse processual e a legitimidade das partes, o *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito invocado) e o *periculum in mora* (o perigo de dano que a demora da decisão podem causar à eficácia do processo).

Sobre o *fumus boni iuris*, Luiz Orione Neto afirma que, ao conceder a medida cautelar, o magistrado não está obrigado a possuir uma formação convicta absoluta e inabalável a respeito do direito do requerente, até porque esta função é tarefa do processo principal^{165 166}. O que

¹⁶³ NERY JUNIOR, Nelson. **Comentários ao código de processo civil e legislação processual em vigor**. Revista dos Tribunais, 1997, p.385.

¹⁶⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 14 ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2000, p. 153.

¹⁶⁵ ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no processo civil**. 2 ed. São Paulo. Editora Método, 2002, p. 227.

deve estar seguramente demonstrada é a eficácia da decisão que será prolatada no processo principal, a ser aferida em decorrência da constatação do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

O *periculum in mora* é outro requisito indispensável para a obtenção da medida cautelar. O requerente deverá demonstrar fundado temor de dano irreparável, comprovando que o perigo de retardo lhe acarretará prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Ressalte-se que, como dispõe o artigo 798¹⁶⁷ do Código de Processo Civil, o receio de lesão deve ser cumpridamente demonstrado.

Ao contrário do *fumus boni iuris*, onde o magistrado pode contentar-se com o juízo de verossimilhança, no *periculum in mora* é necessário um juízo de certeza quanto ao perigo.

Podemos concluir que, ao ser analisado um pedido de concessão de medida cautelar, demonstrada a fumaça do bom direito e o perigo da demora, não serão analisados profundamente os fundamentos jurídicos da lide, ocorre, tão somente, uma avaliação superficial do direito postulado. Havendo no pedido plausibilidade das razões jurídicas, o juiz deve conceder a medida cautelar para evitar que o direito pereça ou sofra dano irreparável.

Luiz Orione Neto, por sua vez, afirma que o remédio jurídico adequado para a obtenção do efeito suspensivo é a medida cautelar^{168 169}, tendo como fundamento o artigo 288 do

¹⁶⁶ Neste mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior defende não haver necessidade da demonstração cabal da existência do direito material em risco, visto que este requisito será comprovado no processo principal, só não ocorrendo o *fumus boni iuris*, quando há pretensão do requerente configurar petição de ação principal que for indeferível liminarmente. THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.II, 36 ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2004, p.361).

¹⁶⁷ Artigo 798 do Código de Processo Civil.

¹⁶⁸ ORIONE NETO, Luiz. **Recursos Cíveis**. São Paulo. Editora Saraiva, 2002, p.614.

¹⁶⁹ Este é o mesmo entendimento de Marcelo Ribeiro de Oliveira. Agravo de Instrumento contra despacho denegatório de seguimento de recurso especial e extraordinário. In Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1998.

Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que admite as medidas cautelares^{170 171}, as quais podem ser deferidas liminarmente pelo relator do processo¹⁷², estando, entretanto, sujeitas a confirmação pelo órgão julgador competente.

3.4. Medida cautelar e efeito suspensivo no recurso especial.

A atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial torna-se tema polêmico e complexo, principalmente por serem vários os momentos em que surge tal possibilidade, a saber: a) antes da publicação do acórdão a ser recorrido; b) após a publicação e antes da interposição; c) após a interposição e antes do primeiro juízo de admissibilidade; d) após o juízo de admissibilidade positivo do tribunal *a quo*; e) antes da interposição do agravo de instrumento; e f) após a interposição do agravo de instrumento.

Polêmica também surge no que diz respeito à competência para a apreciação do pedido de efeito suspensivo, mormente após a edição dos enunciados 634 e 635 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.^{173 174}

¹⁷⁰ Art 288 “ Admitir se ao medidas cautelares nas hipóteses e na forma da lei processual.

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

§ 2 O relator poderá definir liminarmente a medida ad referendum do órgão julgador competente.

¹⁷¹ Sobre o caput do artigo 288 do Código de Processo Civil, Luiz Rodrigues Wambier entende que “ somente se poderão conceder medidas cautelares se tiver sido proposto processo cautelar incidental, haja vista que esta medida é característica do processo de índole cautelar”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo.**In aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.374.

¹⁷² Artigo 34 do Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça: São atribuições do relator:

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

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

¹⁷³ Enunciado 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”.

Ainda que todas as situações acima exemplificadas já tenham sido contempladas em uma ou outra decisão, analisaremos as mais comuns, dentre as quais caminha o Superior Tribunal de Justiça no sentido de escolher uma que venha a se configurar como a orientação pacífica daquela Corte.

A primeira hipótese a ser analisada é aquela em que não há a interposição do recurso especial perante o tribunal *a quo*, sendo interposta medida cautelar para pleitear efeito suspensivo.

Luiz Orione Neto¹⁷⁵ afirma ser inviável a atribuição de efeito suspensivo a recurso juridicamente inexistente, primeiro porque não há como saber se o recurso será interposto e segundo porque não há como o tribunal conhecer das razões do recurso, impossibilitando a análise quanto à existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Para ele, excluída a hipótese de interposição de medida cautelar no Superior Tribunal de Justiça, antes da existência do recurso especial, a solução seria recorrer ao tribunal *a quo*, ou seja, ao presidente ou vice-presidente competente para analisar a admissibilidade do futuro recurso especial.

Sobre tal assunto, o eminente ministro Athos Gusmão Carneiro¹⁷⁶ afirma que, no período entre a prolação do acórdão e a interposição do recurso, a medida cautelar deve ser

¹⁷⁴ Enunciado 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”.

¹⁷⁵ ORIONE NETO, Luiz. **Recursos Cíveis**. São Paulo. Editora Saraiva, 2002, p.617,618.

¹⁷⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial**. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 121 e 122.

interposta perante o presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo*, sendo portanto só correta a cautelar protocolada no Superior Tribunal de Justiça após o protocolo do recurso especial no tribunal de origem.

Para quem defende esse entendimento, sua fundamentação está na aplicação por analogia do parágrafo único do artigo 800 do Código de Processo Civil.

Vale ressaltar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL NÃO INTERPOSTO. PEDIDO DE LIMINAR INDEFERIDO E CAUTELAR IMPROCEDENTE. SÚMULAS n°s 634 e 635 do STF.

1. A atribuição de efeito suspensivo a recurso especial, perseguida em cautelar incidental, além da satisfação cumulativa dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, depende do juízo positivo de admissibilidade emanado do Tribunal de origem, o que não se verificou no caso em tela.

2. Tratando-se de recurso especial cujo trânsito ainda depende de pronunciamento do Tribunal a quo, falece competência a esta Corte para apreciar a medida cautelar em comento, consoante os enunciados 634 e 635 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

3. A concessão de efeito suspensivo a recurso especial não interposto somente se dará em casos raros. Hipótese não configurada.

4. Cautelar improcedente. [grifo nosso]¹⁷⁷.

Em sentido contrário, José Miguel Garcia Medina ¹⁷⁸ defende que a não interposição de recurso especial não é elemento que justifique o indeferimento da cautelar, uma vez

¹⁷⁷ MC 7188/MG. 1ª Turma, relator Ministra Denise Arruda. DJ 171/05/2004

¹⁷⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **O questionamento nos recursos extraordinário e especial**. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 190 e 195.

que o juízo de admissibilidade do tribunal *a quo*, qualquer que seja ele, poderá ser revisto e modificado pelo Superior Tribunal de Justiça. Ademais, compete ao tribunal *ad quem* verificar a plausibilidade de violação da norma federal infraconstitucional.

Com este mesmo posicionamento, o Ministro José Delgado do Superior Tribunal de Justiça atribuiu efeito suspensivo sem a interposição do recurso especial no tribunal de origem, afirmando haver possibilidade de ocorrer um dano grave ao recorrente no período entre o julgamento do tribunal *a quo* e a decisão do recurso especial^{179 180}

179 PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A ACÓRDÃO DE SEGUNDO GRAU AINDA NÃO INTERPOSTO. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO FUMUS BONI JURIS E DO PERICULUM IN MORA. MANUTENÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO E PSIQUIÁTRICO OU PSICOLÓGICO A MENOR.

1. **Medida Cautelar intentada com objetivo de atribuir efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto**, para fins de garantir ao menor Thaian Alejandro de Farias Caldera, representado pelo requerente, o direito à continuação de tratamento médico e psiquiátrico ou psicológico, a cargo do Município requerido.
2. O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares inaudita altera pars) é crucial para o próprio exercício da função jurisdicional, não devendo encontrar óbices, salvo no ordenamento jurídico.
3. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal.
4. **Em casos que tais, pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo que mediar o julgamento no tribunal a quo e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância.**
5. Há, em favor do requerente, a fumaça do bom direito (as determinações preconizadas no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, em seus arts. 7º, 98, I, e 101, V, em combinação com atestado médico indicando a necessidade do tratamento postergado) e é evidente o perigo da demora (a imediata execução do *decisum a quo*, determinando-se a suspensão do tratamento já realizado desde agosto de 1999, com risco de dano irreparável à saúde do menor). Se acaso a presente medida for outorgada somente ao final do julgamento dos autos principais, poderia não mais ter sentido a sua outorga, haja vista a possibilidade de danos irreparáveis e irreversíveis ao menor amparado pelo provimento.
6. Prejuízos iria ter o menor Thaian se não lhe for julgada procedente a presente medida acautelatória, haja vista que, sendo vencedor na demanda principal, estaria ele sendo usurpado em seu direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. Tais elementos, por si só, dentro de uma análise superficial da matéria, no juízo de apreciação de medidas cautelares, caracterizam a aparência do bom direito.
7. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas relações jurídicas de direito público.
8. Medida Cautelar procedente. [grifo nosso]. MC 2540/RS. 1ª Turma. Ministro José Delgado. DJ. 08/10/2001.

¹⁸⁰ Há Turmas no Superior Tribunal de Justiça que admitem efeito suspensivo ao recurso especial até mesmo quando o recurso especial ainda não foi interposto por estar na pendência da publicação do acórdão recorrido: “MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL. LIMINAR. REFERENDUM. 1- **Na consonância de reiterados precedentes admite-se ações cautelares para conferir efeito suspensivo até mesmo a recurso especial ainda não interposto** (

A segunda hipótese é aquela em que há a propositura da medida cautelar para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto, mas que ainda não se submeteu ao juízo de admissibilidade pelo tribunal *a quo*. A esse respeito já discorremos anteriormente, quando tratamos do juízo de admissibilidade.

Uma terceira situação é a que ocorre quando há a propositura de medida cautelar para atribuir efeito suspensivo a recurso especial que tenha sofrido o juízo de admissibilidade no tribunal *a quo*, mas este recurso tenha sido inadmitido, estando pendente de julgamento o agravo de instrumento.

Para o julgamento do agravo de instrumento, cabe ressaltar que, após a distribuição deste recurso, o relator sorteado apreciará a admissibilidade e o mérito, sendo este último limitado à mera admissibilidade do recurso especial. Admitido e provido o agravo, o relator o converterá em recurso especial de acordo com o § 3º do artigo 544 do Código de processo Civil¹⁸¹.

Se inadmitido ou improvido o agravo de instrumento, contra essa decisão cabe novo agravo para a Turma do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o que está previsto no artigo 545 do Código de Processo Civil.

A grande maioria dos ministros do Superior Tribunal de Justiça tem decidido pela não concessão do efeito suspensivo quando há juízo negativo de admissibilidade pelo tribunal *a quo*,

pendente de publicação na origem o acórdão recorrido) desde que se apresentem com nitidez o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. [grifo nosso].

2. Decisão liminar referendada”. MC 1390/SP. 4ª Turma. Relator Ministro Bueno de Souza. DJ. 28/06/99.

¹⁸¹ PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o STJ**. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p.149.

alegando que para ser concedida a cautelar incidental é necessário que haja a acumulação da satisfação dos requisitos do *fumus boni iuris*, do *periculum in mora* e do juízo positivo de admissibilidade emanado da presidência do tribunal de origem. Nesse entendimento, conferir o acórdão da relatoria do eminente Ministro Franciulli Neto, *in verbis* :

AGRAVO REGIMENTAL - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA, IN LIMINE -**PRETENSÃO DE CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO À JULGADO OBJETO DE RECURSO ESPECIAL QUE RECEBEU JUÍZO NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE -IMPOSSIBILIDADE - CÓPIA DE AGRAVO DE DESPACHO DENEGATÓRIO SEMPROTOCOLO - SITUAÇÃO APRESENTADA PELA AGRAVANTE NÃO-ALTERADA**

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

- **Não se admite atribuir efeito suspensivo a recurso especial que recebeu juízo negativo de admissibilidade na instância de origem.** Esse raciocínio deve ser aplicado, também diante da eventual interposição de agravo de despacho denegatório, pois este recurso não teria a força de fazer com que o recurso especial fosse admitido.

- Nem mesmo há nos autos demonstração inequívoca de que tenha sido interposto agravo de instrumento da decisão que não admitiu o recurso especial.

- Fundamentos que serviram de arrimo para o indeferimento liminar da cautelar inabalados. Não alteração da situação fática.

- Agravo regimental a que se nega provimento.[grifo nosso]¹⁸²

Há alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça nos quais se tem deferido as cautelares sob a justificativa de “situações de excepcionalidade” ou “causa excepcionalíssima”. Quanto à concessão da medida cautelar em caso de juízo negativo de admissibilidade do recurso especial pelo tribunal de origem, percebe-se que a discussão é bem antiga, como se vê do trecho

¹⁸² AGRMC 7635. 2ª Turma, relator Ministro Franciulli Neto, DJ 21.06.2004.

adiante transcrito, de acórdão publicado há mais de dez anos:

PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. DEFERIMENTO LIMINAR. **Referenda-se cautelar liminar para sustar execução provisória de sentença que põe fim a arrendamento rural, ainda sujeita a agravo de decisão que não admitiu recurso especial**¹⁸³

O maior problema dessa situação é que não há no direito brasileiro uma solução entre o intervalo da decisão que inadmitiu o recurso especial e a decisão do agravo de instrumento interposto contra a decisão do presidente ou vice-presidente que proferiu juízo negativo de admissibilidade.

Para o Ministro Moreira Alves, a melhor solução para resolver este problema seria através da via legislativa¹⁸⁴. Para Luiz Orione Neto, a solução está no instituto da tutela antecipada, desde que estejam presentes a prova inequívoca e o *periculum in mora*, sempre, é claro, em casos de decisão flagrantemente equivocada.

Marcelo Ribeiro de Oliveira defende que, presentes os requisitos da urgência e da plausibilidade, deve ser concedido efeito suspensivo ao recurso especial, mesmo que haja o juízo negativo de admissibilidade, devendo, inclusive, ser emprestado efeito suspensivo ao agravo de instrumento, havendo uma extensão provisória ao recurso especial não admitido na origem, ou seja, substituindo o rigor técnico pelo princípio da instrumentalidade do processo¹⁸⁵.

¹⁸³ PET 339. 3º Turma, relator Ministro Dias Trindade. DJ 16/11/1992.

¹⁸⁴ ORIONE NETO, Luiz. **Recursos Cíveis**. São Paulo. Editora Saraiva, 2002, p.613/614.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de Oliveira. **Agravo de instrumento contra despacho denegatório de seguimento de recurso especial e extraordinário**. In Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 409.

Para esta última hipótese, há de se concordar com Marcelo Ribeiro de Oliveira, pois, atendidos os requisitos da plausibilidade e da urgência, deve ser concedida medida cautelar para atribuir efeito suspensivo a recurso especial que não tenha sido admitido no tribunal de origem. Quanto à solução do que pode ser feito entre a decisão que inadmitiu o recurso especial e a decisão do agravo de instrumento interposto contra esta decisão, deve ser concedido efeito suspensivo ao agravo de instrumento, sendo este efeito estendido provisoriamente ao recurso especial.

Independentemente dos diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário, sustentamos o entendimento de que a via adequada para se buscar a atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial deve ser a medida cautelar. Tal medida deve ser proposta perante o Superior Tribunal de Justiça, juiz competente para a apreciação da questão principal.

O argumento de que se está suprimindo instância jurisdicional ou que a jurisdição do tribunal *ad quem* ainda não foi inaugurada, *data venia*, não merece prosperar, pois a medida cautelar que busca atribuir efeito suspensivo ao recurso especial decorre do poder geral de cautela inerente à atividade jurisdicional. Mais que isso, afirmar a impossibilidade de se conduzir tal medida por não ter sido ainda inaugurada a jurisdição extraordinária é condenar à extinção as ações cautelares preparatórias.

O juízo de admissibilidade duplo é uma construção do legislador que ainda se justifica na tentativa de impedir uma nova crise do Supremo e do Superior Tribunal como a que ocorreu antes da criação deste tribunal. Mas o tribunal competente para apreciar o recurso sempre será o *ad quem*, a quem compete rever a decisão recorrida. Havendo o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, e sendo a argumentação jurídica, ainda que futura, demonstrada de forma a se constatar a sua plausibilidade, não pode o juiz competente se omitir na concessão da cautela, sob pena de se condenar à ineficácia uma decisão futura, proferida por corte superior.

Na apreciação do presente tema não se pode olvidar da questão relativa à competência legislativa da União e dos Estados. Numa federação invertida como a nossa, onde a maior parte da competência legislativa é reservada à União, sendo apenas parte dela repassada para os Estados, e levando-se em conta que o sistema jurídico-processual está inserido na competência da União, que inclusive mantém tribunais superiores no objetivo de unificar a interpretação de tais normas, deve-se concluir que a maior parte da competência jurisdicional se reserva aos órgãos jurisdicionais da União. Abrir mão de tal competência, repassando-a para os órgãos jurisdicionais estaduais, *data venia*, é ir contra a vontade do constituinte originário.

Somente em uma federação como a americana, por exemplo, em que se respeita a autonomia dos Estados-membros, e onde se dispõe de diversos sistemas jurídico-processuais, é que se poderia delegar tal atribuição aos judiciários estaduais.

3.5. Os enunciados 634 e 635 da Súmula do Supremo Tribunal Federal

Por certo, a edição dos enunciados 634 e 635 da Súmula do Supremo Tribunal Federal deve ser bem recebida como uma tentativa de se organizar matéria tão polêmica e que ainda não recebeu a merecida atenção por parte do legislador. Todavia, em que pese a importância da Corte Suprema em nosso sistema judiciário, guardamos o entendimento pessoal de que a matéria relativa à atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial está inserida dentro do poder geral de cautela que decorre da vontade do legislador ordinário e vem expressa no Código de Processo Civil.

Aplicando-se tal interpretação, verifica-se que tal matéria não mais está inserida no rol daquelas que submetem à competência do Supremo, desde a instalação do Superior Tribunal de Justiça. Por mais que pareça estranho afirmar que o Supremo Tribunal Federal não possui competência para discutir sobre os efeitos em que são recebidos os recursos previstos no texto

constitucional, deve-se ter em mente que as formas de se buscar extraordinariamente um efeito não existente para tais recursos estão claramente inseridas em leis federais.

Não se pode olvidar, quando da análise da natureza das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que o primeiro nada mais é do que a metade do que já foi o segundo um dia. Por tal razão é que não deve ser causadora de espanto qualquer afirmação que sustente a impossibilidade de o Supremo decidir sobre dada questão e, mais que isso, de sofrer, em sua atividade, a influência de decisão emanada por tribunal hierarquicamente inferior.

Se o Superior Tribunal de Justiça, intérprete maior da legislação federal infraconstitucional, desde sua instalação não se decidiu ainda por uma orientação única acerca do instituto ora tratado, *data vênia* não poderia o Supremo Tribunal Federal o fazer, por incompetência absoluta em caráter funcional, mesmo que o objeto da análise seja o efeito suspensivo atribuído ao recurso ordinário.

Mais ainda, sustentamos, com as devidas vênias, que mesmo diante da edição dos novos enunciados, não deveria o Superior Tribunal de Justiça, como vem fazendo em alguns casos, abraçar os referidos enunciados como fundamentação de suas decisões, sob pena de criar uma pacificação de entendimentos sem que o debate tenha se esgotado na instância competente para tal. Por certo a orientação do Supremo Tribunal Federal é sempre digna de inspiração para qualquer magistrado, de qualquer nível jurisdicional. Mas quando a questão deve ser debatida por tribunal com competência específica para dada discussão, é nele que a questão deve se esgotar.

Assim, da mesma forma que não compete ao Supremo Tribunal Federal decidir se uma decisão é, ou não, interlocutória para efeito de oportunidade da interposição de recurso de

revista para o Tribunal Superior do Trabalho, por ser matéria de natureza infraconstitucional, não pode o Supremo decidir sobre questões relativas à aplicabilidade do Código de Processo Civil.

Por tal razão é que se sustenta a necessidade de o Superior Tribunal de Justiça continuar na busca do consenso no entendimento da matéria, sem levar em conta a orientação dada pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, principalmente porque tal competência, desde o advento da nova ordem constitucional e da instalação do Superior Tribunal de Justiça, foi delegada para esta Corte.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou, em linhas gerais, a apresentação dos institutos básicos e essenciais à compreensão do tema proposto, tais como a criação e o funcionamento do Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial, as medidas cautelares, os efeitos em que são recebidos os recursos, os meios utilizados para a atribuição do efeito suspensivo ao recurso especial, bem como os diversos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários acerca do tema. E diversas foram as constatações que surgiram no decorrer da pesquisa.

Por exemplo, em que pese o fato de o Superior Tribunal de Justiça ter sido criado para solucionar a denominada “crise do Supremo Tribunal Federal”, a morosidade na prestação da jurisdição extraordinária ainda não foi resolvida, fazendo surgir nova preocupação com relação ao enorme número de recursos remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

Sobre o recurso especial aprofundamos na questão relativa aos efeitos de seu recebimento. Vimos que na condição de instrumento processual criado para que o Superior Tribunal de Justiça exerça o controle unificador da interpretação do direito federal, o recurso especial é dotado apenas de efeito devolutivo, mas pode ter o efeito suspensivo obtido por outras vias, como o mandado de segurança e a medida cautelar.

Constatamos que para que seja atribuído efeito suspensivo ao recurso especial devem ser observados requisitos que variam de acordo com o entendimento abraçado pelo Superior Tribunal de Justiça. Tal diversidade de entendimentos, registre-se, ainda está longe de se converter em uma única orientação pacífica daquela corte, o que só comprova a importância do tema e a seriedade com que o mesmo é enfrentado por seus integrantes.

Alguns desses entendimentos foram analisados no decorrer deste trabalho. O primeiro diz respeito à necessidade de se analisar, ou não, a obrigatoriedade do juízo de admissibilidade. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é divergente, tendo portanto duas correntes: a primeira que não concede a liminar antes da realização do juízo de admissibilidade e a segunda que concede mesmo antes de efetuado a admissibilidade.

Ficamos com a segunda corrente, pois com a concessão do efeito suspensivo mesmo antes do juízo de admissibilidade, estão sendo tomadas providências para resguardar a eficácia de uma futura decisão, promovendo, assim, a segurança jurídica que se espera do Estado por meio da atividade jurisdicional. Neste caso, entendemos que a competência para julgar a medida cautelar é do próprio Superior Tribunal de Justiça, competência esta que se encontra fundamentada no artigo 800 e em seu parágrafo único do Código de Processo Civil.

Outro entendimento abordado é o que trata do recurso especial ainda não interposto perante o tribunal *a quo*, tendo o recorrente proposto medida cautelar para obter efeito suspensivo da decisão a ser recorrida. Em tais casos, vimos que tanto a jurisprudência, ainda que minoritária, quanto a doutrina a aceitam, porém sob o entendimento de que a forma mais apropriada seria a propositura da medida cautelar perante o tribunal *a quo*, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça ainda não foi acionado nos termos do parágrafo único do artigo 800 do Código de Processo Civil. Nesse ponto ficamos isolados no entendimento o parágrafo único do artigo 800 é, antes de tudo, um impedimento dirigido ao tribunal de origem, e não uma limitação ao Superior Tribunal de Justiça, intérprete maior do Código de Processo Civil.

Um outro entendimento também analisado é o que trata da propositura de medida cautelar para atribuir efeito suspensivo a recurso especial que tenha sofrido o juízo de admissibilidade no tribunal *a quo*, mas que tenha sido inadmitido e ainda esteja com o agravo de

instrumento pendente de julgamento. Em tal situação, desde que em casos excepcionais, a melhor solução é a concessão do efeito suspensivo, devendo o rigor técnico ser substituído pelo princípio da instrumentalidade do processo.

Apesar de serem utilizados outros meios para a obtenção de efeito suspensivo no recurso especial, a escolha da via processual deve considerar vários fatores, dentre eles; a plausibilidade do direito defendido por meio do recurso e qual o recurso interposto ou passível de interposição. No caso do Superior Tribunal de Justiça, a medida cautelar é a forma correta de se obter este efeito, bastando, para tal, a comprovação da plausibilidade do direito afirmado (*fumus boni iuris*) e a irreparabilidade ou difícil reparação do direito defendido em âmbito recursal (*periculum in mora*), até porque, diante de tal possibilidade, faltaria interesse de agir na impetração de mandado de segurança.

Por fim, sustentamos a impertinência de se dar por resolvida a divergência interna do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema apenas pela edição dos enunciados 634 e 635 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, por não ser mais aquela Corte competente para decidir sobre matéria de lei federal, bem como por estarem a medida cautelar e o poder geral de cautela previstos ordinariamente no Código de Processo Civil. Isso para defender a possibilidade de propositura da medida cautelar para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial diretamente perante o Superior Tribunal de Justiça, e em qualquer caso onde se demonstre a satisfação dos requisitos autorizadores da medida de urgência requerida.

Espera-se, portanto, ter a presente pesquisa cumprido com seu intuito originário, que era o de contribuir com a discussão, condensando, em breves linhas, a polêmica existente em torno do tema, bem como sustentando posicionamento que, acredita-se, serve de solução para a instabilidade jurídica que decorre da falta de comando normativo claro ou de jurisprudência

unânime sobre o tema, emanada de órgão competente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Recurso Especial e Recurso Extraordinário** In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001. 4ª ed. São Paulo. Editora dos Tribunais, 2002.

ALVIM, Arruda. **Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre Mandado de Segurança contra ato judicial e medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso.**São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1992.

ALVIM, Teresa Arruda. **Medida Cautelar para dar efeito suspensivo a recurso.** In Revista de Processo. N 74, Ano 19, Abril Junho, 1994.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial.** In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem.** In Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo. Editoração Eletrônica, 2004.

DIAS, Camila Werneck de Souza. **Efeito Suspensivo e juízo de admissibilidade nos recursos especial e extraordinário.** In Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a lei 10.352/2001. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Os efeitos dos recursos.**In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. De acordo com a lei 10352/2001. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002

FERNANDES, Andréa Lopes de Oliveira Ferreira e FRANCO, Wanner Ferreira. **Execução na pendência do julgamento do RE e RESP.** In Aspectos polêmicos e Atuais dos recursos In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA, William. **Medidas cautelares para dar efeito suspensivo a recurso e para obstar efeitos da decisão rescindenda.** In Revista de Processo. N 77, Ano 20. Janeiro Março, 1995.

GIANNICO, Maricé GIANNICO, Maurício. **Efeito Suspensivo e Capítulo das decisões.** In Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001. Org por Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente **Questões sobre a lei 9756 de 17 de dezembro de 1998.** In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98. Org por Tereza Arruda Alvim Wambier.3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Direito Processual Civil Brasileiro.** 14 ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2000.

JORGE, Flavio Cheim. **Recurso especial com fundamento na divergência jurisprudencial.**In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação as decisões judiciais.São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2001

JORGE, Flávio Cheim e RODRIGUES, Marcelo Abelha.**Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos.** In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001. Org por Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2002.

LOPES, Gleydson Kleber Lopes. **Recurso Especial.** São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudência e súmula vinculante.** São Paulo. ed.Revista dos Tribunais,1999.

_____. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial.** 7ª ed. São Paulo, 2001

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinários e especial.** 3ªed. São Paulo, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara,** Rio de Janeiro, v. 19,1968,p.104/105.

NEGRÃO, Perseu Gentil. **Recurso Especial. Doutrina, Jurisprudência, Prática e Legislação.** São Paulo. Editora Saraiva, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos.** 6ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. **Recurso Especial.** São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de Oliveira. **Agravo de instrumento contra despacho denegatório de seguimento de recurso especial e extraordinário.** In Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no processo civil.** 2 ed. São Paulo. Editora Método, 2002.

_____. **Recursos Cíveis.**São Paulo. Editora Saraiva, 2002.

PIMENTEL, Bernardo Souza. **Introdução aos recursos cíveis e a ação rescisória.** Brasília. Brasília Jurídica, 2002

PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. **Manual dos Recursos Cíveis.** São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SARAIVA, José. **Recurso Especial e o Superior Tribunal de Justiça.** 1ª ed. São Paulo.Editora Saraiva, 2002.

_____. **Breves Apontamentos sobre o Recurso Especial** In Dos recursos. Temas Obrigatórios e Atuais. Org por Rodrigo Reis Mazzei. 2ª ed. Vitória, Instituto Capixaba de Estudos, 2002

SILVA, Bruno Mattos. **Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela cautelar durante tramitação de recurso**. In Recursos no Superior Tribunal de Justiça. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo, Editora Saraiva, 1991.

_____. **Atribuição de efeito suspensivo a recurso. Medida de natureza cautelar. Direito Subjetivo da Parte e não faculdade do relator**. In Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1998.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. V.II, 36 ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2004.

VALENTE, Luiz Ismaelino. **Mandado de segurança para dar efeito suspensivo a recursos judiciais. Impossibilidade após o advento da lei n 9.139 de 95**. Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Volume 42, n 71, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades da sentença**. 3ª ed. São Paulo, 1993.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo**. In aspectos polêmicos e atuais do RESP e do RE. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo**. In aspectos polêmicos e atuais do RESP e do RE. Org. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998.