

ESCOLA DA MAGISTRATURA

ALINE QUEIROZ TREVISAN

EXCEPCIONALIDADE DE COMPETÊNCIA

**MARINGÁ - PR
2011**

ALINE QUEIROZ TREVISAN

EXCEPCIONALIDADE DE COMPETÊNCIA

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado a Escola da Magistratura,
como parte dos requisitos para
obtenção do título de Pós-Graduado
em Direito. Orientador Prof^o. Abelar
Baptista Pereira Filho**

**MARINGÁ - PR
2011**

ALINE QUEIROZ TREVISAN

EXCEPCIONALIDADE DE COMPETÊNCIA

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado a Escola da Magistratura,
como parte dos requisitos para
obtenção do título de Pós-Graduado
em Direito.**

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Abelar Baptista Pereira Filho

Prof. René Pereira da Costa

Prof. Andrielly Vanessa Camilo

Aos meus pais, Odécio e Doralice, sem os quais não teria o apreço que tenho por esta Ciência tão nobre que é o Direito.

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado a chance de ser aquilo que escolhi e por me reger, guardar, governar e iluminar em todos os momentos da minha vida.

Aos meus pais, Doralice e Odécio, por sempre acreditarem em mim, me apoiarem e por muitas vezes se sacrificarem para me conceder tudo que preciso.

A minha doce tia Jakeline, pela paciência e atenção que dedicou à revisão deste trabalho, através da qual tornou possível a compreensão de seu conteúdo.

Ao meu orientador, professor Abelar Baptista Pereira Filho, pelo ensinamento e dedicação dispensados no auxílio à concretização dessa monografia.

Em especial, agradeço ao Ministro Ari Pargendler do Superior Tribunal de Justiça por sua postura honrada e justa, meu respeito.

“No momento em que alguém assume um compromisso definitivo consigo mesmo, a Providência também passa a agir. Começa a acontecer todo tipo de coisas para ajudar esse alguém, o que não aconteceria se esse compromisso não existisse. Uma torrente de eventos emana das decisões, favorecendo a pessoa com toda espécie de encontros imprevistos e de ajuda material que homem nenhum poderia sonhar encontrar no seu caminho. Tudo o que você puder fazer ou sonhar você alcançará. Sendo assim, mãos a obra. A ousadia contém genialidade, poder e magia. Comece agora.”

Goethe

RESUMO

EXCEPCIONALIDADE DE COMPETÊNCIA

O tema do presente trabalho se insere na área de Direito Processual Civil e trata especificamente do Recurso Especial e da possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao mesmo, através de uma medida cautelar, antes de o recurso ter sido admitido, interposto ou até mesmo quando foi inadmitido no Tribunal de origem. Tal possibilidade de concessão de medida cautelar pelo Tribunal Superior é vista por grande parte da jurisprudência e doutrina como indevida sob o argumento de supressão da instância inferior, visto que ela não procedeu ao juízo de admissibilidade do Recurso Especial e, por vezes, tal recurso sequer foi interposto ou, o sendo, foi inadmitido. O tema se torna controvertido a partir do momento no qual exsurge uma postura diferenciada de determinados ministros, os quais entendem que, frente a determinadas situações, não deve vigorar o procedimento legal posto, por ser genérico e estático. Entendem, ao contrário, que a concessão do efeito suspensivo ao Recurso Especial é devida, pois é a maneira pela qual se garante a eficácia do processo principal, logo, é forma de garantir a efetiva prestação jurisdicional. Essa postura pró-ativa e progressista de tais ministros, os quais passaram a decidir tal questão de forma contrária àquela até então vislumbrada, deu origem ao presente trabalho.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Recurso Especial. Efeito Suspensivo.

ABSTRACT

EXCEPTIONAL COMPETENCE

The theme of this research is in the area of Civil Litigation and specifically address the special appeal and the ability to grant suspensive effect to it through a precautionary measure, before the appeal was admitted, or even when brought was turned the Court of origin. This ability to grant injunction by the Superior Court is viewed by much of the jurisprudence and doctrine as inappropriate on the grounds of suppression of the lower court, since it did not proceed to trial the admissibility of Special Appeals and, sometimes, even such an appeal was filed or, being, been excluded. The issue becomes controversial from the moment in which Exsurge a different attitude of certain ministers, who believe that when certain situations, should not apply the legal procedure laid, because it is generic and static. Consider, instead, that the granting of suspensive effect is due to the special appeal because it is the way to guarantee the effectiveness of this case, therefore, is how to ensure the effective adjudication. This pro-active and progressive of these ministers, who came to decide that question in a manner contrary to that previously seen, gave rise to this work.

Keywords: Civil Litigation. Special Appeal. Suspensive effect.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPITULO 1 – OS RECURSOS PROCESSUAIS CÍVEIS.....	12
1.1 CONCEITO	12
1.2 A IMPORTÂNCIA CONSTITUCIONAL DOS RECURSOS.....	14
1.3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS RECURSAIS CÍVEIS	16
1.3.1 Princípio do duplo grau de jurisdição	16
1.3.2 Princípio da colegialidade das decisões.....	19
1.3.3 Princípio da taxatividade recursal.....	20
1.3.4 Princípio da singularidade	22
1.3.5 Princípio da correspondência	23
1.3.6 Princípio da fungibilidade recursal.....	23
1.3.7 Princípio da proibição da <i>reformatio in pejus</i>	25
1.4 EFEITOS DOS RECURSOS PROCESSUAIS CÍVEIS	26
1.4.1 Efeito expansivo, translativo e substitutivo	26
1.4.2 Efeito devolutivo	28
1.4.3 Efeito suspensivo	30
CAPÍTULO 2 - RECURSO ESPECIAL	34
2.1 ORIGEM E FINALIDADE DO RECURSO ESPECIAL.....	34
2.2 PRESSUPOSTOS DO RECURSO ESPECIAL.....	35
2.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.....	38
2.3.1 Contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal	38
2.3.2 Prevalência da lei federal frente a ato de governo local.....	40
2.3.2 Divergência jurisprudencial	41
CAPÍTULO 3 – MEDIDA CAUTELAR PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL	44
3.1 O CARATÉR EXCEPCIONAL DA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL.....	44
3.2 REQUISITOS DA MEDIDA CAUTELAR PARA A OBTENÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO SO RECURSO ESPECIAL.....	47
3.2.1 A existência da fumaça do bom direito – <i>fumus boni iuris</i>	50
3.2.2 O perigo da demora da prestação jurisdicional – <i>periculum in mora</i>	52
3.3 CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO E COM JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE	54
3.4 COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR OBJETIVANDO ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO AO RESP	57
CAPÍTULO 4 - EXCEPCIONALIDADE DE COMPETÊNCIA	61
4.1 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA.....	61
4.2 DECISÕES TERATOLÓGICAS OU CONTRÁRIAS À JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ.....	64

4.3 O EXAME PERFUNCTÓRIO EXIGIDO PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR	71
4.4 A REVERSIBILIDADE DO JUÍZO PRIMEIRO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL.....	73
4.5 A POSTURA DO MAGISTRADO ATUAL.....	79
CAPÍTULO 5 - A EXCEPCIONALIDADE DE COMPETÊNCIA SOB A ÓTICA DO DIREITO ALTERNATIVO	83
5.1 ANÁLISE DE CASO CONCRETO: A DECISÃO PROFERIDA NA MEDIDA CAUTELAR Nº. 12.532/PR	84
5.2 TRÊS PONTOS PRINCIPAIS A SEREM OBSERVADOS NA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA MEDIDA CAUTELAR Nº. 12.532/PR.....	87
5.2.1 A aceitação da excepcionalidade de competência num momento em que a ordem hierárquica legal vigente não a conferia.....	88
5.2.2 O teor justo e coerente da decisão que detectou a teratologia da sentença do Tribunal <i>a quo</i> e a reformou.....	92
5.3.3 O voto vencido de culto à legalidade e julgamento de acordo com a lei a qualquer custo	96
6 CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS.....	102
ANEXOS	112
Anexo A - Medida Cautelar nº 12.532 - PR (2007/0036895-3) – Relatório	113
Anexo B - Medida Cautelar nº 12.532 - PR (2007/0036895-3) – Ementa	119
Anexo C - Medida Cautelar nº 12.532 - PR (2007/0036895-3) Voto Vencido ..	121

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa estudar a possibilidade de deferimento de medida cautelar para concessão de efeito suspensivo ao recurso especial ainda não interposto, interposto, mas inadmitido, ou ainda não conhecido na origem. Trata-se, portanto, de um estudo sobre a excepcionalidade de competência, sobre a supressão da instância ordinária pela instância superior. Tal possibilidade vai de encontro ao procedimento legal para a concessão da medida cautelar e é motivo de divergência entre os Tribunais, os quais manifestam posicionamentos opostos.

Para possibilitar tal estudo, tratamos no primeiro capítulo dos recursos processuais cíveis analisando o conceito e a importância destes em nosso ordenamento jurídico. Abordamos, também, os princípios que regem o sistema recursal cível e os efeitos dos recursos dentro da relação jurídico-processual, abordando com mais especificidade o efeito suspensivo.

O segundo capítulo versa sobre o recurso tema deste trabalho, qual seja o recurso especial. Verifica-se em quais situações é cabível sua interposição, quais os pressupostos para tanto e faz-se uma análise da função que tal recurso exerce no sistema jurídico, qual seja a uniformização da interpretação da lei infraconstitucional. Dentre os efeitos do citado recurso, tratamos especialmente do efeito suspensivo, averiguando que o mesmo não foi concedido, em regra, ao recurso especial.

No terceiro capítulo examina-se a medida cautelar, sua função de garantir a eficácia do processo principal e a possibilidade de se conferir, através dela, o efeito suspensivo ao recurso especial. Ainda, faz-se a análise de qual o órgão competente para conhecer da medida cautelar e deferir tal suspensividade.

No quarto capítulo trabalhamos o tema em si, sendo este a possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial em diferentes momentos do processo, nos quais muitos entendem que a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça para conhecer do recurso especial, não estaria ainda aberta. Colecionamos os divergentes posicionamentos sobre a matéria, expondo os argumentos contrários e favoráveis, entendendo pela possibilidade de concessão do efeito suspensivo ao recurso especial com fulcro, principalmente, na garantia constitucional de acesso à justiça, no modificável juízo primeiro de admissibilidade feito pelo tribunal *a quo*, nas situações em que a decisão recorrida é teratológica ou contrária à jurisprudência do Tribunal e na postura que a sociedade atual exige do magistrado.

Por fim, no quinto capítulo analisa-se um caso concreto de excepcionalidade de competência no qual foi deferida medida cautelar para a concessão do efeito suspensivo ao recurso especial. Faz-se tal análise sob a ótica do Direito Alternativo, demonstrando o quão importante é, dentro do Poder Judiciário, o atuar do magistrado de forma cidadã, pró-ativa, visando sempre o bem-estar social e a justiça de suas decisões.

Portanto, o trabalho tem por objetivo demonstrar a possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, com fulcro na garantia constitucional de acesso à justiça, no juízo modificável de admissibilidade feito pelo tribunal *a quo*, nas situações em que a decisão recorrida é teratológica ou contrária à jurisprudência do Tribunal e, por fim, no direito alternativo e progressista, e na postura pró-ativa exigida atualmente daquele que aplica o Direito.

1 OS RECURSOS PROCESSUAIS CÍVEIS

1.1 CONCEITO

O Direito é uma ciência viva, em constante evolução, submetida a seguidas tentativas de interpretação e aperfeiçoamento. Seria impossível, assim, examinar a natureza própria dos recursos sem dispensar atenção a um contorno mínimo do que se deseja alcançar através deles.

Pontes de Miranda assevera:

Nem sempre as resoluções judiciais – sentenças, decisões ou despachos – são isentas de faltas ou defeitos quanto ao fundo, ou sem infração das regras jurídicas processuais concernentes à forma, ao procedimento. Desinteressar-se-ia o Estado da realização do seu direito material e formal, se não desse ensejo à correção de tais resoluções defeituosas, ou confiaria demasiado na probabilidade de acerto do juiz singular, ou do tribunal de inferior instância. Afastando esse perigo e aquele descaso, o Estado admite, de regra, o *recurso*, que implica reexame do caso, em todos os seus elementos, ou só em alguns deles. Em sentido lato, recorrer significa *comunicar vontade* de que o feito, ou parte do feito, continue conhecido, não se tendo, portanto, como definitiva a cognição incompleta, ou completa, que se operara. Não supõe devolução necessária à superior instância. Há recursos no mesmo plano funcional da organização judiciária.¹

A falibilidade do julgamento humano, ensejando decisões equivocadas ou injustas, levou à conquista do chamado princípio do duplo grau de jurisdição, que garante a melhor solução para os litígios mediante o exame de cada caso por órgãos judiciais diferentes, escalonados hierarquicamente. O princípio do duplo grau de jurisdição foi a solução para sanar a insegurança acarretada pelas decisões de uma única instância, consagrando, *ipso facto*, os recursos processuais dispostos no Código de Processo Civil em seu artigo 496 e seguintes.

Assim, os recursos são instrumentos processuais postos à disposição dos litigantes para a completa defesa de seus direitos e interesses, são mais uma das garantias decorrentes do devido processo legal.

De acordo com o professor Medina:

Os recursos são meios de impugnação às decisões judiciais previstos em Lei, que podem ser manejados pelas partes, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, com o intuito de viabilizar, dentro da mesma relação

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Forense, 1975. t. 7, p. 4.

jurídico-processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada.²

Os recursos têm uma função importantíssima dentro da sistemática processual, pois através deles é que a parte pode obter o reexame da matéria já debatida por determinado órgão judicial.

Barbosa Moreira, depois de enfatizar que o Código de Processo Civil não oferece conceito de recurso, embora denote que o instituto age dentro da mesma relação jurídico-processual, afirma:

[...] pode-se conceituar *recurso*, no direito processual civil brasileiro, como o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo [do mesmo processo; não necessariamente dos mesmos autos! O agravo de instrumento (com ressalva do que dispõe o art. 522, § 1º) corre em autos apartados; bifurca-se o *procedimento*, mas o processo permanece *uno*, com a peculiaridade de pender, simultaneamente, no primeiro e no segundo grau de jurisdição. Cf. Nelson Nery Junior, *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*, pág. 18.], a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna. O caso mais comum é aquele em que a interposição do recurso visa à *reforma* da decisão recorrida; isto é, visa a obter do órgão *ad quem* a formulação, para a hipótese, de regra jurídica concreta diferente daquela formulada pelo órgão *a quo*. Muitas vezes, porém, o que daquele se pretende é simplesmente que invalide, elimine, casse o pronunciamento emitido, para que, posteriormente, outro o substitua: assim na apelação fundada em suposto vício processual. Ao esclarecimento ou à integração da decisão recorrida tendem os embargos de declaração.³

Amaral Santos preceitua:

Em princípio, todos os atos do juiz podem ser impugnados, até mesmo simples despachos de expediente. Quando o ato impugnado é uma decisão final (sentença, acórdão), ou decisão interlocutória, à impugnação se dá o nome de *recurso*. Por meio do recurso, a parte vencida, apontando e demonstrando o vício da decisão, provoca o reexame da matéria decidida, visando a obter sua reforma ou modificação. Competente para o reexame, regra geral, será o órgão judiciário hierarquicamente superior ao que proferiu a decisão recorrida, admitindo-se que o seja, entretanto, em dadas hipóteses, o próprio juiz que a proferiu. Recurso é, pois, *o poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação*.⁴

Humberto Theodoro Júnior também é elucidativo:

² MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 28. (Processo Civil Moderno, v. 2).

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5, p. 207.

⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.3, p. 79-80.

Em linguagem jurídica a palavra recurso é usualmente empregada num sentido lato para denominar 'todo meio empregado pela parte litigante a fim de defender o seu direito', como, por exemplo, a ação, a contestação, a exceção, a reconvenção, as medidas preventivas. Nesse sentido diz-se que a parte deve *recorrer* às vias ordinárias, ou deve *recorrer* ao processo cautelar, ou deve *recorrer* à ação reivindicatória etc. Mas, além do sentido lato, recurso em direito processual tem uma acepção técnica e restrita, podendo ser definido como o meio ou 'o poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação' [Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 4ª ed., v. III, nº 694, p. 103.], ou apenas a sua invalidação. Não se deve, porém, confundir o recurso com outros meios autônomos de impugnação da decisão judicial, como a ação rescisória e o mandado de segurança.⁵

Por fim, Marinoni e Arenhart definem recursos como "*os meios de impugnação de decisões judiciais, voluntários, internos à relação jurídica processual em que se forma o ato judicial atacado, aptos a obter deste a anulação, a reforma ou o aprimoramento*".⁶

Portanto, podemos concluir que recurso é a faculdade própria da parte vencida – porque aquele que tem sua pretensão acolhida totalmente carece de interesse de agir para recorrer – de impugnar voluntariamente a decisão do Estado-juiz no que lhe foi contrária, a fim de provocar nova apreciação pelo mesmo órgão julgador ou por outro que a lei designar.

1.2 A IMPORTÂNCIA CONSTITUCIONAL DOS RECURSOS

A Carta Magna "erigiu os recursos ao patamar constitucional e colocou-os como elemento essencial para a garantia das partes, ao dispor em seu artigo 5º, LV que: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".⁷

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v.1, p. 487.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.504-505.

⁷ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 33-34.

O constituinte designou o recurso como o instrumento apto à efetivação do princípio constitucional da ampla defesa, tornando imperativo que a legislação infraconstitucional disponibilize sempre às partes o poder e o direito de recorrer das decisões judiciais, isto é, de controlar as decisões proferidas no curso do processo.

Mas a escolha dos recursos como o meio de realização destes princípios constitucionais não foi decisão que contemplou, tão somente, o interesse privado do recorrente. Isso, porque os recursos não estão voltados e destinados, unicamente, ao interesse da parte, a qual se insurge contra decisão a ela desfavorável. “Os recursos estão diretamente ligados à função exercida pelo Estado, concernente à prestação da tutela jurisdicional justa e adequada”⁸. Os tribunais, ao reverem as decisões proferidas nas instâncias inferiores, contribuem para a eficiência e segurança das normas jurídicas existentes, já que, apesar de a lei ser concebida com apenas uma interpretação, na prática, é entendida e aplicada de formas diversas.

Dessa forma o interesse do Estado nesse instrumento processual se justifica visto que, através da interposição do recurso pelo jurisdicionado, ele se torna apto a reparar as injustiças cometidas, visando sempre a propiciar um equilíbrio dentro da sociedade e mantendo, ainda, uma ordem jurídica estruturada, na qual se funda o Estado Democrático de Direito.

Ainda, o direito de recorrer é uma extensão do direito de ação. Este, portanto, só é amplo, real e efetivamente exercido se garantido o exercício daquele, visto que o recurso é o veículo próprio para, uma vez iniciado o processo, fornecer às partes mecanismos seguros e precisos para a continuidade do exercício do direito de ação. Cândido Rangel Dinamarco leciona que “[...] o contraditório se exerce mediante *reação* aos atos desfavoráveis, quer eles venham da parte contrária ou do juiz: reage-se à demanda inicial contestando e à sentença adversa, recorrendo”⁹. Estão os recursos, portanto, diretamente ligados ao sentido de justiça, pois concedem às partes uma nova apreciação da questão posta e discutida em juízo, e possibilitam, ao próprio Estado, a revisão de suas decisões.

Os recursos, assim, são instrumentos inerentes a um Estado Democrático de Direito, ao passo que exercem o controle interno das decisões judiciais,

⁸ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 32.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 127.

assegurando o regular devido processo legal, não permitindo abusos ou limitações ao exercício de tal controle, garantindo-se, dessa forma, o acesso à efetiva justiça.

1.3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS RECURSAIS CÍVEIS

“Princípio é o ponto de partida. Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subseqüentes. Princípio, nesse sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência”¹⁰.

Para Canotilho¹¹, *“consideram-se princípios jurídicos os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”*.

Ainda, conforme o citado autor:

Com efeito, os princípios jurídicos são “exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos”. Tratam-se de “normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos”, enquanto as regras são “normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida”, constituem exigências de aplicação. Assim, enquanto a regra é aplicada e esgota seus efeitos, o princípio é otimizado ou concretizado (aplicado ou densificado da melhor forma possível, segundo as circunstâncias) e nunca exaure seus efeitos, pode sempre ser otimizado novamente. Para o direito, o princípio não está somente na origem, mas também na continuidade¹².

Portanto, conclui-se, das definições trazidas acima, que os princípios são os pontos básicos e que servem de base para a elaboração e aplicação do direito.

1.3.1 Princípio do duplo grau de jurisdição

É a possibilidade de que ocorra um reexame da causa. É aquele princípio em virtude do qual “toda decisão judicial deve poder ser submetida a novo exame, de

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 10, p. 18.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.1038.

¹² *Ibid.*, p. 1161 e ss.

modo que a segunda decisão prevaleça sobre a primeira”.¹³ Djanira Maria Radamés de Sá, esboçando entendimento de parte da doutrina, a qual entende que princípios como o duplo grau de jurisdição seriam derivados do princípio do devido processo legal, leciona que:

[...] por constituir segurança de processo e decisão justos, o que envolve também a garantia da participação dos sujeitos da lide na sua composição, e do Estado no exercício de seu poder coativo de composição de lides, o princípio do devido processo legal é compreensivo de muitas das demais garantias processuais, pelo que contribui decisivamente para torná-las efetivas.¹⁴

Tal princípio é “verdadeira expressão eloqüente e amarga das fraquezas humanas”,¹⁵ o qual torna possível a correção de erros frente à existência da falha humana, garantindo aos cidadãos a reapreciação da decisão por um juiz diverso daquele que exarou a decisão recorrida.

O duplo grau de jurisdição, ainda, é um princípio constitucional, pois está ligado à noção de Estado de Direito, que exige o controle das atividades estatais pela sociedade. Assim, de acordo com Medina:

[...] o duplo grau de jurisdição desempenha funções em dois planos, ambos ligados à estrutura do Estado de Direito: a sociedade, que, em cada processo, está “representada” pelas partes, exerce o controle da atividade estatal por meio do manejo de recursos; e, de certo modo “controlam” as decisões dos inferiores. Ademais, trata-se de princípio constitucional, no sentido de que não pode ser inteiramente suprimido, porquanto, se o fosse, os Tribunais, criados pela Constituição Federal, nada teriam a fazer, dado que o grosso do que fazer é julgar recursos.¹⁶

José Carlos Barbosa Moreira afirma, contudo, que é princípio constitucional implícito, já que “nem o texto da Constituição anterior nem o da vigente ministra, no particular, conceito que se imponha ao legislador ordinário; nenhum dos dois alude sequer, *expressis verbis*, ao princípio”.¹⁷

O duplo grau de jurisdição trata-se de princípio implícito, mas não é uma

¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5, p. 237.

¹⁴ RADAMÉS DE SÁ, Djanira Maria. Duplo grau de jurisdição – conteúdo e alcance constitucional. In: MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 47 (Processo Civil Moderno, v. 2).

¹⁵ BERMUDEZ, Sérgio. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 12. In: MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 47. (Processo Civil Moderno, v. 2).

¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 49. (Processo Civil Moderno; v. 2).

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. op cit., p. 238.

garantia constitucional. Dinamarco entende que:

[...] se trata de um princípio constitucional implícito, mas não é uma garantia constitucional. O princípio é subjetivo, devendo nortear, influenciar, guiar o legislador e o operador do direito. Já a garantia é mais concreta, não podendo ser afastada nem mesmo excepcionalmente. Portanto, o princípio do duplo grau pode se chocar com outros princípios, quando, então, excepcionalmente poderá ser afastado.¹⁸

Conclui-se, portanto, que, excepcionalmente, o legislador infraconstitucional possa afastar o duplo grau no caso concreto, como ocorre, por exemplo, com a teoria da causa madura.

A citada teoria, prevista no art. 515, §3º do Código de Processo Civil permite ao Tribunal, por exemplo, ao apreciar a apelação, julgar o mérito da causa, mesmo que o juiz de primeiro grau não o tenha feito, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. Pode acontecer, assim, que determinada questão de direito, ainda inédita, cuja solução, portanto, não tenha se submetido a um amadurecimento jurisprudencial, seja julgada pelo Tribunal, não havendo, em princípio, possibilidade de revisão ou de recurso para outra instância. Tem-se, portanto, um exemplo de afastamento do duplo grau o que demonstra que este não é uma garantia constitucional, mas sim um princípio, visto que pode ser ponderado.

Ainda, cabe lembrar que o princípio do duplo grau de jurisdição não incide em relação ao recurso especial e extraordinário. Isso, porque tais recursos não dão ensejo a novo reexame da causa, mas, sim, a reexame de questões de direito constitucional ou federal, constantes da decisão recorrida, e desde que presentes certos requisitos, dos quais trataremos, em relação ao recurso especial, mais adiante. Tais recursos têm por finalidade precípua a proteção do direito objetivo, por isso, não configuram terceiro ou quarto grau de jurisdição, representado pelos tribunais superiores, não representando, portanto, manifestação do princípio do duplo grau de jurisdição.

Conforme Nelson Nery Júnior “a instância do recurso especial não é terceiro grau de jurisdição porquanto esse recurso é excepcional e não se presta à correção

¹⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 151.

de injustiça eventualmente cometida pelos tribunais federais regionais e tribunais estaduais”.¹⁹

Assim sendo, o princípio do duplo grau de jurisdição é princípio constitucional, através do qual se propicia um novo exame da causa posta em juízo, mas que pode ter sua incidência afastada em situações concretas por não se tratar de uma garantia constitucional.

1.3.2 Princípio da colegialidade das decisões

O princípio da colegialidade é aquele segundo o qual a decisão proferida pelos tribunais em sede de recurso deve ser colegiada. “O órgão colegiado é o juiz natural dos recursos”²⁰.

Em regra, tanto o juízo de mérito de um recurso quanto o juízo de admissibilidade, devem ser realizados pelo órgão *ad quem*. Porém, a lei atribui ao órgão inferior, quando perante este é interposto o recurso, a possibilidade de realizar o juízo de admissibilidade. Ante a ausência de algum dos requisitos de admissibilidade do recurso interposto, o juiz pode indeferir seu processamento. Contudo, é garantia da parte o direito de recorrer ao órgão *ad quem*, o qual possui a competência para tal análise.

Ocorre que, em relação ao mérito do recurso interposto, também há a possibilidade de que o próprio órgão que proferiu a decisão recorrida modifique seu conteúdo. É o chamado juízo de retratação. Atribui-se ao relator, monocraticamente, a apreciação do recurso que, em regra, deveria ser feita pelo órgão colegiado. O relator atua como “porta-voz, de modo que sua decisão “representaria” aquilo que seria decidido, caso o recurso fosse submetido à apreciação do órgão colegiado”.²¹ Todavia, a decisão monocraticamente proferida pelo relator é passível de agravo, não ficando absolutamente vedado o acesso ao julgamento do órgão colegiado. E, havendo vedação legal ao recurso contra decisão proferida monocraticamente no tribunal, deve ser admitido o manejo de mandado de segurança contra tal pronunciamento.

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 441.

²⁰ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 56. (Processo Civil Moderno, v. 2).

²¹ *Ibid.*, p. 55.

De acordo com o princípio da colegialidade, os recursos devem ser julgados por órgãos colegiados dos tribunais, isto é, pelas câmaras, turmas, seções, etc. A possibilidade de serem proferidas decisões monocraticamente, pelo relator dos recursos, não enseja inconstitucionalidade, se possível o controle de tal decisão monocrática pelo órgão colegiado a que pertença o relator.²²

Ainda, Nelson Nery Junior:

Enquanto a Constituição Federal disciplina a atividade dos tribunais superiores, notadamente o STF e o STJ, cabe ao CPC regular os poderes do relator nos tribunais federais e estaduais, de sorte que as atribuições conferidas ao relator pela norma comentada encontram-se em harmonia com os sistemas constitucional e processual brasileiros.²³

Eduardo Talamini assevera que:

[...] em qualquer caso, o relator ou o presidente (atuando isoladamente) têm de ter sua atividade, que é “delegada” pelo órgão colegiado, submetida, por algum mecanismo, ao controle desse mesmo órgão, o que consiste numa condicionante para que seja compatível com a Constituição.²⁴

Assim, a regra é a de que as decisões proferidas pelos tribunais em grau de recurso devem ser colegiadas e, nas situações nas quais se admite decisão monocrática, deve existir a possibilidade de recurso ao órgão colegiado para que se respeite o princípio da colegialidade e não ocorra inconstitucionalidade.

1.3.3 Princípio da taxatividade recursal

O princípio da taxatividade recursal decorre da preocupação do legislador em delimitar as espécies de recursos existentes. Extrai-se dele a intenção do legislador em não permitir que as partes criem modalidades de recursos para expressarem o seu inconformismo em relação às decisões judiciais.

Em síntese, o princípio da taxatividade pode ser entendido como sendo a explícita proibição à criação de novos recursos pelas partes, considerando-se que tão somente os recursos previstos no ordenamento jurídico, e criados em consonância com o procedimento legislativo estabelecido, podem ser utilizados com o fim de se reformar as decisões judiciais.

²² MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 56. (Processo Civil Moderno, v. 2).

²³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 493.

²⁴ TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (“agravo interno”). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11. p. 29.

No Brasil, o artigo 22, I, da Constituição Federal confere à União a competência exclusiva para se legislar sobre Direito Processual, de modo que, em consonância com todo o já exposto, somente serão considerados recursos, para os fins do Direito Processual Civil, os previstos expressamente em Lei Federal, tais como os enumerados no artigo 496, bem como os que forem estipulados em Lei Federal Especial.

Portanto, cada decisão poderá ser impugnada de acordo com os recursos previstos no ordenamento jurídico (princípio da taxatividade), observando-se, contudo, a natureza e o objetivo do recurso a ser escolhido e a sua relação com a decisão a ser recorrida, prevendo o Diploma Processual as situações e as condições de uso de cada um dos recursos definidos na Lei (princípio da unicidade), sendo defeso à parte, em regra, utilizar-se de mais de uma ferramenta recursal para questionar uma mesma decisão.

Ocorre que o sistema jurídico, bem ao contrário da lógica matemática, não está isento das inevitáveis lacunas provenientes das vicissitudes fáticas, razão pela qual há situações em que inexiste a certeza de qual seria o exato recurso, dentre daqueles previstos no Diploma Processual, para impugnar uma determinada decisão.²⁵

Assim, existem determinadas decisões judiciais que, em função do caráter complexo de sua natureza, ocasionam dúvidas e polêmicas nos diversos meios doutrinários e jurisprudenciais quanto ao exato instrumento recursal que poderia ser utilizado pela parte.

Nessas situações, o rigor extremo na aplicação dos princípios da taxatividade e da singularidade dos recursos acarretaria uma situação de onerosidade à parte, a qual não poderia ser prejudicada pelas inevitáveis imprecisões do sistema jurídico. Com base nessas situações vislumbra-se o princípio da fungibilidade recursal, o qual será visto abaixo.

²⁵ MEDEIROS NETO, Elias Marques. **Recursos**: Considerações sobre os princípios da taxatividade, singularidade e fungibilidade. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1267/Recursos-Consideracoes-sobre-os-principios-da-taxatividade-singularidade-e-fungibilidade>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

1.3.4 Princípio da singularidade

Também chamado de princípio da unicidade ou da unirrecorribilidade, surge como conseqüência direta do princípio da taxatividade. Por tal princípio se depreende que, para cada ato judicial recorrível existe um recurso próprio previsto no ordenamento jurídico, ensejando a conclusão de que, em regra, é vedado à parte utilizar-se de mais de um recurso para impugnar o mesmo ato decisório.

A finalidade básica do princípio da singularidade é evitar que as partes possam ter a liberdade irrestrita de escolha, de acordo com os seus próprios interesses, dos recursos a serem utilizados no decorrer da lide.

Conforme Medina: “para cada ato judicial recorrível apenas um recurso é previsto pelo ordenamento, sedo defesa a interposição simultânea ou cumulativa de mais outro visando à impugnação do ato judicial”.²⁶

Contudo, o princípio comporta exceções. Existem situações nas quais cabem dois ou mais recursos contra um mesmo pronunciamento judicial. É o que ocorre nos casos em que, contra um mesmo acórdão, devam ser interpostos recurso extraordinário e especial, hipótese na qual se faz necessária a interposição simultânea de mais de um recurso. É o que se infere da Súmula 126 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.

Não se admite, também, a interposição de dois recursos iguais, sucessivamente, contra a mesma decisão, gerando a preclusão consumativa em relação ao segundo recurso.

Sendo assim, de acordo com Medina:

[...] somente deverão ser admitidos dois ou mais recursos diferentes contra a mesma decisão judicial quando, efetivamente, se estiver diante de um pronunciamento judicial que, embora seja único, se formalmente considerado, encerre em si, substancialmente, dois ou mais pronunciamentos judiciais.²⁷

²⁶ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 59 (Processo Civil Moderno; v. 2).

²⁷ Ibid., p. 61.

Portanto, em regra, dentro do sistema recursal brasileiro, para cada pronunciamento judicial é cabível um único recurso, sendo que apenas excepcionalmente será possível a interposição de mais de um recurso contra uma única decisão.

1.3.5 Princípio da correspondência

Segundo este princípio, se admite apenas uma espécie de recurso contra cada pronunciamento judicial. É a correspondência entre a espécie de decisão proferida e o recurso contra ela cabível.

Contudo, frente à estrutura atual do Código de Processo Civil, este princípio está comprometido, visto que existem decisões que têm, por exemplo, natureza de sentença e que, no entanto, estão submetidas ao recurso de agravo (e não de apelação, como seria a regra), apesar de transitarem em julgado e de serem, eventualmente, até rescindíveis.

É impossível fechar os olhos à realidade de que o Código de Processo Civil consiste em lei que vem passado por um profundo processo de reforma e cujas feições definidas ainda não se completaram, até porque não houve tempo para que a doutrina e a jurisprudência ‘amadurecessem’ certos aspectos das novidades e problemas por estas criados.

Dessa forma, em situações de dúvida objetiva acerca da adequação do recurso a ser interposto, não se configurando a ocorrência de erro grosseiro, nos moldes já acima explanados, deve-se considerar razoável a adoção da fungibilidade dos recursos, mitigando-se o excessivo rigor na aplicação do princípio da correspondência.

1.3.6 Princípio da fungibilidade recursal

É princípio através do qual se permite a substituição do recurso erroneamente interposto por outro que seria o adequado para questionar um determinado ato

decisório. Corresponde ao recebimento de um recurso que o órgão jurisdicional entende não ser o cabível, por aquele que seria o cabível, ou seja, é receber um recurso por outro. É uma exceção ao requisito de admissibilidade do cabimento, sendo o oposto daquilo que prevê o princípio da correspondência. Para ser aplicado, deve preencher três requisitos.

O primeiro é que exista erro fundado em divergência séria no âmbito doutrinário e jurisprudencial quanto ao recurso cabível. O segundo, que inexistam má-fé do recorrente. O STJ entende que essa má-fé inexistente quando, havendo divergência entre recursos com prazos diferentes, a parte poderá optar por qualquer um deles desde que a interposição ocorra no menor prazo. Por fim, que haja a adaptação procedimental: o recebimento de um recurso por outro, em regra, exigirá adaptações procedimentais que ficarão a cargo do recorrente, sob pena do não conhecimento do recurso. Por mais complexas que sejam as adaptações, não poderão impedir a fungibilidade.

Teresa Arruda Alvim Wambier elucida que:

[...] parece-nos inafastável a conclusão no sentido de que, estando presentes os pressupostos de incidência do princípio da fungibilidade (a que alude a doutrina tradicional no campo dos recursos), deve este princípio incidir em todo o processo: havendo dúvidas aferíveis pela ausência de unanimidade no plano da doutrina e/ou da jurisprudência a respeito de qual seja o caminho adequado para se formular determinado pedido num processo – dúvidas quanto ao veículo, quanto à competência, etc. -, não pode a parte ser prejudicada por isso. Dúvidas são desejáveis e salutares como caracterizadoras de um estágio para se chegar à certeza, e não como fonte de insuportável insegurança e às vezes causa de integral insucesso da verdadeira função do processo, fundamentalmente instrumental, que é a de dar direitos a quem os tem e não a de inventar direitos a quem não os tenha ou de retirá-los das mãos de seus titulares.²⁸

Assim, o princípio da fungibilidade deve incidir em casos em que há dúvidas quanto a qual seja o caminho adequado para se atingir determinada finalidade por meio de um pedido formulado perante o Poder Judiciário. Trata-se, sob este prisma, de princípio que extrapola o sistema recursal civil, incidindo em outras situações em que há divergências no plano da doutrina e da jurisprudência a respeito.

²⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo**. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11, p. 792.

1.3.7 Princípio da proibição da *reformatio in pejus*

O âmbito do mérito recursal é delimitado pelo recorrente, ao deduzir as razões de impugnação e formular o pedido de reforma da decisão. O órgão superior deve analisar a questão dentro dos limites postos pelo recorrente, o qual não pode ter sua situação piorada em virtude do julgamento de seu próprio recurso. Conforme consta no art. 515 do CPC, apenas a matéria impugnada pelo recorrente é devolvida ao tribunal *ad quem*, logo, se o recorrido não interpuser o recurso, não poderá o tribunal beneficiá-lo.

Contudo, se a decisão for favorável em parte a um dos litigantes e em outra parte a outro litigante, poderão ambos interpor recursos; nesse caso, não se há quem falar em *reformatio in pejus*, porque o tribunal poderá dar provimento ao recurso do autor ou do réu ou negar provimento a ambos, nos limites dos recursos interpostos.

Ainda, em razão do efeito translativo do recurso, o Tribunal pode conhecer matéria de ordem pública de ofício, o que gera a extinção do processo, em regra, sem o julgamento do mérito e, excepcionalmente, com julgamento do mérito desfavorável ao autor, como no caso de reconhecimento da prescrição ou decadência. Nesse caso, o autor apelante poderá ter sua situação piorada. O órgão *ad quem*, conforme leciona José Miguel Garcia Medina “não pode piorar a situação do recorrente, a não ser que esta piora decorra de cognição de matéria de ordem pública, de ofício ou acolhendo preliminares alegadas pelo recorrido em contra-razões”²⁹.

Assim, o princípio determina que não pode haver reforma da decisão para pior em razão da interposição de recurso, mas, em relação a determinadas matérias pode o tribunal se manifestar sem ser provocado e a qualquer tempo, pois trata-se de matérias de ordem pública, estando acima do interesse das partes.

²⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 67. (Processo Civil Moderno; v. 2).

1.4 OS EFEITOS DOS RECURSOS PROCESSUAIS CÍVEIS

1.4.1 Efeito expansivo, translativo e substitutivo

A partir do momento no qual a parte interpõe um recurso, vários são os efeitos jurídicos que dele podem surgir. Dentre eles, podemos citar os efeitos de ordem prática, como a ampliação da relação processual, o adiamento do trânsito em julgado e a prorrogação da litispendência. Além desses efeitos de ordem prática, tendo em vista outros fenômenos existentes ao longo do processo, alguns juristas tratam, ainda, dos efeitos expansivo, substitutivo e translativo.

O efeito expansivo ocorre quando "o julgamento do recurso pode ensejar decisão mais abrangente do que o reexame da matéria impugnada, que é o mérito do recurso"³⁰. Em outras palavras, constata-se o efeito expansivo sempre que determinada matéria decidida no julgamento do recurso interfere de forma inesperada no deslinde do feito, como, por exemplo, o acolhimento de uma preliminar de litispendência que é responsável por invalidar todos os outros aspectos da sentença, uma vez que o processo será extinto sem a resolução do mérito³¹.

O efeito expansivo, segundo lições de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier:

é decorrência do princípio da causalidade, da concatenação ou da interdependência dos atos processuais, que é aquele segundo o qual, como os atos processuais existem uns em função dos outros, dependem uns dos outros, a reforma ou cassação da decisão afeta todo o segmento processual posterior, naquilo que dependerem da decisão reformada ou anulada.³²

Contudo, cabe lembrar que esse efeito expansivo não é absoluto, visto que não se mantém frente ao princípio do aproveitamento. Este afirma que o desfazimento dos atos processuais deve ocorrer sem que haja prejuízo às partes e ao princípio da segurança das relações jurídicas, como, por exemplo, institui o art.

³⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 410.

³¹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada. . In: VADE MECUM. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 408.

³² MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 113. (Processo Civil Moderno, v. 2).

250, *caput*, CPC³³, onde anulam-se apenas os atos que não possam ser aproveitados.

Já o efeito substitutivo está estabelecido no art. 512³⁴ do CPC ao afirmar que a decisão do tribunal substitui integralmente a decisão recorrida. Nas lições de Nelson Nery Júnior:

Conhecido o recurso, pelo juízo de admissibilidade positivo, passando-se ao exame do mérito recursal, haverá *efeito substitutivo* do recurso quando: a) em qualquer hipótese (*error in iudicando* ou *error in procedendo*) for negado provimento ao recurso; b) em caso de *error in iudicando*, for dado provimento ao recurso.³⁵

Por fim, o efeito translativo estará configurado "quando o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar 'fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso', sem que tal procedimento venha caracterizar julgamento *extra, ultra* ou *infra petita* [...]"³⁶. São situações nas quais pode o órgão judicial agir e pronunciar-se de ofício, independentemente de pedido ou requerimento da parte ou interessado. Contudo, o efeito translativo, por decorrer do princípio inquisitório, é situação excepcional, assim, somente ocorrerá nas hipóteses determinadas em lei.

Normalmente, verifica-se a ocorrência deste efeito quando o Tribunal analisa as chamadas questões de ordem pública, que, consoante o art. 267, § 3º, e 301, § 4º, ambos do CPC, devem ser conhecidas e julgadas *ex officio*.

No entanto, apenas os recursos ordinários possuem tal efeito. Os recursos excepcionais - extraordinário e especial - não possuem efeito translativo, já que a Constituição Federal determina que tais recursos são cabíveis somente quando o pronunciamento judicial proferido pelos tribunais inferiores decidir sobre questão constitucional ou federal (arts. 102, III e 105, III, CF). A matéria analisada pelo STF e pelo STJ já deve ter sido previamente debatida na instância *a quo*, logo, não havendo decisão sobre questão federal ou constitucional, não caberá os respectivos recursos excepcionais.

³³ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa. In: VADE MECUM. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 406.

³⁴ Ibidem, Art. 512. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso. p. 428.

³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 421.

³⁶ ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 133.

1.4.2 Efeito devolutivo

A interposição de recurso contra qualquer decisão judicial tem como efeito a devolutividade, que nada mais é do que a ocorrência de nova apreciação, por órgão jurisdicional que tenha competência para tanto, nos termos da lei processual. O direito de ação é a forma pela qual o judiciário tem conhecimento da lide e, por meio de um procedimento legal previamente instituído, profere uma decisão. O efeito devolutivo é decorrente do direito que a parte tem de ter aquela matéria novamente apreciada e decidida, através da interposição de um recurso, consagrando o princípio do duplo grau de jurisdição.

O efeito devolutivo “é aquele em virtude do qual o conhecimento da matéria é devolvido ao órgão julgante, seja superior àquele do qual emanou a decisão, seja ao próprio órgão prolator da decisão”.³⁷ Segundo Luiz Rodrigues Wambier:

Por efeito devolutivo se transfere o conhecimento das razões de recurso por força de pedido de reexame e de nova decisão, para aquele órgão da jurisdição que, via de regra, não é o mesmo que proferiu a decisão impugnada (exceção nos embargos de declaração). Trata-se de efeito evidentemente inerente aos recursos.³⁸

Traduz-se na possibilidade de o tribunal *ad quem* analisar a matéria decidida pelo órgão inferior ou até mesmo na possibilidade do próprio órgão julgador rever seu posicionamento, como, por exemplo, nos casos de oposição de embargos de declaração com efeitos infringentes. O recurso submete novamente ao poder Judiciário a apreciação da decisão impugnada, o que caracteriza o efeito devolutivo. Contudo, a mera interposição de recurso não provoca a integral apreciação da decisão recorrida. O juízo destinatário do recurso somente poderá julgar o que o recorrente tiver requerido nas suas razões de recurso, ou seja, o efeito devolutivo traz consigo a própria essência dos recursos, vez que permite que o órgão julgador reaprecie a questão posta em juízo, desde que o recorrente aponte, nas suas razões, a irresignação no que toca à análise de determinada matéria. Decorre, portanto, do princípio dispositivo, de modo que não pode o tribunal manifestar-se além da matéria que tiver sido delimitada pelo recorrente.

Isto por que:

³⁷ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 101 (Processo Civil Moderno, v. 2).

³⁸ WAMBIER, Luiz Rodriguez; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2, p. 347.

entendendo-se que o direito de recorrer é prolongamento do direito de ação, como consequência lógica deverão ser aplicados os princípios que lhe são próprios, *mutatis mutandis*. Se, em regra, o juiz somente presta a tutela jurisdicional mediante a provocação das partes (CPC, art. 2º), e se a prestação jurisdicional encontrará seu limite no pedido formulado pelo autor (CPC, art. 128 e 460), assim também o recurso interposto devolve ao órgão julgador *ad quem* apenas o conhecimento da matéria que tiver sido objeto do recurso.³⁹

Dessa forma, o pedido de nova decisão fixa os limites e o âmbito da devolutividade dos recursos, é o chamado *tantum devolutum quantum appellatum*. O objeto da devolutividade é o mérito do recurso, a matéria que deverá ser apreciada pelo órgão julgador para prover ou improver o recurso.

A existência do efeito devolutivo no ordenamento brasileiro impede a chamada *appellatio generalis*, pela qual a mera interposição do recurso seria suficiente para que o órgão *ad quem* reapreciasse toda a matéria objeto da lide, independentemente de impugnação específica. Por conta disso, também não é possível a *reformatio in pejus*, pois se a parte não interpôs o recurso cabível, é porque aceitou os termos da decisão proferida, não podendo ser beneficiada por um novo julgamento, que prejudicaria a situação da parte recorrente. No entanto, ressalvas devem ser feitas às matérias de ordem pública que podem ser conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, desde que observado o princípio translativo, acima explanado.

Também é característica do efeito devolutivo, assim como dos recursos em geral, o fato de prolongar o procedimento, "[...], pois faz com que o processo fique pendente até que a decisão judicial não mais seja impugnável, quer pela inércia da parte em não interpor recurso, quer pelo esgotamento da instância recursal"⁴⁰, adiando a formação da coisa julgada. Assim também entende José Miguel Garcia Medina, ao afirmar que o efeito devolutivo:

Tem por base a interposição do recurso e suas consequências relativamente á decisão recorrida. Em qualquer dos casos, havendo devolução para reexame e eventual alteração da decisão, esta não pode, antes disso, se tornar definitiva. Por isso, em razão do efeito devolutivo, impede-se a formação da coisa julgada, ou a preclusão acerca da decisão recorrida.⁴¹

³⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 102-103(Processo Civil Moderno, v. 2).

⁴⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 371.

⁴¹ MEDINA, José Miguel Garcia; Op cit., p. 102.

O efeito devolutivo está presente em todos os recursos do Processo Civil brasileiro, até mesmo por trazer consigo características essenciais ao sistema recursal, conforme observado acima.

Há que se diferenciar o efeito devolutivo nos recursos de fundamentação livre e nos recursos de fundamentação vinculada. Naqueles o efeito devolutivo manifesta-se com maior intensidade, visto que o recorrente pode suscitar o reexame de toda a matéria submetida ao juízo *a quo*, desde que decidida por este, salvo aquelas que podem ser conhecidas de ofício. Nestes, o efeito devolutivo é limitado, porque a matéria passível de conhecimento, em relação a este recurso, é restringida. Conforme José Miguel Garcia Medina:

Em relação aos recursos sujeitos possíveis fundamentos são delimitados pela lei, o efeito devolutivo também se manifesta, mas vincula-se à natureza do recurso, ocorrendo de forma diferente. É que, por ter seu âmbito de cabimento limitado a certas questões, tais recursos, em regra, não são aptos a devolverem ao juízo *ad quem* toda e qualquer matéria que venha a ser delimitada pelo recorrente, no recurso, dentre aquelas debatidas na decisão recorrida.⁴²

Em se tratando especificamente do recurso especial, objeto do presente trabalho, o efeito devolutivo é limitado, pois o recurso especial é recurso de fundamentação vinculada, visto que tem cabimento apenas dentro das hipóteses previstas no art. 105, III, CF. Assim, há a devolução tão somente da matéria decidida pelo juízo inferior que trate de legislação federal infraconstitucional, não devolvendo ao Tribunal a totalidade da matéria decidida pelo órgão *a quo*.

1.4.3 Efeito suspensivo

O efeito suspensivo “é aquele em virtude do qual se impede a produção imediata dos efeitos da decisão, qualidade esta que perdura até o julgamento do recurso, com a preclusão ou com a coisa julgada”⁴³. Segundo doutrina de Luiz Orione Neto, “[...] é a propriedade do recurso que leva ao adiamento da produção

⁴² MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 105. (Processo Civil Moderno, v. 2).

⁴³ *Ibid.*, p. 102.

dos efeitos normais da decisão hostilizada, a partir do momento em que é possível impugná-la" ⁴⁴.

Cândido Rangel Dinamarco, aponta que:

[...] o efeito suspensivo, de que alguns recursos são dotados, consiste em impedir a pronta consumação dos efeitos de uma decisão interlocutória, sentença ou acórdão, até que seja julgado o recurso interposto. Este efeito não incide sobre a decisão judicial recorrida, como ato processual sujeito a ser cassado e eventualmente substituído por outro, mas propriamente sobre os efeitos que eles se destinam a produzir. O recurso pode ter o efeito de obstar à eficácia natural de que os atos judiciais são, refreando sua natural tendência a produzir no processo ou no mundo exterior os efeitos indicados na parte dispositiva. ⁴⁵

Em suma, o efeito suspensivo é aquele que impede a executoriedade da decisão recorrida, pois a execução não pode ser efetivada até que seja julgado o recurso. Alguns autores, erroneamente, costumam atribuir como consequência do efeito suspensivo a postergação da formação da coisa julgada. Conforme abordado anteriormente, essa característica é do efeito devolutivo, sendo a principal característica do efeito suspensivo a impossibilidade de materialização do julgado (executando-se provisoriamente), tendo em vista a suspensão dos efeitos da decisão impugnada.

A suspensividade do *decisum* teria, portanto, início desde a publicação do julgado e terminaria com a não-interposição do recurso ou com o julgamento deste, ou seja, durante o transcurso do prazo recursal, caso a lei atribua ao recurso cabível o efeito suspensivo, não é possível promover a execução do julgado (provisória ou definitiva).

"O efeito suspensivo do recurso, portanto, tem início com a publicação da decisão impugnável por recurso para o qual a lei prevê o efeito suspensivo, e termina com a publicação da decisão que julga o recurso". ⁴⁶

Esse raciocínio é aplicado apenas àqueles recursos a que a lei atribui o efeito suspensivo, o que não ocorre com aquele objeto do presente trabalho: o recurso especial. No caso do RESP, tão logo é publicado o acórdão, passa ele a produzir todos os seus efeitos, cabendo, inclusive, o ajuizamento da execução provisória.

⁴⁴ ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 127.

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Os efeitos dos recursos.** A nova era do processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 136

⁴⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 384.

O Professor Luiz Rodrigues Wambier distingue o efeito suspensivo em duas modalidades: o típico e o atípico ⁴⁷. O professor entende como efeito suspensivo típico aquele no qual a suspensão da eficácia da decisão impugnada decorre da simples interposição do recurso, como, por exemplo, no caso da apelação que, em regra geral, é dotada do efeito suspensivo (art. 520, CPC). Assim, a partir do momento no qual se pode recorrer de uma decisão para a qual foi prevista recurso que basta ser interposto para gerar o efeito suspensivo, o ato já é considerado ineficaz. Se o recurso é interposto essa ineficácia tão somente se prolonga no tempo, até o recurso ser julgado, se não-interposto, com o trânsito em julgado cessa a ineficácia da decisão proferida.

Por outro lado, o efeito suspensivo atípico é aquele que decorre de um pedido do recorrente no próprio recurso (como no caso do art. 558, CPC) ou com o ajuizamento de uma medida cautelar visando à atribuição de tal efeito. São recursos que, interpostos, não obstam os efeitos da decisão recorrida, portanto, estes realmente tem o condão de suspender a decisão, quando dotados desse efeito.

Assim, “no direito brasileiro, existem situações em que a definição do efeito suspensivo dos recursos deriva de disposição legal, e casos em que a possibilidade de suspensão dos efeitos da decisão recorrida depende de decisão judicial” ⁴⁸. A primeira situação é designada de efeito suspensivo *ope legis*, enquanto a segunda é denominada efeito suspensivo *ope judicis*.

Verifica-se, hodiernamente, que o efeito suspensivo *ope judicis* tem se sobressaído em relação ao *ope legis*, pois mesmo nos casos em que a norma fixa taxativamente os efeitos de um recurso, estes estão sendo interpretados pela jurisprudência de forma sistemática, em atenção às outras normas, principalmente as constitucionais.

Tanto é assim que vislumbramos, atualmente, três espécies de recurso, quanto ao efeito suspensivo: recursos que, em regra, possuem efeito suspensivo, como a apelação, conforme o *caput* do art. 520, CPC; recursos que, em regra, não possuem efeito suspensivo, mas podem ter tal efeito, como as exceções trazidas nos incisos do art. 520, CPC e; recursos que não possuem nem podem ter efeito suspensivo,

⁴⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 360.

⁴⁸ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 109. (Processo Civil Moderno; v. 2).

mas em relação aos quais pode-se manejar medida cautelar com o intuito de suspender os efeitos da decisão recorrida.

Esta última situação é a que se aplica ao recurso especial, tema do presente trabalho. E essa possibilidade de suspender os efeitos da decisão impugnada através de medida cautelar é conseqüência da interpretação sistemática acima tratada. Isso, porque há muito restou superada a idéia de que os efeitos dos recursos não podem ser fixados pelo juiz.

Inúmeros são os casos, não só no sistema recursal, mas em todo o sistema processual civil, em que em vez de regular taxativamente as situações merecedoras de tutela, a norma jurídica indica ao juiz apenas o objetivo a ser alcançado, deixando à atividade judicial a determinação da tutela mais adequada diante do caso concreto.

Dessa forma, a atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial é medida excepcional, e será conferido através de medida cautelar, como se verá no item 4 deste trabalho.

2 RECURSO ESPECIAL

2.1 ORIGEM E FINALIDADE DO RECURSO ESPECIAL

Visando a manutenção da ordem jurídica, o Estado cria recursos voltados ao próprio aperfeiçoamento da aplicação das leis, de modo que prevaleça a melhor interpretação da norma jurídica controvertida. Um desses recursos é o recurso especial.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 entendeu a Assembléia Nacional Constituinte, visando solucionar a chamada "crise do Supremo", ser necessária a criação de um tribunal responsável pela defesa e por uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional. O Supremo Tribunal Federal encontrava-se abarrotado de recursos extraordinários aguardando julgamento. Àquela época, inexistia no sistema recursal brasileiro o recurso especial. O recurso extraordinário (RE) é que deveria ser manejado pela parte quando a decisão recorrida contrariasse dispositivo da Constituição ou quando negasse vigência a tratado ou lei federal⁴⁹, ou seja, o RE, anterior a 1988, fazia as vezes dos atuais recurso extraordinário (violação à Carta Magna) e recurso especial (ofensa à legislação infraconstitucional).

Assim, a Constituição de 1988 concebeu o Superior Tribunal de Justiça e um novo sistema recursal, qual seja o recurso especial, o qual tinha por objetivo diminuir o volume de processos em trâmite na Suprema Corte.

Tal recurso tem como função “proteger a integridade e a uniformidade de interpretação do direito federal infraconstitucional”.⁵⁰ O recurso especial, nas palavras de Carlos Mário da Silva Velloso, é “o remédio instituído para viabilizar o STJ como guardião do direito federal comum”.⁵¹ Araken de Assis sintetiza a finalidade do recurso especial ao dizer que “além de preservar a integridade do

⁴⁹ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 139.

⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.5, p. 589.

⁵¹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça – Competências originária e recursal. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 11.

direito federal, tarefa inerente ao federalismo, o recurso especial atua como mecanismo apto a garantir a uniformidade da interpretação emprestada, nos tribunais locais e regionais, àquele direito”.⁵²

Consagrava-se, dessa forma, no art. 105, III da Constituição Federal, o recurso especial.

2.2 PRESSUPOSTOS DO RECURSO ESPECIAL

Os pressupostos gerais do recurso especial são os mesmos atinentes aos outros recursos, ou seja, exige-se a tempestividade, interesse recursal, legitimidade, cabimento, regularidade formal, inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer e preparo. Além destes, há os pressupostos específicos: existência de causa decidida em única ou última instância por um dos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais, configuração de alguma das hipóteses das alíneas do inciso III do art. 105 da Constituição e prequestionamento.

José Miguel Garcia Medina entende, entretanto, que:

[...] o *único fundamento* destes recursos é a *alegação de contrariedade* à norma constitucional ou federal-infraconstitucional, a que se referem as alíneas *a* dos art. 102 e 105 da Constituição. Às demais situações previstas nas alíneas seguintes dos incisos III dos dois dispositivos constitucionais chamamos de *hipóteses de cabimento*, pois, segundo nos parece, os recursos extraordinário e especial não podem ser interpostos e, rigorosamente, não podem ser admitidos se baseado nas letras *b* e seguintes, isoladamente. Diante disso, as alíneas *b* e seguintes são desdobramentos ou especificações da letra *a*.⁵³

Abordaremos detalhadamente apenas os pressupostos específicos, dada a especificidade do trabalho. No entanto, antes dessa análise, é importante estabelecer qual o conceito de ‘causa’ de que trata o art. 105, III, da Carta Republicana. O Ministro Antônio de Pádua Ribeiro explica que:

Na exegese do inciso [inciso III do art. 105 da CF], a primeira questão a ser examinada concerne ao conceito de "causas". A propósito, ensina Amaral

⁵² ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 774.

⁵³ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 213 (Processo Civil Moderno, v. 2).

Santos que "causa é qualquer questão sujeita à decisão judiciária, tanto em processo de jurisdição contenciosa como em processos de jurisdição voluntária". O texto constitucional emprega, portanto, a palavra "causa" em sentido amplo. O seu conceito é mais abrangente que o de "ação".⁵⁴

Assim, o termo "causa" possui "o sentido amplíssimo já preconizado no recurso extraordinário. Basta que no julgamento de algum processo, se apliquem normas federais"⁵⁵. Logo, o recurso especial pode ser manejado quando a causa tiver sido apreciada em única ou última instância por um Tribunal de Justiça ou por um Tribunal Regional Federal. A Constituição, dessa forma, possibilita a interposição do especial tanto nas causas de competência originária das Cortes inferiores (única instância) quanto naquelas que chegaram aos Tribunais em grau de apelação ou agravo de instrumento (última instância). Exige-se que a decisão da qual se irá recorrer seja decisão de única ou última instância, deve haver o esgotamento das vias ordinárias de impugnação, ou seja, enquanto for cabível um recurso ordinário, não será possível a interposição do recurso especial. A decisão, portanto, deve ser final, inexistindo outro recurso cabível na Corte de origem. Ainda, tal decisão precisa ser proferida por um Tribunal. Este requisito é que gera o não cabimento do recurso especial nos juizados especiais, pois Colégio Recursal não é Tribunal,

José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier lecionam que:

os recursos extraordinário e especial têm como pressuposto de cabimento o esgotamento das vias ordinárias. Sendo cabíveis, ainda recursos ordinários, eles é que deverão ser interposto primeiramente, e não diretamente os excepcionais.⁵⁶

O STF expressa tal entendimento através da Súmula 281, a qual tem sido observada também pelo STJ, que dispõe: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada".

A existência de uma das hipóteses das alíneas do inciso III do art. 105⁵⁷ da Constituição Federal está intimamente ligada ao cabimento do recurso. A parte só

⁵⁴ RIBEIRO, Antônio de Pádua. Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.53

⁵⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça – Competências originária e recursal. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 33.

⁵⁶ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 216. (Processo Civil Moderno, v. 2).

⁵⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 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

pode utilizar a via especial no caso de configurada alguma das ofensas elencadas no mencionado inciso. Essas alíneas serão detalhadamente examinadas nos tópicos a seguir.

O prequestionamento, por sua vez, corresponde à necessidade manifestação do órgão julgador *a quo* sobre a questão federal que se queira levar ao conhecimento dos Tribunais Superiores. “Consiste na afloração da questão federal no acórdão impugnado”⁵⁸. Contudo, não basta a questão federal ter sido suscitada pela parte, o órgão judiciário deverá julgá-la motivadamente para que se configure o prequestionamento. A matéria que será objeto do recurso deve ter sido alegada, discutida e decidida na decisão impugnada. O pré-questionamento busca evitar o enfrentamento de novas questões no recurso especial.

Conforme José Miguel Garcia Medina o prequestionamento é:

[...] a exigência de que *da decisão* conste esta discussão que houve entre as partes sobre a *questão constitucional ou federal*. Na verdade, então, o prequestionamento da decisão seria o reflexo da atividade das partes ao longo do processo. Caso este prequestionamento (das partes) não se refletisse na decisão, teria havido omissão do Judiciário, supável pela via dos embargos de declaração.⁵⁹

Assim, o recorrente não pode apresentar a matéria legal supostamente violada pela primeira vez no momento da interposição do RESP, sob pena de ofensa à própria essência do recurso especial.

Sobre o tema, o STJ editou a Súmula 211, a qual afirma que “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”. Sendo a função precípua do STJ a de defender e uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, é indispensável que a matéria posta à sua apreciação tenha sido previamente debatida no Tribunal de origem. Não fosse assim, o STJ seria uma terceira instância, o que foge do seu objetivo maior. Nesta seara, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo divergem, pois aquele exige que o órgão judiciário se pronuncie sobre 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. In: VADE MECUM, 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44.

⁵⁸ ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 779.

⁵⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 222. (Processo Civil Moderno, v. 2).

matéria suscitada e, em caso de omissão, conheça dos embargos declaratórios, enquanto este entende que, opostos os embargos de declaração, considera-se preenchido o requisito do prequestionamento, ainda que os embargos não sejam conhecidos ou providos. É o chamado prequestionamento ficto.

Conforme leciona Araken de Assis, a par das divergências quanto à ocorrência ou não do prequestionamento:

quatro breves observações finais se impõem nesse tema tão controverso. Primeira: a falta de indicação precisa do número da lei ou do artigo da lei federal por ventura infringido no acórdão não descaracteriza o prequestionamento (neste caso, dito “implícito”), apesar de se mostrar imprescindível que o dispositivo vulnerado seja apontada pelo recorrente. Segunda: é preciso prequestionar as questões de ordem pública, embora conhecíveis de ofício, no caso de o tribunal *a quo* deixar de resolvê-las explicitamente no acórdão, ou porque surgem no próprio julgamento. Terceira: a decisão impugnada decorre da resolução da maioria, motivo porque a questão federal ventilada no voto vencido não satisfaz o requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula do STJ, n. 320. Quarta: a menção ao dispositivo legal no relatório é irrelevante”.⁶⁰

Por fim, no que toca ao cabimento do recurso especial, a Carta Magna é expressa ao elencar nas alíneas do inciso III do art. 105 quais são essas hipóteses.

2.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

Após verificados os pressupostos gerais e específicos do recurso especial, a eles se somarão uma das hipóteses abaixo, as quais estão previstas no art. 105, III, “a”, “b” e “c” da Constituição Federal.

2.3.1 Contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal

A primeira hipótese de cabimento do recurso especial está disposta no art. 105, III, “a”, CF. Ocorre quando o acórdão recorrido contraria tratado ou lei federal, ou nega-lhes vigência. Importante definir o conceito de “contrariar” e “negar vigência”. O primeiro significa aplicar a norma jurídica correta, mas com

⁶⁰ ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 781.

interpretação equivocada, enquanto o segundo é não aplicar a norma legal adequada, correta ao caso.

Nas palavras de Nelson Luiz Pinto:

[...] toda vez que a decisão de última ou única instância, tomada por um daqueles órgãos elencados no inciso III do art. 105 da Constituição, disser respeito à aplicação de uma lei federal ou de um tratado que tenha sido incorporado ao ordenamento positivo nacional por força de lei e for *questionada* a aplicação dessa lei ou tratado, sob o argumento de sua contrariedade ou negativa de vigência, será cabível o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, órgão a quem compete, em última instância, a manutenção da ordem legal infraconstitucional.⁶¹

A interpretação de “lei federal” é ampla, não interessando a espécie de lei, se lei ordinária, complementar, etc., mas sua abrangência territorial nacional. Assim, até as medidas provisórias entram nesta interpretação. Todavia, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso aponta que, para uma melhor interpretação da alínea “a” do art. 105, III, CF, deve-se entender lei federal como direito federal⁶², excetuando-se, entretanto, portarias, resoluções, instruções normativas, convênios e todos os chamados ‘atos normativos internos’. A inclusão dos tratados se justifica porque ao ingressarem no direito brasileiro ganham força de Lei Ordinária, que nada mais é que uma lei federal.

Importante observação deve ser feita após a edição da Emenda Constitucional nº 45, haja vista a introdução do §3º ao art. 5º da Constituição. Segundo esse novo parágrafo, “[...] os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Assim, caso haja violação a um desses tratados, cabe à parte a interposição de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, ainda que inexista expressa previsão nesse sentido no art. 102, III, da CR, e não de recurso especial, como *a priori* pode parecer pelo fato de se referir a tratado, pois os tratados sobre direitos humanos ingressam no ordenamento brasileiro com *status* constitucional.

⁶¹ PINTO, Nelson Luiz. **Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça**. Teoria geral e admissibilidade. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 114.

⁶² VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça – Competências originária e recursal. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p 36.

A interposição do recurso com base na alínea "a" exige a indicação do preceito do tratado ou da lei federal que foi ofendida pelo acórdão recorrido. A não-indicação leva ao não-conhecimento do recurso especial, por aplicação analógica da Súmula 284/STF ⁶³. Por outro lado, presentes a indicação da norma violada e os demais requisitos de admissibilidade, o relator deve conhecer o recurso e passar para análise do mérito. Caso esteja configurada a ofensa apontada, o recurso especial deverá ser provido, sendo o improvimento o destino daquele recurso no qual não esteja configurada a violação.

O Ministro Athos Gusmão Carneiro resume o cabimento do recurso especial pela presente alínea: "a letra a, em resumo, é para os casos em que a tese da decisão não coincide com a tese da lei". ⁶⁴

2.3.2 Prevalência da lei federal frente a ato de governo local (art. 105, III, "b", CF)

O segundo caso de cabimento do recurso especial está elencado na alínea "b" e é aquele no qual o Tribunal *a quo* julga válido ato do governo local em face da norma infraconstitucional federal. "Governo local" significa governo municipal ou estadual. Sendo que o ato é o de natureza administrativa, ou seja, ato administrativo, quer seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Ou seja, diante do embate entre o disposto na lei federal e no ato do governo local, decide o Tribunal de origem pela validade do ato governamental. "Neste caso, o problema é de mera legalidade: trata-se de saber se o ato infralegal respeito a lei federal". ⁶⁵

Observe-se que a via especial somente restar-se-á aberta na hipótese de o Tribunal julgar *válido* o ato do governo, sendo, portanto, incabível o RESP na situação em que o Tribunal não convalida o ato do governo local por eventual ofensa à legislação.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula nº 284, STF. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." In: VADE MECUM. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1786.

⁶⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 120.

⁶⁵ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 215. (Processo Civil Moderno, v. 2).

O Professor Bernardo Pimentel Souza aponta que a expressão 'ato de governo local' alcança os atos oriundos dos Poderes Executivo e Legislativo estaduais e municipais, além daqueles do Judiciário estadual, com exceção dos atos jurisdicionais, que podem ser reformados por meio do recurso cabível.^[12]

A Emenda Constitucional nº 45 retirou da alínea "b" o julgamento do confronto de leis locais perante leis federais. Agora, a competência para apreciar essa questão é da Suprema Corte (art. 102, III, "d", CF).

Da mesma forma como acontece com a alínea "a", basta a indicação da validação de ato do governo local em face da lei federal, devidamente debatida pelo Tribunal de origem, para que seja conhecido o recurso especial. Entendendo o STJ que o ato governamental não violou a legislação, permanecerá ele intocável. Por outro lado, caso a Turma competente verifique a ofensa da lei federal pelo ato do governo, o recurso especial será provido, desfazendo-o na parte em que violar os preceitos legais. O objetivo maior da letra "b" do art. 105, III, CF consiste em evitar que os atos dos governos ofendam a legislação nacional.

2.3.3 Divergência jurisprudencial

Finalmente, a alínea "c" do art. 105, III da Carta Maior estabelece o cabimento do recurso especial para a situação em que o Tribunal *a quo* deu à lei federal em análise uma interpretação divergente daquela atribuída por outro Tribunal. O propósito é a uniformização de jurisprudência, mas para que seja cabível o recurso especial é indispensável que a divergência seja entre Tribunais diferentes, podendo tratar-se de Tribunais de diferentes Justiças e, até mesmo, com o próprio STJ. Ainda, a divergência deve ser atual, ou seja, o acórdão paradigma (aquele trazido de outro Tribunal para fins de comparação com o acórdão recorrido) deve representar o entendimento atual do Tribunal.

A função maior do STJ está demonstrada nessa alínea, qual seja a de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional em todo território nacional ou nas palavras do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Na alínea c situa-se a mais importante função do recurso especial: uniformizar a interpretação do direito federal no País, quando haja manifesta divergência envolvendo tribunais diferentes, um dos quais poderá ser o próprio Superior Tribunal de Justiça, podendo o dissenso ocorrer também entre Tribunais de um mesmo Estado (*verbi gratia*, de Justiça e de Alçada) e mesmo com julgados de Tribunais não mais competentes na matéria (exemplifique-se com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sistema constitucional anterior, em matéria infraconstitucional).⁶⁶

Ainda, a divergência jurisprudencial deve se configurar entre Tribunais distintos, já que o dissenso dentro das turmas de um mesmo tribunal deve ser solucionado pelo incidente de uniformização de jurisprudência, de competência do próprio tribunal que apresentar as decisões divergentes. Por conta disso, o Superior Tribunal de Justiça editou a Sumula 13 que assim dispõe a divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial.⁶⁷

Em verdade, a hipótese de cabimento do RESP pela alínea “c” nada mais é do que um maior detalhamento daquela da alínea “a”. Para que a parte possa manejar o recurso especial para o STJ com base na alínea “c”, é indispensável que a legislação federal tenha sido supostamente mal-interpretada pelo Tribunal de origem, e a confirmação disso é a existência de julgados de outros tribunais que tenham decidido caso semelhante de maneira distinta. Em suma, a inserção da alínea “c” no texto constitucional é apenas um reforço do caso apresentado pela alínea “a”. Assim entende o professor Jose Miguel Garcia Medina:

a hipótese prevista na alínea c do inciso II do art. 105 é perfeitamente ajustável à alínea a do mesmo dispositivo constitucional. Isso porque o recorrente, nesse caso, mesmo indicando decisões divergentes da impugnada, deverá imputar-lhe a pecha da contrariedade à lei federal.⁶⁸

Para demonstrar a divergência, a parte recorrente deverá colacionar os julgados conflitantes de outros tribunais, demonstrando analiticamente que se trata de casos semelhantes, mas com soluções distintas.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira:

⁶⁶ 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: Saraivá, 1991. p. 70.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, Brasília, DF, 08.11.1990, DJ 14.11.1990, p. 13.025. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=13&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

⁶⁸ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 215. (Processo Civil Moderno, v. 2).

[...] a mera divergência, por si só, nada revela sobre o acerto ou desacerto quer da decisão recorrida, quer da que se invoca como padrão: em qualquer das duas, obviamente, pode encontrar-se a interpretação melhor. Não é o simples fato de ter adotado, quanto a norma de direito federal, tese discrepante da adotada em acórdão de outro tribunal que necessariamente desacredita a decisão recorrida. Com frequência acontece que essa decisão, apesar de configurada a divergência, está rigorosamente certa e, por conseguinte, não merece reforma. Supondo-se presentes os demais requisitos, o dissídio basta para tornar admissível o recurso especial: não, porém, para torná-lo fundado. Em, casos do gênero, toca ao Superior Tribunal de Justiça – e ele assim procede – conhecer do recurso e negar-lhe provimento.⁶⁹

Por outro lado, configurado o dissenso e entendendo a Corte que o acórdão recorrido não deu a melhor interpretação da lei federal no caso concreto, o recurso especial deverá ser conhecido e provido.

O Ministro Athos Gusmão Carneiro sintetiza afirmando que o objetivo da alínea “c” do art. 105, III, CF, é fixar, diante das decisões conflitantes, “[...] qual a exegese que corresponde à exata vontade da lei (num determinado momento e contexto históricos), para que essa exegese, além da aplicação no caso concreto, passe a servir como orientação nos Tribunais estaduais e regionais”.⁷⁰

⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Que significa não conhecer de um recurso? Temas de direito processual, Sexta série, p. 127 In: OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 243.

⁷⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 120.

3 MEDIDA CAUTELAR PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL

3.1 O CARÁTER EXCEPCIONAL DA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RESP

Dentre as funções jurisdicionais, a de natureza cautelar se destaca como reflexo do princípio constitucional de acesso à justiça⁷¹, que significa a garantia de se poder buscar e obter a proteção jurisdicional do Estado para o direito que tenha sido lesado ou que sofra ameaça de lesão.⁷² Nesse passo, a medida cautelar é interessante técnica processual⁷³ através da qual se visa obstar a eficácia das decisões impugnadas por meio dos recursos para os quais não foi previsto, em regra, o efeito suspensivo.

O recurso especial é um dos recursos para os quais, em regra, não foi previsto o efeito suspensivo, visto que o §2º do art. 542 do Código de Processo Civil estabelece que “os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”, por isso o caráter excepcional quando da concessão da medida.

José Carlos Barbosa Moreira entende que tal dispositivo dá a falsa impressão de conceder uma devolução ampla da matéria que foi decidida pelo órgão judiciário inferior, quando, talvez, a pretensão do legislador tenha sido a de reafirmar a exclusão do efeito suspensivo a esses recursos excepcionais, já expressa no art. 497 do CPC, no que se refere à execução da sentença. Afirma, ainda, o processualista civil: “[...] mas é bem de ver que afirmar o efeito devolutivo não implica, por si só, negar o suspensivo: um não é o contrário do outro, nem aquele incompatível com este [...]”⁷⁴.

⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. In: VADE MECUM. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9.

⁷² WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 384.

⁷³ Ibid., p. 359.

⁷⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5, p. 580.

A questão é que, sem o efeito suspensivo, pode a parte vencedora promover a execução provisória do julgado, o que, em alguns casos, causaria dano irremediável à parte sucumbente.

Humberto Theodoro Júnior aponta situações nas quais a possibilidade da execução pode ser irreversível, o que tornaria inócuo o julgamento do recurso especial, como, por exemplo, a possibilidade de despejo de um estabelecimento comercial ou a reintegração na posse de equipamento vinculado à alienação fiduciária. "Perdido o ponto comercial ou paralisado o parque fabril, o dano suportado pela parte será de tal monta que, perante ele, pouca importância terá a reforma do julgado pela instância recursal"⁷⁵.

Seguindo o posicionamento da doutrina, os Tribunais superiores têm admitido a utilização de medida cautelar com o fim de suspender os efeitos da decisão recorrida na pendência de julgamento dos recursos extraordinário e especial. Tanto é assim, que há previsão nos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ao afirmarem suas respectivas competências para o conhecimento do processo cautelar incidental. Assim dispõe o artigo 34, inciso V, e art. 288 do RISTJ:

Art. 34 - São atribuições do relator: V - submeter à Corte Especial, à Seção ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa; VI - determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, "ad referendum" da Corte Especial, da Seção ou da Turma.

Art. 288 - Admitir-se-ão medidas cautelares nas hipóteses e na forma da lei processual. § 1º O pedido será autuado em apenso e processado sem interrupção do processo principal. § 2º O relator poderá deferir liminarmente a medida "ad referendum" do órgão julgador competente.

No Supremo Tribunal Federal o art. 34 prevê que "admitir-se-ão medidas cautelares nos recursos, independentemente dos seus efeitos" e, dentre as atribuições do relator, enumera as mesmas atribuições do relator do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Art. 21 - São atribuições do Relator: IV - submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa; V - determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, "ad referendum" do Plenário ou da Turma.

⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela cautelar durante tramitação de recurso. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 243.

Tais regimentos internos dos tribunais superiores determinam a competência para o conhecimento do processo cautelar incidental, enquanto seu cabimento decorre eminentemente da aplicação da Constituição Federal e do Código de Processo Civil.⁷⁶

Importante ressaltar que, apesar de o posicionamento majoritário entender ser possível a concessão do efeito suspensivo ao RESP em casos excepcionais, encontram-se na doutrina brasileira algumas importantes vozes que não admitem seja atribuído citado efeito ao recurso especial.

O Ministro Francisco Peçanha Martins é defensor da impossibilidade de atribuir ao recurso especial o efeito suspensivo. Entende ele que a vontade da lei não é a de conferir ao RESP tal efeito, já que o §2º do art. 542 do CPC é categórico ao atribuir a esse recurso o efeito devolutivo. O Ministro Peçanha é veemente ao afirmar que pensar de modo contrário é agir *contra legem*, pois a interpretação do citado dispositivo legal não comporta outros entendimentos. Quisesse o legislador dar ao recurso especial o efeito suspensivo, teria inserido ressalva no §2º do art. 542 do CPC afirmando que, em casos excepcionais, o RESP seria recebido no duplo efeito. Por conta disso, o Ministro Peçanha Martins costuma indeferir tais pleitos, como afirmou no trecho do voto proferido, o qual abaixo se transcreve:

Trata-se de Medida Cautelar inominada para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial ainda em fase de admissibilidade no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Tenho posição firmada neste Tribunal pelo não cabimento de cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido pelo Presidente do Tribunal *a quo*, seja porque submetido à competência do juízo original (art.541/CPC), seja porque a lei processual expressamente confere ao especial efeito devolutivo (art. 542, § 2º/CPC). É certo que se vem deferindo efeito suspensivo a recurso a que a lei, peremptoriamente, só dá efeito devolutivo. Não o faço por entender que o juiz não pode julgar *contra legem* (art. 542, § 2º/CPC), nem o poder de cautela o permite. Submetido, ainda, o processo à competência do juízo "*a quo*", entendo que não cabe, nos termos da C.F/88 e da lei, invadir a sua competência (MC 1.516, MC 385 E MC 1.560). Por tais razões, indefiro a medida cautelar. Publique-se. Intime-se.⁷⁷

⁷⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 375.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, AgRg na MC 10517/SP, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Brasília, DF, 20.09.2005, DJ 22.03.2006, p. 151. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501359394&dt_publicacao=22/03/2006>. Acesso em 21 jan. 2011.

O também Ministro do STJ, Franciulli Netto, possuía posicionamento mais brando. Acreditava ser possível a atribuição do efeito suspensivo ao RESP em casos excepcionalíssimos, não aceitando, no entanto, nos casos de recursos especiais não interpostos ou pendentes de admissibilidade no Tribunal *a quo*, como se verifica do seguinte comentário:

Pessoalmente, tenho votado, acompanhando o modo de julgar hoje pacífico no Excelso Supremo Tribunal Federal, ser inadmissível emprestar-se efeito suspensivo a recurso especial não interposto ou, se ajuizado, ainda sujeito ao juízo de admissibilidade por parte do Presidente do Tribunal *a quo*. [...] Nessa esteira, a viabilidade de medida cautelar depende da interposição e do juízo de admissibilidade do recurso especial no tribunal de origem, uma vez que a competência do tribunal superior apenas se justifica por força do recurso especial, pois não faria sentido a apreciação de uma cautelar sem o ulterior recurso especial.⁷⁸

Embora possua renomados representantes, a tese que não aceita o efeito suspensivo ao recurso especial é minoritária sendo que doutrina e jurisprudência nacionais são quase unânimes ao afirmarem ser possível a concessão deste efeito ao recurso especial em casos excepcionais nos quais a não-atribuição do efeito suspensivo pode ser responsável por lesões graves e de difícil reparação.

Portanto, a medida cautelar com intuito de atribuir efeito suspensivo ao RESP é um verdadeiro “mecanismo de busca e outorga da prestação jurisdicional do Estado”⁷⁹ que visa garantir a efetividade de que se deve revestir toda decisão judicial, sob pena do sistema jurídico tornar-se um sistema inócuo.

3.2 REQUISITOS DA MEDIDA CAUTELAR PARA OBTENÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL

O provimento cautelar possui pressupostos específicos para sua concessão, que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do

⁷⁸ FRANCIULLI NETTO, Domingos. Concessão de efeito Suspensivo em Recurso Especial. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça**, v. 37, n. 263, p. 09-20, abr. 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1917/Concess%C3%A3o_de_Efeito_Suspensivo.pdf;jsessionid=B87B7ADD040D745BBBA7A590D66732C7?sequence=1>. Acesso em: 21 jan. 2011.

⁷⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 363.

provimento jurisdicional principal. O *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* são os pressupostos das medidas cautelares.

Assim, por meio de uma medida cautelar inominada na qual os pressupostos acima devem estar contemplados, pleiteia-se, através do pedido de liminar, a concessão do efeito suspensivo ao recurso especial.

Nas lições coordenadas por Luiz Rodrigues Wambier:

Medida cautelar é o termo genérico que abrange todo e qualquer meio de proteção à eficácia de provimento jurisdicional posterior ou de execução. Abrange, portanto, as ações cautelares. Açambarca, também, as medidas liminares proferidas em ação cautelar. E mais: diz também respeito a tantas quantas liminares houver, em outros procedimentos, fora do CPC ou mesmo dentro dele, que tenham como pressuposto o *periculum* e, correlatamente, como finalidade, a de evitar a ineficácia do processo principal (e mesmo de outro processo em que esta liminar esteja inserida).⁸⁰

O mesmo Professor Luiz Wambier, em artigo sobre o tema deste trabalho, leciona que:

[...] a função cautelar aparece como verdadeiro reflexo da garantia constitucional do amplo acesso à justiça. Se este direito de buscar a tutela estatal significa, de modo amplo, direito de buscar e *de obter* a proteção judicial para o direito lesado (ou ameaçado), o processo cautelar *serve* a esse objetivo maior, de forma a permitir que, nas próprias entranhas do Poder Judiciário, se tomem medidas capazes de garantir a eficácia de suas decisões ou a preservação de bens e direitos, cuja índole seja também protegida pelo sistema. Sempre que houver risco na ineficácia do provimento jurisdicional principal (ou das atividades jurisdicionais, como acontece na execução, por exemplo), e o direito alegado for plausível, a parte se pode servir de medidas cautelares, que são, em última análise, voltadas à proteção e ao resguardo do resultado útil da atividade jurisdicional.⁸¹

Além das medidas cautelares especificamente previstas no Código de Processo Civil, nosso sistema contém previsão que autoriza o Poder Judiciário a conceder qualquer outra medida de caráter acautelatório que seja necessária e suficiente para cumprir a finalidade do processo. É o chamado poder geral de cautela, através do qual o juiz concede o efeito suspensivo ao RESP pleiteado pela parte por meio da medida cautelar inominada. O poder geral de cautela tem origem

⁸⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 37.

⁸¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1997, p. 362.

na Constituição Federal que dispõe em seu art. 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Com fundamento nesse poder é que se construiu a solução que se vem adotando na jurisprudência do STJ, que se consubstancia na possibilidade de se fazer uso do processo cautelar, mediante sua propositura incidental, na fase recursal, com vista a obter a concessão de medida cautelar que implique atribuir efeito suspensivo ao recurso especial. Tal poder dá ao juiz a possibilidade de tomar providências cautelares não previstas expressamente, é um poder conseqüente da impossibilidade de se prever todos os perigos possíveis. Através desse poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC, o juiz concede o efeito suspensivo ao RESP. Portanto, não há impedimento para a concessão da medida cautelar visando à atribuição de efeito suspensivo ao RESP, mas sim autorização expressa da legislação, por meio desse poder, conforme Wambier:

[...] é um poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional. A garantia constitucional de que toda ameaça ou lesão a direito pode ser combatida pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF) implica também a atribuição de mecanismos para que a atuação do Judiciário, no cumprimento dessa tarefa, seja eficaz. A medida cautelar é um desses mecanismos.⁸² [...] Concretamente, o poder geral de cautela fez nascer a possibilidade de a parte que consegue demonstrar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* pleitear a proteção ao seu provável direito por meio de ação cautelar inominada, ou seja, por meio de ação cautelar cujos contornos não estejam nítida e precisamente descritos em lei.⁸³

Humberto Theodoro Junior demonstra a necessidade da tutela cautelar, ao afirmar que:

[...] qualquer que seja a prestação a cargo da jurisdição, o provimento definitivo não pode ser ministrado instantaneamente. A composição do conflito de interesses (lide), através do processo, só é atingida mediante seqüência de vários atos essenciais que ensejam plena defesa dos interesses antagônicos das partes e propiciam ao julgador a formação do convencimento acerca da melhor solução da lide, extraído do contato com as partes e com os demais elementos do processo. De tal sorte, entre a interposição da demanda e a providência satisfativa do direito de ação (sentença ou ato executivo) medeia necessariamente um certo espaço de tempo, que pode ser maior ou menor conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto. [...] É indubitável, porém, que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar, e freqüentemente acarreta ou enseja, variações irremediáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio, como, por exemplo, deterioração, o desvio, a morte, a

⁸² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 42.

⁸³ *Ibid.*, p. 43.

alienação, etc., que, não obstados, acabar por inutilizar a solução final do processo, em muitos casos. Parece lógico que, ao Estado, como detentor da jurisdição, não basta garantir a tutela jurídica; não basta instituir o processo e assegurar o socorro a ele por meio da ação. Para consecução do objetivo maior do processo, que é a paz social, por intermédio da manutenção do império da lei, não se pode contentar com a simples outorga à parte do direito de ação. Urge assegurar-lhe, também, e principalmente, o atingimento do fim precípua do processo, que é a solução 'justa' da lide. Não é suficiente para o ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente 'justa', isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito, segundo a ordem jurídica vigente.⁸⁴

A grande maioria dos processos sofre do inevitável problema do transcurso de indeterminado lapso temporal para conclusão do procedimento. Torna-se necessário, assim, que a atividade jurisdicional disponha de instrumentos e mecanismos adequados para contornar os efeitos deletérios desse tempo sobre o processo. Esses mecanismos são as medidas cautelares. E o poder geral de cautela, através do qual se concede a medida cautelar, soluciona tais problemas temporais.

Como bem sustenta o Ministro Franciulli Netto, "A razão ontológica e teleológica a legitimar a cautelar prende-se, em última análise, à questão de puro bom senso. Não seria razoável exigir-se a consumação da lesão para só aí abrir-se o acesso ao Poder Judiciário."⁸⁵

Assim, as medidas cautelares têm como função proteger bens ou direitos e garantir o desenvolvimento eficaz do processo e de seu resultado, concorrendo, dessa forma, para o alcance do objetivo geral da jurisdição, que é a solução justa da lide.

3.2.1. A existência da fumaça do bom direito – *fumus boni iuris*

"A expressão *fumus boni iuris* significa a aparência do bom direito, e é correlata às expressões cognição sumária, não exauriente, incompleta, superficial ou

⁸⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 2, p. 359. In: WAMBIER, Luis Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Processo Cautelar e Procedimentos Especiais. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, v.3, p. 45.

⁸⁵ FRANCIULLI NETTO, Domingos. **Concessão** de Efeito Suspensivo em Recurso Especial. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça**, v. 37, n. 263, p. 09-20, abr. 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1917/Concess%C3%A3o_de_Efeito_Suspensivo.pdf;jsessionid=B87B7ADD040D745BBBA7A590D66732C7?sequence=1>. Acesso em: 21 jan. 2011.

perfunctória”⁸⁶. Essa fumaça do bom direito está presente sempre que o magistrado, analisando as alegações da parte e as provas juntadas, entender plausível o pedido de cautela. Não é necessária a formação da certeza, uma vez que “quem decide com base em *fumus* não tem conhecimento pleno e total dos fatos e, portanto, ainda não tem certeza quanto a qual seja o direito aplicável”⁸⁷. “[...] a decisão cautelar não se baseia na certeza senão na aparência da pretensão alegada, no sentido de que basta a plausibilidade da existência do direito invocado, a ser apreciada mediante cognição sumária de seus pressupostos de fato e de direito.”⁸⁸

Orione Neto sintetiza o direito protegido pela medida cautelar, *in verbis*:

O direito de que se cuida nada mais é, portanto, do que aquele suscetível de vir a consubstanciar-se em futura decisão favorável ao pleiteante da cautelar. O bem da vida posto em risco ainda não tem como titular o pleiteante, nem pode ele reclamar sua integração ao seu patrimônio em termos definitivos, mas ele corre o risco, por ato da outra parte, de vir a sofrer modificação em sua qualidade ou quantidade, ou de perecer, ou de ser ocultado, ou destruído, de modo que sua atribuição ao vencedor não se fará exatamente nos termos em que foi pleiteada, configurando-se essa atribuição como possível e bem provável.⁸⁹

No caso específico da medida cautelar visando a atribuir efeito suspensivo ao recurso especial, a fumaça do bom direito estará presente se o recorrente demonstrar que o acórdão recorrido aplicou o direito de maneira equivocada, o que trará ao recurso especial grandes chances de vir a ser provido pelo Superior Tribunal de Justiça. Estando presente, há que se conceder a medida, conforme decidiu o julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL - MEDIDA CAUTELAR - ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA - CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE - MANUTENÇÃO DA LIMINAR DEFERIDA - RECURSO IMPROVIDO.⁹⁰

⁸⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 36.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 36.

⁸⁸ ORIONE NETO, Luiz. **Tratado das Medidas Cautelares**. São Paulo: LEJUS, 2000. v. 3, t. 1, p. 454.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 455.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, MC 14004/SP, relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Brasília, DF, 04.11.2010, DJ 18.11.2010, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000520733&dt_publicacao=18/11/2010> Acesso em: 24 jan. 2011.

Ao receber a medida cautelar, o relator verificará as alegações do recorrente, ora requerente, principalmente no que tange aos motivos pelos quais o acórdão recorrido merece ser reformado pela Corte Superior. Caso entenda inexistir plausibilidade nas alegações do requerente, o relator deverá negar o pedido liminar, extinguindo, por conseguinte, a medida cautelar, diante da flagrante ausência do *fumus boni iuris*. É provável, dessa forma, que o relator também venha a negar provimento ao recurso especial, uma vez que não vislumbrou nem plausibilidade nas alegações do recorrente, quiçá direito constituído necessário à reforma do julgado.

No entanto, é de se registrar que o relator não estará julgando antecipadamente o recurso especial ao deferir o pedido de concessão de efeito suspensivo. É plenamente possível e comum na prática forense que seja deferido o efeito suspensivo e, posteriormente, negado provimento ao recurso especial. Nesse caso, com o improvimento do recurso especial, cabe ao relator extinguir a medida cautelar, uma vez que não poderá subsistir no mundo jurídico um *decisum* concessivo de efeito suspensivo a um recurso que restou improvido pelo julgamento da Turma competente. É importante registrar, no entanto, que o relator não está de forma alguma atrelado ao julgamento da medida cautelar no momento da análise do recurso especial.

3.2.2 O perigo da demora da prestação jurisdicional – *periculum in mora*

O perigo da demora traduz a probabilidade da ineficácia da decisão proferida ao final do processo. “É significativa da circunstância de que ou a medida é concedida quando se a pleiteia ou, depois, de nada mais adiantará a sua concessão. O risco da demora é o risco da ineficácia”⁹¹.

Esse perigo justificador da atuação do poder geral de cautela deve ser um perigo fundado, relacionado a um dano próximo e que seja grave e de difícil reparação. Nas lições de Humberto Theodoro Júnior:

Receio fundado é o que não decorre de simples estado de espírito do requerente, que não se limita à situação subjetiva de temor ou dúvida

⁹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 36.

pessoal, mas se liga a uma situação objetiva, demonstrável através de algum fato concreto. Perigo de dano próximo ou iminente é, por sua vez, o que se relaciona com uma lesão que provavelmente deva ocorrer ainda durante o curso do processo principal, isto é, antes da solução definitiva ou de mérito. Por fim, o dano temido, para justificar a proteção cautelar, há de ser a um só tempo grave e de difícil reparação, mesmo porque as duas idéias se interpenetram e se completam, posto que para ter-se como realmente grave uma lesão jurídica é preciso que seja irreparável sua consequência, ou pelo menos de difícil reparação.⁹²

Luiz Guilherme Marinoni dá o seguinte parecer sobre a relação do decurso do tempo no processo:

Se o tempo é a dimensão fundamental na vida humana, no processo ele desempenha idêntico papel, pois processo também é vida. O tempo do processo angustia os litigantes; todos conhecem os males que a pendência da lide pode produzir. Por outro lado, a demora processual é tanto mais insuportável quanto menos resistente economicamente é a parte, o que vem a agravar a quase que insuportável desigualdade substancial no procedimento. O tempo, como se pode sentir, é um dos grandes adversários do ideal de efetividade do processo.⁹³

Esse transcurso do tempo está intimamente ligado ao perigo da demora, que, consoante lição de Eduardo de Melo Mesquita:

[...] significa o risco iminente de que, ocorrendo certos fatos, impedida estará a efetividade da prestação jurisdicional. Em outros termos, traduz-se na probabilidade da ocorrência de dano a uma das partes em atual ou futura ação principal, como resultado da morosidade no seu processamento ou julgamento.

Havendo possibilidade de prejuízo do autor da ação cautelar na ação principal, decorrência da demora no seu processamento ou julgamento, estará preenchido o requisito do *periculum in mora*.⁹⁴

A tradução da expressão latina – perigo da demora – demonstra perfeitamente o que vem a ser esse requisito da concessão da medida cautelar. O magistrado deverá perceber que, caso não defira aquele pleito acautelatório, o processo principal terá grandes chances de ficar esvaziado diante de uma possível perda do objeto em litígio.

No caso da medida cautelar com o fito de atribuir efeito suspensivo ao RESP, o perigo da demora está atrelado à possibilidade de a parte recorrida iniciar a execução provisória do julgado, nos moldes do art. 475-O do CPC.

⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 497-498.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. p. 57.

⁹⁴ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: RT, 2002. p. 305.

Conforme demonstrado alhures, nada impede à parte que teve o seu pleito deferido nas instâncias ordinárias promover a execução provisória, uma vez que os recursos excepcionais são, por força legal, desprovidos de efeito suspensivo.

Assim, recebida a medida cautelar pelo ministro relator, deverá ser observada qual a urgência na concessão do efeito suspensivo. O relator deverá verificar se o não-deferimento da medida liminar trará ou poderá trazer danos graves ou de difícil reparação à parte. Caso a resposta seja afirmativa, e também estando presente o requisito do *fumus boni iuris*, ele deverá dar o pleiteado efeito suspensivo ao recurso especial, impedindo a execução do julgado até o término do julgamento pelo STJ. Por outro lado, entendendo inexistir a urgência na medida, esta deverá ter a liminar indeferida e ser extinta por falta de um dos seus requisitos, qual seja o perigo da demora.

Da mesma forma como aduzido no item anterior, a possível concessão do efeito suspensivo não vincula o voto proferido pelo relator no julgamento do RESP, que pode, por exemplo, deferir a medida cautelar, atribuindo o efeito suspensivo ao recurso especial, e, em seguida, negar-lhe provimento.

Assim, o *periculum in mora*, juntamente com o *fumus boni iuris*, formam o que Orione Neto chamou de a "espinha dorsal da ação cautelar", uma vez que dão sustentação à teoria da tutela jurisdicional cautelar.⁹⁵

3.3 CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO E COM JUÍZO POSITIVO DE ADMISSIBILIDADE

Esse é o caso clássico da outorga de efeito suspensivo ao recurso especial. A divergência a respeito dessa temática é quase inexistente, apenas não a admitindo aqueles que entendem impossível a concessão do efeito suspensivo ao RESP, por força do quanto disposto no art. 542, §2º, do Código de Processo Civil, como será analisado no próximo tópico.

⁹⁵ ORIONE NETO, Luiz. **Tratado das Medidas Cautelares**.. São Paulo: LEJUS, 2000. v. 3, Tomo 1, p. 454.

É farta a jurisprudência favorável à atribuição do efeito suspensivo ao recurso especial admitido, desde que comprovados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requisitos de toda medida cautelar, como se verifica a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 105, I, "f". AFRONTA À DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA CONFIGURADA. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. COMPETÊNCIA DO STJ. 1. A reclamação ajuizada perante este Tribunal Superior tem como escopo preservar a sua competência ou garantir a autoridade de suas decisões (Art. 105, I, "f", da Constituição Federal e art. 187 e seguintes do RISTJ). 2. A jurisprudência desta Corte é assente do sentido de que, após o exercício do juízo de admissibilidade do recurso especial pelo Tribunal de origem, a competência para a concessão de efeito suspensivo ao apelo nobre incumbe somente ao Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.⁹⁶

[...] 2. Este Tribunal Superior, perfilhando entendimento do STF, admite a concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial através de Medida Cautelar (art. 34, V c/c 288, do RI), desde que aquele recurso já tenha sido admitido perante o Tribunal de origem (Súmulas 634 e 635 do Pretório Excelso). 3. Excepcionalmente, quando ainda não exercido o juízo de admissibilidade, mas já interposto o REsp, em hipóteses restritas, nas quais se revelem nítidos os requisitos próprios de toda cautelar – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* –, esta Corte tem deferido tal medida.⁹⁷⁻⁹⁸

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 105, I, "f". AFRONTA À DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA CONFIGURADA. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. COMPETÊNCIA DO STJ. 1. A reclamação ajuizada perante este Tribunal Superior tem como escopo preservar a sua competência ou garantir a autoridade de suas decisões (Art. 105, I, "f", da Constituição Federal e art. 187 e seguintes do RISTJ). 2. A jurisprudência desta Corte é assente do sentido de que, após o exercício do juízo de admissibilidade do recurso especial pelo Tribunal de origem, a competência para a concessão de efeito suspensivo ao apelo nobre incumbe somente ao Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.⁹⁹

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção, Rcl 4747/MS, relator: Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Brasília, DF, 10/11/2010, DJ 24.11.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001667780&dt_publicacao=24/11/2010>. Acesso em: 21 jan. 2011.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, MC 17205/RO, relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Brasília, DF, 28.09/2010, DJ 20.10.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001420238&dt_publicacao=20/10/2010>. Acesso em: 21 jan. 2011.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. No mesmo sentido: 3ª Turma, MC 16906/RJ, relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 16.09.2010, DJ 23.11.2010, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000895040&dt_publicacao=23/11/2010>. Acesso em: 21 jan. 2011; 1ª Seção, MC 17081/BA, relator: Castro Meira, Brasília, DF, 25.08.2010, DJ 02.09.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001190896&dt_publicacao=02/09/2010>. Acesso em: 21 jan. 2011.

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, MC 16197/RS relator: Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Brasília, DF, 03.08.2010, DJ 19.08.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902081800&dt_publicacao=19/08/2010>. Acesso em: 24 jan. 2011.

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. CARACTERIZAÇÃO DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PENSÃO. REVISÃO DE PAGAMENTO. PERÍCIA TÉCNICA. CÁLCULO ATUARIAL. NECESSIDADE. PEDIDO CAUTELAR DEFERIDO.

1. A concessão de efeito suspensivo a recurso especial reclama a demonstração do periculum in mora, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional, bem como a caracterização do fumus boni iuris, consistente na plausibilidade do direito alegado. 2. Presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora ante a plausibilidade da tese que alicerça o pedido inicial, vazada na premissa de que, em se tratando de entidade de previdência privada, a revisão dos valores de pensões que fogem ao contrato ajustado deve ser precedida de perícia técnica realizada com base em cálculo atuarial, sob pena de por em risco a própria existência da entidade de previdência privada. 3. Ação cautelar julgada procedente para suspender os efeitos do acórdão recorrido até o julgamento do recurso especial, ficando prejudicada a análise do agravo regimental.¹⁰⁰

O Professor Humberto Theodoro Júnior, compartilhando do mesmo raciocínio, asseverou que, "em se tratando de recurso especial ou extraordinário, o pedido de efeito suspensivo naturalmente dependerá, pelo menos, de já ter ocorrido sua admissão no Tribunal de origem." ¹⁰¹

O Ministro Franciulli Netto compartilha de tal entendimento, ao dispor que:

[...] para dotar o recurso especial de efeito suspensivo, há necessidade, inicialmente, de existir recurso interposto e, em segundo plano, de já ter ocorrido o correlato juízo de admissibilidade. Sem o preenchimento da interposição, afigura-se-me inviável a cautelar; sem o preenchimento do segundo requisito, de regra não se deve também admiti-la. Mas, quanto a esse segundo requisito, em determinados casos, deve-se abrir exceções, sob pena de, em nome de um princípio, sacrificar outro maior, pois é de bom alvitre sempre lembrar que o direito processual é instrumental e não fim em si mesmo. Essas exceções, é bom frisar, devem ser aceitas com muito rigor técnico, apenas naquelas hipóteses de real excepcionalidade ou de teratologia.¹⁰²

Luiz Orione Neto afirma inexistir polêmica no que diz respeito à concessão de efeito suspensivo a RESP admitido na origem, aduzindo que "parece haver consenso nos tribunais superiores (STF e STJ) – pelo menos nesse ponto – de que,

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, MC 4747/MS relator: João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 10.11.2010, DJ 24.11.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=efeito+suspensivo+a+recurso+especial+n%E3o+interposto+&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=13>>. Acesso em: 24 jan. 2011.

¹⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela cautelar durante tramitação de recurso. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 246.

¹⁰² FRANCIULLI NETTO, Domingos. **Concessão de Efeito Suspensivo em Recurso Especial**. Jurisprudência do Tribunal de Justiça, v. 37, n. 263, p. 09-20, abr. 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1917/Concess%C3%A3o_de_Efeito_Suspensivo.pdf;jsessionid=B87B7ADD040D745BBBA7A590D66732C7?sequence=1>. Acesso em: 21 jan. 2011.

ocorrendo juízo de admissibilidade *positivo*, é perfeitamente possível o ajuizamento de medida cautelar para atribuir efeito suspensivo ao recurso extremo" ¹⁰³, cabendo ao requerente apenas demonstrar a presença dos pressupostos da cautelar.

Não há, dessa forma, grande divergência acerca dessa matéria, sendo, portanto, desnecessárias longas explanações.

3.4 COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR OBJETIVANDO ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO AO RESP

Durante muito tempo, discutiu-se a respeito da competência para apreciar a medida cautelar com o intuito de conceder efeito suspensivo ao recurso especial. A divergência advinha da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao quanto estabelecido no parágrafo único do artigo 800 do Código de Processo Civil, no que se refere à concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário. Pela exegese do entendimento sumulado do Pretório, não há dúvidas de que, pendente o juízo de admissibilidade, a competência para apreciar pedido de efeito suspensivo ao RESP pertence ao Presidente do Tribunal de origem. O contrário implicaria em intervenção descabida na jurisdição da Corte de origem ou em invasão de competência e quebra da hierarquia jurisdicional.

Entende o STF que a sua competência apenas estaria aberta a partir da admissão do recurso extraordinário por parte do Presidente do Tribunal de origem. Esse posicionamento pode ser verificado nas ementas a seguir:

Petição. Medida cautelar inominada. Questão de ordem.

- Esta Corte tem entendido que não cabe medida cautelar inominada para a obtenção de efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi admitido no Tribunal de origem, não só porque a concessão dessa medida pressupõe necessariamente a existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, mas também porque, em se tratando de recurso extraordinário, que demanda esse juízo de admissibilidade da competência da Presidência do Tribunal que prolatou o acórdão recorrido, não se aplica o disposto no parágrafo único do artigo 800 do C.P.C., pela singela razão de que, se fosse concedida a liminar para dar efeito suspensivo, pela relevância de sua fundamentação jurídica, a recurso dessa natureza ainda não admitido, a referida Presidência, em virtude da

¹⁰³ ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 636.

hierarquia jurisdicional, não poderia desconstituí-la com a não-admissão desse recurso, ficando, assim, adstrita - o que é incompatível com a sua competência para o juízo de admissibilidade - a ter de admiti-lo.

- A impossibilidade de esta Corte deferir pedido de liminar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário ainda não admitido permite que, entre a interposição desse recurso e a prolação desse juízo de admissibilidade, não haja autoridade ou órgão judiciários que, por força de dispositivo legal, tenha competência para o exame de liminar dessa natureza. Para suprir essa lacuna que pode acarretar danos irreparáveis ou de difícil reparação em casos em que é relevante a fundamentação jurídica do recurso extraordinário, seria de atribuir-se ao Presidente do Tribunal *a quo*, que é competente para examinar sua admissibilidade, competência para conceder, ou não, tal liminar, e, se a concedesse, essa concessão vigoraria, se o recurso extraordinário viesse a ser admitido, até que essa Corte a ratificasse, ou não. Essa solução não encontra óbice em que, assim, haveria invasão na competência deste Supremo Tribunal, certo que, antes da admissão do recurso extraordinário e por causa do sistema do juízo dessa admissibilidade, não é possível a ele decidir esse pedido de liminar. Questão de ordem que se resolve no sentido de indeferir o pedido de medida cautelar.¹⁰⁴

AÇÃO CAUTELAR - PRETENDIDA OUTORGA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DE EFEITO SUSPENSIVO A EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, QUE, OPOSTOS EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL ELEITORAL, AINDA NÃO FORAM JULGADOS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - FALTA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - INCOGNOSCIBILIDADE DA "MEDIDA CAUTELAR". - Não cabe, ao Supremo Tribunal Federal, por absoluta falta de competência originária, outorgar eficácia suspensiva a embargos de declaração, que, opostos a acórdão proferido em sede de recurso especial eleitoral, sequer foram julgados pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral. Precedentes.¹⁰⁵

Em poucas palavras, a preocupação dos ministros do Supremo Tribunal Federal era a de que, apreciando a medida cautelar para dar efeito suspensivo ao extraordinário, a Suprema Corte estaria invadindo a competência dos Tribunais inferiores de admitir ou não o recurso extraordinário. Visando a dirimir toda essa polêmica, foram editadas as Súmulas 634 e 635 do STF, que assim dispõem:

Súmula 634. Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.¹⁰⁶

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, Pet-QO nº 1.863-0/RS, relator: Ministro Moreira Alves, Brasília, DF, 07.12.1999, DJ 14.04.2000, p. 32. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 2473 MC-QO/RJ, 2ª Turma, relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 20.10.2009, DJ 26.11.2009, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=medida+liminar+efeito+suspensivo+ao+recurso+especial&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 634 - 24/09/2003 - DJ de 9/10/2003, p. 2; DJ de 10/10/2003, p. 2; DJ de 13/10/2003, p. 2. Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0634.htm>. Acesso em: 28 jan. 2011.

Súmula 635. Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.¹⁰⁷

Tal orientação, contudo, não se coaduna com os princípios constitucionais que regem a matéria, seja sob o prisma da previsão constitucional das tutelas de urgência, conforme anteriormente disposto, seja sob a óptica da competência para a apreciação dos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. É que, qualquer que seja o resultado do juízo de admissibilidade realizado pelo presidente do Tribunal recorrido, o mesmo será *precário*, isto é, seja positivo, seja negativo, poderá ser *revisto e modificado* pelo Tribunal *ad quem*. Ocorre, na hipótese, o que a doutrina denomina de juízo de admissibilidade diferido. Ademais, considerando que, para a concessão de liminar cautelar, deverá o órgão jurisdicional verificar a plausibilidade de violação de norma constitucional ou de norma federal infraconstitucional, conforme o caso – e não se simplesmente o recurso é cabível ou não –, infere-se que se está diante de atividade que deve ser realizada pelo STF ou STJ, e não por juízo inferior, ao qual a constituição não delegou competência para tanto.

As atividades a serem realizadas, com efeito, são distintas: para que seja cabível o recurso extraordinário ou o recurso especial, basta que se alegue a violação a norma constitucional ou infraconstitucional, conforme o caso; para que seja concedida a liminar cautelar, a fim de se suspender os efeitos da decisão impugnada por recurso extraordinário ou especial, é necessário que se *compare* os fundamentos da decisão recorrida e do recurso interposto, a fim de se poder aferir a plausibilidade do direito alegado pelo recorrente, atividade esta ligada *ao mérito* do recurso, e não à sua *admissibilidade*. Não se pode admitir que o Tribunal recorrido realize o juízo de plausibilidade acerca de violação de uma determinada lei federal, por exemplo, sem que se esbarre na possibilidade de êxito quanto ao mérito do recurso especial.

Assim, é inconstitucional a orientação que atribui ao juízo de origem competência para apreciar, mesmo que sumariamente, se está ou não a haver a violação à norma constitucional ou federal infraconstitucional. Ainda, é situação extremamente difícil a de o Presidente do Tribunal local, recebendo o recurso especial, verificar que o recorrente aparentemente tem razão – e que a decisão proferida pelo tribunal em questão, portanto, pode estar incorreta. Ora, a decisão proferida pelo Tribunal, habitualmente, o é em consonância com jurisprudência do Tribunal *local*, e nem sempre com a da Corte superior. Esperar que o presidente do Tribunal local venha a suspender, através de medida cautelar, os efeitos do acórdão *proferido pelo próprio Tribunal* ao qual pertença significa admitir que o presidente do Tribunal em questão manifeste-se – embora através de juízo sumário, tal como exige a medida cautelar – contrariamente à jurisprudência que ajuda a formar, o que é, no mínimo, algo inconveniente.¹⁰⁸

Embora existam as citadas súmulas do STF visando resolver a problemática da matéria, a maioria dos Ministros do STJ entende pela competência do Tribunal para apreciar pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial,

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 635 - 24/09/2003 - DJ de 9/10/2003, p. 2; DJ de 10/10/2003, p. 2; DJ de 13/10/2003, p. 2. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0635.htm>. Acesso em: 28 jan. 2011.

¹⁰⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **O questionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 196-197.

havendo a concessão do efeito quando presentes os requisitos da medida cautelar. Humberto Theodoro Júnior leciona que:

Um problema que tem surgido, com freqüência, refere-se à pretensão de obter cautelarmente a suspensão da execução da sentença, quando o recurso é dotado apenas de efeito devolutivo. Segundo a regra do parágrafo único do art. 800, parece natural que o pleito cautelar seja suscitado perante o tribunal competente para o recurso, desde sua interposição. [...] No STJ, embora com divergências, tem prevalecido orientação mais consentânea com o parágrafo único do art. 800 do CPC, de maneira a permitir a medida cautelar no tribunal *ad quem*, independentemente do juízo de admissibilidade no tribunal de origem.¹⁰⁹

Deste modo, abaixo segue julgado que entende pela competência do STJ para apreciação da medida cautelar, desde que ocorra uma hipótese excepcional de decisão ilegal ou teratológica, além da comprovação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, como registrado no voto da Ministra Eliana Calmon:

PROCESSO CIVIL - MEDIDA CAUTELAR PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - EXCEPCIONALIDADE

1. O STJ tem orientado a sua jurisprudência no mesmo sentido da posição do STF, estratificada nas Súmulas 634 e 635. 2. Admite a Corte, entretanto, exceção, na medida em que a situação fática se apresente passível de preservação, para não tornar inócuo o recurso especial. 3. Necessidade da presença dos requisitos exigidos para o provimento acautelatório *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. 4. Muitas vezes a fumaça do bom direito está no fato de ser a decisão judicial atacada teratológica ou manifestamente ilegal. 5. Hipótese em que três outras empresas, na mesma demanda e em igualdade de situação, já foram contempladas com medidas cautelares antecedentes. 6. Agravo regimental provido.¹¹⁰

Assim, o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça é o de que há de ser analisado o pedido de efeito suspensivo ao recurso especial, desde que o direito alegado seja provável e a urgência do caso assim determine, independentemente do exercício do juízo de admissibilidade pelo tribunal de origem, da interposição do recurso especial ou de sua admissão pelo juízo *a quo*, como poderá ser visto no capítulo seguinte.

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 512.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, AgRg na MC 10517/SP, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Brasília, DF, 20.09.2005, DJ 22.03.2006, p. 151. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501359394&dt_publicacao=22/03/2006>. Acesso em: 21 jan. 2011.

4 EXCEPCIONALIDADE DE COMPETÊNCIA

O recurso especial, como já foi analisado, possui tão somente efeito devolutivo, razão pela qual a parte vencedora pode iniciar a execução do julgado. A concessão de efeito suspensivo ao RESP tem como finalidade obstar o início dessa execução provisória nas instâncias inferiores.

Apesar de alguns juristas entenderem pela impossibilidade de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, ficou demonstrado que a maioria deles entende que esta seja possível e, conforme já explanado, doutrina e jurisprudência concordam ser a medida cautelar o meio correto para pleitear a atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial. Já vimos, também, que o STJ não diverge quanto à concessão de efeito suspensivo ao RESP admitido pelo tribunal *a quo*, o concedendo se comprovados os requisitos da medida cautelar, tratados no item 3 deste trabalho.

Neste capítulo abordaremos as hipóteses excepcionalíssimas no que tange à concessão de efeito suspensivo ao RESP, as quais geram grande divergência entre o STF e o STJ e dentro do próprio STJ. Trata-se do tema do presente trabalho, qual seja a possibilidade da concessão de efeito suspensivo a RESP em três situações: quando o RESP já foi interposto, mas pendente de juízo de admissibilidade; quando ainda não interposto e quando o RESP foi interposto e inadmitido pelo tribunal de origem.

4.1 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA

O principal argumento para a concessão do efeito suspensivo ao RESP, em qualquer das três situações acima elencadas, é o de que a possibilidade de concessão da tutela cautelar decorre da garantia constitucional de acesso à justiça.

Evidencia-se tal garantia na redação do inciso XXXV, art. 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Essa garantia de acesso à justiça, conforme Adriana Fasolo Pilati Scheleder:

[...] não significa mera disponibilidade ao cidadão de um instrumento processual; implica, necessariamente, um procedimento que atenda às garantias constitucionais processuais do cidadão em juízo. Com esse direcionamento, evolui o entendimento de processo como instrumento técnico que passa a ser entendido como meio de efetivação das garantias constitucionais. Assim, a Constituição, além de ser uma garantia, é o limite do exercício processual. São os princípios constitucionais que asseguram um sistema coerente e homogêneo, determinando a própria atuação do Estado.¹¹¹

Paulo César Santos Bezerra leciona que:

[...] quando se pensa em justiça, não se está apenas querendo observar o aspecto formal da justiça nem seu caráter processual. O acesso à justiça é um direito natural, um valor inerente ao homem por sua própria natureza, e a sede de justiça que angustia o ser humano tem raízes fincadas na teoria do direito natural.¹¹²

Benedito Hespânia esclarece que:

[...] justiça é um sentimento jurídico interior que se projeta para o exterior. A justiça interior não passa de justiça subjetiva; a justiça exterior é a justiça objetiva. A primeira é um ideal universal, sem o qual a vida da relação não teria finalidade; por ser um ideal a que se aspira e, portanto, inatingível, de certa forma, é alcançado por meio da justiça objetiva, que, na realidade prática, é a meta-valor do Direito de qualquer sociedade. Por isso, a justiça social é bem ou valor supremo almejado pelo Direito, a qual consiste em estar ao serviço do bem comum.¹¹³

Ainda, nas lições de Dinamarco:

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais. O acesso não se identifica com a mera admissão ao processo, ou a possibilidade de ingresso em juízo, ou seja, não se trata, apenas, de possibilitar o acesso, mas esse acesso deve ser qualificado, possibilitando que os cidadãos se defendam adequadamente.¹¹⁴

“A garantia de acesso à justiça é requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda, efetivamente, garantir, não apenas proclamar

¹¹¹ SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. **Significado constitucional do acesso à justiça: o mais básico dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01_277.pdf>.

Acesso em: 21 fev. 2011.

¹¹² BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça**. Um problema ético-social no plano da realização do direito. São Paulo: Renovar, 2001. p. 114.

¹¹³ HESPÂNHA, Benedito Hespânia. Tratado de teoria do processo. In: SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. **Significado constitucional do acesso à justiça: o mais básico dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01_277.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2011.

¹¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini: **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1998. p.33.

os direitos de todos”.¹¹⁵ O acesso à justiça, desse modo, não pode simplesmente ser alcançado aos cidadãos através do acesso a uma ação, sem que lhes seja assegurado um procedimento adequado, de acordo com os ditames constitucionais, ou seja, conforme as garantias necessárias para que o jurisdicionado tenha uma resposta efetiva do Poder Judiciário.

E, uma das formas de garantir esse pleno acesso à justiça é através da medida cautelar. Esta, como já visto no capítulo 3, é instrumento através do qual se protege o direito pleiteado em um processo principal, seja de forma preparatória ou incidental. No caso do tema do presente trabalho, é através da medida cautelar que se suspende os efeitos recurso especial, não permitindo que o acórdão proferido seja executado, evitando lesão ou ameaça de lesão ao direito da parte recorrente. Na garantia constitucional de acesso à justiça, portanto, está incluso o direito à concessão da cautelar, quando presentes seus pressupostos autorizadores. Dessa forma, a lei infraconstitucional, no caso, o Código de Processo Civil, o qual disciplina o procedimento de interposição do RESP, não pode excluir da apreciação do poder judiciário as questões urgentes e relevantes que lesem ou ameacem lesar o direito subjetivo da parte.

Assim, o fato de o recurso especial ter ou ainda não ter sido interposto, ou então, ter sido inadmitido, não é, por si só, elemento justificador do indeferimento da pretensão cautelar.

De acordo com José Miguel Garcia Medina:

Há, na jurisprudência dos Tribunais superiores, decisões que deixam de conceder a tutela cautelar, no caso, seja porque a decisão recorrida não foi publicada, seja porque o recurso especial ou extraordinário não foi interposto, seja porque o recurso, embora, interposto, não foi admitido pelo juízo *a quo*. Tais circunstâncias, no entanto, são muito vagas para se lhes atribuir relevância capital, ou para, com base nelas, se tentar extrair “graus” de *fumus boni iuris* (ou de sua ausência). Com efeito, em hipóteses como as ora lembradas, a jurisprudência já admitiu, como se passará a demonstrar, a concessão de tutela cautelar com a finalidade de suspender os efeitos da decisão impugnada.¹¹⁶

Portanto, independe o estado no qual se encontra o processo (se já ocorreu o juízo de admissibilidade, o de inadmissibilidade ou a interposição do recurso), para

¹¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. In: SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. **Significado constitucional do acesso à justiça: o mais básico dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01_277.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2011.

¹¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 189-190.

que se defira o pleito de liminar visando suspender os efeitos do recurso especial. Existindo o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a cautelar deve ser deferida, visto que negar a cautelar seria negar direito de acesso à justiça, o que contraria a Constituição Federal, tornando a decisão denegatória, via de conseqüência, inconstitucional.

4.2 DECISÕES TERATOLÓGICAS OU CONTRÁRIAS À JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A concessão de medida cautelar ao RESP carente de juízo de admissibilidade, conforme alerta Luiz Rodrigues Wambier:

Trata-se de questão de fundamental importância e de extrema gravidade, pois nesse período de “limbo”, em que o recurso ainda não subiu, porque nem mesmo o juízo de admissibilidade se realizou, a eficácia da decisão impugnada pode causar danos ao resultado útil do próprio recurso especial.¹¹⁷

O STJ, apesar de não ser posicionamento unânime, tem concedido o efeito suspensivo ao recurso especial já interposto, mas pendente do exercício de juízo de admissibilidade pelo Tribunal *a quo*, nos casos de teratologias ou quando o acórdão recorrido é contrário à jurisprudência pacífica do Tribunal.

Por teratológica entende-se a decisão abusiva, ilegal, esdrúxula, totalmente absurda. Jurisprudência pacífica, por sua vez, é o entendimento uniforme do tribunal sobre determinada questão, em relação a qual inexistente divergência.

O STF, todavia, discorda desse entendimento e, frente à divergência em relação a matéria, editou as Súmulas 634 e 635 na tentativa de unificar o entendimento, contudo, a divergência permaneceu.

Os julgados do STJ abaixo colecionados entendem pela aplicação das Súmulas do STF, reconhecendo a incompetência do Superior Tribunal de Justiça para apreciar os pedidos de concessão de efeito suspensivo ao RESP pendente de admissibilidade pelo Tribunal de origem:

[...] 1. Encontra-se pendente de admissibilidade o recurso especial ao qual busca-se emprestar efeito suspensivo. Não é possível atribuir efeito

¹¹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 373.

suspensivo a recurso especial cujo exame de admissibilidade deve ser realizado previamente pelo Tribunal de origem, pelo teor das Súmulas 634 e 635 do STF. Precedentes: AgRg na MC 16.520/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 23.4.2010; MC 15.859/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 10.12.2009; AgRg na MC 14.623/MT, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16.10.2008, DJe 28.10.2008 e AgRg no AgRg na MC 12.383/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 17.5.2007, DJ 4.6.2007.¹¹⁸

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N.ºS 634 E 635, DO STF. INCIDÊNCIA. (PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. TUTELA ANTECIPADA. INDEFERIMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. COMPRA DE IMÓVEL PELA MUNICIPALIDADE SEM A PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA.) 1. A apreciação de pedido de efeito suspensivo a recurso especial que encontra-se pendente de admissibilidade é de competência do Tribunal de origem, em razão da incidência dos verbetes sumulares n.ºs 634 e 635 do STF (Súmula 634 – “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem” ; Súmula 635 – “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”). 2. In casu, a cautelar foi ajuizada com o objetivo de conferir efeito suspensivo a recurso especial que se encontra pendente de exame de admissibilidade perante o Tribunal a quo, e que foi interposto contra acórdão proferido em sede de agravo regimental de decisão que negou pedido de antecipação de tutela, formulado em sede de ação rescisória, que tem por objeto rescindir decisum que condenou o requerente por ato de improbidade às penas de cassação do mandato de prefeito e suspensão de seus direitos políticos por 3 (três) anos. 3. Agravo regimental desprovido.¹¹⁹

No entanto, outros Ministros do STJ entendem pela não aplicação das Súmulas do Supremo e apreciam os pleitos das medidas cautelares visando a dar efeito suspensivo ao recurso especial, quando presentes decisões teratológicas ou contrárias á jurisprudência pacífica da Corte, conforme acima mencionado. As ementas abaixo expõem tal entendimento:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL RETIDO POR FORÇA DO ART. 543, §2º, DO CPC. AÇÃO DE DESPEJO. DENÚNCIA VAZIA. LIMINAR PARA DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, MC 15686/RS, relator: Humberto Martins, Brasília, DF, 16.11.2010, DJ, 29.11.2010, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901175892&dt_publicacao=29/11/2010>. Acesso em: 21 jan. 2011.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MC 1430 /SP, 1ª Turma, Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, CF, 06/08/2009, DJe 02/02/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28efeito+suspensivo+a+recurso+especial+pendente+de+admissibilidade%29+E+%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

MEDIDA LIMINAR. 1. Se no exame perfunctório próprio dos provimentos cautelares restou suficientemente demonstrada a possibilidade de êxito do recurso especial ao qual se pretende atribuir efeito suspensivo, bem como a existência de perigo de dano irreversível ou de difícil reparação, nada impede o exercício do poder geral de cautela do Juiz, com a conseqüente concessão da liminar pleiteada. 2. A superação da premissa fática adotada pelo Tribunal de origem, a fim de que fosse eventualmente constatada a inexistência da notificação premonitória, somente seria possível se outros fatos alheios ao conjunto probatório reconhecido no acórdão recorrido fossem levados em consideração. Súmula 7/STJ. 3. Em hipóteses excepcionais, é admitido o ajuizamento de medida cautelar originária para atribuição de efeito suspensivo a recurso especial pendente de juízo de admissibilidade na origem; sendo, para tanto, necessária a demonstração do *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional, bem como, a caracterização do *fumus boni iuris*, consistente na plausibilidade do direito alegado. Precedentes. 4. A jurisprudência desta Corte tem permitido o processamento do recurso quando a decisão impugnada provém de cognição sumária ou nas hipóteses em que a demora na análise do recurso especial puder causar à parte recorrente prejuízos de difícil reparação. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.¹²⁰

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE AINDA NÃO REALIZADO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO REQUERIDA AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ENTENDIMENTO DAS SÚMULAS Nº. 634 E 635 DO STF, CUJA APLICAÇÃO SE AFASTA EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. 1. Nos casos em que se requer a concessão de efeito suspensivo a recurso especial cujo juízo de admissibilidade ainda não foi realizado na origem, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado, por analogia, o entendimento consolidado nas Súmulas nº. 634 e 635 do STF. Tal entendimento, contudo, comporta mitigação em situações que ostentem excepcionalidade, tais como aquelas em que seja possível verificar, de plano, a ilegalidade da decisão recorrida e em que esteja configurado o risco de grave prejuízo para a parte, caso não seja a decisão prontamente suspensa.¹²¹

[...] 1. É possível a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial, por meio de medida cautelar inominada, que depende - em regra - de ter havido admissibilidade do apelo nobre na instância de origem, conforme as Súmulas 634 e 635/STF. [...] 3. A excepcionalíssima flexibilidade para viabilizar a concessão de efeito suspensivo à recurso especial, cuja admissão ainda não tenha sido apreciada, depende da demonstração inequívoca da plausibilidade jurídica, bem como do risco na demora. Inexistente o *fumus boni iuris* ou o *periculum in mora*, torna-se improcedente a medida cautelar. Precedentes: AgRg na MC 17.205/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 20.10.2010; AgRg na MC 16.243/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17.12.2009; AgRg na MC 16.817/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14.9.2010; AgRg na MC 16.499/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe

¹²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, MC 17535/RJ, relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 16.12.2010, DJ 17.12.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=efeito+suspensivo+ao+recurso+especial&b=ACOR> Acesso em: 21 jan. 2011.

¹²¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, MC 16800/DF, relator: Ministro Raul Araújo Filho, Brasília, DF, 01.06.2010, DJ 14.06.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=efeito+suspensivo+a+recurso+especial+n%E3o+interposto+&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=85>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

27.5.2010; AgRg na MC 14.855/MG, Rel. Min. Mauro Capbell Marques, Segunda Turma, DJe 4.11.2009. Agravo regimental improvido.¹²²

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A MEDIDA CAUTELAR. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PENDENTE. SÚMULAS 634 E 635 DO STF. HIPÓTESE EXCEPCIONAL NÃO CONFIGURADA. 1. O apelo nobre ao qual se pretende atribuir efeito suspensivo encontra-se em fase de processamento, de modo que ainda não foi submetido ao juízo de admissibilidade perante o Tribunal de origem, incidindo, na espécie as Súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal. Esta Corte perfilha entendimento segundo o qual o juízo positivo de admissão do apelo nobre pelo Tribunal a quo é que inaugura a jurisdição do STJ. 2. Por outro lado, esta Corte Superior tem admitido, em situações excepcionalíssimas, a concessão de efeito suspensivo a recurso especial ainda desprovido do prévio exame de admissibilidade, a fim de evitar decisões teratológicas, o que não se verifica no presente caso. 3. Agravo regimental não provido.¹²³

Ainda, o Ministro Cesar Asfor Rocha, entende que:

A só e só circunstância de ainda não ter sido lançado juízo de admissibilidade ou não do recurso especial, no Tribunal *a quo*, não é óbice para o conhecimento de medida cautelar promovida com a finalidade de comunicar efeito suspensivo ao apelo nobre. Pode-se conferir, em caráter absolutamente excepcional, efeito suspensivo ao recurso especial, para garantir a utilidade e a eficácia de uma decisão que nele possa ser favorável ao recorrente, desde que presentes os indispensáveis pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.¹²⁴

A Ministra Eliana Calmon, *in verbis*:

Processo civil – Cautelar: efeito suspensivo a recurso especial interposto, mas ainda não admitido. 1. Em caráter excepcional, a fim de evitar a perda de objeto do recurso especial, tem o STJ dado a ele efeito suspensivo. 2. Hipótese em que estão presentes os requisitos ensejadores da cautela. Medida liminar acautelatória concedida.¹²⁵

A concessão do efeito suspensivo, deste modo, tem como objetivo garantir que uma futura decisão provavelmente favorável ao recorrente no recurso especial

¹²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª TURMA, MC 16996/SP, relator: Min. Humberto Martins, Brasília, DF, 23.11.2010, DJ, 01.12.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001067163&dt_publicacao=01/12/2010>. Acesso em: 22 jan. 2011.

¹²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, MC 17368/RJ, relator: Min. Benedito Gonçalves, Brasília, DF, 18.11.2010, DJ 25.11.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001731120&dt_publicacao=25/11/2010>. Acesso em: 22 jan. 2011.

¹²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, MC 136-3/SP, Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, Brasília, DF, DJ 29.05.1995. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 369-370.

¹²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, AGRMC 3968/RJ, relator(a): Ministra Eliana Calmon, 04.09.2001, DJ 29.10.2001, Brasília, DF, In: MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 190-191.

tenha utilidade e eficácia. Essa possibilidade de decisão favorável é comprovada através dos requisitos da cautelar. Assim, havendo a plausibilidade do direito e o perigo de dano, a medida deve ser deferida.

A postura do STF em admitir o pedido de cautelar tão somente após o juízo de admissibilidade pelo tribunal de origem é, nas palavras de Wambier:

[...] procedimento criticável, pois retira toda ou quase toda a utilidade do pedido cautelar apresentado. Sendo, de fato, caso de deferimento da medida, parece insensato e injurídico submeter essa concessão à condição de o recurso já ter sido admitido no Tribunal *a quo*, já que exigir-se esses requisitos no mais das vezes esvazia a função cautelar que seria, no caso, a de garantir o julgamento útil do recurso.¹²⁶

Orione Neto entende que exigir a realização do juízo de admissibilidade pelo Tribunal de origem como requisito para deferimento da medida cautelar, diante da presença do perigo da demora e da fumaça do bom direito, é "acrescentar mais um requisito não exigido em lei"¹²⁷. Ou seja, é criar verdadeiro obstáculo ao direito da parte, (e ao direito constitucional de acesso à justiça), pois não se exige o juízo de admissibilidade do recurso como requisito para a concessão de medida cautelar, mas sim, a presença do *fumus* e do *periculum*. Logo, estando os dois requisitos comprovados, necessário se faz dar provimento ao pleito.

Luiz Rodrigues Wambier, analisando o posicionamento do STF e do STJ, dispõe que:

Melhor seria, e sem dúvida atenderia aos princípios que informam todo o sistema processual, como o da efetividade da prestação jurisdicional, se o Supremo Tribunal Federal admitisse, como já acontece no Superior Tribunal de Justiça, que, por simples petição, acompanhada dos documentos necessários à comprovação do estágio em que se encontra o processo, se pudesse deferir o pedido cautelar (se, é claro, estiverem presentes os seus pressupostos autorizadores: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*).¹²⁸

[...]

No caso da tutela cautelar em recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido inclusive a concessão de medida cautelar, desde que presentes os pressupostos que a autorizam, ainda quando não tenha o recurso sido submetido ao juízo de admissibilidade no Tribunal *a quo*.¹²⁹

¹²⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 370.

¹²⁷ ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 636.

¹²⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Op cit., p. 373.

¹²⁹ Ibid, p. 369.

O que deve ficar claro, é que, o que se busca com a medida cautelar é a efetividade do resultado do processo, e não só as partes possuem interesse nessa efetividade. Ao sistema em si interessa que as partes recebam o resultado do processo de modo que seja possível realizar as transformações no mundo empírico que foram determinadas pela decisão judicial, pois, se essa decisão não servir para isso, de nada terá adiantado a busca da tutela estatal.

A concessão do efeito suspensivo, através do manejo da cautelar, trata-se de um verdadeiro processo de integração dos diversos subsistemas, neste caso, do subsistema recursal e cautelar, os quais compõem um sistema único, o sistema jurídico.

Portanto, a medida cautelar visando obter a suspensão da eficácia do julgado que tenha sido impugnado mediante recurso especial é mecanismo que, a um só tempo, garante duas importantes situações. Primeiro, a vigência plena das regras que prevêm, para alguns recursos, a existência tão somente do efeito devolutivo. Segundo, o resultado útil do julgamento do recurso especial, sempre que a execução do julgado possa significar dano irreparável. Nessa linha de pensar, não importa se o recurso especial já foi admitido no tribunal de origem, pois o objetivo da cautelar é que o provável resultado do processo tenha eficácia no plano fático.

Nos casos em que o RESP não foi interposto, os argumentos trazidos permanecem válidos. Ora, sendo evidente a ilegalidade existente no acórdão ou dele emanando decisão totalmente contrária ao que o STJ tem por pacificado, inegável o efeito suspensivo, conforme decisões do egrégio Tribunal Superior:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE REQUISITOS.

1. A Medida Cautelar de competência originária do STJ tem como finalidade dar efeito suspensivo a recurso especial interposto, se caracterizados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

2. Compete ao Tribunal de origem a apreciação de pedido de efeito suspensivo a recurso especial pendente de admissibilidade. Incidência dos verbetes sumulares n.ºs 634 e 635 do STF (Súmula 634 – "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem"; Súmula 635 – "Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade").

3. Em casos excepcionais, o Eg. STJ tem deferido efeito suspensivo a Recurso Especial ainda não interposto, com o escopo de evitar teratologias, ou, ainda, obstar os efeitos de decisão contrária à jurisprudência pacífica desta C. Corte Superior, em hipóteses em que demonstrado o perigo de

dano irreparável ou de difícil reparação. [...] 7. Medida Cautelar deferida.¹³⁰⁻¹³¹

PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR COM PEDIDO LIMINAR PARA A ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO ADMITIDO NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA NOS ACÓRDÃOS ATACADOS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 634 E 635 DO STF. 1. Compete ao Tribunal de origem a apreciação do pedido de efeito suspensivo a recurso especial pendente de juízo de admissibilidade. 2. Somente em casos excepcionais o STJ tem concedido efeito suspensivo a recurso especial ainda não-admitido ou não-interposto, notadamente quando a decisão recorrida é teratológica ou manifestamente contrária à jurisprudência pacífica desta Corte. Incidência, por analogia, das Súmulas 634 e 635/STF.[...] 6. Agravo regimental não provido.¹³²

MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL NÃO-INTERPOSTO. 1. Conquanto o Superior Tribunal de Justiça venha admitindo o uso de medida cautelar nos termos do art. 288 do seu Regimento Interno para o fim de atribuir efeito suspensivo a recurso especial, impende salientar que se trata de medida de caráter excepcional, só deferível quando satisfeitos os pressupostos dos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil, como, por exemplo, nas hipóteses em que a decisão recorrida se apresenta teratológica ou afrontosa à jurisprudência da Corte.¹³³⁻¹³⁴

MEDIDA CAUTELAR - EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO-INTERPOSTO - VIRTUAL PROVIMENTO - SITUAÇÃO URGENTE E EXCEPCIONAL - POSSIBILIDADE - PRESENÇA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA E PERIGO NA DEMORA. - É possível o empréstimo de efeito suspensivo a recurso especial, ainda não interposto na origem, quando presentes o perigo de lesão irreversível e a aparência do bom direito. - Liminar confirmada.¹³⁵

Possibilidade, em tese, de ser concedida a suspensão da execução de ato judicial, mesmo não interposto ainda o especial, uma vez que não publicado o acórdão. A ser de modo diverso, não haveria tribunal competente para tutelar o direito ameaçado.¹³⁶

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, MC 10388/SP, relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 02.02.2006, **DJ** 20.02.2006, p. 203. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=suspensivo+e+especial+e+cautelar+e+%22n%E3o+interposto%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=13>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça No mesmo sentido: 3ª Turma, MC 11004/SP, relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, Brasília, DF, 07.02.2006, **DJ** 13.03.2006, p. 315. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=11004>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, MC 18855/MG, relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, DF, 01.10.2009, **DJ** 04.11.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802303193&dt_publicacao=04/11/2009>. Acesso em: 24 jan. 2011.

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, MC 14303/ES, relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 04.12.2008, **DJ** 23.03.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801241234&dt_publicacao=23/03/2009>. Acesso em: 24 jan. 2011.

¹³⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. **Art. 288** - Admitir-se-ão medidas cautelares nas hipóteses e na forma da lei processual. **§ 1º** O pedido será autuado em apenso e processado sem interrupção do processo principal. **§ 2º** O relator poderá deferir liminarmente a medida "ad referendum" do órgão julgador competente. In: VADE MECUM, 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 410.

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, MC 14004/SP, relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, Brasília, DF, 07.02.2006, **DJ** 13.03.2006, p. 315. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200502154323&dt_publicacao=13/03/2006>. Acesso em: 24 jan. 2011.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, MC 488/PB, relator: Ministro Eduardo Ribeiro, Brasília, DF, 14.05.1996, **DJ** 19.08.1996. In: MEDINA, José Miguel Garcia. **O questionamento nos recursos**

Logo, quando for proferida decisão teratológica ou quando esta contrariar o posicionamento dominante da jurisprudência do Tribunal, a cautelar será concedida. Da mesma forma, se demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, sendo tais requisitos passíveis de aferição independentemente do juízo de admissibilidade ter sido exercido ou não.

4.3 O EXAME PERFUNCTÓRIO EXIGIDO PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR

Um dos argumentos utilizados por aqueles que entendem pela não concessão do efeito suspensivo é o de que, nos casos de RESP ainda não interposto, seria impossível a verificação do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, uma vez que não existem razões a serem analisadas pelo magistrado. O Professor Luiz Orione Neto, apesar de defender a concessão de efeito suspensivo ao RESP pendente de admissibilidade, possui mesmo pensamento, como se denota do trecho abaixo transcrito:

[...] como é possível atribuir *efeito suspensivo* a um recurso que juridicamente inexistente? Com efeito, se o recurso extraordinário ou especial ainda não foi interposto, o que haveria seria uma suspensão dos efeitos do *próprio acórdão* proferido pelo Tribunal *a quo*, por via direta, também, ainda não existente. Segundo, como é que o Tribunal *ad quem* vai aquilatar a existência dos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* se ele não conhece as razões do apelo extremo? ¹³⁷

Da mesma forma que no caso de RESP pendente de admissibilidade, alguns ministros do STJ entendem inadmissível a atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial não-interposto, por aplicação analógica da Súmula 634 da Suprema Corte, a qual, como já visto, determina a competência do STF para apreciação de medida cautelar visando a conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário apenas após o exercício do juízo de admissibilidade por parte do Tribunal de origem. Inexistindo RESP, não haveria como realizar tal juízo de admissibilidade do mesmo.

extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 190.

¹³⁷ ORIONE NETO, Luiz. **Tratado das Medidas Cautelares**. São Paulo: LEJUS, 2000. v. 3, t.1, p. 543.

O argumento, contudo, não prospera. Isso, porque o exame feito em sede de medida cautelar é perfunctório, não se analisa o mérito, mas tão somente a aparência do bom direito e a possibilidade de lesão a esse direito. E a verificação desse *fumus* ocorre com base nas informações trazidas pela parte na petição da medida cautelar. Essa petição exporá os fatos, o bom direito e o perigo que a demora causará a esse direito e, sendo pertinente, será concedida.

Se a análise dos requisitos da medida cautelar não fosse possível em razão da inexistência do RESP, não haveria possibilidade de interposição de medida cautelar preparatória, pois no momento na qual esta é interposta e deferida, sequer há processo principal.

Há quem afirme, ainda, que por mais que o acórdão recorrido seja grosseiramente ilegal, o recorrente pode deixar de questionar essa ilegalidade nas suas razões; pode perder o prazo para interposição do RESP ou; pode deixar de pagar o porte de remessa e retorno dos autos, aspectos que, dentre outros, inviabilizariam o provimento do recurso especial.

Ocorre, contudo, que tal situação apenas levaria à revogação da medida cautelar e, conseqüentemente, do efeito suspensivo concedido ao RESP não interposto. Não se pode indeferir a liminar cautelar imaginando eventuais falhas técnicas da parte. Concede-se a mesma com fulcro naquilo que é exigido pela lei e que foi demonstrado para tal concessão – o perigo da demora e fumaça do bom direito – e, posteriormente, se revoga ou se mantém tal suspensividade, conforme os acontecimentos no decorrer do processo.

Assim, conforme leciona Humberto Theodoro Júnior:

Incertezas ou imprecisões a respeito do direito material do requerente não podem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar. Se, à primeira vista, conta a parte com a possibilidade de exercer o direito de ação e se o fato narrado, em tese, lhe assegura provimento de mérito favorável, presente se acha o *fumus boni iuris*, em grau suficiente para autorizar a proteção das medidas preventivas.¹³⁸

Não fosse assim, jamais seria concedido um efeito suspensivo, pois futuramente poderiam desaparecer os motivos de sua concessão, como, por exemplo, desaparecer os motivos pelos quais se temia a demora no processo principal.

¹³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 497.

Conforme o Ministro José Delgado, embora o recurso especial não tenha ainda sido interposto:

[...] em tais casos, pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo que mediar o julgado no tribunal *a quo* e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância.¹³⁹

O Ministro, para fundamentar seu posicionamento, entende que o poder geral de cautela – medida autorizadora da concessão de cautelar incidental inominada para dar efeito suspensivo ao recurso especial – deve ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional¹⁴⁰. Nessa função está inserida, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. O prejuízo sofrido por aquele que teve seu direito violado em razão da não concessão da cautela e que, ao final, saiu vencedor na demanda principal, está sendo usurpado em seu direito constitucional de acesso à justiça, com a cumplicidade do judiciário.

Portanto, o fato ainda não ter sido interposto o RESP não pode ser argumento contra o exercício desse poder geral de cautela, visto a importância de sua finalidade.

4.4 A REVERSIBILIDADE DO JUÍZO PRIMEIRO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL

O tribunal de origem realiza o juízo de admissibilidade do RESP negando ou concedendo seguimento ao mesmo, para que o órgão *ad quem* analise suas razões. Contudo, essa decisão não é definitiva, comportando agravo para o próprio STJ para o destrancamento do recurso inadmitido.

Entendendo o STJ pelo cabimento do RESP e não tendo sido a ele atribuído efeito suspensivo, o perigo de lesão ao direito da parte é evidente. Portanto, em razão da reversibilidade do juízo primeiro de admissibilidade do RESP, as situações nas quais este é inadmitido também comportam a concessão do efeito suspensivo.

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, MC 2540/RS, relator: Ministro José Delgado, Brasília, DF, 28.08.2001, DJ 08.10.2001. In: MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 192.

¹⁴⁰ Idem

Mas o Supremo, como em todos os outros casos retro-mencionados, entende que “a concessão de efeito suspensivo ao agravo que ataca decisão de não-admissão de recursos não permite, por via de consequência, que se tenham esses recursos como provisoriamente admitidos para que se lhes dê também efeito suspensivo”¹⁴¹.

No STJ, o posicionamento pende para os dois lados, conforme as decisões abaixo colecionadas:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL TRANCADO NA ORIGEM. AGRAVO DESPROVIDO. PERDA DE OBJETO DA CAUTELAR. LIMINAR REVOGADA. AUSÊNCIA DO FUMUS BONI IURIS. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, em sendo julgado o recurso a que se buscou conceder efeito suspensivo, resta prejudicada a medida cautelar em face da perda de seu objeto. 2. Diante do desprovimento do agravo de instrumento que buscava destrancar o recurso especial inadmitido na origem, resta prejudicada a cautelar, cujo escopo era garantir efeito suspensivo ao apelo extremo e, por conseguinte, revogada a liminar deferida por não mais subsistir o alegado fumus boni iuris da pretensão do recorrente. 3. Agravo regimental desprovido.¹⁴²

AGRAVO INTERNO. INDEFERIMENTO DE LIMINAR EM MEDIDA CAUTELAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PARA A SUBIDA DE RECURSO ESPECIAL INADMITIDO NA ORIGEM. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. AUSÊNCIA. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos, a decisão que indefere liminar em medida cautelar ajuizada com o fim de obter efeito suspensivo ao recurso especial e ao agravo de instrumento interposto para a subida do recurso especial inadmitido na origem, quando não demonstrados inequivocamente o fumus boni iuris e o periculum in mora necessários à medida excepcional pretendida. 2. Agravo interno a que se nega provimento.¹⁴³

O principal argumento para a não-aceitação das medidas cautelares objetivando atribuir efeito suspensivo aos recursos especiais inadmitidos na origem é a falta de utilidade em suspender-se uma decisão negativa, que não surtirá qualquer efeito que precise ser suspenso.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, AgRg em Pet. 929-1/DF, relator: Min. Moreira Alves, Brasília, DF 07.12.1999, DJ 14.04.2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, MC 14261/AL, relator: João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 02.09.2010, DJ 14.09.2010, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801154038&dt_publicacao=14/09/2010>. Acesso em: 25 jan. 2011.

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma, MC 16884/PR, relator: Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Brasília, DF, 05.08.2010, DJ 23.08.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000874590&dt_publicacao=23/08/2010>. Acesso em: 25 jan. 2011.

Orione Neto traz importante comentário do Ministro Dias Trindade, magistrado aposentado do STJ, que assim se posicionou a respeito do tema: "e estou em que dar efeito suspensivo a agravo de decisão de provimento negativo não significa admitir o recurso antes indeferido, mas manter a mesma situação, pois a *suspensão do não é nada, já que não se transforma em sim*." ¹⁴⁴

Humberto Theodoro Junior entende que "[...] sendo inviável o processo principal, não se concebe possa deferir-se tutela cautelar, cujo objetivo maior é precisamente servir de instrumento para melhor e mais eficaz atuação do processo de mérito" ¹⁴⁵.

Isso, porque, tratando-se de medida cautelar para dar efeito suspensivo ao RESP, quando este não é admitido pelo tribunal de origem, fica prejudicada a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pois inexiste a fumaça do bom direito a RESP inadmitido. Logo, não existiria razão para proteger-se um direito que não ultrapassou nem a primeira análise de admissibilidade. Diante desses questionamentos, boa parte dos juristas não aceita esse caso de outorga de efeito suspensivo ao recurso especial.

Apesar das divergências existentes no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento que tem prevalecido é no sentido de se admitir, com maior amplitude, a medida cautelar, em verdade, pelos mesmos fundamentos explanados nas hipóteses supra mencionadas, pois só assim estaremos diante de um raciocínio lógico-jurídico, visto que a causa, a razão para a concessão da cautelar é a mesma, qual seja, o perigo da demora e a fumaça do bom direito explanados na liminar interposta.

Medina entende ser possível a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial, regado pelo art. 544, do CPC:

A admissão do recurso pelo juízo *a quo* é fato que, indubitavelmente, atribui ao *fumus ares* de robustez, pois, se o recurso não for cabível, não se admitirá a concessão da tutela cautelar. Mas não se pode afastar, por exemplo, a possibilidade de se estar diante da necessidade de tal tutela de urgência, mesmo diante de decisão que sequer tenha sido publicada, impondo-se a suspensão cautelar de seus efeitos. Não se exclui, igualmente, a possibilidade de a decisão proferida pelo juízo recorrido ter negado a admissibilidade do recurso, em hipótese em que este seria cabível e, aí

¹⁴⁴ ORIONE NETO, Luiz. **Tratado das Medidas Cautelares**. São Paulo: LEJUS, 2000. v. 3, t.1, p. 569.

¹⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 496.

então, justificar-se a concessão de liminar cautelar no agravo de instrumento interposto contra a referida decisão.

Assim, mesmo que o recurso especial não tenha sido admitido pelo tribunal inferior, cabe a interposição de agravo de instrumento contra tal decisão negativa e, presentes o *fumus e o periculum*, o manejo de cautelar incidental no agravo de instrumento, requerendo o efeito suspensivo ao recurso especial.

Dessa forma decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. Admissibilidade quando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Deferimento do pedido em caráter excepcional.

[...] Em agravo de instrumento, objetivando o processamento de recurso especial contra acórdão que confirmou sentença em ação de despejo, proferi o seguinte despacho: “Trata-se de agravo contra decisão que indeferiu recurso especial fundado na alegação de negativa de vigência ao art. 458, I e III do CPC, 93, IX da CF e 676 do CC. A sentença, realmente, não menciona o dispositivo legal em que se apóia a decisão. O acórdão, na apelação, também não o fez e os embargos de declaração, nesse sentido, resultaram igualmente infrutíferos. Assim, para melhor exame, dou provimento ao agravo, determinando a subida do recurso com as razões das partes. Comunique-se o presidente do tribunal *a quo* (fls. 57)”. Agora, alegando que está sendo notificada para, em execução de sentença, desocupar o imóvel, a locatária requer, invocando o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”, seja concedido o efeito suspensivo ao recurso especial. Assim, nos termos do art. 34, V do Regimento Interno desta Corte, segundo o qual compete ao relator submeter à Corte, Seção ou Turma, as medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, submeto o caso, em questão de ordem, a esta Colenda Turma. É o relatório.

[...] Defiro o efeito suspensivo pretendido, em caráter excepcional. Pelos próprios termos do despacho que determinou o processamento do recurso, verifica-se que eventual provimento do apelo poderá encontrar dificuldades intransponíveis, ante a consumação do despejo que, pelos elementos trazidos com o requerimento, está em vias de consumir-se.¹⁴⁶

Pensar de forma diversa vai contra o espírito da própria norma legal, pois, se o art. 544, §4º, II, “c”¹⁴⁷ do Código de Processo Civil autoriza o relator a conhecer do agravo para dar provimento ao recurso se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal, *a fortiori*, pode o relator simplesmente conceder a medida cautelar suspendendo os efeitos da decisão

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. 5ª Turma, Ag 18193/SP, relator: Ministro Assis Toledo, Brasília, CF, 10.02.1993, DJ 08.03.1993. Disponível em <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/imagem/abreDocumento.asp?num_registro=199200256503&dt_publicacao=08/03/1993> Acesso em 29 jan. 2011.

¹⁴⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 544 [...] §4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: II - conhecer do agravo para: c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2011.

recorrida, enquanto tramita o recurso especial. Afinal, *quem pode o mais, pode o menos*.

A 3ª Turma do STJ, julgando a Pet. 339-1/RS,¹⁴⁸ deliberou de forma unânime, conferindo efeito suspensivo ao agravo de instrumento contra decisão que negou trâmite ao recurso especial e, ainda, suspendeu cautelarmente a execução provisória da sentença, ou seja, estendeu o efeito suspensivo dado ao agravo, também para o RESP inadmitido. Isso, porque o STJ ainda tem de julgar o agravo de instrumento e, quando de seu julgamento, se houver conhecimento e provimento do agravo, conseqüentemente o RESP será admitido, podendo haver modificação da decisão que se pretende iniciar a execução, decisão essa, possível de causar dano irremediável a parte. Assim, a concessão de efeito suspensivo ao RESP não admitido é medida que também visa tutelar o provável direito da parte.

Nas palavras de Arruda Alvim:

[...] atendidos os requisitos da urgência e da plausibilidade do direito invocado, deve-se admitir a excepcional concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário/excepcional, ainda que estes tenham tido seu trânsito negado na origem. É que, em não raras ocasiões, pode-se notar que o apelo raro é manifestamente procedente, apesar de não ter sido admitido no juízo primeiro de admissibilidade. Se, nestes casos, se verificar a demora no processamento do agravo e, posteriormente, o julgamento do recurso de início denegado, irá prejudicar o direito do recorrente, deve-se, sempre que possível, admitir providência tendente a assegurar eficácia e utilidade ao futuro julgamento do recurso. [...] admissível seria, portanto, a nosso ver, que, emprestando efeito suspensivo a agravo de instrumento, tal efeito fosse estendido, provisoriamente, ao recurso extraordinário/especial não admitido na origem.¹⁴⁹

O professor Marcelo Ribeiro de Oliveira também acredita ser possível conferir o efeito suspensivo ao agravo de instrumento do art. 544 do Diploma Processual Civil, e estender tal efeito ao recurso especial inadmitido, consoante se verifica do trecho abaixo:

[...] o rigor técnico deve, em casos absolutamente excepcionais, ceder ao princípio da instrumentalidade do processo, com vista a assegurar, tanto quanto possível, o direito da parte à eficaz prestação jurisdicional.

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, Pet. 339-1/RS, relator: Min. Dias Trindade, Brasília, DF, 22/09/2004, DJ 28/09/2004, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?processo=003391&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=18>>. Acesso em: 29 jan. 2011.

¹⁴⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 409.

Admissível seria, portanto, a nosso ver, que, emprestando-se efeito suspensivo a agravo de instrumento, tal efeito fosse estendido, provisoriamente, ao recurso extraordinário/especial não admitido na origem.
150

No mesmo sentido se posiciona parte da jurisprudência, ao deferir o efeito suspensivo ao RESP inadmitido, desde que comprovados os requisitos da cautelar:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO NA ORIGEM. POSSIBILIDADE. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DA AÇÃO EVIDENCIADOS. LIMINAR DEFERIDA. 1. Embora se trate de medida de caráter restrito, inexistente óbice à concessão de efeito suspensivo a recurso especial pelo STJ, ainda que o apelo tenha sido inadmitido no juízo de origem, fazendo-se necessário, para tanto, que a parte demonstre, de modo cabal e categórico, a presença dos requisitos da plausibilidade do direito alegado e da urgência da prestação jurisdicional. 2. O juízo firmado em sede de medidas de natureza cautelar é naturalmente precário, porquanto lastreado na plausibilidade do direito argüido pela parte, estando essas decisões sujeitas à posterior confirmação ou revogação. Não se pode, por isso mesmo, confundir esse exame, realizado com base em juízo de delibação essencialmente provisório e sumário, com aquele mais profundo e detalhado, próprio da fase de cognição plena e exauriente. 3. Agravo regimental desprovido.¹⁵¹

[...] É ressaltado que a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial, admitido ou não pelo Tribunal *a quo*, demanda a demonstração inequívoca do *periculum in mora*, evidenciado pela urgência na prestação jurisdicional, e do *fumus boni juris*, consistente na possibilidade de êxito do recurso especial, na esteira da jurisprudência uníssona do STJ que se extrai dos seguintes julgados: MC 13.838/ES, Relatora Ministra Denise Arruda Primeira Turma, DJ de 7 de maio de 2008; MC 13.102/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 5 de dezembro de 2007; e AgRg na MC 13.047/MT, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ de 27 de agosto de 2007.^{152_153}

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CARÁTER INFRINGENTE - RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL - FUNGIBILIDADE RECURSAL - POSSIBILIDADE - ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL COM JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVO DO TRIBUNAL A QUO - COMPETÊNCIA DESTA CORTE - NÃO INSTAURAÇÃO, EM REGRA, SALVO CASOS EXCEPCIONAIS - INTERPOSIÇÃO DE RECURSO VIA FAC-SÍMILE SEM OS DOCUMENTOS

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. Agravo de instrumento contra despacho denegatório de seguimento de recursos especial e extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1997. p. 409.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, MC 16368/SP, relator: João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 15.06.2010, **DJ**, 22.06.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902406793&dt_publicacao=22/06/2010>. Acesso em: 25 jan. 2011.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, MC 16498/DF, relator: Arnaldo Esteves Lima, Brasília, DF, 15.06.2010, **DJ**, 10.12.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoas/toc.jsp?livre=%28MC+e+016498%29.nome.>>> Acesso em 26 jan. 2011.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, MC 16498/DF. No mesmo sentido relator: Vasco Della Giustina, Brasília, DF, **DJ** 12.02.2010, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoas/toc.jsp?livre=%28MC+e+016458%29.nome.>>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

ORIGINAIS QUE FORMAM O INSTRUMENTO - POSSIBILIDADE - INDICAÇÃO, NA PETIÇÃO DE AGRAVO, DE TODOS OS DOCUMENTOS QUE SERÃO POSTERIORMENTE JUNTADOS NA FORMA ORIGINAL - NECESSIDADE - NÃO OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - FUMUS BONI IURIS - AUSÊNCIA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL PARA NEGAR PROVIMENTO A ESTE.¹⁵⁴

Nada mais coerente com o próprio sistema e com as argumentações anteriormente trabalhadas nas duas outras hipóteses de excepcionalidade de competência. Isso porque, tendo o processo cautelar previsão constitucional, na medida em que a Constituição vigente preceitua que não pode ser excluída da apreciação judicial nenhuma ameaça ou lesão de direito, “a suposta inviabilidade procedimental não pode impedir a utilização da medida cautelar com o intuito de se suspender os efeitos da decisão recorrida, sob pena de inconstitucionalidade”¹⁵⁵. Ainda, se se afirma que a medida cautelar não é cabível em virtude do regime procedimental para o recurso especial previsto no CPC, deve-se, antes de se afastar a medida cautelar – direito previsto na CF – afastar o procedimento previsto na norma infraconstitucional, em razão do princípio da hierarquia das normas.

Portanto, o rigor técnico, em casos excepcionais, deve ceder ao princípio da instrumentalidade do processo, com o objetivo de assegurar, tanto quando possível, o direito da parte à eficaz prestação jurisdicional e, ainda, a eficácia do processo em si. Logo, nos três casos – RESP pendente de juízo de admissibilidade, não interposto e interposto, porém inadmitido – é devida a concessão da medida cautelar visando atribuir ao RESP o efeito suspensivo.

4.5 A POSTURA DO MAGISTRADO ATUAL

Ao expor os diversos posicionamentos a respeito da possibilidade de concessão do efeito suspensivo em todos os seus momentos processuais, seja ao recurso especial interposto e ainda não admitido, seja ao não-interposto ou ao inadmitido pelo tribunal de origem, tratamos dos fundamentos, tanto doutrinários

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, MC 16619/SP, relator: Ministro Massami Uyeda, Brasília, DF, 22.06.2010.2010, DJ 01.07.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000389601&dt_publicacao=01/07/2010>. Acesso em: 24 jan. 2011.

¹⁵⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 198.

quanto jurisprudenciais, daqueles que não concordam com a concessão de tal efeito e daqueles que são favoráveis à concessão. Além dos argumentos doutrinários e jurisprudenciais trabalhados para rechaçar as teses pela não concessão do efeito suspensivo ao RESP, há outro importantíssimo aspecto que fundamenta a possibilidade da concessão deste efeito: trata-se da postura do magistrado atual.

A postura do magistrado atual, em verdade, é o fundamento social que possibilita a concessão desse efeito suspensivo, pois ficou claro que o sistema legal, em regra, não o confere ao recurso aqui tratado. A possibilidade de se atribuir o efeito através de uma medida cautelar inominada, o que hoje é pacífico, foi situação que se concretizou em razão do posicionamento progressista de alguns magistrados e, apenas posteriormente, tornou-se medida comum, entendimento pacificado, apesar de ainda não unânime.

O magistrado, através desse atuar novo e incomum, constrói novas respostas às necessidades que emanam da sociedade, pois a interpretação é uma atividade criativa e não meramente elucidativa. O magistrado, ao aplicar a lei vislumbrando tais necessidades cria, e com fulcro nessa criação, concede a tutela eficaz ao jurisdicionado. O poder geral de cautela é o meio pelo qual o juiz, em sede de recurso especial, faz a justiça.

Vemos um posicionamento conflitante dentro do STJ em relação ao tema. Logo, vemos duas espécies de juiz. Um, fulcrado cegamente no dizer da lei, na prescrição da norma, inadmitindo qualquer exceção. Aquele que não foge à regra, que, em verdade, não enxerga o sistema como algo único, composto por vários subsistemas que inexoravelmente devem interferir uns nos outros. Essa cegueira de alguns magistrados torna o sistema jurídico ineficaz, improdutivo, ou pior, o torna um produtor de injustiças, pois nas sábias palavras de Rui Barbosa, a justiça tardia nada mais é que injustiça manifesta.

Felizmente há outra modalidade de magistrado, aquele que a sociedade clama que se prolifere aos milhares, o magistrado cidadão. O juiz que, frente à necessidade indubitável da parte, concede uma tutela acautelatória e protege, com eficácia, o direito provável. É o juiz que analisa o mérito - sim, o mérito, pois a análise da fumaça do bom direito e do perigo de dano leva à análise do mérito, ainda que de maneira perfunctória - e vislumbra a lesão ou a ameaça de lesão ao direito e concede o que é constitucionalmente protegido: o acesso pleno e eficaz à justiça.

Entendamos este direito constitucional: é o direito de acesso aquilo que é JUSTO. Dessa forma, a decisão favorável, mas ineficaz por não ter sido amparada pelo sistema, não é sinônimo de justiça. A garantia constitucional de apreciação de lesão ou ameaça de lesão pelo Poder Judiciário é sinônimo de se obter a justiça de forma concreta, palpável, sentida e não apenas lida. A decisão proferida ao final de um procrastinado procedimento, ao qual não foi deferida a medida cautelar e, por isso, lesionou o direito pleiteado em um processo principal, é expressão de um sistema ineficaz, falido, fracassado, sistema ridicularizado pelo jurisdicionado.

Aquele jurisdicionado que sofre tal situação não acredita mais nesse sistema, não recorre mais a ele. Soluciona suas lides como melhor lhe aprouver, gerando mais insucesso ao referido sistema jurídico.

O Ministro Celso de Melo faz uso da expressão *síndrome do fenômeno da erosão da consciência constitucional*. É expressão de um autor chamado Karl Loewestein, o qual entende que, se o legislador não cumpre o dever de legislar, esta omissão causa a erosão da consciência constitucional, que consiste no processo de desvalorização funcional da constituição escrita. Se a Constituição Federal impõe um dever e o poder público se omite em cumpri-lo, a mesma fica desacreditada pelo povo, fica sem efetividade.

O mesmo ocorre em um processo em concreto quando o juiz, frente a uma situação concreta, não aplica os instrumentos previstos para a tutela do direito.

O juiz cidadão vislumbra o sistema jurídico como um todo e suas partes. Entende o fim maior que ele visa, que é a eficácia, a justiça, o bem-estar social. Faz uso de todos os mecanismos possíveis, ainda que excepcionais (e excepcional não significa incorreto) para atingir tais fins, para que toda a movimentação do maquinário jurídico, desde o primeiro grau de jurisdição até chegar a sua competência, tenha valido a pena.

Ora, o STJ tem como objetivo a uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, ou seja, visa que todos os tribunais e juízes de primeiro grau apliquem os institutos infraconstitucionais de maneira uniforme. Esse é o fim para o qual foi criado. Ao verificar equívoco de um destes órgãos inferiores não pode o STJ deixar de atuar e realizar o fim para o qual foi concebido por razões procedimentais, como, por exemplo, pela falta de eficiência de um órgão inferior que não publica seu acórdão e, por isso, impede que a parte ingresse com o RESP, sendo que há

previsão do poder geral de cautela para a concessão de efeitos suspensivos ao citado recurso.

Ainda, a concessão desse efeito suspensivo apenas impede que a outra parte inicie a execução de um julgado, o qual possui traços de ilegalidade. Não causa dano a outra parte. Contudo, a não concessão pode fazer com que o recorrente suporte dano irreparável ou de difícil reparação, tornando desproporcional e irrazoável a não concessão da medida.

Essa concessão é chamada de caso excepcional. Os casos excepcionais, depois de reiterados, acabam por se tornar os comuns, transformando-se em jurisprudência, súmula, súmula vinculante.

O legislativo cria e modifica a lei a partir dos processos levados ao judiciário invocando tais modificações, exigindo que a lei acompanhe os anseios sociais, os quais estão em constante mutação, visto que a sociedade é dinâmica (e, de modo diverso, as normas que regulam essa sociedade são estáticas, um verdadeiro contra-senso). Conforme Eduardo Henrique Alferes, analisando a teoria dos Sistemas Sociais Parciais de Niklas Luhman¹⁵⁶, o sistema jurídico deve ser procedimentalmente fechado, no que tange ao seu funcionamento orgânico, mas cognitivamente aberto, no que tange aos anseios sociais, pois o direito se dirige à sociedade, visa regular as relações existentes entre os membros desta sociedade.

Dessa forma, o direito deve estar aberto para absorver os anseios, as mudanças que essa sociedade em constante mutação sofre. Deve receber tais modificações para que possa ser aplicado a essas relações. Quando o sistema jurídico não o faz, ou demora demasiadamente a fazê-lo, acaba abrindo a possibilidade de o jurisdicionado agir por seus próprios meios, o que o próprio sistema repele. Repelindo a autotutela, deve esse Estado conceder essa tutela ao jurisdicionado, de forma ampla e eficaz, de forma justa. Só assim estaremos falando de um Estado Democrático e de Direito.

¹⁵⁶ ALFERES, Eduardo Henrique. Autopoiése do Direito. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 76, 01/05/2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7780>. Acesso em 28 nov. 2010

5 A EXCEPCIONALIDADE DE COMPETÊNCIA SOB A ÓTICA DO DIREITO ALTERNATIVO

Antes de iniciar a análise de um caso concreto sob a ótica do direito alternativo se faz necessário, no aspecto didático, um breve histórico do mesmo. Segundo Amilton Bueno de Carvalho:

[...] a origem histórica remonta ao início da década de 1970, na Itália. Ali despontam trabalhos do jurista Pietro Barcellona (L'uso Alternativo Del Diritto – 1973) seguidos por Giuseppe Cotturri (tato e Giuristi Tra Crisi e Riforma -1974). Quanto ao uso do direito alternativo destaca-se Nicolas M. Lopes Calera, “que ensina que o uso alternativo do direito serve ao processo de emancipação da classe trabalhadora na luta contra a classe burguesa e capitalista.” Faz coro com o renomado jurista Barcellona: não se cuida de fazer revolução via Direito, mas reconduzir as interpretações jurídicas progressistas ao desenvolvimento das contradições sociais, buscando restituir aos trabalhadores a capacidade criadora da história. Aduz o caráter político da atividade judicial e que o juiz faz opção de classe (nem ele-juiz, nem Estado, são entidades “super partes”). O jurista alternativo deve utilizar as incoerências, lacunas e contradições do Direito em favor da classe trabalhadora. Enfim, Luigi Ferrajoli, define que o uso alternativo do direito trata de colocar, no possível, o direito e os juristas ao lado dos que não têm poder.¹⁵⁷

Quanto aos nobres objetivos do direito alternativo, estes ficam muito bem expostos pelo ilustre professor Clèmerson Merlin Clève:

Esse imenso movimento toma conta de não poucas escolas de direito na Itália, na França, na Espanha e especialmente na América latina, trata-se de um movimento quase espontâneo, não organizado em princípio, resultante de posições teóricas as mais diversas, que têm como objetivo redefinir a juridicidade (seja enquanto ciência, seja enquanto fenômeno social). Trata-se de rever o direito em suas múltiplas relações com a política e com a sociedade. Esse acontecimento não pode ser resultado do simples desejo de uma massa de juristas inconformados com o direito dominante. Na verdade a própria crise pela qual passa o direito, hoje, nas sociedades pós-industriais (crise de legalidade, crise de legitimidade, crise de aplicação, crise de adequação, etc.), recomenda, especialmente nos países empobrecidos do terceiro mundo, a revisão de seus postulados básicos, individualistas, idealistas ou formalistas, fomentando uma reflexão que só tem sabido crescer e se aprofundar.¹⁵⁸

¹⁵⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei nº. 8.009/90 e o direito alternativo. In In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. (organizador) **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 54-55.

¹⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Uso alternativo do direito e saber jurídico alternativo. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 99-100.

Assim, após a breve exposição do que seja o direito alternativo e seus objetivos, passamos à análise de um caso em concreto de excepcionalidade de competência no qual o direito alternativo foi um de seus fundamentos.

5.1 ANÁLISE DE CASO CONCRETO: A DECISÃO PROFERIDA NA MEDIDA CAUTELAR n. 12.532/PR

Passamos agora a panorâmica de um caso concreto, através da análise da decisão proferida na Medida Cautelar de autos n. 12.532/PR¹⁵⁹ (ANEXOS A, B, C) proferida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que, em sua maioria, demonstrou vigor e ousadia na produção do uso do saber alternativo, o qual chama o juiz, o operador do direito, para atuar como juiz-cidadão.

Os acadêmicos do curso de Direito da universidade paranaense - UNIPAR ingressaram com a citada ação cautelar com o objetivo de obter decisão que os autorizasse a efetuar depósitos de valores a menor para pagamento das mensalidades do curso e para assegurar a renovação das matrículas até o resultado final da ação principal na qual se discutia a validade dos reajustes feitos, o que lhes foi deferido. Em seguida veio a sentença na ação principal, a qual foi julgada procedente declarando a nulidade dos aumentos aplicados desde o ano de 1996, fixando o valor legal da mensalidade em R\$ 244,00 (duzentos e quarenta e quatro reais) e determinando a restituição dos valores pagos a maior.

Entretanto, a ação cautelar que deveria também ser julgada, não o foi, e a cautela que assegurava a renovação das matrículas foi simplesmente revogada, iniciando aqui a teratologia da decisão. Não havia como julgar improcedente a ação cautelar, uma vez que esta estava instruída e comprovada com todos os quesitos de legalidade processual exigidos pelo formalismo e pelo ordenamento jurídico. Iniciou-se, assim, a teratologia da decisão, porque se negou julgamento a ela, e o pior, revogou-se a liminar que outrora já estava deferida até o final do julgamento da ação principal, através da qual se assegurava a renovação das matrículas dos

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, MC 12.352/PR, relator: Min, Ari Pargendler, Brasília, DF, 27/02/2007, DJ 30/04/2007. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=12532&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 12 dez. 2010.

acadêmicos, autores da ação perante o judiciário, ainda que ela fosse julgada improcedente em primeiro grau.

Logo após a sentença na ação principal, a citada universidade passou a exigir o pagamento do valor contratual que já fora declarado nulo e a exigir, também, as complementações dos depósitos do valor fixado, sob pena de não renovar as matrículas aos acadêmicos, e isso, justamente porque a liminar que assegurava a matrícula fora revogada.

Então, vejamos o que aconteceu:

Antes do julgamento da ação principal, os acadêmicos, através da cautelar, tinham assegurado o direito de pagar valor a menor e à continuidade do curso. Contudo, depois de vencedores da ação principal, perderam o direito de renovação da matrícula. Não poderia a escola exigir dos acadêmicos o valor contratual já que este já havia sido declarado nulo por sentença. Se, antes da sentença na ação principal, o judiciário assegurou aos acadêmicos as renovações de suas matrículas e o pagamento das mensalidades em valor a menor, não poderia, depois de julgada a ação principal na qual os acadêmicos foram vencedores, ser-lhes negado o direito de matrícula pela exigência do pagamento do valor contratual que já fora declarado nulo.

Esse disparate ilegal e injusto foi cobrado em primeiro grau no judiciário, no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e também levado perante a Justiça Federal e, ainda assim, a teratologia da decisão se multiplicou, pois todos estes quiseram e, sem fundamento, entenderam que os acadêmicos estavam inadimplentes com o valor contratual, que é bom que se repita, este valor já tinha sido declarado nulo. E aumentando a parcialidade do poder judiciário, em especial do TJ/PR, o acórdão não era disponibilizado, ficando convenientemente retido nas inúmeras brechas e possibilidades que os injustos do Direito se fazem valer para cometer essas atrocidades jurídicas e, assim, diante da retenção totalmente suspeita e inescrupulosa do acórdão pelo TJ/PR, não era possível aos acadêmicos a interposição do Recurso Especial. Ou seja, os acadêmicos estavam sem aulas e o TJ/PR não disponibilizava o acórdão, permitindo à escola exercer a arbitrariedade no momento em que tentavam suas matrículas.

Dessa forma, a parte mais frágil da relação jurídica, com a qual a lei e a decisão judiciária devem ser flexíveis e de responsabilidade social aflorada, foi

tratada pelo TJ/PR de forma injusta, inescrupulosa e nitidamente parcial. Como conseqüência, muitos acadêmicos venderam suas casas, seus automóveis e outros bens e pagaram o valor que a escola exigia para assegurar a conclusão do curso, demonstrando que o Poder Judiciário permitiu ato criminoso em usurpação dos direitos dos acadêmicos, pois a escola sabia que no momento da matrícula muitos dos acadêmicos terminariam por ceder e pagariam o criminoso valor. Ainda, como o TJ/PR não disponibilizava o acórdão, incorria também no impedimento e obstrução para que o recurso especial pudesse ser interposto.

Não havendo outra saída, buscou-se a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, através da propositura de ação cautelar visando à concessão de efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto. O citado tribunal, por sua vez, deferiu a medida cautelar em caráter de excepcionalidade, assegurando aos acadêmicos o direito de depositar o valor legal fixado na sentença existente e já mencionada, e o direito de renovação de suas matrículas.

O STJ se ateve ao seguinte ponto: se antes do julgamento da ação principal os acadêmicos tinham assegurado o direito de pagamento de valor a menor que o contratual, e tinham assegurado o direito de renovação de suas matrículas, não poderiam ser impedidos de continuar o curso, tão quanto obrigados a pagar o valor contratual depois de uma sentença que os fez vencedores da ação e anulou o valor contratual fixando um valor legal.

A teratologia da decisão do TJ/PR foi facilmente detectada pelo STJ. Contudo, mesmo perante a gravidade da questão que se apresentava, houve, ainda, um voto vencido, o qual se apegou tão somente à formalidade processual, no sentido de que o recurso especial ainda não teria sido interposto e, por isso, a jurisdição do STJ não estaria aberta, afirmando, por conseguinte, que a medida feriria a legalidade do sistema jurídico.

Entretanto, questiona-se: qual seria o resultado para o Direito, para o próprio Poder Judiciário, caso esse voto fundado na aplicação da lei a qualquer custo prevalecesse?

A resposta para esta questão e para esse único Ministro da Justiça que foi o voto vencido é a seguinte: os vencedores de uma ação principal na qual tiveram assegurados, inclusive, o direito à devolução de valores pagos a maior,

simplesmente teriam perdido o curso e ficariam apenas com um papel chamado sentença favorável.

Aqui, o rigor formal, o julgamento baseado no culto à legalidade e à aplicação da lei a qualquer custo do qual a consequência seria a maior das injustiças, além da perda da efetividade das decisões judiciais, confrontou com uma decisão baseada na aplicação do saber alternativo que, *in casu*, admitiu a excepcionalidade de jurisdição, assegurou o direito e a credibilidade do poder judiciário e sua própria função dentro de um Estado Democrático, qual seja, a justiça.

O breve relato do caso concreto acima feito tem por finalidade situar e instruir o leitor para que a análise da teoria e da visão doutrinária do direito alternativo possam ser bem compreendidas.

5.2 TRÊS PONTOS PRINCIPAIS A SEREM OBSERVADOS NA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA MEDIDA CAUTELAR

Os três pontos principais a serem observados na atuação e decisão do STJ nesse caso concreto que, sob a perspectiva do Direito Alternativo, reformou a sentença do TJ/PR, são: a) a aceitação da excepcionalidade de jurisdição num momento que a ordem hierárquica legal vigente não a conferia; b) o teor justo e coerente da decisão que detectou a teratologia da sentença do tribunal inferior e a reformou; c) o voto vencido de culto à legalidade e julgamento de acordo com a lei a qualquer custo.

Antes, contudo, se faz necessário considerar com mais ênfase os dois aspectos da tal teratologia da sentença e da atuação dos respeitáveis operadores do Direito, senhores desembargadores do TJ/PR. Voltar mais uma vez a ressaltar a seqüência do julgado do TJ/PR para que não reste nenhuma dúvida àqueles que através dessa leitura tomem conhecimento desse caso concreto, ainda que pareça prolixo, aqui a prolixidade se faz necessária, e esta não é maior nem mais reprovável do que a absurda parcialidade do TJ/PR e a teratologia de sua sentença.

O primeiro aspecto fundamental a ser observado é que nesse caso a ação cautelar que deveria ter sido julgada, não o foi, conforme relato já exposto. E sua consequente cautela, que assegurava a renovação das matrículas dos acadêmicos,

concedida desde o início da propositura da ação, foi então inexplicavelmente revogada. A decisão que a revogou não pode ser nominada a não ser como uma decisão teratológica, uma vez que é sabido, não seria possível, não haveria cabimento, nem haveria como julgar improcedente a ação cautelar que estava diligentemente instruída com todos os quesitos e provas que se lhe exige o direito vigente positivado. Sendo assim, o TJ/PR optou por tamanha decisão teratológica que foi simplesmente a omissão, como se esta ação ali diante e perante o judiciário estivesse invisível, desprovida de forma. No entanto, no ponto a que convinha a sua parcialidade flagrante em favor da universidade, a ré nesse caso, o TJ/PR imediatamente recuperou a visão e, com a vista torpe da parcialidade inescrupulosa em decisão de múltipla teratologia, revogou a liminar outrora concedida e que estava deferida até o final da ação principal, a qual assegurava a renovação das matrículas dos acadêmicos, os autores da ação.

O segundo aspecto se apresenta quando, não obstante o tamanho absurdo jurídico acima demonstrado, agravou-se mais ainda a situação dos acadêmicos, o TJ/PR passou a reter o acórdão, não o disponibilizando para que se pudesse interpor o recurso especial cabível para que os acadêmicos, vítimas dessa obstrução ao direito constitucional à justiça, pudessem prosseguir para o próximo procedimento processual a que têm todos, e que tinham direito neste caso.

Assim, não havendo outra saída, os acadêmicos foram buscar a jurisdição do STJ através de propositura de ação cautelar para conceder efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto.

5.2.1 A aceitação da excepcionalidade de jurisdição num momento em que a ordem hierárquica legal vigente não a conferia

O primeiro dos três pontos principais mencionados acima, no qual a decisão do STJ foi a de aceitar a excepcionalidade de jurisdição admitindo *a ação cautelar para conceder efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto*, passa aqui a ser observado sob a perspectiva do direito alternativo. Essa decisão e atuação do STJ, nessa 3ª Turma, está “trajada e perfumada” de forma elegante, progressista, legal e justa com o uso do saber alternativo do direito. Isso porque, confrontou e

desconsiderou o rigor do procedimento formal do direito vigente dominante e positivado, que primeiro exigiria a disponibilidade do acórdão pelo TJ/PR para a interposição do recurso especial, quando tão somente depois a jurisdição do STJ, nesse caminho procedimental, estaria aberta. Demonstrou que, nesse caso concreto, atuar conforme o direito positivado se apresentava antagônico com a justiça buscada pelos acadêmicos.

Todavia, ao aceitar e admitir a excepcionalidade de jurisdição o STJ, de acordo com a maioria e a rigidez do ordenamento jurídico positivado e vigente, como bem ilustra Tarso Fernando Genro, “estaria abalando o princípio da legalidade que alicerça qualquer Estado Moderno e estaria opondo a um Estado concreto que se ampara num determinado sistema legal”¹⁶⁰. Estaria, pois, julgando contra a ordem, contra a lei.

Contudo, sob a perspectiva progressista do saber alternativo, em nenhum momento, em nenhum aspecto, a decisão pela maioria da Colenda Terceira Turma do STJ, *in casu*, feriu a ordem do sistema legal, pois como bem está sustentado em seguida por Tarso Fernando Genro:

O Estado, em face da imensa riqueza do mundo real, não tem condições de elencar e descrever cada atitude humana que pretende regular, e por isso, como “hipótese” (por exemplo, um delito) a norma desenha uma situação-limite na qual o fato torna-se fato do Estado, que o aprisiona no sistema jurídico, tornando-o, pois, uma categoria ou um sistema categorial, dependendo do seu grau de complexidade (por exemplo, as diversas hipóteses do “matar alguém”, art. 121 do Código Penal). De outra parte, como “reconhecimento”, o Estado capta uma relação concreta que se constituiu como exigência jurídica para o funcionamento da produção-circulação. Ao “reconhecer”, o Estado integra estas relações numa outra totalidade (a totalidade das relações privadas que vão das relações mercantis até o direito de propriedade) para moldar esta relação segundo a racionalidade global do sistema. As relações mercantis, nas suas variadas e veladas formas, constituem o núcleo básico daquilo que o Direito Comercial, Societário, Falimentar, etc. são a sua aparência alienada, que expande a sua autonomia relativa segundo a maior ou menor consciência dos seus agentes. O sistema jurídico necessita coerência interna, de modo que as infinitas manifestações da vida social possam ser harmonizadas (seria espantoso se a propriedade intelectual, por exemplo, não pudesse ser vendida!) para que o jogo de normas, violações, excludências, sanções, possa ser eficaz e dê curso ao “livre” movimento da vida econômico-material. O Direito é, pois, principalmente uma interferência do sujeito numa realidade que foi criada por ele – sujeito – mas que não expressa toda a sua vontade, antes a expressa de maneira parcial e alienada. O Direito historicamente hegemônico expressa-se pelo sistema jurídico. A estrutura fundamental que proporciona coerência interna ao sistema e expressa a lógica do Estado é o Poder Judiciário. Em qualquer regime político, em

¹⁶⁰ GENRO, Tarso Fernando. Os juízes contra a lei. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 18.

quaisquer formas de Estado, a expectativa é que o Poder Judiciário expresse com as suas decisões o elo de coerência do sistema jurídico consigo mesmo.¹⁶¹

A inflamada retórica de temor do julgamento contra a lei é infundada e merece ser desmitificada acrescentando, ainda, as reflexões tão bem expostas do supracitado autor, o qual alega que:

[...] o extremismo fetichista da aplicação da lei “a qualquer custo”, é o desaparecimento dos sujeitos humanos criadores do direito que passam a ser somente “partes”: os interesses econômicos transformados em categorias jurídicas abstratas. A hierarquia normativa estabelecida como uma hierarquia axiológica absoluta (formal) vincula, então, o Juiz ao processo de produção e circulação como uma simples peça para somente manifestar o que é expressão bruta da superioridade matéria e espiritual dos grupos dominantes da sociedade. No caso, o juiz aniquila-se na lei como, na má leitura de Hegel, o cidadão aniquila-se no Estado. A paralisação normativa – não propriamente como inexistência de novas leis, mas como manutenção do sentido mais geral do sistema – precede a paralisia do Judiciário, conformista e estratificado, que por seu turno revela a estagnação da sociedade ou a sua coerção extrema. É evidente que a previsibilidade do sistema é uma necessidade para a garantia dos direitos individuais e coletivos, mas ela não quer dizer estagnação normativa, nem exige que o juiz seja jogado para fora do processo de criação do Direito, no qual o Judiciário é ou pode ser uma peça chave. Na verdade, o próprio sistema tem aberturas explícitas para amparar os julgamentos contra a lei no caso concreto, seja pelo chamamento dos princípios, seja pela simples recusa que prescinde até de fundamentação discursiva, como, por exemplo, no caso do “apartheid”. O que tem por trás desta indignação que repele o julgamento contra a lei, pois, não é propriamente a paixão abstrata pela legalidade, mas a repulsa a reconhecer uma necessidade de mudança qualitativa do sistema, com ferimentos graves a alguns interesses particulares das classes dominantes.¹⁶²

O suporte ideológico do julgamento, sempre e absolutamente segundo a lei, ainda de acordo com Tarso Fernando Genro:

[...] nada mais é do que a defesa de uma determinada hierarquia de valores e normas dentro do sistema, mas não é a única possibilidade do Juiz no interior do sistema. É possível “forçar” o sistema sem cair no arbítrio e no autoritarismo. O julgamento segundo a lei é apenas uma das possibilidades do Juiz: traduz em boa parte das demandas a manutenção de uma determinada ordem e proporciona, na maioria das suas decisões, o grau de justiça socialmente aceito. Noutros casos garante uma ordem jurídica que

¹⁶¹ GENRO, Tarso Fernando. Os juízes contra a lei. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 20-21.

¹⁶² Ibid., p. 21-22.

ampara todo um modo de vida, proporciona a continuidade e a segurança das relações mercantis e permite a uma parte privilegiada da cidadania uma previsibilidade, para que o seu sentido cotidiano da “pré-ocupação” possa ter a racionalidade e sentido, tornando suas atividades produtivas ou especulativas calculáveis “como uma máquina”, como dizia Weber. Para que isso seja possível é necessário o “ordenamento da ordem” nos vários ramos do direito, cujas conexões, relações e hierarquias fazem uma escolha entre as várias indicações da constituição, quando as opções valorativas conflitam entre si: propriedade x dignidade humana; direitos individuais x interesse coletivo; preservação do meio ambiente x continuidade do processo produtivo, etc. A possibilidade de encontrar mais de uma ordem num sistema jurídico determinado sem que se lhe tire uma coerência mínima, vem do seguinte fato elementar: independente do maior ou menor grau de positivação do sistema, da maior ou menor coerência das suas fontes formais, as suas fontes materiais continuam funcionando e aquilo que constitui as suas ordens que refletem a pluralidade do mundo (ou a sua “des-ordem”) não fundamenta-se somente no terreno puro da lei, mas numa visão mais geral do homem, portanto no terreno em que a filosofia encontra-se com a ética e a política.¹⁶³

O direito alternativo, o julgar com saber alternativo, não é, pois, o não-direito, muito menos um direito inventado, ou intuído, mas sim, a melhor possibilidade de um sistema jurídico, dada pelos conflitos sociais e individuais que o geram, pela história e pela cultura da sociedade em que ele emerge. Não é o arbítrio do indivíduo-juiz, nem sua simples vontade política perante a crise de valores que já estão postos pela história de afirmação da liberdade humana, do direito à vida, da luta pela repartição do produto social, pela redução da desigualdade e pela defesa do futuro do homem, preservando-lhe o ambiente e a natureza. A experiência jurídica dos povos demonstra que, quanto mais apegado ao normativismo mecanicista e ao legalismo “puro”, mais servil é o jurista ou o juiz perante os poderosos e mais sobranceiro e enérgico ele é perante os pobres e socialmente fracos.

Como na reflexão do respeitado professor e autor Clèmerson Merlin Clève:

[...] o que importa, pois, hoje, é revisitar a casa do direito para reformular sua arquitetura, adequando-a aos padrões exigidos pela modernidade, se somos bem-informados juristas burgueses, ou pelo caminho da libertação democrática, se além de bem informados juristas somos, igualmente, progressistas e a favor da história.¹⁶⁴

¹⁶³ GENRO, Tarso Fernando. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 25-27.

¹⁶⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Uso alternativo do direito e saber jurídico alternativo. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 100.

Dessa forma, em que pese destacada argumentação sobre a ordem do sistema vigente e os fervorosos defensores do culto da legalidade rígida e hierárquica, a decisão do STJ no caso concreto ao qual nos reportamos, confrontou essa hierarquia no momento em que ela se apresentava inadequada, arbitrária e “saltou” um patamar dessa cultuada ordem e legalidade dentro do sistema para acatar e receber a excepcionalidade de jurisdição. Assim o fez e, sem outra forma de elucidar ou explicar senão que o foi com saber alternativo, senão que usou, expressou-se e decidiu sob a égide do direito alternativo, e este traz consigo na sua bagagem teórica a essência da visão e postura progressistas e vejam só , *in casu* fez-se justiça.

5.2.2 O teor justo e coerente da decisão que detectou a teratologia da sentença do Tribunal *a quo* e a reformou

O segundo ponto na citada decisão do STJ é quanto à cautela pedida. Seus requisitos, *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, estavam ali legalmente demonstrados, estampados na própria condição de acadêmicos que se submetem a um prazo legal de carga horária a ser cumprido durante todo o ano de estudos para obter-se, de acordo com o MEC, a sua conclusão de curso e/ou aprovação de ano letivo. E que a escola, a ré na ação, em sua posição privilegiada se valia para assim constranger os alunos e com a anuência do TJ/PR, como já expusemos anteriormente. Foi nesse ponto que o STJ, por maioria, admitiu e deferiu a liminar para assegurar aos acadêmicos o direito de depositar o valor legal fixado na sentença e o direito de renovação das matrículas.

Nesse momento, sob o olhar não só da legalidade que estava ali presente no corpo da ação, podemos precisar que a decisão do STJ foi, antes disso, de comprometimento, de fazer justiça, de acudir a eficácia da prestação jurisdicional que vinha sendo negada até então. O STJ se ateve a seguinte questão: se antes do julgamento da ação principal os acadêmicos tinham assegurado o direito de pagamento de valor a menor que o contratual e tinham também, assegurado o

direito de renovação de suas matrículas, como poderiam ser impedidos de continuar o curso e obrigados a pagar o valor contratual, depois de uma sentença que já os tinham feitos vencedores da ação e que anulava o valor contratual fixando um valor legal?

Ao trazer a tona esta questão no ato de julgar, o STJ detectou facilmente a teratologia da decisão do TJ/PR. É oportuno lançar e ressaltar que a resposta da maioria da colenda 3ª Turma do STJ já demonstrou um comprometimento pertinente ao saber alternativo, como bem elucida o ilustre magistrado e professor de Direito Amilton Bueno de Carvalho que “a atuação do juiz tem sido de dar solução a conflitos, a ele cabe, acima de tudo, a responsabilidade ética pela tomada de decisões quando interesses antagônicos lhe são colocados”¹⁶⁵.

E, ainda, esse mesmo ilustre professor complementa que “na relação processual, a parte frágil é aquela que busca o resgate do valor dignidade humana, se há de acudi-la, há que se comprometer com ela”¹⁶⁶.

As decisões teratológicas como *in casu*, obstruem não só o objeto pretendido pela busca da prestação jurisdicional, com certeza, ofendem a dignidade humana. Ao reformá-la, o STJ atuou como operador jurídico comprometido com a transformação social, dentro da melhor concepção do direito alternativo.

Clémerson Merlin Clève, citando Thompson, explicita que “a condição de eficácia do Direito é de que se manifeste como independente de manipulações grosseiras e pareça justo”¹⁶⁷.

E, ainda, de acordo com este mesmo eminente professor:

[...] essa percepção abre caminho para novas análises que não só autorizam como exigem a participação do jurista, no sentido do acompanhamento do vetor histórico, em busca de um novo padrão de juridicidade. Se o direito dominante contemporâneo é o direito do Estado, ou seja, o que o Estado reconhece como tal, os direitos, no plural, são uma arma política que serve de bandeira de luta para os partidos, os juristas participantes e as classes populares reivindicarem sua transformação. Com essa percepção pode se propor a produção de um saber jurídico participante, inserido na historicidade, resultado de uma relação de conhecimento do jurista com o mundo e, voltando-se para o futuro, apto a formular conceitos teórico-práticos para mudá-lo. Um saber que, conhecendo o direito positivo, saiba explicá-lo teoricamente, a sua lógica e o seu funcionamento real, ao mesmo tempo em que, captando-o como

¹⁶⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei nº. 8.009/90 e o direito alternativo. In In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. (organizador) **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 53.

¹⁶⁶ Idem

¹⁶⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin. Uso alternativo do direito e saber jurídico alternativo. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. (organizador) **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 112-113.

resultado de relações de força, promova e reclame a afirmação dos direitos necessários à promoção da dignidade humana. Saber que reclama, ademais, a manifestação clara de um compromisso ético com a opção democrática (compreendida no mais amplo sentido). É, além de tudo, um saber que saiba justificar a luta instituinte promovida desde o ângulo da política, assim como instrumentalizar a luta democratizante cotidiana promovida desde a dimensão da técnica ou da *práxis* jurídicas.¹⁶⁸

E, ainda, citando Saavedra López, fica claro que:

[...] a teoria do direito alternativo propõe alargar os espaços libertários do direito praticado nesta ou naquela sociedade. A teoria do uso do direito alternativo não descarta o aparato normativo oficial. Antes procura alargar seus postulados democráticos e consiste em projetar uma cultura e uma prática jurídicas alternativas á cultura e prática dominantes a fim de , sem romper a legalidade estabelecida, privilegiar no plano – jurídico – especialmente no plano judicial – um determinado interesse ou uma determinada prática social: os interesses e a prática daqueles “sujeitos jurídicos” que se encontram submetidos por relações sociais de dominação. Neste mesmo raciocínio e concepção, Saavedra Lopes, mostra também, o que não é uso alternativo do direito. Com essa expressão segundo ele não se intenta advogar uma livre criação do direito á margem das fontes previstas no ordenamento jurídico. Por razões evidentes esta não é uma proposta operativa no estágio atual do desenvolvimento técnico-social e político. Sob esse ponto de vista teórico, a história da ciência jurídica conheceu uma etapa promotora da dissolução do princípio da legalidade sob o pretexto da necessidade de atender às exigências de uma realidade social que transborda constantemente as previsões normativas já sancionadas pelos órgãos competentes do Estado. Mas continua ele, para dizer a verdade “a dissolução do princípio da legalidade – a interpretação contra legem – foi escassamente compartilhada pelos juristas. Ademais, alterar a relação de dependência do Juiz á lei não parece que seja intento com possibilidades de êxito. Por isso que não se pretende, pois, algo assim como uma revolução no equilíbrio político constitucional: não intenta despojar o legislador de sua função, nem liberar o Poder Judiciário de sua vinculação ao direito escrito, senão promover uma política jurídica ou judicial permitida já pelas possibilidades do mesmo ordenamento jurídico. O uso alternativo do direito também não significa apelar para a boa vontade do juiz. Trata-se antes de “criar instrumentos permanentes e estáveis que transcendam o personalismo ou voluntarismo do intérprete para assegurar pontos de apoio com capacidade de converter em linhas positivas de ruptura com a dogmática usual. A teoria do uso alternativo do direito, sem quebrar o princípio da legalidade, não desconhece o fato de que a decisão judicial guarda forte concentração de criação jurídica. Por isso reconhece significativa importância na teoria da interpretação. Afinal, como se sabe, dentro dos limites do sistema jurídico, da combinação dos critérios metodológicos estabelecidos pelas distintas escolas de interpretação, pode resultar um número incalculável de teses jurídicas progressistas.”¹⁶⁹

¹⁶⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Uso alternativo do direito e saber jurídico alternativo. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. (org.) **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 113-115.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 114-116.

A decisão do STJ, no caso concreto já exposto, ao identificar e detectar a teratologia da sentença do TJ/PR, ao conceder a cautela para a parte socialmente mais fraca na relação processual, ao acudir a eficácia da prestação jurisdicional e, para isso, tomar a posição de ir contra o rigor da norma positiva vigente ao aceitar e deferir excepcionalmente efeito suspensivo a recurso especial não interposto, sem dúvida nenhuma decidiu com saber alternativo, chamou para si a responsabilidade de agir na melhor concepção da teoria do direito alternativo, teoria esta que acabamos de demonstrar através das lições de seus renomados defensores citados.

Dessa forma, consideramos como pertinente, nas palavras do mestre em direito Marco Aurélio Dutra Aydos, que:

[...] a chamada decisão técnica, do juiz neutro, não contém aquele elemento a mais, aquele *plus* com o qual os gregos informavam sua “*techné*” – o conteúdo moral: o que vale dizer, eticamente, essa decisão técnica pode não valer nada e isso parece pouco importar, pois terminou a lide. O mais grave é a facilidade com a qual o juiz técnico despreza a forma jurídica quando tem de ajustar-se ao “comportamento aceito”: falamos do critério político desvirtuando a sentença e dotando-a de razões que a razão não compreende, porque subtendidas. É preciso deixar bem claro, contudo que quando eventualmente afirmamos que julgar é um ato político, que isto não se confunde com esta decisão política. Julgar é um ato político por natureza porque exige uma forma de pensar representativa: pôr-se em lugar do outro, e, além disso, a Constituição traça princípios político-programáticos vinculantes para o intérprete.¹⁷⁰

Então, aqueles que têm a função de agir, que exercem e ousam ser julgadores, têm também a obrigação e a responsabilidade de fazê-lo com comprometimento que, nas palavras de Marco Aurélio Dutra Aydos, em suma, "o juiz tem de deixar de ser um pouco príncipe, e ser um pouco mais cidadão"¹⁷¹. Cabe aqui reafirmar que juízes cidadãos assim o foram os ministros da 3ª Turma do STJ *graças a sua maioria, apesar de um voto vencido*.

¹⁷⁰ AYDOS, Marco Aurélio Dutra. O juiz-cidadão. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. (organizador) **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 128.

¹⁷¹ *Ibid.*, p.129.

5.2.3 O voto vencido de culto à legalidade e julgamento de acordo com a lei a qualquer custo.

E, por fim, o terceiro ponto em análise nesse caso concreto, sob a ótica do não uso do direito alternativo. O voto vencido (ANEXO C) apegou-se tão somente à formalidade processual no sentido de que o recurso especial ainda não teria sido interposto e, por isso, entendeu que a jurisdição do STJ não estaria aberta. Assim, pelo jeito mais óbvio, estagnado na norma vigente, encerra a lide. Em nenhum momento, ao exercer a sua função de julgar, esse julgador questionou o porquê da decisão do TJ/PR em não disponibilizar o acórdão. Em nenhum momento esse julgador questionou que motivos norteavam o TJ/PR para obstruir o direito dos acadêmicos a dar prosseguimento ao processo, de ter acesso livre no caminho de obter a prestação jurisdicional, direito que é de natureza constitucional.

O julgador, nesse caso, na contra mão do uso do saber alternativo, aniquilou-se na lei, no rigor e imobilismo mecanicista do direito positivado e vigente. No caso, o juiz aniquilou-se no imobilismo mórbido e costumeiro do direito vigente, rendeu-se à paralisia normativa, conformista, como se não lhe fosse possível outro caminho senão seguir o rigor procedimental. Seu julgado, se prevalecesse, submeteria o destino e o direito à prestação jurisdicional dos que estavam à sua frente reivindicando-a, ao puro e mero descaso, a mercê da sorte, e tal postura de culto a legalidade cometeria as mais vis e atrozes injustiças. Este julgador não olhou a injustiça cometida, não se levantou para acudir os que pediam a prestação jurisdicional, não viu a teratologia da sentença posta a sua frente, porque decidiu na mediocracia dos 'Sanchos Panças', personagem clássico da literatura que bem ilustra e se assemelha a esse julgador, pois estes iguais aos 'Sanchos Panças', são uma perfeita representação da animalidade humana, do servilismo que eleva o grosseiro da mediocridade por sobre toda e qualquer coragem e idealismo, e tal qual o personagem de senso prático, vai andando a pé na contramão do uso do direito alternativo, e a favor do apego à norma escrita, pelo rigor procedimental. E assim, como fazem injustiça.

Enfim, sob a lição do não menos renomado e ilustre mestre Edmundo Lima Arruda Junior:

[...] o “uso alternativo do direito”, não se trata de aplicar tão-somente a lei, mas de criá-lo, no limite e respeitado o poder legislativo, insubstituível pelo Judiciário, obviamente. Advogados populares têm papel importantíssimo, mas necessitam da contrapartida dos operadores jurídicos magistrados, procuradores, auxiliares da justiça em geral.¹⁷²

Assim o foi nesse caso concreto que acabamos de analisar, pois a decisão do STJ, em sua maioria, chamou para si a responsabilidade de agir e julgar; fez uso do saber alternativo, tal qual um Dom Quixote, alerta, visionário, criativo, bravo, idealista, amo e senhor de suas idéias e que avançaram na luta pelo direito, pela justiça e pela democracia que imprescindivelmente deve acontecer no cenário do Poder Judiciário.

¹⁷² ARRUDA JUNIOR. Edmundo Lima. Direito alternativo – notas sobre as condições de possibilidade. In: ARRUDA JUNIOR. Edmundo Lima de. (organizador) **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 98.

CONCLUSÃO

O que se busca, ao analisar a excepcionalidade de competência no caso de deferimento de efeito suspensivo ao recurso especial, é demonstrar que essa possibilidade, em verdade, reflete a busca do fim do próprio sistema jurídico, que é a efetividade do processo. Esta efetividade significa a própria efetividade do Estado de Direito, que, proibindo, em regra, a justiça de mão própria, deve dar respostas que atendam àqueles que precisam de justiça. Se o sistema jurídico for ineficaz, em razão da falta de resultado útil do processo, o próprio Estado de Direito estará ameaçado.

Assim, com base em todo o conteúdo exposto ao longo do trabalho, a concessão do efeito suspensivo ao recurso especial através de medida cautelar, mesmo nos casos em que o recurso especial não foi interposto; o sendo, não foi admitido ou ainda está pendente do juízo de admissibilidade, é medida correta e devida ao jurisdicionado.

Primeiro, porque o direito de buscar a tutela estatal é uma garantia constitucional prevista expressamente no art. 5º, XXXV da Carta Magna. No caso do recurso especial, o direito de acesso à justiça só é plenamente respeitado quando se possibilita à parte o uso da medida cautelar. Toda decisão judicial deve revestir-se do atributo efetividade para que o sistema jurídico alcance seu objetivo, que é garantir o acesso à justiça e obter essa justiça. Por isso a garantia de acesso à justiça só é plena se concedida a cautelar, pois a mesma permite que sejam tomadas atitudes capazes de garantir a eficácia das decisões ou a preservação de bens e direitos. De nada adiantaria se garantir o acesso à justiça se a essa possibilidade não correspondesse o direito de obter sucesso com aquele provimento jurisdicional, isto é, de se obter um resultado que, se favorável, pudesse efetivamente representar a possibilidade de transformações no mundo real.

Segundo, em razão de a grande maioria dos ministros do Superior Tribunal de Justiça conferir tal suspensividade nos casos de teratologia ou de decisões contrárias à jurisprudência da citada Corte, pois negar efeito suspensivo à decisão abusiva, absurda ou à decisão que contraria seu próprio posicionamento unânime seria verdadeiro contra-senso, decisão ilógica com a qual o sistema não poderia conviver.

Terceiro, porque a análise da presença dos pressupostos da medida cautelar pode ser feita sem a interposição do recurso especial, visto que tal análise é perfunctória, não adentra ao mérito, sendo inconcebível o argumento de que sem o recurso especial não se poderia vislumbrar a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Como dito no corpo do trabalho, se assim o fosse, inexistiriam as cautelares preparatórias, pois nelas sequer existe processo principal em curso.

Quarto, porque o juízo de admissibilidade feito pelo tribunal de origem não é final, visto que o Superior Tribunal de Justiça pode entender de forma diversa do tribunal *a quo* e receber o recurso especial analisando suas razões, logo, não é aquela primeira decisão denegatória empecilho ao ulterior conhecimento do recurso especial.

Por fim, como quinto argumento autorizador da concessão do efeito suspensivo, temos a postura do magistrado-cidadão com seu atuar progressista e os ensinamentos do direito alternativo, através dos quais se exige do magistrado a interpretação das leis visando atingir a justiça.

É certo que não se deve admitir que se subverta o uso dos mecanismos cautelares através da concessão indiscriminada de efeito suspensivo a recurso que não é revestido desse efeito. Esse tipo de concessão caracterizaria violação do princípio constitucional do devido processo legal, porque o sistema processual não contempla efeito suspensivo a recurso especial e porque esse mesmo sistema, em outro de seus subsistemas (sendo este o processo cautelar), não autoriza a concessão de medida cautelar para atribuir efeito suspensivo a esse recurso se não estiverem comprovadamente presentes os dois pressupostos que a lei exige para a concessão da tutela cautelar. O objetivo não é modificar o disposto em lei para se atribuir efeito suspensivo ao recurso especial *a priori*. O que se busca é fazer o uso efetivo da medida cautelar nos casos em que ela é devida. Nada mais que isso. E para que não haja o uso descomedido das cautelares, devem os nossos magistrados atuar com ética, imparcialidade e bom senso, o que podemos traduzir como *judgar com o saber alternativo*.

Não se questiona a natureza excepcional dos casos em que se pode conceder esse efeito ao recurso especial. Mas essa excepcionalidade não pode ser fundamento para restringir o direito, para negar proteção a direito que certamente será lesionado e, ao final da demanda principal na qual o recorrente sai vencedor,

ineficaz, pois não foi protegido pelo Poder Judiciário no momento correto. Logo, se efetivamente se tratar de caso em que se encaixam os pressupostos de concessão das medidas cautelares, o sistema como um todo reclama a integração dos subsistemas – recursal e cautelar – de modo que se obtenha a esperada efetividade do processo.

Frente a isso, é temerosa a falta de uniformidade dos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça. Inexiste uma posição seguida por todos os ministros que compõem um Tribunal que deveria ser responsável por uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, estabelecendo os ditames a serem acatados pelas demais Cortes do País. Infelizmente, o jurisdicionado-requerente não vislumbra qual destino terá o seu pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial. Tudo dependerá da distribuição da sua medida cautelar. Se tiver sorte, os autos serão enviados a um ministro que deferirá o seu pleito, mas, se tratando de uma pessoa que não a tenha e sendo o processo encaminhado a um ministro que não acate esse posicionamento, terá o seu pedido indeferido pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização da jurisprudência infraconstitucional brasileira.

O Superior Tribunal de Justiça não pode conviver com tal situação, na qual o direito transformou-se em uma questão de sorte, e não de argumentos e fundamentos. Cabe aos ministros dessa renomada Corte encontrar uma posição a ser seguida, evitando-se o famoso jargão do meio jurídico pelo qual "existe jurisprudência para todos os casos". A negativa da medida, quando presentes tais pressupostos, é decisão ilegal, pois nega vigência a preceito constitucional, sendo ele o art. 5º, XXXV, CF. A medida cautelar é de imensurável valia em situações que exijam o provimento acautelatório para evitar a ocorrência de prejuízos que o início da execução provisória do julgado poderia trazer à parte sucumbente-recorrente.

Portanto, entende-se que a posição a ser adotada pelo Superior Tribunal de Justiça é a de se conceder o efeito suspensivo ao recurso especial nos casos em que estiverem presentes os requisitos da medida cautelar, visto que o exercício do juízo de admissibilidade, a interposição do recurso ou seu juízo negativo não são os critérios a serem analisados para tal concessão, ou seja, o estado do processo não é pressuposto para o deferimento da medida, mas sim os requisitos da medida cautelar. Atuar de forma contrária seria negar a garantia constitucional de acesso à

justiça, a qual não pode ser suprimida, sob pena de violação da norma maior de nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALFERES, Eduardo Henrique. **Autopoiése do Direito**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7780>. Acesso em: 28 nov. 2010.

ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. (org.) **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

BERMUDES, Sérgio. Comentários ao Código de Processo Civil. In: MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 12 (Processo Civil Moderno, v. 2).

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça**. Um problema ético-social no plano da realização do direito. São Paulo: Renovar, 2001.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. In: VADE MECUM. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: VADE MECUM. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, MC 16619/SP, relator: Ministro Massami Uyeda, Brasília, DF, 22.06.2010.2010, **DJ** 01.07.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000389601&dt_publicacao=01/07/2010>. Acesso em: 24 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, MC 16498/DF, relator: Arnaldo Esteves Lima, Brasília, DF, 15.06.2010, **DJ**, 10.12.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=%28MC+e+016498%29.nome>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, MC 16498/DF. No mesmo sentido relator: Vasco Della Giustina, Brasília, DF, **DJ** 12.02.2010, Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoões/toc.jsp?livre=%28MC+e+016458%29.nome>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, MC 16368/SP, relator: João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 15.06.2010, **DJ**, 22.06.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902406793&dt_publicacao=22/06/2010>. Acesso em: 25 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, MC 12.352/PR, relator: Min, Ari Pargendler, Brasília, DF, 27/02/2007, **DJ** 30/04/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=12532&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>> Acesso em: 12 dez. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, MC 14261/AL, relator: João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 02.09.2010, **DJ** 14.09.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801154038&dt_publicacao=14/09/2010>. Acesso em: 25 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma, MC 16884/PR, relator: Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Brasília, DF, 05.08.2010, **DJ** 23.08.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000874590&dt_publicacao=23/08/2010>. Acesso em: 25 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, Brasília, DF, 08.11.1990, **DJ** 14.11.1990, p. 13.025. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=13&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, MC 10388/SP, relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 02.02.2006, **DJ** 20.02.2006, p. 203. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=suspensivo+e+especial+e+cautelar+e+%22n%E3o+interposto%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=13>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, MC 11004/SP, relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, Brasília, DF, 07.02.2006, **DJ** 13.03.2006, p. 315. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=11004>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, MC 18855/MG, relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, DF, 01.10.2009, **DJ** 04.11.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802303193&dt_publicacao=04/11/2009>. Acesso em: 24 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, MC 14303/ES, relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 04.12.2008, **DJ** 23.03.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801241234&dt_publicacao=23/03/2009>. Acesso em: 24 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, MC 14004/SP, relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, Brasília, DF, 07.02.2006, **DJ** 13.03.2006, p. 315. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200502154323&dt_publicacao=13/03/2006>. Acesso em: 24 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, MC 17368/RJ, relator: Min. Benedito Gonçalves, Brasília, DF, 18.11.2010, **DJ** 25.11.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001731120&dt_publicacao=25/11/2010>. Acesso em: 22 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, MC 136-3/SP, Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, Brasília, DF, DJ 29.05.1995. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, MC 17535/RJ, relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 16.12.2010, **DJ** 17.12.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=efeito+suspensivo+ao+recurso+especial+&b=ACOR> Acesso em: 21 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, MC 16800/DF, relator: Ministro Raul Araújo Filho, Brasília, DF, 01.06.2010, **DJ** 14.06.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=efeito+suspensivo+a+recurso+especial+n%E3o+interposto+&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=85>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª TURMA, MC 16996/SP, relator: Min. Humberto Martins, Brasília, DF, 23.11.2010, **DJ**, 01.12.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001067163&dt_publicacao=01/12/2010>. Acesso em: 22 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, MC 15686/RS, relator: Humberto Martins, Brasília, DF, 16.11.2010, **DJ** 29.11.2010, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901175892&dt_publicacao=29/11/2010>. Acesso em: 21 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. MC 1430 /SP, 1ª Turma, Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, CF, 06/08/2009, **DJ** 02/02/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28feito+suspensivo+a+recurso+especial+pendente+de+admissibilidade%29+E+%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, AgRg na MC 10517/SP, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Brasília, DF, 20.09.2005, **DJ** 22.03.2006, p. 151. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501359394&dt_publicacao=22/03/2006>. Acesso em: 21 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, MC 14004/SP, relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Brasília, DF, 04.11.2010, **DJ** 18.11.2010, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000520733&dt_publicacao=18/11/2010> Acesso em: 24 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, AgRg na MC 10517/SP, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Brasília, DF, 20.09.2005, **DJ** 22.03.2006, p. 151. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501359394&dt_publicacao=22/03/2006>. Acesso em: 21 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, MC 4747/MS relator: João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 10.11.2010, **DJ** 24.11.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=feito+suspensivo+a+recurso+especial+n%E3+interposto+&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=13>>. Acesso em: 24 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, MC 2540/RS, relator: Ministro José Delgado, Brasília, DF, 28.08.2001, **DJ** 08.10.2001. In: MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção, Rcl 4747/MS, relator: Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Brasília, DF, 10/11/2010, **DJ** 24.11.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001667780&dt_publicacao=24/11/2010>. Acesso em: 21 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, MC 17205/RO, relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Brasília, DF, 28.09/2010, **DJ** 20.10.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001420238&dt_publicacao=20/10/2010>. Acesso em: 21 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, MC 16906/RJ, relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 16.09.2010, **DJ** 23.11.2010, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000895040&dt_publicacao=23/11/2010>. Acesso em: 21 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção, MC 17081/BA, relator: Castro Meira, Brasília, DF, 25.08.2010, **DJ** 02.09.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001190896&dt_publicacao=02/09/2010>. Acesso em: 21 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma, Ag 18193/SP, relator: Ministro Assis Toledo, Brasília, CF, 10.02.1993, **DJ** 08.03.1993. Disponível em <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/imagem/abreDocumento.asp?num_registro=199200256503&dt_publicacao=08/03/1993> Acesso em 29 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, Pet. 339-1/RS, relator: Min. Dias Trindade, Brasília, DF, 22/09/2004, **DJ** 28/09/2004, Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?processo=003391&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=18>> Acesso em 29 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, MC 16197/RS relator: Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Brasília, DF, 03.08.2010, **DJ** 19.08.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902081800&dt_publicacao=19/08/2010>. Acesso em: 24 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 634 - 24/09/2003 - **DJ** de 9/10/2003, p. 2; DJ de 10/10/2003, p. 2; **DJ** de 13/10/2003, p. 2. Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0634.htm>. Acesso em: 28 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 635 - 24/09/2003 - **DJ** de 9/10/2003, p. 2; DJ de 10/10/2003, p. 2; **DJ** de 13/10/2003, p. 2. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0635.htm>. Acesso em: 28 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. AC 2473 MC-QO/RJ, 2ª Turma, relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 20.10.2009, **DJ** 26.11.2009, Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=medida+liminar+efeito+suspensivo+ao+recurso+especial&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, Pet-QO nº 1.863-0/RS, relator: Ministro Moreira Alves, Brasília, DF, 07.12.1999, **DJ** 14.04.2000, p. 32. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. AgRg em Pet. 929-1/DF, relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF 07.12.1999, **DJ** 14.04.2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. In: SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. **Significado constitucional do acesso à justiça: o mais básico dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01_277.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2011.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 10.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Os efeitos dos recursos**. A nova era do processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. **Concessão de Efeito Suspensivo em Recurso Especial**. Jurisprudência do Tribunal de Justiça, v. 37, n. 263, abr. 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1917Concess%C3%A3o_de_Efeito_Suspensivo.pdf;jsessionid=B87B7ADD040D745BBBA7A590D66732C7?sequence=1>. Acesso em: 21 jan. 2011.

HESPANHA, Benedito Hespanha. Tratado de teoria do processo. In: SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. **Significado constitucional do acesso à justiça: o mais básico dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01_277.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2011.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDEIROS NETO, Elias Marques. **Recursos**: Considerações sobre os princípios da taxatividade, singularidade e fungibilidade. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1267/Recursos-Consideracoes-sobre-os-principios-da-taxatividade-singularidade-e-fungibilidade>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Processo Civil Moderno; v. 2).

_____. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: RT, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5.

_____. Que significa não conhecer de um recurso? Temas de direito processual, Sexta série, p. 127 In: OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal.** São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Tratado das Medidas Cautelares.** São Paulo: LEJUS, 2000. v. 3, t.1.

PINTO, Nelson Luiz. **Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.** Teoria geral e admissibilidade. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Forense, 1975. t. 7.

RADAMÉS DE SÁ, Djanira Maria. Duplo grau de jurisdição – conteúdo e alcance constitucional. In: MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Processo Civil Moderno, v. 2).

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça.** São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.3.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. **Significado constitucional do acesso à justiça: o mais básico dos direitos humanos.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01_277.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2011.

TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (“agravo interno”). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11.

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.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v.1.

_____. Curso de direito processual civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 2.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Tutela cautelar durante tramitação de recurso. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça – Competências originária e recursal. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo**. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

_____. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ANEXOS

ANEXO - A
MEDIDA CAUTELAR Nº 12.532 - PR (2007/0036895-3)
RELATÓRIO

*Superior Tribunal de Justiça***MEDIDA CAUTELAR Nº 12.532 - PR (2007/0036895-3)****RELATÓRIO****EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):**

1. Nos autos de *ação cautelar inominada* (fl. 142) proposta pelo Cadum - Centro Acadêmico de Direito Umbelino Machado contra Unipar - Universidade Paranaense e contra sua mantenedora, Apec - Associação Paranaense de Ensino e Cultura (fl. 142/167), o MM. Juiz de Direito Dr. Abelar Baptista Pereira Filho deferiu "parcialmente a medida ora pleiteada, para o fim de autorizar os alunos representados nos autos, bem como as adesões noticiadas às fl. 151 a 153, a depositar em juízo, em conta com cláusula de escala móvel, o valor de R\$ 115,57, determinando ainda que se impeça às rés a inscrição dos alunos em cadastros restritivos de crédito, até final julgamento, em 1ª instância, da ação principal" (fl. 170, 1º vol.).

Mas a decisão foi assim complementada:

"Assim, fica deferida a extensão dos efeitos da presente decisão, bem como da decisão de fl. 155/156, a todos os alunos integrantes e em dia com as mensalidades do Centro Acadêmico Umbelino Machado, nos termos do artigo 103, II, do CDC, sendo os seguintes efeitos a que se aplica a extensão de efeitos:

a) o deferimento de recolhimento no valor de mensalidade de R\$ 115,57, vencidos com os consectários legais, e vincendos, bem como, em assim fazendo, impossibilitadas as rés de impingirem qualquer atentado às informações ou prestação de serviços de caráter pedagógico, notoriamente a frequência às aulas, negatização de nome de alunos ou consideração em mora, estes últimos decorrências legais da consignação deferida, até o final julgamento da ação futura, a ser proposta, que deverá observar as regras processuais atinentes à Lei nº 7.347/85, e modificações operadas pelo CDC" (fl. 173, 1º vol.).

2. Seguiu-se a "ação coletiva declaratória c/c ação revisional e repetição de indébito com pedido de tutela antecipada" (fl. 96) (fl. 96/115, 1º vol.), julgada procedente em parte (fl. 130, 1º vol.).

Lê-se no dispositivo da sentença:

"De conseguinte: a) declaro a nulidade dos reajustes das mensalidades/anuidades realizados pelas rés entre os anos letivos de 1996 a 2003 (Unipar - Campus Paranavaí); b) declaro

Superior Tribunal de Justiça

que as mensalidades/anuidades deverão ser corrigidas monetariamente pelo INPC-IBGE, tendo como marco inicial os valores que vigoravam em dezembro de 1995 para cada turma de direito (1º a 5º anos); c) condeno as requeridas a restituírem aos acadêmicos substituídos pelo autor os valores das diferenças de mensalidades cobradas - que serão apurados em liquidação (item 13 - supra) - decorrentes dos reajustes ilegalmente praticados, abatidas as importâncias acrescidas em razão da incidência da correção monetária (alínea "b" supra); d) julgo prejudicados os pedidos de que se ordene às rés que se abstenham de adotar medidas de retaliação pedagógica em desfavor dos alunos, já que exauridos os anos letivos abrangidos pelo questionamento judicial; e e) rejeito os pedidos de restituição dobrada do indébito e de uniformização dos valores das mensalidades cobradas dos acadêmicos dos diferentes anos do curso do Direito.

Dou por revogadas todas as medidas cautelares que estejam em confronto com a sentença" (fl. 130/131).

No âmbito de embargos de declaração, o MM. Juiz de Direito modificou a sentença "tão-somente para retificar a data limite de filiação dos acadêmicos beneficiados pela sentença para o dia 21.09.2005" (fl. 140) - explicitando, quanto ao mais, o seguinte:

"Está correto o entendimento do Ministério Público, que adoto como razões de decidir. Os valores das anualidades/mensalidades dos anos letivos de 2004 (inclusive) em diante, apurados pela incidência da correção monetária (INPC) entre 1996 a 2003, seguramente sofrerão os reflexos da sentença. É que o quantum estabelecido em dezembro de 2003 - ao menos no que toca aos acadêmicos beneficiados pela sentença proferida nestes autos - servirá de base para o cálculo das mensalidades/anualidades que foram cobradas em 2004" (fl. 139).

3. Pendente de julgamento o recurso de apelação que interpôs (fl. 263/307, 2º vol.), recebido no só efeito devolutivo (fl. 261, 2º vol.), o Cadum - Centro Acadêmico de Direito Umbelino Machado ajuizou perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná "ação cautelar incidental inominada" (fl. 176/201, 1º vol.).

"Até antes da sentença proferida nos autos 311/03, da Ação Principal Coletiva Declaratória - está dito na petição inicial - "estavam assegurados aos acadêmicos todos os direitos inerentes ao contrato de ensino, tais como direito de depósito em conta vinculada ao Juízo a título de mensalidade escolar e

Superior Tribunal de Justiça

renovação compulsória das matrículas.

Entretanto, de forma absolutamente ilegítima, veio a sentença na ação principal e, apesar de julgá-la quase que inteiramente procedente, sem julgar a ação cautelar, simplesmente revogou a liminar que estava deferida e mantida até o julgamento final da ação principal" (fl. 177/178, 1º vol.).

.....
"A instituição de ensino, no início do ano letivo de 2006, estava cumprindo a sentença e praticando o valor legal nela fixado, em R\$ 244,40 (duzentos e quarenta e quatro reais e quarenta centavos).

Entretanto, ainda no mês de janeiro de 2006, parou de cumprir a sentença e passou a exigir o valor contratual que acabara de ser declarado nulo, e ainda a complementação dos depósitos efetuados em 2004 e 2005, sob pena de não renovação das matrículas para 2006.

Para total perplexidade, requereu-se em primeiro grau fosse determinado às então rés que cumprissem a sentença, quanto ao valor legalmente fixado para as mensalidades quando, negando-se a assim determinar, firmou-se o entendimento monocrático no sentido de que, caso os acadêmicos desejassem fosse cumprida a sentença, que ingressassem com nova ação" (fl. 179, 1º vol.).

A petição inicial foi liminarmente indeferida, "porque inepta, com base no art. 295, inc. I e parágrafo único, inc. III, ambos do Código de Processo Civil" (fl. 208, 1º vol.), com base na seguinte motivação:

"Os destinatários do provimento judicial são os acadêmicos substituídos que cursaram Direito na Unipar de Paranavaí entre os anos de 1996 a 2003, filiados ao Cadum até 21 de setembro de 2005.

A pretensão deduzida nesta Medida Cautelar Incidental vislumbra pretensão de providência atual, aquém do período delimitado pela sentença recorrida.

Como é cediço, é inviável na ação cautelar espectro mais amplo que o conferido na ação principal, da qual é acessória e dependente, uma vez que o alcance temporal da decisão apelada foi nitidamente definido" (fl. 207/208, 1º vol.).

Superior Tribunal de Justiça

Sobrevieram embargos de declaração, neles destacando-se este trecho:

"Ocorre, nobre Senhor Relator, que além da apelação ter sido recebida no efeito suspensivo, os acadêmicos que estão sem matrícula são também acadêmicos que foram alcançados pela sentença, e que estariam a cursar o último ano da escola em 2006, ou seja, estão totalmente alcançados pela sentença, pois iniciaram o curso entre 1996 a 2003 e se filiaram ao autor ora embargante, muito antes de setembro de 2005 !" (fl. 214, 1º vol.).

Os embargos de declaração deixaram de ser recebidos, porque *"não são cabíveis contra decisão singular do Relator"* (fl. 240, 1º vol.).

Cadum - Centro Acadêmico de Direito Umbelino Machado interpôs agravo regimental (fl. 243/254, 1º e 2º vols.), a que o tribunal a quo negou provimento em sessão de 30 de janeiro de 2007, sem que o respectivo acórdão tenha sido ainda publicado (fl. 258, 2º vol.).

A presente medida liminar visa o *"efeito suspensivo ativo ... para assegurar aos acadêmicos que ... aderiram em primeiro grau à ação declaratória coletiva ... e à ação cautelar inominada ... o direito de renovação imediata de suas matrículas, com a imediata reintegração ao curso ..., fixando-se desde logo a multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de atraso no cumprimento do provimento liminar, uma vez que as aulas já começaram desde o dia 05 de fevereiro do corrente ano"* (fl. 70, 1º vol.).

*Superior Tribunal de Justiça***MEDIDA CAUTELAR Nº 12.532 - PR (2007/0036895-3)****VOTO****EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):**

Salvo melhor juízo, a medida liminar deve ser deferida.

A um, porque o relator deixou de receber embargos de declaração que, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, eram admissíveis, tratando de questões aparentemente pertinentes ao melhor desate da lide.

A dois, porque os alunos freqüentavam o curso até a prolação da sentença, não se justificando que, depois dela, com decreto de procedência da ação, fossem afastados das aulas.

Voto, por isso, no sentido de deferir a medida liminar, em parte, para autorizar a renovação da matrícula dos alunos e a respectiva freqüência às aulas.

ANEXO – B

Documento: 2945771 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJ:
30/04/2007

*Superior Tribunal de Justiça***MEDIDA CAUTELAR Nº 12.532 - PR (2007/0036895-3)**

RELATOR : **MINISTRO ARI PARGENDLER**
REQUERENTE : CADUM CENTRO ACADÊMICO DE DIREITO UMBELINO MACHADO
ADVOGADO : ODECIO TREVISAN
REQUERIDO : UNIVERSIDADE PARANAENSE - UNIPAR
ADVOGADO : LINO MASSAYUKI ITO
REQUERIDO : ASSOCIAÇÃO PARANAENSE DE ENSINO E CULTURA - APEC

EMENTA

PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. Deferimento em razão das circunstâncias da espécie.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, deferir em parte a medida liminar nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator. Votou vencido o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília, 27 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

MINISTRO ARI PARGENDLER
Relator

ANEXO – C

MEDIDA CAUTELAR Nº 12.532 - PR (2007/0036895-3)
VOTO VENCIDO

*Superior Tribunal de Justiça***MEDIDA CAUTELAR Nº 12.532 - PR (2007/0036895-3)****VOTO VENCIDO****O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:**

Senhor Presidente, entendo que, não tendo sido publicado o acórdão, não cabe a esta Corte receber a medida cautelar. Eu seria até mais rigoroso, entendendo que não cabe a cautelar se não houver a interposição do recurso especial. Nessa matéria, como já decidimos aqui, passamos ao largo, porque a Corte, na sua maioria, tem admitido as medidas cautelares, independentemente da interposição do recurso especial e não seria razoável que apenas um Colega mantivesse essa orientação.

No entanto, não tendo havido sequer a publicação do acórdão, a meu sentir, peço vênia ao Senhor Ministro **Ari Pargendler** para indeferir a cautela, porque entendo que não há como fazer a aferição dessa medida, se não tem o ponto principal, que é a publicação do julgado. Peço vênia, então, ao eminente Ministro **Ari Pargendler** para indeferir a cautela, por esse motivo.