



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD

SIMONE MARTINS DE ARAUJO MOURA

**DO RECURSO ESPECIAL RETIDO E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO
À RETENÇÃO**

BRASÍLIA

2006



SIMONE MARTINS DE ARAUJO MOURA

**DO RECURSO ESPECIAL RETIDO E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO
À RETENÇÃO**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso Pós-graduação *Latu Sensu*, na área de Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Renato Castro

BRASÍLIA

2006

SIMONE MARTINS DE ARAUJO MOURA

**DO RECURSO ESPECIAL RETIDO E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO
À RETENÇÃO**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) **como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso Pós-graduação *Latu Sensu*, na área de Direito Processual Civil.**

Orientador:

Brasília, 02 de julho de 2006.

Banca Examinadora

Prof. Tânia Cruz

Prof. José Delgado

Dedico este trabalho ao Professor Walter José Faiad de Moura, companheiro de todas as horas, sem o qual a conclusão não seria possível.

AGRADECIMENTO

Agradecimentos à compreensão e apoio de toda a equipe da pós-graduação do UniCEUB.

“O princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa tem uma imprescindível importância à concretização do acesso à justiça”.

Gleydson Kleber Lopes de Oliveira

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise do recurso especial retido, instrumento processual inserido no sistema recursal cível por meio da lei 9.756/98. Partindo do exame dos aspectos gerais referentes ao recurso especial, foram verificadas as alterações efetuadas pela lei acima citada no art. 542, do código de processo civil, bem como as conseqüências daí decorrentes. A reforma processual em estudo, pautada nos Princípios da Celeridade e Efetividade da prestação jurisdicional, teve como fim específico submeter os recursos especiais interpostos em face de decisões interlocutórias ao regime de retenção, limitando, desta forma, o volume dos recursos remetidos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça. Não obstante a retenção do recurso especial tenha funcionado como eficaz solução na diminuição do número de processos em trâmite no STJ, é possível que, em alguns casos, o adiamento do momento de apreciação do recurso especial possa causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação para a parte recorrente. Diante do silêncio da lei quanto a essas peculiaridades e da indefinição da jurisprudência, faz-se necessário o exame sobre o correto meio processual de impugnação à retenção do recurso especial, seja ela legal ou ilegal, preservando-se a boa técnica processual, levando-se em conta a efetividade do processo, à luz do Princípio da Instrumentalidade das formas.

Palavras-chave: recurso especial, retido, impugnação.

ABSTRACT

This paper aims to analyse the innovation brought to the Brazilian process law by the Law number 9.756/98. After examining the general aspects of the Special Appeal, we present all the changes established by the mentioned law to article 542, of the Process Law Code, as well as its consequences. The changes presented were based on the Principles of Celerity and Effectivity of the judgment activity, and intended to retain the Special Appeals presented against the interlocutory decisions, in order to decrease the number of appeals submitted to the Superior Court appreciation. Despite of the benefits, it's possible that in some cases, the postponing of the appreciation of the Special Appeal by the Superior Court can cause damages to the appealing part. As the new law didn't discuss about this situations, it's necessary to define which is the most appropriated procedure instrument to be presented against the decision of retaining the Special Appeal, respecting the correct process technique, as well as the effectivity of the judgemental activity.

Key-words: special, appeal, retained.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ASPECTOS GERAIS SOBRE O RECURSO ESPECIAL	14
1.1 SURGIMENTO	14
1.2 REQUISITOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE	17
1.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO	22
1.3.1 Recurso especial pela alínea “a” do permissivo constitucional	22
1.3.2 Recurso especial pela alínea “b” do permissivo constitucional	26
1.3.3 Recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional	29
2 RECURSO ESPECIAL RETIDO	34
2.1 ORIGEM DO REGIME DO RECURSO ESPECIAL RETIDO	34
2.2 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO ART. 542, §3º DO CPC	36
2.3 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA	40
2.4 REITERAÇÃO	43
2.5 CONTRADITÓRIO	47
2.6 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE	48
2.7 PREPARO	50
3 FLEXIBILIZAÇÃO DO REGRAMENTO DO ART. 542, § 3º, DO CPC: CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS DA SUBIDA IMEDIATA DO RECURSO ESPECIAL RETIDO	53
4. MEIOS DE IMPUGNAÇÃO À RETENÇÃO DO RECURSO ESPECIAL	60
4.1 AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ART. 544 DO CPC	61
4.2 MANDADO DE SEGURANÇA	64
4.3 RECLAMAÇÃO	66
4.4 PETIÇÃO	69
4.5 PROCESSAMENTO EX OFFICIO	71
4.6 MEDIDA CAUTELAR	71
CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	81

INTRODUÇÃO

A antiga discussão sobre a possibilidade de impugnação dos acórdãos julgadores de agravo de instrumento por meio da interposição de recurso especial foi definitivamente superada pela modificação introduzida no Código de Processo Civil por meio da Lei nº 9.756.

A mencionada lei, ao introduzir o §3º ao art. 542 do Código de Processo Civil, pôs fim à mencionada discussão, possibilitando a impugnação das decisões interlocutórias proferidas em processo de conhecimento, embargos à execução e cautelar, por meio da via especial, desde que o recurso ficasse retido nos autos.

Ademais, a alteração legislativa, ao criar a modalidade retida do recurso especial, objetivou, juntamente com outra série de reformas processuais que vinham e continuam sendo realizadas, conferir maior eficácia à prestação jurisdicional, bem como apresentar solução para os inúmeros problemas decorrentes do grande volume de processos que chegam aos tribunais, especialmente aos Tribunais Superiores.

De fato, a retenção do recurso especial, apresentou-se como eficiente alternativa na diminuição da quantidade de recursos especiais que sobem para o Superior Tribunal de Justiça, sem prejudicar o direito de defesa do cidadão, na medida em que não excluiu da competência daquela E. Corte a reapreciação das decisões de caráter interlocutório.

Entretanto, sob outro prisma, a determinação da retenção do recurso especial, em alguns casos, pode criar prejuízos à parte, mormente com relação a questões que devem ser solucionadas de imediato, não podendo aguardar o desfecho da causa, que seria o momento oportuno para a reiteração com o fito de processar o recurso especial retido.

Além da possibilidade de ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil reparação para as partes do processo, a imposição da discussão posterior sobre determinados pontos que precisam ser analisados de pronto, pode ainda causar o esvaziamento do recuso especial a ser interposto, em face da perda de interesse recursal, comprometendo os tão importantes princípios da economia e da celeridade processuais.

Neste contexto, revela-se a importância sobre a análise da possibilidade de flexibilização da norma taxativa prevista no § 3º, do art. 542, do Código de Processo, como vem sendo admitido pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Assim, o objeto da presente é justamente a discussão sobre a possibilidade de se afastar a retenção do recurso especial, diante dos casos de urgência, definindo qual o meio processual mais adequado para obter o processamento do recurso especial, à luz da jurisprudência dominante, já que não há previsão legal sobre tal procedimento.

Para tanto, serão, primeiramente, no segundo capítulo, feitas algumas considerações gerais sobre o sobre o recurso especial, destacando o seu aspecto histórico, os pressupostos de admissibilidade e as hipóteses de cabimento.

Após as considerações preliminares, serão tecidos comentários específicos sobre o recurso especial retido, elucidando os principais aspectos sobre a retenção do recurso especial, trazendo apontamentos sobre a correta aplicação da norma e realizando algumas críticas.

No quarto capítulo, serão apresentados e discutidos os meios propostos pela doutrina e pela jurisprudência para afastar a retenção do recurso especial e as circunstâncias em que o destrancamento do recurso é admitido, sempre levando-se em consideração a eficácia e a tempestividade da prestação jurisdicional.

Por fim, será apontado o meio mais adequado de afastamento da retenção do recurso especial, à luz do entendimento jurisprudencial que vem sendo firmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

1 ASPECTOS GERAIS SOBRE O RECURSO ESPECIAL

1.1 SURGIMENTO

Competia ao Supremo Tribunal Federal, antes da promulgação da Carta Magna vigente, zelar pela uniformidade da interpretação das normas constitucionais, bem como das normas federais, por meio da apreciação dos recursos extraordinários.

Em decorrência desta função cumulativa, a Suprema Corte atingiu um número absolutamente excessivo de ações e recursos, comprometendo a atividade da prestação jurisdicional daquele Tribunal, cujo volume aumentava independentemente dos esforços dos Ministros.

A quantidade de feitos, associada à demora no seu julgamento, culminou na crise do Supremo. Para Nelson Luiz Pinto, essa crise ocorreu em virtude do Brasil ter concebido o recurso extraordinário nos moldes da legislação norte americana (*writ of error*): “Enquanto nos Estados Unidos da América era mínima a competência da lei federal e amplíssima a dos Estados, no Brasil ocorreu exatamente o inverso. Explica-se o porquê da inevitável sobrecarga de trabalho que em pouco tempo assoberbou o Supremo Tribunal Federal¹”.

Vários expedientes foram utilizados pelo legislador na tentativa de solucionar a crise, destacando-se a argüição de relevância², os óbices jurisprudenciais³ e regimentais⁴.

¹ Pinto, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 45: O autor propõe, como forma de solucionar a crise, “uma revisão constitucional a respeito da competência legislativa da União e dos Estados, de forma que certas matérias deixassem de ser reguladas por lei federal, passando para a competência dos Estados”.

² Galvão, Ilmar Nascimento. Poder Judiciário. Reforma de 1988. O recurso especial no Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA Sálvio de Figueiredo (Coord). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. Coord. por São Paulo: Saraiva, 1991, p. 85: “estabeleceu-se, à semelhança da carta requisitória, o incidente da relevância, como meio de ensejar ao STF a oportunidade de escolher, entre os casos regimentalmente vetados, aqueles que estavam a merecer o seu julgamento”. Tal expediente não foi consagrado pela atual Constituição Federal. Assim: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 64.

Todavia, mostraram-se incapazes de pôr fim à referida crise⁵, causando, por outro lado, sérios efeitos colaterais, como a prolação de decisões jurisdicionais secretas e sem fundamentação, marcadas pelo subjetivismo, gerando o inconformismo da classe jurídica, especialmente dos advogados.

Não tardou para que se percebesse a impossibilidade de um único tribunal, composto por número reduzido de ministros, exercer, cumulativamente, o controle da constitucionalidade e legalidade. A propósito, José Afonso da Silva, na década de 60, já preconizava a idéia da criação de um novo tribunal:

“(...) Entretanto, falta um Tribunal Superior correspondente ao T.S.E. e ao T.S.T. para compor as estruturas judiciárias do Direito Comum, do Direito fiscal federal e questões de interesse da União e do Direito penal militar. Já salientamos que essas estruturas até aqui se compõem com o S.T.F.

Esse é o defeito que precisa ser eliminado com a criação de, pelo menos, um Tribunal Superior, cuja função será a de exercer as atribuições de órgão de cúpula e de composição das estruturas judiciárias defeituosas, há pouco mencionadas. Não há ainda necessidade de criação de mais do que um tribunal federal, embora com a finalidade de compor três estruturas judiciárias distintas.

Tal órgão, que denominaríamos de Tribunal Superior de Justiça por uma questão de uniformidade terminológica relativamente aos já existentes, teria como competência fundamental, entre outras, julgar, em grau de recurso, as causas decididas em única ou última instância pelos tribunais ou juízes estaduais, dos feitos da fazenda nacional e militares: a) quando a decisão recorrida fosse contrária à lei de tratado ou lei federal; b) quando se contestasse a validade de lei ou ato de governo local em face de lei

³ Dentre os óbices jurisprudenciais, assinala-se o enunciado 400 da Súmula do STF: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza o recurso extraordinário pela letra a do art 101, III, da CF”.

⁴ Galvão, Ilmar Nascimento. Op. cit, p. 85: “Instituíram-se, pois de forma progressiva, os chamados pressupostos regimentais que, na verdade, configuravam causas de exclusão da admissibilidade do recurso extraordinário”. A Constituição atual também não consagra referido expediente. Nesse sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit, p. 64.

⁵ Assim, CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei nº 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 97: “Óbices jurisprudenciais e regimentais à admissão do recurso extraordinário revelaram-se de proveito limitado, e de certa forma transitório na medida em que o elevado número de processos reavivou a crise. A experiência com o instituto da relevância da questão federal, cercada de rígidos pressupostos procedimentais, sob certo ângulo repôs o recurso extraordinário em sua destinação essencial; mas, de outra parte, veio a suscitar restrições pelo litigantes e advogados, desejosos de maior amplitude no acolhimento de irresignação dirigida a um tribunal nacional”. Em sentido semelhante: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit, p. 56: “Tais tentativas não foram em vão, mas sempre estiveram longe de seu desiderato fundamental, que era o de resolver a “crise do Supremo””. É o que também ensina: SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 297.

federal, e a decisão recorrida aplicasse a lei ou ato impugnado; c) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada fosse diversa da que lhe haja dado qualquer tribunal estadual, ou tribunal militar ou o Tribunal Federal de Recursos, ou divergisse de decisão por ele próprio proferida.

(...)

Reforma simples e de grande profundidade. Solucionará, indubitavelmente, a crise do Supremo, porque, no mínimo, sessenta ou setenta por cento dos feitos, em Recurso Extraordinário, são lhe tirados da competência e distribuídos por dois outros órgãos⁶”.

O legislador constituinte de 1988 concretizou a idéia de José Afonso da Silva, limitando o Supremo Tribunal Federal às atribuições de uma corte constitucional, e criando o Superior Tribunal de Justiça, que se caracteriza como corte infraconstitucional, responsável pelo julgamento, mediante recurso especial, do contencioso relativo à interpretação de lei federal.

Destarte, a origem do Superior Tribunal de Justiça está correlacionada à “crise do Supremo”, ou do recurso extraordinário, na lição do Ministro Moreira Alves⁷. O recurso especial surgiu como um desdobramento do recurso extraordinário⁸, e representa o instrumento processual hábil para que o STJ cumpra sua missão de zelar pela uniformidade da interpretação do direito federal.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 455-456.

⁷ Apud. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit, p. 60.

⁸ Nesse sentido, PINTO, Nelson Luiz. Op. cit, p. 38: “O recurso especial encontra sua origem no antigo recurso extraordinário, que sofreu com a Constituição de 1988 um desdobramento, ficando toda a matéria infraconstitucional na competência do Superior Tribunal de Justiça, que a aprecia via recurso especial, permanecendo na competência do Supremo Tribunal Federal, pela via do recurso extraordinário, apenas a matéria constitucional”. É o que também leciona: CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit, p. 97.

1.2 REQUISITOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE

Além dos pressupostos gerais, aplicados a todas as espécies de impugnação, o recurso especial, para ser admitido na instância de origem, deve atender a certos requisitos que lhes são próprios, inseridos na Carta Magna, modificada pela Emenda Constitucional n.º 45:

“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 válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Analisando-se o artigo acima transcrito, nota-se a importância da exata compreensão de todos os termos nele constantes, que são utilizados pelo legislador constituinte para definir os contornos dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial.

Neste sentido, cumpre frisar que a expressão “causa” deve ser compreendida em sua significação mais ampla, ou seja, englobando a totalidade dos processos em que tenha sido proferida uma decisão jurisdicional, sejam eles de jurisdição contenciosa ou voluntária⁹.

A causa não sofre limitação quanto à natureza do processo (de conhecimento, execução ou cautelar), nem quanto à qualidade da decisão (definitiva, terminativa,

⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit, p.100. Ainda sobre a abrangência do termo “causa”, vide MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12ª edição. Volume V. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 588, no qual enfatiza que a expressão seria utilizada como sinônimo de acórdão, já que: “não cabe recurso especial contra decisão monocrática de relator que nega seguimento a outro recurso (art. 557, *caput*), mas apenas da decisão colegiada sobre o agravo (art. 557, § 1º).”

interlocutória), nem quanto ao tipo de jurisdição em que foi prolatada (contenciosa ou voluntária)¹⁰.

De outro lado, o termo “decidida”, que segue à expressão causa, indica que o recurso especial pode desafiar as decisões que extinguem o processo com ou sem julgamento do mérito, bem como aquelas que resolvem questões incidentes. Isso porque, como a natureza do recurso especial não está ligada à concepção de mérito, não faria sentido conceberem-se tais recursos como circunscritos às decisões que versassem acerca do mérito¹¹.

Neste particular, cabe ressaltar que houve época em que se discutia acerca do cabimento do recurso especial contra acórdão proferido em agravo de instrumento (tal discussão, inclusive, foi um dos fatores que motivou a alteração do Código de Processo Civil pela lei 9.576/98, inserindo-se o § 3º, ao art. 542, daquele diploma legal). O Superior Tribunal de Justiça, num primeiro momento, teve a oportunidade de inclinar-se pela negativa ao fundamento de que não existia causa decidida:

“Não me parece que esta Corte possa conhecer de um recurso interposto contra decisões interlocutórias, em causas decididas de toda natureza, proferidas pelo juiz monocrático e contra as quais se manifestou agravo de instrumento, decidido, em segundo grau de jurisdição, pelos tribunais. A competência do Superior Tribunal de Justiça é de “julgar as causas decididas em única ou última instância”. Causas decididas, segundo me parece, são aquelas que foram julgadas, afinal, que tiveram uma decisão terminativa, encerrando o processo com ou sem julgamento do mérito. Não se decide uma causa através de mero despacho interlocutório. Não é suficiente que o ato decisório contenha uma questão federal e não é somente o deslinde desta que justifica o recurso especial. É preciso que ele seja, pelo menos, terminativo, que “fine o processo”, que ‘julgue a causa”, que “decida a causa” (em única ou última instância, na expressão constitucional. Julgar a causa, decidir a causa, no sentido consignado na Carta Magna não é impulsionar a causa, não é despachar a causa, não é decidir um incidente da ação – é concluir o julgamento, sentenciando-lhe, pondo-lhe fim (com ou sem alcançar o mérito). (...)”¹²”.

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit, p. 100.

¹¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 217-218.

¹² **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Primeira Turma. REsp 19352/SP. Relator: Demócrito Reinaldo. Data da decisão: 25.03.92. DJ de 20.04.92.

Posteriormente, entretanto, a questão pacificou-se, acertadamente, em sentido contrário ao julgado, tendo sido editado o enunciado nº 86 da Súmula do STJ: “Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”.

Atualmente, a discussão já restou superada tendo em vista a regulamentação da matéria pelo Código de Processo Civil, no §3º, do art. 542, que estabelece a possibilidade de interposição do recurso especial contra acórdão de conteúdo interlocutório proferido em processo cautelar, de conhecimento ou embargos à execução, ainda que unicamente sob a forma retida.

Ademais, o cabimento do recurso especial está limitado apenas às causas “decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios tribunais”, de modo que somente decisões colegiadas (acórdãos), proferidas pelos tribunais enumerados taxativamente no texto constitucional, poderão ser impugnadas via recurso especial¹³. Nestes termos, é incabível o recurso especial contra pronunciamento de juiz de 1º grau, bem como contra decisão monocrática, ainda que delas não caiba recurso¹⁴, além daquelas decisões proferidas pelas turmas recursais dos Juizados Especiais Cíveis.

Relativamente a tais decisões, o Superior Tribunal de Justiça, baseado na premissa de que as turmas recursais não integram o tribunal, e sim o juizado especial, editou o

¹³ No mesmo sentido: SOUZA, Bernardo Pimentel. Op. cit, p. 302: “Convém salientar que o recurso especial não é cabível contra os julgados de todas as cortes judiciárias. Apenas os pronunciamentos dos tribunais regionais federais e das cortes locais podem ser combatidos por meio do recurso especial. Já os acórdãos proferidos por tribunais trabalhistas, eleitorais, militares federais não podem ser impugnados via recurso especial. Igualmente não cabe recurso especial contra acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, por mais notória que seja a ofensa à lei federal”.

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit. p. 588.

enunciado nº 203: “Não cabe recurso especial contra decisões proferidas, nos limites da sua competência, por órgãos de segundo grau do Juizado Especial”.¹⁵

Há ainda correta orientação no sentido de que o recurso especial também pode ser interposto contra decisão de Tribunal Militar Estadual que, no âmbito de sua competência penal, violar lei federal (CF, art. 125, §§3º e 4º)¹⁶. É que tal Corte tem natureza de tribunal estadual.

Prosseguindo na esteira dos requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial, é necessário frisar que o texto constitucional se refere a “causas decididas em única ou última instância”.

A utilização desta expressão aponta a obrigatoriedade de prévio esgotamento das vias recursais anteriores, para fins de cabimento do recurso especial. “Só cabe o recurso extremo se esgotados os recursos ordinários cabíveis na espécie, não bastando que a decisão de primeira instância tenha se tornado irrecorrível pelo desaproveitamento do prazo para recorrer; é preciso que hajam sido usados os recursos cabíveis¹⁷”.

A propósito, impende assinalar orientação do STJ consubstanciada no enunciado nº 207: “É inadmissível o recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem”. O Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da edição do verbete transcrito, já havia adotado orientação no mesmo sentido, por meio do enunciado nº 231, aplicado analogicamente ao recurso especial: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem recurso ordinário da decisão impugnada”.

¹⁵ Sobre este entendimento cumpre ressaltar a ressalva feita por MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit. P. 590: “Todavia, quanto aos casos em que o Juizado desrespeita os limites de sua competência legal, o enunciado nº 203 da Súmula da Jurisprudência Predominante parece admitir, a contrario sensu, o cabimento do recurso especial.”

¹⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit., p. 101.

¹⁷ NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso Especial*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 8.

Na expressão “causa decidida em única ou última instância” reside, ainda, a necessidade do prequestionamento, aqui entendido como a efetiva apreciação, pelo tribunal *a quo* acerca da questão federal suscitada no recurso especial¹⁸.

Sobre o tema, vale conferir o disposto nos enunciados nº 282 e 356 da Súmula do STF, aplicados por analogia ao recurso especial:

“É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

“O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

A exegese do enunciado nº 356 da Súmula do STF leva a crer que seja suficiente a mera interposição dos embargos declaratórios para ter-se como prequestionada a matéria objeto de decisão pela instância ordinária (prequestionamento ficto), viabilizando, assim, a utilização do recurso especial independente da supressão dos pontos omissos. Todavia, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foi editado o enunciado nº 211, que consagra entendimento oposto: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Nesse sentido, cumpre citar a lição de Eduardo Ribeiro de Oliveira, para quem “a interposição de embargos declaratórios, em si, nada significa. Decisivo é o resultado que se retira de sua apresentação, desde que se obtenha o almejado pronunciamento. Inviável o recurso em relação ao não decidido, continuará a sê-lo enquanto a omissão se mantiver¹⁹”.

¹⁸ No sentido do texto: CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit. p. 107. Em contraposição, há uma segunda corrente na doutrina sustentando que o prequestionamento traduz a necessidade de que a matéria tenha sido suscitada antes do julgamento recorrido. A terceira corrente, por sua vez, entende que a matéria, além de suscitada, deve ter sido decidida (OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 245).

¹⁹ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 254.

O Supremo Tribunal Federal, com a devida vênia, ao considerar como prequestionada a matéria que não foi efetivamente decidida pelo tribunal *a quo*, a despeito da interposição de embargos declaratórios²⁰, não prestigia o texto constitucional, que é expresse ao dispor que a admissibilidade do recurso especial está condicionada a existência de uma causa decidida em única ou última instância.

Por fim, a admissibilidade do recurso especial também está condicionada a existência de uma questão de direito relativa à aplicação da lei federal ou ato de governo local, nos termos das hipóteses de cabimento a seguir explicitadas.

1.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO

1.3.1 Recurso especial pela alínea “a” do permissivo constitucional

O art. 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal prevê o cabimento do recurso especial sempre que a decisão recorrida contrariar, bem como negar vigência a tratado ou lei federal. Enquanto na Carta Magna de 1967 previa-se apenas a hipótese de negativa de vigência de lei federal, o texto constitucional de 1988 vai além, estabelecendo também a contrariedade.

²⁰ No julgamento de recurso extraordinário afeto ao Plenário pela Primeira Turma, o Tribunal, preliminarmente, por maioria, considerou prequestionada a matéria constitucional pela interposição dos embargos declaratórios, rejeitados pelo Tribunal de origem, como decorre, a *contrario sensu*, do verbete 356 da Súmula do STF (“O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”). Vencido o Ministro Marco Aurélio, por entender que cabia ao recorrente, ao invés de discutir a matéria de fundo dando-a por prequestionada, alegar negativa de prestação jurisdicional contra a omissão do Tribunal *a quo* em manifestar-se sobre a questão constitucional suscitada. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Pleno. RE 219934. Relator: Octavio Galotti. Data do julgamento: 14.06.00. Informativo do STF nº 193.

Segundo Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol, “contrariar a lei significa não observar o preceito legal, não atender à vontade da lei. Negar vigência significa deixar de aplicar a norma ou declarar que a norma está revogada, afastando-a²¹”.

Como se pode observar, a expressão “contrariar” tem sentido amplo. Para Arruda Alvim, bastaria que o legislador tivesse previsto a contrariedade como hipótese de cabimento do recurso especial, pois ela compreende a negativa de vigência:

“[omissis] em relação ao recurso especial, utilizou-se o legislador de duas expressões, quando se refere à contrariedade e também à negativa de vigência. Estas expressões têm sentidos diferentes. O uso da expressão contrariedade – parece – teria sido suficiente para justificar o cabimento do recurso especial, quer porque a decisão recorrida houvesse sido contrária à lei federal (ou a tratado), quer quando se lhe houvesse negado vigência. A negativa de vigência já estaria compreendida na contrariedade à lei. Sem embargo, utilizou-se o constituinte de ambos os dizeres. Por outras palavras, tornou equivalentes tanto a contrariedade quanto a negativa de vigência, para que, em ambos os casos, tenha cabimento o recurso especial²²”.

Nelson Luiz Pinto, ao definir a expressão “contrariar” afirma que:

“Contrariar supõe toda e qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses que a ele se devem subsumir, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, interpretando-o de modo não adequado e diferente da interpretação correta, no sentir do órgão responsável pelo controle ao respeito e pela uniformização do direito federal, que é o Superior Tribunal de Justiça²³”.

Nessa linha de raciocínio, já se decidiu que o enunciado nº 400 da Súmula do STF não encontra apoio no texto constitucional²⁴, e tornou-se insubsistente. De fato, ao prever a contrariedade e a negativa de vigência à legislação federal como fundamentos para a

²¹ MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. Algumas considerações sobre os recursos especial e extraordinário – Requisitos de admissibilidade e recursos retidos. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda (et al) (Coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 180.

²² ALVIM, Arruda. O antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição Federal de 1988). In: TEIXEIRA Sálvio de Figueiredo. *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 158.

²³ PINTO, Nelson Luiz. Op. cit, p. 117.

²⁴ Nesse sentido. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Quarta Turma. Ementa: “Processo civil. Alienação fiduciária. Conversão em ação de depósito. Omissão da ré. Prisão decretada. Pedido extemporâneo de avaliação. Súmula/STF, verbete 400. Recurso provido. I- Nas ações de depósito derivadas de alienação fiduciária, não se reveste de ilegalidade a decisão que indefere pedido extemporâneo de avaliação do bem. II- O enunciado n. 400 da Súmula STF é incompatível com a teleologia do sistema recursal introduzido pela Constituição de 1988” (RESP 5936/PR. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data do Julgamento: 04.06.91. DJ de 07.10.91).

interposição de recurso especial, a Constituição Federal eliminou a possibilidade de interpretações restritivas da lei federal, de modo que “O termo contrariar compreende a negativa de vigência, bem como qualquer interpretação menos exata da legislação federal, isto é, a contrariedade compreende qualquer forma de ofensa ao preceito de lei. Por essa razão, a súmula 400 do Supremo Tribunal Federal não pode ser invocada para efeito de admissibilidade do recurso especial.”²⁵

Com efeito, o que levou a edição do enunciado nº 400 da Súmula do Supremo foi a interpretação dada ao termo “negar vigência”, aqui entendido como a não aplicação da lei ao caso concreto. Tendo a Carta Magna ampliado a hipótese de cabimento do recurso especial, não pode subsistir o critério da razoabilidade para impedir o recurso especial. Apenas uma interpretação de lei federal pode ser válida. A existência de duas interpretações implica, necessariamente, na contrariedade de uma delas.

Com relação à expressão “lei federal”, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro²⁶ ensina que ela deve ser compreendida em sentido amplo, abrangendo decretos, regulamentos, portarias, avisos e outros atos normativos. José Frederico Marques²⁷ vai mais além, sustentando que a lei federal alcança também os preceitos regimentais.

Todavia, não se pode dar à expressão “lei federal” tamanha amplitude. Nelson Luiz Pinto bem elucida a matéria:

“Lei federal, segundo Carlos Mário da Silva Velloso, quer dizer direito federal. Assim, deve-se também entender por lei federal o decreto, o regulamento federal e a lei estrangeira quando aplicável por força de norma de direito internacional (e também as medidas provisórias do Executivo Federal).

²⁵ OLIVEIRA, gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 236.

²⁶ Apud. CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit, p. 104.

²⁷ Apud. CARNEIRO, Athos Gusmão. Idem.

Não são considerados leis federais, para esse fim, os regimentos internos dos Tribunais, as portarias ministeriais, nem as resoluções e provimentos de autarquias, como a Ordem dos Advogados do Brasil.

Para efeito de recurso especial, deve-se, ainda, considerar leis federais somente aquelas de natureza de direito federal, ou seja, quando versarem matéria federal, excluindo-se, por exemplo, aquelas apenas de origem federal, mas que versam matéria de interesse local, como, por exemplo, as leis do Distrito Federal²⁸.

Nesse contexto, a utilização do vocábulo tratado²⁹, na alínea “a” do inciso III do artigo 105 seria dispensável, tendo em vista o alcance da cláusula constitucional “lei federal”, que compreende as leis de natureza federal, os decretos, regulamentos e o direito estrangeiro. Avisos, circulares, resoluções, portarias³⁰, convênios³¹, preceitos regimentais³², provimentos³³ e enunciado das súmulas³⁴ ficaram, pois, fora de seu alcance.

O recurso especial também não pode ser utilizado quando a decisão afronta lei local³⁵, ou norma constitucional³⁶. Igualmente, a discussão acerca de cláusula contratual³⁷ e o

²⁸ PINTO, Nelson Luiz. Op. cit, p. 115.

²⁹ Sobre a incorporação dos tratados ao ordenamento jurídico brasileiro, ela é feita mediante decreto legislativo, e posterior promulgação do presidente da República. Assim, SOUZA, Bernardo Pimentel. Op. cit, p. 305-306.

³⁰ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Quarta Turma. REsp 532966/RS. Relator: Aldir Passarinho. Data do julgamento: 24.05.2004. DJ de 16.08.20041.

³¹ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Segunda Turma. RESP 23148/SP. Relatora: Eliana Calmon. Data do julgamento: 18.11.99. DJ de 07.02.00).

³² Acerca da impossibilidade de se utilizar o recurso especial quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal, foi editada o enunciado nº 399 da Súmula do STF, aplicada por analogia: “Não cabe recurso extraordinário, por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal”.

³³ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Primeira Turma. RESP 804319/SC. Relator: Luiz Fux. Data do Julgamento: 08.08.06. DJ de 21.09.06.

³⁴ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Segunda Turma. Ementa: RESP 191795/RJ Relator: Francisco Peçanha Martins. Data do julgamento: 15.05.01. DJ de 25.06.01)”.
Peçanha Martins. Data do julgamento: 15.05.01. DJ de 25.06.01)”.

³⁵ Confira-se o enunciado nº 280 da Súmula do STF, aplicada por analogia ao recurso especial: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

³⁶ O meio processual adequado nesse caso é o recurso extraordinário.

³⁷ Confira-se o enunciado nº 5 da Súmula do STJ: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”. Existem, entretanto, hipóteses onde a interpretação de um contrato diz respeito à qualificação do negócio jurídico (questão de direito), sendo cabível o recurso especial.

reexame de provas³⁸ não podem ser feitos em sede de recurso especial, pois versam sobre questões de fato.

Para o conhecimento do recurso especial pela alínea “a”, basta que a parte tenha alegado a contrariedade ou negativa de vigência. A sua ocorrência deverá ser analisada quando do julgamento do mérito³⁹, reservado exclusivamente ao Superior Tribunal de Justiça.

Nelson Luiz Pinto⁴⁰ ensina ainda que o Superior Tribunal de Justiça tem exigido que a parte particularize e individualize expressamente o dispositivo ou os dispositivos de lei federal que teriam sido violados, sob pena de não conhecimento do recurso.

1.3.2 Recurso especial pela alínea “b” do permissivo constitucional

O art. 105, inciso III, “b” da Carta Magna, alterado pela Emenda Constitucional n.º 45, prevê a hipótese de cabimento do recurso especial sempre que a decisão recorrida julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal.

³⁸ Confira-se o enunciado n.º 7 da Súmula do STJ: “Para simples reexame de prova não cabe recurso especial”. Neste ponto, vale ressaltar que o erro na valorização da prova pode ensejar recurso especial. Nesse sentido, vale conferir ensinamento do Ministro Sálvio: “se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a certo ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha como provado o ato ou negócio jurídico por outro meio de prova ofende o direito federal. Se a lei federal exclui basto (sic) certo meio de prova quanto a determinados atos jurídicos, acórdão que admita esse meio de prova excluído ofende à lei federal. Somente nesses casos, há direito federal sobre prova, acaso ofendido, a justificar a defesa do *ius constitutionis*” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 71).

³⁹ Sobre o tema, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit, p. 150: “Melhor alternativa fosse talvez o uso da expressão “quando for afirmada a contrariedade”. O equívoco terminológico já havia sido detectado por Barbosa Moreira frente à CF precedente: “Requisito de admissibilidade será a mera ocorrência hipotética (isto é alegada) do esquema textual: não se há de querer, para admitir o recurso extraordinário pela letra a, que o recorrente prove desde logo a contradição real entre a decisão impugnada e a Constituição da República; bastará que ele a argúa. Do contrário, insista-se, estaremos exigindo, ao arrepio da técnica e da lógica, que o recurso seja procedente para ser admissível”. No mesmo sentido: SOUZA, Bernardo Pimentel. Op. cit, p. 308. Ressalte-se que a prática dos tribunais tem demonstrado o inverso. A ausência de demonstração inequívoca da contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal enseja o não conhecimento do recuso especial. Assim, RSTJ 69/446.

⁴⁰ PINTO, Nelson Luiz. Op. cit., p. 121-122.

Antes da reforma preconizada pela Emenda Constitucional acima citada, dentre as decisões que desafiavam recurso especial figuravam, além das já mencionadas, aquelas que julgassem válidas, além dos atos do governo local, também as leis provenientes deste contestadas em face da legislação federal.

Com efeito, a mencionada alteração constitucional, ao acrescentar a alínea “d” ao inciso III, do art. 102, da Constituição Federal, deslocou para o Supremo Tribunal Federal a competência de julgamento das causas decididas em última ou única instância, quando a decisão recorrida julgar válida lei local contestada em face da legislação federal.

Assim, continuaram impugnáveis por meio do recurso especial apenas as decisões que considerassem válidos os **atos** do governo local em face da legislação federal.

A expressão “atos de governo local” abrange os atos administrativos praticados pelos agentes públicos estaduais e municipais dotados de certa parcela de poder (v.g. governador, prefeitos, secretários, diretores de repartição)⁴¹. Esses atos podem emanar dos Poderes Executivo, Legislativo e até do Judiciário, ressalvados, neste último caso, os puramente jurisdicionais, impugnáveis por outra via processual⁴².

O permissivo constitucional em exame parece estar previsto na alínea “a” do permissivo constitucional, conforme sustenta Nelson Luiz Pinto: “se o tribunal *a quo* aplica uma lei ou ato de governo local desrespeitando norma de direito federal, está-se diante de uma contrariedade à lei federal⁴³”.

⁴¹ ALVIM, J.E. Carreira. Alguns aspectos dos recursos extraordinário e especial na reforma do poder judiciário (EC n. 45/2004). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al) (Coord). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.324.

⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit, p. 210.

⁴³ PINTO, Nelson Luiz. Op. cit, p. 122-123.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, “em linha de princípio, a querela envolvendo “lei ou ato de governo local” não propiciaria o recurso especial, que é do tipo “excepcional” e assim refratário a questões não federais. Mas é justamente a circunstância daquela querela vir qualificada por um contraste com uma lei federal afirmadamente afrontada, que abre o ensejo para o recurso especial, para a tutela do direito federal por seu guardião, o STJ⁴⁴”.

Dessa forma, o recurso especial pela alínea “b” apenas é cabível quando o ato do governo local for privilegiado em detrimento do direito federal. Se, contudo, o tribunal decidir pela validade do direito federal, desprestigiando a legislação local, não será cabível o recurso especial, nos termos do enunciado nº 280 da Súmula do STF: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”. A natureza do recurso especial não permite seja ele manejado em face de questões não federais.

Neste tópico cumpre destacar que o deslocamento, pela EC n. 45, da competência do exame das decisões que consideram leis locais válidas em face da legislação federal representou a positivação do posicionamento que já vinha sendo defendido pela doutrina pátria.

De fato, na maioria das vezes a questão de saber se determinada norma federal restou afrontada, face à aplicação da lei de governo local, envolve matéria de natureza constitucional, pois depende da exegese dos dispositivos que versam sobre competência legislativa. Sobre o tema, pronunciou-se o Ministro Moreira Alves: “as questões de validade de lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal não são questões de natureza legal, mas, sim, constitucional, pois se resolvem pelo exame da existência ou não, de invasão da competência da União, ou, se for o caso, do Estado⁴⁵”.

⁴⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit. p. 204

⁴⁵ Apud. PINTO, Nelson Luiz. Ibidem.

1.3.3 Recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional

O art. 105, inciso III, “c” prevê a hipótese de cabimento do recurso especial sempre que a decisão recorrida der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

A finalidade do dispositivo constitucional sob análise é pacificar as divergências existentes na jurisprudência sobre questões de cunho federal⁴⁶, e orientar o julgamento dos tribunais. Por outras palavras, “busca-se entre duas divergentes interpretações jurisprudenciais de uma mesma norma legal, fixar qual a exegese corresponde à exata vontade da lei (num determinado momento e contexto histórico, para que essa exegese, além da aplicação no caso concreto, passe a servir como orientação aos tribunais estaduais e aos tribunais regionais federais⁴⁷”.

Refere-se o texto da Constituição a julgado de outro tribunal, não servindo como paradigma, para demonstrar a divergência, julgado do mesmo tribunal onde foi prolatada a decisão recorrida, até porque o meio processual adequado para pacificar o dissídio jurisprudencial entre julgados do mesmo tribunal é o incidente de uniformização de jurisprudência⁴⁸.

Sobre o tema, foi editado o enunciado 13 da Súmula do STJ, segundo o qual: “A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial”. Trata-se de

⁴⁶ Assim, MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit, p. 134: “Por outro lado, para o cabimento do recurso especial a divergência jurisprudencial deve cingir-se a direito federal infraconstitucional. Não cabe, pois recurso especial quando a dissensão jurisprudencial for relativa a matéria constitucional”.

⁴⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. Idem, p. 115.

⁴⁸ Nesse sentido: OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Op. cit. P. 245.

repetição do entendimento cristalizado no verbete nº 369⁴⁹ da Súmula do Supremo, quando a matéria federal era de sua competência, por meio do recurso extraordinário.

Nessa perspectiva, cumpre saber se a divergência, para autorizar o cabimento do recurso especial pela alínea “c”, pode ocorrer entre tribunais de uma mesma unidade federativa, e se o julgado paradigma pode ter emanado do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Eis a lição de Gleydson Kleber Lopes de Oliveira sobre o assunto:

“A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial, podendo advir do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Registre-se que é possível a configuração do dissídio jurisprudencial entre julgados de tribunais do mesmo Estados, tal como a que ocorre entre os de Justiça e de Alçada.”⁵⁰

De outra parte, Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta que apenas os julgados dos tribunais de 2º grau podem ser utilizados como paradigma para comprovar a divergência jurisprudencial:

“Esse ‘outro Tribunal’ a que se refere essa alínea c há de ser qualquer dos que integram o 2º grau, estaduais e federais. Isso exclui o STJ, porque é Tribunal Superior, apartado do “2º grau de jurisdição”; e depois, para que assim não fosse, seria preciso que o constituinte acrescentasse a cláusula: “...ou o próprio STJ”, o que não fez. Por razões análogas também não servem ao confronto os acórdãos do STF, até porque não lhe cabe zelar pela uniformidade da interpretação da lei federal. No particular, certa a observação do Min. Carlos Velloso, do STF, ao dizer que o recurso especial “uniformizará a jurisprudência dos tribunais de segundo grau, estaduais e federais”.

(...)

Parece-nos que se deve ponderar devidamente o fato de que o STF perdeu a competência para conhecer de matéria infraconstitucional, de modo que não se compreenderia que um seu acórdão que interpretou lei federal seguisse a servir de paradigma para embasar recurso especial. No ponto, o Min. Almeida Santos, conquanto entenda que “a jurisprudência do STF continuará a ensejar o recurso especial, quando demonstrado o dissídio, ressalvado o caso de jurisprudência ultrapassada”, pondera: “A colisão no plano horizontal de

⁴⁹ “Julgados do mesmo tribunal não servem para fundamentar o recurso extraordinário por divergência jurisprudencial”.

⁵⁰ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Op. cit. P. 246.

decisão recorrida com acórdão paradigma do Supremo Tribunal Federal deverá ser examinada com rigor, no futuro, tendo em vista a formação da própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de superação da jurisprudência atual do Supremo, bem como, de abraçar o STJ o entendimento do STF a respeito de não servir para a demonstração da discrepância, julgado de Tribunal que perde a competência para conhecer da matéria, como é seu próprio caso, não mais competente para a defesa da legislação infraconstitucional ou para função de uniformizador da jurisprudência⁵¹”.

Entretanto, há entendimentos no sentido de que a expressão “outros tribunais” compreende tanto os tribunais de segundo grau, bem como os superiores, já que é vedado ao intérprete restringir onde a lei não o fez.

Por outro lado, é de se frisar que o acórdão paradigma deve revelar o entendimento atual da jurisprudência, não sendo admitida divergência com base em orientação superada pelos tribunais⁵². Se a orientação contida no julgado paradigma já foi modificada, firmando-se contrariamente à tese defendida no recurso, não será conhecido o recurso especial pela alínea “c”. É o que revela o enunciado nº 83 da Súmula do STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida⁵³”. Trata-se de enunciado semelhante ao cristalizado pelo Supremo no enunciado nº

⁵¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 234-235. Nelson Luiz Pinto ressalta que “tratando-se de recurso especial contra acórdão de Tribunal Regional Federal, não se presta como paradigma, para demonstração de divergência, acórdão do antigo Tribunal Federal de Recursos” (PINTO, Nelson Luiz. Op. cit., p. 128).

⁵² No mesmo sentido: CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit., p. 116: “Não será admissível recurso especial, pois, a invocação a acórdão proferido em idos tempos e que na atualidade não mais represente a orientação do próprio tribunal que o proferiu. Em recurso especial, de que fomos relator, em tema de responsabilidade civil em acidente de trânsito, o STJ rejeitou a indicação, como divergentes, de acórdãos da década de trinta, que refletiam jurisprudência de muito superada”. Ainda: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 232.

⁵³ Nessa perspectiva, Nelson Luiz Pinto faz crítica à orientação firmada no STJ: “deve-se observar que não pode o Superior Tribunal de Justiça, como vem fazendo deixar de conhecer do recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial quando este se assenta, por exemplo, em divergência atual entre dois tribunais estaduais, mesmo que já tenha se manifestado no mesmo sentido da decisão recorrida, e até mesmo se houver Súmula do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido da decisão recorrida. Se, apesar de haver orientação pacificada no Superior Tribunal de Justiça, determinado tribunal da Federação continuar decidindo em sentido contrário a essa orientação, que, como já se viu, não tem força vinculante, isto já basta para que seja admitido recurso especial, mesmo contra decisão de outro tribunal que tenha decidido de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça. De fato, estará atendido requisito constitucional de cabimento previsto na letra “c” do art. 105, III, devendo o Superior Tribunal de Justiça conhecer do recurso, nem que seja para, no mérito, negar-lhe provimento. A inadmissão do recurso especial, neste caso é, a nosso ver, inconstitucional, possibilitando, ainda, a interposição de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, por ofensa ao art. 105, III, “c” da Constituição Federal, pois não está o Superior Tribunal de Justiça a estabelecer restrições outras ao cabimento do

286: “Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

Outro ponto importante consiste na exigência de que o julgado paradigma represente a decisão final do tribunal⁵⁴. A propósito, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: “não serve de acórdão paradigma, para confronto em recurso extraordinário, o que não exauriu a instância ordinária, visto que, cabendo embargos infringentes, não foram eles interpostos⁵⁵”.

Segundo o art. 541 do CPC⁵⁶, e art. 255 do RISTJ⁵⁷, quando se interpõe o recurso especial pela alínea “c”, não basta alegar a existência de julgado divergente ou simplesmente transcrever as ementas dos acórdãos comparados. É necessário que se demonstre

recurso especial. Suas Súmulas a respeito da admissibilidade desse recurso devem-se limitar a esclarecer limitações decorrentes da interpretação do próprio texto constitucional, e não inovar na imposição de restrições ao cabimento do recurso” (Pinto, Nelson Luiz. Op. cit, p. 168).

⁵⁴ Assim: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit, p. 236.

⁵⁵ RT 554/280.

⁵⁶ “Art. 541- O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o Presidente ou o Vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:

I - a exposição do fato e do direito;

II - a demonstração do cabimento do recurso interposto;

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

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

⁵⁷ “Art. 255- 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, discordantes da interpretação de lei federal adotada pelo recorrido;

b) pela citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados.

§ 2º Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

§ 3º São repositórios oficiais de jurisprudência, para o fim do § 1º, ‘b’, deste artigo, a Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Revista do Superior Tribunal de Justiça e a Revista do Tribunal Federal de Recursos, e, autorizados ou credenciados, os habilitados na forma do art. 134 e seu parágrafo único deste Regimento”.

analiticamente o dissídio jurisprudencial, com menção às circunstâncias identificadoras ou semelhantes dos casos confrontados⁵⁸, ressaltando-se os casos em que a divergência jurisprudencial seja notória, podendo ser depreendida da simples leitura das ementas, nos quais o Superior Tribunal de Justiça tem mitigado as exigências formais condizentes ao recurso especial previsto pela alínea “c” do permissivo constitucional⁵⁹.

Por fim, quanto à comprovação do dissídio jurisprudencial, é feita mediante a apresentação de certidões ou de cópias autenticadas do precedente invocado como paradigma, sendo admitida a indicação de repertório de jurisprudência autorizado ou oficial.

⁵⁸ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Quarta Turma. Ementa: “Processual civil. Nomeação de inventariante. Art. 990 do CPC. Ordem não absoluta. Ofensa não configurada. Divergência não configurada.. A ordem de nomeação de inventariante insculpida no art. 990 do Código de Processo Civil deve ser rigorosamente observada, excetuando-se as hipóteses em que o magistrado tenha fundadas razões para desconsiderá-la, com o fim de evitar tumultos processuais desnecessários ou mesmo a sonegação de bens, como no caso, em face da patente litigiosidade existente entre as partes. Divergência jurisprudencial não caracterizada, pois carente de demonstração analítica, com a transcrição dos trechos que identifiquem ou assemelhem as hipóteses confrontadas. Recurso especial não conhecido” (RESP 283994/SP. Relator: César Asfor Rocha. Data do julgamento: 06.03.01. DJ de 07.05.01). Na doutrina: OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Op. cit. p. 246.

⁵⁹ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. 4ª Turma. Ementa: “Processual civil. Recurso especial pela divergência. Ausência de dissídio notório. Não indicação de repositórios jurisprudenciais autorizados que tenham publicado os paradigmas nem apresentação de cópias autenticadas desses. Necessidade. Divergência não-caracterizada. Recurso não-conhecido. I – A jurisprudência desta Corte admite a dispensa da transcrição de trechos dos paradigmas e o cotejo entre eles e o acórdão impugnado se notório o dissídio que se pretende configurar. II – Em se tratando de divergência não-notória, é de rigor o cumprimento das normas do art. 541, parágrafo único, CPC e 255 do Regimento Interno. III - Por mais justa que seja a pretensão recursal, não se pode desconhecer dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial. Como se tem assinalado em diversas oportunidades, "o aspecto formal é importante em matéria processual não por obséquio ao formalismo, mas para segurança das partes e resguardo do due process of law" (RESP 308802/MS. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data do Julgamento: 03.05.01. DJ de 25.06.01).

2 RECURSO ESPECIAL RETIDO

2.1 ORIGEM DO REGIME DO RECURSO ESPECIAL RETIDO

A introdução do recurso especial retido no ordenamento jurídico pátrio representou a continuidade da implantação de uma série de reformas processuais, que vêm sendo realizadas de forma paulatina, cujo objetivo precípuo é a melhora constante da efetividade da prestação jurisdicional, sempre buscando conferir-lhe maior celeridade, sem deixar de lado sua qualidade e sem prejudicar as garantias fundamentais de defesa e acesso à justiça do cidadão.

Para tanto, a alteração do artigo 542, do Código de Processo Civil, foi direcionada à agilização do sistema recursal cível, na medida em que possibilitou a diminuição do volume de recursos enviados à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, cuja condição atual, a exemplo do já ocorreu com o Supremo Tribunal Federal antes da edição da atual Carta Magna, reflete a realidade de uma Corte cujo número de recursos atingiu patamar insustentável, mantendo o sistema moroso e desprovido de resultado efetivo.

Nesse contexto, o §3º acrescentado ao art. 542 do CPC, pela Lei 9756/98, previu a necessidade de retenção dos recursos especiais interpostos contra decisões de caráter interlocutório. Eis o teor da norma:

“Art. 542- (...)

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

Mencionada lei entrou em vigor na data de sua publicação (17.12.98), não tendo sido precedida da costumeira *vacatio legis*, o que impossibilitou o prévio debate entre os

operadores do direito⁶⁰ e fez surgir acirradas controvérsias, sobretudo no tocante à retenção do recurso especial.

Na busca dos objetivos mencionados, pode-se afirmar que dois são os princípios norteadores da criação do recurso especial retido, a saber: o da celeridade e o da economia processual, explicado o primeiro pela ausência da paralisação do processo no juízo e tribunal de origem, pois o recurso especial não é processado imediatamente e o segundo pela possibilidade do resultado final acarretar o desinteresse do vitorioso em reiterar o recurso especial interposto contra decisão interlocutória.

A alteração legislativa foi também influenciada pela discussão surgida logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a respeito do cabimento de recurso especial em face de decisões interlocutórias, em decorrência da redação de seu art. 105, III (causas decididas em única ou última instância).

Segundo, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, o entendimento prevalente preconizou que “no conceito de causas, compreendem-se todas as decisões de última ou única instância proferida pelos Tribunais no exercício da jurisdição. O Superior Tribunal de Justiça editou, inclusive, a Sumula 86, segundo a qual ‘Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento do agravo de instrumento.’”⁶¹

⁶⁰ Sobre o tema Zaiden Geraige Neto afirma: “Foi exatamente às vésperas do Congresso Nacional, momento sempre utilizado para a aprovação de leis que modificam profundamente a estrutura normativa, que foi aprovada e entrou em vigor a Lei 9.756/98, na data de sua publicação, sem concessão da módica *vacatio* de sessenta dias, habitual em outros diplomas. Tem-se a impressão, *data venia*, de que não se queria criar a possibilidade de discussão sobre o tema, o que, em nosso entender, facilita a ocorrência de imperfeições, “ensejando o surgimento de leis ambíguas e vagas”, de eficácia comprometida como sustenta o próprio Ministro Pádua Ribeiro, de forma genérica, no discurso supracitado” (GERAIGE NETO, Zaiden. Aspecto preocupante sobre o novo § 3º do art. 542 do Código de Processo Civil e a possibilidade de excepcionar a regra. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al) (Coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 p. 696).

⁶¹ Op. cit. p.365.

Com a retenção do recurso especial, evita-se que os processos “nos quais ainda não proferida decisão final nas instâncias ordinárias, subam uma ou mais vezes ao Superior Tribunal de Justiça para a definição de questões concernentes a decisões interlocutórias”.⁶²

2.2 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO ART. 542, §3º DO CPC

O art. 542, §3º do CPC estabelece a obrigatoriedade de retenção do recurso especial sempre que tenha por fim impugnar decisão interlocutória proferida no processo de conhecimento, embargos à execução e cautelar. Das três espécies do processo civil contencioso, referida norma só excluiu o processo executivo, a fim de que as decisões interlocutórias nele proferidas sejam impugnáveis pelo recurso especial de subida imediata.

Isto porque, ao diversamente do processo de conhecimento, a composição do conflito de interesses não é finalidade do processo de execução que, por meio da prática de atos executivos, visa à satisfação do crédito. A sentença proferida em seu bojo não tem conteúdo decisório, e sim processual, apenas declara extinta a relação jurídica. Seria um enorme contra senso admitir a retenção do recurso especial no processo de execução, pois sendo ele destinado à prática de atos executivos, que atingem diretamente o patrimônio do devedor ou responsável, seria tardio o aguardo de seu desfecho para dar processamento ao recurso especial. Nesse sentido, leciona Athos Gusmão Carneiro:

“(…) nas execuções a sentença é simplesmente extintiva do processo (arts. 794 e 795), e não seria conveniente impedir o eventual conhecimento e provimento do recurso extremo (mesmo com seu efeito meramente devolutivo, salvante eventual procedimento cautelar com vistas à sua suspensividade), enquanto se processam os atos executivos conducentes à intervenção efetiva, e freqüentemente irreversível, na esfera patrimonial do executado⁶³”.

⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit. p. 62-63.

⁶³ CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit, p. 124. Em sentido semelhante: DINAMARCO, Cândido Rangel. O Relator, a Jurisprudência e os Recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al) (Coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999,

Sob outra perspectiva, ensina Nelson Nery Junior:

“(…) nem sempre há sentença que resolva alguma matéria - de mérito ou não - no processo de execução, tornando-se praticamente inviável a reiteração do RE e REsp retidos. Nem teria sentido interpor-se apelação da sentença proferida no processo de execução (art. 795) apenas para provocar a existência de um acórdão para, somente depois, impugná-lo por RE ou REsp, a fim de reiterar-se o RE ou REsp, retido interposto contra decisão interlocutória proferida no processo de execução⁶⁴”.

A solução exposta, refutada desde logo pelo autor, vai de encontro ao princípio da economia processual.

Impende observar que, se o regime da retenção do recurso especial fosse aplicado ao processo executivo, a grande maioria dos recursos especiais interpostos contra decisões interlocutórias proferidas em seu bojo não seriam julgados⁶⁵. Isso porque, como no processo executivo inexistente sentença final de mérito, não haveria oportunidade para interposição de outro recurso especial e, por conseqüência, ficaria inviável a reiteração do recurso especial retido.

Donaldo Armelin⁶⁶, posicionando-se de forma isolada, sustenta que não há razão para excluir o processo de execução do regime da retenção. Para ele uma decisão interlocutória pode surgir em qualquer tipo de processo, até mesmo no processo de execução

p. 140. Cassio Scarpinella Bueno, para corroborar a exatidão do entendimento exposto, afirma: “Aguardar que eventuais recursos especiais ou extraordinários dirigidos às decisões interlocutórias proferidas no processo de execução estivessem atrelados ao proferimento de decisão final representaria, por exemplo, penhorar, avaliar e precear um bem móvel resguardado pela Lei 8.009/90 para, então, com a declaração de satisfação da obrigação pelo devedor (CPC, art. 794, I), desconstituir os atos processuais praticados por infração àquele dispositivo legal” (BUENO, Cassio Scarpinella. Uma primeira reflexão sobre o novo § 3º do art. 542 do CPC. In: WAMBIR, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 178).

⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson. A forma retida dos recursos especial e extraordinário – apontamentos sobre a Lei 9.756/98. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al) (Coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 476. Conferir também: MEDINA, José Miguel Garcia. Recursos no processo de execução- notas sobre alguns aspectos controvertidos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al) (Coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁶⁵ Nesse sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações a respeito da Lei 9.756. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al) (Coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 581.

⁶⁶ ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre as alterações ao CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al) (Coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 205.

(é o caso da admissibilidade da exceção de pré-executividade). Do eventual agravo interposto contra essa decisão, existe a possibilidade de interposição do recurso especial que, em tese, deveria sujeitar-se ao regime da retenção.

Humberto Theodoro Júnior ressalta que as ações executivas *latu sensu* e as ações mandamentais também devem ser excluídas do regime da retenção:

“Se a razão de não proceder à retenção do recurso no processo de execução prende-se à eficácia material imediata dos atos executivos, deve-se ponderar que há processos que, sem rótulo de execução forçada propiciam de imediato a realização satisfativa de pretensões sobre a esfera jurídica do demandado. É o que se passa nas ações executivas *latu sensu* (despejo, ações possessórias, busca e apreensão, nunciação de obra nova etc) e nas mandamentais (mandado de segurança, habeas data etc). Pelo mesmo motivo que ditou a exceção em favor do processo de execução, as ações acima também devem ficar fora da restrição do §3º, do art. 542 do CPC. Aliás, em relação a elas não se pode falar em procedimento cognitivo apenas, visto que, sabidamente, correspondem a procedimentos unitários, em que os atos de accertamento e execução, se cumprem dentro de uma só relação processual. É impossível, por isso, neles separar uma fase de cognição e outra de execução. Tudo se passa em promiscuidade, de sorte que o processo é, ao mesmo tempo de cognição e de execução⁶⁷”.

Quanto ao processo de conhecimento, Cassio Scarpinella Bueno⁶⁸ afirma que deve ser entendido de forma ampla, a incluir o que não for processo cautelar e processo de execução.

Nessa perspectiva, Sérgio Bermudes explica que o processo de jurisdição voluntária cabe no processo cognitivo, e a ele se estende a norma do art. 542, §3º do CPC, salvo na execução da respectiva sentença. E acrescenta:

“Os embargos do réu da ação monitória (art. 1.102) a restrição também os alcança, não porque tenham a natureza de embargos à execução, mas porque processo de conhecimento, emergente de uma ação constitutiva proposta para tornar ineficaz a condenação condicional, contida no mandado previsto no art. 1.102. Na mesma situação se encontra a liquidação de sentença, que, processo

⁶⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O recurso especial retido*. I Encontro de Doutrina-Jurisprudência de Direito Processual Civil. Realização: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários e Instituto Brasileiro de Direito Processual. Brasília, 5 e 6 de outubro de 2000, p. 3-4.

⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 177.

cognitivo complementar daquele no qual se formou o título líquido e preparatório da execução, não escapa da restrição do art. §3º do art.542⁶⁹”.

Segundo José Saraiva⁷⁰ o recurso especial interposto contra decisão interlocutória nas ações de procedimento especial, devem submeter-se à retenção, pois tais ações adotam como fonte subsidiária o procedimento ordinário e tratam-se de processo de conhecimento.

Cândido Rangel Dinamarco⁷¹, por sua vez, ensina que o recurso especial interposto contra decisão interlocutória na execução das obrigações de fazer ou não fazer serão processados imediatamente, embora representem um prolongamento do processo de conhecimento, e não processo executivo no sentido técnico. Isso porque, não há decisão final a ser proferida e pela qual devesse a parte aguardar.

No que concerne aos embargos do devedor, a sua natureza cognitiva justifica a retenção do recurso especial contra decisão interlocutória proferida em seu bojo⁷². Em contraposição ao que ocorre no processo executivo, a sentença proferida em embargos do devedor tem conteúdo decisório, pois resolve matérias processuais e de mérito argüidas pelo executado ao se insurgir contra a pretensão do exequente de satisfazer o crédito materializado no título executivo⁷³.

⁶⁹ BERMUDES, Sérgio. O recurso especial retido e a tutela cautelar do recorrente. In: *STJ 10 anos: obra comemorativa 1989-1999*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 272-273.

⁷⁰ SARAIVA, José. Os recursos extraordinário e especial – alterações da Lei 9.756/98. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al) (Coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411.

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit, p. 141.

⁷² Assim, leciona Rodolfo de Camargo Mancuso: “os embargos à execução já se incluem, conceitualmente, na rubrica “processo de conhecimento”, na medida em que configuram uma ação incidental, voltada a desconstituir o título executivo” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. Cit., p. 234). Em sentido semelhante: NERY JUNIOR, Nelson. Op. Cit., p. 476.

⁷³ MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. Algumas considerações sobre os recursos especial e extraordinário – requisitos de admissibilidade e recursos retidos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (at al) (Coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 196-197.

Para Nelson Nery Junior⁷⁴ como a norma do art. 542, §3º do CPC dispõe genericamente em embargos à execução, deve-se entender que o regime da retenção se aplica a todos os tipos de embargos admissíveis no processo de execução (embargos à arrematação, à adjudicação, de retenção por benfeitorias e de terceiros).

No que diz respeito ao processo cautelar, Cândido Rangel Dinamarco⁷⁵ ensina que poderão surgir algumas dificuldades no tocante à incidência do art. 542, §3º do CPC. Muito embora o processo cautelar sempre termine por sentença, algumas vezes essa sentença nada decide além da própria extinção do processo (como no arresto, por exemplo). E conclui: faltando o requisito para a imposição da espera mediante a retenção do recurso especial, este deve adotar o regime da subida imediata.

2.3 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Considera-se decisão interlocutória aquela proferida no curso do processo, sem lhe pôr termo (art. 162, §2º do CPC), ainda que em certos casos aprecie alguma questão de mérito ou prejudicial.

A interpretação literal do art. 542, §3º do CPC conduz ao entendimento de que o recurso especial ficará retido quando interposto contra decisão interlocutória. Todavia, sabe-se que, nos termos do art. 522 do CPC, a decisão interlocutória é impugnável pelo agravo de instrumento e não pode desafiar recurso especial, tendo em vista o requisito específico de

⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit, p. 477. No mesmo sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. Uma segunda reflexão sobre o novo § 3º do art. 542 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Corrd). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit, p. 141.

admissibilidade inserido no art. 105, III da Carta Magna, que exige seja a decisão recorrida proferida em única ou última instância pelos tribunais estaduais ou regionais federais.

Ora, sendo a decisão interlocutória impugnável pelo agravo de instrumento, em princípio, parece-nos que a interpretação do art. 542, §3º do CPC deve ser no sentido de que “o que quis significar o legislador foi que deveriam ficar retidos nos autos os recursos especial e extraordinário interpostos de agravo (e não, como de regra, de decisão interlocutória, já que, sabe-se, o recurso especial só é cabível de acórdão e não de decisão monocrática), até que haja, se e quando houver, recurso especial ou recurso extraordinário da decisão final.”⁷⁶

Segundo Athos Gusmão Carneiro⁷⁷ e José Miguel Garcia Medina⁷⁸ a norma do art. 542, §3º do CPC quis referir-se ao acórdão proferido no agravo de instrumento. Necessário, todavia, fazer duas observações, que demonstram a fragilidade de seu entendimento.

A primeira delas fundamenta-se na possibilidade, ainda que remota, de interposição de recurso especial retido com base em decisão de única instância proferida por tribunal. É o que ocorre na hipótese de decisão proferida por colegiado de segundo grau em agravo interno contra pronunciamento singular do relator no curso de ação originária⁷⁹.

A segunda delas consiste em que o acórdão proferido no agravo de instrumento pode ensejar extinção do processo, tal como ocorre quando o tribunal reconhece a ilegitimidade da parte. Nada obstante tenha julgado agravo de instrumento, esse acórdão apresenta conteúdo de sentença, por ter extinto o processo, e corresponde a decisão final de

⁷⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a incidência dos recursos especial e extraordinário retidos e “interlocutórias” que são sentenças. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei nº 10.352/01*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 530

⁷⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit, p. 124.

⁷⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. Recurso extraordinário e especial “retidos”- Aspectos problemáticos da novidade introduzida pela Lei 9.756/98, de 17.12.1998. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.

⁷⁹ SARAIVA, José. Op. cit, p. 410.

última instância, devendo o recurso especial contra ele interposto adotar o regime da subida imediata, já que não haverá oportunidade para reiteração posterior⁸⁰.

Nessa perspectiva, Vicente Greco Filho⁸¹ assinala que a expressão “decisão interlocutória” deve ser interpretada negativamente, ou por exclusão, de forma a abranger toda aquela que não seja definitiva ou terminativa.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier⁸², o intuito do legislador, ao utilizar a terminologia decisão interlocutória, foi dar alcance a todos os acórdãos, proferidos pelos tribunais estaduais e regionais federais, que tenham conteúdo de decisão interlocutória.

Neste sentido, pode-se concluir que a terminologia utilizada pelo legislador apresenta-se imprópria, de forma que o mais correto seria dizer que o recurso especial é cabível contra o último acórdão de conteúdo interlocutório.

Nelson Nery Junior⁸³, por sua vez, entende que o legislador acertou ao utilizar a terminologia “decisão interlocutória”. Isso porque, tal como exposto anteriormente, em sede de agravo de instrumento pode o tribunal proferir acórdão que extingue o processo.

⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit, p. 416. Em sentido semelhante: DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit, p. 138 e WAMBIER Teresa Arruda Alvim. Op. cit. p 531. Na jurisprudência: **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Primeira Turma. PROCESSUAL - RECURSO ESPECIAL RETIDO - QUESTÃO RESOLVIDA EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA- POSSIBILIDADE DE GERAR A EXTINÇÃO DO PROCESSO - CPC, ART 542, § 3º - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - ACÓRDÃO QUE NÃO OS RESPONDE - NULIDADE (CPC ART. 535). I - Não deve permanecer retido o recurso especial, se a questão resolvida pelo acórdão recorrido - embora proveniente de decisão interlocutória - é daquelas que podem conduzir à extinção do processo. Alcance do Art. 542, § 3º do Código de Processo Civil. II - É direito da parte obter comentário sobre todos os pontos levantados nos embargos declaratórios. III - É nulo, por ofensa ao Art. 535 do CPC, o acórdão que silencia sobre questão formulada nos embargos declaratórios (REsp 182.382/SP. Relator: Humberto Gomes de Barros. Data do julgamento: 17.06.99. DJ de 02.08.99).

⁸¹ GRECO Filho, Vicente. Questões sobre a Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 604.

⁸² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit, p. 583.

⁸³ NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit, p. 476.

Entretanto, conforme o que já foi exposto, tal entendimento conduziria a admitir a interposição de recurso especial sem o prévio esgotamento dos recursos ordinários. Salvo em se tratando de decisão proferida em ação da competência originária dos tribunais, não se admite a interposição de recurso especial sem que antes seja utilizado o agravo de instrumento da decisão, relativa a questão incidente, proferida pelo juiz de primeiro grau.

Por fim, impende assinalar que o recurso especial retido jamais desafiará acórdão proferido no julgamento de agravo retido. O agravo retido é julgado com a apelação, dando ensejo ao surgimento da “decisão final” a que se refere o art. 542, §3º do CPC. Evidentemente, se o regime da retenção fosse aplicado em tal hipótese não haveria oportunidade de reiteração posterior, devendo o acórdão proveniente do julgamento de agravo retido ser impugnado pelo recurso especial de subida imediata.

2.4 REITERAÇÃO

Outro requisito apontado pelo art. 542, §3º do CPC para possibilitar a apreciação do recurso especial retido pelo Superior Tribunal de Justiça é a necessidade de reiteração a ser feita no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final ou das contra-razões. Antes de fixarmos a forma e o momento da reiteração, cumpre estabelecermos o conceito de decisão final.

Segundo Athos Gusmão Carneiro⁸⁴ considera-se “decisão final” o acórdão proferido em grau de apelação ou, se for o caso, de embargos infringentes. Por outras palavras, a decisão da qual não caiba mais recurso ordinário.

⁸⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit., p. 125.

Cumpra acrescentar, neste contexto, uma ressalva quanto aos embargos de declaração, interponíveis contra todos acórdãos contraditórios, obscuros ou omissos. Assim, poder-se-ia dizer que “decisão final” é aquela decisão extintiva do processo⁸⁵, da qual não caiba mais recurso ordinário, salvo os embargos de declaratórios.

A “decisão final” não se confunde com a sentença, já que não haveria sentido em reiterar, um recurso cujo processamento dependeria ainda do recebimento e julgamento da própria apelação⁸⁶.

Cândido Rangel Dinamarco⁸⁷ e Flavio Luiz Yarshell⁸⁸ não deixaram de reconhecer que a “decisão final” pode corresponder a sentença, nas hipóteses onde o recorrente não tenha interesse em apelar.

Nesse sentido, é de se ressaltar que não seria justo que, nas hipóteses onde o recorrente não tivesse interesse em apelar, o recurso especial retido ficasse prejudicado pela ausência de “decisão final”. A *contrario sensu*, estar-se-ia violando o princípio da economia processual, pois a parte estaria obrigada a recorrer apenas para criar uma “decisão final”.

Nessa perspectiva, cumpre abordar os aspectos referentes à formalização da reiteração, analisando-se, primeiramente, a necessidade ou não de interposição de recurso especial para reiterar o recurso especial retido.

⁸⁵ Daí não confundir-se com “causas decididas”.

⁸⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Ainda sobre a retenção dos recursos extraordinário e especial: meios de impugnação da decisão que a determina. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda et al (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2000. p. 160.

⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., p. 139

⁸⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. Op. cit., p. 161.

A corrente doutrinária⁸⁹ que entende no sentido negativo aponta como justificativas (i) a interpretação literal do art. 542, §3º do CPC, que apenas exige, como requisito para o processamento do recurso especial contra interlocutória, a reiteração no prazo para o recurso ou contra-razões, nada dispondo sobre a necessidade de interposição de novo recurso especial contra a decisão final e (ii) o fato de que, muitas vezes, a decisão final pode não ensejar a interposição de recurso especial, face a ausência dos pressupostos constitucionais. Nesse sentido, leciona Rodolfo de Camargo Mancuso:

“E se, acaso, a decisão final não for de molde a ensejar RE ou REsp, como, por exemplo, se nela não se vislumbrar querela constitucional ou federal adrede prequestionada, lobrigar matéria de fato ou de direito local? Parece-nos que, em tais circunstâncias, não pode deixar de ser processado o RE ou Resp que antes ficaram retidos, e isso para que se assegure a boa lógica na interpretação e a integral eficácia do §3º do art. 542 do CPC, incluído pela Lei nº 9.756/98: se ali se diz que o recurso retido, para ser efetivamente processado demanda reiteração “no prazo para a interposição do recurso (principal) contra a decisão final, ou para as contra-razões”, não faria sentido que, vindo a configurar-se inviabilidade técnica de RE ou REsp contra a decisão final, ficasse por isso “trancada” ou “abortada” a subida do recurso antes retido. A interpretação, como se sabe, deve conduzir ao entendimento que assegure a maior utilidade prática do dispositivo, e não que esvazie ou comprometa seu significado⁹⁰”.

E acrescenta José Saraiva⁹¹ que a desnecessidade de recurso especial final para reiterar o retido confirma-se ainda mais face a possibilidade da parte não possuir interesse em discutir questões surgidas após a decisão interlocutória.

⁸⁹ Assim: ARMELIM, Donaldo. Op. cit, p. 206; CARMONA, Carlos Alberto. O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 48. CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit, p. 125-126; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit, p. 139; MEDINA, José Miguel Garcia, Op. cit, p. 373; MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. Op. cit., p. 195; SARAIVA, José. Op. cit, p. 413; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Op. cit, p. 582; YARSHELL, Flávio Luiz. Op. cit, p. 160-161.

⁹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit, p. 262-263. Em sentido semelhante também entendem: CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit, p. 125; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit, p. 139.

⁹¹ SARAIVA, José. Op. cit, p. 412.

Em sentido oposto, uma outra corrente, formada por Cassio Scarpinella Bueno⁹², Eduardo Carreira Alvim⁹³ e Vicente Greco Filho⁹⁴, entende ser necessária a interposição de recurso especial contra a decisão final, a fim de reiterar-se o retido.

Entretanto, como exposto linhas volvidas, a “decisão final” pode não ensejar o cabimento de recurso especial e, nesse caso, a parte será tolhida do seu direito de ver a impugnação apreciada pelo Poder Judiciário, pois o recurso especial retido jamais será processado, face a impossibilidade de reiteração.

Assim, deve-se aceitar que a reiteração seja feita através de simples petição, dirigida à presidência ou vice-presidência do tribunal *a quo*, requerendo o processamento do recurso especial retido⁹⁵.

A reiteração poderá se dar, tanto nos autos do agravo (onde estiver apensado o recurso especial retido) quanto nos autos principais, onde, se for o caso, será interposto o recurso especial principal⁹⁶.

No que concerne ao momento da reiteração, Cândido Rangel Dinamarco⁹⁷ vislumbra duas hipóteses distintas: quando o recorrente não tenha interesse em apelar da

⁹² BUENO, Cassio Scarpinella.. Op. cit. p. 102

⁹³ ALVIM, José Eduardo Carreira. Recursos, especial e extraordinário, na reforma processual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 285.

⁹⁴ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit, p.

⁹⁵ Esse é o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier: “A interpretação que nos parece a mais correta e que, aliás, é a sugerida pela letra do dispositivo em questão, é a de que se deve admitir, nestes casos, a apresentação de um requerimento “avulso”, no sentido de “desvinculado de qualquer recurso”, já que a lei alude à necessidade de reiteração no prazo do recurso, e não necessariamente com o recurso” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit, p. 582).

⁹⁶ Em sentido contrário, José Miguel Garcia Medina afirma que a reiteração deve ser feita nos autos onde ficou retido o recurso especial (MEDINA, José Miguel. op. cit. p. 373). No TRF 1ª Região, essa questão não assume importância. De acordo o art. 3º da Resolução nº 11, de 3 de julho de 2000, “os agravos de instrumento das decisões interlocutórias de primeira instância, previstos nos arts. 522 a 529 do CPC, após o trânsito em julgado, terão os autos remetidos à vara de origem com baixa definitiva, para que sejam juntados ao feito principal, sem as peças trasladadas pela parte agravante.” Portanto, tudo fica condensado nos autos principais.

sentença e quando o recorrente apele da sentença. Na primeira, a reiteração deve ser feita no prazo da apelação ou da sua resposta. Na segunda, deve ser feita dentro do prazo do recurso especial ou das suas contra razões.

A ausência de reiteração durante o prazo recursal para a impugnação ao último julgado extintivo do processo, ou no curso do prazo para apresentação de contra-razões, configura desistência tácita⁹⁸, dando ensejo à prolação de juízo negativo de admissibilidade.

2.5 CONTRADITÓRIO

A norma do art. 542, §3º do CPC não menciona se há ou não necessidade de se intimar a parte contrária para apresentar contra razões tão logo o recurso especial retido seja interposto, ou diversamente, se a intimação deve ser realizada somente depois da reiteração.

Para José Saraiva⁹⁹ a primeira hipótese afigura-se como a mais correta. Todavia, não compartilhamos desse entendimento e optamos por prestigiar o princípio da economia processual. Não faria sentido que se determinasse de imediato a intimação da parte contrária para apresentar contra-razões a um recurso que pode não ser processado, face a ausência de reiteração oportuna.

Cumpre, entretanto, ressaltar que nos casos de inaplicabilidade da retenção, em face da demonstrada urgência apta a afastar a aplicação do art. 542 § 3º, o contraditório deverá ser aberto desde logo, a fim de possibilitar à parte recorrida o exercício de sua defesa antes do processamento do recurso especial.

⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit, p. 139.

⁹⁸ Em sentido contrário: BERMUDEZ, Sergio. Op. cit, p. 273: “Faltante a reiteração, não se deve presumir que o recorrente desistiu do recurso, ou renunciou a ele”.

⁹⁹ SARAIVA, José. Op. cit., p. 410.

2.6 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Sobre o juízo de admissibilidade do recurso especial retido, Vicente Greco Filho vislumbra quatro situações distintas:

“1- O Presidente entende que ambos são admissíveis. Será, então, determinada a subida ao Superior Tribunal de Justiça (art. 543).

2- O Presidente entende que não é admissível o recurso retido, mas o é o principal. Será também determinada subida dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, mas ali somente será examinado o retido se a parte tiver interposto tempestivamente o agravo do despacho denegatório, porque o seu conformismo importará em preclusão da decisão de indeferimento. O agravo de despacho denegatório deverá, também, ser processado (art. 544) e somente após é que subirão os autos.

3- O Presidente entende que estão presentes os pressupostos de admissibilidade do retido, mas não estão os do principal. Isso deverá ser explicitado separadamente. É evidente que o não seguimento do principal impedirá a subida do retido, ainda que em tese admissível. Cabe à parte interpor o agravo do despacho denegatório e no Superior Tribunal de Justiça a questão será reexaminada. O que se quer alertar é que o Presidente não pode inverter a ordem de exame, isto é, desde logo declarar inadmissível o retido porque o principal não o é. Tal inversão ocorrerá, sim, mas no Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do exame do agravo contra o despacho denegatório.

4- O Presidente entende que nem o retido nem o principal merecem admissão. Neste caso, a parte deverá interpor dois agravos do despacho denegatório ou dos despachos denegatórios: ambos serão processados e remetidos ao Superior Tribunal de Justiça. Aqui também ocorrerá a inversão referida no caso anterior (aliás ocorrerá sempre): para que o retido seja conhecido primeiro deverá examinar-se o conhecimento do principal¹⁰⁰”

José Eduardo Carreira Alvim adota orientação em sentido semelhante: “os recursos interpostos de acórdão interlocutório só sobem ao tribunal superior quando subir o recurso interposto do acórdão que puser termo ao processo; quando subir e no caso de subir; do contrário, fica prejudicado¹⁰¹”

José Saraiva, por sua vez, ensina:

¹⁰⁰ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit, p. 607-608.

¹⁰¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op, cit, p. 285.

“A dicotomia dos recursos extraordinário- principal e retido- traz, também, importante reflexo quanto às conseqüências do juízo de admissibilidade. Como dito, este deverá ocorrer após a reiteração do recurso retido, quando da interposição do principal. Todavia, sendo o recurso principal inadmitido, não se terá como conseqüência obrigatória o trancamento do RE ou REsp retido, pois se trata de fundamentos próprios.

Assim, poderá o recurso principal ser admitido e o retido não, e vice-versa. A jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, admitido o recurso especial parcialmente, a questão é integralmente devolvida à Corte independentemente da interposição de agravo de instrumento em relação à parte trancada.

Com a nova sistemática, tem-se que, no momento do juízo de admissibilidade, os recursos passam a ser apenas um, do ponto de vista da impugnação, tal como ocorrem em entre a decisão embargada e aquela proferida nos embargos de declaração. Desta forma, o seguimento de qualquer dos recursos, retido ou principal, permitirá ao Tribunal *ad quem* promover novo juízo de admissibilidade em relação ao outro que o juízo de admissibilidade na origem considerou inviável.

Entendimento diverso remeterá as partes à interposição de agravo, aumentando os serviços judiciais e o custo da prestação jurisdicional de forma inócua, em face da circunstância de que a Corte Superior já terá acesso aos próprios autos principais¹⁰²”.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁰³ o juízo de admissibilidade do recurso especial retido não deve ser exercido no juízo *a quo*, mas exclusivamente no órgão *ad quem*: primeiro pelo relator e depois pelo órgão competente para julgar o recurso.

Não obstante, outra parte da doutrina aponta para a orientação de que o recurso especial retido sofre juízo de admissibilidade bipartido (no tribunal *a quo* e *ad quem*), sendo que o primeiro deles apenas é realizado no momento da reiteração. No momento de interposição, o tribunal de origem deve limitar-se a determinar a retenção e remessa dos autos à instância originária, não podendo proferir juízo de admissibilidade. Conforme Nelson Nery Junior, essa é a melhor interpretação que se pode extrair do art. 542, §3º do CPC, pois o processamento do recurso especial retido está condicionado à sua reiteração¹⁰⁴.

¹⁰² SARAIVA, José. Op. cit, p. 413.

¹⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit, p. 582.

¹⁰⁴ NERY JR., Nelson. Op. Cit., p. 478-479. No mesmo sentido também entende: CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit, p. 125.

No caso da reiteração ser feita por meio de recurso contra a “decisão final”, o juízo de admissibilidade será único para ambos, recurso especial principal e retido¹⁰⁵, sendo que o conhecimento de um deles permitirá a subida do outro, independentemente da interposição de agravo de instrumento contra a decisão de inadmissão.

Entendimento diverso poderia conduzir a situação: o REsp principal sendo julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, e o retido aguardando o julgamento do agravo de instrumento por aquela Corte. Não parece coerente. O enunciado nº 528¹⁰⁶ da Súmula do STF deve ser aplicado por analogia.

O processamento do REsp retido não está condicionado ao conhecimento do eventual recurso contra a “decisão final”, dado o seu caráter autônomo. Tanto assim que pode ser reiterado através de simples petição.

2.7 PREPARO

O sistema processual civil brasileiro prevê expressamente alguns casos de dispensa de preparo, quer para atender a critérios objetivos (como no caso do agravo retido e embargos de declaração), quer para atender a critérios subjetivos¹⁰⁷. No tocante ao recurso especial retido, inexistente previsão legal dispensando o preparo, sendo ele regulado pela norma geral inserta no art. 511 do CPC¹⁰⁸.

¹⁰⁵ SARAIVA, José. Op. cit, p. 412.

¹⁰⁶ “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”.

¹⁰⁷ De acordo com o art. 511, parágrafo único do CPC, o Ministério Público, a Fazenda Pública e as entidades da Administração indireta estão dispensadas do pagamento de preparo.

¹⁰⁸ “Art. 511- No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção”.

Andou bem o legislador ao não dispensar o preparo no recurso especial retido. A autonomia que marca o especial retido demonstra a necessidade de impulso próprio em direção ao tribunal *ad quem*. Tal como observado, existe a possibilidade da ausência de recurso contra a “decisão final”, devendo a reiteração, nesse caso, ser feita mediante simples petição. Não é só. Ainda que interposto o recurso contra a “decisão final”, pode ocorrer a admissão apenas do recurso especial retido, com a remessa exclusiva do instrumento do agravo ao Superior Tribunal de Justiça, com a baixa dos autos do processo à vara de origem para a realização da execução provisória, excepcionalmente até definitiva.

Cassio Scarpinella Bueno, em um primeiro momento, entendeu que o recurso especial retido deveria ser dispensado do pagamento do porte de remessa e retorno, inclusive para evitar que o recorrente tivesse que ajuizar ação judicial para reaver o valor do preparo desnecessariamente feito. E acrescenta:

“Se o recurso extraordinário ou especial, embora interposto nos autos do instrumento, acaba sendo processado em conjunto com aquele interposto nos autos do processo principal, desnecessário o pagamento do porte de remessa e retorno dos autos e das custas processuais. Já que o intuito do legislador é o de concentrar atos processuais, desarrazoada, a nosso ver, a exigência de preparo para cada um dos recursos, cuja tendência é a de alçar os Tribunais superiores conjuntamente¹⁰⁹”.

Todavia, o autor, em um segundo momento, adotou orientação diversa. Para ele, o preparo é exigível, mas não no ato de interposição¹¹⁰. Aliás, esse entendimento também é compartilhado por José Saraiva:

“Não sendo a irresignação sujeita ao imediato encaminhamento ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, após o acolhimento no juízo de admissibilidade, desnecessariamente onerosa a exigência de pagamento dessas verbas pelo jurisdicionado, no momento da interposição do RE ou REsp retido. Assim, as custas e o porte de remessa e de retorno

¹⁰⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 182.

¹¹⁰ BUENO, Cassio Carpinella. Op. cit, p. 115.

somente serão exigidos posteriormente, havendo recurso contra a decisão definitiva proferida nos autos¹¹¹”.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a matéria, em decisão de autoria do Ministro Waltezar Zveiter, da qual pede-se vênua para transcrever:

“(...) a dicção do artigo 511 é clara ao dispor a necessidade de comprovação do pagamento do preparo no ato de interposição do recurso, não fazendo qualquer ressalva a ser ele retido ou não. A norma do artigo 522, parágrafo único, do CPC, invocada pelo Recorrente, é específica para a hipótese de agravo retido. Ademais, o próprio artigo 542, também do CPC, que trata do Recurso especial retido não dispensa o efetivo preparo deste.

Como bem leciona Nelson Nery Júnior: "os atos de recorrer e de preparar o recurso formam um ato complexo, devendo ser praticados simultaneamente, na mesma oportunidade processual, como manda a norma sob comentário¹¹²”.

Apenas, na esteira das lições acima citadas, ressaltamos que, quanto à exigência de preparo imediato que, como não existe processamento do recurso especial retido, salvo depois da reiteração, seria mais prudente, para concretizar o intuito do legislador de concentrar os atos processuais, que o recolhimento do preparo, bem como sua comprovação, fossem feitos apenas quando da reiteração do recurso especial retido.

¹¹¹ SARAIVA, José. Op. cit., p. 410.

¹¹² **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Terceira Turma. AG 306.530-RJ. Relator: Waldemar Zveiter. Data da decisão: 6.9.2000. DJ de 15.9.2000.

3 FLEXIBILIZAÇÃO DO REGRAMENTO DO ART. 542, § 3^a, DO CPC: CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS DA SUBIDA IMEDIATA DO RECURSO ESPECIAL RETIDO

O exame das circunstâncias que ensejaram a inserção do recurso especial retido no sistema recursal cível pátrio demonstrou que suas finalidades principais eram conferir maior efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, na medida em que diminuiria o volume de recursos endereçados ao Superior Tribunal de Justiça, impedindo a remessa à apreciação daquela Corte Superior, de processos ainda não findos e evitando a ocorrência de um sem número de julgamentos sobre questões, muitas vezes, já superadas pelas partes nas instâncias inferiores.

Para tanto, o § 3º do art. 542, do Código de Processo Civil, determinou a retenção obrigatória dos recursos especiais interpostos em face de decisão interlocutória proferida em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução.

Entretanto, é preciso ter em mente que a interpretação da norma em questão não pode ocorrer como se ela fosse um fim em si mesma, ainda que sob o manto de uma maior celeridade e economia processual. Conforme ensina Rodolfo Camargo Mancuso: “em todo caso, a interpretação do dispositivo em causa não pode descurar dos princípios incidentes em matéria recursal, como o da garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) e mesmo o do duplo grau de jurisdição.”¹¹³

Isto porque existem situações que reclamam uma pronta manifestação jurisdicional, não sendo possível aguardar o desfecho da causa e a posterior reiteração do recurso especial retido, quando só então tem lugar o seu processamento.

¹¹³ Op. cit. p. 264.

Na verdade, o que deve prevalecer sobre o texto da lei é a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, que não se traduz apenas em um acesso formal aos órgãos judiciários, mas também em um acesso que possibilite a efetiva e tempestiva proteção contra lesão ou ameaça a direito¹¹⁴.

Neste contexto, ressalte-se que, conquanto o direito à prestação jurisdicional tempestiva viesse sendo entendido como uma consequência da garantia à inafastabilidade da jurisdição, a recente reforma levada a efeito pela EC n. ° 45/04 acrescentou ao art. 5º, da Constituição Federal o inciso LXXVIII, segundo o qual “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*”

A explicitação deste princípio por meio da alteração constitucional mencionada foi de extrema importância na medida em que afasta as dúvidas e as discussões infrutíferas sobre sua existência e aplicabilidade aos casos concretos.¹¹⁵

Neste contexto, cumpre destacar que o formalismo que antes poderia ser bem enquadrado em virtude do alto valor atrelado à segurança jurídica¹¹⁶, hoje não mais se coaduna com as novas exigências de tutela jurisdicional, ávidas por resultados jurídico-

¹¹⁴ Nesse sentido, vide: NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 100: “pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de conceder-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente”.

¹¹⁵ A este respeito, vide o seguinte comentário: “Ao que parece, a grande importância de o direito à tutela jurisdicional tempestiva ser caracterizada como direito fundamental reside na possibilidade de sua aplicação imediata.” SPALDING, Alessandra Mendes. Direito à Tutela Jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC m. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

¹¹⁶ Para Luiz Guilherme Marinoni a idéia de limitar os poderes do juiz teve uma intenção legítima, vez que o Judiciário possuía relações com o antigo regime. Ressalta que o “art. 1142 do Código de Napoleão reflete bem a desconfiança em relação aos juízes do *Ancien Regime* – que já era provocada pela venalidade e hereditariedade dos cargos públicos – e a consequente necessidade de mantê-los sem poder de *imperium*, para que não pudessem voltar a fazer o que lhes era permitido antes da Revolução, colocando em perigo o novo poder instalado”. Op. cit., p. 40.

substanciais, que dêem “na medida do possível, a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que se tem direito de conseguir”.¹¹⁷

O acesso à justiça, que se confunde com a aspiração de efetividade da prestação jurisdicional, deve ser “encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos”.¹¹⁸

Sobre este particular, Cândido Rangel Dinamarco, expoente do movimento instrumentalista, propõe uma “desmistificação das regras do processo e de suas formas e a correspondente otimização do sistema, para a busca da alcandorada efetividade do processo”, afrontando os dogmas remanescentes da ciência processual clássica, destituída de qualquer endereçamento teleológico, com a “prudência de não expor os litigantes a inseguranças”.¹¹⁹

Em face da atual tendência de superoposição da efetividade da prestação jurisdicional em detrimento no formalismo excessivo, o Superior Tribunal de Justiça tem interpretado o art. 542, §3º do CPC de forma flexibilizada, outorgando devolução imediata ao recurso especial sempre que a providência jurisdicional seja de caráter urgente, podendo a retenção do recurso especial causar danos irreparáveis ou difícil reparação, além de acarretar situações de injustiça patente ou até mesmo correndo o risco de esvaziar o conteúdo do especial, a ponto de torná-lo incabível.

Para Henrique Fagundes,¹²⁰ todos os casos de afastamento da retenção contêm uma hipótese de dano ao recorrente manejador do especial, dano esse irreparável ou de difícil reparação.

¹¹⁷ TUCCI, José Roberto Cruz. *O processo de execução. Estudos em homenagem ao professor Alcides Mendonça Lima*. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 261.

¹¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 12.

¹²⁰ FAGUNDES, Henrique. O recurso extraordinário e o recurso especial dirigidos à reforma de decisão interlocutória. In *Revista de Direito Renovar* n.º 18. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 566.

Flávio Luiz Yarshell, por sua vez, reconhecendo que o processamento imediato do recurso especial dirigido à interlocutória, além fundamentar-se na urgência, também pode ser justificado com base na possível perda do interesse recursal, afirma:

“Em primeiro lugar, parece relevante distinguir – ao menos em alguns aspectos – as situações de dano irreparável”, de um lado, e de “falta de interesse recursal”, de outro. A primeira dessas situações, sem dúvida, conduz à segunda: sempre que da decisão recorrida (pela concessão ou denegação de certa providência) puder decorrer um dano de impossível reparação, não haverá interesse recursal, se o recurso ficar retido.

Contudo, nem toda hipótese de falta de interesse recursal – pela retenção do recurso e pela postergação de seu julgamento – estará necessariamente ligada a um dano irreparável. Por exemplo, no caso de indeferimento de determinado meio de prova, na hipótese de decisão acerca de competência, em outros casos de *error in procedendo* de que se possa cogitar, o provimento do recurso acarretará a anulação dos atos processuais subseqüentes, na forma do art. 248 do CPC, consideradas as regras vigorantes em matéria de nulidades. O prejuízo, nesses casos, poderá ser expressivo pelas perdas dos atos processuais (invalidados), mas não necessariamente haverá o que se possa qualificar como “dano irreparável”. Portanto, a retenção do recurso – embora indesejável sob o ângulo de perda do tempo e dos meios empregados para a prática de atos invalidados – não acarretará necessariamente a perda do interesse. A decisão “final” está condicionada ao não provimento do recurso retido.

Mas isso não significa dizer que a retenção só possa ou deva ser afastada quando houver o risco de dano irreparável. Isso seria um erro porque o interesse recursal, como visto, contem o problema da irreparabilidade do dano, mas nele não se esgota. Para tomar os casos da medida liminar (em cautelar ou a título de antecipação), é perfeitamente possível imaginar que sua concessão não cause dano irreparável, no entanto, a retenção do recurso será incompatível com o interesse recursal pela singela circunstância de que quando os recursos extraordinário/ especial forem julgados não mais haverá sentido em saber se foi correta, ou não, a concessão da liminar¹²¹”.

À luz da distinção feita, entendemos que a afirmação de que as hipóteses de afastamento da retenção resumem-se àquelas onde haja urgência na solução da questão incidente seria mais exata, por abranger um maior número de situações. Não importa se a

¹²¹ YARSHELL, Flavio Luiz. Op. cit, p. 167-168. No mesmo sentido, Rodolfo Camargo Mancuso, fazendo referência à obra de José Rogério Cruz e Tucci, transcreve trecho de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da MC 1769/RJ, no qual se afirma que “a 3ª Turma deste Tribunal tem admitido não se aplicar a norma que determina permaneça retido o especial, pois implicaria esvaziar-se tal recurso, correspondendo a fazê-lo incabível, o que não é possível, uma vez que previsto constitucionalmente” in MANCUSO, Rodolfo Camargo. Op.cit. p. 266.

retenção irá ocasionar dano (irreparável ou de difícil reparação) ou se irá esvaziar o interesse recursal, subtraindo a utilidade do provimento. A excepcionalidade do art. 542, §3º deve ser analisada em face de necessidade de pronta manifestação jurisdicional.

Sem pretender exaurir todas as situações de urgência jurisdicional que reclamam o processamento imediato do recurso, analisaremos algumas delas.

A mais comum diz respeito às liminares em geral, especificamente as de antecipação de tutela do mérito e as do processo cautelar. Para Humberto Theodoro Junior¹²² a excepcionalidade da norma inserta no art. 542, §3º do CPC é justificada pelo fato das medidas antecipatórias e acautelatórias repercutirem diretamente sobre a situação jurídica da parte, participando muito mais da natureza do processo de execução do que do processo de conhecimento. Sobre o tema, confira-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - RETENÇÃO NA ORIGEM - ART. 542, §3º DO CPC - MEDIDA CAUTELAR PARA O STJ - LIMINAR CONCEDIDA - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - NECESSIDADE DE PROCESSAMENTO DO ESPECIAL - PRECEDENTES DO STJ.

I - A norma que elenca as hipóteses em que o recurso especial deve ficar retido na origem comporta exceções. A decisão que defere ou indefere a tutela antecipada provém de cognição sumária, eis que lastreada em juízo de probabilidade. Logo, nos casos em que o recurso especial desafia decisão interlocutória concessiva de tutela antecipada, é razoável determinar-se o seu imediato processamento, sob pena de se tornar inócua a apreciação da questão pelo STJ.

II - Presentes os pressupostos autorizadores da concessão da Medida Cautelar, defere-se a liminar para determinar o imediato processamento do recurso especial, na origem, retido (grifos acrescidos)¹²³”.

Outra situação de imediato processamento ocorre quando recurso especial é interposto contra decisão que julga exceção de impedimento, incompetência ou suspeição,

¹²² THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. cit, p. 5.

¹²³ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Terceira Turma. MC 2411/RJ. Relator: Waldemar Zveiter. Data do julgamento: 04.05.01. DJ de 12.06.00.

pois seu eventual provimento pode conduzir à nulidade dos atos praticados. Neste particular, cumpre citar outro acórdão proveniente do E. Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL RETIDO.

Injustificável que a decisão, quanto ao juízo competente, seja protraída para após o julgamento final da causa, perante as instâncias ordinárias. Hipótese em que o especial deve ser desde logo processado, pena de enorme prejuízo para as partes. Nega-se, entretanto, o pleito de que seja sustada a execução do decidido nas instâncias ordinárias, medida excepcionalíssima que não se justifica no caso, ausente demonstração suficiente do *periculum in mora*¹²⁴”.

Situação análoga também é verificada quando a decisão impugnada por recurso especial trate de matérias tais como o chamamento ao processo, a denunciação da lide, oposição e a produção de provas. Cândido Rangel Dinamarco bem justifica a excepcionalidade da norma nesta circunstância:

“Quando indeferida nas instâncias ordinárias uma oposição, denunciação da lide, chamamento ao processo, etc., o longuíssimo tempo de espera pela do recurso especial ou extraordinário que houver sido interposto determinará fatalmente o prosseguimento do processo prolação de sentença sem o terceiro na relação processual – sendo inviável e até mesmo inconveniente, na maioria dos casos, a anulação de tudo quanto houver sido feito, para a inclusão opoente, do litisdenuciado, do chamado etc. Mesmo os tribunais locais costumam dar por prejudicado o recurso interposto nessa matéria, quando o ingresso do terceiro já tiver o efeito de ocasionar toda essa perda de atividades desenvolvidas. Situação análoga tem-se também quando uma prova é deferida, recursos são interpostos e o julgamento final dessa matéria tarda muito a chegar – a prova já estará produzida e, se for ilícita, impertinente ou invasiva da intimidade ou segredo, o mal já estará consumado. Também nessas situações, os tribunais de superposição deverão estar abertos ao exame de urgências, dispondo-se a ditar medidas extraordinárias capazes de debelar riscos extraordinários¹²⁵”.

O Superior Tribunal também já se pronunciou a respeito, como se pode observar em decisão da lavra do Ministro Ari Pargendler:

“ (...) o indeferimento do litisconsórcio, bem assim o da denunciação da lide não são as únicas hipóteses em que a reforma do julgado acarreta a anulação do processo. O reconhecimento da competência do juízo quando se trata de incompetência absoluta, é exemplo mais forte, e nem assim a lei excepcionou.

Já quanto à denunciação da lide, salvo melhor juízo, há que distinguir. Se o Tribunal a quo defere a denunciação da lide, o recurso especial daí decorrente fica sobrestado, porque, na origem, a decisão atacada tem a natureza de uma interlocutória simples. Se, ao revés, o Tribunal a quo indefere a denunciação

¹²⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma. MC 2624/RJ. Relator: Eduardo Ribeiro. Data do julgamento: 27.04.00. DJ de 28.08.00.

¹²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit, p. 142-143.

da lide, o recurso especial deve ser desde logo processado, porque em tal hipótese essa decisão se assimila àquela em que o juiz indefere a petição inicial e tranca a ação, tendo a natureza de uma interlocutória mista¹²⁶”.

Por fim, destaca-se a hipótese do recurso especial tratar de matéria relativa a suspensão do processo, nos casos em que o pedido é deferido pelo Juízo de Primeiro Grau e indeferido pelo Tribunal. Nesta hipótese, a retenção do recurso especial eventualmente interposto em face da decisão que indeferir a retenção, irá retirar a utilidade do recurso.

Todas as hipóteses especificadas denotam que o afastamento da retenção do recurso especial retido depende da demonstração, pelo recorrente, da necessidade de urgência em sua apreciação, seja pelo risco de ocorrência de dano grave ou de difícil reparação, seja pela possibilidade de perda do interesse recursal, seja pela negativa de acesso à prestação jurisdicional.

De toda sorte, o certo é que a ocorrência destas hipóteses de afastamento do recurso especial retido devem ser cabalmente demonstradas pelo recorrente, a fim de que o recurso possa ser imediatamente remetido à apreciação do Superior Tribunal de Justiça (já que o destrancamento não pode ser determinado *ex officio*). Por tal motivo e, em face da ausência de previsão legal, é de suma importância a definição acerca de qual o meio procedimental adequado para a realização deste requerimento, conforme será abordado no capítulo seguinte.

¹²⁶ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Terceira Turma. AG 268475/SP. Data da decisão: 22.10.99. DJ de 03.11.99.

4. MEIOS DE IMPUGNAÇÃO À RETENÇÃO DO RECURSO ESPECIAL

Conforme mencionado, a retenção do recurso especial pode ser afastada em face de duas situações distintas: quando houver urgência da tutela jurisdicional (embora a retenção seja legal), ou ainda, quando a corte de origem determinar a retenção em contrariedade ao disposto no art. 542, §3º do CPC (retenção indevida).

A retenção será ilegal quando houver recusa em se processar o recurso especial que deveria ter o processamento normal, seja porque a natureza da causa não é de processo de conhecimento, embargos à execução ou cautelar, ou porque a decisão impugnada não resolveu questão incidente.

Doutrina e jurisprudência, em um ou outro caso, ainda não possuem entendimento uníssono quanto ao meio adequado para afastar a retenção do recurso especial em face das situações enumeradas. Cogita-se do agravo de instrumento, do mandado de segurança, da medida cautelar, da reclamação e, até mesmo, da simples petição.

A ausência de uniformidade, especialmente jurisprudencial, sobre a forma mais adequada e impugnação à retenção do recurso especial dirigido contra decisões interlocutórias nas hipóteses previstas no art. 542, § 3º do CPC é bem sintetizado por Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, a saber:

“Na 4ª Turma já se decidiu que o meio adequado é a ação cautelar e não o recurso de agravo de instrumento. Entretanto, na mesma Turma, já se decidiu que o meio adequado é o recurso de agravo de instrumento [...]. Na 3ª Turma, por sua vez, já se decidiu que meio adequado é o recurso de agravo de instrumento. Na 2ª Seção, decidiu-se que, além da ação cautelar e do recurso de agravo de instrumento, pode-se requerer a apreciação imediata por simples petição.”¹²⁷

E conclui:

¹²⁷ Op.cit. p. 375.

“O que causa perplexidade aos operadores de direito não é a divergência jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, mas, sim, a existência de pronunciamentos que, a despeito do dissídio, declaram que o único meio é a ação cautelar ou o agravo de instrumento. Nesses casos é que emerge a importância do princípio da instrumentalidade do processo segundo o qual este nada mais é do que um instrumento voltado para a realização do direito material, de forma a minimizar a rigidez de posicionamentos oriundos da aludida Corte¹²⁸”.

Ainda especificamente sobre o tema em discussão, cumpre citar o ensinamento de Cassio Scarpinella Bueno:

“Se os meios ou os mecanismos de resguardo de uma afirmação de direito prejudicada com a aplicação da nova lei, hoje, estão pouco claros, é necessário, que se ‘tolere’ a ausência da formalidade em si (ação cautelar, mero requerimento de subida imediata do recurso, agravo de instrumento, antecipação de tutela?), dando maior ênfase ao conteúdo dos requerimentos dos jurisdicionados. Afinal, se o recurso ficar retido poderão restar inarredavelmente prejudicados não só a questão, mas, também, em algumas situações, o processo como um todo, esvaziada que estará sua utilidade quando do proferimento da ‘decisão final’. Só nestas condições é que ‘eficácia e instrumentalidade do processo’ não vão se tornar expressões despidas de significado ou um lugar comum qualquer no vocabulário jurídico nacional¹²⁹”.

A fim de buscar a solução mais adequada compatível com a necessidade de uniformização dos procedimentos processuais, nos itens seguintes será traçado um panorama geral sobre as diversas formas de destrancamento do recurso especial retido apontadas pela doutrina e pela jurisprudência.

4.1 AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ART. 544 DO CPC

Para José Rogério Cruz e Tucci¹³⁰, o meio adequado para destrancar o recurso especial retido é o agravo de instrumento previsto no art. 544 do CPC, pois a negativa de seguimento do recurso especial equivale à sua inadmissão. Nesse sentido, vale transcrever decisão da lavra do Ministro César Asfor Rocha, no julgamento da MC 2454:

“Pontifica o artigo 544 do Código de Processo Civil que “não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

¹²⁸ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Op cit, p. 469-469.

¹²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit, p. 112.

¹³⁰ TUCCCI, Rogério Cruz e. Recurso especial indevidamente retido. *Revista Jurídica*: São Paulo, 04.00, p. 9.

Destarte, não admitido o recurso especial, cabe agravo de instrumento para o STJ. Esse é que é o recurso que confere ao STJ, por intermédio do Relator ou da Turma, em havendo agravo, a apreciação do acerto ou não do decisório da Presidência do Tribunal de origem.

Os que sustentam o não cabimento do agravo argumentam que “retenção” e “não admissão” são coisas diversas, sendo que o recurso retido pode posteriormente vir a ser admitido.

Entendo, data venia, que a distinção é especiosa, pois que na prática o resultado que elas produzem é o mesmo, qual seja, o não seguimento imediato do recurso especial.

Assim, tenho como cabível em tese o agravo de instrumento para esta corte contra a decisão que determina a retenção do especial, a ser interposto no Tribunal de origem. Se correta for a retenção, o agravo, ao chegar a nesta Corte, será improvido, e o recurso especial continuará retido. Caso contrário, será provido apenas para liberar o processamento do especial para que seja examinada, pela Presidência do Tribunal local, a sua admissibilidade, ou não. Em sendo admitido, o recurso especial subirá.

(...)

Com efeito, é razoável estar compreendida na expressão “não admitido”, que inicia a redação do art. 544, a ensejar o agravo de instrumento, também a idéia de retenção, prevista inovadoramente no § 3º do art. 542¹³¹.”.

Preliminarmente, deve-se distinguir recurso especial retido e recurso especial inadmitido. O primeiro pode vir a ser admitido num outro momento e, uma vez admitido, subirá para o Superior Tribunal de Justiça, independentemente de qualquer condição. Já o segundo, apenas subirá para o para o STJ se a parte interpuser agravo de instrumento do art. 544 do CPC contra a decisão que não admitiu o recurso especial, e se tal agravo for provido.

Vale lembrar que o agravo de instrumento do art. 544 do CPC pressupõe que o recurso especial tenha sua admissibilidade apreciada, embora negada, e no caso do recurso especial retido, o juízo de admissibilidade nem sequer terá chegado a ocorrer, já que foi postergado para o momento da reiteração.

Inexistindo decisão da presidência ou vice-presidência do tribunal de segunda instância, consubstanciada no juízo negativo de admissibilidade do recurso, inconcebível o

¹³¹ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Quarta turma. MC 2454/RJ. Relator: César Asfor Rocha. Data do julgamento: 29.02.00. DJ de 13.03.00. Adotando tal posicionamento vide: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. AgRg no Ag 611041/RJ. Relator: Ministro João Otávio Noronha. Data do julgamento: 07.02.06. DJ de 20.03.06.

agravo de instrumento de que trata o art. 544 do CPC. A propósito, confira-se decisão da lavra da Ministra Eliana Calmon:

“O agravo de instrumento cujo exame é da competência desta Corte é o previsto no art. 544 do CPC, interposto de decisão do Tribunal a quo que inadmitte recurso especial.

Verifico que, pela decisão agravada, o Tribunal a quo não exerceu o juízo de admissibilidade do recurso especial, determinando apenas o sobrestamento até decisão final.

Entendo que o pleito implica em desvirtuamento do recurso previsto o art. 544 do CPC, encontrando tal entendimento respaldo na jurisprudência desta Corte¹³²”.

Sob outra perspectiva, afirma Humberto Theodoro Júnior:

“Penso que, sem ter o juízo de origem incorrido em *error iudicando* ou *in procedendo*, não há como impugnar sua decisão por meio de agravo. Para que a impugnação fosse manejada com adequação, necessário seria imputar-se ao Presidente do Tribunal de origem uma decisão contra a lei, mas o que na espécie se questiona não é uma ofensa à norma legal. É o afastamento do preceito da lei que se procura alcançar, por razões institucionais que o tornam inadequado ao desempenho da função constitucionalmente atribuída ao processo. Como ao autor da decisão não se confere esse tipo de exame, não se pode pretender reformá-la por via de recurso¹³³”.

Para corroborar a impossibilidade de utilização do agravo de instrumento como meio adequado para destrancar o recurso especial retido, impende assinalar que o mesmo nem sempre é sobrestado na origem por força de ato decisório formal do Presidente do tribunal, mas por força de ato praticado pelo serventuário¹³⁴. E contra ato administrativo não cabe recurso.

Combinando-se os princípios da taxatividade e da singularidade, conclui-se que para cada decisão judicial há um recurso próprio. Não pode a parte criar recursos, nem fazer uso de recurso inadequado para impugnar a decisão com a qual está inconformada. O Código

¹³² **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Terceira Turma. AG 368.424. Data da decisão: 02.04.01. DJ de 09.05.01.

¹³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit, p. 9.

¹³⁴ Idem, p. 12. No mesmo sentido: RIBEIRO, Eriko José Domingues da Silva. O recurso especial retido e a decisão sobre tutela antecipada: breves considerações sobre o art. 542, § 3º do CPC. *Revista Jurídica*, 05.00, p. 20.

de Processo Civil prescreve que o agravo de instrumento é cabível contra decisão de não conhecimento do recurso especial e contra as decisões interlocutórias proferidas por juízes federais nas causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País. Fora dessas duas hipóteses, não há que se falar em agravo de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça, sob pena de alargar-se a competência recursal desta Corte, que está taxativamente estabelecida no CPC.¹³⁵

4.2 MANDADO DE SEGURANÇA

Outra solução jurídica apresentada por parte da doutrina para proceder ao destrancamento do recurso especial é o mandado de segurança, que deve ser utilizado para proteger direito líquido e certo, não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data* sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém vier a sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade.

A utilização do mandado de segurança para afastar a retenção do recurso especial esbarra em óbice intransponível. É que o Superior Tribunal de Justiça não tem competência para julgar tal ação quando dirigida contra ato de magistrado de tribunal local¹³⁶. Aliás, sobre o tema foi editado o enunciado nº 41 as Súmula do STJ: “O Superior Tribunal de Justiça não

¹³⁵ Em sentido Contrário, entendendo que quando se tratar de retenção ilegal do recurso especial, o meio adequado para destrancar o recurso especial é o agravo de instrumento do art. 544 do CPC, tendo em vista que a retenção do recurso especial que, de acordo com a lei, deveria ter processamento normal, equivale à sua inadmissão, pelo menos temporariamente: THEODORO JÚNIOR. Op. cit, p. 6

¹³⁶ Art. 105, I da CF: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

Processar e julgar, originariamente:

(...)

b) os mandados de segurança e habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;”

tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos”.

Diante da incompetência do Superior Tribunal de Justiça para julgar mandado de segurança contra ato de autoridade que determinou a retenção do recurso especial, nos termos do art. 542, § 3º do CPC, Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa¹³⁷ pondera que o mandado de segurança, desde que impetrado na corte de origem, pode ser utilizado para destrancar o recurso especial retido. E acrescenta que o mandado de segurança deverá ser preventivo, pois a parte tem conhecimento dos casos que ensejam a retenção do recurso especial.

Zaiden Geraige Neto, por sua vez, assinala:

“(...) a utilização deste remédio constitucional para o fim abordado não será possível, já que encontra óbice na própria definição moderna do chamado direito líquido e certo. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo, de forma reiterada, que: “Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. E para ser amparável por mandado de segurança, o direito invocado há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante” (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 1968/RJ (92/0019626-8). DJ 15.03.1999, 6ª Turma do STJ, Ministro Anselmo Santiago). Dessa forma, a análise da existência do direito líquido e certo não pode ser fruto da construção interpretativa, abrindo-se elastério para aplicá-lo conforme o caso discutido. E, no caso do § 3º do artigo 542 do Código de Processo Civil, haverá situações em que a retenção do recurso em nada prejudicará a parte, deixando de lesar, eventual direito que entendesse ter. Esta é a razão, portanto da inadequação do *writ* ao caso abordado¹³⁸”.

Para Nelson Hanada “não há como sustentar existência de direito líquido e certo contra texto expresso de lei (§ 3º, do art. 542, do Código de Processo Civil), não inconstitucional, que prevê expressamente a retenção dos recursos extraordinário e especial contra decisões interlocutórias¹³⁹”.

¹³⁷ COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro. Recurso especial e extraordinário retidos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, janeiro a junho/00, p. 169.

¹³⁸ GERAIGE NETO, Zaiden. Op. cit, p. 700-701.

¹³⁹ HANADA, Nelson. Recursos extraordinário e especial retidos - medida cautelar, agravo de instrumento, mandado de segurança. *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1ª quinzena de setembro de 2000, p. 365.

Cumprido, no entanto, ressaltar que embora a norma inserida no art. 542, §3º do CPC estabeleça a retenção do recurso especial contra interlocutória, a questão deve ser examinada sob outra perspectiva. Isso porque o não processamento imediato do REsp, nos casos de urgência da tutela, implica negativa de prestação jurisdicional adequada e tempestiva, violando direito líquido e certo do recorrente, garantido constitucionalmente.

Daí dizer-se que o mandado de segurança, impetrado no tribunal de segunda instância, pode ser utilizado como meio hábil para obter o processamento ao recurso especial retido. Tal como veremos adiante, não existe recurso próprio com essa finalidade, o que corrobora ainda mais a exatidão do entendimento.

Por outro lado, nos casos de retenção indevida do recurso especial, não é cabível a impetração de mandado de segurança no tribunal de origem, pois o ordenamento jurídico contempla remédio específico próprio (reclamação), que será estudado no tópico seguinte. E, existindo via processual específica, é inadmissível mandado de segurança, consoante o disposto no art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533/51¹⁴⁰ e no enunciado nº 267 da Súmula do STF¹⁴¹

4.3 RECLAMAÇÃO

Sob o aspecto procedimental, a competência para sobrestar o recurso especial retido na origem é do presidente do tribunal de segunda instância ou do vice-presidente. Por

¹⁴⁰ Art. 5º- Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

(...)

II- de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção

¹⁴¹ "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção".

este motivo, não há que se falar em competência do STJ a ser preservada através da reclamação (art. 105, inciso I, alínea “f”, da CF¹⁴²).

Como bem assinala José Rogério Cruz e Tucci¹⁴³, não se está diante de nenhuma das duas hipóteses fixadas no art. 187 do Regimento Interno do STJ¹⁴⁴, que viabilizam a reclamação. A propósito, vale conferir o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL - RECLAMAÇÃO - RECURSO ESPECIAL RETIDO - ART. 542, §3º DO CPC - INTELIGÊNCIA - SOBRESTAMENTO NA ORIGEM - COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA - IMPROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.

I - Refoge à competência desta instância excepcional o sobrestamento do recurso especial, quando verificadas as hipóteses previstas no parágrafo terceiro do art. 542 do CPC. Compete ao Presidente do Tribunal de Segunda Instância, ao averiguar as condições previstas no mencionado dispositivo, reter, na origem, o recurso especial até o processamento do apelo raro interposto contra a decisão final da causa.

II - Reclamação não conhecida”¹⁴⁵.

Humberto Theodoro Júnior vai mais além:

“A reclamação somente seria cabível se, interposto agravo contra ato de retenção operado na instância local, o Presidente do Tribunal *a quo* não admitisse sua subida ao Superior Tribunal de Justiça. É que, aí sim, teria configurado uma invasão de competência, porque a decisão sobre o cabimento ou não do agravo contra o decisório que determina a retenção do especial é do Superior Tribunal de Justiça, não cabendo ao Tribunal de origem obstá-lo. Daí a acolhida da reclamação para liberar o agravo interposto e determinar sua subida ao STJ”¹⁴⁶.

Referida orientação encontra apoio em acórdão da lavra do Ministro César Asfor

Rocha, no julgamento da RCL 658/RJ:

¹⁴² “Art. 105- Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I- processar e julgar, originariamente:

(...)

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia das autoridades de suas decisões;”

¹⁴³ TUCCI, Rogério Cruz e. Op. cit, p. 7.

¹⁴⁴ “Art. 187- Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

Parágrafo único. A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal e instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível”.

¹⁴⁵ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. 2ª Turma. RCL 674/MG. Relator: Waldemar Zveiter. Data do julgamento: 22.03.01. DJ de 22.06.01.

¹⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit, p. 8.

“PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. RECURSO ESPECIAL RETIDO PELA CORTE DE ORIGEM NOS TERMOS DO §3º DO ARTIGO 542 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, INTRODUZIDO PELA LEI N. 9.756, DE 17.12.98. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO STJ.

A competência para decidir agravo de instrumento contra decisório que determina o sobrestamento de recurso especial é do Superior Tribunal de Justiça, não cabendo ao Tribunal de origem obstá-lo. Se o agravo é ou não cabível, vale dizer, se o sobrestamento na origem equivale ou não à inadmissibilidade do especial para fins do artigo 544 do Código de Processo Civil, é questão a ser solucionada no exame do agravo de instrumento a ser procedido pelo Superior Tribunal de Justiça. Reclamação procedente, liberando-se o agravo de instrumento interposto contra a decisão que determinou a retenção do recurso especial da reclamante”¹⁴⁷.

No entanto, o posicionamento não é pacífico, sendo que, conforme a decisão transcrita acima, o próprio STJ apresenta entendimento segundo o qual a decisão do presidente do tribunal de segunda instância que determina o sobrestamento do recurso especial na origem, nos exatos termos do art. 542, § 3º, do CPC não deve, entretanto, se entendida como causadora de usurpação de competência. Se importar em dano para o recorrente, deverá ser revista, e não anulada por vício de incompetência.

Entretanto, nos casos de retenção indevida ou ilegal do recurso especial, sendo a reclamação o instrumento processual apto para preservar a competência do Superior Tribunal de Justiça (o art. 105, inciso I, alínea “f” da CF), não restam dúvidas quanto à possibilidade de sua utilização para obter seu processamento. Isso porque o tribunal *a quo* apenas é competente para determinar a retenção nas hipóteses enumeradas no art. 542, §3º do CPC, de modo que, não estando o recurso especial enquadrado nestas hipóteses, a competência para obstar seu cabimento é exclusivamente do STJ.

Segundo Flávio Luiz Yarshell¹⁴⁸ a retenção determinada em contrariedade à lei não pode e não deve ficar sujeita ao exclusivo julgamento do tribunal *a quo*. É preciso buscar um canal para que a questão seja apreciada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pois a

¹⁴⁷ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Segunda Seção. RCL 1236/RS. Relator: César Asfor Rocha. Data do julgamento: 18.10.2004. DJ de 17.12.04.

¹⁴⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. Op. cit, p. 163.

retenção indevida do recurso especial, viola, ainda que indiretamente, uma competência que é privativa do STJ. Este tribunal, ao afastar a retenção, determinará ao juízo de origem que processe o recurso especial, admitindo-o ou não, conforme prerrogativa que, aí sim, lhe cabe. Aliás, tal hipótese é tradicional em nosso direito, consoante o disposto no art. 161, inciso III do RISTF¹⁴⁹

4.4 PETIÇÃO

Da decisão que determina o sobrestamento do recurso especial na origem, tem-se admitido que o recorrente manifeste sua pretensão de imediato processamento por simples petição. Nesse sentido, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. RETENÇÃO. PEDIDO PARA PROCESSAMENTO. INCIDENTE DE FALSIDADE.

1. A recorrente que pede fique retido o seu apelo especial pode depois pleitear imediato processamento, independentemente de maior formalidade, perante a própria Presidência do Tribunal de origem, ou por petição dirigida ao STJ.

2. A decisão que indeferiu o requerimento de incidente de falsidade, porque a matéria poderia ser objeto de prova no processo de conhecimento, tem natureza interlocutória e dela cabe agravo de instrumento.

Recurso conhecido e provido”¹⁵⁰.

Também quanto à possibilidade do afastamento da retenção ilegal do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou seu entendimento no sentido de que pode ser requerida mediante simples petição:

“Embargos declaratórios.

Rejeitam-se, uma vez que pretende simplesmente reformar a decisão que, aliás, se apresenta correta.

Recurso especial. Retenção.

¹⁴⁹ Art. 161- Julgando procedente a reclamação, o Plenário poderá:

(...)

cassar decisão exorbitante de seu julgado, ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição”.

¹⁵⁰ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Quarta Turma. REsp 264193/RJ. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Data do julgamento: 26.09.00. DJ de 27.11.00.

Entendimento da Segunda Seção no sentido de que se pode obter o processamento do especial, indevidamente retido, mediante simples petição. Hipótese em que a retenção não se justificava, pois se trata de execução.

Embargos rejeitados, determinando-se, entretanto, o processamento do recurso¹⁵¹”

Na verdade, a petição não deve ser admitida como meio hábil para destrancar o recurso especial retido. Isso porque a Carta Magna enumera, de forma exaustiva, a competência do Superior Tribunal de Justiça, quer para julgamento de causas originárias ou derivadas. E a competência do STJ para julgamento de simples petição não foi prevista pelo referido diploma. Trata-se de orientação conforme a Carta Magna e o princípio da tipicidade de competências¹⁵².

Acrescente-se que a petição é um meio excessivamente informal, devendo sua utilização, quando destinada a provocar a manifestação do órgão julgador sobre alguma matéria, ser restrita às hipóteses em que o ordenamento jurídico faculta a retratação. Fora essas hipóteses, a petição só pode utilizada para noticiar fatos.

Para obter o processamento do recurso especial retido seria necessário, no mínimo, uma previsão legal. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, recebeu a reclamação, ajuizada para processar o REsp retido, como petição, e no mérito determinou o afastamento da retenção:

“RECLAMAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL DETERMINADO PELO DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL A QUO. CONHECIMENTO COMO SIMPLES PETIÇÃO. PLEITO DEFERIDO PARA DETERMINAR-SE A DESRETENÇÃO DO RESP.

- Segundo entendimento manifestado pela Eg. Segunda Seção, a desretenção do recurso especial pode ser pleiteada a este Tribunal através de simples petição.

- Tratando-se de hipótese em que demonstrada a necessidade de pronta entrega da prestação jurisdicional, cabível o destrancamento do REsp, devendo o Sr. Desembargador Presidente do Tribunal a quo proceder desde logo ao exame de admissibilidade.

¹⁵¹ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Segunda Seção. EDRCLA 687/SP. Relator: Eduardo Ribeiro. Data do Julgamento: 28.06.00. DJ de 14.08.00.

¹⁵² CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, v. 6, p. 3119. Em sentido semelhante: SOUZA, Bernardo Pimentel. Op. cit, p. 295-296.

Reclamação conhecida como petição e deferida”¹⁵³.

4.5 PROCESSAMENTO *EX OFFICIO*

Em atenção ao princípio dispositivo, a parte deve demonstrar a necessidade da apreciação imediata do recurso especial retido, sendo defeso ao presidente ou vice presidente do tribunal *a quo* afastar a retenção *ex officio*¹⁵⁴.

De outra parte, Eriko José Domingues da Silva Ribeiro¹⁵⁵ sustenta que não existe óbice ao processamento *ex officio* pelo presidente ou vice presidente do tribunal de origem, até mesmo porque a decisão do tribunal *a quo* não obriga o Superior Tribunal de Justiça a obedecê-la em caso de subida imediata do recurso.

No entanto, é preciso considerar que, ao ser interposto o REsp retido, o tribunal *a quo* limita-se a determinar a sua retenção, não emitindo nenhum juízo sobre a urgência da questão interlocutória.

Entendimento diverso conduziria o tribunal de origem a antecipar o juízo de admissibilidade para examinar cada caso e decidir sobre a inaplicabilidade da norma inserta no art. 542, §3º do CPC, o que contraria os princípios da economia e celeridade.

4.6 MEDIDA CAUTELAR

¹⁵³ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Segunda Seção. RCL 727/SP. Relator: Waldemar Zveiter. Data do julgamento: 10.05.00. DJ de 11.06.01.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. O interesse em recorrer nos recursos extraordinário e especial retidos instituídos pela Lei 9.756/98. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação à decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 467.

¹⁵⁵ RIBEIRO, Eriko José Domingues da Silva. Op. cit, p. 19.

Embora ainda não haja entendimento jurisprudencial e doutrinário pacificados, tem-se que a medida cautelar se afigura como o meio mais adequado para obter o processamento do recurso especial retido, se presentes o risco de ineficácia do provimento (*periculum in mora*) e a plausibilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*). Tais pressupostos determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, objetivando garantir a produção de efeitos concretos da decisão jurisdicional principal. Sobre o tema leciona Humberto Theodoro Júnior:

“Sempre que a medida emergencial a ser adotada pelo Tribunal *ad quem*, durante a tramitação de qualquer recurso, tiver como meta a eliminação de situação de perigo que não comporte aguardar o desate normal do feito, pela demora natural do procedimento, o caso será de medida cautelar, exercitável dentro do amplo “poder geral de cautela”, que a lei confere tanto aos juízes singulares como aos tribunais (CPC, arts. 798 e 800, parágrafo único)¹⁵⁶”.

Para corroborar seu entendimento, o autor acrescenta que a utilização da medida cautelar em tais hipóteses deriva da ausência de previsão legal acerca do remédio impugnativo próprio. E conclui: “a sujeição do regime das medidas cautelares atípicas é muito mais lógica e natural que a do recurso atípico, figura até mesmo incompatível com os princípios informativos do sistema recursal¹⁵⁷”.

Sobre a impossibilidade de utilização da medida cautelar para impugnar a decisão que determina a retenção, vale trazer o entendimento do Ministro César Asfor Rocha, no julgamento da MC 2.454/ RJ que, ressalte-se não reflete a orientação do STJ, já que não há, naquela Corte, uniformidade sobre o assunto:

“(…) não é pela via da ação cautelar que se poderá abrir ao recorrente a possibilidade de que esta Corte determine o regular processamento do seu recurso especial.

É que se estaria, em sede de ação cautelar, examinando a fundo e decidindo acerca da legalidade da decisão da presidência do tribunal de origem.

Com efeito, saber da excepcionalidade do caso concreto para subtrai-lo da aplicação do disposto no § 3º do art. 542, CPC, é decidir se a retenção do tribunal de origem

¹⁵⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. cit, p. 11.

¹⁵⁷ Idem, p. 12.

está ou não de acordo com o referido dispositivo legal e, no caso negativo, ordenar de forma contrária, isto é, que o especial tenha prosseguimento.

E o ordenamento jurídico não agasalha a reforma de decisões judiciais pela via cautelar”.

A via própria para impugnação das decisões judiciais é o recurso”¹⁵⁸.

O trecho da decisão citada deixa clara a existência de divergência sobre o tema, já que foi considerada incabível a medida cautelar apesar de, na hipótese em exame, visar tão somente alterar a forma de processamento do recurso especial, e não a reforma da decisão que determinou o seu sobrestamento na origem.

Ademais, não se cogita de apreciar a legalidade da decisão, pois esta foi proferida nos termos do art. 542, § 3º, do CPC. O que se cogita é o afastamento da norma mencionada, por razões que a tornam inadequada ao desempenho da função constitucionalmente atribuída ao processo.

Conforme mencionado, não existe entendimento uníssono na jurisprudência quanto à finalidade da medida cautelar. As decisões do Superior Tribunal de Justiça revelam que a medida cautelar ora é concedida para determinar o processamento imediato do recurso especial na instância de origem¹⁵⁹, ora para determinar a subida do recurso especial sem a realização do juízo de admissibilidade na instância de origem¹⁶⁰. Segundo Carlos Alberto Carmona esta última posição parece ser a mais adequada:

“(...) o tribunal superior, ao conceder a liminar, estará examinando – como requisito do *fumus boni iuris* – a admissibilidade do recurso, além da plausibilidade de seu provimento; em outros termos, se o tribunal desde logo percebesse a inadmissibilidade do recurso, não poderia conceder a liminar pleiteada para superar o bloqueio estabelecido pelo §3º do art.

¹⁵⁸ **SUPERIOR TRIBUNL DE JUSTIÇA**. Quarta Turma. Relator: Cesar Asfor Rocha. Data da decisão: 29.02.00. DJ de 13.03.00.

¹⁵⁹ Nesse sentido, decidiu o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: autorizo processamento do recurso especial interposto, independentemente da “decisão final” referida no art. 542, §3º do CPC, sem prejuízo do exame de seus pressupostos para o qual é competente a corte de origem” (**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Quarta Turma. MC 1883/RS. Data da decisão: 16.08.99. DJ de 24.08.99).

¹⁶⁰ Esta foi a orientação adotada pelo Ministro José Delgado: “concedo a liminar para efeito suspensivo ao recurso especial interposto e, ao mesmo tempo, determinar a imediata subida do recurso especial retido no egrégio tribunal *a quo*” (**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Primeira Turma. MC 2070/SP. Data da decisão: 25.10.99. DJ de 11.11.99).

542 do Código de Processo Civil. Não faria sentido, portanto que o tribunal superior, depois de examinar – ainda que provisoriamente, sem sede cautelar – a admissibilidade dos recursos, determinasse que o presidente da corte local efetivasse o mesmo exame (também ele provisório)¹⁶¹”.

Ainda no que concerne à finalidade da medida cautelar, esta também pode ser ajuizada com o objetivo de atribuir efeito suspensivo a recurso especial, como exceção à norma do art. 542, § 2º do CPC, que prevê a atribuição de efeito devolutivo a recurso especial.

Dessa forma, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL RETIDO. LEI 9.756/98.EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE. CASOS EXCEPCIONAIS. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. SERASA. INSCRIÇÃO. INADEQUAÇÃO. DÍVIDA EM JUÍZO. PRECEDENTES DO TRIBUNAL. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Nos termos da jurisprudência desta Corte, é cabível o deferimento de liminar para obstar a inscrição do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito, pendendo de decisão judicial a definição do valor da dívida.

II - A celeridade e a economia nortearam a inserção, no ordenamento jurídico, do recurso especial retido (art. 542, § 3º, CPC, com a redação dada pela Lei 9.756/98), de modo a privilegiar a efetividade da prestação jurisdicional. Todavia, a excepcionalidade dos casos concretos deve ser apreciada por esta Corte, em sede de cautelar (art. 800, parágrafo único, CPC), dando temperamento à norma legal, quando se vislumbrar a possibilidade do dano de difícil ou incerta reparação, em obediência ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional¹⁶²”.

Flávio Luiz Yarshell¹⁶³ afirma que a medida cautelar não pode objetivar apenas a atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial retido. Isso porque a suspensividade é incompatível com o regime de retenção. A medida cautelar gera evidente constrição para a parte requerida, constrição essa que perdurará por período indefinido, até a decisão final da causa. Assim, a parte deve propor ação cautelar pleiteando não somente a providência de urgência corretiva ou preventiva da lesão, como também o seu imediato processamento¹⁶⁴.

¹⁶¹ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit, p. 49.

¹⁶² **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. 4ª Turma. AGRMC 1626/RS. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data do julgamento: 25.05.99. DJ de 28.06.99.

¹⁶³ YARSHELL, Flávio Luiz., Op. cit, p. 170.

¹⁶⁴ Nesse sentido, GRECO FILHO, Vicente. Op. cit, p. 606-607.

Cassio Scarpinella Bueno, por sua vez, ressalta que as providências corretivas ou preventivas da lesão devem ser tomadas apenas num segundo plano, como consequência do processamento imediato do recurso especial retido. E vai mais além:

“Nestas condições, trata-se de algo mais próximo à incidência do instituto da antecipação de tutela na fase recursal, como alhures, já acentuou o próprio Vicente Greco Filho e Athos Gusmão Carneiro do que, propriamente, exercício de tutela cautelar. O que se pretende é obter um *status* jurídico que a letra da lei nega; é colocar imediatamente em marcha um recurso cuja sina é ficar retido (e prejudicado, eventualmente) até o proferimento da “decisão final”: não suspender todo o processo (ou, especificamente, os efeitos da decisão recorrida) para que aquela irresignação tenha processamento imediato¹⁶⁵”.

A medida cautelar tem ainda a vantagem de não se sujeitar à preclusão (o agravo de instrumento teria que ser interposto no prazo de dez dias após a intimação da decisão de sobrestamento do recurso) ou de decadência (o mandado de segurança teria que ser impetrado no prazo de cento e vinte de dias da ciência do ato).

Por fim, a medida cautelar deve ser proposta junto ao Superior Tribunal de Justiça. Quem tem competência para o processo principal (*in casu*, o recurso especial) tem, necessariamente, competência para as medidas cautelares a ele inerentes. A tutela cautelar é acessória do processo principal (art. 796, CPC¹⁶⁶). O entendimento se coaduna perfeitamente com o parágrafo único do art. 800 do CPC: “Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”.

Humberto Theodoro Júnior ressalta que o cabimento do agravo de que trata o art. 544 do CPC não impede o uso, também, da medida cautelar junto ao Superior Tribunal de Justiça. E acrescenta que a medida cautelar também poderá ser proposta com a finalidade de dar imediato processamento do recurso especial, sem prejuízo das providências corretivas ou preventivas da lesão. Por fim, conclui:

¹⁶⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit, p. 124.

¹⁶⁶ “Art. 796- O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”.

“(…) se a parte deliberar fazer uso da medida cautelar, não terá necessidade de usar o agravo, pois seu conteúdo estaria totalmente compreendido pelo expediente cautelar.

Aliás, o caminho mais técnico seria sempre o da medida cautelar, porque qualquer decisão a respeito da admissibilidade e processamento do recurso especial, em princípio, não se exaure na instância local e sempre se sujeita a exame final do Tribunal *ad quem*. Admite-se o uso do agravo de instrumento no caso de erro do juízo *a quo*, apenas para atender a objeções que, às vezes, se levantam no STJ ao recurso direto à medida cautelar em substituição a recurso¹⁶⁷”.

A impossibilidade de utilização da medida cautelar para obter o processamento do recurso especial retido ilegalmente decorre do fato de que existe previsão constitucional (reclamação - art. 105, inciso I, alínea “F”) acerca do remédio cabível para os casos de usurpação de competência. Certamente, a retenção, quando determinada em contrariedade à lei, configura usurpação de competência, já que o tribunal *a quo* não pode sobrestar na origem o recurso especial nos casos em que a lei preveja o seu processamento imediato. Ora, existindo remédio constitucional próprio, não pode a parte substituí-lo por uma medida cautelar imprópria.

De outra parte, a existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* não determinariam a possibilidade de utilização da medida cautelar nos casos de retenção ilegal do recurso especial, já que o art. 14, inciso II da Lei nº 8.038/90¹⁶⁸ e o art. 188, inciso II do RISTJ¹⁶⁹ facultam a tutela liminar ao relator da reclamação, garantindo-lhe a possibilidade de ordenar, se necessário, para evitar dano irreparável e assegurar o provimento, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

¹⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit, p. 7.

¹⁶⁸ “Art. 14- Ao despachar a reclamação, relator:

(…)

II- ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado”.

¹⁶⁹ Apresenta a mesma redação da norma transcrita acima.

CONCLUSÃO

Conforme exposto, a introdução, no Código de Processo Civil, do mecanismo de retenção do recurso especial, funcionou como eficiente alternativa na busca da diminuição da quantidade de recursos especiais que sobem para o Superior Tribunal de Justiça, sem prejudicar o direito de defesa do cidadão, na medida em que não excluiu da competência daquela E. Corte a reapreciação das decisões de caráter interlocutório.

Entretanto, sob outro prisma, a determinação da retenção do recurso especial, em alguns casos, pode criar prejuízos à parte, mormente com relação a questões que devem ser solucionadas de imediato, não podendo aguardar o desfecho da causa, que seria o momento oportuno para a reiteração com o fito de processar o recurso especial retido.

Nas hipóteses em que podem advir danos irreparáveis ou de difícil reparação para as partes do processo em face da retenção obrigatória do recurso especial ou em decorrência de sua retenção indevida, a ponto de comprometer os tão importantes princípios da economia e da celeridade processuais e a própria efetividade da prestação jurisdicional, admite-se a flexibilização da norma taxativa prevista no § 3º, do art. 542, do Código de Processo.

Admitida a possibilidade de se afastar a retenção do recurso especial, nos casos de demonstrada urgência na apreciação de seu conteúdo, vários instrumentos processuais são apontados pela doutrina e pela jurisprudência como formas de impugnação da retenção, com destaque para o agravo de instrumento previsto no art. 544, do CPC e para as medidas cautelares, fundadas no poder geral de cautela previsto no art. 798, do mesmo Diploma Legal.

Em que pesem as considerações feitas no bojo do presente trabalho, apontando a tendência à consideração da medida cautelar como o instrumento mais adequado para a

obtenção do destrancamento do recurso especial retido, nos casos de retenção legal e a reclamação, nas hipóteses de retenção ilegal, é preciso destacar que, nem a doutrina nem a jurisprudência pátrias, mesmo mais de sete anos após a introdução do recurso especial retido em nosso ordenamento jurídico, ainda não pacificou a discussão sobre o procedimento mais adequado a esse *mister*.

De fato, como se depreende da leitura do capítulo anterior, a pacificação da questão está longe de acontecer, já que o Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pela uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, apresenta, internamente, orientações em sentidos diametralmente opostos.

Inobstante a patente ausência de clareza sobre o meio processual mais adequado à impugnação da retenção do recurso especial, seja ela legal ou ilegal, tem-se verificado a existência de algumas decisões no sentido de que apenas um ou outro meio são adequados à obtenção do provimento jurisdicional consistente no destrancamento do recurso especial retido.

Esta forma de atuação, elegendo um outro meio processual de impugnação à retenção do recurso especial, quando não há sequer na doutrina, nem tampouco na jurisprudência, consenso sobre a forma mais adequada, denota o privilégio do processo em detrimento do direito material, o que vai de encontro às atuais preocupações da moderna doutrina processual.

Com efeito, o processo, hodiernamente, deve ser entendido apenas como um meio colocado à disposição dos indivíduos para obterem a prestação jurisdicional. A forma de representação dos atos não pode jamais constituir óbice a realização das pretensões lá documentadas, mormente quando a questão reclama tutela de urgência.

Não se pode conceber que a preocupação com a forma dos atos processuais, em nome da segurança jurídica, seja preponderante, em detrimento da efetividade da prestação jurisdicional, mormente nos casos em que não há uniformidade sobre sua correta utilização.

De fato, a concepção clássica do sistema normativo processual como um aparelho arraigado por um intenso formalismo, com o intento de limitar a atuação do Estado-Juiz aos estritos termos da lei, em uma atividade de mera subsunção da lei (premissa maior) ao fato (premissa menor) colocado em suas mãos, sem dar brechas para qualquer atividade hermenêutica que pudesse desvirtuar as normas postas, vem sendo hodiernamente superada.

O formalismo que antes poderia ser bem enquadrado em virtude do alto valor atrelado à segurança jurídica, hoje não mais se coaduna com as novas exigências de tutela jurisdicional, ávidas por resultados jurídico-substanciais, que dêem, na medida do possível, a quem tem um direito, aquilo que se busca conseguir.

O acesso à justiça, que se confunde com a aspiração de efetividade da prestação jurisdicional, deve ser encarado como o requisito fundamental de um sistema processual que busque garantir de forma efetiva os direitos.

Cândido Rangel Dinamarco, expoente do movimento instrumentalista, propõe uma desmistificação das regras do processo e de suas formas para que atinja a efetividade do processo, afrontando os dogmas remanescentes da ciência processual clássica, destituída de qualquer endereçamento teleológico, sem, contudo, esquecer da preservação da segurança jurídica dos litigantes.

Nesse contexto, verifica-se que, no exame acerca do meio processual adequado à impugnação do trancamento do recurso especial, tão ou mais importante que a uniformização do entendimento, é que a atuação do Superior Tribunal de Justiça se faça de forma a

privilegiar a busca pela efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, em detrimento do rigorismo e formalismo excessivo que costuma permear sua atividade judicante, especificamente no tocante à admissibilidade dos recursos constitucionais.

Tal atuação deve ser feita no sentido de se admitir a fungibilidade dos remédios processuais interpostos em face das decisões de retenção, até que se pacifiquem, com um aceitável grau de estabilidade, as soluções propostas para obter o processamento do recurso especial.

Por fim, a uniformização (e daí a sugestão ora realizada pela utilização da medida cautelar nos casos de retenção e legal e da reclamação nos casos de retenção ilegal) traria maior grau de segurança jurídica aos litigantes, evitando a não constante, mas inevitável, prolação de decisões que privilegiem apenas um ou outro meio processual como adequado para impugnar a retenção do recurso especial, além de evitar a desnecessária interposição de recursos, privilegiando a economia processual e o próprio acesso ao judiciário (como reflexo de uma prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva).

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. O antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição Federal de 1988). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

ALVIM, J.E. Carreira. Alguns aspectos dos recursos extraordinário e especial na reforma do poder judiciário (EC n. 45/2004). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre as alterações ao CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BERMUDES, Sérgio. *O recurso especial retido e a tutela cautelar do recorrente*. In: STJ. *STJ 10 anos: obra comemorativa 1989-1999*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

BUENO, Cassio Scarpinella. Uma primeira reflexão sobre o novo § 3º do art. 542 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Uma segunda reflexão sobre o novo § 3º do art. 542 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro. Recurso especial e extraordinário retidos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, janeiro a junho, 2000.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira*. 2ª ed., v. 6. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O Relator, a Jurisprudência e os Recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FAGUNDES, Henrique. O recurso extraordinário e o recurso especial dirigidos à reforma de decisão interlocutória. *Revista de Direito Renovar*, n. 18. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GALVÃO, Ilmar Nascimento. Poder Judiciário. Reforma de 1988. O recurso especial no Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GERAIGE NETO, Zaiden. Aspecto preocupante sobre o novo § 3º do art. 542 do Código de Processo Civil e a possibilidade de excepcionar a regra. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO Filho, Vicente. Questões sobre a Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

HANADA, Nelson. *Recursos extraordinário e especial retidos - medida cautelar, agravo de instrumento, mandado de segurança*. Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro de 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela de Direitos*. São Paulo:RT, 2004.

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

_____. Recurso extraordinário e especial “retidos”- Aspectos problemáticos da novidade introduzida pela Lei 9.756/98, de 17.12.1998. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda et al. (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Recursos no processo de execução- notas sobre alguns aspectos controvertidos. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda et al. (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Algumas considerações sobre os recursos especial e extraordinário – Requisitos de admissibilidade e recursos retidos*. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda et al. (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª edição. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso Especial*. São Paulo: Saraiva, 1997,

NERY JUNIOR, Nelson. A forma retida dos recursos especial e extraordinário – apontamentos sobre a Lei 9.756/98. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. O interesse em recorrer nos recursos extraordinário e especial retidos instituídos pela Lei 9.756/98. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação à decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Recurso especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

RIBEIRO, Eriko José Domingues da Silva. O recurso especial retido e a decisão sobre tutela antecipada: breves considerações sobre o art. 542, § 3º do CPC. *Revista Jurídica*.

SARAIVA, José. Os recursos extraordinário e especial – alterações da Lei 9.756/98. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. Do recurso extraordinário no direito processual civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1963.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito à Tutela Jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC m. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O recurso especial retido*. I Encontro de Doutrina-Jurisprudência de Direito Processual Civil. Realização: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários e Instituto Brasileiro de Direito Processual. Brasília, 5 e 6 de outubro de 2000.

TUCCCI, Rogério Cruz e. Recurso especial indevidamente retido. *Revista Jurídica*: São Paulo, 2000.

_____. *O processo de execução - estudos em homenagem ao professor Alcides Mendonça Lima*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações a respeito da Lei 9.756. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Sobre a incidência dos recursos especial e extraordinário retidos e “interlocutórias” que são sentenças. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei nº 10.352/01*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

YARSHELL, Flávio Luiz. Ainda sobre a retenção dos recursos extraordinário e especial: meios de impugnação da decisão que a determina. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda et al. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2000.

