

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

HANDEL MARTINS DIAS

**A TUTELA DE URGÊNCIA EM SEDE DE RECURSOS
EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Porto Alegre
2006

Aos meus pais, pelo incentivo aos estudos quando vivíamos em tempos difíceis.

Agradeço o meu orientador, Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, exemplo de profissional e professor, pela sua orientação distinta e pelas saudosas lições de Direito Processual nas manhãs de quinta-feira no *Pantheon*.

Agradeço o Procurador de Justiça Walter Camejo Filho e o meu sócio, o Advogado Léo Coronato de Oliveira, pelo inestimável apoio e estímulo aos estudos acadêmicos paralelamente ao exercício de minha vida profissional.

Agradeço, por fim, o amigo Gustavo Brum e a estagiária Luciane Falleiro Muradás pelo auxílio na pesquisa, bem como os colegas Carlos Roberto Paganella, Edmilson Nunes da Silva e Roberto Silva da Rocha pelos profícuos debates que me propiciaram e suas contribuições para realização deste trabalho.

RESUMO

A presente dissertação tem por objeto a tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial. Além de não ter sido satisfatoriamente estudado até o momento, o tema granjeia importância por abarcar, entre outros valores e direitos fundamentais que acenam no Direito Processual contemporâneo, a segurança jurídica e a efetividade do processo, assim como a valorização e a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, os mais elevados órgãos jurisdicionais do País. Por razões de ordem didática, o trabalho principia tratando de tópicos propedêuticos, dissertando a seguir acerca da proposição mediante a análise das hipóteses de cabimento da tutela de urgência em sede de recursos excepcionais, da competência para o seu exercício e do procedimento adequado para as medidas de urgência atípicas. A metodologia empregada foi a de pesquisa e estudo da legislação nacional, da literatura jurídica – pátria e alienígena –, da jurisprudência das Cortes Superiores e das decisões dos presidentes dos tribunais da Justiça Comum, com utilização de fichas de leitura e computador para apontamentos. O principal escopo da dissertação foi o de reunir e analisar as informações relativas à matéria, e propor, através de tratamento dogmático e equacionamento de valores e princípios, uma sistematização.

Palavras-chave: tutela – urgência – antecipação – cautelar – recurso – extraordinário – especial

RIASSUNTO

La presente dissertazione ha per oggetto la tutela d'urgenza in sede di ricorsi straordinario e speciale. Oltre a non essere imparato con soddisfazione fino a ora, il tema guadagna importanza per trattare, fra altri valori e diritti fondamentali che accennano nel contemporaneo Diritto Processuale, la sicurezza e l'effettività del processo, come pure la valorizzazione e l'autorità delle decisioni del Supremo Tribunale Federale e del Superiore Tribunale di Giustizia, i organi giurisdizionali più elevati del paese. Per ragioni d'ordine didattica, il lavoro comincia trattando di propedeutici lezioni. Si disserta dopo circa proposizioni, mediante l'analisi delle ipotesi che ammettono la tutela d'urgenza in sede di ricorsi eccezionali, della competenza per il suo esercizio e del procedimento appropriato per i provvedimenti atipici d'urgenza. La metodologia impiegata è stata la ricerca e lo studio della legislazione nazionale, della letteratura giuridica, patria e straniera, della giurisprudenza delle corti superiori e delle decisioni dei presidenti dei tribunali della giustizia comune, con l'utilizzazione di schede di lettura e di computer per appunti. Lo scopo principale della dissertazione è stato raccogliere e analizzare le informazioni relative alla materia, e proporre, attraverso il trattamento dogmatico e la proporzionalità dei valori e principi, una sistematizzazione.

Paroli-chiave: tutela – urgenza – anticipazione – cautelare – ricorso – straordinario – speciale

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. – Acórdão

AC – Ação Cautelar

AC-AgR – Agravo Regimental na Ação Cautelar

AC-MC – Medida Cautelar em Ação Cautelar

AgrPet – Agravo Regimental na Petição

AgR – Agravo Regimental (no Supremo Tribunal Federal)

AgRg – Agravo Regimental (no Superior Tribunal de Justiça)

AgRg no Ag – Agravo Regimental no Agravo de instrumento

AgRg na MC – Agravo Regimental na Medida Cautelar

AGRMC – Agravo Regimental na Medida Cautelar

AgRg na Pet – Agravo Regimental na Petição

AI – Agravo de Instrumento

AI-AgR – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento

AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

Civ. – *Civile*

Cod. – *Codice*

CPC – Código de Processo Civil

Dir. – *Diritto* ou *Direction*

DJ – Diário da Justiça

DJU – Diário da Justiça da União

EC – Emenda Constitucional

ED – Embargos de Declaração (no Supremo Tribunal Federal)

EDcl – Embargos de Declaração (no Superior Tribunal de Justiça)

EDcl no MC – Embargos de Declaração na Medida Cautelar

EDcl no REsp – Embargos de Declaração no Recurso Especial

ERE – Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário
EREsp – Embargos de Divergência no Recurso Especial
HC – *Habeas Corpus*
HC-AgR – Agravo regimental no *Habeas Corpus*
HC-ED – Embargos de Declaração no *Habeas Corpus*
J. – Julgado
MC – Medida Cautelar
MS – Mandado de Segurança
Pet – Petição
Pet-AgR – Agravo Regimental na Petição
Pet-AgR-QO – Questão de Ordem no Agravo Regimental na Petição
Pet-ED – Embargos de Declaração na Petição
Pet-QO – Questão de Ordem na Petição
Pet-MC – Medida Cautelar na Petição
PIB – Produto Interno Bruto
PPPD – Paridade do Poder de Compra
Proc. – *Processuale* ou *Procedura*
QO – Questão de Ordem
Rcl – Reclamação
Rcl-MC – Medida Cautelar na Reclamação
RE – Recurso Extraordinário
Reg. – Regimental
Rel. – Relator
Riv. – *Rivista*
REsp – Recurso Especial
RHC – Recurso em *Habeas Corpus*
RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O Objeto da Dissertação	19
1.1 A Compreensão da Tutela de Urgência	19
1.2 O Destrancamento dos Recursos Excepcionais.....	25
1.3 O Mandado de Segurança.....	34
2 O TEMPO E O PROCESSO	39
2.1 As Relações entre Tempo e o Processo	39
2.2 O Descompasso entre o Tempo e a Solução do Processo	51
2.3 A Possibilidade de Prejuízo do Recorrente	56
3 OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS NO DIREITO BRASILEIRO	60
3.1 A Função dos Recursos Extraordinário e Especial	60
3.2 Breve Escorço Histórico até a Constituição de 1988.....	68
3.3 Os Efeitos	80
3.3.1 <i>Quanto ao Julgamento da Causa</i>	81
3.3.2 <i>Quanto à Decisão Recorrida</i>	87
3.3.3 <i>Quanto à Eficácia Interinal da Tutela Jurisdicional</i>	88
3.4 A Natureza da Execução na Pendência do Julgamento	91
4 AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA	105
4.1 As Tutelas de Urgência Genéricas.....	107
4.1.1 <i>As Medidas Cautelares Inominadas</i>	108
4.1.1.1 A Legitimidade.....	112
4.1.1.2 O Deferimento de Ofício.....	113
4.1.1.3 A Outorga de Efeito Suspensivo	116
4.1.2 <i>As Tutelas Satisfativas Genéricas</i>	118
4.1.2.1 A Antecipação de Tutela Recursal	123
4.1.2.2 A Antecipação de Tutela	129

4.2 As Tutelas de Urgência Específicas	135
4.2.1 <i>A Suspensão de Processos Prevista na Lei nº 10.259/01</i>	141
4.2.2 <i>O Deferimento de Habeas Corpus</i>	147
5 A COMPETÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DA TUTELA DE URGÊNCIA	151
5.1 A Competência dos Presidentes dos Tribunais Locais	155
5.1.1 <i>A Negativa de Seguimento ao Recurso Excepcional</i>	162
5.1.2 <i>A Retidão do Recurso na Origem</i>	166
5.1.3 <i>O Recurso Ainda não Interposto</i>	169
5.1.4 <i>O Habeas Corpus</i>	173
5.2 A Competência do STF e do STJ	175
5.2.1 <i>A Relativização do Disposto na Súmula nº 634</i>	177
5.2.2 <i>O Habeas Corpus</i>	185
5.2.3 <i>A Interposição Conjunta dos Recursos Extraordinário e Especial</i>	188
5.2.4 <i>O Não-Conhecimento do Recurso na Instância Superior</i>	194
5.2.5 <i>A Impugnação ou Preterição da Decisão do Presidente</i>	195
5.3 A Competência do Juízo de Origem	197
6 O PROCEDIMENTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA ATÍPICAS	199
6.1 O Dissídio na <i>Praxis</i> dos Tribunais	200
6.2 A Petição	208
6.3 O Despacho da Petição e a Oportunidade de Defesa	210
6.3.1 <i>O Recebimento da Petição</i>	210
6.3.2 <i>O Despacho Negativo</i>	211
6.3.3 <i>O Despacho Positivo e a Resposta do Requerido</i>	213
6.4 O Julgamento do Pedido	214
6.5 O Deferimento Liminar do Pedido	214
6.5.1 <i>A Recorribilidade da Decisão no STF e STJ</i>	217
6.5.2 <i>A Necessidade de Prévio Contraditório</i>	221
6.6 Os Ônus Sucumbenciais	224
CONCLUSÃO	225
REFERÊNCIAS	240

INTRODUÇÃO

O assunto a que se propõe a presente dissertação é a tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial, isto é, o exercício jurisdicional com a finalidade de garantir a utilidade e eficácia das decisões finais em face de perigo iminente de lesão irreparável ou difícil de reparação sobreveniente na pendência dos derradeiros recursos da sistemática processual brasileira. Trata-se de temática não satisfatoriamente estudada até o momento, a despeito da sua natural e própria importância, das lacunas legais e das marcantes divergências protagonizadas pelos Pretórios Superiores na atividade integrativa a desafiar a investigação científica. Com efeito, o cabimento, os provimentos, a competência e o procedimento são determinados, sobretudo, a partir da interpretação extensiva das regras e princípios concernentes à tutela cautelar e à antecipação de tutela, prescritos, a rigor, para as instâncias ordinárias. E esse microssistema processual, instituído à mingua de lei específica pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, guarda omissões e encerra inúmeras celeumas acerca de seus institutos, a maioria cultivada no âmbito das próprias Cortes Superiores. Tal conjectura gera um quadro de incerteza para os jurisdicionados quanto ao comportamento processual adequado *vis-à-vis* a um perigo iminente de prejuízo irreparável ou de difícil reparação intercorrente na pendência de julgamento dos recursos excepcionais, ou mesmo um grave dano inverso originado justamente pela concessão de provimento urgente nesse entremeio.

Leciona Bobbio que a lacuna consubstancia um dos problemas do ordenamento jurídico para a consecução da segurança nas relações sociais, a par da hierarquia das normas, das antinomias jurídicas e das relações entre ordenamentos¹. No âmbito do Direito Processual não é diferente. Tendo em vista que os mecanismos jurídicos de acesso e de desenvolvimento do processo impendem estar previamente estabelecidos na lei, em razão da garantia do *due process of law*, mister que o ordenamento adjetivo guarneça a perfeita delimitação do jurídico para propiciar segurança na relação jurídica processual. Por isso, a lacuna na lei sempre compromete em alguma medida a

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Turim: Giappichelli, 1960, *passim*.

segurança jurídica no ambiente do processo, dependendo a extensão do prejuízo da qualidade do completamento do espaço vazio jurídico. O dissenso promovido pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça na integração da deficiência em realce, empregada a linguagem de Carnelutti², impulsiona a insegurança entre os jurisdicionados e denota a incapacidade das duas Cortes de suprir a falta de objetividade e previsibilidade do sistema normativo processual. Aulis Aarnio, ao desenvolver seu pensamento racionalista, ensina que “los tribunales tienen que comportarse de manera tal que los ciudadanos puedan planificar su propia actividad sobre bases racionales. En muchos casos, las decisiones jurídicas son la única razón propiamente dicha de una planificación de futuro. A su vez, la planificación racional es una condición necesaria para la preservación de la sociedad. Es un requisito de la cohesión social. Cuando impera la imprevisibilidad, la sociedad se disuelve en la anarquía que, a su vez, está reñida con toda fundamentación justa y jurídica”³.

Sem embargo da incerteza originada pela oscilação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, consolidaram-se entendimentos sobre essa jurisdição que não refletem ideais de justiça, olvidando que o processo constitui, para além de um instrumento cujo ideal é a realização da ordem jurídica material, um organismo que contempla em seu método a concretização das garantias constitucionais. Ao analisar a conexidade entre o direito processual e o constitucional, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sublinha que o processo não pode ser compreendido como mera técnica, mas como instrumento de realização de valores, especialmente de valores constitucionais. Considerada a conexidade entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição, não basta conformar o processo às normas constitucionais. É preciso empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido. Em suma, tem-se como necessário que também o processo se desenvolva, de fato, em conformidade com as garantias consagradas na norma fundamental⁴.

² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 1940, p. 169.

³ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*: un tratado sobre a justificação jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 26-27. Veja-se, a respeito, CALAMANDREI, Piero, La funzione della giurisprudenza nel tempo processual. In: STUDI sul processo civile. Padova: CEDAM, 1957. v. 6, p. 89-110; e, entre nós, TUCCI, José Rogério Cruz e Tucci. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 26, p. 31-42, 2003, p. 38.

A proposição põe em pauta, dessarte, direitos e garantias fundamentais, tais como a inafastabilidade da jurisdição, o acesso à justiça, o *due process of law* e, maior e precisamente, a efetividade processual. O direito à efetividade do processo constitui direito fundamental do jurisdicionado, assim como os retrorreferidos. Segundo o magistério de Luiz Guilherme Marinoni, o direito à prestação jurisdicional efetiva decorre da própria existência dos direitos e a contrapartida da proibição da autotutela. Assim, o direito à tutela jurisdicional deve ser visto como direito à efetiva proteção do direito material, do qual são devedores o legislador e o juiz, que impende ter um verdadeiro dever de comportar-se de acordo com o direito fundamental à efetividade da jurisdição⁵. Todavia, a efetividade não é aqui abordada sem a necessária contraposição com o seu constante âlter no Direito Processual: a segurança jurídica. Os princípios da efetividade e segurança jurídica estão em permanente tensão no âmbito no Processo, tanto na definição do devido processo legal como na resolução dos conflitos de interesses, *in concreto*. Quando o embate dá-se na segunda hipótese, a solução encontra-se na Teoria do Direito, que, assim como outros planos teóricos, tem se valido dos direitos fundamentais para a sua estruturação, inclusive para a definição dos princípios e sua distinção das regras, cuja solvência no caso de colisão constitui elemento determinante⁶.

A toda a evidência, a efetividade constitui o âmago do assunto em pauta, pois a *ratio iuris* da tutela de urgência reside na proteção da utilidade e eficácia da prestação jurisdicional. E como na hipótese se trata da jurisdição de urgência em sede de recursos extraordinário e especial, o valor efetividade adquire relevância à medida que se cuida das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que, além de albergar o direito das partes litigantes, têm a

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 184/189. Neste particular, impende realizar um paralelismo com a chamada visão tridimensional do direito de CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 65, p. 127-143, jan.-mar. 1992, no trato do acesso à justiça: o direito não deve ser visto apenas na perspectiva de seus produtores e dos produtos destes, mas também, e principalmente, na perspectiva dos “consumidores” do Direito e da justiça, em suma, dos usuários (p. 130-138).

⁶ Para DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978, p. 22 *et seq.*, os princípios têm uma *dimension of weight or importance*, devendo prevalecer aquele princípio colidente que tiver peso ou importância maior no caso vertente: “when principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each”. Na verdade, como complementa ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, o conflito não se resolve precisamente pela dimensão aludida por Ronald Dworkin, mas pela ponderação das circunstâncias do caso (p. 89-98). Nesse sentido, havendo tensão entre os princípios da efetividade processual e da segurança jurídica, impende-se ponderar as circunstâncias da situação *in concreto* e determinar-se, pontualmente, qual deve prevalecer. Daí a importância, como conclui AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 2005, *passim*, da técnica de hermenêutica da ponderação de interesses para a concretização de princípios constitucionais e para que o processo constitua efetivo instrumento fomentador da justiça.

missão de afiançar a autoridade e a inteireza do ordenamento jurídico. Logo, em princípio, a tutela de urgência em tela importa tanto para tolher a frustração do jurisdicionado pela falta de préstimo de uma decisão favorável proferida pelos mais elevados órgãos judiciários do País como para garantir que estes realizem, através dos recursos extraordinário e especial, os escopos políticos que lhe foram confiados pela Constituição da República. Os recursos extraordinário e especial, na qualidade de extraordinários, encerram funções políticas bem delineadas. Não visam a fazer justiça às partes, a não ser indiretamente. Tanto é assim que não tem cabimento por motivo de sentença injusta. A sua função primordial é sustentar a supremacia da Constituição, a integridade do direito federal e a uniformidade da sua interpretação⁷. Pontes de Miranda, com seu inconfundível linguajar, suasivo e metafórico, pontifica que se prende o recurso extraordinário, como galhos e tronco à raiz, à necessidade de se assegurar, em todo o território nacional, a realização uniforme da lei federal⁸.

A dissertação principia definindo o seu objeto, explicitando, em razão da obscuridade que ainda persevera no meio jurídico sobre a compreensão do *nomem iuris* tutela de urgência, que são abarcadas no trabalho tanto as medidas cautelares como as medidas satisfativas fundadas na urgência de tutela jurisdicional. Publiciza-se, após, os motivos pelos quais, malgrado o entendimento perpetrado nos Tribunais Superiores em outro sentido, não se contempla *hic et nunc* o destrancamento do recurso extraordinário e do recurso especial nas hipóteses em que ficam retidos nos autos, por força da aplicação da regra disposta no art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil. Ainda na precisão do objeto da dissertação, esclarece-se o porquê de não se abranger o mandado de segurança como instrumento conveniente para promover-se providência jurisdicional de urgência, conquanto ainda hoje esta ação constitucional continue sendo admitida, por vezes, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, como meio processual para condescender-se provimentos dessa natureza. Ainda no tocante à delimitação do tema, cumpre salientar que não se abarca, especificamente, o cabimento e o procedimento dos recursos extraordinário e especial, tampouco as tutelas cautelar e antecipatória, mas tão-somente os seus aspectos reputados relevantes para o desenvolvimento do presente trabalho. O objetivo deste notadamente não é analisar os citados institutos processuais *en se*, mas, sim, a sistemática processual constituída a partir de seu interrelacionamento.

⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 105-107.

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Forense, 1975, v. 8, arts. 539-565, p. 15.

Anota-se ainda que a dissertação classifica como recurso de gênero extraordinário os recursos extraordinário, especial e embargos de divergência. Não obstante, não se incluíram os embargos de divergência no recorte temático, sem prejuízo de algumas abordagens em tópicos específicos. Além de incidirem rara e eventualmente, têm notória função complementar em relação ao recurso excepcional originário. Ademais, as ponderações versadas aplicam-se-lhe, quase que na sua totalidade, de forma indireta. O mesmo pode-se dizer, aliás, em relação aos demais incidentes cabíveis nas instâncias extraordinárias, tais como o agravo dito regimental, razão por que se tem que a dissertação trata, nessa ordem de idéias, em última análise, do exercício da jurisdição de urgência durante todo procedimento a partir da interposição dos recursos extraordinário e especial. No que se refere ao enfrentamento concomitante dos recursos extraordinário e especial, optou-se por esta forma não só pela fidelidade à estrutura topológica em relação à disposição do Código de Processo Civil, mas pela grande harmonia que há entre esses recursos a permitir o trato conjunto⁹.

Especificado o objeto, ingressa-se na propedêutica da proposição, a começar pelas relações entre o tempo e o Processo. Como preceitua de forma exemplar François Ost, “c’est donc une dialectique profonde et non des rapports superficiels qui se nouent entre le droit et le temps”¹⁰. No Direito Processual, esse liame o tempo e o Direito aufere notas próprias e relevantes, máxime na sociedade contemporânea, que tem consciência das obrigações jurisdicionais do Estado e a pressa como pressuposto. Na sociedade moderna, em que prepondera não mais a relação entre pessoas, mas entre pessoas e coisas – economia/consumo –, acelera-se em face da sinergia, transmudando em uma geração da velocidade, do tempo que não se conta mais em anos, meses ou dias, mas na troca de *bits* da rede. A velocidade da tecnologia, da política, da economia, da geografia e da sociedade mostra-se incompatível com os instrumentos que temos para estudá-la e controlá-la¹¹. Esse fenômeno ecoa de diversas formas no Direito, máxime no exercício da tutela jurisdicional.

⁹ Cf. MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 15-16, ao enfrentar a crítica de José Carlos Barbosa Moreira.

¹⁰ OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999, p. 13. Nesta clássica obra concernente às relações entre o tempo e o Direito, propõe o jurista e filósofo belga, *loc. cit.*, num processo silogístico de duas teses centrais, quais sejam, a de que o tempo é uma construção social e a de que a principal função do Direito é a de contribuir para a instituição do social, que o Direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que este determina, em contrapartida, a força instituinte do Direito. Nessa interação dialética, o tempo não ficaria exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cronológico no seio do qual se desenrola sua ação. De igual modo, não se limitaria o Direito a impor ao calendário prazos normativos, deixando para o excedente o tempo desenrolar seu fio.

¹¹ MORETTO, Rodrigo. *Crítica interdisciplinar da pena de prisão: controle do espaço na sociedade do tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2005, p. xxiii. Neste impressionante trabalho interdisciplinar, o físico e jurista Moretto realiza um estudo sobre as repercussões do tempo na sociedade, perquirindo elementos na Física, na

Por primeiro, discorre-se geralmente sobre as relações entre o tempo e o Processo: ponto de partida para a fenomenologia do processo hodierno em decorrência da compreensão do valor efetividade, não se excluindo dessa asserção a jurisdição de urgência. Em seqüência, analisa-se o descompasso entre o tempo e a solução do processo: relacionamento justificante da jurisdição de urgência. A tutela urgente tende justamente, na lição de SATTÀ, a assegurar os efeitos da decisão de mérito quando existe fundado motivo de que uma parte, durante o tempo de tramitação do processo em que busca fazer valer o seu direito na via ordinária, está ameaçada por um prejuízo grave e irreparável¹². É, pois, o perigo iminente de lesão grave, impassível de aguardar a resposta jurisdicional definitiva, que legitima o instantâneo provimento provisório. Examina-se, ainda, com o fito de demonstrar a necessidade da atividade jurisdicional urgente na pendência de julgamento dos recursos extraordinário e especial, a possibilidade de prejuízos para as partes nesse entretanto recursal.

À continuação dos prolegômenos, estudam-se os recursos extraordinário e especial com a finalidade de se estabelecer a extensão e o cabimento da jurisdição de urgência na sua pendência. Analisa-se, de início, a partir da explanação da natureza e dos objetivos do gênero recursal que compreendem, a função que exercem de per si no sistema jurídico brasileiro. E para melhor elucidar essa peculiar bifurcação funcional, discorre-se, embora de forma abreviada, sobre a sua origem e desenvolvimento em nosso Direito Processual. A partir disso, obtemperam-se os efeitos que exalam, mediante a propositura de três classificações, considerando-se os efeitos produzidos sobre o julgamento da causa; sobre a decisão recorrida; e sobre a eficácia interinal incidente na tutela jurisdicional. Essa análise científica é fundamental para a compreensão da jurisdição de urgência no âmbito dos recursos extraordinários, maiormente os efeitos suspensivo e antecipatório, que traduzem provimentos urgentes. Também se versa sobre a natureza da atividade executiva efetuada na pendência desses recursos. Pese certa dose de saudosismo em repisar essa temática, mostra-se curial pela atualidade dos institutos processuais e por consistir a antecipação dos

Filosofia, na Sociologia, na Biologia e na Antropologia, com o visio de verificar a dimensão punitiva da pena privativa de liberdade.

¹² SATTÀ, Salvatore. *Diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1948, p. 486. Trata-se do “fondado motivo di temere l’insoddisfazione del diritto o *periculum in mora* e pregiudizio imminente ed irreparabile minacciante il diritto durante il tempo ocorrente per farlo valere in via ordinaria”, como refere DINI, Mario. *I provvedimenti d’urgenza nel diritto processuale civile*. arts. 700 a 702 Cod. Proc. Civ. Milano: Giuffrè, 1957, p. 72 *et seq.*, ao discorrer sobre os pressupostos dos provimentos de urgência no sistema processual italiano. Para o cotejo da jurisdição de urgência brasileira com a italiana, veja-se: VERDE, Giovanni. Il processo cautelare: osservazioni sparse sui codici di procedura in Italia e in Brasile. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 79, p. 35-50, jul.-set. 1995. Para se observar a jurisprudência italiana, recomenda-se: SCARPA, Antonio. *I provvedimenti d’urgenza*. art. 700 Cod. Proc. Civ. (magis imperii quam iurisdictioninis). Milano: Giuffrè, 2004.

atos executivos na principal fonte de danos iminentes nesse período evolutivo da relação jurídica processual.

Postas essas premissas, imprescindíveis para se investigar com maior profundidade o assunto proposto, ingressa-se propriamente nos motes centrais da dissertação. Por meio de análise da lei processual – Código de Processo Civil e legislação extravagante – verificam-se as hipóteses de cabimento da tutela de urgência em sede de recursos excepcionais, as quais são enquadradas em uma segmentação dicotômica, segundo a previsibilidade, ou não, do provimento na disciplina normativa do processo: as tutelas de urgência genéricas e as tutelas de urgência específicas. Não se vicejam, é propício frisar, todas as tutelas de urgência cabíveis, o que implicaria exame de inúmeras medidas cautelares específicas em virtude da competência cumulativa: tema em que é fértil e fecunda a literatura jurídica processual¹³. Pela importância, decorrente da nítida incidência estatística superior, o trabalho concentra-se nos provimentos urgentes genéricos, mormente na concessão de efeito suspensivo e antecipação de tutela recursal, e nas duas principais formas típicas, ou melhor, no deferimento de ordem de *habeas corpus* e na suspensão de processos pontificada na Lei nº 10.259/01.

Após, por meio de análise da ordem jurídica processual e da *praxis* do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, em especial em face dos enunciados números 634 e 635 da Súmula do Pretório Excelso, verifica-se a competência para o exercício da jurisdição de urgência no ínterim de tramitação do recurso extraordinário e do recurso especial. Escandí-se, especificamente, quando a competência para conhecer e julgar o pedido de tutela urgente pertence às duas Cortes Superiores destinatárias dos recursos, à presidência do tribunal local e ao juízo de origem, bem como se analisa criticamente a orientação do Superior Tribunal de Justiça que vai de encontro à posição firmada no Supremo Tribunal Federal, reputando-se competente para exercer a jurisdição de urgência em sede de recurso especial em situações verificadas *in specie*, anteriormente à abertura da instância extraordinária. Depreendem-se, ainda, outros pontos sensíveis concernen-

¹³ Citam-se, por tantos: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 8, t. 2, arts. 813 a 889; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 10, t. 1; SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, v. 11, t. 1; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, v. 11, arts. 796-889; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: LEUD, 1998; FERREIRA, Pinto. *Medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983; MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 12, arts. 813 a 889; SANTOS, Ulderico Pires. *Medidas cautelares: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1979; e VILLAR, Willard de Castro. *Medidas cautelares*. São Paulo, 1971.

tes à determinação da competência, fruto do momento em que o pedido é deduzido, da sua natureza e de seu conteúdo.

Assentado o exame das hipóteses de tutela de urgência cabíveis e a competência para o exercício dessa jurisdição, prende-se a dissertação ao procedimento para as tutelas de urgência atípicas. Para isso, confronta-se por primeiro o dissídio na prática dos pretórios brasílicos sobre o *modus faciendi* apropriado, estimulado principalmente pela falta de sintonia entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Tomada a posição sobre o procedimento correto, com fulcro na natureza jurídica da tutela de urgência, esquadrinha-se de maneira particularizada o rito, dissertando-se sobre a peça pertinente para se formular o pedido, o despacho de recebimento e a defesa da parte contrária, bem assim sobre o julgamento do pedido e a determinação dos ônus de sucumbência. Nesse entremeio, aprecia-se o julgamento liminar do pedido de providência de urgência e, no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, donde consiste em atribuição do relator outorgar liminarmente a medida, a recorribilidade dessa decisão, bem como se espousa a necessidade de prévio contraditório antes do *referendum* do respectivo órgão colegiado competente. Examina-se, assim, no âmbito da jurisdição de urgência atípica em sede de recursos extraordinário e especial, o *due process of law* na perspectiva instrumental e intrínseca, isto é, tanto formalmente os *ordely proceedings* estabelecidos para regular o exercício da tutela de urgência inominada como os seus conteúdos. Consoante o magistério de Maria Rosynete Oliveira Lima, a verificação das etapas ritualísticas processuais estabelecidas na lei não representa apenas a completude do devido processo legal procedimental, mas também da efetiva capacidade de proteção processual-constitucional ao indivíduo, a fim de evitar ou minimizar os riscos de decisões errôneas¹⁴. Portanto, a análise proposta perquire o rito imprimido para os provimentos de urgência atípicos e a condição deste de oferecer uma tutela jurisdicional realmente adequada, fomentadora da efetividade processual, de contraditório equilibrado, de oportunidade para as partes influírem nas decisões etc.

Finalmente, no fechamento do trabalho, conformam-se as principais conclusões que se inferiu no seu desdobramento a partir da análise da lei, da jurisprudência – sobretudo das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça –, da doutrina, dos princípios e dos valores que informam o Direito Processual moderno. Essas ilações convergem para uma síntese daquilo que se propôs na presente dissertação, colimando propiciar um efetivo contributo acadêmico: o oferecimento, mediante tratamento dogmático, duma sistematização do exercício da

¹⁴ Cf. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 239 *et seq.*

jurisdição de urgência em sede de recursos extraordinário e especial. Essa atividade retrospectiva não se cinge, porém, à exposição. Oportunamente, identificam-se, entretanto, os pontos tidos como problemáticos e as respectivas adequações necessárias. É com esse espírito, crítico e contributivo, que se formula uma conclusão geral, em que se designa o norte para que o microsistema processual desvelado da égide de urgência se aperfeiçoe e atinja efetivamente os seus edificantes propósitos.

A dogmática jurídica tem a função básica de *docere*, de delimitar as possibilidades abertas pela questão da decidibilidade, proporcionando certo “fechamento” no critério de combinação de modelos. Se se aceita a concepção de Max Weber de que o Direito moderno propicia a segurança da certeza na expectativa de determinadas ações, a racionalidade do saber dogmático sobre o Direito não se localiza nem em soluções visadas, nem na discriminação fechada dos meios, mas no tratamento correlacional de fins e meios, na correlação funcional de questões e solução de questões. É isto que lhe dá caráter arquitetônico de combinatória de modelos, aberta para os problemas de decidibilidade, mas delimitada pelo espírito do *docere*¹⁵. É isso que, com humildade e esforço, se pretende alcançar com o presente estudo científico: analisar a sistemática processual constituída a partir do inter-relacionamento dos recursos extraordinários e das tutelas de urgência e elaborar, inspirado por uma visão crítica e tendo como ponto de consistência uma concepção fenomenológica, uma sistematização da jurisdição de urgência em sede de recursos extraordinário e especial.

¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980, p. 108.

1 O OBJETO DA DISSERTAÇÃO

1.1 A Compreensão da Tutela de Urgência

No curso de um processo é prospectivo, e até mesmo freqüente, que as partes litigantes padeçam algum prejuízo para além daqueles dissabores naturais que decorrem de uma relação jurídica processual. Todavia, o dano experimentado pela parte a miúdo é de tal monta grave que não poderá ser reparado, ou dificilmente poderá ser reparado, caso a decisão final lhe seja favorável, quer pelo acontecimento intercorrente de um fato que comprometa a concretização do direito reconhecido de forma definitiva, quer simplesmente pelo esvaziamento da utilidade da sentença em virtude do tempo transcorrido até a sua efetivação¹⁶. Por conseguinte, a par das tutelas de cognição e execução, afigura-se inevitável a existência no sistema de provimentos jurisdicionais com a aptidão de tolher instantaneamente os perigos iminentes de lesões irreparáveis ou de difícil reparação supervenientes durante a marcha do processo, de modo a assegurar a utilidade e a efetividade da jurisdição. No direito processual brasileiro, essa proteção fundada na emergência da tutela jurisdicional pode se dar notadamente através de duas classes de provimentos de viés provisional: a *tutela cautelar*, que assegura a realização do direito em risco, e a *tutela antecipada*, que adianta a sua satisfação.

Muita tinta se consumiu na doutrina nacional com o fito de distinguir a tutela antecipada da cautelar. Segundo Adroaldo Furtado Fabrício, trazido à baila pelo refinamento didático, a tutela antecipada, a mais da provisoriedade, tem por objeto a satisfação do interesse manifestado pelo autor. O que se lhe defere é aquela mesma situação de supremacia jurídica que ele busca no processo, não a simples garantia de conservação e indenidade do seu objeto ao longo do trâmite ju-

¹⁶ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 2002, p. 550, um dos maiores estudiosos dessa fenomenologia, sublinha que “il processo a cognizione piena, essendo caratterizzato da forme e termini predeterminati dalla legge, ha necessariamente una sua durata fisiologica. Tale durata può agire negativamente ai fini della effettività della tutela giurisdizionale, sotto due profili: in primo luogo è possibile che durante lo svolgimento del processo a cognizione piena siano posti in essere atti o fatti idonei a frustrare la fruttuosità pratica della futura sentenza esecutiva (es. dispersione della garanzia patrimoniale, distruzione del bene di cui si chiedeva la consegna); in secondo luogo è possibile che oggetto del processo sia un diritto a contenuto e/o funzione non patrimoniale il cui permanere in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario ad ottenere una sentenza esecutiva a termine di un processo a cognizione piena è fonte di un pregiudizio irreparabile (cioè non suscettibile di essere riparato adeguatamente *ex post* tramite la tutela risarcitoria. Si pensi, per tutti, ai diritti di libertà, al diritto agli alimenti e ai diritti di mantenimento)”.

dicial. Não se trata de simplesmente tranquilizar o interessado quanto à integridade do bem ou direito e à segurança de poder dele vir a desfrutar no futuro: esse desfrute mesmo lhe é desde logo assegurado. Em regra, tanto a tutela antecipatória quanto a cautelar retiram algo do demandado, invadindo sua esfera jurídica e privando-o do gozo, atual ou potencial, de um determinado bem ou direito. Mas os resultados não são idênticos do ponto de vista do autor: a cautela não lhe acrescenta de imediato nada ao ativo jurídico, salvo a segurança; já o provimento antecipatório outorga-lhe o desfrute imediato do bem ou direito. A cautela só dá ao autor a expectativa favorável da efetiva fruição do direito no futuro; a antecipação o coloca desde logo em condições de fruir dele¹⁷.

Conquanto sejam, na essência, provimentos diferentes, ambos visam exatamente a impedir que o tempo comprometa o resultado do processo mediante medidas jurisdicionais imediatas. Naturalmente, cuida-se aqui do provimento antecipatório calcado no fundado receito de dano irreparável ou de difícil reparação, consubstanciado no inc. I do art. 273 do Código de Processo Civil. As demais hipóteses permissivas de antecipação dos efeitos da tutela – abuso do direito ou ato com manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II) e incontrovérsia de um pedido recursal ou de parte dele (§ 6º do art. 273) – não traduzem medidas jurisdicionais urgentes, uma vez que não implicam, *per se*, perigo de prejuízo grave a reclamar tutela jurisdicional imediata. Na hipótese do inc. II do art. 273, a antecipação de tutela opera como uma sanção para o réu que atua de maneira ímproba no processo, abusando do direito ou agindo de modo protelatório. Na novel hipótese de cabimento, inserida pela Lei nº 10.444/02 a partir do pensamento de Luiz Guilherme Marinoni, expressada em obra publicada em 1997¹⁸, visa-se a obstar prejuízo à parte pela demora da prestação jurisdicional quando o direito é incontroverso, mas desprovido de perigo; simplesmente antecipa-se o direito ao autor por inexistir controvérsia sobre ele, isentando-o, assim, da mora judiciária.

O ordenamento jurídico brasileiro, com o desígnio de impedir que o tempo comprometa a frutuosidade da prestação jurisdicional e a efetiva atuação da tutela jurídica, contempla hoje um dos mais completos e complexos sistemas de jurisdição de urgência. Além de comportar inúmeros procedimentos específicos e a possibilidade de deferirem-se medidas cautelares e satisfativas genericamente – em hipóteses não tipificadas em lei –, a tutela de urgência pode se dar tanto de

¹⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 23, n. 66, p. 5-18, mar. 1996, p. 17-18.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Também em *A tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa*. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 5, p. 389-402, mai-ago 1997.

forma preparatória como incidental do processo, e neste caso a qualquer tempo e grau de jurisdição. Ainda que essa condição seja bastante contemporânea, a ordem jurídica processual sempre previu em certa medida, desde a legislação lusitana que permanecera em vigor com a proclamação da Independência em setembro de 1822, por força do Decreto Imperial de 20 de outubro de 1823¹⁹, provimentos cautelares e antecipatórios. As chamadas ações interrogatórias e ações provocatórias das Ordenações Filipinas, provimentos de caráter satisfativo e acautelatório respectivamente, são exemplos evidentes dessa afirmação. Tratava-se de tutelas imediatas revestidas de provisoriedade, deferidas mediante *sumario cognitio*, que tinham a finalidade senão de evitar prejuízo pela demora da prestação jurisdicional. Enquanto nas primeiras se permitia que a parte demandante ficasse na posse da coisa litigiosa *ab initio*, quando provasse que o réu afrontava o dever de veracidade relativamente à posse do bem²⁰, nas segundas se facultava ao difamado que postulasse ao juiz determinar que o difamante ou bem deduzisse ação contra ele ou bem se abstinisse de difamá-lo²¹.

Malgrado a origem vetusta, as tutelas de natureza antecipatória eram parcas em nosso sistema processual até meados da década passada²², justamente por irem de encontro ao valor que

¹⁹ Para depreenderem-se as origens do processo civil brasileiro e sua evolução histórica até a proclamação da República, veja-se BONUMÁ, João. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva & Cia Livraria Acadêmica, 1946, v. 1, p. 163-244.

²⁰ *V.g.*, o § 2º do tit. 32 do Livro III: “E se o Autor demandar ao Réu alguma coisa por sua, assim móvel, como de raiz, e o Julgador perguntar ao Réu, se a possui, e ele responder que não, e o Autor provar o contrário, será logo privado da posse da dita coisa, e será entregue ao Autor, até que a demanda finalmente seja determinada sobre a propriedade dela, e então será entregue àquele, a que for julgado, a qual pena lhe é dada porque negou a verdade ao Julgador”. Na mesma linha o tit. 40: “Se alguém demandado em Juízo por ação real por coisa, que possua, e sendo perguntado pelo Juiz se está de posse dela, o negar, provando o Autor, como ele estava na posse dela, logo sem outro processo nem libelo, nem contestações será privado da posse da dita coisa, e será traspassada ao Autor, e se o Réu quiser haver a coisa, será feito do Réu Autor, e do Autor Réu. E isto foi assim dado por pena ao Réu, por negar ao Juiz possuir a coisa, e lhe ser provado o contrário”.

²¹ Trata-se do § 4º do tit. 11 do Livro III: “Todo aquele que difamar outro sobre o estado de sua pessoa, como se dissesse, que era seu cativo, liberto, infame, espúrio, incestuoso, Frade, Clérigo, ou casado, e em outros casos semelhantes a estes, que tocarem ao estado da pessoa, de qualquer qualidade que a causa do estado seja, pode ser citado para vir citado ao domicílio do difamado, que o manda citar. E nos ditos casos, em que o assim citar, lhe fará assinar termo, para que o demandado prove o defeito do estado, porquanto a tal questão de estado é prejudicial à pessoa, e não sofre dilação, nem deve estar impendente: e isto, quando a dita causa se intentar direito e principalmente sobre o estado da pessoa”. Sobre as ações provocatórias no antigo direito português, veja-se BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETO, Sílvia Marina L. Batalha. *Cautelares e liminares*. São Paulo: LTr, 1996, pp. 41-44.

²² Estavam previstas apenas em procedimentos específicos, por exemplo, o mandado liminar de manutenção ou de reintegração de posse nas ações possessórias (CPC, art. 928), o embargo liminar em ação de nunciação de obra nova (CPC, art. 937), o mandado liminar em mandado de segurança (Lei nº 1.533/51, art. 7º, II), os alimentos provisórios em ação de alimentos (Lei nº 5.478/68, art. 4º), a busca e apreensão liminar em ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente (Decreto-Lei nº 911/69, art. 4º) e mandado liminar em ação civil pública (Lei nº 7.347/85, art. 12).

preponderou quase que de forma absoluta em nossa sociedade: a segurança jurídica²³. À medida que foi amadurecendo o valor efetividade e se sentiu mais fortemente a necessidade de se conferir ao jurisdicionado, em certas hipóteses, a eficácia da tutela jurisdicional antes do julgamento final do processo, sabidamente moroso, passou-se a grassar provimentos de caráter satisfativo sob o rótulo de cautelar, em um flagrante desvirtuamento daquele instituto. Existia animosa polêmica na doutrina nacional – que se refletia também na jurisprudência – sobre o cabimento da concessão de provimento antecipatório por meio do exercício de poder geral de cautela. Conforme sintetizou Teori Zavascki, houve quem sustentasse, como Galeno Lacerda, que o juiz poderia antecipar provisoriamente a própria prestação jurisdicional objeto da ação de conhecimento; e os que, em linha oposta, como Humberto Theodoro Júnior, vedavam essa possibilidade, por entenderem que não é da natureza da tutela cautelar autorizar uma espécie de execução provisória, restringindo-se o seu fito a garantir a utilidade e a eficácia da futura prestação jurisdicional. Havia ainda uma posição intermediária, defendida por Calmon de Passos, no sentido de que o poder geral cautelar permitiria, no silêncio da lei, antecipar a tutela, por conseguinte criar liminares não-expressas em lei²⁴.

A técnica da tutela antecipatória generalizou-se somente em 1994, através da Lei nº 8.952, que revolucionou a prestação jurisdicional brasileira ao dar nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil e, desse modo, infirmar de vez o traço universal de nosso procedimento ordinário, que admitia apenas excepcionalmente soluções antecipadas, fundadas em cognição sumária²⁵. Desde então, em qualquer processo em que exista fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, seja o rito comum ou especial, é possível, como medida de defesa da jurisdição, anteciparem-se os efeitos da tutela pretendida se o órgão judicial convencer-se da verossimilhança do direito alegado. Mais do que uma simples alteração de um dispositivo do Código de Processo Civil, a nova lei produziu uma notável mudança de concepção

²³ Sobre a nota garantista do processo brasileiro, sugere-se a leitura do interessante estudo de GONÇALVES, William Couto. *Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 82, p. 53-69, abr-jun. 1996, p. 53-55.

²⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 108 *et seq.*, ao esposar a tendência de superação do procedimento ordinário, cuja modificação promovida pela Lei nº 8.952 figura como um dos principais indicativos, assinala que as necessidades e contingências atuais de nossa realidade têm mostrado, muito mais que as possíveis vantagens, as enormes e insuportáveis desvantagens desse tipo procedimental, exacerbadamente moroso e complicado, a ponto de tornar-se inadequado ao nosso tempo e às novas exigências decorrentes de uma sociedade urbana de massa. Em *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, p. 215-237, Ovídio vergasta o acanhamento em torno das tutelas de urgência em geral, fruto do paradigma racionalista que inspira o sistema, que devota a cultura da ordinariade do rito e o juízo

do próprio sistema processual. Isso porque representou uma nova concepção de processo civil, uma alteração nos seus rumos ideológicos, marcada pelo acentuado privilégio do princípio da efetividade da função jurisdicional. A especial salvaguarda desse princípio, feita pelo legislador, tem reflexos não apenas tópicos, ou seja, não apenas num ou noutro dispositivo codificado, mas passa a permear todo o sistema, que, por isso mesmo, deve ser *reinterpretado* à luz dos valores jurídicos assim privilegiados²⁶.

Se por um lado a tutela antecipada consolidou-se em um tempo relativamente breve em nosso direito, o mesmo não aconteceu em relação à tutela cautelar, a qual esteve presente não apenas na legislação portuguesa que permanecera em vigor no País após sua Independência como em todos os códigos processuais brasileiros, inclusive nos estaduais²⁷. Embora em muitos aspectos tenha sido aquém do que se carece, a tutela cautelar granjeou nesse interregno uma famigerada e paulatina evolução²⁸. Na pioneira codificação processual pátria, o Regulamento nº 737, já se ofereceu uma sistematização das ações cautelares, posto que restrita às medidas específicas²⁹. O Código de Processo Civil de 1939, que unificou o processo no âmbito nacional, além de dispor a lide cautelar como um terceiro gênero de processo, autônomo, como esposava Carnelutti, acrescentou ao direito positivo o poder geral de cautela, para autorizar a proteção acautelatória naque-

de certeza (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004).

²⁶ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70-74. Ainda sobre a reforma promovida pela Lei nº 8.953 ao universalizar o instituto da antecipação de tutela, vejam-se: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 276-278; BERMUDEZ, Sergio. *A reforma do Código de Processo Civil: observações às leis 8.950, 8.951, 9.952, 8.953 de 13 de dezembro de 1994*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 34-38; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995; e SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 17-36; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 140-150.

²⁷ Acerca da evolução histórica da tutela cautelar no direito brasileiro, bem é de ver FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 179-302. Neste trabalho, fruto da tese apresentada para o Concurso de Professor Titular de Processo Civil da Faculdade de Direito da UERJ, Luiz Fux examina o direito anterior e traz os principais textos legislativos do direito brasileiro concernentes à cautelar.

²⁸ Veja-se a crítica de SILVA, O., *Processo e ideologia...*, *loc. cit.*

²⁹ O Regulamento nº 737, de 1850, disciplinava de início apenas o processamento das causas comerciais, tendo sido estendido, ante a consolidação da legislação civil pelo Conselheiro Antonio Joaquim Ribas em 1876, aos processos das causas cíveis, *ex vi* do Decreto nº 763, de 1890. O Regulamento nº 737 ainda servira de matriz para os códigos de processo dos Estados, os quais, com competência para legislar sobre processo, também previram provimentos de urgência em seus códigos. O Código do Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Sul, de 1908, estabelecia, p. ex., provimentos antecipatórios nas ações de nunciação de obra nova (art. 540) e de depósito (art. 550), assim como provimentos acautelatórios como seqüestro e arresto (arts. 748-768), entre outras medidas urgentes. No mesmo sentido os códigos de processo dos Estados de Minas Gerais, Bahia, São Paulo e do Distrito Federal (RJ).

las hipóteses que não estavam especificadas na lei³⁰. O Código vigente, por sua vez, além de reafirmar os avanços auferidos anteriormente, conferiu à tutela cautelar uma imbricação mais sistemática e frisante, bem como lhe emprestou amplo exalçamento, inclusive dedicando-lhe livro próprio.

Recentemente, com o acréscimo do § 7º ao art. 273 do Código de Processo Civil pela Lei nº 10.444/02, passou-se a admitir providências de natureza acautelatória em caráter incidental do processo, fungibilizando as tutelas de urgência cautelares e antecipatórias. Essa fungibilização das tutelas cautelar e antecipatória permitiu superar retumbantes divergências sobre o caráter assecuratório ou satisfativo de determinadas medidas urgentes e o cabimento da via eleita, o que, muitas vezes, em razão da iminência do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, acabava por comprometer o próprio direito. Sem embargo, como esposa Cândido Rangel Dinamarco, a reforma implementada pela Lei nº 10.444/02 ao acrescentar o § 7º ao art. 273 abriu o caminho, em contrapartida, para o enriquecimento da teoria das medidas antecipatórias, à luz das inúmeras regras explícitas endereças pelo Código de Processo Civil às cautelares. Afinal, é inerente a toda fungibilidade a possibilidade de intercâmbio recíproco, em todos os sentidos imagináveis³¹.

Portanto, estas duas classes de provimentos, cautelar e antecipatório, compreendem a tutela de urgência. Trata-se de medidas de defesa de jurisdição, exaradas em caráter provisório, mediante juízo de cognição sumária, com o escopo de evitar perigo de dano irreparável ou de difícil reparação que paira no curso do processo e, assim, garantir a utilidade e a eficácia da prestação jurisdicional. Nessa senda, não obstante o viés díspar, busca-se dispensar tratamento isonômico aos dois institutos, enquadrando-os sob o mesmo dístico de tutela de urgência. Como bem consigna Cândido Dinamarco, existe uma falsa crença de que as tutelas antecipatória e cautelar sejam dois conceitos absolutamente distintos e não, como convém, duas categorias de um gênero só. O que há de mais forte não é o que difere esses provimentos, mas o que há de comum entre eles: a

³⁰ O poder geral de cautela foi instituído no art. 675 do Código de Processo de 1939, cuja redação original era a seguinte: “Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes, quando: I) do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; II) antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de acusar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes; III) no processo, a uma das partes foi impossível produzir provas, por não se achar na posse de determinada coisa”. CARPENA, Márcio. *Do processo cautelar moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 16, repisando a doutrina da época, crítica a norma em apreço, porque a sua efetividade pragmática ficava limitada ante a vinculação expressa a determinadas hipóteses.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60-61.

luta contra o tempo³². A presente dissertação trata especificamente da tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial, ou seja, das medidas jurisdicionais imediatas, cautelares e satisfativas, destinadas a ladear perigo iminente de lesão irreparável ou de difícil reparação ocorrente no hiato entre a interposição desses recursos e o seu julgamento. Cuida, em última análise, do interesse público de preservar a força e a utilidade do processo para o desempenho da missão de promover a justa composição da lide, bem assim para que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal cumpram os seus desígnios políticos de guarda do ordenamento jurídico. Não integra o seu recorte objetivo, ressalva-se, o destrancamento dos recursos extraordinário e especial nas hipóteses em que ficam retidos, por não configurar propriamente provimento de urgência, como se vê a seguir.

1.2 O Destrancamento dos Recursos Excepcionais

Com o propósito de diminuir o considerável número de recursos extraordinário e especial que alcançava o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tratando de questão incidente no curso do processo, o legislador, acrescentando o § 3º ao art. 542 do Código de Processo Civil, por meio da Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, determinou que “o recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões”. Por essa forma, sem *vacatio legis* e prévio debate com a comunidade jurídica, instituiu-se no ordenamento jurídico brasílico um novo formato de recurso retido, conferindo aos recursos extraordinário e especial sistemática semelhante à do agravo, na modalidade insculpida no art. 523 do Código de Processo Civil. A Lei nº 9.756/98 foi publicada às pressas, incorrendo em flagrante erro. Os recursos extraordinário e especial não se volvem contra decisão interlocutória, mas, sim, acórdão que julga recurso interposto contra decisão interlocutória. Ressalvadas as hipóteses de competência originária da corte inferior, os recursos excepcionais são manejados apenas de forma oblíqua contra a decisão incidente, e não direta, como faz crer a redação da norma acrescida.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 90.

Sem embargo, o legislador não logrou regular de forma suficiente, deixando de antever outras situações nas quais seria recomendável, senão imprescindível, a subida imediata dos recursos excepcionais manejados contra acórdãos que resolvem questões incidentes em processo de conhecimento, cautelar ou de embargos à execução, como de fato a experiência forense demonstrou nos anos que sucederam a reforma, *verbi gratia* as referentes à determinação da competência originária e à antecipação de tutela, para ficarmos nos exemplos mais comuns. A opção do legislador de instituir um rol taxativo e estanque das situações em que os recursos extraordinário e especial hão de ficar retidos, aguardando o termo definido na lei, não se afigura a mais acertada. Do ponto de vista da técnica legislativa, seria mais proficiente um modelo jurídico aberto, que se permitisse a verificação *in specie* dos consectários decorrentes do trancamento do recurso excepcional interposto e a constante incorporação de novas situações em que fosse recomendável o imediato processamento. O mobilismo proporcionado pela imprecisão dos termos da norma processual tornaria possível a sua constante ventilação, com o ingresso de princípios valorativos, valores metajurídicos e *standards* definidos jurisprudencialmente pelos próprios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, num processo permanente sistematização e ressystematização sobre o processamento dos recursos extraordinário e especial quando têm por objeto decisão interlocutória.

O legislador poderia ter incorporado ao Código um dispositivo legal móvel, assim como procedera em relação à hipótese de conversão de agravo de instrumento em retido através da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001. Ao dar nova redação ao inciso II do art. 527 do Código de Processo Civil, estabeleceu que o relator podia converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratasse de provisão jurisdicional de urgência ou houvesse perigo de lesão grave e de difícil reparação. Conquanto tenha tido eficácia diminuta, em razão da previsibilidade de recurso contra essa decisão e da provável necessidade de reiterar o exame do agravo no futuro³³, a Lei nº 10.352/01 inaugurou na norma uma salutar cláusula geral, que permite ao relator avaliar o caso concreto e, assim, decidir sobre a conversão ou não do agravo em retido. A Lei nº

³³ Como o relator necessitava examinar a questão vertente no agravo para decidir sobre o cabimento, ou não, da sua conversão, prolatando decisão fundamentada se fosse o caso, mostrava-se mais razoável que ele, estudando o recurso, propusesse de imediato seu julgamento. Ademais, quando determinada a conversão, dificilmente o agravante se conformava e se escusava de interpor o agravo interno, provocando, no mínimo, um novo julgamento sobre o acerto ou não da conversão. Assim, se provido fosse o agravo interno, o de instrumento seria novamente apreciado, agora para apreciar o seu mérito. De qualquer modo, mesmo que fosse mantida a ordem de retidão, o agravo convertido deveria ser conhecido após, por ocasião do julgamento da apelação, caso fosse requerido pelo agravante, exigindo novo exame. Tudo isso, somado ao fato de que há um número invencível de processos nos tribunais pátrios, recomendava que se julgasse imediatamente o agravo de instrumento, não se aplicando a regra insculpida no inc. II do art. 527 do Código de Processo Civil.

11.187/05 alterou novamente de forma substancial a redação do inciso em causa, mas conservou, no entanto, seu viés móbil³⁴. Em síntese, a reforma suprimiu a discricionariedade judicial ao tornar obrigatória a conversão do agravo e acrescentou os casos de inadmissão da apelação e os relativos aos efeitos em que a apelação é recebida como vedações à retidão do agravo. A Lei nº 11.187/05 manteve o enunciado jurídico indeterminado que havia (“*decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação*”), afastando o risco do imobilismo no âmbito em que era necessário, e incluiu no inciso, em prol da segurança jurídica, duas hipóteses taxativas em que é defeso o trancamento do agravo de instrumento. Claro está que se usou, acertadamente, em grau mínimo, o princípio da tipicidade.

Sistemática semelhante deveria haver no caso de retidão dos recursos extraordinário e especial: conferir-se-ia ao presidente ou vice-presidente do tribunal inferior o poder de, em examinando o caso concreto, determinar o processamento imediato do recurso se o acórdão recorrido for suscetível de causar, de forma iminente, dano irreparável ou de difícil reparação ou, *in genere*, tratar de *quaestio* que poderá comprometer a prestação jurisdicional se procrastinado o seu julgamento, seguindo *standards* predefinidos pelos próprios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça³⁵. Embora métodos interpretativos e o poder geral de cautela permitam ductilidade da regra do § 3º do art. 542, o qual, na prática, teve sua eficácia preterida e sua configuração obsoletada desde seu ingresso na ordem jurídica, o fato é que a sistemática atual conduz a inúmeras decisões presidenciais que determinam, indevidamente, o trancamento dos recursos extraordinário e especial nos pretórios de origem. Esses decisórios, somados àqueles que retêm de maneira equivocada os recursos, por aplicação errônea da norma em comento, dão azo a uma quantidade considerável de impugnações nos Tribunais Superiores, que as têm conhecido, sob color

³⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. O novo regime do agravo (Lei nº 11.187/2005). *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 85, p. 159-175, mai. 2006, p. 160, pela nova lei, o agravo retido é regra e o de instrumento, exceção. Essa alteração revela, indiretamente, a diretiva de fortalecer os poderes do juiz de primeiro grau de jurisdição, já que o agravo retido fortalece no tempo as decisões proferidas por esse julgador. A sistemática anterior propiciava a utilização plena do agravo de instrumento e do agravo interno e os tribunais não conseguiram dar conta da demanda. Os órgãos jurisdicionais de segundo grau, ao invés de darem importância ao produto final por excelência, que é a apelação, tornaram-se órgãos julgadores de agravo de instrumento e agravo interno. Se esses órgãos conseguissem suportar a demanda a contento, é certo que a sistemática anterior se afigurava mais eficiente em termos de outorga de uma tutela jurisdicional mais célere e segura, já que propiciava um rápido reexame da matéria objeto da decisão interlocutória proferida em primeiro grau de jurisdição.

³⁵ Nesse sentido, melhor seria que o § 3º do art. 542 do Código tivesse a seguinte redação: “Salvo quando se tratar de provimento de urgência ou de questão que possa comprometer a prestação jurisdicional se postergado o seu processamento, o recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interposto contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões”.

de que as decisões presidenciais possuem natureza administrativa, a qualquer tempo, não estando sujeitas à preclusão³⁶.

Esse entendimento não se afigura tecnicamente correto. A presidência do tribunal *a quo* não é mero executor da norma do art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil. No processo sub-suntivo, cumpre ao presidente ou vice-presidente observar o enquadramento das circunstâncias concretas às balizas legais – e arquétipos jurisprudenciais – a fim de disciplinar a subida ou não do recurso excepcional. Portanto, a decisão que aplica o § 3º do art. 542 do Código constitui tarefa jurisdicional, assim como a que realiza o juízo provisório de admissibilidade. Aliás, esta competência da presidência do tribunal local também é do tipo diferido, escalonado, ficando os atos de cognição incompleta pendentes de confirmação, motivo por que o fato de existir uma competência para juízo definitivo sobre o processamento antecipado do recurso não retira a natureza jurisdicional do ato presidencial que o examina de forma provisória. Assim como o juiz no primeiro grau de jurisdição no tocante à apelação, o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem possui poder de cognição, embora não pleno, podendo, por exemplo, além de admitir ou denegar trânsito aos recursos excepcionais, determinar o processamento ou a retidão destes recursos, deferir-lhes efeito suspensivo, conceder-lhes antecipação de tutela recursal, conceder ou revogar o benefício da gratuidade judiciária, homologar acordos e impor multa por litigância de má-fé, sem que isso represente usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Por isso, a decisão presidencial que determina o sobrestamento deveria estar sujeita a recurso e, via de conseqüência, à preclusão. Na mesma linha que José Rogério Cruz e Tucci, tem-se que o recurso cabível seria, através de interpretação extensiva do art. 544 do Código de Processo Civil, o agravo de instrumento³⁷. Isso significa que, mais do que ser o recurso cabível contra a decisão que não admite os recursos excepcionais, o agravo de instrumento constituiria o recurso cabível contra qualquer decisão proferida pela presidência da corte local em face de recursos extraordinário e especial³⁸.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm sistematicamente ordenado, a qualquer tempo, o processamento imediato de recursos excepcionais,

³⁶ Veja-se, a propósito, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 3.564/MG. Torrefação Café Dubon Ltda. e Morvan Indústria Alimentícia de Café Ltda. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. 21 de junho de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 326, 27 ago. 2001.

³⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Recurso especial indevidamente retido. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez Informação, v. 270, p. 5-10, 2000.

³⁸ A respeito, veja-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 2.454/RJ. Ricardo Francisco Duraes e Credicard S/A Administradora de Cartões de Crédito. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. 03 de março de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 316, 13 mar. 2000.

quer porque inviável o regime de retidão imposto, quer porque indevido. O problema maior é que o fazem sob a convicção de estarem exercendo tutela cautelar. A posição firmada, principalmente no Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que, cristalizados os condicionantes processuais para a jurisdição acautelatória – o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* –, impende ser concedida medida cautelar para o efeito de determinar o pronto processamento do recurso excepcional sobrestado na origem por força do art. 542, § 3º, do Código³⁹. Esse provimento não possui, todavia, natureza assecuratória, como vem entendendo, de quando em vez, o Supremo Tribunal Federal. Embora ainda encontre-se vacilante sobre o procedimento processual adequado para se deduzir o pedido – entre a medida cautelar, a reclamação, a simples petição e o agravo de instrumento –, o Pretório Excelso vem, de quando em quando, assinalando que o trancamento indevido do recurso extraordinário não implica prejuízo hábil a legitimar a veiculação de pleito cautelar⁴⁰. Haja em vista a incerteza da própria Corte sobre o procedimento correto, ela tem, com acer-

³⁹ Citam-se, por tantos, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR PARA DESTANCAR RECURSO ESPECIAL RETIDO. REQUISITOS [...]. 1. É cediço que a cautelar de desretenção, à semelhança das demais, reclama *fumus boni iuris* e *periculum in mora* [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 10.470/RJ. Dresdner Bank Brasil S/A Banco Múltiplo e Município do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Luiz Fux. 06 de dezembro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 660, 13 fev. 2006).

Na mesma linha: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 9.086/RJ. Rede Manaus Comércio de Pneus Ltda. e Estado do Rio do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Castro Meira. 21 de junho de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 327, 05 set. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 7.607/RJ. Concessionária Rota 116 S/A e Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. 18 de dezembro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 263, 06 mar. 2006; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 1.869/RJ. Milton José Blay e Jornal do Brasil S/A. Relator: Ministro Nilson Naves. 30 de setembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 73, 08 nov. 1999; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 1.578/PR. Cejen Engenharia Ltda. e Banco Nacional de Desenvolvimento do Extremo Sul. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 17 de junho de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 84, 06 set 1999; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 1.728/SP. Tinturaria e Estamparia Industrial de Tecidos Suzano S/A e Banco Noroeste S/A. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 15 de junho de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 70, 16 ago. 1999.

No Supremo Tribunal Federal, vejam-se, por todos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação cautelar. AC 967/RS. Neusa Maria Lima dos Santos e Devaldino Aroldo Carboni. 10 de outubro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 46, 17 out. 2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na petição. Pet-MC 2.510/RJ. João Antônio Ouverney da Costa e Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 02 de dezembro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 43, 21 mai. 2004.

⁴⁰ Vejam-se, a propósito: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento. AI 611.544/RJ. Companhia Estadual de Águas e Esgotos e João Mendonça Filho. 31 de julho de 2006. Relator: Ministro Cezar Peluzo. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 94, 25 ago. 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na reclamação. Rcl-MC 2.510/RJ. João Antônio Ouverney da Costa e Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. 02 de dezembro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 43, 21 mai. 2004; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na ação cautelar. AC 198 AgR-SP. Fernando Kurkdjibachian e Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. 31 de agosto de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 35, 24 set. 2004.

to, aplicado o princípio da fungibilidade, conhecendo do pedido seja qual for a categoria procedimental eleita⁴¹.

Com efeito, o singelo fato de ficar trancado o recurso excepcional não enseja risco de dano irreparável ou de difícil reparação a direito: requisito caracterizador da tutela de urgência⁴². Ainda que o sobrestamento do recurso na origem possa acarretar algum prejuízo ao recorrente, não há confundir os riscos e as inconveniências decorrentes da retenção com os perigos que autorizam o exercício da tutela cautelar. Aqueles decorrem da própria natureza do formato recursal e se inserem na opção política da lei adjetiva, tal como se dá nos casos de agravo retido, previstos nos arts. 522 e 527, II, do Código de Processo Civil. O perigo que autoriza a jurisdição cautelar é o que diz respeito ao comprometimento da efetividade da prestação jurisdicional caso não seja tutelado instantaneamente o direito no entretanto em que se aguarda a solução definitiva do litígio. A função das providências cautelares nasce, nas palavras de Piero Calamandrei, da relação que se estabelece entre dois termos: a falta de aptidão do processo ordinário para proferir, sem retardo, a tutela jurisdicional definitiva e a necessidade de que a tutela jurisdicional seja praticamente eficaz⁴³, o que não compreende todo e qualquer receio de prejuízo que exsurja durante a marcha processual.

⁴¹ Nesse exato sentido, o retrorreferido AI 611.544/RJ e os seguintes arestos do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na ação cautelar. AC 410 AgR-RJ. Auto Viação Vera Cruz Ltda. e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Britto. 05 de outubro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 05, 11 fev. 2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na petição. Pet-MC 3.284/SP. Instituto Nacional do Seguro Social e Adherbal Ribeiro Ávila. Relator: Ministro Carlos Britto. 16 de dezembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 51, 10 jun. 2005.

⁴² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 24, n. 70, p. 214-239, jun. 1997, anota que, embora tenham como função precípua comum prevenir dano grave originário da demora dos meios ordinários para a satisfação do direito, tanto a tutela cautelar quanto a antecipatória conservam diversidade sobre a natureza do receio de dano, resultado da relação desenvolvida entre este e a urgência. No processo cautelar, a prevenção da lesão dá-se sem interferência do plano do direito material. A ordem cautelar atua no plano sensível, com caráter puramente conservativo, destinada a garantir o resultado útil da função de conhecimento ou execução. Já na hipótese de tutela antecipatória, a natureza do *periculum in mora* constitui-se não pelo temido desaparecimento dos meios necessários à formação e execução da providência principal, e sim pela permanência do estado de insatisfação do direito (p. 221-224). A respeito da natureza dos prejuízos das tutelas antecipatórias e cautelares, veja-se também TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: 1983, p. 129-134.

⁴³ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Prólogo de Eduardo J. Couture. Buenos Aires: El Foro, [19--], p. 42-43. Nesse silogismo, conclui Calamandrei que o *periculum in mora* que constitui a base das medidas cautelares não é, pois, o perigo genérico de dano jurídico, que se pode evitar, em certos casos, com a tutela ordinária, senão o perigo de dano marginal [expressão de FINZI, Enrico. na *Riv. de Dir. Proc. Civ.*, 1926, II, p. 50] que poderia derivar da morosidade da providência definitiva, inevitável por causa da lentidão do procedimento ordinário (*ibidem*). RIBEIRO, Darci Guimarães. Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 5, p. 343-363, mai.-ago. 1997, p. 350-351, pontua que perigo, como possibilidade ou probabilidade de um dano que permite a alguém preencher os requisitos exigidos para pleitear uma cautelar, é o atual ou iminente a causar um dano irreparável ou de difícil reparação, o qual decorre de uma situação objetiva de perigo que

Prova dessa diferença de qualidade entre o perigo de lesão que legitima o destrancamento do recurso e o que autoriza a concessão de efeito suspensivo e a antecipação de tutela recursal é que o próprio Superior Tribunal de Justiça defere, seguidamente, o imediato processamento do recurso especial, mas não, cumulativamente, o efeito suspensivo ou o antecipatório. Ora, ou bem estão configurados os requisitos para a jurisdição de urgência – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – ou bem não estão⁴⁴. Já que, na sistemática que adota, o Superior Tribunal se reputa competente para processar o pedido de destrancamento e, por vezes, de tutelas de urgência relativas ao recurso especial retido, impende que, por coerência, reunidos os pressupostos autorizadores, determine o processamento imediato e defira, também, o provimento de urgência requerido; ou, *contrario sensu*, denegue ambos se estiverem ausentes os requisitos. Esse tratamento segmentado dispensado pelo Superior Tribunal de Justiça decorre justamente do fato de que o perigo de dano que fundamenta o destrancamento é menor, e não se confunde com aquele que autoriza a autêntica tutela de urgência.

É claro que, em última análise, em qualquer processo, ou ao menos em sua maioria, a efetiva prestação jurisdicional só seria possível se realizada prontamente, o que se mostra factível apenas de maneira contingente e precária mediante provimentos antecipatórios. Nessa ótica, a jurisdição só seria devidamente prestada se todos os recursos extraordinários e especiais fossem processados e julgados de imediato, independentemente de a decisão originária ser interlocutória

inspira uma razoável conclusão de plausibilidade de sua ocorrência. Não pode ser uma preocupação interna do proponente; deve trazer elementos externos, perceptíveis ao juiz, para a comprovação da situação cautelanda.

⁴⁴ Veja-se, por tantos: “PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. PROCESSAMENTO DE RECURSO ESPECIAL RETIDO (ART. 542, § 3º, DO CPC). POSSIBILIDADE. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE RISCO DE DANO IRREPARÁVEL. 1. Revela-se incompatível “reter” recurso contra decisão, ainda que interlocutória, quando ensejadora de dano de difícil e incerta reparação, uma vez que a *ratio essendi* da regra inserta no § 3º, do art. 542, do CPC deve ser aferida em consonância com o § 4º do art. 522, do mesmo diploma legal, posto introduzida no sistema processual *a posteriori* (Lei nº 10.352/01). 2. A desretenção do recurso especial é admitida pela Corte com o escopo de evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como o perecimento do direito. Precedentes do STJ: MC 10470/RJ, desta relatoria, DJ de 13.02. 2006 e MC 8356/DF, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 30.05.2005.[...]4. Deveras, na hipótese *sub examine*, revela-se recomendável o deferimento do provimento de urgência, sob pena de prejudicar a prestação e a efetividade da tutela jurisdicional. [...] 6. Consoante cediço, para concessão de efeito suspensivo a recurso especial é mister a demonstração do *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional e do *fumus boni iuris*, qual a plausibilidade do direito alegado. Precedentes do STJ. Precedentes desta Corte: MC 6720/RJ, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 17.05.2004 e MC 7195/RJ, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 19.04.2004. 7. Medida cautelar procedente, apenas, para determinar o regular processamento do recurso especial, submetendo-o ao respectivo juízo de admissibilidade perante a o Tribunal *a quo*” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 9.529/RJ. Concessionária da Rodovia dos Lagos S/A e Estado do Rio de Janeiro e Outro. Relator: Ministro Luiz Fux. 05 de outubro de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 245, 30 out. 2006).

ou sentença. A efetividade de que se trata é a garantia de que a tutela jurisdicional seja útil e eficaz, fins e caracterizadores da tutela de urgência. Por óbvio, nada obsta que o recurso excepcional reprimido na forma do § 3º do art. 542 do Código de Processo Civil comporte, *de facto*, perigo de lesão de difícil ou incerta reparação. Porém, certamente a ordem de determinar o imediato processamento não tem o condão de eliminar de per si tal receio de lesão, na medida em que o recurso extraordinário ou especial é julgado somente depois de significativo espaço temporal. Após o destrancamento na corte *a quo*, o recurso ainda precisa ultrapassar o juízo provisório de admissibilidade e depois, caso admitido, seguir o rito processual até o julgamento na instância extraordinária, que, muitas vezes, excede o prazo de um ano: tempo que não condiz com uma tutela jurisdicional urgente⁴⁵.

Caso exista ameaça real de dano irreparável ou de difícil reparação a ser amparado quando retido o recurso extraordinário ou especial, não é o mero destrancamento a providência que vai subtrair esse prenúncio, mas, sim, o deferimento de efeito suspensivo ou de antecipação de tutela recursal, conforme a natureza do dano em risco. Tratando-se o recurso excepcional de questão interlocutória, o *periculum in mora* decorre, necessariamente, dos efeitos da decisão recorrida ou da necessidade imediata da antecipação dos efeitos da tutela objeto do recurso retido. Isso significa que, para infirmar-se a lesão iminente, impende-se a outorga de efeito suspensivo ou a antecipação de tutela recursal. O destrancamento, por si só, não evita o prejuízo iminente a um suposto direito do recorrente, senão permite uma aceleração do julgamento do objeto do recurso excepcional, antes do termo de regência definido na lei. Constata-se, dessarte, que caso exista realmente *periculum in mora*, deve-se postular o pedido de destrancamento do recurso excepcional e, cumulativamente, a concessão de efeito suspensivo ou, em concordância com a espécie, a antecipação de tutela recursal. O pedido, nesses termos, torna possível afastar de pronto o perigo de dano iminente e, ao mesmo tempo, que o recurso retido *a priori* seja conhecido mais cedo pela Corte à qual se destina⁴⁶.

⁴⁵ E caso o recurso especial seja denegado no tribunal inferior, o recorrente deverá ainda interpor agravo de instrumento, o que, além de tornar incerta a apreciação do recurso excepcional, ensejará uma demora ainda maior.

⁴⁶ Conforme se verá no Capítulo 5, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça firmaram posições antagônicas acerca da competência para julgar pedido de concessão de efeito suspensivo e antecipação de tutela recursal aos recursos excepcionais retidos no tribunal de origem. O Supremo Tribunal Federal, coerente com a posição firmada a partir dos enunciados nºs 634 e 635 de sua Súmula, entende que não tem competência, visto que ainda não admitido o recurso extraordinário. A propósito: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração na petição. Pet-ED 2.885/RS. Município de Torres e Companhia Estadual de Energia Elétrica. Relator: Ministro Ilmar Galvão. 25 de março de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 42, 25 abr. 2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na petição. Pet 2.460 MC/RS. Banco Boavista Interatlântico S/A e Adriano Sperotto e Outros. Relator: Ministro Sepúlveda Perence. 02 de outubro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 26, 11 out. 2001; BRASIL. Supremo Tri-

Não ensejando o recurso excepcional sobrestado efetivo perigo iminente de lesão incerta ou de difícil reparação, mas, sim, um prejuízo menor para a prestação jurisdicional, incapaz de torná-la inútil ou ineficaz, deve ser providenciado, se for o caso, tão-somente o destravamento do recurso, mediante a interposição de agravo de instrumento contra o despacho presidencial que o reteve. Caso o receio seja intercorrente, basta que o recorrente postule o imediato processamento do recurso através de simples petição perante a presidência do tribunal local ou, em ordem sucessiva, reclamação junto ao Tribunal Superior ao qual se destina o recurso excepcional retido, por estar se preterindo a sua atividade com a reprimenda indevida. Com efeito, o nome não revela o verdadeiro conteúdo. Por isso, embora venha sendo tratado pelas Cortes Superiores como tutela cautelar, máxime pelo Superior Tribunal de Justiça, o destrancamento de recursos extraordinário e especial não constitui, *de facto*, espécie de tutela de urgência, razão pela qual o presente trabalho não o contempla. Adverte-se, entretanto, que há outros desvirtuamentos dos institutos processuais na sistemática dos recursos extraordinários desenhados pelos Pretórios Superiores, *exempli gratia*, a admissão da impetração do mandado de segurança como meio processual para se auferir a tutela de urgência.

bunal Federal. Medida cautelar na petição. Pet 2.466 MC/PR. Município de Mauá da Serra e União. Relator: Ministro Celso de Mello. 22 de outubro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 09, 25 out. 2001; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na petição. Pet-AgR 2.754 MC/MG. Nilton Caldas Drumond e Matheus Filipe Alves Madeira, representada por sua mãe, Márcia Alves Madeira. Relator: Ministro Ilmar Galvão. 03 de setembro de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 32, 11 out. 2002.

O Superior Tribunal de Justiça, de sua vez, entende que possui essa competência relativamente aos recursos especiais sobrestados, p. ex: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 9.086-RJ. Rede Manaus Comércio de Pneus Ltda. e Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Castro Meira. 21 de junho 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 327, 05 set. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 9.565-SP. Telecomunicações de São Paulo S/A e Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo. Relator: Castro Meira. Relator para o acórdão: Ministra Eliana Calmon. 08 de março de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 214, 13 jun. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 9.182-RS. Adilson Fernando da Silva e Município de São Paulo. Relator: Ministro José Delgado. 03 de março de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 185, 28 mar 2005.

Portanto, enquanto a tutela de urgência em recurso extraordinário retido deve ser requerida ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, a tutela de urgência em sede de recurso especial retido pode ser postulada na corte inferior ou diretamente no Superior Tribunal de Justiça, de forma cumulada com o pleito de destrancamento.

1.3 O Mandado de Segurança

O mandado de segurança, ação constitucional de natureza civil genuinamente brasileira, foi instituído na ordem jurídica pátria pela Constituição Federal de 1934⁴⁷. Embora com fórmula tímida no início, o mandado de segurança, mercê da insuficiência das tutelas tradicionais então disponíveis, angariou, com o passar dos anos, contornos mais amplos na prática dos tribunais, intercalando no seu objeto outras providências jurisdicionais que não apenas aquelas ideadas pelo constituinte de 1934⁴⁸. Dentre essas providências se inclui justamente as de urgência. Em virtude das lacunas existentes em nosso sistema processual, a força da necessidade fez com que se admitisse a ação, ainda que de forma excepcional, como instrumento apto para se prodigalizar providimentos urgentes, sobretudo para conferir efeito suspensivo aos recursos desprovidos desta eficácia. Nesse contexto, a concessão de segurança conservava como fundamento o próprio pressuposto da tutela de urgência: o perigo de dano grave e iminente àquele que tinha em seu favor a aparência do bom direito, cuja consumação próxima não toleraria aguardar o julgamento final do processo⁴⁹.

⁴⁷ O mandando de segurança foi consagrado dentre os Direitos e Garantias Individuais da Constituição de 1934, mais precisamente no art. 113, nº 33, *in verbis*: “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes”. BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Belo Horizonte: [s.n.], 1960, p. 35-37, esclarece que a redação final do inciso guarda a marca das variadas correntes de opinião que influíram em sua elaboração, dentre as quais as de Temístocles Cavalcanti e Carlos Maximiliano. A referência a direito certo e incontestável e o rito processual idêntico do *habeas corpus* mostram a atuação dos que procuraram construir um *habeas corpus* civil, pois, além da forma, adotaram até mesmo a linguagem da doutrina brasileira daquele *writ*.

À semelhança do *habeas corpus*, o mandado de segurança traduzia, como refere PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. 6: ações mandamentais, p. 41, um dos anseios de limitação efetiva do poder, que se observava no Brasil desde as campanhas liberais do Império e da República. A respeito da instituição do mandado de segurança em nossa ordem jurídica, veja-se, sobretudo, CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

⁴⁸ Cf. BARBI, *Do mandado...*, p. 4. Essa evolução interpretativa não se concretizou de modo constante e contínuo, na medida em que o próprio mandado de segurança sofreu retrocessos nos seus institutos, tais como as restrições impostas pelo Decreto-Lei nº 6/37, pela Constituição Federal de 1937 e pelo Código Processo Civil de 1939. Sobre os antecedentes e a evolução histórica do mandado de segurança, vejam-se também as célebres monografias de NUNES, Castro. *Do mandado de segurança* e de outros meios de defesa contra atos do poder público. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 19 *et seq.*; e de BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 25 *et seq.*

⁴⁹ Menciona-se, por tantos, pela representatividade da sua ementa, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Mandado de segurança. É cabível contra decisões judiciais contra as quais não caiba recurso com efeito suspensivo originando dano de difícil reparação. Precedentes do S.T.F dando exegese ao art. 5º, II, da Lei nº 1.533/51 e fazendo aplicação da Súmula nº 267 [...]” (BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 85.355/RS. Sérgio Lucas Barbosa e Maria da Glória Noronha Marques. Re-

Bem que essa atividade de integração acontecesse imbuída de restrições e *cum grano salis*, o Supremo Tribunal Federal, constatando que o mandado de segurança estava fazendo as vezes de simples medida cautelar, passou a entender, com fundamento no arts. 304 e 21, IV, do seu Regimento Interno, combinado como os arts. 543, § 4^{o50}, 797 e 798 do Código de Processo Civil, que o meio processual apropriado para se emprestar efeito suspensivo ao recurso extraordinário era a medida cautelar⁵¹, e não aquela ação constitucional. Essa orientação, aplicável, por extensão, a toda e qualquer tutela de urgência requerida na pendência de recurso, ordinário ou extraordinário, foi adotada pelos demais tribunais e conciliou a jurisprudência, que esposava, concomitantemente, o não-cabimento do mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição (STF, Súmula n° 267)⁵². Assim, foi consolidado como meio processual para a comunicação de efeito suspensivo a recursos que o legislador não contemplou com tal predicado o provimento

lator: Ministro Thompson Flores. 17 de abril de 1979. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 499, 01 jun. 1979).

No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 93.393/RS. Ferrovia Paulista S/A e Juiz Presidente da 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Sorocaba. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. 10 de fevereiro de 1981. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 2.536, 27 mar. 1981; BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 88.233/SP. Alice Gonçalves Gaspar e Augusto Gonçalves. Relator: Ministro Thompson Flores. 29 de abril de 1980. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 4.137, 06 jun. 1980; e BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 86.799/SP. Adhemar Camardella Sant'Anna e Outros e Miguel Martinez e Outros. Relator: Ministro Thompson Flores. 18 de setembro de 1980. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 7.655, 05 out. 1979.

⁵⁰ O § 4º do art. 543 Código de Processo Civil, prescrevendo que “o recurso extraordinário será recebido unicamente no efeito devolutivo”, havia sido introduzido ao texto primitivo do Código para clarear que a execução proposta na pendência do recurso extraordinário possuía natureza provisória e superar, desse modo, o conteúdo do enunciado n° 228 do Supremo Tribunal Federal. Em decorrência da nova ordem constitucional, o dispositivo em realce foi revogado pela Lei n° 8.038/90, embora tenha mantido a privação da eficácia suspensiva do recurso extraordinário e do novo recurso especial (art. 27, § 4º). Essa disposição foi incluída novamente no Código de Processo Civil apenas em 1994, pela Lei n° 8.950, que revigorou os arts. 541 a 546 do Código de Processo Civil e, ao mesmo tempo, atribuiu nova redação ao então avigorado § 2º do art. 542 do Código, excluindo, mais uma vez, adremente, a previsão de efeito suspensivo para os recursos de gênero extraordinário, *in verbis*: “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.

⁵¹ Veja-se, *exempli gratia*, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. Pet 118/PR. José Mendes Camargo. Relator: Ministro Soares Muñoz. 11 de maio de 1984. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 9.255, 08 jun. 1984: “[...] o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo (art. 543, § 4º, do CPC). Só em casos excepcionais poderá ser deferida medida cautelar, imprimindo à irrisignação rara o efeito suspensivo, máxime sem a audiência das partes (art. 797 e 798). O art. 21, inciso IV, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dá atribuições ao Relator para ‘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, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa”.

⁵² BRASIL. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. 13 de dezembro de 1963. *Imprensa Nacional*, Brasília, 1964, p. 123. Sobre a celeuma em torno do citado enunciado, veja-se ROSAS, Roberto. *Direito sumular*: comentários às súmulas do STF 1 a 621. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 111-113.

cautelar, enterrando-se aquela fuga à ortodoxia processual mediante a admissão da ação de mandado de segurança⁵³.

Sem embargo do reconhecimento duma tutela jurisdicional própria para amparar perigo iminente de grave lesão a um direito aparente, ainda hoje há vozes, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, acalentando o uso de mandado de segurança para o deferimento de medidas de natureza eminentemente cautelar em sede de recurso especial⁵⁴. Esse entendimento afigura-se retrógrado e equivocado. Nos termos do *caput* do art. 1º da Lei nº 1.533/51 e inc. LXIX do art. 5º da Constituição vigente, o mandado de segurança constitui ação que visa a proteger direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão em face de ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Conquanto as autoridades judiciárias se insiram no conceito de autoridade pública, podendo responder em mandado de segurança por seus atos, não há mais se conceber o uso desta ação para suscitar medida de urgência, ainda que o ato judicial seja capaz de suscitar, forma iminente, dano irreparável. O mandado de segurança tem por pressuposto e condição a lesão ou a ameaça de lesão a direito líquido e certo⁵⁵, ao passo que a jurisdição de urgência impõe apenas, por ter como *ratio essendi* a emergência, que se demonstre a plausibilidade jurídica do direito em perigo. Por conseguinte, à medida que a tutela de urgência manobra com a dúvida, com a possibilidade ou probabilidade do direito,

⁵³ CF. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela cautelar durante tramitação de recurso. In: RECURSOS no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 243-246.

⁵⁴ Refere-se, como exemplo, o Mandado de Segurança nº 9003-SP. Neste aresto, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça ressaltou expressamente o cabimento de mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a agravo regimental com o propósito de evitar dano de difícil ou impossível reparação (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança. MS 9.003-SP. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Joaquim Manhães Moreira e Outros e Ministro Relator da Medida Cautelar nº 6213 do Superior Tribunal de Justiça. 1º de agosto de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 214, 08 set. 2003). Demais disso, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente consignado que o pedido de imediato processamento de recurso especial retido – medida que a Corte reputa cautelar, consoante se assinalou na seção anterior – pode viabilizar-se por meio de mandado de segurança. Cita-se, por todos, o seguinte julgado: “PROCESSO CIVIL – MEDIDA CAUTELAR – RECURSO ESPECIAL RETIDO (ART. 542, § 3º, CPC). 1. A Corte Especial tem entendimento no sentido de que o destrancamento do recurso especial por força do artigo 542, § 3º, do CPC pode viabilizar-se por via de mera petição, agravo de instrumento, medida cautelar ou até mesmo mandado de segurança” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 6.788-MT. Copramil Comercial e Industrial Ltda. e Estado do Mato Grosso. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Relatora para o acórdão: Ministra Eliana Calmon. 19 de dezembro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 218, 15 mar. 2004).

⁵⁵ Embora, entre todos, seja unânime o caráter rijo de tal direito, sempre foi grande a polêmica entre os juristas brasileiros a definição do conceito da locução *direito líquido e certo*, originariamente *direito certo e incontestável*. Na lição de MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”. Malheiros: São Paulo, 1992, p. 25, trata-se de direito manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Essa concepção não difere muito daquela esposada por NUNES, *Do mandado de segurança...*, p. 87-103, para quem constitui obrigação certa quanto à sua existência, determinada quanto ao seu objeto e líquida na prestação exigida. Para BUZÁID, *Do mandado de segurança...*, p. 87-88, o que esclarece o conceito de direito líquido e certo é a idéia de

o mandado de segurança pressupõe um direito certo, demonstrado por documentação robusta, dita inequívoca⁵⁶.

Gizado assim, *quantum satis*, esse cotejo incipiente e fundamental do objeto de cada uma dessas tutelas jurisdicionais, chega-se à conclusão de que a jurisdição urgente não se coaduna, a toda a evidência, com a qualidade de demonstração do direito que é exigida para o mandado de segurança, a saber, um direito provado de plano. Por outro lado, a existência de dúvida acerca do direito, situação que torna inviável a utilização da via do mandado de segurança, é plenamente aceitável para o exercício da tutela de urgência. De mais a mais, enquanto a necessidade de que o Poder Judiciário dê pronta resposta para evitar dano irreparável ou de difícil reparação constitui pressuposto básico desta, o mandado de segurança independe da existência de perigo na demora da prestação jurisdicional para se legitimar sua impetração. O que importa para fins de segurança é que o direito seja líquido e certo, sendo indiferente a existência de reclamo pela prontidão do mandamento judicial. Como salienta Alfredo Buzaid, o *periculum in mora* interessa no mandado de segurança, assim como o *fumus boni iuris*, tão-somente para concessão liminar da segurança⁵⁷. O perigo na demora não repercute na determinação do cabimento do *mandamus* e, tampouco, no seu julgamento final.

Portanto, posto que não se afigure meio processual antagônico, o mandado de segurança, por sua essência e vocação, está longe de representar instrumento consentâneo para a jurisdição de urgência – a não ser de maneira endoprocedimental, quando o direito líquido e certo objeto da ação corre o risco de sofrer prejuízo irreparável ou de difícil reparação de modo a justificar a concessão liminar da segurança –, não existindo razões plausíveis e bastantes para desnaturá-lo mediante a interpretação ampliativa das suas estritas hipóteses de cabimento, estabelecidas no plano constitucional. A tutela de urgência, nos seus diferentes feitos procedimentais, consoante se demonstrará em capítulo específico, mostra-se como o meio mais natural e técnico para realizar-se a salvaguarda instantânea dos direitos em perigo de padecer prejuízo irreparável ou de difícil e incerta reparação. Por essas razões, malgrado o entendimento em sentido contrário, não se encarta

sua incontestabilidade, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública, que pratica um ato ilegal ou abusivo de direito.

⁵⁶ Consoante PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações...*, p. 56-61, que analisa o conceito de certeza e liquidez considerando articuladamente a *quaestio iuris* e a *quaestio facti*, assevera que não pode pairar dúvida sobre a existência do direito para se impetrar mandado de segurança, nem sobre sua estrutura e extensão. O direito deve existir, sem depender de dilações probatórias. Exemplifica Pontes de Miranda que, se foi impetrado mandado de segurança e o juiz ou tribunal altera ou desconstitui a decisão administrativa ou judicial em exame da *quaestio facti* com base num laudo pericial, tal juiz ou tribunal violou a lei, que limitou esta ação à tutela jurídica de direito líquido e certo.

⁵⁷ BUZAID, *Do mandado...*, p. 213-214.

no objeto do presente trabalho o mandado de segurança como instrumento hábil para se propalar a tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial, ou melhor, como intermediário próprio para se congraçarem as relações entre o tempo e o Processo na pendência do julgamento destes recursos.

2 O TEMPO E O PROCESSO

2.1 As Relações entre Tempo e o Processo

Posto que a vida e o Direito ensinam que se devem evitar afirmações de caráter absoluto, inexistem razões para que não se diga, de maneira categórica, que o organismo processual é, sempre e necessariamente, formal. A realização dos atos pelo juiz no exercício da jurisdição e pelas partes na defesa dos seus direitos e interesses, cujas fórmulas estão previamente estabelecidas na lei, é inerente ao processo, compreendendo a sua própria noção conceitual. Embora ainda hoje não exista consenso sobre o conceito de processo e sua natureza jurídica, apesar das inúmeras teorias com esse intento que sobrevieram ao longo da história da Ciência Processual, já há quase que uma unanimidade acerca da compreensão do procedimento no conceito e na realidade do processo. Mesmo a teoria mais recente, de Elio Fazzalari, não nega essa intelecção⁵⁸. É justamente esse caráter formal do processo⁵⁹ que garante às partes litigantes o devido processo legal e todos os seus consectários⁶⁰. Como bem sublinha Rudolf von Jhering, se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado em seu devido tempo e lugar, o litígio desembocaria em uma disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, preva-

⁵⁸ FAZZALARI, Elio. Processo: teoria generale. In: NOVISSIMO Digesto Italiano. Torino, 1966, v. 13, p. 1067-1076, afronta a opinião dominante apenas quanto à inserção da relação jurídica processual na conceitualização de processo, considerando como elemento, em seu lugar, o contraditório.

⁵⁹ O formalismo é empregado em sentido amplo, abrangendo não somente a forma de per si, mas tudo que há de natureza formal no ambiente processual. Envolve, nessa acepção, além da ordem do procedimento e a organização do processo em geral, a definição e o exercício dos poderes, das faculdades e dos deveres dos sujeitos processuais: autor, réu e órgão judicial. Sobre o formalismo processual, veja-se OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, em que o autor aborda de forma profícua o tema, determinando as suas vertentes culturais e políticas, bem assim os seus aspectos positivos e negativos.

⁶⁰ O devido processo legal é aqui compreendido nas suas duas concepções – processual (*process oriented theory*) e material (*value-oriented theory*) –, desenvolvidas pela doutrina americana relativamente ao princípio matriz, o *due process of law*: a pessoa tem direito não apenas a um processo legal, mas também a um processo justo e adequado, materialmente informado pelos princípios da justiça (devido processo substantivo). A propósito, vejam-se CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 491-493; TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. New York: Foundation Press, 2000, v. 1; ORTH, John V. *Due process of law: a brief history*. Lawrence: University Press of Kansas, 2003; COMOGLIO, Luigi Paolo, Garanzie costituzionali e giusto processo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 90, p. 95-150, 1998; na doutrina brasileira: GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito da ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973; LIMA, *Devido processo legal...*, p. 273-287; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005; e DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of law*. In: PROBLEMAS de direito positivo: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

lecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana da parte adversária⁶¹.

Se por um lado o formalismo presta, através de formas e termos pré-determinados, para rechaçar o arbítrio judicial e garantir às partes o direito de participar amplamente do processo e influenciar na decisão da causa, serve, por outro, para impor um lapso temporal até a resposta definitiva. Por mais abreviado que seja o rito imposto e se voguem os princípios da oralidade, efetividade e celeridade, não há como o processo deixar de alongar-se no tempo, ainda que minimamente. A sua direção pelo órgão judicial, as decisões fundamentadas, os respectivos misteres dos órgãos auxiliares, eventuais e permanentes, as oportunidades para que as partes participem ativamente do debate processual – pedindo, respondendo, impugnando, produzindo prova, interpondo recursos etc. – demandam, inevitavelmente, um espaço temporal. Leciona Jean-Claude Magendie “le procès est un processus qui réclame du temps. Ce temps est nécessaire. Ainsi, au civil, il permet de concentrer progressivement le débat sur l’essentiel. Il faut aux parties du temps pour argumenter, du temps pour se répondre, du temps aussi pour réfléchir et éventuellement pour négocier; du temps pour s’expliquer; il faudra ensuite à la juridiction du temps pour délibérer et pour trancher ou décider. La durée est une composante inéluctable de toute procédure judiciaire”⁶². Por essa razão erige como dogma a ilação de que o tempo é elemento inarredável do fenômeno processual⁶³.

Todavia, o fato de o tempo ser um apanágio do processo e servir como viabilizador do exercício da cidadania no meio processual não o torna, por certo, um valor absoluto. O tempo do processo há forçosamente que ter um termo, ainda que isso represente, em alguma medida, desprezo à sua função individual. O termo do processo justifica-se pela aspiração de certeza e segurança que, nesse particular, prevalece sobre o ideal de justiça. A justiça humana não é integral, nem infalível. É sempre imperfeita, viciando-se pelo simples desenvolvimento incessante do mundo⁶⁴. A justiça absoluta constitui um mito, um fenômeno cultural enraizado numa forma de

⁶¹ *Geist des römischen rechts auf den verschiedenen stufen seiner entwickelung*, Aalen, Scientia Verlag, 1968, v. 3, § 50, p. 25-6, *apud* OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 07. Por isso, como acentua BAUR, Fritz. Transformações do processo civil em nosso tempo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, v. 7, trad. J. C. Barbosa Moreira, p. 57-68, 1976, que a tendência atual de fortalecimento do papel do juiz no processo não significa desvinculá-lo das regras processuais gerais.

⁶² MAGENDIE, Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice: la gestion du temps dans le procès*. Paris: La documentation Française, 2004, p. 19.

⁶³ Na doutrina brasileira, as relações entre o tempo e o processo encontram-se mais aprofundadas no conhecido ensaio de TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁶⁴ Cf. GOLDSCHMIDT, Werner. *La ciencia de la justicia: dikelogía*. Madrid: Aguilar, 1958, p. 84-90.

vida e implícito na prática lingüística. Além disso, a justiça é necessariamente contingente. Cada juiz delimita seus contornos em cada caso de acordo com os fatos alegados pelas partes, a prova produzida, as fontes de direito, o seu conhecimento e segundo premissas de ordem ideológica e cultural. Por isso, sempre haverá limitações na atividade jurisdicional, ainda que o processo tramite por toda a eternidade e a busca da verdade seja implementada de forma incessante. Por fim, a constância da contenda e a ausência de certeza e segurança jurídica advindos da eternização da jurisdição são fatores mais nocivos para a sociedade do que aqueles oriundos da qualidade da prestação jurisdicional pelo não-perpetuamento do processo. As pessoas mais sofrem as angústias da insatisfação antes de tomarem qualquer iniciativa processual ou mesmo durante a litispendência, experimentando, ainda que com solução desfavorável, uma sensação de alívio quando o processo termina⁶⁵.

São exatamente por essas razões que o *desideratum* máximo do poder jurisdicional consiste em compor ou solucionar os conflitos de interesses na sociedade, o que tão-somente pode ser auferido pelo Estado mediante uma resposta final sobre o litígio, cujos efeitos se revistam de indiscutibilidade e imutabilidade. É claro que, para isso, há que se limitar também internamente o tempo do processo. Sem uma ordenação temporal dos atos processuais e um limite de tempo para a sua prática, com a respectiva incidência do efeito preclusivo, o processo seria um ambiente de absoluta arbitrariedade e balbúrdia, sem nunca chegar a um final. Sem embargo, a existência de ponto terminal através da coisa julgada não é *quantum sufficit* para que a jurisdição, na sua compreensão moderna, atinja satisfatoriamente seus escopos. A longa duração da relação jurídica processual representa prejuízos bastante indesejáveis, porquanto faz perdurarem os próprios e repudiáveis fatores anti-sociais que levaram à imposição de um termo no tempo processual. A dilação do processo implica o prolongamento do conflito de interesses que lhe deu causa e de todas as suas conseqüências negativas, sobretudo a insegurança pelo quadro de indefinição acerca do direito litigioso e a insatisfação daquele que aguarda a tutela jurisdicional para ter assegurado um direito que entende ser seu.

A priori, a demora do processo não interessa principalmente ao autor, pela manutenção do estado das coisas durante a litispendência. Adverte Ovídio Baptista da Silva que o custo do processo, representado pelo tempo, não onera o réu que, durante o todo o tempo de tramitação do

⁶⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 162, ao asseverar o grande valor social da segurança jurídica proporcionada pelo Estado através do processo e exercício da jurisdição. Para o estudo sobre os demais escopos fitados pelo Estado Moderno no exercício da atividade jurisdicional, afigura-se irrepreensível a leitura citada obra de Dinamarco, uma das principais da literatura processual brasileira.

processo, tem o privilégio de desfrutar do *status quo ante*. Com espeque no princípio chiovendiano de que o processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo que tenha direito de conseguir, sustenta o renomeado processualista que o réu, quando sucumbente, deveria indenizar os prejuízos causados por quem, devendo saber que não tinha direito, impediu durante todo esse tempo o legítimo exercício do direito do autor, e não tão-somente pagar as custas processuais e os honorários do advogado da parte vencedora. Ele também chama atenção para o desequilíbrio estrutural existente no processo civil brasileiro quanto ao fato de apenas o autor ser penalizado com o dever de indenizar ao assumir o risco de executar provisoriamente a sentença ou efetivar as medidas cautelares ou antecipatórias, ao passo que este, quando sucumbente, usando de todas as faculdades legais para manter o *status quo ante*, nada indeniza se procedente o pedido ao final⁶⁶. Seria caso, assim, de extensão da responsabilidade processual civil objetiva do réu, observada a lição de Fernando Luso Soares⁶⁷.

O retardo da prestação jurisdicional ainda pode ensejar lesões que extrapolem a seara psicossocial, alcançando o próprio direito *sub judice* ou a esfera jurídica das partes litigantes de tal monta que a decisão definitiva reste inócua ou de escassa utilidade para aquele que for vendedor da causa ao final. A esses prejuízos soma-se ainda o maior dispêndio, para as partes e para o Estado, pela ação do tempo de tramitação do processo. Processos mais longos exigem, naturalmente, um número maior de órgãos judiciais e de servidores auxiliares, afora a disposição de um aparato judiciário maior e mais sofisticado: custos que têm se mostrado invencíveis para o Poder Público brasileiro, embora, imponha-se reconhecer, a insuficiência de verbas orçamentárias destinadas à prestação do serviço jurisdicional dê-se, em grande parte, pela precariedade da gestão⁶⁸. As partes, por sua vez, têm maiores gastos pela incidência de novas custas processuais e honorários advocatícios à medida que o processo se prolonga. E sendo uma das partes hipossuficiente economicamente, embora a demora do processo não ofereça inevitavelmente dito prejuízo pela

⁶⁶ SILVA, O., *Processo e ideologia...*, p. 201-214.

⁶⁷ SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987.

⁶⁸ Conforme o Diagnóstico do Poder Judiciário, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas para o Ministério da Justiça, divulgado em agosto de 2004, p. 71-78, o Poder Judiciário brasileiro, numa comparação com dados de 2000 do Banco Mundial envolvendo outros trinta e quatro países, é um dos mais caros do planeta, com custo médio de R\$ 28,5 bilhões por ano. O Brasil é o país que mais transfere recursos públicos para o Poder Judiciário, com um gasto de 3,6% das despesas do setor público, quase quatro vezes mais do que a média dos outros países (0,97%). No ranking das despesas em milhões de PPPD para cada cem mil habitantes, o Brasil figurou na segunda pior posição, sendo superado apenas pela Itália. A sua despesa atinge 9,84 milhões de PPPD por cem mil habitantes, contra uma média internacional de 2,04 (BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria da Reforma do Judiciário. *Diagnóstico do Poder Judiciário*. Elaborado pela Fundação Getúlio Vargas, Brasília, 2004).

possibilidade de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita⁶⁹, muitas vezes traduz desigualdade, visto que ela pode não ter condições de suportar a demora tal como a parte mais abastada, restando por abandonar a causa ou aquiescer a um acordo por valor bem aquém ao que teria direito.

O emérito Mauro Cappelletti, que tivera o acesso à justiça como um dos seus motes principais, em especial daquele hipossuficiente economicamente, consignava com proficiência que o grau de resistência do pobre é menor que o grau de resistência do rico⁷⁰. Mais do que isso, às vezes pode ser até mesmo vantajoso para a parte mais abastada estender a tramitação do processo por um longo tempo quando demandado, ao invés de compor o litígio ou corrigir a falha que originou a lide. Prova de que a mora judiciária, e até a afronta ao ordenamento jurídico, favorece os entes economicamente mais robustos é que, em nosso País, um pequeno número de empresas e o Estado respondem a grande maioria das ações judiciais⁷¹. Além de desmotivar os cidadãos que possuem o mesmo direito a exercerem o direito de ação, a delonga da prestação jurisdicional permite, nos casos de demandas condenatórias, que a empresa aufera rendimentos no mercado financeiro que compensem o cumprimento tardio do pagamento devido, no qual incidirá apenas

⁶⁹ A legislação brasileira, preocupada em facilitar o acesso à justiça, é extremamente condescendente quanto à concessão de gratuidade judiciária. Basta, nos termos do art. 4º da Lei nº 1.060/50, que a parte afirme, na própria petição inicial, que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família para que goze o benefício. A liberalidade da lei somada à tolerância da jurisprudência inspira abusos, inclusive ações temerárias, onerando o Estado e o *ex adverso* quando este for vencedor da causa. Melhor seria uma reforma legislativa que preterisse a presunção *iuris tantum* de pobreza que cerca a afirmativa de pobreza, de modo que o requerente, ao postular o benefício, devesse provar a sua situação. Além de muitas vezes não interessar à parte contrária impugnar a concessão, a experiência mostra que é extremamente difícil para ela produzir prova que demonstre que o requerente possui condições de pagar as custas processuais e os honorários, máxime porque bens patrimoniais não servem, *per se*, para afastar a presunção, segundo substancioso norte jurisprudencial.

⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. La giustizia dei poveri. In: PROCESSO e ideologie. Bologna: Il Molino, 1969, p. 547-556. Sobre a demora do processo e a hipossuficiência econômica como óbices ao acesso à justiça, impõe-se o estudo da valiosa obra de Mauro Cappelletti. Cita-se, por tantos, *Access to justice, a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978, em co-autoria com Bryant Garth, Professor da Universidade de Stanford, cujo relatório geral, *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective*, foi traduzido por Ellen Gracie Northfleet, atual Presidenta do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, e publicado no Brasil pela Fabris. Vejam-se, também, *Accès a la justice et État-providence*. Paris: Economica, 1984, livro dirigido por Mauro Cappelletti e prefaciado por René David que contém uma coletânea de artigos sobre o tema em tablado; e a pioneira obra a enfocar essa temática CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*: conferenza tenuta alla facoltà di diritto dell'Università Nazionale del Messico. Padova: CEDAM, 1954.

⁷¹ O Estado, além de ser o maior responsável pela injustiça social que há, é também o maior descumpridor da lei. Conforme o *Diagnóstico...*, *passim*, mais de 80% dos processos e recursos que ocupam o trânsito do Judiciário envolvem a União, Estados, o Distrito Federal, Municípios, ou suas autarquias, fundações ou empresas públicas. Isso significa que o Poder Judiciário atua, em grande proporção, a serviço do governo, despojando o exercício da cidadania. Apenas no Supremo Tribunal Federal, 79% dos processos envolvem algum nível de governo ou empresa estatal, sendo recordistas de processo a Caixa Econômica Federal (44% do total) e o Instituto Nacional de Seguro Social (11,5%). Demais disso, aproveitando-se de que o processo é um instrumento de poder, os governantes inserem seguidamente benefícios e prerrogativas em favor do Estado,

a correção monetária e juros legais. Quanto aos entes estatais, possibilita aos governantes impedirem o ingresso próximo de novas despesas, a fim de transferirem, numa conhecida e imprópria sanha política, a responsabilidade dos pagamentos às futuras administrações. Embora as condenações massificadas contra grandes empresas e entes estatais não alcancem, de regra, montas significativas individualmente, *in totum* atingem valores expressivos que justificam a postura recalci-trante no processo.

Contudo, o tempo do processo possui conseqüências bem mais copiosas, que soem escapar da imaginação dos juristas que têm o vizo de apreender o Direito como um universo paralelo, imune ao que passa no mundo prático de outras ciências. É inegável hodiernamente que o tempo do processo possui uma influência direta na Economia, exercendo ascendência até mesmo sobre o desenvolvimento dos países. Armando Castelar Pinheiro, pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e da Universidade Federal do Rio de Janeiro, ouviu mais de setecentos juízes sobre os efeitos das decisões jurídicas sobre questões econômicas, e constatou a falta de compreensão do magistrado brasileiro sobre as conseqüências macroeconômicas de suas decisões, bem como que a morosidade, imprevisibilidade e parcialidade do Poder Judiciário têm impactos negativos para o desenvolvimento do País, coibindo investimentos e a geração de empregos. O economista calcula que o PIB brasileiro cresceria um ponto percentual a mais por ano se os empresários considerassem nossa Justiça mais confiável⁷². *De facto*, a morosidade da Justiça, entre outros fatores, afasta os investimentos externos pela incerteza jurídica que gera, constituindo entrave decisivo para o crescimento econômico de países em desenvolvimento, como o Brasil⁷³. Numa economia global, em que se exigem cada vez mais garantias, o setor privado só au-

que promovem a desigualdade entre as partes e, não raro, o prolongamento do processo quando é demandado.

⁷² PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: DIREITO & Economia: análise econômica do direito das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 244-283. Existem, com efeito, evidências de que há menos crédito disponível onde o Judiciário é pior no sentido de previsibilidade, agilidade e imparcialidade em suas decisões. Na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, por exemplo, em que os juízes majoritariamente vão de encontro com a jurisprudência das Cortes Superiores no que respeita a demandas revisionais de contratos bancários, as decisões tornam incertos o cumprimento dos contratos. Com o risco maior pela revisão dos contratos, instituições financeiras oferecem menos crédito e elevam o *spread* bancário.

⁷³ O Brasil fez avanços recentes – *v.g.*, a estabilização da economia, a alternância de poder com manutenção da ordem democrática e algumas reformas estruturais –, mas insuficientes para afastar a sensação de vulnerabilidade e a percepção de risco que os investidores estrangeiros têm do País. Estudo feito pelo Fórum Econômico Mundial, divulgado em outubro de 2004, que ouviu mais de oito mil e setecentos empresários em cento e quatro nações a fim de saber que nível de competitividade eles depreendiam nos países estudados, situou o Brasil na 57ª posição e apontou a morosidade da Justiça como um dos seus principais problemas. No mesmo mês, o Banco Mundial divulgou estudo que traz um diagnóstico dos principais problemas enfrentados pelos investidores em 53 países em desenvolvimento. Nesta avaliação, em que figura o Brasil como um dos piores países do mundo para resolver problemas através da via judicial, a ineficiência da Justiça aparece com 32,8% entre as principais restrições aos planos de investimentos. Na mesma linha, a pesquisa

menta os investimentos quando dispõe de segurança. A demora do tempo de tramitação dos processos enseja sensação de vulnerabilidade e de risco para os investidores exógenos, fazendo-os preferir os países que detêm sistemas jurisdicionais morosos em favor daqueles que oferecem uma Justiça mais rápida.

Com certeza, são inúmeras as causas da morosidade da Justiça. Na experiência brasileira, avultam-se o sistema irracional de recursos, a insuficiência de órgãos auxiliares e juízes⁷⁴, a precariedade dos recursos materiais e o grande número de processos, oriundo principalmente da grande injustiça social que há no País e das políticas públicas gerenciadas com visão de curto prazo, apenas mirando atender ao momento contíguo⁷⁵. Este panorama acentuou-se com o retorno do Brasil para o regime democrático e a edição da Constituição Federal de 1988, que, num quadro de verdadeira desordem e injustiça, ampliou e estendeu os direitos sociais e os direitos individuais e coletivos. Bem que o constituinte tenha consagrado cardápio generoso de direitos, não proporcionou, em contrapartida, uma mudança estrutural do Poder Judiciário que o tornasse capaz de suportar a nova carga que lhe destinou, deixando-o ainda mais defasado e fragilizado. Todos os anos há um incremento significativo do número de processos no Brasil, em uma relação entre os novos e os que são arquivados⁷⁶. Chama atenção ainda o fato de que o número de processos novos representa uma proporção de um para cada dez brasileiros. Além de ser de per si excessiva, afezere gravidade a relação se se considerar o inexorável fato de que muitos ainda têm dificuldades para acessar à Justiça.

A compreensão dos males da mora jurisdicional foi sufragada tardiamente no Brasil. A si-
na dos governantes nunca foi de se preocupar de maneira profícua com a qualidade da prestação jurisdicional, incluindo-se aí o seu tempo. Pelo contrário. Supostamente se aproveitavam da mo-

Fazendo Negócios, do Banco Mundial, que realizou levantamento exaustivo sobre o ambiente empresarial em cento e trinta e três países e situou o Brasil entre os mais burocráticos do planeta. Segundo esta pesquisa, o Brasil aparece na 125ª posição entre os países onde é mais demorado fazer valer na Justiça os termos de um contrato, estando melhor neste quesito, na América Latina, do que a Bolívia, a Guatemala e o Uruguai.

⁷⁴ Cf. *Diagnóstico...*, p. 67, São 7,7 juízes para cada grupo de 10 mil habitantes, percentual, embora próxima à proporção da média mundial, está bem abaixo do verificado em países como Alemanha e Colômbia, que possuem 28 e 18 juízes para cada dez mil habitantes, respectivamente.

⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARMONA, Carlos Alberto. A posição do juiz: tendências atuais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 349, p. 85-100, 2000, p. 86-87, assinalam que também contribui para isso a atitude do Poder Executivo que, além de litigante contumaz, recorre mesmo contra posições pacíficas adotadas pela jurisprudência, e a nossa formação cultural, que estimula os advogados a recorrerem de tudo, contra tudo e contra todos. Agrava-se da decisão interlocutória, apela-se da sentença, opõem-se embargos de declaração a qualquer provimento judicial etc.

⁷⁶ Cf. *Diagnóstico...*, p. 26-31, no ano de 2003, por exemplo, foram distribuídos 17,3 milhões de novos processos e julgados de forma definitiva 12,5 milhões. Esses números perfazem um índice de julgamento de 72% e uma elevação nos estoques de processo de 4,7 milhões só nesse ano.

ra, como referido acima. Recentemente, porém, parece que o Governo Federal compreendeu que esse retardo constitui empecilho para o crescimento do País e decidiu finalmente tornar *de facto* mais rápida e confiável a Justiça brasileira. É o que se depreende das encomendas de inúmeros estudos estatísticos sobre o problema, atividade não muito afeita a nossa cultura; a instituição da Secretaria de Reforma do Judiciário, órgão ligado ao Ministério da Justiça com o objetivo exclusivo de promover, coordenar, sistematizar e angariar propostas referentes à reforma do Judiciário brasileiro; e o impulso à mudança do sistema processual e da estrutura judiciária, através da reforma da Constituição e da legislação processual. As recentes alterações do Código de Processo Civil e a Emenda Constitucional nº 45 são frutos justamente desse intento de melhorar a nossa prestação jurisdicional.

Todos os fatores invocados fazem com que se almeje a diminuição do tempo do processo e se eleve a celeridade como um princípio informativo do Processo moderno. Um corolário desse sentimento é a afirmação corrente, como genuíno brocardo moderno, de que a justiça tardia equivale à denegação da justiça. Embora não sirva como dogma, em razão de seu conteúdo exagerado e absoluto, o aforismo de Rui Barbosa denota de maneira patente a brevidade do processo como desígnio atual da administração da justiça, em prol da qualidade da jurisdição. Nessa senda, legisladores de todo o mundo procuram constantemente aperfeiçoar os sistemas processuais, instituindo novas categorias de tutela e promovendo reformas que tornem os processos mais efetivos e céleres⁷⁷. Os órgãos judiciais, por sua vez, apaziguado o valor social e público do processo, procuram solucionar os litígios o mais rapidamente possível, opondo-se a demoras injustificáveis, tentando conciliar as partes, indeferindo as diligências inúteis e meramente protelatórias e catalisando o processo para que a jurisdição seja a mais pronta possível. A ordem jurídica brasileira, a exemplo dos sistemas processuais mais avançados, não tolera o juiz como um mero espectador do processo. Comprometido com o seu resultado, constitui-lhe obrigação velar pela rápida solução do litígio, dentre tantas outras que traduzem o intento do Estado em promover uma ordem jurídica justa.

Apesar disso, a morosidade da Justiça consiste hoje no principal problema não apenas do Poder Judiciário brasileiro, mas das Justças da pluralidade dos países do globo. O substancial aumento do número de processos nas últimas décadas, cujas causas têm as origens mais variadas, principalmente a revolução constitucional pós-guerras, a desmedida injustiça social, a facilitação

⁷⁷ SICA, Marco. *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza: nei confronti della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 13, esposa que o princípio da efetividade não constitui apenas uma dire-

do acesso ao Poder Judiciário e o irracionalismo dos sistemas processuais, levou à fragilização das máquinas judiciárias e ao acréscimo da demora da tutela jurisdicional. Esse fato, somado à compreensão dos prejuízos ocasionados pela demora excessiva do processo e ao amadurecimento do valor efetividade, elevou à categoria de direito fundamental o direito a um processo procedido num prazo razoável, tendo sido positivado nessa qualidade nos principais tratados internacionais que versam sobre direitos fundamentais, *verbi gratia*, a Convenção Européia dos Direitos do Homem (art. 6º, § 1º)⁷⁸, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14º), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º)⁷⁹⁻⁸⁰ e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (art. 47).

O reconhecimento do direito à realização do processo em um prazo razoável como direito fundamental não se cinge à dimensão internacionalista⁸¹. Foi também incluído nos catálogos de

tiva para o legislador, mas um valor imediatamente preceptivo; nas palavras de Proto Pisani, um princípio hermenêutico do direito vigente.

⁷⁸ Na Europa, a salvaguarda dos direitos fundamentais sempre mereceu uma atenção bastante especial, mormente em razão de seu escopo em estabelecer instituições supra-estaduais. No plano do direito positivo, merecem destaque a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem, a Carta Social Européia, a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, e, já no contexto da União, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. Sem o intento de menoscabar os postulados relativos aos preceitos substanciais, o grande valor ostentado pelo sistema europeu de proteção aos direitos fundamentais foi nomeadamente a criação de órgãos contendo jurisdição para decidir acerca da aplicação e interpretação de sua Convenção, nomeadamente a Comissão Européia de Direitos do Homem, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa e a Corte Européia de Direitos do Homem – este, por sua natureza, o único autenticamente judicial. Esses órgãos exerciam as funções de interpretação e aplicação da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais aos casos concretos, independentemente de autorização dada pelos Estados envolvidos, sendo-lhes as decisões definitivas e obrigatórias. A toda a evidência, é hoje o continente que apresenta mais evoluído sistema regional de proteção dos direitos fundamentais, ostentando uma efetiva justiça transnacional.

⁷⁹ O sistema interamericano de direitos fundamentais é estruturado basicamente em dois órgãos que compõem a estrutura da Organização dos Estados Americanos – OEA –, a qual é formada por todos os Estados soberanos das Américas: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José, na Costa Rica. Vejam-se, a respeito: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia Cristina (coords.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; e TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/index.htm>>; e <<http://www.cidh.oas.org>>.

⁸⁰ Merece nota, no âmbito do Mercosul, o Protocolo de Medidas Cautelares celebrado em 1994, que visa a oferecer ao setor privado dos Estados-partes, um quadro de segurança jurídica que garanta soluções justas às controvérsias privadas e torne viável a cooperação cautelar entre os Estados-partes do Tratado de Assunção. Vejam-se, a respeito RIBEIRO, Darcy Guimarães. O processo cautelar no Mercosul. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 94, p. 181-192, 1999; ZANETI JÚNIOR, Hermes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o Protocolo do Mercosul para Cooperação Jurisdicional em Medidas cautelares: perfil de um processo transnacional para a efetividade. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 37, p. 470-498, jul.-set. 2005.

⁸¹ Consoante o magistério de ANDRADE, José Carlos Vieira de *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 13-34, os direitos fundamentais podem ser vistos por três perspectivas: enquanto direitos de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares (perspectiva filosófica ou jusnaturalista); enquanto direito dos homens num determinado tempo e lugar (perspectiva estadual ou constitucional); e como direito de todos os homens num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo

direitos fundamentais das mais avançadas ordens jurídicas endógenas, inclusive na pátria. Desde a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica em 1992, que prevê em seu art. 8º que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, o direito fundamental a um processo num prazo razoável integra o direito brasileiro. O preceito foi corroborado recentemente pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que, ao acrescentar ao art. 5º da Carta o inc. LXXVIII, introduziu entre os direitos e garantias fundamentais, formalmente constitucionais, o direito a uma duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação⁸².

A propósito, tendo em vista que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme expressa disposição da Constituição Federal (art. 5º, § 1º), afigura-se juridicamente viável inclusive a responsabilização do Estado, em nível federal ou estadual, por uma jurisdição que, em decorrência da ineficiência do serviço judiciário, seja prestada em um prazo desarrazoado, para indenizar o jurisdicionado pelos prejuízos causados por sua falha no exercício monopolista do poder jurisdicional. Essa responsabilidade é objetiva, não dependendo de negligência ou dolo do órgão judicial ou de seus órgãos auxiliares. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem, de maneira freqüente e exemplar, reconhecido a afronta ao art. 6º, § 1º, da Convenção Européia dos Direitos do Homem, por violação ao direito fundamental a um processo num prazo razoável, e condenando os Estados-contratantes a indenizar os re-

menos, em grandes regiões do mundo (perspectiva universalista ou internacionalista). Nos dias de hoje, em que cada vez mais se fortalecem blocos regionais na paisagem mundial grandes e, como sublinha CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo*. In: *STUDI in onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano, Griuffrè, 1979. v. 1, p. 153-210, se mostram insuficientes o direito interno e os mecanismos judiciários dos Estados para se tutelarem os direitos fundamentais, a perspectiva que mais afe-re destaque é internacionalista, que compreende tanto a inserção de catálogos internacionais como de justiças transnacionais.

⁸² LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Reforma do Judiciário e efetividade da prestação jurisdicional. In: *REFORMA do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 27-48, assevera que, nesse compasso, a Reforma do Judiciário acompanha uma evolução do Direito Processual e do constitucionalismo, e toca não só a estrutura do Estado-Juiz, mas também o próprio processo, estabelecendo a razoabilidade como parâmetro de valoração da lide. O ingresso do princípio do direito ao processo num prazo razoável, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, imprime o selo do procedimento eficiente, tornando ainda mais forte a garantia do acesso à jurisdição e do *due process of law*, bem como convida para uma releitura e modificação do sistema processual nos pontos em que há empecilhos à rapidez (*Ibidem*, p. 33-35). Para a reflexão entre o direito ao processo em um prazo razoável e os mecanismos trazidos pela Reforma do Judiciário com o intento de assegurar esse desígnio, veja-se: YARSHELL, Flávio Luiz. A Reforma do Judiciário e a promessa de “duração razoável do processo”. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 75, p. 28-33, mai. 2004.

querentes por prejuízos advindos da mora jurisdicional⁸³. Como não poderia deixar de ser, a razoabilidade ou não do tempo de tramitação de um processo tem sido constatada caso a caso, observando-se critérios já consagrados na jurisprudência, em especial a complexidade da causa, o comportamento das partes e das autoridades competentes, assim como o objeto que está, com efeito, em causa no litígio⁸⁴.

De todo modo, impõe-se que toda essa aspiração de brevidade seja temperada, pois a aceleração do processo incita, irrefragavelmente, o erro judiciário. Como assevera Othmar Jauernig, rapidez e profundidade casam-se mal⁸⁵. Quanto mais fugaz o processo, menos aperfeiçoadas serão a investigação dos fatos da causa e a consideração das questões de fato e de direito no julgamento da causa. É exatamente nesse antagonismo que há entre o tempo e o processo que exsurge o grande dilema da Ciência Processual, imbuída em cada tentativa de melhorar o exercício da jurisdição: até que ponto é legítimo abreviar o tempo processual? No plano procedimental, a resposta perspassa pela harmonização de dois valores: segurança jurídica e efetividade, considerando o objetivo *in concreto* da tutela jurisdicional. Se o escopo do provimento for o acertamento do direito, deve prevalecer a segurança jurídica; sendo seu desígnio garantir a utilidade e eficácia desse acertamento, a efetividade. Porém, em qualquer caso, o valor suplantado impende erguer-se ao máximo. Isso quer dizer que os valores segurança jurídica e efetividade devem se equacionar o quanto seja possível. A tutela jurisdicional não pode ser a tal ponto acelerada que traduza diminuição de garantias que possa conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta, tampouco demorada de tal maneira que a decisão final tenha a sua utilidade e sua eficácia diminuída pelo transcurso do tempo⁸⁶.

Há vários caminhos para se proceder ao esse alinhamento dos valores segurança jurídica e efetividade processual, desde reformas de estrutura, de sistema e de cultura. O fundamental é que

⁸³ P. ex., entre tantos, Comingersoll S/A x Portugal, Processo n° 35382/97, j. em 06 abr. 2000; Jíru x República Tcheca, Processo n° 65195/01, j. em 26 out. 2004; e Kaggali x Grécia, Processo n° 9733/03, j. em 19 mai. 2005.

⁸⁴ Sobre a reparação da parte lesada pela tramitação do processo em um tempo não razoável, veja-se, em especial pela ampla referência jurisprudencial: PETROLATI, Franco. *I tempi del processo e l'equa riparazione per la durata non ragionevole*: la c.d. "legge Pinto". Milano: Giuffrè, 2005.

⁸⁵ JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 157.

⁸⁶ ARMELIN, Donald, A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 23, p. 111-138, 1985, anota que entre a incoação de um processo e o seu fim, há de medear sempre um espaço de tempo, maior ou menor, indispensável para que o órgão judicante possa apreciar, com relativa segurança para a qualidade da prestação da tutela jurisdicional a matéria fático-jurídica trazida à sua apreciação. Esse intervalo entre o início e o término do processo pode ser fatal para a sua eficácia. Por isso mesmo a atividade do legislador processual, independentemente das técnicas de sumarização do processo

se aprofunde o conhecimento dos problemas do procedimento, para, a partir de sua identificação pontual e do debate com a sociedade acerca das adequações cabíveis, restringir-se um dos valores em prol do outro. Daí a pertinência dos estudos estatísticos e dos debates na civilização jurídica sobre propostas de melhoria da atividade jurisdicional. Tão-só a partir de muita reflexão é possível qualquer mudança, principalmente se contiver conteúdo ideológico. Percebe-se que, embora todos almejem um processo célere e efetivo, mostra-se extremamente difícil mitigar o valor segurança jurídica no devido processo legal, pois a universalização constitui há muito traço característico de nossos procedimentos. Basta notar a aversão da comunidade jurídica em geral às recentes propostas de reforma legislativa objetivando racionalizar o sistema, tais como a restrição de recursos, a estabilização da tutela antecipada, a instituição da súmula vinculante, da repercussão geral, entre outras.

Com efeito, a solução não está numa visão maniqueísta, como se segurança jurídica e efetividade fossem valores irreduzíveis, como *Éros* e *Thánatos*. O processo não deve durar um tempo excessivo, admitindo um número demasiado de revisões das decisões prolatadas e supervalorização da segurança jurídica, nem, tampouco, ser tão abreviado que tolha garantias materiais e processuais dos jurisdicionados, considerando preferentemente a efetividade. A prestação jurisdicional deve guardar o equilíbrio possível desses valores, isto é, realizar o processo num prazo razoável que permita às partes defenderem suficientemente seus direitos, sem privação substancial de garantias. Esta receita, reconhece-se, não é fácil de se conformar e concretizar. Não há como se garantir maior segurança jurídica sem delongar o processo, nem abreviá-lo sem preterir algum direito ou garantia dos sujeitos processuais. Essa harmonia vai ao encontro da compreensão hodierna de cidadania, cuja jurisdição quista é a que se convencionou chamar de equitativa. O direito ao processo equitativo está contido nos mais modernos catálogos de direitos fundamentais e consiste basicamente no direito de obter-se, num prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie de forma adequada e definitiva cada pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de se executá-la e de auferirem-se providências cautelares ou antecipatórias para se assegurar sua eficácia e utilidade⁸⁷. A jurisdição que se idéia, portanto, encena também uma prote-

que venha a adotar, estará sempre à procura de um ponto de equilíbrio entre a justiça e a eficácia. Isso porque na medida em que privilegia uma, inexoravelmente, estar-se-á sacrificando a outra.

⁸⁷ O direito ao processo equitativo está positivamente consagrado, por exemplo, nos arts. 10 e 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no art. 6º da Convenção Européia dos Direitos do Homem, no art. 14 do Pacto Internacional relativo aos Direitos Cíveis e Políticos e no art. 47 na Carta de Direitos Fundamentais da União Européia. Na ordem jurídica brasileira, está abrigado implicitamente no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, que estabelece como direito fundamental o *due processo of law*. Para GUINCHARD, Serge. *et al. Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès*. Paris: Dalloz, 2003, p. 337, o direito ao processo equitativo constitui o principal critério de um Estado de Direito. Nesta obra, os autores, tendo como fontes os principais tratados supranacionais sobre direitos fundamentais e a jurisprudência do Comitê de

ção jurídica consentânea e eficaz, com capacidade de garantir que a tutela jurisdicional não fique despojada de sua utilidade e eficácia pelo decurso do tempo, fruto do descompasso deste com a solução do processo.

2.2 O Descompasso entre o Tempo e a Solução do Processo

O processo, como fato social, está sempre sensível às transformações sociais, refletindo a ideologia e o estado da civilização em que consubstancia⁸⁸. Exalta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que a sua conformação interna sofre alteração de acordo com o maior destaque assinado a um ou outro vetor axiológico. A concepção do processo apenas ou no essencial como instituto de tutela jurídica de direitos subjetivos privados, embebida além do mais em ideologia nitidamente liberal, tende a considerá-lo como um livre jogo de forças, uma luta privada entre duas partes, a que se concede ampla liberdade de disposição processual, com maior passividade do juiz. Se, pelo contrário, são considerados também os escopos sociais e políticos do processo, privilegia-se o seu resultado social, e maior força deverá ser outorgada à atividade do órgão judicial, não só para buscar rápida solução do litígio, como também para se passe os eventuais desvios provocados pelas partes⁸⁹.

Naturalmente, essa ilação sobre as influências exógenas na organização do processo compreende o Estado. O devir histórico evidencia que a jurisdição sempre sofre redefinição à medida que se altera o formato estatal. Isso prova que a função jurisdicional, assim como as demais funções estatais, passa por transformações na exata medida em que o Estado aufere novos contornos. O Estado Democrático de Direito tem a consecução do bem comum como objetivo-síntese e a dignidade do ser humano como ponto de referência estável, fitando o seu modelo e as suas funções através desses conteúdos. A transposição desses propósitos finalísticos no âmbito do

Direitos Humanos da ONU, do Tribunal Europeu de Direitos do Homem e da Corte de Justiça da Comunidade Européia, esposam um modelo universal de processo equitativo, abarcando de forma profícua todos os nuances que envolvem uma tutela jurisdicional équa (*Ibidem*, p. 349-768).

⁸⁸ LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 74-86, 1961, anota acertadamente que o processo é um fato cultural, na medida em que nele se reflete toda uma cultura, considerada como o conjunto de vivência de ordem espiritual e material que singularizam determinada época de uma sociedade. Por isso, nada mais natural que sua função varie conforme a época e a mentalidade reinante (p. 74-75), fato também consignado por Cappelletti em seu conhecido ensaio *Ideologie no processo civile* (CAPPELLETTI, Mauro. *Ideologie no processo civile*. In: *PROCESSO e ideologie*. Bologna: Il Molino, 1969, p. 3-54).

⁸⁹ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 71-72.

exercício do poder jurisdicional impende que o Estado contemporâneo se restrinja a eliminar os conflitos interpessoais que emergem na sociedade, como se não lhe importasse o fado da decisão que impõe aos jurisdicionados. A par disso, constata-se que mais do que simplesmente dirimir os conflitos de interesses que surgem, a função jurisdicional do Estado Democrático de Direito é a realização da justiça⁹⁰, corporificando um instrumento com o desígnio metajurídico de promover a paz social.

Para a consecução dessa missão, é preciso que o Estado institua um sistema processual dotado, tanto quanto possível, de capacidade para estear devidamente os direitos dos cidadãos, o que só é factível, como esposa Luiz Guilherme Marinoni, com a aproximação dos planos do direito processual e material de forma que a tutela jurisdicional corresponda exatamente àquilo que se verificaria se a ação pudesse ser realizada no mundo do direito substancial⁹¹. Nessa senda, quando um direito é roto, ou está na iminência de ser, constitui obrigação do Estado, que veda o exercício da autodefesa, a disponibilização de uma tutela capaz de satisfazer as carências do jurisdicionado para ter albergado esse direito. Na ordem jurídica brasileira, essa inferência é um corolário do disposto do inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, o qual prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário ou a ameaça a direito”. Mais do que estabelecer como direito fundamental o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a essa norma constitucional garante que a prestação jurisdicional deve ser apta para tutelar devidamente o direito ou a ameaça a direito⁹².

⁹⁰ Tanto justiça como bem comum possuem conceitos e dimensões variáveis. Como adverte HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução Armino Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 171-182, é possível até que exista um conflito entre eles. Exemplifica Hart que o direito pode, em nome do bem estar geral da sociedade, impor uma indenização a alguém que tenha causado danos a outrem, mesmo que moralmente, enquanto questão de justiça, se poderia julgar não devida. Há um apelo ao bem comum que difere, embora possa ser moralmente aceitável e algumas vezes chamado de justiça social, das formas primárias de justiça que se ocupam simplesmente de repor, tanto quando possível, o *status quo* entre dois indivíduos.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar, tutela antecipatória urgente e tutela antecipatória. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 21, n. 61, p. 63-74, jul. 1994. Esse fato também é ressaltado por MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, v. 18, p. 123-132, abr.-jun. 1979: o processo avizinha-se do *optimum* na proporção em que tende a fazer coincidir a situação concreta com a situação abstrata prevista na regra jurídica material; e afasta-se progressiva e perigosamente desse ideal na medida em que o resultado na verdade obtido difere daquele que se obteria caso os preceitos legais fossem observados de modo espontâneo e perfeito pelos membros da comunidade (p. 123-124).

Importa lembrar que as pontes entre o direito substancial e o processo, como salienta LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 2000. v. 1, p. 50, são a demanda e a sentença. Por meio da demanda, o direito substancial ingressa no processo; ao passo que através da sentença o processo incide sobre o direito substancial. Sobre as relações entre o direito material, vejam-se também: PISANI, Andrea Proto. *Le tutele giurisdizionale dei diritti*. Napoli: Jovene, 2003, p. 2-33; e, no torrão natal, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Diritto e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁹² COMOGLIO, Luigi Paolo. I modelli di garanzia costituzionale del processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 45, n. 3, p. 673-741, sett. 1991, assevera que a necessária instrumentalidade da relação en-

Destarte, não sendo a tutela tradicional bastante para amparar eficazmente determinados direitos – o que é inevitável e natural, pois somente num ordenamento processual quimérico proteger-se-ia todo e qualquer direito indistintamente, de modo pleno e eficaz –, faz-se necessário, como sublinhou Andrea Proto Pisani em seu conhecido ensaio *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, com proficiência e pioneirismo, que existam nos sistemas processuais procedimentos específicos, curiais para a sua tutela⁹³, porquanto só assim o poder jurisdicional alcançará efetivamente os seus escopos. A doutrina classifica, na esteira dos ensinamentos do Professor da Universidade de Florença, como *diferenciadas* essas formas de tutelas jurisdicionais que objetivam suprir a deficiência da tutela convencional⁹⁴. Os procedimentos especiais previstos no Livro IV do Código de Processo Civil e outras leis extravagantes, tais como os regulados para a ação civil pública, a ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, a ação de busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente, as ações de alimentos, as ações locatícias, a ação de usucapião de terras particulares e as ações de divórcio e separação consensual são tentativas evidentes do legislador de instituir tutelas diferenciadas⁹⁵, pois estabelecem ritos distintos senão em função do direito material em jogo.

tre direito e processo se sentiu mai fortemente após a II Guerra Mundial, quando a maior parte das constituições modernas consagraram com solente definitividade os direitos invioláveis do homem e a liberdade do indivíduo. Em tal contexto, é absolutamente mais vivo o significado instrumental do brocardo *ubi remedium ibi ius*, já que, se “garantia” implica sempre “proteção” (ou, seja como for, predisposição de meios idôneos para assegurá-la em concreto) e a atribuição solene de um “direito” traduz reconhecimento “garantido” em nível constitucional, mostra-se irrenunciável – a qualquer nível de tutela, nacional ou supranacional – a presença *a fortiori* de um sistema eficaz de “garantia” (não apenas formais, mas também jurisdicionais) para a “proteção” dos direitos individuais, inclusive do patrimônio fundamental e inalienável da pessoa humana (675-677).

⁹³ PISANI, Andréa Proto. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 34, n. 4, p. 536-561, ott.-dic. 1979. Antes disso, em 1973, a expressão havia sido utilizada pelo próprio Proto Pisani em seu estudo intitulado Tutela giurisdizionale e nuovo processo del lavoro. In: FORO italiano, v. 5, p. 205 ss., 1973. Salienta PICARDI, Nicola. *Appunti di diritto processuale civile: i processi speciali, esecutivi e cautelari*. Milano: Giuffrè, 2002, que, em razão de uma concepção que remonta à Revolução Francesa, num paralelo com a falta de privilégio de classes e de casta, havia não apenas a idéia de uma jurisdição tendencialmente única para a solução de todas as controvérsias civis, mas também de um único tipo de processo. No século XX, surgiu uma série de procedimentos especiais que acabaram por consumir o papel central do procedimento ordinário. Foi apenas nos anos 70, quando se constatou que pretensões díspares devem corresponder a formas diferentes de tutela para a efetividade da tutela jurisdicional [mormente pela *opus citatum* de Proto Pisani], falou-se em tutela jurisdicional diferenciada (p. 4-10).

⁹⁴ Na esteira dos ensinamentos de Proto Pisani, tutela diferenciada é aqui empregada no sentido amplo, tanto de procedimento específico, de cognição plena e exauriente, instituído em função da especificidade de uma determinada relação jurídica material, como de tutela sumária típica, com o objetivo de evitar o prejuízo pelo decurso do tempo. Veja-se, a propósito, a recente obra de Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, em que, no quinto capítulo, intitulado Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata, aglutina vários artigos sobre tutela diferenciada escritos a partir de 1978 (PISANI, Andrea Proto. *Le tutele giurisdizionali...*, p. 227-292).

⁹⁵ Veja-se BEDAQUE; CARMONA, *A posição...*, p. 94-95; BEDAQUE, *Tutela cautelar...*, p. 23.

Além do direito material, o tempo constitui fator essencial para determinar a adequação da administração da justiça e, *ipso facto*, para legitimar a adoção de tutelas jurisdicionais diferenciadas. Isso porque a jurisdição pode muitas vezes findar inútil ou de parcimonioso préstimo em razão do tempo em que é prestada, ainda que o procedimento legal seja, *in tesi*, apropriado para tutelar o direito objeto do litígio. Assim, caso o tempo possa comprometer o direito de um indivíduo, o processo deve, como refere Marie-Anne Frison-Roche, ser adaptado especificamente às suas necessidades. O tempo não é mais o ritmo objetivo de um processo de descobrimento da verdade, mas o objeto de um direito subjetivo processual. Faz parte do “serviço” que a instituição judiciária deve fornecer à sua clientela⁹⁶. De feito, se o descompasso entre o tempo e a solução do processo pode comprometer a prestação jurisdicional assim como a ausência de um procedimento que atenda de maneira suficiente às carências de dadas relações materiais, máxime em face da morfologia lenta e burocrática do processo jurisdicional comum, justifica, também, a instituição de tutelas diferenciadas.

Tendo em vista que neste caso o obstáculo para a adequada distribuição da justiça está no tempo em que encerra, as tutelas diferenciadas consistem em ritos mais simplificados e concentrados que promovam uma jurisdição mais rápida. Nesta feita, sobressaem-se como tutelas jurisdicionais diferenciadas, na sistemática processual brasileira, os provimentos emanados dos processos que obedecem ao procedimento sumário, previsto nos arts. 275 a 281 do Código de Processo Civil, a ação monitória (CPC, arts. 1.102a a 1.102c) e, *a fortiori*, os ritos dos Juizados Especiais, insculpidos na Lei nº 9.099/95, que alteraram substancialmente o quadro judiciário nacional. Os procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que se destinam, respectivamente, às causas cíveis de menor complexidade e às infrações de menor potencial ofensivo, são deveras simplificados, além de incentivar amplamente a conciliação ou a transação. Mediante tais procedimentos, que se orientam pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, o Estado busca garantir a efetividade e utilidade da jurisdição oferecendo tutela jurisdicional mais rápida, que poupe o titular do direito de maiores sofrimentos e privações pelo transcurso do tempo.

Todavia, tão-somente a abreviação dos procedimentos não tem o condão de, *per se*, proscrever os conseqüências negativos do descompasso entre o tempo e a solução do processo em toda e qualquer hipótese. Ainda que o processo se viceje normalmente e seja concluído num prazo

⁹⁶ FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure. In: LE TEMPS dans la procédure. Paris: Dalloz, 1996, p. 12-23.

razoável, seja simplificado ou não o rito, nada obsta que tome feição durante seu curso, ou num momento anterior, um perigo iminente de dano irreparável ou de difícil reparação. Imagine-se, por exemplo, um cidadão que teve denegada a sua inscrição num concurso público, ou um bem litigioso que está perecendo durante o desenvolvimento do processo. De que utilidade seria o mandado de segurança concedido após a realização do concurso público ou a sentença deferindo ao autor a propriedade de um bem que pereceu? Portanto, faz-se imperioso que o sistema processual rompa com o paradigma de reverência à cognição plena e exauriente, própria das decisões que solucionam de forma definitiva os litígios, e disponibilize tutelas diferenciadas que assegurem a utilidade e a efetividade da jurisdição nessas circunstâncias de perigo iminente. Trata-se das tutelas de urgência, comumente chamadas de tutelas sumárias, por caracterizarem-se pela ausência cognição exauriente⁹⁷.

As tutelas de urgência são medidas jurisdicionais provisórias de caráter cautelar ou antecipatório, prolatadas a partir de cognição sumária através de probabilidade. Consistem em modalidade de tutela diferenciada, cabível quando o descompasso entre o tempo e a solução do processo corresponde a um perigo iminente de lesão irreparável ou de difícil reparação. A cautelar garante o resultado útil e eficaz do processo preservando o bem da vida em disputa até que se decida a sua titularidade, ao passo que a antecipatória garante a utilidade e a efetividade da prestação jurisdicional por meio da antecipação de seus efeitos. Dessarte, de formas distintas, a tutela de urgência visa exatamente a impedir que o tempo comprometa o resultado do processo mediante medida jurisdicional imediata, atuando como instrumento de harmonização da efetividade e segurança jurídica, como sublinha Teori Zavascki⁹⁸, bem como para promover a igualdade no cenário processual, pois tem vez senão quando uma das partes fica em situação adversa no processo, com risco de ter, ao final, uma decisão infrutuosa⁹⁹. Essa precisão também existe em sede de recursos excepcionais. No lapso temporal que há entre a interposição dos recursos extraordinário e especi-

⁹⁷ A sumarização cognitiva, em seu aspecto material, constitui ferramenta imprescindível para se pugnar a desarmonia entre o tempo e a solução do processo quando esta enseja perigo de prejuízo iminente. Consoante esclareceu BRIEGLEB, Hans Karl. *Einleitung in die theorie der summarischen processe*. Leipzig: Tauchnitz, 1859, p. 43-44. *apud* OLIVEIRA, *Perfil dogmático...*, já nos meados do século XIX, a mera concentração do procedimento não constitui, verdadeiramente, sumarização da cognição, a qual pressupõe incompletude material da *causa cognitio*. Por essa razão, como sublinha OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 232, o rito regulado nos art. 275 a 281 do Código de Processo Civil é impropriamente denominado de sumário, pois constitui nada mais do que uma aceleração do procedimento ordinário. Tanto quanto no procedimento ordinário, a cognição é plena e exauriente, revestindo-se o provimento jurisdicional de probabilidade em grau suficiente para tornar-se imutável e livre de ataques futuros de qualquer processo.

⁹⁸ ZAVASCKI, *Antecipação da tutela...*, p. 66-69, e *Medidas cautelares...*, p. 60-62.

⁹⁹ Essa propriedade das tutelas de urgência foi constatada por José Maria Rosa Tesheiner, referindo-se aos provimentos provisórios como litisregulação. Segundo TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 155 *et seq.*, a litisregulação, cautelar ou satisfativa, serve para

al até o seu julgamento final, exsurtem, por vezes, perigos de dano irreparável ou de difícil reparação às partes a reclamar uma tutela jurisdicional provisória. Essa possibilidade de prejuízo nesse ínterim, fruto do o desajustamento entre o tempo e o desfecho do processo, é o próximo item a ser analisado.

2.3 A Possibilidade de Prejuízo do Recorrente

O cotejo do sistema processual brasileiro com os alienígenas evidencia que o juiz pátrio detém um complexo incomum de poderes no exercício da jurisdição. Essa assertiva não discrepa no que respeita às tutelas de urgência. Além da multiplicidade de procedimentos específicos previstos no Código de Processo Civil e na legislação extravagante visando a garantir a utilidade e a eficácia da prestação jurisdicional, o magistrado brasileiro tem o poder de conceder provisoriamente tutelas de urgência satisfativas e cautelares, inclusive sem a oitiva da parte contrária, colimando preterir o perigo pela demora da prestação jurisdicional *in abstracto*, isto é, nas situações de urgência não abarcadas na lei processual. Para garantir o cumprimento do comando urgente, pode o juiz, a teor do § 3º do art. 273 do Código de Processo Civil, que remete aos arts. 475-O, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A, determinar diversas providências a fim de promover a efetivação da tutela urgente, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial¹⁰⁰.

Com efeito, conquanto não em um plano ideal, a tutela de urgência está delimitada pelo menos num nível satisfatório em nosso ordenamento, mas somente para as instâncias ordinárias de jurisdição. A análise do sistema processual conduz à conclusão de que são parcos os dispositivos de regência sobre a tutela de urgência que se aplicam, de forma expressa, no âmbito das ins-

tutelar, de forma provisória, aquelas situações de fato que se encontram *sub judice*. Isso porque, ainda antes da regulação definitiva, a situação de fato exige regulação jurídica, mesmo que se ignore quem tenha razão.

¹⁰⁰ As recentes reformas do Código de Processo Civil, em especial pelas Leis nºs 10.358, de 27 de dezembro de 2001, e 10.444, de 07 de maio de 2002, implementaram sensivelmente o microsistema que visa a inibir as partes de se opor às ordens dos judiciais mediante disposições sancionatórias. O anteprojeto que deu origem à Lei nº 10.358/01, elaborado pela Escola Nacional da Magistratura e Instituto Brasileiro de Direito Processual, previa inclusive a prisão civil de até 30 dias da parte que reiterasse conduta atentatória ao exercício da jurisdição, medida que, infelizmente, restou vetada pelo Congresso Nacional. Com certeza, seria um mecanismo importante para impedir abusos e garantir a efetividade do processo. A adoção do *contempt of court* é defendida por juristas de renome no cenário nacional. Cita-se, por tantos, GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 102, p. 219-227, 2001.

tâncias extraordinárias. Essa discriminação existe não apenas mercê da tarefa diferenciada exercida pelas Cortes Superiores no julgamento dos recursos extraordinário e especial, mas principalmente pela percepção do legislador de que as situações de urgência são, de ordinário, inerentes ao conflito de interesses que origina a demanda. *De facto*, as tutelas jurisdicionais de urgência são deduzidas, na sua grande maioria, antes da propositura da própria ação, através de medida cautelar preparatória, ou concomitantemente ao pedido principal. Na melhor hipótese, o *periculum in mora* se revela entre o primeiro e o segundo grau de jurisdição, quando o processo já tramitou por tempo assaz significativo e se exauriram praticamente todas as possibilidades das partes frente ao direito litigioso.

Em que pese mais rara a incidência, mormente se se considerar o volume nos graus ordinários de jurisdição, é possível que a relação jurídica material desvele perigos de dano irreparável ou de difícil reparação durante a tramitação do processo nas instâncias extraordinárias¹⁰¹. Suponha-se, por exemplo, que o autor sofra recrudescimento do quadro clínico que reclame, sob pena de risco de vida, intervenção cirúrgica imediata quando pendente de julgamento o recurso especial intentado pelo réu contra o julgado que reconheceu o direito do demandante a essa cirurgia. Ou uma indústria demandada numa ação civil pública que, contrariando o julgado impugnado por recurso extraordinário ou especial, passe a lançar resíduos químicos tóxicos num estuário. Ou, ainda, a negatização do nome do autor pelo réu nesse entretanto numa ação em que este postula a revisão de contrato e a determinação de que não seja inscrito em órgãos restritivos de crédito enquanto estiver *sub judice* o débito objeto da ação. Nessas hipóteses, malgrado a possibilidade de execução provisória, pela urgência da medida necessária, é imprescindível a imediata antecipação da pretensão substancial, sob risco de a decisão final ter a sua eficácia e utilidade sensivelmente diminuída¹⁰².

Outras vezes a ameaça de lesão irreparável ou de difícil reparação nas instâncias extraordinárias reivindica tutela assecuratória, de preservação do bem da vida. Exemplo bastante comum dessa situação de emergência consistem nomeadamente os perigos de danos iminentes oriundos das execuções provisórias propostas na pendência de julgamento dos recursos extraordinário e

¹⁰¹ Justamente em razão do tempo do processo que transcorreu até se ingressar na instância extraordinária, as situações de urgência mais frequentes são de natureza endoprocessual, porquanto têm como fonte imediata os próprios atos do processo, e não atos do mundo do direito material.

¹⁰² Note-se que, no nosso sentir, no caso de necessidade urgente de antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, não interessa se o autor é recorrente ou recorrido nas instâncias extraordinárias. Em qualquer posição que figure na relação jurídica recursal, estando configurados os respectivos requisitos, pode ele formular o pleito antecipatório.

especial. Na nossa sistemática processual, os recursos excepcionais são, excluída a apelação nas hipóteses taxativas pontificadas nos incisos do art. 520 do Código de Processo Civil, os primeiros recursos interpostos contra a decisão final recebidos apenas no efeito devolutivo, sendo, portanto, habitual o ajuizamento de execução na forma provisória na pendência de seu julgamento e, por isso, o advento de atos que coloquem em risco a efetividade e a utilidade da decisão final emanada pelos Tribunais Superiores. Bem assim na hipótese de antecipação de tutela, que também traduz adiantamento dos efeitos executivos. A diferença é que, nesta hipótese, os prejuízos iminentes erigem à instância extraordinária por força do efeito devolutivo da interposição sucessiva de recursos, ou seja, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação não principia nas instâncias extraordinárias, tal como na execução provisória proposta na pendência de julgamento de recurso extraordinário ou especial; é anterior, integrando a própria pretensão do recurso excepcional. Note-se que nem sempre o prejuízo irreparável ou de difícil reparação tem origem em um *error in iudicando*. Muitas vezes, são *errores in procedendo* que os ensejam. Imaginem-se, por exemplo, um acórdão que denega indevidamente, sem fundamentação, uma antecipação de tutela ou um julgado, prolatado por um tribunal incompetente, que está sendo provisoriamente executado.

Situação idêntica, no sentido de que o receio de dano erige às instâncias superiores por força da devolutividade recursal, acontece no caso de execução provisória proposta enquanto pendente de julgamento de apelação recebida somente no efeito devolutivo, numa das hipóteses excepcionais no art. 520 do Código de Processo Civil. Ensejando a execução provisória algum dano de caráter irreparável ou de difícil reparação, poderá o réu interpor recurso excepcional contra o aresto da corte *a quo* que se absteve de tolher o prejuízo iminente, caso em que o perigo de lesão tampouco tem substrato na instância superior, integrando a própria pretensão do recurso extraordinário ou especial. O mesmo advém quando o recurso excepcional é intentado contra o acórdão de tribunal local que denega o pedido do réu que busca arredar danos inversos irreparáveis ou de difícil reparação causados pela concessão liminar dum provimento urgente. Imagine-se, por exemplo, um fazendeiro que tem seqüestrados os equipamentos agrícolas justamente na época da colheita, sob color de preservá-los de depreciação ou deterioração enquanto perdurar a disputa judicial. Essa medida, dependendo das circunstâncias concretas, causaria um dano ao réu que dificilmente poderia ser devidamente reparado no futuro caso a decisão definitiva lhe fosse favorável ao final.

Tudo sopesado, constata-se que é plenamente factível que sobrevenha fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação na pendência de julgamento dos recursos extraordinário e especial, quer pelo acontecimento de um fato novo nesse ínterim, quer porque a própria decisão recorrida constitua a fonte lesiva. Em qualquer hipótese, estando *de facto* em via de efetivação o prejuízo, não pode o jurisdicionado restar, por um momento que seja, privado de fruir de tutela jurisdicional capaz de dissipar o perigo, ficando à mercê da sorte até o julgamento definitivo do recurso, mormente porque o entretempo consistente na interposição dum recurso excepcional e o seu julgamento compreende um espaço temporal bastante considerável, por vezes superior a todo o tempo que o processo despendeu em primeiro e segundo graus de jurisdição. Dessarte, é absolutamente imprescindível que se disponibilizem tutelas de urgência em sede de recursos excepcionais, de modo a permitir, mediante a preservação da utilidade e eficácia da prestação jurisdicional final, às partes que tenham albergados o seu direito e, via de consequência, ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, os mais elevados órgãos judiciários do País, que cumpram, com efeito, o papel que lhes incumbe no direito brasileiro através dos recursos extraordinário e especial.

Se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer, uma vez que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige contra o Estado-Juiz. Portanto, é equivocado imaginar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou uma norma processual capaz de atender ao direito material. De acordo com o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Quando se diz que tais normas têm aplicação imediata, deseja-se evidenciar sua força normativa. Como a essa norma não se pode atribuir função retórica, não há como supor que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva somente possa se expressar em conformidade com a lei, e que assim seja dela dependente. Isso significa que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não pode ser comprometido por um defeito de técnica processual. Supor que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo através do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, é inverter a lógica da relação entre o direito material e o processual¹⁰³.

¹⁰³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 127, p. 54-74, set. 2005, p. 62-63.

3 OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 A Função dos Recursos Extraordinário e Especial

A despeito de o homem ser, nas palavras de Aristóteles, um animal político, podendo viver somente em sociedade, a interação humana é forçosamente irascível. Diante desse fato inexorável, constata-se que se revela imprescindível a coordenação das relações intersubjetivas e a existência de mecanismos capazes de compor os conflitos de interesses, que de forma inevitável e permanente despertam na sociedade, para que subsista ou perdure da maneira mais harmônica possível. A intrínseca correlação entre Direito e sociedade, exaltada no conhecido apotegma *ubi societas, ibi ius*, nasce exatamente dessa necessidade de se controlar o comportamento social do homem. É por meio do Direito, nomeadamente o mais eficaz e importante meio de controle social, que a sociedade procura congruar os interesses individuais e, assim, assegurar o seu bom funcionamento e a sua continuidade¹⁰⁴. No Estado Moderno, a lei é o padrão objetivo do Direito para a consecução de segurança nas relações sociais. É mediante a determinação e previsibilidade do Direito em normas jurídicas, prendadas de força de coação, e a instituição de órgãos destinados a promoverem o respeito e a aplicação dessas normas que o Estado previne e resolve os conflitos de interesses, assim como condiciona, direta ou indiretamente, o comportamento social das pessoas¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Segundo LUHMANN, Niklas *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, que explica o sistema social como autopoiético, o Direito constitui uma estrutura da sociedade. Sem ele, nenhuma esfera da vida encontra um ordenamento social duradouro; nem a família ou a comunidade religiosa, nem a pesquisa científica ou a organização partidária de orientações políticas. E na medida em que aumenta a complexidade das relações sociais, há demanda de tentativas de soluções mais complexas para, paradoxalmente, reduzir-se dita complexidade (p. 7). Mas embora o Direito tenha na lei sua forma cogente e sua expressão mais visível nas sociedades políticas atuais, nas quais o poder público regula particularizadamente a conduta jurídica dos homens, não se exclui nem estanca o processo de incessante formação e transformação das idéias jurídicas, como aduz o saudoso BONUMÁ, *Direito Processual...*, p. 5-8. A origem do Direito está no impulso da vida e na consciência jurídica que cada homem traz em si, como um atributo de sua personalidade. Os costumes, as normas de coexistência social, as regras legais impostas pelo poder exterior são estratificações posteriores, resultantes de uma lenta e milenária evolução social e política.

¹⁰⁵ A noção normativista de Direito e de Estado, o qual constitui o fundamento de validade para a própria existência daquele no direito continental, foi o movimento de Martín Lutero. Assere BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 13 *et seq.*, que, a partir da Reforma, houve uma cisão na cosmovisão ocidental, de modo que, no mesmo espaço geográfico, encontravam-se indivíduos com visões de mundo e valores diversos. Por isso, a principal função do Estado Moderno, na sua função absolutista, foi precisamente a de fornecer um padrão objetivo de resolução de conflitos, a lei, a uma sociedade cujo pluralismo poderia levar à dissolução. Logo, o direito positivo nasceu como exigência da modernidade.

Naturalmente, e até mesmo porque integra a própria noção de Estado soberano, o complexo de normas que constituem a ordem jurídica de um Estado deve vigorar para todos os indivíduos que formam a sua população, de modo que toda a comunidade social seja submetida a um único e mesmo ordenamento jurídico¹⁰⁶. Entretanto, para que o Direito alcance devidamente os seus intentos, não basta que um e mesmo ordenamento jurídico tenha vigência perante toda a população, mas que também seja harmônico e considerado na sua totalidade, possuindo idêntico significado para todos. Somente assim é possível determinarem-se efetivamente as regras de conduta a serem observadas pelos indivíduos e garantir-se a segurança nas relações sociais. Porém, essa precisão de unidade não existe apenas com a finalidade de tolher a insegurança jurídica, fomentada pela indeterminação do Direito a partir da propagação de sentidos discrepantes às normas jurídicas¹⁰⁷. Conforme sublinha Claus-Wilhelm Canaris ao articular o pensamento sistemático, a unidade do ordenamento pertence às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radica na própria idéia de Direito (2002, p. 18-23)¹⁰⁸. De feito, a igualdade jurídica entre todos compõe princípio basilar de um Estado Democrático de Direito e pressupõe a própria concepção de Direito e de justiça¹⁰⁹.

Contudo, a natureza contingente do Direito, a incompletude das normas, as antinomias, a ignorância e a volição fazem com que a afronta à lei e a sua interpretação divergente sejam uma constante na vida em sociedade, razão por que é imprescindível que o Estado não só procure preservar a vigência e a unidade do ordenamento jurídico como também disponibilize meios capazes de garantir esse desiderato, inclusive em relação a si mesmo, pois não raro é o responsável

¹⁰⁶ Para KELSEN, Hans. *La teoría pura del derecho: introducción a la problemática científica del derecho*. Traducción del alemán por Jorge G. Tejerina. Buenos Aires: Lousada, 1941, os três elementos que compõem o Estado segundo a teoria tradicional – a população, o território, e o poder – só podem ser apreendidos como vigência e domínio de vigência de uma ordem jurídica. Explica Kelsen que a questão de saber se um indivíduo pertence a um determinado Estado não é questão psicológica, mas jurídica. A unidade dos indivíduos que formam a população de um Estado em nada mais pode ver-se do que no fato de que uma e a mesma ordem jurídica vigora para estes indivíduos, de que a sua conduta é regulada por uma e a mesma ordem jurídica (p. 156-165).

¹⁰⁷ Unidade do ordenamento não é aqui empregada tal como é pelos juspositivistas, que têm em conta o modo pelo qual as normas são postas, mas, sim, de homogeneidade do sistema. É o que os positivistas chamam de coerência.

¹⁰⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

¹⁰⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. IV, suscita a dicotomia igualdade jurídica-igualdade social ou igualdade perante a lei. A igualdade pode ser considerada como igualdade jurídico-formal ou como igualdade liberal, inspirada numa concepção jusracionalista, ou como igualdade jurídico-material, ligada a uma atitude crítica sobre a ordem social e econômica existente e à consciência da necessidade e da possibilidade de modificá-la. Acrescenta que a experiência histórica mostra que, embora a superação das desigualdades nunca seja definitiva, e, por vezes, até venha acompanhada do aparecimento de novas desigualdades e até de exclusões, o ideal de uma sociedade alicerçada na igualdade (ou na justiça) é um dos ideais permanentes da vida humana e um elemento crítico de transformação não só dos sistemas jurídicos mas também das estruturas sociais e políticas (p. 225-227).

pelo maltrato ao ordenamento jurídico ou dissenso na sua interpretação. O Poder Judiciário constitui, como corolário do desenvolvimento de suas funções desde a sua consagração como poder político autônomo e independente, a própria e principal instituição para exercer esse mister no Estado contemporâneo. Por isso, para além de administrar a justiça, incumbe ao Poder Judiciário assegurar a autoridade e a uniformidade do ordenamento e preservar os princípios da legalidade e igualdade, quer por meio de cada processo subjetivo em que se requer a tutela jurisdicional, quer através de procedimentos específicos, como o recurso de amparo do direito hispânico, o *verfassungsbeschwerde* do direito alemão e, entre nós, as ações de controle concentrado de constitucionalidade.

É possível, entretanto, que o próprio Poder Judiciário afronte o ordenamento jurídico ao julgar uma causa, aplicando incorretamente o direito à espécie, quando viola norma de direito material, ou não observando o *due process of law*, quando viola norma de direito processual. Pode acontecer ainda que o Poder Judiciário promova, através de seus inúmeros órgãos, dissenso em torno da aplicabilidade do ordenamento jurídico no exercício do poder jurisdicional, conferindo-lhe interpretação divergente. Por essa razão que, após dois graus de jurisdição, os quais seriam, a rigor, suficientes para os anseios dos jurisdicionados e para o objetivo do Estado de pacificar com justiça, é comum que exista uma instância específica com a função de zelar pela autoridade e unidade do ordenamento jurídico. Os Estados, servindo-se da iniciativa das partes, disponibilizam-lhes um recurso para que, defendendo os seus interesses, ingressem numa nova e derradeira instância e conduzam ao conhecimento de um órgão jurisdicional de hierarquia superior possível violação ao ordenamento jurídico ou dissenso jurisprudencial entre os seus órgãos, precisamente para que se alberguem a autoridade e a interpretação única e igualitária das normas jurídicas, primárias e secundárias.

Esses recursos dirigidos a cortes jurisdicionais superiores em processos subjetivos, com a função de primar pela obediência e interpretação uniforme do ordenamento jurídico, demovendo, dessarte, a insegurança e incerteza acerca dos direitos e deveres abrigados no direito escrito, consubstanciam os chamados recursos extraordinários¹¹⁰. Haja vista a sua função política ineren-

¹¹⁰ Apregoa MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, arts. 476 a 565, p. 254-256 e 576-578, que as peculiaridades dos chamados recursos extraordinários não bastam para servir de base a uma classificação científica ou praticamente valiosa. Neste particular, discorda-se do grande processualista carioca. Os recursos extraordinários têm características bastante próprias que justificam plenamente sua classificação científica, *v.g.*, o escopo, o objeto, os órgãos jurisdicionais competentes para o seu julgamento, os requisitos de admissibilidade, a transposição de uma jurisdição de âmbito local para uma jurisdição nacional etc. Deveras, os recursos de gênero extraordinário existem senão em razão de seu objetivo de proteger a unidade e inteireza do direito positivo. A rigor, uma causa deveria

te, esse gênero de recurso não tem como finalidade precípua a consecução de uma decisão pretensamente mais justa ou a correção de desacertos de ordem processual: tarefa própria dos recursos ordinários. Os recursos de gênero extraordinário visam primeiramente, na expressão consagrada por Piero Calamandrei, à nomofilaquia, protegendo tão-somente de forma reflexa e secundária o direito do recorrente em decorrência da decisão impugnada, caso se constate a violação à lei ou, na hipótese de dissídio jurisprudencial, que a interpretação divergente é a consentânea com o ordenamento jurídico¹¹¹. Nesse sentido, malgrado seja o recurso extraordinário, em última análise, meio de impugnação posto à disposição das partes, a sua *ratio essendi* é a de assegurar a autoridade e a inteireza do sistema jurídico, motivo por que a injustiça de uma decisão não legitima, por si só, a sua interposição. Embora pareça, à primeira vista, que não se coadunem com a função do Poder Judiciário de compor os conflitos de interesse da maneira mais justa possível, os recursos extraordinários não estão dissociados dos ideais de justiça. Ao viabilizar a preservação da autoridade e uniformidade do direito vigente, perpetram inegavelmente a igualdade e, por consequência, a justiça na esfera do interesse geral da sociedade, para além do âmbito do interesse individual das partes litigantes. Ademais, mediante o seu provimento, seja para que o próprio tribunal superior corrija o erro de direito, seja para prolatar um *iudicium rescindens* a fim de que órgão inferior profira nova decisão corrigindo o *error in iudicando* constatado, protege-se tanto os interesses da sociedade como das partes litigantes, porquanto se conduz, de forma indireta, para a justiça no caso concreto¹¹².

Os recursos de gênero extraordinário têm traços e contornos bastante próprios em cada sistema processual. Entretanto, é possível, a partir do exame de direito comparado, dicotomizar

exaurir-se em duas instâncias – a do julgamento por juiz singular e a da revisão por tribunal – porquanto suficientes para a satisfação dos anseios dos jurisdicionados. Ademais, também não merece guarida o argumento no sentido de que os recursos ordinários interpostos pelo Ministério Público na qualidade de *custus legis* também visam à defesa do direito objetivo, mas nem por isso são tidos por extraordinários. Ocorre que esses recursos, como, em última análise, todos os demais, visam apenas à defesa do direito objetivo, ou seja, a adequada aplicação da ordem jurídica ao caso concreto, e não a sua unidade, função que é própria dos recursos extraordinários. Consigna-se, ainda, que a distinção tem um valor prático importante, pois permite estudar cientificamente esses recursos e o âmbito de atuação das Cortes Superiores no seu julgamento, além, é claro, de aquilatar, a partir de seu objetivo e de sua natureza, as suas transformações no ordenamento processual.

¹¹¹ Existem teorias esposando que a finalidade dos recursos extraordinários é o atendimento do interesse jurídico da parte (teoria da preponderância do interesse da parte) ou, simultaneamente, este interesse e o de proteção e uniformidade do direito objetivo (a teoria da equivalência dos fins da cassação). A teoria dominante, e que se adota, é a da preponderância da uniformização ou da função jus-unitária, no sentido que deve preponderar a função nomofilaquia em desfavor do interesse jurídico das partes. Sobre essas teorias, veja-se a brilhante tese de doutorado de KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 90-98.

¹¹² Sobre o instituto da cassação e sua importância para unificar a interpretação judicial, veja-se a clássica obra de CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Europa-América, 1959.

os recursos extraordinários em duas grandes categorias: em *recursos de revisão* e em *recursos de cassação*. Em suma, o recurso extraordinário cassacional proporciona a anulação da decisão impugnada e a devolução dos autos ao tribunal que a proferiu, ou a um outro que determinar, para novo julgamento da causa, observando-se a orientação jurídica estabelecida. São exemplos de recurso extraordinário de cassação o recurso de revista para o Supremo Tribunal Federal na Alemanha¹¹³, o recurso de cassação para a Corte de Cassação na Itália e o recurso de cassação para a Corte de Cassação e o Conselho de Estado na França, nas jurisdições de ordem judiciária e administrativa, respectivamente¹¹⁴. Por sua vez, o recurso extraordinário revisional implica o julgamento da causa pela própria corte superior quando esta constata que houve violação à lei ou divergência na sua interpretação pelo juízo subjacente, *verbi gratia*, o recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça em Portugal¹¹⁵ e o recurso extraordinário para a Corte Suprema de Justiça da Nação na Argentina.

Em que pese existirem recursos extraordinários até mesmo em Estados unitários – *exempli gratia*, em Portugal, Itália e França –, onde, de regra, os órgãos jurisdicionais são unificados e a fonte normativa de direito é una, recursos deste gênero afiguram-se ainda mais importantes nos Estados que têm o feitiço federativo. A repartição territorial de poder impulsiona de forma fatal a afronta ao ordenamento jurídico e a desunidade na sua aplicação, pelos agentes políticos e pela

¹¹³ Apesar do *nomen iuris* revista, o recurso de gênero extraordinário no sistema processual germânico é de cassação, sendo que apenas excepcionalmente o *Bundesgerichtshof* não devolve a causa à instância inferior para ele próprio a decidir (§ 565 III). Convém consignar, outrossim, que, no tocante à Constituição, a função de guarda é exercida pelo Tribunal Constitucional Federal, mediante principalmente o recurso constitucional e o pedido de controle normativo, concreto e abstrato. Sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão, impõe-se a leitura, na doutrina nacional, da tese de doutorado de Luís Afonso Heck, “Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã”, orientado pelo Prof. Dr., Dr. Honoris causa Konrad Hesse, professor da Universität de Freiburg i. Br., e o Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho, Professor Titular da Universidade Federal de Minas Gerais, publicado em 1995 pela Fabris.

¹¹⁴ O ordenamento processual francês classifica os seus recursos como ordinários e extraordinários: “le voies ordinaires de recours sont l’appel et l’opposition, les voies extraordinaires la tierce opposition, le recours en révision et le pourvoi en cassation” (CPC, art. 527). Em suma, os recursos ordinários impedem a execução do julgado, ao passo que os extraordinários, salvo se dispuser em contrário a lei, não têm esse condão. Não tendo efeito suspensivo, o *pourvoi en cassation* também constitui recurso extraordinário nessa classificação. Sobre a estrutura jurisdicional francesa, em especial a atuação do *Conseil d’État* e da *Cour de cassation*, vejamos, por tantos, PERROT, Roger. *Institutions judiciaires*. Paris: Montchrestien, 2004, p. 174-244; e COUCHEZ, Gerard. *Procédure civile*. Paris: Armand Colin, 2004, p. 13 *et seq.*

¹¹⁵ O Código de Processo Civil português, no seu art. 676^o, procede a uma distinção entre recursos ordinários e extraordinários, mas utilizando um critério distinto: o momento da interposição em face do trânsito em julgado, que, no direito processual português, acontece logo que não seja cabível recurso ordinário (a apelação, a revista e o agravo) ou determinadas reclamações. Nesse sentido, os recursos ordinários são os recursos interpostos antes do trânsito em julgado; os extraordinários, posteriormente ao trânsito em julgado. O recurso de gênero extraordinário do sistema processual português, o recurso de revista é, também nessa acepção, um recurso extraordinário, porquanto manejado após o trânsito em julgado, ou seja, quando não mais cabem recursos ordinários. Anota-se, de outra parte, que a República portuguesa ainda possui um Tri-

população em geral. Esse quadro é particularmente mais austero no Estado Federal brasileiro. Além de uma descentralização de estrutura tríplice e uma complexa organização judiciária, coexistindo uma pletora de órgãos jurisdicionais estaduais e federais, o Brasil possui território de dimensão continental, com diferenças humanas, físicas, culturais, econômicas e sociais deveras acentuadas. Nessa conjectura em que se mostra praticamente inevitável o surgimento de antagonismos e divergências na aplicação da lei, é indispensável a existência no sistema de recurso de gênero extraordinário¹¹⁶.

No direito processual brasileiro vigente, são três os recursos de gênero extraordinário, a saber: o recurso extraordinário, o recurso especial e os embargos de divergência. Embora não seja comum essa classificação na doutrina nacional, os embargos de divergência também constituem recurso de gênero extraordinário, seguindo os mesmos princípios que orientam os recursos extraordinário e especial. Trata-se de um recurso dirigido aos mais elevados tribunais do País, o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, posto à disposição das partes para que, alegando divergência interna em julgamento de recurso extraordinário ou de recurso especial, ou seja, alegando divergência em torno da aplicação do direito constitucional ou federal, viabilize a harmonização dentro da própria Corte Superior e, reflexamente, reforme a decisão que lhe foi desfavorável. Portanto, a toda a evidência, a função dos embargos de divergência também é a de assegurar a unidade e inteireza do direito objetivo, com a distinção de que a realiza eliminando a controvérsia no âmbito dos próprios Pretórios Superiores. Consigna-se, ainda, que o objeto dos embargos de divergência guarda, necessariamente, identidade com os dos recursos extraordinário e especial, ainda que comumente apenas de forma parcial, por se circunscrever a sua devolutividade à matéria controversa. Nesse contexto, não há nenhuma razão bastante para que não se classifiquem os embargos de divergência como recurso extraordinário na sistemática processual brasileira¹¹⁷.

bunal Constitucional, cuja função principal é, nos termos do artigo 221º da Constituição de 1976, “administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional”.

¹¹⁶ Há quem pense diferentemente: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Os equívocos da reforma do Judiciário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 378, p. 3-9, mar.-abr. 2005, aduz, considerando as peculiaridades da Federação brasileira, que não deveria causar escândalo ou sequer inquietação a desuniformidade na interpretação na integração e aplicação do direito. Ao revés, essa eventualidade teria de considerar-se inevitável e salutar, como elemento integrante do fenômeno de concretização da norma. Pela via da interpretação diferenciada, estar-se-ia de algum modo corrigindo e compensando a centralização antifederativa da elaboração da norma abstrata, que concentra na União a competência legislativa.

¹¹⁷ Nessa linha: BERMUDEZ, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 7: arts. 496 a 565, p. 34-35. Mais recentemente: *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 182-186.

Os três recursos excepcionais básicos exercem uma função basicamente federativa. Em síntese, o recurso extraordinário tem o propósito de guardar a Constituição Federal; o recurso especial, a legislação federal; e os embargos de divergência, tanto a Constituição Federal como a legislação federal, conforme sejam interpostos em recurso extraordinário ou em recurso especial, respectivamente¹¹⁸. A competência para seu julgamento toca, naturalmente, às cortes de mais alta hierarquia na organização judiciária do País: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Ambos compreendem tribunais de índole nacional, com sede em Brasília, que sobrepaíram, a par do Conselho Nacional de Justiça, que não exerce jurisdição, sobre os demais órgãos que integram a estrutura judiciária brasileira. Ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula de todo o Poder Judiciário que tem como função principal a guarda da Constituição, compete o julgamento do recurso extraordinário e dos embargos de divergência em recurso extraordinário. Ao Superior Tribunal de Justiça, corte que encabeça a Justiça Comum, ascendendo as Justiças Estaduais, do Distrito Federal e Territórios e a Justiça Federal não-especializada, e tem como função precípua proteger a legislação federal e uniformizar sua interpretação, compete o julgamento do recurso especial e dos embargos de divergência em recurso especial. Os recursos são, em essência, revisionais, pois ultrapassado o juízo de admissibilidade, cumpre ao respectivo Tribunal Superior julgar a causa, substituindo o acórdão recorrido na parte impugnada, seja para mantê-lo ou reformá-lo. Apenas excepcionalmente, quando há reconhecimento de nulidade processual e necessidade de se retificarem os atos processuais praticados nas instâncias ordinárias, a Corte Superior, em consectário ao princípio do duplo grau de jurisdição, cassa o aresto recorrido e se abstém de julgar a causa.

Contendo base procedimental rígida, constituem os recursos excepcionais inconformidades de direito estrito, com sujeição a inúmeros requisitos de admissibilidade, gerais e específicos. As hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial encontram-se estatuídas na Constituição Federal, precisamente no inciso III dos arts. 102 e 105. De acordo com inc. III do art. 102, o recurso extraordinário é cabível contra as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; e d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. E nos termos do inc. III do art. 105, é cabível o recurso especial contra as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal

¹¹⁸ Não abrangem as leis e os atos normativos estaduais, distritais e municipais, cuja competência para a guarda da inteireza e unidade compete aos órgãos jurisdicionais das justiças locais, no âmbito da respectiva jurisdição.

e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado, lei federal ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; e c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. No que respeita aos embargos de divergência, está estabelecido no Código de Processo Civil sua previsão e cabimento. Consoante o art. 546 do Código, os embargos de divergência são cabíveis contra a decisão de turma que, em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário; ou que, em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, seção ou do órgão especial do Superior Tribunal de Justiça.

Importa sublinhar que a hipótese permissiva de recurso extraordinário insculpida na alínea *d* do inciso III do art. 102 da Constituição estava originalmente prevista na letra *b* do inciso III do art. 105, amparando a interposição de recurso especial. Alterando a redação desse dispositivo e acrescentando a alínea *d* ao inciso III do art. 102, a Emenda Constitucional nº 45 transmutou essa hipótese de cabimento para o recurso extraordinário, corrigindo um equívoco que já estava arraigado no texto constitucional brasileiro. Em nosso sistema federativo, inexistente hierarquia entre lei local e lei federal e, via de consequência, incompatibilidade entre elas. A discussão em torno aplicabilidade de uma ou de outra diz respeito, em realidade, às regras constitucionais que tratam da repartição da competência legislativa entre os Entes da Federação (CF, arts. 23 a 25). Dessarte, a questão que tem por objeto julgamento fundado na validade de lei local contestado em face de lei federal possui viés notadamente constitucional, razão por que foi escorrido o deslocamento do permissivo para o âmbito do recurso extraordinário, de modo a erigir o julgamento dessas hipóteses ao Pretório Superior que é de fato a responsável pela guarda da Constituição Federal.

Ainda que a ordem constitucional vigente não tenha, ao contrário da anterior, delegado ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça competência para legislar sobre as condições de cabimento dos recursos excepcionais, as duas Cortes estabeleceram, através de jurisprudência consolidada e seus respectivos Regimentos Internos, para além dos citados pressupostos gerais e constitucionais *stricto sensu*, outros óbices à admissão dos recursos extraordinário e especial. Exalçam-se, dentre tantos, a necessidade de prequestionamento pela instância inferior o direito veiculado no recurso, a impossibilidade de reexame da matéria fático-probatória, o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, a indicação expressa e escorreita do permissivo constitucional que embasa o recurso, a precisão do dispositivo legal violado ou ao qual se negou vigência, a ofensa direta à norma constitucional no caso de recurso extraordinário etc. Bem que o melhor

fosse a sua instituição por lei, essas restrições justificam-se hajam vista os princípios processuais e a natureza extraordinária desses recursos. De outra banda, estará marcada com a pecha de inconstitucionalidade todo e qualquer tentativa imposta, jurisprudencial ou regimentalmente, tendente a sonegar a apreciação das Cortes Superiores o julgamento dos recursos extraordinário e especial que não deflúa das premissas mencionadas, mascarando o mero escopo de tão-só diminuir o número de processos.

3.2 Breve Escorço Histórico até a Constituição de 1988

Durante o período colonial, quando o Brasil estava subjugado a Portugal e o poder jurisdicional era exercido em nome do rei, a principal autoridade judiciária na Colônia era o Ouvidor-Geral, que de três em três anos vinha do Reino. Apenas em 1609, por alvará, foi instituída a Relação da Bahia e, após, já em 1751, a Relação do Rio de Janeiro. Inexistia nessa época um recurso de gênero extraordinário Contudo, previa-se o cabimento de agravos ordinários e apelações das decisões proferidas pelos órgãos judiciários imperiais e coloniais para a Casa da Suplicação de Lisboa, que, ao julgar as pretensões recursais, tinha a responsabilidade de guardar a autoridade do direito objetivo régio e unificar a jurisprudência mediante a prolação de assentos (Ordenações Manuelinas, II, § 1º e, após, nas Ordenações Filipinas, I, Título 5, § 5º). Com o rompimento da comunicação com a Metrópole em face da sua invasão pelas tropas de Napoleão, instituiu-se, em 10 de maio de 1808, a partir da Relação do Rio de Janeiro, a Casa da Suplicação do Brasil, que tinha competência para conhecer de todos os agravos ordinários e apelações do Pará, Maranhão, da Relação da Bahia, Ilhas dos Açores e Madeira, inclusive proferir assentos. Logo, já no período colonial, o Brasil teve um tribunal superior com o poder de zelar pela autoridade e inteireza do ordenamento jurídico quando revisasse as decisões proferidas por órgãos judiciários do Brasil e de outras duas Colônias.

Proclamada a Independência do Brasil, o recurso de gênero extraordinário adveio junto com sua primeira Constituição. A Carta Imperial, promulgada em 1824, criou um órgão de cúpula do Poder Judiciário – o Supremo Tribunal de Justiça –, e estabeleceu como uma das suas competências conceder ou denegar revistas. De acordo com a Lei de 18 de setembro de 1828, que instituiu o Supremo Tribunal de Justiça e regulamentou o pioneiro recurso extraordinário brasileiro, a revista consistia num recurso posto à disposição das partes, do Ministério Público e do Procura-

dor da Coroa e Soberania Nacional contra as sentenças de todo o órgão judiciário que, em última instância, violassem a lei e, por consequência, ensejassem uma nulidade manifesta ou injustiça notória, sendo que a concessão da revista pelo Supremo Tribunal de Justiça importava a cassação da sentença e remessa *ex officio* dos autos a uma Relação que a Corte designasse para um novo julgamento da causa. Logo, o primeiro recurso extraordinário brasileiro consistia, por assim dizer, em um recurso de cassação, e não de revisão consoante a tradição que se firmou a partir do início da era republicana¹¹⁹.

Posto que essas primeiras linhas apontem para outro horizonte, a revista, na verdade, esteve longe de desempenhar efetivamente o papel que impende a um recurso de gênero extraordinário. Não consistia em função do Supremo Tribunal de Justiça, assim como de qualquer outro órgão judiciário imperial, controlar a validade das leis ou interpretá-las. O Supremo Tribunal de Justiça limitava-se a proferir *iudicium rescindens* em controvérsias de direito privado, cuja asserção sufragada sequer vinculava a Relação para a qual remetia para novo julgamento, que apreciava livremente a causa, inclusive podendo aplicar o direito tal como havia sido na sentença anulada¹²⁰. E como se não bastasse a acanhada relevância, a revista restou subtraída da competência do Supremo Tribunal de Justiça. Tendo em vista a mentalidade coetânea dominante, que preteriu o Judiciário no cotejo com os demais Poderes, firmou-se o entendimento de que era defeso ao Supremo Tribunal de Justiça conceder revista, por não se constituir instância, à mercê do disposto

¹¹⁹ José Antonio Pimenta Bueno, o maior jurista do Império e o mais importante comentador de nossa primeira Constituição, munido de um pensamento de vanguarda e antecipando a importância que o Poder Judiciário viria galgar na sociedade brasileira a partir da proclamação da República, esposava o Judiciário como um poder político efetivamente autônomo e independente, indo de encontro com a mentalidade da época, oriunda do liberalismo de tendência européia que norteou a Constituição Imperial. Na realidade da época, embora a Constituição prescrevesse em seu art. 10º que “os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”, e reiterasse expressamente, no art. 151, a independência do chamado do Poder Judicial, o Judiciário não era de fato um Poder independente do Estado. Além de serem reduzidas as suas funções, as decisões judiciais eram questionadas pelo Poder Executivo, inclusive com imposição de punições aos magistrados que contrariassem os interesses do Imperador. A Constituição Imperial ainda concedia expressamente ao Imperador o poder de decretar aposentadorias compulsórias e transferências de juízes. Nessa conjectura, não há como se conceber que o Judiciário do Império fosse, efetivamente, um Poder independente. Sobre o Supremo Tribunal de Justiça e o recurso de revista, veja-se a notável obra BUENO, José Antonio Pimenta, Marquês de São Vicente. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1857; em especial, pelo mote em realce, as p. 349-379.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 376: “a interpretação doutrinal do supremo tribunal não é imperativa ou obrigatória, nem mesmo em relação ao tribunal a quem ele envia a causa para ser de novo julgada, mês sem dúvida que é de muita força moral. O tribunal revisor coloca-se na posição que ocupava aquele que proferiu a sentença anulada, examina o fato e o direito, e julga livremente, isto é, como entende de direito. Não só pode apreciar e qualificar os fatos diversamente, julgar, por exemplo, que não se dá a questão vertente de prescrição, e sim, de novação, mas conserva sua plena inteligência desembaraçada para conformar-se ou não com a interpretação estabelecida pelo supremo tribunal [...]. Se porém não se conforma, expõe e fundamenta as razões de sua opinião divergente. Esta pode diversificar não só da doutrina do supremo tribunal, mas também da que fora estabelecida pela sentença anulada, ou confirmar esta”.

no art. 158 da Constituição, que estabelecia como segunda e última instância as Relações nas Províncias do Império¹²¹.

A toda a evidência, em razão do texto constitucional, mas, principalmente, da ideologia da época, o pioneiro recurso extraordinário brasileiro sucumbiu, e os tribunais da Relação de cada Província passaram a decidir em última instância. E o que é mais grave: como nem o Poder Legislativo – ao qual cumpriria, nos termos da Constituição do Império, interpretar as leis (art. 15, item 9) – nem o Poder Executivo – que absorveu esta prerrogativa em consequência da letargia dos legisladores¹²² – supriu essa lacuna, não havia, na prática, uma efetiva proteção da autoridade do ordenamento jurídico ou controle sobre a proliferação de entendimentos conflitantes entre as Relações. Tal quadro restou mitigado apenas em 1875, com a conversão em lei do projeto apresentado pelo Visconde de Maranguape e Caetano Lopes Gama, Decreto nº 2684, de 23 de outubro¹²³, que integrava à ordem jurídica, com força de lei, os assentos preexistentes das Casas da Supplicação de Lisboa¹²⁴ e autorizava o Supremo Tribunal de Justiça a tomar assentos, tal como a Casa da Supplicação do Brasil durante o período colonial, com eficácia vinculante provisional em o todo Império¹²⁵.

¹²¹ Cf. NOGUEIRA, Octaciano *Constituições brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 40.

¹²² A praxe disseminada praticamente entre todos os juizes era a de suscitar dúvidas quanto à interpretação das leis nos casos sob seu julgamento, submetendo os autos para consulta ao Poder Executivo, por intermédio dos Presidentes de Província. Porém, tampouco o Executivo exercera a função com presteza e proficuidade, máxime quando aumentou significativamente a demanda em face do acréscimo do número de processo pelo avultoso crescimento populacional que houve no período.

¹²³ Cf. NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 40-41.

¹²⁴ Essa disposição do Decreto nº 2684, que dava “força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros”, deu-se pela ausência, naquele tempo, de um acervo jurisprudencial próprio no País. Assim era a redação original de sua norma exordial: “Art. 1º Os assentos tomados na Casa da Supplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até á época da Independencia, á excepção dos que estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Imperio. As disposições desta lei não prejudicam os casos julgados contra ou conforme os ditos assentos”.

¹²⁵ Assim dispunha o art. 2º e §§ do Decreto nº 2684, primeira experiência brasileira de eficácia vinculante de precedente judicial, *in verbis*: “Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada. § 1º Estes assentos serão tomados, sendo consultadas previamente as Relações. § 2º Os assentos serão registrados em livro proprio, remetidos ao Governo Imperial e a cada uma das Camaras Legislativas, numerados e incorporados á collecção das leis de cada anno; e serão obrigatorios provisoriamente até que sejam derogados pelo Poder Legislativo. § 3º Os assentos serão tomados por dous terços do numero total dos Ministros do Supremo Tribunal de Justiça, e não poderão mais ser revogados por esse Tribunal”.

Ante a proclamação da República em 1889, o País desvinculou-se da orientação européia e adotou o sistema norte-americano como modelo estrutural e funcional¹²⁶. Uma das conseqüências mais sentidas foi a transformação do Poder Judiciário, que auferiu finalmente contornos institucionais de poder político, assumindo de vez posição de destaque no Estado brasileiro¹²⁷. Essa nova condição que galgou o Poder Judiciário se expressa, sobretudo, no papel que granjeou o seu órgão de cúpula na defesa da ordem jurídica. O Governo Provisório extinguiu, antes mesmo de ser promulgada a primeira Constituição Republicana, mediante o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, o Supremo Tribunal de Justiça e instituiu uma nova corte para ocupar o ápice da estrutura judiciária nacional – o Supremo Tribunal Federal –, bem como introduziu um novo recurso de gênero extraordinário¹²⁸. Com a adoção do federalismo, era absolutamente imprescindível a existência dum tribunal federal que, mediante o julgamento de recurso extraordinário, preservasse a autoridade e inteireza da Constituição e leis federais, a fim de garantir o funcionamento da novel forma de governo.

Sob a influência do constitucionalismo norte-americano, desdenhou-se o recurso de revista, de tradição do direito luso-brasileiro, e tomou-se como modelo o *writ of error* do direito anglo-americano, traduzindo-se, quase literalmente, as disposições do *Judiciary Act* e leis posteriores¹²⁹. Consoante o Decreto nº 510, tido como autêntica constituição provisória da República brasileira, o novo recurso extraordinário tinha cabimento contra as decisões proferidas em última instância nas Justiças dos Estados, notadamente: “a) quando se questionar sobre a validade, ou a applicabi-

¹²⁶ Sobre a forma federativa de governo, vejam-se BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986; BARROSO, Luis Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982; SANTOS, Paulo Rogério Silva. Federalismo: origem e fundamentos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 67-79, jul.-dez. 2004.

¹²⁷ A proclamação da República constitui um marco histórico do Judiciário brasileiro, que teve, principalmente pela influência de Rui Barbosa, emérito conhecedor dos autores anglo-americanos e da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, o sistema americano como modelo. A renomada historiadora RODRIGUES, Lêda Boechat, A Suprema Corte dos Estados Unidos e sua contribuição ao direito constitucional brasileiro. In: O PODER Judiciário e a Constituição, Porto Alegre, p. 185-216, 1977, ao retratar a ideologia que conduziu à adoção desse paradigma, destaca a importância que teve *The American Commonwealth*, de James Bryce, publicado um ano antes da proclamação da República. A obra traçava, com as modificações introduzidas pelo tempo, a teoria e a prática das instituições governamentais americanas. O livro de James Bryce, assim como *De la Démocratie en Amérique*, de Alexis de Tocqueville, teve grande influência no pensamento dos juristas, juizes, publicistas e políticos brasileiros, tendo sido inúmeras vezes citado no Congresso e por autores de direito público.

¹²⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. Do recurso extraordinário. *Justitia*, São Paulo, Serviço de documentação jurídica do Ministério Público, v. 21, p. 22-40, 1958, p. 23-24, anota que o Supremo Tribunal Federal foi instituído com a missão de proteger, através do recurso extraordinário, simultaneamente os direitos da sociedade e os direitos dos indivíduos. Porém, haja vista a sua função política, sobre estes últimos planam os interesses da nação, a colimar a unidade do seu direito e a formação de sua consciência jurídica. Isso significa que ao Supremo Tribunal Federal não interessam propriamente os direitos em causa como instância extraordinária, e sim os princípios constitucionais e legais que informam o organismo político da nação. Seu objetivo precípuo é o interesse geral, não o dos litigantes.

¹²⁹ Cf. SILVA, J. A., *Do recurso...*, p. 29.

lidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella; b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados” (art. 58, II, § 1º). A teor das hipóteses de cabimento importadas pela adoção do molde americano, que tem como notas básicas a supremacia da Constituição e a independência do Poder Judiciário, alçou-se ao novo recurso extraordinário pátrio o ofício de controlar a validade das leis e atos normativos do Poder Público, além da função de zelar pela inteireza e uniformidade do ordenamento jurídico.

Dessa forma, com o *writ of error*, incorporou-se ao direito brasileiro o *judicial review* norte-americano, de modo que o Supremo Tribunal Federal passou, à semelhança da Suprema Corte americana, a exercer também o controle jurisdicional das leis. O sistema de controle jurisdicional difuso, também chamado de por via de exceção, foi corroborado no mesmo ano com a edição do Decreto nº 848, o qual, além de repisar as disposições delineadas no § 1º, letras a e b, do art. 58 do Decreto nº 510, ou seja, a competência do Supremo Tribunal Federal para examinar a constitucionalidade de lei e atos da Administração Pública em sede de recurso extraordinário (art. 9º), estabeleceu o princípio segundo o qual a magistratura só deveria interferir em espécie e por provocação da parte na guarda e aplicação da Constituição e leis federais (art. 3º). Essas idéias foram ratificadas pela Constituição de 1891, com a reprodução em seu art. 59 das disposições do Decreto nº 510, e perduram até os dias de hoje, mesmo com a inclusão e a ampliação do controle concentrado de constitucionalidade. Na verdade, o Supremo Tribunal Federal não tão-só permanece até hoje exercendo o controle por via de exceção na via extraordinária, como é nela com que mais freqüência e efetividade realiza o controle de constitucionalidade¹³⁰. O recurso extraordinário desde o princípio representou o maior volume de processos nas estatísticas do Supremo Tribunal Federal, exigindo, por conseqüência, em maior escala e variedade a atuação da Corte na guarda da Constituição¹³¹.

¹³⁰ Vejam-se, a respeito da origem do controle jurisdicional de constitucionalidade no direito brasileiro e o seu exercício pelo Supremo Tribunal Federal: BARBI, Celso Agrícola. A evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: O PODER Judiciário e a Constituição. Porto Alegre, p. 127-149, 1977; e DAL-LARI, Dalmo de Abreu. O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In: O PODER Judiciário e a Constituição. Porto Alegre, 1977, p. 151-183. Sobre a jurisdição constitucional hodierna da Corte: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2005, esp. p. 64-103, p. 146-250, p. 316-413; MORAES, Alexandre. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2003, esp. 209-308. Especificamente sobre a jurisdição de urgência no controle concentrado, veja-se: CONTI, Giovanni. *Requisitos da tutela cantelar constitucional*. Porto Alegre: Norton, 2004.

¹³¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25, ao estudar a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle incidental de constitucionalidade, exalça a distinção de duas grandes espécies de questões constitucionais; (a) as

Em 11 de outubro de 1890, o Governo Provisório da República expediu o Decreto nº 848, que organizava a Justiça Federal. Este Decreto não só consignou como ampliou os preceitos insculpidos no Decreto nº 510 em seu art. 9º, parágrafo único, aproximando ainda mais o novo recurso excepcional brasílico ao *writ of error* do *Judiciary Act* norte-americano¹³². O recurso foi acolhido pela Constituição promulgada no ano seguinte, primeira da era republicana, ainda sem denominação de extraordinário (art. 59, § 1º): o que só aconteceu pela primeira vez com a edição do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em 26 de fevereiro de 1891 e, no plano constitucional, com a Carta Federal de 1934¹³³. Ainda que não de forma substancial, considerada a incolumidade da sua competência e das suas funções, o recurso extraordinário sofreu inúmeras alterações com o passar dos anos, tendo acompanhado, de maneira reflexa, a instabilidade política do País e a inconstância da sua Lei Fundamental. Desde a sua consagração na Constituição de 1891 até a vigente, o recurso padeceu, em maior ou em menor medida, mudanças em todas as Cartas promulgadas, além de reformas pontuais decorrentes do poder constituinte derivado. O recurso extraordinário sofreu mudanças em face da Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926; das Constituições de 1934; 1937; 1946; 1967; da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969; da Constituição de 1988; e da recente Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. Apesar das alterações havidas, o Supremo Tribunal Federal permaneceu exercendo por meio do recurso extraordinário a função de uniformizar a aplicação da legislação federal e

que dizem respeito à legitimidade de preceito normativo; e (b) as que envolvem aplicação direta da norma constitucional ao caso concreto, independentemente de juízo sobre a constitucionalidade da intermediação legislativa ordinária. Nas duas situações, há exercício de jurisdição constitucional, porque a procedência ou não do pedido formulado pelo demandante supõe interpretação e aplicação da Constituição Federal. Porém, quando a procedência do pedido depende de um juízo sobre a legitimidade de um ato normativo, configura-se situação peculiar, a merecer tratamento especial em face das conseqüências que dela advêm ou podem advir.

¹³² Assim prescrevia o parágrafo único do art. 9º do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890: “Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunales e juizes dos Estados: a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União – qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tiver sido em favor da validade da lei ou acto; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula”.

¹³³ BRAGA JUNIOR, Benjamin do Carmo. *Apontamentos sobre o recurso extraordinário: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: A Judicial, 1922, p. 09, pontifica que o Decreto nº 848 denominava-o *recurso voluntário*; a Lei nº 221 de 1894, *appellação* (art. 54, n. IV e art. 58); e o insigne João Monteiro, *recurso de revista* (*Trat. de Theoria e Pratica de Processo*, v 3, par. 231, not 1).

assegurar o primado da Constituição, bem assim controlar a legalidade das leis e atos, federais e estaduais¹³⁴.

Entrementes, em 1973, surgiu um novo recurso de gênero extraordinário: os embargos, que tinham cabimento das decisões de turma do Supremo Tribunal Federal que, em recurso extraordinário ou agravo de instrumento, divergissem do julgamento de outra turma ou do Plenário. Embora os embargos já existissem desde 1949 – quando a Lei nº 623 acrescentou, em virtude da tenacidade do Pretório Excelso em admitir o cabimento de revista das suas decisões¹³⁵, um parágrafo único ao art. 833 do Código de Processo Civil de 1939 –, foi tão-somente com a edição do Código de Processo vigente que se restringiu o seu cabimento ao procedimento do recurso extraordinário, avultando a sua natureza extraordinária (art. 546, parágrafo único). Tendo, necessariamente, por objeto a matéria controversa em julgamento de recurso extraordinário, os embargos passaram a ter na nova ordem processual o escopo exclusivo e nobre de guardar a autoridade e a inteireza do ordenamento jurídico através da solução de controvérsias no seio do próprio Supremo Tribunal Federal. Os embargos permanecem até hoje, não, porém, sem sensíveis modificações, máxime pela alteração da ordem constitucional. A Constituição de 1988 efetuou uma alteração visceral no recurso extraordinário, alcançando, de forma indireta, sobremaneira o recurso de embargos.

De feito, a Constituição vigente procedeu à mais significativa alteração na sistemática do recurso extraordinário desde sua criação, realizando verdadeiro balizamento na sua história. Haja vista o número atroz de recursos no Supremo Tribunal Federal, fruto principalmente do amplo acesso à instância extraordinária e da desproporcionalidade, sempre crescente, entre a quantidade de recursos e o número de ministros, instaurou-se uma crise na Corte, que não tinha mais capacidade de garantir a vigência e a uniformidade da Constituição e, tampouco, das leis federais¹³⁶.

¹³⁴ Sobre a origem e evolução do recurso extraordinário, veja-se, por todos, CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹³⁵ O legislador procedeu à alteração legislativa em face da resistência do Supremo Tribunal Federal em admitir, contra as decisões de suas turmas, o cabimento de revista, o qual era cabível, nos termos do art. 853 do Código de Processo Civil de 1939, exatamente quando houvesse divergência sobre o direito em tese entre órgãos fracionários da mesma corte, *in verbis*: “Art. 853. Conceder-se-á recurso de revista para as Câmaras Cíveis Reunidas, nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas (2) ou mais Câmaras, ou turmas, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das Câmaras, ou turmas, que contrariar outro julgado, também final, das Câmaras reunidas”. O Supremo Tribunal Federal emprestara nomeadamente uma interpretação restritiva a este dispositivo, para entender que o recurso de revista tinha incidência restrita aos tribunais ordinários, por referir o seu texto que a revista seria concedida para as *Câmaras Cíveis Reunidas*, existente apenas nas esferas dos pretórios estaduais.

¹³⁶ Essa inviabilização do Supremo Tribunal Federal não foi repentina, mas gradual, tendo se consolidado paulatinamente. Como assevera GALVÃO, Ilmar. O recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, após

Essa conjuntura insustentável levou o constituinte de 1988, atendendo aos anseios dos advogados e da sociedade, a acolher a sugestão de juristas da estirpe de José Frederico Marques, Seabra Fagundes, Miguel Reale, Alfredo Buzaid e José Afonso da Silva, entre outros, e aprovar a criação de uma nova corte superior – o Superior Tribunal de Justiça – para exercer, através de um novo recurso extraordinário – o recurso especial –, a função de controle de legalidade e de correta e uniforme interpretação do direito federal, aliviando, dessarte, a carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal¹³⁷.

Com a criação do Superior Tribunal de Justiça e do recurso especial, a Constituição Federal de 1988 consagrou uma cisão na tradicional competência do Supremo Tribunal Federal em matéria de recurso extraordinário. Do cotejo entre os artigos 102, III, e 105, III, e suas respectivas alíneas, da Constituição em vigor, e o art. 119, inc. III, letras *a* a *d*, da Constituição preceden-

a Carta de 1988. *Revista da ESMAC*, Rio Branco, v. 1, p. 13-26, 1998, p. 14, houve anteriormente inúmeras outras tentativas objetivando aliviar a carga mensal da Suprema Corte brasileira a partir da década de 40. Cita-se, por exemplo, a criação do Tribunal Federal de Recursos em 1946 pela Constituição Federal, a fim de distribuir parte de competência do Pretório Excelso; a instituição do sistema de admissibilidade desdobrado pela Lei nº 3.396/58, atribuindo-se aos presidentes dos tribunais locais competência para realizar um juízo de admissibilidade prefacial dos recursos; a súmula de jurisprudência predominante em 1963, que servia de baliza para a denegação do recurso extraordinário e sua inadmissibilidade; e a permissão conferida pela Emenda Constitucional nº 1/69 ao STF para indicar em seu Regimento Interno as causas que por sua natureza, espécie ou valor comportariam recurso extraordinário com fundamento nas alíneas *a* e *d*, justamente os permissivos responsáveis pela maioria dos recursos extraordinários.

¹³⁷ Cf. PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 47. Tendo em vista a situação vertente, ou bem se punha um fim à liberação tão ampla da instância extraordinária ou bem se aumentava o número de juízes. A opção que o constituinte escolheu para resolver a chamada crise do Supremo Tribunal Federal foi nomeadamente a segunda: a criação de um novo tribunal superior, através do qual dezenas de julgadores passaram, mediante um novo recurso extraordinário, à execução da tarefa de zelar pela proteção e uniformidade do direito positivo federal. Essa solução não foi recebida, porém, sem nenhuma oposição. As opiniões contrárias centravam-se principalmente nos problemas decorrentes na dualidade de tribunais incumbidos de rever a mesma decisão e na supressão da competência do Pretório Excelso relativamente às questões federais de maior repercussão. Muitos se posicionaram contra também por considerarem que o Superior Tribunal de Justiça se constituiria em terceira instância, agravando ainda mais a morosidade nos julgamentos dos feitos, e pelo receio de que o novo tribunal se constituísse, no fim das contas, num estágio intermediário ente os tribunais locais e o Supremo Tribunal Federal, o que afetaria a autonomia da Justiça dos Estados. Essas objeções foram se diluindo com o tempo a partir da prática, à exceção daquela decorrente da dualização de cortes com a com mesma função de nomofilaquia. Além da ausência de detalhamento das atribuições do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a divisão de competências entre os dois não é absoluta, subsistindo a possibilidade de conflitos jurídicos entre os dois Tribunais. Não se exclui a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mérito do extraordinário, decidir sobre questões que encontram regulamentação em lei federal; e tampouco do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento o mérito do especial, ter em conta matéria constitucional. E embora caiba recurso extraordinário contra acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, não há reciprocidade em relação ao Pretório Excelso quando este decide sobre questões concernentes ao direito federal. A princípio, eventuais divergências entre as duas Cortes concernentes à matéria infraconstitucional federal não têm remédio, podendo o dissídio subsistir, sem que haja mecanismo apto a desfazê-las. Pese tudo isso, a experiência havida nessas quase duas décadas mostra que não havia razão bastante para que se impedisse a criação do Superior Tribunal de Justiça. Porém, é imprescindível um maior apuramento das competências do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos extraordinários e uma solução para as eventuais divergências entre eles.

te, constata-se, tendo em vista a competência *ratione materiae*, que o constituinte de 1988 cindiu o recurso extraordinário, transformando a Corte de mais alta hierarquia em pretório predominantemente constitucional. Assim sendo, a bipartição transferiu ao Superior Tribunal de Justiça a competência para dirimir, em instância derradeira, mediante o recurso especial e os embargos de divergência em recurso especial, as questões relacionadas com hermenêutica e a aplicação de lei infraconstitucional federal, restringindo ao Pretório Excelso, através do recurso extraordinário e dos embargos de divergência em recurso extraordinário, a função nomofilática em temas de natureza constitucional.

Vale destacar que a incessante crescente demanda pelos serviços judiciários e a ampla facilidade para se alcançar em sede recursal o Supremo Tribunal Federal, inclusive em causas repetitivas e sem nenhuma relevância jurídica ou social, estão fazendo com que o Supremo Tribunal Federal fique novamente incapacitado, desta vez para o exercício de sua função precípua de guarda da Constituição¹³⁸. Essa situação trouxe à baila novamente o debate sobre medidas tendentes a diminuir a carga de serviço na via extraordinária, em especial na Suprema Corte brasileira. Não sem razão foi aprovada, após inúmeras discussões nos cenários jurídico e político, a Emenda Constitucional nº 45, que, dentre outras modificações, instituiu a repercussão geral da questão constitucional veiculada no recurso extraordinário como pressuposto essencial para o seu conhecimento (CF, art. 102, § 3º) e a faculdade de o Supremo Federal aprovar súmula com efeito vinculante depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional (CF, art. 103-A). Essas mudanças implicam, mais do que simplesmente contornar o problema do grande fluxo de processos que deságuam no Pretório Excelso, uma transformação da natureza do recurso extraordinário, que passa a aflorar aspecto mais objetivo no exercício da sua função política de proteção do texto constitucional.

¹³⁸ Segundo os dados divulgados pela própria Corte, em 2000 o Supremo Tribunal Federal recebeu 105.307 processos, contra 14.721 em 1989. Portanto, de 1989 a 2000, a despeito da criação do Superior Tribunal de Justiça, o número de processos recebidos pelo Pretório Excelso aumentou mais de 600%. Em 2003, deram entrada no Supremo Tribunal Federal 160.453 processos, dos quais 97,20% foram registrados como recursos extraordinários e agravos de instrumento (agravos 56,80%; recursos extraordinários 40,40%). Não obstante o aumento significativo da produtividade – julgaram-se 107.867 processos no ano de 2003 – faz-se necessária uma restrição no acesso à Corte, o que se espera aconteça com a instituição da súmula vinculante e da cláusula de repercussão geral. Sem embargo, tem-se que está no momento da civilização jurídica discutir a transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional, concentrando-se nela apenas a análise das ações em que se discute, direta ou incidentalmente, a constitucionalidade das leis, e, no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento de um único recurso extraordinário. Essa idéia é esboçada, entre tantos que se poderia citar, por VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder Judiciário: reforma. A Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 378, p. 11-26, 2005, p. 26.

O instituto da repercussão geral, já utilizado na Constituição anterior e preterido *ab initio* na ordem constitucional vigente pelo inconformismo nos meios jurídicos do País, que, em função da dificuldade e incerteza sobre a admissão do recurso extraordinário, sensibilizam a Assembléia Nacional Constituinte, inspira-se na experiência norte-americana iniciada em 1925 através do *writ of certiorari*, pelo qual se conferiu à Suprema Corte americana o poder de selecionar, dentre milhares de recursos, tendo em vista a abrangência e a importância da causa, aqueles que são merecedores de sua apreciação. Na mesma senda é a *repercussão geral da questão constitucional*, instituída pela Emenda Constitucional nº 45 como condição de admissibilidade do recurso extraordinário. A partir da regulamentação do § 3º do art. 102 da Constituição, a parte recorrente deverá demonstrar no recurso extraordinário a repercussão geral das questões constitucionais aventadas, a fim de que o Supremo Tribunal Federal averigüe se as mesmas são dignas ou não de sua apreciação¹³⁹. O instituto da repercussão geral consiste, portanto, numa triagem preliminar dos recursos extraordinários, cuja aferição deverá ser realizada sob o ponto de vista do interesse público. Dizendo-se de outro modo, deverão superar o crivo apenas os recursos extraordinários que o Supremo Tribunal Federal, haja em vista o conjunto da nação, considerem suficientemente importantes ou significativos.

Há que se reconhecer que existe, na sua essência, uma contradição no mecanismo importado do sistema norte-americano, o qual ainda não foi objeto de regulamentação¹⁴⁰. Se o constituinte elegeu determinada matéria como merecedora de integrar a Constituição Federal, a Lei Maior do País, afigura-se contraditório que o Supremo Tribunal Federal possa reputá-la de menor importância, de modo a não justificar a sua atuação mesmo existindo uma afronta ao texto constitucional. A despeito da restrição imposta na reforma, no sentido de que o Pretório Excelso tão somente poderá recusar o recurso extraordinário pela inexistência de repercussão geral pelo voto de dois terços de seus membros, o alívio que o crivo discricionário dos temas a serem julgados deverá ser sopesado com cautela na regulamentação do instituto e na prática, pois representa uma negação à própria razão de ser do recurso extraordinário. Acrescenta-se que as razões de recurso extraordinário deverão conter capítulo específico, demonstrativo da relevância da questão constitucional suscitada na impugnação, e que continuará sendo exigido o prequestionamento. Assim, apesar de um determinado fundamento poder ser, em princípio, considerado de repercussão ge-

¹³⁹ TESHEINER, José Maria Rosa. Reforma do Judiciário. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez Informação, v. 286, p. 45-48, 2001, ressalva que a negação do recurso extraordinário não poderá se dar, consoante a garantia insculpida no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, sem decisão fundamentada e vinculada (p. 46-47).

ral, o recurso extraordinário será inadmitido se porventura a tese jurídica não tiver sido explicitada no julgado recorrido¹⁴¹.

De outra parte, a teor do art. 103-A, *caput*, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante a aprovação de dois terços de seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que terá, a partir de sua publicação na imprensa oficial, efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de determinadas normas, quando exista controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (art. 103-A, §1º). A toda a evidência, a adoção da chamada súmula vinculante, também ainda carente de regulamentação, tem o fito de impedir a eternização dos processos e, máxime, a repetição de recursos sobre matérias já torrencialmente decididas. A vinculação dos órgãos administrativos, em todas as suas esferas, e judiciários a súmulas do Supremo Tribunal Federal terá o condão de evitar, no âmbito administrativo, a reiterada denegação de direitos aos cidadãos e, no âmbito jurisdicional, a proliferação de recursos meramente protelatórios, que abarrotam não só o Pretório Excelso como todas as demais cortes de justiça do País. Dessa forma, caso um ato administrativo ou decisão judicial contrarie um enunciado sumular de efeito vinculante ou o aplique indevidamente, caberá reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida, com ou sem a aplicação do enunciado sumular, conforme o caso (art. 103-A, § 3º)¹⁴².

¹⁴⁰ O projeto de lei que regulamenta a repercussão geral, PL 6.648, já foi aprovado pelo Senado Federal. Encontra-se atualmente, desde março do corrente ano, na Câmara dos Deputados, relator o Deputado Odair Cunha.

¹⁴¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. A “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 848, p. 60-65, jun. 2006.

¹⁴² CARMONA, Carlos Alberto. Reforma da Constituição e processo: promessas e perspectivas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 61/62, p. 1-12, jan.-dez. 2005, entende que a súmula não engessar os magistrados e tampouco seja instrumento contrário aos princípios democráticos ou que se constitua em verdadeiro atentado à liberdade do juiz de julgar. Diz que são argumentos falaciosos, pois pouco importa o que possa decidir um juiz de primeiro grau ou mesmo um tribunal local; se o Supremo Tribunal Federal fixar uma tese, é apenas uma questão de tempo a reforma da “livre” decisão dos magistrados de instância inferior que não coincida com a posição dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Se cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir a validade, a interpretação e a eficácia das normas em cotejo com a Constituição, é evidente que interessa a todos que, uma vez decidida a questão pela Corte, todos (os particulares, a Administração pública e os próprios juizes) a cumpram (p. 6-7).

Essa salutar reforma constitucional não se olvidou da necessidade de instituir-se a possibilidade de serem canceladas ou alteradas as súmulas vinculantes, e obstar, dessa maneira, a imutabilidade de seus enunciados. O § 2º do art. 103-A prevê expressamente que, sem prejuízo do que vier na regulamentação, a aprovação, a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante poderá ser provocada pelos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade. Logo, a lei que regulamentar a matéria, além de possibilitar seja que proposta de ofício pelo relator do recurso, deverá estabelecer uma relação de legitimados que não implique dificuldades para que se busque a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, podendo ser formulada a demanda tanto como medida preparatória de ação a ser ajuizada como no curso de uma ação em andamento. Espera-se que, a partir da regulamentação, firme-se o instituto da súmula vinculante¹⁴³. Como bem salienta Cruz e Tucci, a tradição histórica do direito brasileiro repele o sistema dos precedentes judiciais¹⁴⁴.

O quadro estatístico do Superior Tribunal de Justiça não difere muito daquele vivido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴⁵. Apesar disso, a Corte não recebeu tratamento semelhante ao do Pretório Excelso na Emenda Constitucional nº 45. Objetivando o aprimoramento da proposta de emenda constitucional da Reforma do Judiciário, a Proposta de Emenda à Constituição nº 29, uma comissão do Superior Tribunal de Justiça, formada pelos ministros Sálvio de Figueiredo, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, José Delgado e Carlos Alberto Menezes Direito, e presidida pelo Ministro Nilson Naves, elaborou sugestões e as entregou antes da elaboração do substitutivo. Duas das sugestões de mudanças no texto constitucional foram justamente a adoção da repercussão geral das questões federais como pressuposto de admissibilidade do recurso especial e a vinculação dos órgãos administrativos e judiciários também aos seus verbetes sumulares, mediante decisões de dois terços de seus membros. As duas reivindicações não foram aprovadas, infelizmente. A seu turno, propôs o Senado Federal, para o Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho, a súmula impeditiva de recurso, ora em tramitação. Segundo o texto aprovado pelo Senado, os dois Pretórios poderão, de ofício ou por provocação, mediante decisão de 2/3 dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação, constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos

¹⁴³ O projeto de lei que regulamenta a repercussão geral, PL 6.636, relator o Deputado Maurício Rands, também já foi aprovado pelo Senado Federal. Encontra-se atualmente paralizado na Câmara dos Deputados, junto com os demais projetos que visam a regulamentar as inovações promovidas pela Emenda Constitucional nº 45.

¹⁴⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, 2004, v. 78, p. 43-48, out. 2004.

contra decisão que a houver aplicado, assim como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei¹⁴⁶.

3.3 OS EFEITOS

Os recursos, na qualidade de atos jurídicos processuais, naturalmente emanam efeitos no mundo processual. Dentre esses efeitos jurídicos, os mais conhecidos seguramente são os efeitos devolutivo e suspensivo, mas há muitos outros, tais como o substitutivo e translativo, constatados por Nelson Nery Junior¹⁴⁷. Tendo em vista que tanto a doutrina como a jurisprudência têm sido titubeantes na identificação e no enquadramento dogmático dos efeitos recursais, oferece-se uma sistematização própria a fim de se definirem os efeitos jurídicos presentes nos recursos extraordinário, especial e embargos de divergência, ou que potencialmente possam se revelar. As classificações discretivas que se propõem têm em conta basicamente os efeitos desses recursos sobre o julgamento da causa (devolutivo, translativo e expansivo); sobre a decisão recorrida (substitutivo, rescindente e integrativo); e sobre a eficácia interinal da tutela jurisdicional (antecipatório e suspensivo). A análise e enquadramento referidos são feitos de modo bastante superficial. A complexidade e a importância do tema exigem um estudo mais específico e aprofundado, o que não é possível aqui em razão dos escopos perquiridos.

Consigna-se que seria possível inserir ao menos mais duas capitulações de efeitos recursais: quanto aos efeitos dos recursos sobre o conteúdo decisório da decisão recorrida (modificativo e aclaratório) e quanto aos efeitos dos recursos sobre o impulso do processo (interruptivo e obstativo). O efeito de modificar a decisão impugnada é notadamente o normal dos recursos. No

¹⁴⁵ Em 2002, foram distribuídos 171.980 processos e, no ano seguinte, 216.999, o que representou um acréscimo na demanda na ordem de 38%. Isso significa que cada ministro recebeu em média 65.757 feitos em 2003, dos quais 91% recursos especiais e agravos de instrumento.

¹⁴⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva, *Poder Judiciário: reforma...* esposa que deferia ter sido instituída a súmula vinculante, pois a súmula impeditiva de recurso não tem o mesmo alcance. Refere, repisando as palavras de Antônio Souza Prudente, que ela possuirá eficácia normativa inibitória das lides, em seu nascedouro, motivo por que se torna insuficiente para atingir seus objetivos propostos, no sentido de combater a grave insegurança jurídica e a relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (p. 15). Nesse diapasão, embora sem força vinculante, cumpre a cada magistrado considerar como subsídio valioso os precedentes do Superior Tribunal de Justiça. TUCCI, José Rogério Cruz e. O problema da lentidão da Justiça e a questão da súmula vinculante. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, 2004, v. 75, p. 73-77, mai. 2004, cabe ao magistrado outorgar aos precedentes dos tribunais superiores revestidos da marca de definitividade o valor e a influência aptos a orientar os órgãos inferiores e não desrespeitar, sem justificação plausível, a função nomofilática (“de guardião das leis”) àqueles atribuída pela Constituição Federal (p. 74).

sistema processual brasileiro, todos os recursos têm, em potencial, o efeito modificativo, à exceção dos embargos de declaração, que possuem, em seu lugar, o efeito de aclarar a decisão impugnada (CPC, art. 535). Quanto ao desenvolvimento do processo, o primeiro efeito recursal, comum e constante de todos, desde que admissíveis, é o obstativo. O efeito obstativo é o efeito de todo e qualquer recurso de impedir, em preenchidos os pressupostos de admissibilidade, a incidência da eficácia preclusiva e da coisa julgada, ou seja, de obstar que a parte tenha extinguido o direito de recorrer e de determinar o prolongamento atividade jurisdicional sobre a matéria impugnada, a qual fica *sub judice* até o julgamento definitivo do recurso (CPC, art. 467). O outro efeito recursal inerente ao impulso do processo é o interruptivo, o qual reside na interrupção do curso do prazo processual, independentemente da sua natureza, que iniciara a partir da intimação da decisão recorrida. Noutras palavras, a contagem do prazo é interrompida pela interposição do recurso e é restituído integralmente quando da intimação do seu julgamento, a despeito do lapso temporal decorrido até o advento da interrupção. Os recursos extraordinários, sendo recursos derradeiros, naturalmente são privados desse efeito. Na realidade, o efeito interruptivo é exclusivo dos embargos de declaração em nosso sistema recursal. Foi precisamente em razão do seu objetivo peculiar de sanar defeitos nos pronunciamentos jurisdicionais e de seu caráter integrativo que o legislador lhe atribui este efeito ao dar nova redação ao art. 538 do Código de Processo Civil, de modo a permitir às partes, após a complementação do julgado ou ao menos da oportunidade para que isso fosse feito, impugnarem de forma precisa a decisão que lhes seja desfavorável.

3.3.1 Quanto ao Julgamento da Causa

O recurso, como meio de impugnação processual, proporciona ao jurisdicionado que se revise de forma endoprocessual uma decisão, interlocutória ou sentença, que lhe tenha sido desfavorável. O juízo positivo nessa revisão ensejada pelo recurso, abrangendo-se aqui tanto o provimento no julgamento do mérito recursal como o conhecimento de outras questões que não aquela impugnada, por extensão ou por se tratar de matéria de ordem pública, enseja, obviamente, influência direta na sorte da causa ou, ao menos, conforme o caso, da questão interlocutória controversa. *De facto*, salvo nova revisão pela interposição de novo recurso, essa decisão consistirá precisamente na prestação jurisdicional acerca da lide ou da *quaestio* incidente. Logo, a repercus-

¹⁴⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 428 *et seq.*

são que cada recurso tem na solução da causa é definida a partir de certos efeitos que exala e da qualidade com que se concretizam. Esses efeitos podem ser classificados como devolutivo, translativo e expansivo.

A devolução da decisão judicial para reexame e o conseqüente prolongamento da controvérsia em torno da matéria impugnada consistem o chamado efeito devolutivo, cuja extensão e profundidade variam de acordo com a iniciativa das partes e a figura recursal¹⁴⁸. No que respeita aos recursos extraordinário, especial e embargos de divergência, o efeito devolutivo compreende, a princípio, justamente pela sua natureza extraordinária, somente as questões de direito insculpidas nos permissivos constitucionais (STF, súmula n° 279; STJ, súmulas n°s 5 e 7)¹⁴⁹, e, ainda assim, desde que tenham sido prequestionadas pelo tribunal inferior (STF, súmulas n°s 282 e 356; STJ, súmula n° 211)¹⁵⁰. No entanto, conhecido o recurso excepcional, a devolutividade é ampliada, passando a integrar todas as questões, inclusive as de fato, concernentes à matéria impugnada para o seu julgamento, uma vez que cumpre ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal

(nova denominação de Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos).

¹⁴⁸ Discorda-se, portanto, do conceito de efeito devolutivo de MOREIRA, *Comentários...*, p. 259-260, e em MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 123, no sentido de que o efeito devolutivo consiste na transferência ao órgão superior da matéria impugnada, pois tem em conta apenas os recursos reiterativos. Os recursos iterativos e mistos também têm o efeito de devolver para reexame a decisão hostilizada, só que para o mesmo juízo que a prolatou. O efeito existe e opera da mesma forma do que nos recursos reiterativos, sendo defeso que o órgão judicial ao qual compete o julgamento do recurso constitua elemento definidor da sua existência. Consigna-se, de outra parte, que o efeito devolutivo não decorre da interposição do recurso, concretizando-se, em realidade, assim como os efeitos expansivo e translativo, apenas por ocasião do julgamento. E, ainda assim, se for positivo o juízo de admissibilidade e caso não reste prejudicada a devolutividade por força de efeito translativo ou pelo acolhimento de pleito recursal da parte contrária ou de reexame necessário. Portanto, na verdade, até o julgamento do recurso, há mera expectativa de que seja reexaminada a matéria impugnada.

¹⁴⁹ O motivo está em que o erro de fato é menos pernicioso do que o erro de direito, pois não transcendem os seus efeitos para além da relação jurídica processual em que foi concretizado. E justamente por não tencionarem precipuamente corrigir eventuais injustiças no julgado recorrido, mas à preservação da ordem jurídica constitucional e federal, é que os recursos extraordinário e especial não abarcam, em princípio, questões de fato, cingindo-se ao exame do direito. Não se pretender ser, importa assinalar, acaciano ou simplista com esta afirmação, a qual é feita precisamente em razão de seu caráter dogmático em nossa experiência forense. Sabe-se que é deveras complexo traçar, se é que realmente é possível, a distinção entre *quaestio facti* e *quaestio iuris*, motivo por que este tema freqüentemente atrai a atenção de renomados juristas. Sobre o assunto, impõe-se a leitura da tese de doutoramento de KNIJNIK, *O recurso especial...* Danilo Knijnik o aborda com enfoque preciso no controle nomofilático desempenhado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, oferecendo, ao final, um novo paradigma, tendendo a tornar mais racional e objetivo o juízo de deliberação realizado no recurso especial.

¹⁵⁰ Os embargos de divergência possuem efeito devolutivo ainda mais restrito, uma vez que abrange tão-somente a matéria divergente do acórdão, devidamente impugnada, que julga recursos extraordinário e especial. Cinge-se, então, no caso de interposição em recurso especial, ao ponto do aresto que diverge de julgamento de outra turma, seção ou do Órgão Especial do Superior Tribunal de Justiça, e, no caso de recurso extraordinário, ao que destoa do julgamento da outra turma ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal. A propósito do efeito devolutivo e outros efeitos dos embargos de divergência, veja-se TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos embargos de divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 48-57.

de Justiça, quando ultrapassado o juízo definitivo de admissibilidade, julgar a causa, aplicando o direto à espécie¹⁵¹.

O efeito devolutivo, na qualidade de expressão do princípio dispositivo na seara recursal, é integralmente definido pela parte recorrente. Pois ela, ao interpor o recurso, determina a matéria que deverá ser revisada, a partir, é claro, do conteúdo da decisão e da peça recursal que maneja. Porém nem sempre é assim. Muitas vezes o recurso possui, a despeito da vontade do recorrente, outros efeitos além daquele de devolver ao órgão judicial revisor a matéria impugnada. Um desses efeitos é o translativo, consistente na eficácia do recurso de portar questões que não compõem seu objeto, sem que isso implique julgamento *extra, ultra* ou *citra petita*¹⁵². Embora esteja previsto expressamente apenas para a apelação (CPC, arts. 515, §§ 1º a 3º, e 516), em hipóteses que transpassam ao tribunal questões dispositivas, o efeito translativo também opera nos demais recursos ordinários, ao menos em relação às questões de ordem pública, que devem ser conhecidas *ex officio* e a cujo respeito não se opera a preclusão, *ex vi* dos §§ 3º do art. 267 e 4º do art. 301 do Código de Processo¹⁵³.

¹⁵¹ Salvo quando constatarem *error in procedendo*, hipótese em que seguidamente anulam o acórdão recorrido, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não se equiparam aos tribunais de cassação continentais, que se limitam a cassar as decisões e a devolver os autos para que outra seja prolatada. Conhecendo do recurso excepcional, elas próprias julgam a causa, nos termos do enunciado nº 456 da Súmula do STF – *in verbis*: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” – e dos seus respectivos regimentos internos (RISTF, art. 324; RISTJ, art. 257). Assim sendo, aberta a via extraordinária, cumpre aos dois Tribunais Superiores considerar também as questões de fato para que se aplique o direito à espécie. Corrobora-se, por outro lado, o vetusto brocardo *da mihi factum dabo tibi ius*, pois poderão as Cortes, a partir desse momento, julgar com base em fundamentos jurídicos diversos daqueles prequestionados (veja-se a esse respeito: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração no recurso especial. EDcl no REsp 471.732-MA. Paulo Celso Fonseca Marinho e Ministério Público do Estado do Maranhão. Relator: Ministro Luiz Fux. 22 de junho de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 307, 02 ago. 2004), sendo vencida até a dicotomia instituída pela Constituição vigente. Inaugurado o exame do mérito de recurso extraordinário, é permitido tanto ao Supremo Tribunal Federal aplicar livremente o direito infraconstitucional como ao Superior Tribunal de Justiça a Carta da República. Ao STJ é admitido inclusive declarar, através da sua Corte Especial, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público mediante incidente instaurado na pendência do especial, consoante estatui os arts. 199 e 200 de seu Regimento Interno.

¹⁵² Há, entretanto, um limite à atividade jurisdicional instada pelo recurso, que decorre do princípio dispositivo e se aplica tanto ao efeito devolutivo como ao translativo: a *reformatio in pejus*. Havendo recurso de apenas uma das partes, o órgão jurisdicional revisor não poderá piorar a situação do único recorrente, ainda que isso implique negligenciar normas de natureza cogente, que o juiz tem o dever de conhecer de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição. Vejam-se, a propósito: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 640.860-RJ. Henrique Campos Arquitetos Associados Ltda. e Instituto Brasileiro de Turismo. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. 18 de agosto de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 420, 05 set. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 172.263-SP. Frigorífico Avícola de Tanabi Ltda. e Banco do Brasil S/A. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 09 de junho de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 108, 29 mai. 2000; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 65.376-MG. Cobrasa Administradora de Consórcios Ltda. e Davi Maciel. Relator: Ministro Costa Leite. 14 de agosto de 1995. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 29.961, 18 set. 1995.

¹⁵³ Cf. NERY JUNIOR, *Teoria geral...*, p. 482, com a ressalva de que o efeito translativo do recurso constitucional ordinário é amplo tal como o da apelação, por aplicação subsidiária dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 515 e do

No tocante aos recursos extraordinários, que exigem como requisito constitucional o prévio debate das questões de direito na instância inferior, há muito vigora o entendimento de que são privados de efeito translativo, mesmo em relação às questões de ordem pública¹⁵⁴. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça tem, com espreque no fato de que lhe cumpre julgar a causa em conhecendo do recurso especial, flexibilizado a restrição e reconhecido a possibilidade de se lhe conferir o efeito translativo, não obstante de forma temperada cotejando-se a sua incidência nas instâncias ordinárias. Essa flexibilização é no sentido de reputar cabível o conhecimento *ex officio* de questões de ordem pública, caso o recurso especial suplante o juízo de admissibilidade por

art. 516 do Código de Processo Civil. Assinala-se ainda o peculiar efeito translativo de natureza dispositiva do agravo de instrumento previsto no art. 544 do CPC. Esse agravo, embora veiculado contra a decisão denegatória de seguimento de recurso extraordinário e especial no tribunal de origem, tem, potencialmente, o efeito de transladar o próprio mérito do recurso excepcional ao qual havia sido negado trânsito. Pois, em conformidade com os §§ 3º e 4º do CPC, é permitido ao relator do agravo, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a sumula ou a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, conforme seja o recurso originalmente obstado extraordinário ou especial, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso excepcional.

¹⁵⁴ O Supremo Tribunal Federal possui, com a ressalva de que já se posicionou diferentemente noutra época (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos no recurso extraordinário. RE 66.103 E/MG. Theodomiro Ramos Filho e Outros. Relator: Ministro Adauto Cardoso. 18 de novembro de 1970. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, [Brasília], v. 56/03, p. 642 *et seq.*), entendimento consolidado no sentido da ausência de efeito translativo no recurso extraordinário, consoante se pode depreender dos seguintes precedentes: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário. RE 434.420 AgR/DF. Benício Tavares da Cunha Mello e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 14 de junho de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 105, 05 ago. 2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. RE 254.921 AgR-ED/SP. Sherwin Williams do Brasil Indústria e Comércio Ltda. e União. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 30 de junho de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 275, 13 ago. 2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento. AI 454.544 AgR/MA. Companhia Vale do Rio Doce e Amin Jorge Feres. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 10 de fevereiro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 25, 05 mar. 2004; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento. AI 308.273 AgR/PE. Distribuidora de Bebidas Potiguar Ltda. e Companhia Cervejaria Brahma - Filial Nordeste. Relator: Ministro Moreira Alves. 25 de fevereiro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 65, 28 mar. 2003. E mesmo em relação às instâncias ordinárias, a Suprema Corte tem emprestado uma interpretação mais restritiva ao efeito translativo. No julgamento da Ação cautelar nº 112/RN, em sessão plenária, a Suprema Corte assentou que o efeito translativo não compreende toda e qualquer questão de ordem pública, *in verbis*: “Como se vê, em nada diferem as questões de ordem pública dos demais pontos controvertidos no processo, para o fim de se demarcar a profundidade ou o corte vertical da devolução. O tribunal conhecerá assim de umas, as de ordem pública, como das outras questões, as que dependam de iniciativa da parte, sempre independentemente de provocação destas (art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC). Mas, e esta é a observação decisiva, o tribunal só conhecerá daquelas cuja solução serviu ou devia servir de fundamento do capítulo ou dos capítulos decisórios impugnados pelo recurso, salvo as concernentes a vícios do processo ou da sentença das quais deverá conhecer *ex officio* para anular ou extinguir o processo. Noutras palavras, tirante o caso de vício processual absoluto, que, conduzindo à anulação ou extinção anômala do processo, é sempre devolvido à cognição do tribunal por conta do efeito translativo do recurso, todas as demais questões, inclusive as de ordem pública, só lhe são devolvidas quando digam respeito ao capítulo ou capítulos impugnados: não é nem nunca foi lícito ao órgão *ad quem* apreciar questão relativa a capítulo decisório com o qual se tenha conformado o recorrente” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação cautelar. AC 112/RN. Paulo de Tarso Fernandes e Outro e Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Cezar Peluso. 01 de dezembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 07, 04 fev. 2005). Veja-se, a respeito, ROSA,

outros fundamentos, ainda que não tenham sido prequestionadas ditas questões no tribunal inferior¹⁵⁵. A ser assim, aberto o juízo de mérito, obra o efeito translativo no recurso especial, ficando as matérias de ordem pública submetidas ao Superior Tribunal de Justiça, que delas deverá conhecê-las independentemente de provocação das partes litigantes e prequestionamento no pretório de origem¹⁵⁶.

Pérsio Thomaz Ferreira. O efeito translativo no âmbito dos recursos extraordinários, *Revista de Processo*, v. 138, p. 27-55, ago. 2006.

¹⁵⁵ Essa mitigação do prequestionamento traduz uma tendência do Superior Tribunal de Justiça de erigir o instrumentalismo do recurso especial, a despeito da sua função política. Essa propensão fica bem clara nas palavras do Ministro Teori Zavascki, ao esposar o entendimento: “há que se atribuir a esse requisito um adequado grau de relatividade, de modo a não representar insuperável entrave a que o recurso especial alcance a sua outra função, de julgar uma causa determinada, aplicando o direito à espécie. Assim, nos casos em que eventual nulidade ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o recurso especial cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, é de se admitir que a matéria seja conhecida e enfrentada de ofício. Nesses limites, portanto, também o efeito translativo é inerente ao recurso especial” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 660.519-CE. Maria Lúcia Guedes Sampaio e Outros e Fazenda Nacional. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. 20 de outubro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 97, 07 nov. 2005). De fato, o recurso especial pode e deve ser tratado como instrumento para a realização da justiça, mas sem deixar de ter em vista a sua natureza extraordinária, razão de ser da sua instituição e da Corte que o julga. Cumprindo ao Superior Tribunal de Justiça julgar a causa em face do conhecimento do recurso especial, deve o julgamento se cingir à matéria devolvida, sem abarcar outras questões sobre as quais o tribunal inferior não emitiu qualquer juízo de valor! Admitir que se analisassem no âmbito das instâncias extraordinárias questões de direito ausentes de prequestionamento significaria equipará-las às instâncias ordinárias, pois o especial será nada mais do que mero recurso de revisão. Ademais, não há dúvida de que, se preterindo o prequestionamento com a finalidade de conhecer de ofício de questões de ordem pública, o recurso especial será útil para o desfecho da causa. Porém, por este mesmo raciocínio, todos os recursos especiais interpostos contra acórdãos injustos ou teratológicos deveriam receber tratamento semelhante, pois, mais do que úteis, os recursos especiais seriam fundamentais para o desfecho das causas e realização da justiça: hipótese absolutamente impensável!

¹⁵⁶ Veja-se, por todos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 485.969-SP. Município de São Bernardo do Campo e Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Eliana Calmon. 11 de novembro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 251, 04 abr. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial. AgRg no REsp 474.998-SP. Ministério Público Federal e Câmara Municipal do Município de Igarapava e Outros. Relatora: Ministra Eliana Calmon. 22 de junho de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 302, 22 nov. 2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 36.663-RS. Adubos Trevo S/A Grupo Luxma e Fazenda Nacional. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. 18 de outubro de 1993. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 330, 08 nov. 1993; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento. AgRg no Ag 65.827-RJ. Banco do Brasil S/A e Cydena Bannach. Relator: Ministro Costa Leite. 12 de junho de 1995. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 15.554, 13 maio. 1996; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 94.458-PR. Escritório Central de Arrecadação e Distribuição e Hotel Savoy Ltda. e Outro. Relator: Ministro Barros Monteiro. 15 de fevereiro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 365, 09 abr. 2001. O interessante é que, em relação aos embargos de divergência, a Corte dispensou uma solução distinta, a saber, negar-lhes o efeito translativo. Por relevante, cita-se o seguinte acórdão da Primeira Seção, em que os Ministros Francisco Peçanha Martins, Denise Arruda, José Delgado, Eliana Calmon, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Teori Albino Zavascki acompanharam de forma unânime o relator, no sentido de que o julgamento dos embargos está circunscrito à divergência, ainda que subsista matéria de ordem pública: “[...] 2. É vedado, nos embargos de divergência, analisar qualquer outra questão que não aquela que representa o objeto do dissídio, ainda que se trate de matéria de ordem pública. Essas questões podem ser alegadas em qualquer tempo e juízo, independentemente de provocação das partes, desde que limitadas às instâncias ordinárias. 3. ‘A premissa de que as questões de ordem pública podem ser alegadas em qualquer tempo e juízo não se aplica às instâncias especial e extraordinária, que delas apreciam ser conhecidos os recursos derradeiros, mas somente às instâncias ordinárias’ (AgRg nos EREsp n.º 85.558/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 12.06.00)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração no agravo regi-

Outro efeito recursal que comumente acompanha o efeito devolutivo e influi no alcance do julgamento da causa é o efeito expansivo, também chamado de extensivo. Ele se cifra na extensão dos efeitos do recurso a tópicos não impugnados da decisão recorrida ou a atos processuais que não foram por ele atacados (objetivo) ou, ainda, a pessoas que não integravam a relação jurídica recursal (subjetivo). Esse efeito, identificado pela doutrina italiana e desenvolvido entre nós por Nelson Nery Junior, incorre sem maiores restrições nos recursos extraordinário, especial e embargos de divergência, tanto no seu aspecto objetivo, por ser um corolário lógico (p. ex., a retirada de eficácia dos atos praticados em sede de execução provisória ou de antecipação de tutela pelo provimento de recurso extraordinário)¹⁵⁷, quanto no aspecto subjetivo, nas hipóteses previstas na lei, *exempli gratia*, a extensão do provimento dum recurso excepcional intentado por um litisconsorte aos demais no caso de litisconsórcio unitário, se não forem distintos ou opostos os seus interesses (CPC, art. 509, *caput*)¹⁵⁸. A propósito, ante a regulamentação via regimental do art. 15 da Lei nº 10.259/01 pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou-se, expressa e especificamente, uma nova e especial espécie de efeito expansivo, de caráter subjetivo, ao recurso extraordinário. Em face de recurso extraordinário interposto no âmbito do procedimento dos Juizados Es-

mental nos embargos de divergência no recurso especial. EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp 719.996-SC. Nilson Wagner e Outros e Caixa Econômica Federal. Relator: Ministro Castro Meira. 09 de novembro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 121, 21 nov. 2005).

¹⁵⁷ Esclarece NERY JUNIOR, *Teoria geral...*, p. 477-478, que o efeito expansivo objetivo pode ser interno ou externo, conforme ele se dê relativamente ao ato impugnado ou a outros atos praticados no processo, respectivamente. O exemplo citado de efeito expansivo objetivo na instância extraordinária seria, portanto, nessa ordem, externo, porquanto os efeitos do provimento do recurso excepcional notadamente extrapolariam o aresto hostilizado para alcançar os atos executivos que haviam sido antecipados. Da mesma forma seria o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça da incompetência do juízo de origem em sede de recurso especial. Além do acórdão recorrido, todos os atos processuais praticados pelo juízo tido por incompetente para processar e julgar a causa seriam atingidos por força do efeito expansivo. De outra banda, no que pertine ao efeito expansivo objetivo interno, pode acontecer de inúmeras formas na instância extraordinária, *v.g.*, a redistribuição dos ônus sucumbenciais pelo provimento do recurso, o conhecimento de questões acessórias como juros e correção monetária, o acolhimento de uma defesa processual peremptória que acometa o mérito da decisão recorrida ou mesmo o acolhimento de uma defesa material direta que debele por si as demais questões de mérito que haviam sido repelidas. Em todos eles, o efeito expansivo constitui um corolário lógico do provimento do recurso manejado.

¹⁵⁸ No mesmo sentido o recurso excepcional interposto por assistente litisconsorcial em relação ao assistido ou o interposto por este em relação àquele, na forma do art. 54 do CPC. Tanto o assistente litisconsorcial quanto o assistido, na qualidade de co-titulares do direito material litigioso, terão as respectivas relações jurídicas com a parte contrária influenciadas pelo provimento do recurso, a despeito de quem tiver promovido a sua interposição. No âmbito do processo penal, o efeito expansivo é bastante comum nas instâncias extraordinárias, *ex vi* do art. 580 do Código de Processo Penal, que garante no caso de concurso de agentes, independentemente da natureza do recurso, a extensão aos co-réus dos efeitos de uma decisão favorável proferida em recurso interposto por um deles, desde que não fundado exclusivamente em motivos de caráter pessoal. Vejam-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração no recurso especial. EDcl no REsp 77.554-PR. William Moreira de Oliveira e Ministério Público Federal. Relator: Ministro Vicente Leal. 07 de maio de 1996. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 22838, 24 jun. 1996; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 225.450-RJ. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e

peciais Federais, pode o Pretório Excelso suspender, de ofício ou a requerimento da parte recorrente, através de decisão monocrática do relator, *ad referendum* do Plenário, todos os processos pendentes em juizados e turmas recursais do País que tratem da mesma questão constitucional objeto de recurso extraordinário. Ou seja, por meio de um único recurso, pode o Supremo Tribunal conceder efeito suspensivo em massa, prostrando, de uma vez e abstratamente, a multiplicação de processos¹⁵⁹.

3.3.2 Quanto à Decisão Recorrida

Todo recurso deflui um efeito jurídico que incide diretamente sobre a decisão recorrida quando é conhecido, a saber, o de substituí-la, rescindi-la ou integrá-la. O mais comum deles certamente é o efeito substitutivo, pois permeia toda vez que o órgão judicial revisor julga a matéria de mérito, seja para dar provimento ao recurso e reformar a decisão hostilizada, seja para negar provimento ao recurso e mantê-la. Em qualquer das duas hipóteses, de manutenção do ato decisório recorrido ou de alteração de seu fundo, ainda que parcial, o recurso terá o efeito de substituir a decisão *a quo* pelo novo pronunciamento judicial, nos limites da impugnação (CPC, art. 512). De igual forma ocorre em relação aos recursos extraordinário, especial e embargos de divergência. Transposto o juízo de admissibilidade, toda vez que são providos devido a *errores in iudicando* ou é-lhes negado provimento, o *decisum* proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou, conforme o caso, pelo Superior Tribunal de Justiça, terá o efeito reflexo de substituir o aresto recorrido.

Já o efeito rescindente acontece quando o recurso tem o condão de cassar a decisão impugnada por ser defeso acarrear a sua substituição, quer pela impossibilidade de se suprimir instância jurisdicional, quer pela necessidade de se repetir ou de se retificar atos processuais antecedentes por se encontrarem viciados¹⁶⁰. Nesses casos, então, o recurso tem a propriedade de anular a decisão recorrida para que, posteriormente, seja proferida outra. Esse efeito, próprio dos recur-

José Carlos Tavares Marques e Outros. Relator: Ministro Felix Fischer. 15 de fevereiro de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 145, 08 mar. 2000.

¹⁵⁹ A concessão desse efeito expansivo é analisada mais detalhadamente no Capítulo seguinte, ao se abarcarem as tutelas de urgência específicas.

¹⁶⁰ Cf. DINAMARCO, *Nova era...*, p. 148, o acórdão que decreta a nulidade do ato recorrido ordinariamente cassa-o porque o reduz à ineficácia, mas não o substitui, porque não põe outro julgamento em seu lugar: da anulação resulta que os efeitos do ato foram reduzidos a nada e, conseqüentemente, julgar o mérito nesse

sos de cassação continentais, também opera eventualmente em nossos recursos excepcionais, mormente nos recursos extraordinário e especial. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça conferem efeito rescindente ao recurso quando constatarem, no exercício de suas respectivas competências, o equívoco do tribunal inferior em extinguir o processo sem julgamento de mérito ou *error in procedendo* que implique a nulidade do aresto impugnado ou de ato processual antecedente que o atinja, determinando a devolução dos autos à origem para novo julgamento.

Finalmente, há ainda uma hipótese em que o efeito do recurso perante o ato decisório impugnado não é nem a sua substituição, nem a sua anulação, mas a sua complementação. Essa eficácia consistente na integração da decisão recorrida que julga o recurso ao *decisum* impugnado modela o chamado efeito integrativo. É própria dos embargos de declaração, que, sem constituir novo pronunciamento judicial, têm somente a intenção de aclarar a decisão embargada, unindo-se a esta para o fim de afastar obscuridades, eliminar contradições ou suprir omissões, e não de modificá-la (CPC, art. 535). Os embargos de declaração são, no direito processual brasileiro, a única figura recursal não que possui, de regra, o poder de modificar a decisão recorrida, mas detêm, em compensação, com exclusividade, esse de integrar. O efeito integrativo não é exalado por qualquer outro recurso, ainda que repetidas vezes os fundamentos da decisão ulterior, ao negar provimento ao recurso e confirmar a decisão impugnada, sirvam apenas para esclarecer o conteúdo decisório da última. Ressalte-se ainda que, embora os embargos de declaração visem, nos termos da lei, apenas a sanar obscuridade, contradição e omissão em decisões judiciais (no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis é cabível ainda quando houver dúvida, consoante o art. 48 da Lei nº 9.099/95), tem-se considerado cabível, em casos excepcionais, outorgar-lhes efeito modificativo, o que, porém, não altera o seu efeito integrativo. Mesmo quando são acolhidos os embargos de declaração com efeitos infringentes, a decisão dos declaratórios não substitui a embargada, mas a complementa.

3.3.3 Quanto à Eficácia Interinal da Tutela Jurisdicional

Além dos efeitos recursais retrorreferidos, existem também os que atuam no plano da eficácia da tutela jurisdicional durante a litispendência, ou melhor, os efeitos antecipatório e suspen-

momento significaria suprimir um grau jurisdicional. Por isso é que, ao anular o ato recorrido, o tribunal

sivo. A eficácia antecipatória, comumente denominada efeito suspensivo ativo, resume-se no adiantamento, determinado a partir de cada caso concreto e em caráter provisório, dos efeitos da tutela recursal pretendida até que seja proferido o julgamento definitivo do recurso. Consiste, destarte, em espécie de tutela antecipatória, razão por que a verificação do seu cabimento e a sua efetivação hão de observar, no que couber, as normas da antecipação de tutela, consagradas no art. 273 do Código de Processo Civil. Em nosso ordenamento, o efeito antecipatório está pontificado expressamente tão-somente para o agravo de instrumento, a partir da nova redação determinada pela Lei nº 10.352/01 ao inciso III do art. 527 do Código de Processo¹⁶¹. De qualquer sorte, havendo premência e plausibilidade na pretensão recursal, entende-se que é possível se atribuir o efeito antecipatório a qualquer recurso, inclusive, ainda que em caráter excepcional, aos recursos extraordinários.

Além do efeito antecipatório, o recurso pode granjear o efeito suspensivo, que incide em decisões de conteúdo positivo. O efeito suspensivo consiste no efeito jurídico do recurso de suspender os efeitos da decisão recorrida ou de proibir que estes se produzam enquanto não for julgado de forma definitiva¹⁶², sobrestando, nesse interregno, os termos da decisão impugnada e obstando, conforme o caso, a execução provisória e a efetivação de tutela antecipada. De regra, o efeito suspensivo existe *ope legis* nos embargos de declaração, apelação, recurso ordinário e embargos infringentes, incidindo de plano a partir da sua simples interposição. No agravo de instrumento e nas hipóteses especiais em que a apelação, recurso ordinário e embargos infringentes são privados de efeito suspensivo, há a possibilidade de o mesmo lhes ser conferido, se relevante a fundamentação, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação (CPC, arts. 527, III, e 558).

remete o caso de volta à instância de origem, sem nada decidir.

¹⁶¹ Na redação anterior do dispositivo, definida pela Lei nº 9.139/95, era permitido ao relator tão-somente atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento, medida que guarda utilidade apenas aos casos em que a decisão agravada é de conteúdo positivo. Em razão da necessidade de haver também uma tutela de urgência para os casos de decisão de conteúdo negativo, antecipava-se a tutela recursal sob color de conferir efeito suspensivo ativo. Malgrado o equivocado rótulo, que agrega dois conceitos antagônicos, o fato é que o efeito antecipatório foi, à semelhança da tutela antecipada, construído jurisprudencialmente antes de receber a consagração no plano legal.

¹⁶² A crítica de Barbosa Moreira quanto à da denominação do efeito suspensivo, habitualmente repetida nos manuais de processo civil, é parcialmente correta. Segundo o grande mestre carioca, a interposição não faz cessar efeitos que já estivesse produzindo, apenas prolonga o estado de ineficácia em que se encontrava a decisão, pelo simples fato de estar sujeita à impugnação através de recurso, MOREIRA, *Comentários...*, p. 257. Esta observação procede tão-somente em relação aos recursos que possuem, *ex vi legis*, efeito suspensivo, pois, de fato, nesses casos, a interposição apenas faz perdurar o estado de ineficácia da decisão recorrida. Entretanto, nas hipóteses em que o efeito é *ope iudicis*, como no caso do agravo de instrumento e dos recursos extraordinários, o efeito suspensivo, escusa-se pela redundância, é efetivamente suspensivo. Isso porque o efeito é outorgado normalmente quando a decisão já está emanando efeitos.

No que respeita aos recursos extraordinário e especial, de acordo com o art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, revigorado pelo art. 542, § 2º, do Código de Processo Civil, com a redação determinada pela Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994, são desprovidos de efeito suspensivo, bem como estão alijados da flexibilização contida no art. 558 do Código. No tocante aos embargos de divergência, foi completamente omissivo o legislador, posto que presumível, como corolário lógico, que não possua essa eficácia. O Superior Tribunal de Justiça, por sua conta, consignou expressamente em seu Regimento Interno que os embargos de divergência em recurso especial não têm efeito suspensivo (RISTJ art. 266, § 2º, acrescido pela Emenda Regimental nº 2). O Supremo Tribunal Federal, que não possui norma regimental semelhante, conferia anteriormente o efeito suspensivo a embargos de divergência quando eram interpostos contra acórdão que provia o recurso extraordinário¹⁶³. Porém, da análise dos precedentes mais recentes, constata-se que o Supremo Tribunal Federal passou a entender que os embargos de divergência possuem somente o efeito devolutivo, tenha o aresto embargado provido ou não o recurso extraordinário¹⁶⁴. O fato de os recursos excepcionais caracterizarem-se por não terem o condão de suspender os efeitos da decisão recorrida e, por conseqüência, de impedir a antecipação dos atos executivos, consoante estabelece de forma expressa o art. 497, primeira parte, do Código de Processo Civil, não tem, todavia, impedido de que lhes seja outorgado o efeito por meio de pedido cautelar, a fim de se obstem prejuízos iminentes pela antecipação de atos substanciais na pendência de seu julgamento, como se verá a seguir, não sem antes se perpassar a natureza dessa atividade executiva antecipada.

¹⁶³ Cita-se o seguinte julgado do Tribunal Pleno de meados da década retrasada: “Reclamação. Preservação da competência do STF. Execução antecipada. Art. 156 do RI. Recurso Extraordinário. Embargos de divergência. Eficácia. 1. Os embargos de divergência suspendem a eficácia do acórdão embargado se neste houve provimento do recurso extraordinário (Precedente: ERE 43.485, *in* RTJ 29/173). 2. Aplicar os efeitos da decisão do recurso extraordinário, quando pendente o julgamento dos embargos de divergência, viola a competência do STF para essa decisão final. 3. Reclamação julgada procedente” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Rcl 169/RJ. Distribuidora Guanabarina de Veículos Ltda. e 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 02 de maio de 1985. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 114, p. 03 *et seq.*, 31 de maio de 1985).

¹⁶⁴ Veja-se, por ex., a ementa do aresto concernente ao Julgamento da Pet. 1.785-DF: “O recurso de embargos de divergência tem efeito meramente devolutivo. Essa óptica é harmônica com a eficácia do extraordinário que deságua no acórdão passível de impugnação em tal via” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. Pet 1.785/DF. Torquato Evangelista Noronha e Outros e União Federal. 24 de agosto de 1999. *Diário da Justiça da União*, p. 53, 03 set. 1999).

3.4 A Natureza da Execução na Pendência do Julgamento

No processo judicial, a execução normalmente corresponde à última etapa, assim como todo o processo humano que consiste em saber, querer e agir. O juiz inicia pelo conhecimento dos fatos e do direito; depois pronuncia a sua vontade sobre a questão que lhe é apresentada; e, por último, quando o vencido não cumpre espontaneamente o comando da sua decisão, executa, age para assegurar na prática o resultado de sua obra intelectual e volitiva¹⁶⁵. Entretanto, nem sempre é assim o *procedere*. Em certas situações, ou num determinado estágio do processo, o prejuízo pela demora em se alcançar o bem da vida é maior do que o risco de se aguardar a tutela jurisdicional definitiva. Por isso o Estado admite, por vezes, agir no sentido de satisfazer a pretensão do demandante antes de proferir a decisão final. Esse fenômeno consistente na antecipação dos efeitos que a tutela jurisdicional favorável produziria no mundo dos fatos pode acontecer nuclearmente através de dois meios processuais no direito brasileiro: a execução provisória e a antecipação de tutela.

A execução provisória constitui a busca da satisfação de um direito reconhecido em sentença, mas que ainda é incerto porque dependente de uma decisão final que a confirme. É classificada como tal em oposição às execuções ditas definitivas, pela quais se pretende satisfazer um direito reconhecido, a rigor, de forma imutável, ou seja, que está insculpido numa sentença transitada em julgado. Já a antecipação de tutela antecipa a execução de uma futura sentença definitiva favorável, a qual, a rigor, sequer ainda existe. É justamente por essa razão, de que não implica precipitação da sentença de mérito, que a decisão concessiva de tutela antecipada não é substituída por essa, perdurando a sua eficácia até o trânsito em julgado. Antes disso, os efeitos da tutela antecipatória só poderão ser tolhidos se for cassada a decisão mediante o provimento de recurso interposto contra si ou se a mesma for, expressa e fundamentadamente, revogada na sentença ou em outra decisão interlocutória, nos termos do § 4º do art. 273 do Código de Processo Civil. Pelo mesmo motivo não perde o objeto o recurso que versa sobre tutela antecipatória no momento em que é prolatada a sentença. A concessão ou a denegação da antecipação de tutela em sede recursal independe da sorte da decisão final, seja o juízo de procedência ou de improcedência do pedido¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Cf. COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo: B de F, 2002, p. 359.

¹⁶⁶ Vejam-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 112.111-PR. Instituto Nacional do Seguro Social e Britador Laranjeiras Ltda. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Relator para o acórdão: Minis-

Dessarte, tanto a execução provisória como a antecipação de tutela antecedem, mediante título judicial provisório, os atos executivos de uma tutela jurisdicional definitiva favorável: a execução provisória adianta os atos executivos de uma sentença favorável já existente, mas carente da eficácia da coisa julgada por estar pendente de recurso¹⁶⁷, e a antecipação de tutela os de uma suposta e futura sentença favorável. Ambas as categorias têm, a princípio, caráter provisional, porquanto os atos que precipitam ficam na dependência de confirmação do *decisum* em que se confortam, restituindo-se as partes ao *status quo ante* caso sobrevenha decisão que o modifique ou o anule. O que difere os institutos são os títulos judiciais em que se lastreiam e a fonte autorizadora, a qual decorre da qualidade da cognição conferida no julgamento que origina o título. A execução provisória se funda em sentença impugnada por um recurso privado de efeito suspensivo e decorre da lei, sendo, por conseguinte, execução *ope legis*. Dispondo de sentença hostilizada por um recurso recebido tão-só no efeito devolutivo, cuja cognição no seu julgamento é plena e exauriente, basta que o demandante formule o pedido para que se dê a antecipação dos atos executivos. Já a tutela antecipada funda-se, de ordinário, em decisão interlocutória, cujo objeto consiste justamente no deferimento do pleito antecipatório. A antecipação de tutela constitui, logo, uma execução *ope iudicis*, pois depende sempre do alvitramento do juiz, ao qual, examinando os requisitos e hipóteses legais através de cognição sumária, cumpre conceder ou não a antecipação dos atos substanciais.

tro Ari Pargendler. 08 de setembro de 1998. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 352, p. 230 *et seq.*; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração em recurso especial. EDcl no REsp 644.845-RS. Rio Grande Energia S/A e Ministério Público Federal. Relator: Ministro José Delgado. 23 de agosto de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 182, 17 out. 2005.

¹⁶⁷ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 9.ed. rev., atual. e ampl. da 8. edição do livro Manual do processo de execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 281, sustenta com acerto, invocando Piero Pajardi, *Procedura civile*, p. 174; BUENO, Cassio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 207-208, que a palavra “provisória” não representa adequadamente o fenômeno, embora de uso corrente. Consoante alerta CARPI, Frederico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 6, na mesma esteira que Costa, *Contributo allo studio dell' esecuzione provvisoria delle sentenze civili*, p. 246-247, o título é provisório, e não a execução, que se processa da mesma forma que a definitiva: “l'esecuzione non è provvisoria, ma è basata su titolo provvisorio. Del resto, il concetto di provvisiorietà mal si attaglia in genere all'esecuzione [...] la provvisiorietà deve ritenersi estranea all'esecuzione che è sempre definitiva, salvo ad essere dichiarata invalidamente compiuta perchè basata su titolo esecutivo non confermato”. Ainda que sejam muitas as expressões empregadas para designar o instituto, como constatou LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 208-209 – *verbi gratia*, “execução da sentença apelável” ou “execução imediata da sentença apelável” por Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*; “execução imediata” por Coniglio, *Riflessioni in tema di esecuzione provvisoria delle sentenze*, e Satta-Punzi, *Diritto processuale civile*; “executividade *ope legis*” ou “executividade *ope iudicis*” por Lancelotti, *Esecuzione provvisoria* –, nenhuma restou efetivamente consagrada. Em razão da tradição do *nomem iuris* execução provisória, sobretudo no direito positivo brasileiro, é mantida esta terminologia no presente trabalho, não, porém, sem a ressalva de que a denominação mais escorreita seria, a nosso ver, execução antecipada, na mesma linha o distinto magistério de TESHEINER, José Maria Rosa. *Execução provisória*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez Informação, v. 328, p. 29-38, fev. 2005. Este fenômeno processual tra-

Essas discrepâncias derivam das razões de ordem prática que motivaram a inserção desses institutos no ordenamento processual. No tocante à execução provisória, visa-se alçar ao autor, que já possui decisão de mérito favorável, mais cedo o bem da vida. Após significativo desenvolvimento do processo, comumente evoluído em dois graus de jurisdição, prepondera a ilação de que representa, pelo espaço de tempo decorrido, prejuízo maior o retardo da execução do que o risco de que seja alterada a decisão ao final. As razões da antecipação de tutela são completamente diversas. Observadas as hipóteses de cabimento gravadas na norma de regência, art. 273 do Código de Processo Civil, infere-se a tutela antecipatória objetiva evitar uma lesão irreparável ou de difícil reparação no curso da prestação jurisdicional, sancionar o réu ímprobo quanto abusar do direito de defesa ou protelar de forma manifesta o desenvolvimento processual, ou tolher que o autor fique privado desnecessariamente, até o fim do processo, de um direito que se apresenta incontroverso¹⁶⁸. Porém, essas diferenças notadamente não têm o condão de impedir que se afirme que a execução provisória e a antecipação de tutela são espécies de um gênero comum. E ainda que a topologia do Código se encontre vil, máxime após sucessivas reformas legislativas, não há razão para se deixe de esposar o agrupamento dos institutos. Não se mostra tecnicamente correto que se situem em pontos longínquos e materialmente diversos, como se se tratassem de fenômenos distintos.

A questão que se propõe é se têm natureza provisória os atos executivos praticados enquanto pendem de julgamento recursos extraordinários e se conservam esta natureza os que foram realizados antes, nas instâncias ordinárias. A resposta dessa proposição revela se o recorrente extraordinário gozará, tanto no caso de execução de sentença quanto de antecipação de tutela, das prerrogativas que o legislador confere ao réu que padece execução de natureza provisional, isto é, sem sentença transitada em julgado. No que respeita à antecipação de tutela, nunca sobreparou dúvida acerca do caráter provisório dos atos executivos praticados antes ou na pendência de recursos extraordinário e especial sob a sua égide, o que sempre vedou, em tese, até o seu jul-

duz a antecipação da execução, que, de ordinário, acontece tão-somente com o trânsito em julgado. Nenhum outro *nomem* expressa, *s.m.j.*, com mais honestidade e pertinência a realidade do instituto.

¹⁶⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 8: do processo de execução, arts. 566 a 645, espousa a necessidade de procedimento distinto para a execução de medida antecipatória. Segundo ele, será cumprida imediatamente, na própria ação de conhecimento, quando deferida com fundamento no inciso I, do art. 273; porém, (a) em se tratando de antecipação com base no inciso II (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório) ou, (b) quando concedida com fundando no inciso I, for incompatível ou frustrada a efetivação da medida antecipatória por simples mandado, na própria ação de conhecimento, caberá ao demandante promover ação autônoma de execução provisória, com fundamento no art. 588 Código [atual 475-O], antecedida, se for o caso, por ação de liquidação de sentença (p. 44-47). Tem-se que o mesmo raciocínio dedicado ao inc. I do art. 273 deve ser dedicado quanto ao procedimento para a execução nos casos do § 6º do art. 273.

gamento final, não apenas o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem a alienação de domínio sem caução idônea, como também a restituição do estado anterior e a responsabilidade pelos prejuízos em relação a todos os atos antecipados, mesmo os efetuados no curso das instâncias ordinárias. Isso não se deve propriamente ao fato de que a inovação legislativa pontificou que a tutela antecipada pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo e a sua efetivação deve observar as normas concernentes à execução provisória, mas, sim, por se ter consolidado, ao tempo de sua introdução no Código de Processo Civil pela Lei nº 8.952/94, o entendimento de que são de caráter interino os atos executivos efetuados enquanto não houver decisão final transitada em julgado, ainda que o recurso pendente de julgamento seja de gênero extraordinário¹⁶⁹.

Porém, essa convicção não escoltou desde sempre a execução de sentença. O recurso extraordinário, originariamente, na vigência das primeiras Constituições republicanas e do Regulamento 737, não impedia a coisa julgada, ensejando, por consequência, a exemplo dos recursos de cassação francês e italiano, execuções definitivas. No entanto, promulgado o Código de Processo Civil de 1939, instalou-se uma celeuma sobre a natureza da execução de sentença instaurada enquanto pendente de julgamento recurso extraordinário. Isso porque o Código se circunscreveu a asserir, no parágrafo único do art. 808, que o recurso extraordinário não suspendia a execução, sem definir se esta era definitiva ou provisória quando proposta na sua pendência. A importância da alteração centrava-se nos consectários do entendimento perfilhado. Caso fosse reputada definitiva, a execução não padeceria qualquer restrição, tal como a execução de sentença passada em julgado. A ser de outro modo, se fosse considerada provisória a atividade executiva, incidiriam as regras protetoras insculpidas no art. 833 do Código, que vedavam a alienação de domínio e, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro, bem como garantiam ao executado a reparação e liquidação nos próprios autos dos eventuais danos causados pela execução acaso fosse reformada ou anulada a decisão exequenda em virtude do provimento do recurso extraordinário pendente¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Também evidenciam a natureza provisional, conquanto não de maneira tão manifesta, as disposições dos §§ 2º e 5º do art. 273 do Código de Processo Civil, as quais prescrevem que a tutela antecipada não pode ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado e que, concedida ou não a tutela antecipatória, o processo deve prosseguir até o julgamento final, não havendo relação de prejudicialidade.

¹⁷⁰ Essa controvérsia foi amplamente tratada na doutrina pátria. Recomenda-se, por tantos, pela didática e proficiência na elucidação das duas posições conflitantes, SILVA, J. A., *Do recurso...*, p. 387-417. E a apesar de a pendenga encontrar-se dissolvida há algum tempo, como se verá, tem sido constantemente revisitada pela doutrina mais atual, *v.g.*, por FERNANDES, Andréa Lopes de Oliveira Ferreira; FRANCO, Wanner Ferreira Execução na pendência do julgamento dos recursos extraordinário e especial. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas*

A grande maioria dos doutrinadores – por todos, Alcides de Mendonça Lima, Alfredo Buzaid, Celso Neves, Enrico Tullio Liebman, Gabriel Rezende Filho, João Bonumá e Pontes de Miranda – entendia que era provisória a execução proposta na pendência de julgamento de recurso extraordinário, uma vez que a execução não estava calcada em uma sentença passada em julgado nesta hipótese, mas, sim, em uma decisão *sub judice*, cujo recurso contra ela interposto não tinha o condão de sustar os seus efeitos¹⁷¹. A jurisprudência, contudo, posicionou-se diferentemente. Os magistrados conferiram interpretação extensiva ao art. 808 do Código de Processo Civil de 1939, para entender que o recurso extraordinário não tinha o dom de prejudicar a execução do julgado, sendo, nessa linha, definitiva a sua natureza quando proposta enquanto ainda pendente recurso extraordinário. Esta inteligência restou encampada pelo Supremo Tribunal Federal, que pôs fim à controvérsia nos fins de 1963 ao editar o enunciado sumular nº 228, *in verbis*: “Não é provisória a execução na pendência de recurso extraordinário, ou de agravo destinado a fazê-lo admitir”¹⁷².

de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 80-101; e MANCUSO, *Recurso extraordinário...*, p. 156-168.

¹⁷¹ Enrico Tullio Liebman foi o baluarte dessa inteligência, tendo liderado, por iniciativa e argumentos, o entendimento de que era provisória a execução proposta na pendência do recurso extraordinário. O seu parecer, *Execução da sentença na pendência de recurso extraordinário*, publicado originalmente na *Revista dos Tribunais*, v. 158, p. 30 ss., e reproduzido posteriormente em sua obra *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, em que reuniu uma série de ensaios sobre variados temas na perspectiva de nosso direito processual, constitui certamente o texto mais citado e representativo desta corrente doutrinária. Nele, Liebman lança a seguinte conclusão após tecer os fundamentos que embasam o seu posicionamento: “Os argumentos examinados não parecem – seja dito com todo o respeito para aqueles que os defenderam – suficientemente poderosos para derrubar os resultados da interpretação clara e direta das disposições do Código. Estabeleceu a lei a distinção entre execução definitiva e provisória e entendeu por definitiva a execução da sentença transitada em julgado, isto é, irretratável. Provisória é toda execução que não é definitiva, quer dizer, que não tem por fundamento uma sentença irretratável. De um ‘tertium genus’, representado por uma execução definitiva, embora baseada em sentença recorrível, não há na lei qualquer indício. Não existem razões práticas que possam fazer preferir solução diferente. Os inconvenientes decorrentes da espera na realização dos atos culminantes da execução, depois de seguro o juízo, se compensam com a vantagem de evitar o perigo de não se poder restabelecer o estado anterior, na hipótese de ser provido o recurso. Afasta-se assim também o desprestígio que adviria para as decisões do Supremo Tribunal Federal e das Câmaras reunidas dos tribunais, fadadas, em caso contrário, a não receber concreta aplicação, apesar de representarem a palavra definitiva da justiça, pronunciada pelos mais elevados órgãos judiciários do país” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Execução da sentença na pendência de recurso extraordinário*. In: ESTUDOS sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 96-97). Essa preocupação referida por Liebman *in fine* notadamente se renova. Pois a questão da tutela de urgência na instância extraordinária visa, a par de evitar o perigo de dano pela demora do processo, a preservar a autoridade e a função dos tribunais superiores.

¹⁷² Por oportuno, transcreve-se parte dos fundamentos de um acórdão de época do Supremo Tribunal Federal: “Há quem faça distinção em ‘sentença passada em julgado’ e caso julgado. Pendendo recurso extraordinário e ação rescisória, diz-se sentença passada em julgado e quando esses recursos não podem ser interpostos há o caso julgado (ver Espínola e Espínola Filho, *A Lei de Int. ao Cód. Civil* vol. I, nº 110, p. 363). Mas, o certo é que somente antes de passar em julgado a sentença ou acórdão, é que cabe o recurso extraordinário. Sempre se entendeu, mesmo na vigência das Constituições anteriores, que a execução da sentença, pendendo recurso extraordinário, é executável como se tratasse de sentença irretratável (ver Matos Peixoto, *Rec. Extraordinário*, 1935, p. 265). Para efeitos de execução, a sentença, ou acórdão, pendente o extraordinário, tem força de coisa julgada do direito francês, na expressão de GARSONET: ‘Dans le langage de la loi, un

Apesar do agudo debate desdobrado na vigência do Código de 1939, o legislador de 1973 não só deixou de colher solução legislativa ao elaborar o novo Código de Processo Civil como incitou novamente a discussão. O Código de 1973 deixou manifesto que a execução é definitiva quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título executivo extrajudicial, e provisória quando a sentença for impugnada mediante recurso recebido só no efeito devolutivo (art. 587). Par a par, reiterou que o recurso extraordinário não suspende a execução de sentença (art. 497) e apurou que coisa julgada constitui a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita tanto a recurso ordinário como extraordinário (art. 467). Nesse contexto, a nova ordem processual reascendeu de chofre a polêmica, principalmente entre os doutrinadores, que, ainda inconformados com a solução anterior imprimida pelo Supremo Tribunal Federal, voltaram a esposar incisivamente a natureza provisória da execução instaurada na pendência de recurso extraordinário.

A jurisprudência, que outrora era absoluta no sentido da definitividade da execução na pendência de recurso extraordinário, ficou vacilante. A divergência restou resolvida novamente pelo Supremo Tribunal Federal, que, desta vez, atendeu aos brados dos doutrinadores. Em 08 de abril de 1976, em sessão plenária, a Suprema Corte brasileira preteriu o verbete sumular nº 228 no julgamento do Recurso Extraordinário nº 84.334-SP e decidiu que, “em face do novo Código de Processo Civil, é provisória a execução de sentença enquanto pende o julgamento do recurso extraordinário”¹⁷³. Esse entendimento não só se perpetuou até os dias de hoje como se estendeu ao recurso especial quando da sua instituição, em 1988, pela Constituição Federal vigente. A Lei nº 8.038/90, que instituiu as normas procedimentais referentes ao recurso extraordinário e recurso especial, respaldou a inteligência sufragada pelo Supremo Tribunal Federal ao normatizar que ambos os recursos são privados de efeito suspensivo (art. 27, § 2º), regra que restou inserida no

jugement a force de chose jugée dès qu'il n'est plus attackable par une voie de recours ordinaire, les voies de recours extraordinaires fussent-elles encore ouvertes? (Précis nº 571, p. 415)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 4558-Guanabara. Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira. Cia. Química Merck Brasil S/A e Cecília Nogueira da Silva. 24 de julho de 1961. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 01902/2004, 12/21 set. 1961) [grifos do original]. Por conseguinte, nesta ordem de idéias, ainda que a decisão objeto de execução estivesse pendente de julgamento do Supremo Tribunal Federal, a mais elevada corte judiciária do País, as regras concernentes à execução provisória eram consideradas inaplicáveis. O réu que interpunha o recurso extraordinário ficava, assim, quando executado, privado de meios para ser ressarcido pelos prejuízos causados e, muitas vezes, para garantir a restituição do estado anterior caso fosse provido o extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 84.334-SP. Estado de São Paulo e José Ribeiro Pacheco e Outros. Relator: Ministro Moreira Alves. 08 de abril de 1976. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 3.472, 08 jul. 1976.

Código de Processo Civil pela Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994, ao dar nova redação ao § 2º do art. 542.

Embora não houvesse mais praticamente controvérsia a partir do enlace da doutrina com a jurisprudência em meados da década de 70, essas reformas legislativas, em uma leitura conjunta com os artigos 467 e 587 do Código, dissiparam, de vez, qualquer discussão sobre a provisoriedade da execução instaurada na pendência de recursos extraordinário, especial, embargos de divergência ou de qualquer outro no decurso das instâncias extraordinárias. Nesse sentido, tem-se hodiernamente que, enquanto houver recurso pendente de julgamento, seja ele extraordinário ou ordinário, o requerido gozará das prerrogativas inerentes à execução provisória, a saber: a restituição ao estado anterior caso modificada ou anulada a decisão exequenda; a responsabilidade objetiva do autor em reparar os prejuízos que o recorrente venha a sofrer; a liquidação dos prejuízos nos próprios autos, por arbitramento; e a restrição dos meios executórios, não sendo permitido, sem prestação de caução suficiente e idônea, o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa lhe resultar grave dano (CPC, art. 475-O). É claro que, se a decisão provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, fica sem efeito a execução tão-somente nessa parte afetada pelo provimento do recurso interposto (CPC, art. 475-O, § 1º). E se o *decisum* for integralmente confirmado ao final, a execução, que inicialmente era de caráter provisional, passa a ser definitiva, tornando possível o levantamento da caução prestada ou a realização daqueles atos que até então eram desfeitos pela sua ausência.

Importa assinalar que, sendo parcial o recurso extraordinário ou especial, isto é, impugnando apenas parte do acórdão do tribunal de origem, a atividade executiva porventura instaurada pelo autor referentemente à outra parcela do *decisum* recorrido será definitiva, e não provisória, podendo desenvolver-se, por isso, sem necessidade das cautelas legais supramencionadas. Tendo em vista os limites objetivos, o julgamento dos recursos extraordinário e especial não poderá alcançar, ressalvada a possibilidade de efeito expansivo, o aresto na parte que não integra a matéria devolvida, ou que se pretende devolver, ao Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. Esta ou bem transitou em julgado, se se tratar de decisão final de procedência do pedido, ou bem está coberta pelo instituto da preclusão, em se cuidando de decisão incidente concessiva de provimento antecipatório. Leciona Cândido Dinamarco, em sua conhecida teoria dos capítulos da sentença, que os limites da devolução operada pelo recurso parcial são regidos principalmente pelo disposto no art. 515, *caput*, do Código de Processo Civil. Os capítulos inatacados reputam-se

cobertos pela preclusão adequada ao caso, tendo o mesmo destino que teria o ato decisório inteiro, se recurso algum houvesse sido interposto. Se o capítulo irrecorrido fizer parte de uma sentença, a preclusão incidente sobre ele será a *proclusio maxima*, ou seja, a coisa julgada formal; se ele contiver um julgamento de mérito, seus efeitos ficarão também imunizados pela autoridade da coisa julgada material¹⁷⁴⁻¹⁷⁵.

O mesmo raciocínio é cabível no caso de reconhecimento parcial do pedido recursal por parte do recorrido. A execução dessa parcela incontroversa do julgado seria definitiva, a despeito de seguir o recurso extraordinário em relação à parte controvertida da pretensão recursal. A propósito, mostra-se conveniente, neste particular, trazer à baila a doutrina de Fredie Didier Jr. em relação à nova modalidade de antecipação de tutela, fundada na incontrovérsia parcial do objeto do processo¹⁷⁶. Nesta hipótese, assim como naquela identificada pelo insigne processualista soteropolitano pelo acréscimo do § 6º do art. 273 do Código de Processo Civil, a decisão que reconhece parcialmente o pedido recursal implica resolução parcial do mérito. Muito embora seja decisão anterior à final, está apta a produzir coisa julgada material, e, por isso, a ensejar atividade executiva definitiva. E não se trata de tutela fundada em cognição sumária ou em razão de verossimilhança. Há cognição exauriente e juízo de certeza, porquanto não existe, a rigor, risco de irreversibilidade.

¹⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros: 2006, p. 105.

¹⁷⁵ Sobre esse tema, pronunciou-se recentemente o Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, em um verdadeiro *leading case* que se baseou exatamente no mencionado doutrinamento de Cândido Rangel Dinamarco: “A pronúncia do órgão recursal sobre parcela não impugnada do conteúdo decisório da sentença, ao transpor os limites do efeito devolutivo do recurso (art. 515, caput, do CPC), afrontou a garantia da coisa julgada, objeto do disposto no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República.(...) Esta hoje irrefragável concepção dogmática, baseada na percepção do caráter cindível do conteúdo decisório da sentença perante os pedidos e o conjunto das preliminares, guarda decisiva importância para a resolução de inúmeros problemas oriundos da prática do processo, como, por exemplo, o das nulidades sentenciárias, da identificação do interesse recursal, dos limites da coisa julgada, da medida dos efeitos do recursos, etc. E um dos campos do processo civil que maiores influxos recebe da teoria dos capítulos de sentença é exatamente o dos recursos. Daí, toda a pertinência de sua invocação neste caso. O art. 515, *caput*, do CPC, consagra o conhecido ‘*tantum devolutum quantum appellatum*’, ao prescrever que ‘a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada’. Tal norma governa a determinação dos chamados limites horizontais do efeito devolutivo operado pela interposição do recurso, que se volta e se limite exclusivamente aos capítulos do ato decisório impugnados pelo recorrente. A tais limites cinge-se a atividade cognitiva do tribunal *ad quem*, ao qual não é lícito pronunciar-se sobre os capítulos da sentença cuja cognição lhe não tenha sido expressamente devolvida por obra do recurso. (...) De modo que apenas tal capítulo decisório da sentença poderia ser conhecido e confirmado ou reformado pelo tribunal, pela razão óbvia de que os demais capítulos de mérito, uma vez decorrido inutilmente o prazo para outros recursos, transitaram em julgado (art. 467 do CPC).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação cautelar. AC nº 112-9/RN. Clemente Bezerra de Faria e Ministério Público Eleitoral. 1º dezembro de 2004. Diário da Justiça da União).

¹⁷⁶ DIDIER JR., Fredie, Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito. *Genesis* – *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 26, p. 711-734, 2002.

Em 2002, a Lei nº 10.444 promoveu inúmeras alterações no então vigente art. 588 do Código de Processo, com vistas a corrigir atecniais da redação original e harmonizar, ainda que não de forma substancialmente significativa, os interesses de efetividade e segurança jurídica na sistemática da execução provisória. Para agilizar a efetivação dos direitos, a Lei nº 10.444/02 expungiu a prestação de caução como pressuposto para a instauração da execução provisória e tornou possível, nos casos de crédito alimentar, até o limite de sessenta vezes o salário-mínimo, a sua dispensa para a prática dos restritivos insculpidos no inc. II quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade. Em contraponto, a fim salvaguardar o executado de prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação por uma execução que se revele equivocada no futuro, a Lei nº 10.444/02 positivou a necessidade da caução para além das hipóteses que já estavam tipificadas (levantamento de dinheiro e alienação de domínio), abarcando qualquer ato que possa resultar grave dano ao executado, bem como tornou manifesto, a fim de agilizar a indenização quando reformada a decisão exeqüenda, que os eventuais danos causados ao executado devem ser liquidados no mesmo processo¹⁷⁷.

A Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, vigente a partir de junho deste ano, procedeu certamente à maior alteração estrutural no Código de Processo Civil desde a Lei 8.952/94 ao estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento. Todavia, ela não adulterou substancialmente o quadro supra-retratado. O novo art. 475-I, § 1º, manteve a classificação do art. 587, ou seja, seguiu sendo “definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo”. Logo, as determinações no sentido de que o cumprimento da sentença far-se-á em conformidade com os art. 461 e 461-A do Código em se tratando de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, e por execução exercida no próprio processo cognitivo em se cuidando de obrigação por quantia certa, seja fundada em sentença transitada em julgado ou em senten-

¹⁷⁷ DINAMARCO, *Reforma...*, p. 255, a tônica maior da nova redação trazia pela Lei nº 10.444 foi a busca de um equilíbrio entre a facilitação da execução provisória, para efetivação da tutela oferecida ao credor, e a segurança do devedor ameaçado ou talvez mesmo prejudicado por uma execução que depois pode revelar-se injusta. Com esse espírito, em benefício do credor, a Reforma da Reforma centrou grandes cuidados na caução a ser prestada em certos casos, mitigando em boa medida a exigência, tal como estava na versão anterior dos incs. I e II do art. 588, e chegando a dispensá-la em casos de extrema necessidade. Em benefício do executado e com vista à efetivação de seu possível direito à indenização em caso de execução desfeita, inseriu no art. 588 mais um inciso, deixando claro que a liquidação dos possíveis danos será feita no mesmo processo (art. 588, inc. IV); abriu também caminho para que a caução seja exigida, fora das hipóteses tipificadas no inc. II, sempre que se trate de atos “dos quais possa resultar grave dano ao executado”. Sobre o regime jurídico da execução provisória à luz da Lei nº 10.444, vejam-se ainda: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; HOFFMANN, Ricardo. *Execução provisória*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 83-154; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Aruda Alvim; MEDIDA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3ª edição revista,

ça hostilizada por recurso desprovido de efeito suspensivo (art. 575-I, *caput*), não tiveram o condão de modificar a natureza da atividade executiva¹⁷⁸. Assim como acontecia dantes, os atos executivos praticados entretantes, incluindo-se a efetivação da antecipação de tutela, deverão observar as normas referentes à execução provisória, que, a partir da reforma em realce, encontram-se no art. 475-O do Código.

Conquanto a Lei nº 11.232/05 não tenha alterado a sistemática existente, realizou, em meio a mudanças de natureza formalística, sensíveis modificações de fundo na execução provisória, com o escopo de proporcionar, na mesma senda que a Lei nº 10.444/02, maior harmonia entre o interesse do autor de receber o quanto antes o bem da vida que já lhe foi atribuído por sentença e o do réu de que se mantenha o estado das coisas enquanto não houver julgamento definitivo ou, ao menos, que se garanta a sua restituição para o caso de seu recurso ser provido. A Lei nº 11.232/05 esclareceu que as disposições da execução provisória devem ser observadas conforme o cabimento na hipótese concreta, acrescentando a locução “no que couber” ao *caput* do art. 475-O, artigo o qual substituiu o art. 588, revogado a partir da entrada em vigor da nova lei. No inc. I, o legislador salientou a inércia judicial ao acrescentar que corre “por iniciativa” do exequente a demanda executiva provisória, bem como realizou uma adequação gramatical *in fine* do dispositivo, alterando o modo verbal do subjuntivo para o imperativo afirmativo e a voz para a passiva analítica. Os incs. III e IV do art. 588 foram reunidos em um único inc., o II, com o acréscimo de que a liquidação é por arbitramento. O inc. II do art. 588 passou a ser inc. III do art. 475-O, com a ressalva de que a caução, além de idônea, deve ser suficiente e arbitrada de plano pelo juiz¹⁷⁹.

atualizada e ampliada da 2ª edição da obra *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 350-363.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A nova execução: comentários à lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 188, assinala que o legislador, por força da tradição, continua empregando o termo “sentença”, agora definido legalmente como o ato do juiz de primeiro grau de jurisdição, que examina ou não o mérito da causa, nas hipóteses previstas nos arts. 267 e 269. Todavia, também acórdãos, decisões monocráticas do relator em segundo grau de jurisdição e decisões do juiz de primeiro grau de jurisdição (*v.g.*, a que impõe multa ao arrematante ou seu fiador pelo não-pagamento do preço da arrematação, com base no art. 695, § 1º; a que fixar os alimentos provisionais, nos termos do art. 733) podem condenar ao pagamento de quantia a ser objeto de execução. Melhor, portanto, falar em decisão *lato sensu*, para abranger-se todas as espécies.

¹⁷⁹ Mais profundamente sobre as mudanças promovidas pela Lei nº 11.232/05 à execução provisória, vejam-se OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (coord.), *A nova execução...*, p. 186-211; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 137-168; CARNEIRO, Athos de Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 93-98; e LISBOA, Celso Anicet. *A reforma do Código de Processo Civil: comentários às Leis nºs 11.187, de 11 de outubro de 2005, e 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 92-99.

Ademais, a Lei nº 11.232/05 somou ao crédito de natureza alimentar o decorrente de ato ilícito como hipótese em que se poderá dispensar a caução, mantendo o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo e a situação de necessidade, a qual, doravante, deverá ser demonstrada (art. 475-O, § 2º, I). A lei ainda estabeleceu que pode ser dispensada a caução, sem qualquer limite de valor, quando for negado seguimento ao recurso excepcional eventualmente interposto e a execução provisória ficar pendendo do agravo de instrumento do art. 544 do Código de Processo Civil, salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou de incerta reparação (art. 475-O, § 2º, II)¹⁸⁰. Ainda em prol da efetividade, a Lei nº 11.232/05 deu fim à burocrática carta de sentença, revogando os arts. 589 e 590 do Código. Agora, a própria parte deverá instruir a petição ao requerer a execução provisória, podendo fazê-lo com cópias autenticadas ou declaradas autênticas pelo seu próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal, tal como faculta o § 1º do art. 544 do Código, na sua parte final, em relação à formação do instrumento do agravo contra a negativa de seguimento de recursos extraordinário e especial (art. 475-O, § 3º).

Segundo o magistério de Teoria Zavascki, a execução provisória é forma de solução conciliadora entre a necessidade de preservar-se a segurança jurídica, como forma de alcançar maior justiça na resolução dos conflitos, e o reclamo da efetividade dos direitos, a exigir do Estado prontas medidas para dar-lhes o devido cumprimento¹⁸¹. Com efeito, a Lei nº 11.232/05 procurou precisamente conciliar a efetividade e a segurança jurídica, contraposição que floresce permanentemente como pano de fundo nas questões processuais. Em face da segurança jurídica, o *optimus* seria a perfeita correspondência entre a imutabilidade da sentença e a sua exequibilidade, proibindo-se *ex vi legis* a execução provisória ou simplesmente se atribuindo, indistintamente, efeito suspensivo a todos os recursos, inclusive aos recursos extraordinário e especial. Essas hipóteses, ou mesmo a preservação vigorosa de garantias em favor do executado provisório, estão distantes da viabilidade frente ao quadro atual do Poder Judiciário, ou mesmo de seus melhores prognósticos, que tem a morosidade como principal mácula. Reconhece-se que o ideal de equilí-

¹⁸⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. Execução provisória: a caução e sua dispensa na Lei nº 11.232/2005. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 85, p. 44-56, mai. 2006, elogia as reformas implementadas pelas Leis nº 10.444 e 11.232 ao sistema da execução provisória. Adverte, porém, que para se completa e total, não se pode ficar preso ao texto da lei. Aduz que o § 2º do art. 475-O deve ser lido a partir da Constituição Federal e deu “modelo de processo”, o “modelo constitucional de processo”. Para que a execução provisória alcance a sua finalidade e cumpra o seu papel em “processo de resultados” – para que ela seja completa –, é mister que, consoante as circunstâncias de cada caso concreto, seja dispensada a caução em outras situações, em outras hipóteses além daquelas previstas na lei.

¹⁸¹ ZAVASCKI, *Comentários...*, p. 251-252.

brio¹⁸², equacionando-se, o quão seja possível, os dois valores na sistemática da execução provisória, traduz tarefa que se revela extremamente problemática e difícil neste como em qualquer território do processo.

Com vistas justamente a estabelecer situação mais igualitária entre as partes no ambiente processual, as idéias na esteira mais moderna têm sido no sentido de ampliar o cabimento da antecipação dos atos executivos e reduzir as restrições existentes à sua efetivação, arrefecendo, assim, a posição confortável do réu, que, durante todo o longo tempo de tramitação do processo, goza do *status quo*¹⁸³. Esta propensão de proporcionar ao autor a satisfação do seu direito mais brevemente, ainda que de forma precária, manifesta a redistribuição do ônus do tempo, que há muito vem esposando Luís Guilherme Marinoni, com conveniência e distinção. Com efeito, sopesada a disposição atual, o aumento da efetividade é medida que se impõe; e a antecipação dos atos executivos deve ser privilegiada pelo notável instrumento que constitui para a sua realização. Essa opção implica ampliação dos riscos no processo, porém, no todo, justifica-se plenamente pela efetividade proporcionada. Em razão do tempo de espera do autor para alcançar o bem da vida, há até quem defenda um retorno às origens do recurso extraordinário, no sentido da definitividade da execução na pendência de recurso excepcional¹⁸⁴. Esta, contudo, não se afigura a melhor alternativa para se superar a perniciosidade do tempo processual. É mais apropriado o fortalecimento da antecipação dos atos executivos, ampliando o seu cabimento e revisitando as garantias do réu.

¹⁸² Na mesma linha, PEREZ GORDO, Alfonso, *La ejecución provisional en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1973, p. 16, e CARPI, *La provvisoria...*, p. 18-19, que também destaca em sua obra, p. 11-12 e 17-19, a importância da execução provisória como conciliador do confronto permanente entre celeridade processual e certeza jurídica. Assere Carpi que “diciamo tentare per metter in luce che, a nostro avviso, non è opportuno dare la prevalenza, in via aprioristica, all’uno od all’altro interesse in gioco, a quello del vincitore alla rapida attuazione della decisione od a quello del soccombente alla possibilità di revisione della sentenza, prima che intervenga un mutamento giuridico, ma è preferibile la ricerca nel caso concreto del punto neutro della bilancia”.

¹⁸³ SILVA, O. A., *Processo e ideologia...*, p. 201-214, chama atenção para o desequilíbrio estrutural existente no processo civil brasileiro, porquanto apenas o autor é penalizado com o dever de indenizar se assumir o risco de executar provisoriamente a sentença ou efetivar as medidas cautelares ou antecipatórias. De fato, caso a decisão final seja desfavorável, deve o autor indenizar o réu, ao passo que este, quando sucumbente, usando de todas as faculdades legais, nada indeniza. Sustenta o renomeado processualista gaúcho, forte no princípio chiovendiano de que o processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo que tenha direito de conseguir, que o réu, quando sucumbente, deveria indenizar os prejuízos causados por quem, devendo saber que não tinha direito, impediu durante todo esse tempo o legítimo exercício do direito do autor, e não tão-somente pagar as custas processuais e os honorários do advogado da parte vencedora.

¹⁸⁴ *Verbi gratia*, NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Organização, seleção e notas Theotonio Negrão. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 368, na nota ao art. 497 do Código de Processo Civil.

É exatamente com dito propósito, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 186/2005, que visa, a exemplo do direito italiano frente a alguns provimentos de urgência, à estabilização da tutela antecipada, mediante a outorga de definitividade e suficiência ao comando estabelecido através de decisão antecipatória. De acordo com o anteprojeto, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, mais precisamente por comissão composta pelos insignes Ada Pellegrini Grinover, Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque, os atos executivos adiantados tornar-se-ão definitivos caso a parte ré deixe de requerer o prosseguimento do processo ou de ajuizar ação objetivando a sentença de mérito, conforme seja a antecipação de tutela deferida incidentalmente ou por meio de procedimento antecedente, o que também passaria a ser admitido pela proposta. Nesta perspectiva, a natureza provisional dos atos executivos antecipados ficaria condicionada à iniciativa do réu, seja ajuizando a ação de conhecimento quando a antecipação de tutela for deferida em procedimento antecedente, seja requerendo o prosseguimento do processo, com vistas ao julgamento do mérito, quando for deferida *incidenter tantum* no processo. Não intentada a ação ou preclusa a decisão que concedeu a medida antecipatória, esta tornar-se definitiva, adquirindo força de coisa julgada nos limites em que proferida.

Existe outro importante projeto de lei tramitando no Congresso Nacional, cujo anteprojeto foi elaborado pela Associação dos Magistrados Brasileiros, com o objetivo de transferir o ônus do tempo para o réu. Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 136/2004, o qual almeja tornar regra geral o recebimento da apelação só no efeito devolutivo, salvo nos casos de dano irreparável ou de difícil reparação. Permitindo-se, de ordinário, a execução provisória tão logo seja prolatada a sentença, transformaria-se regra a efetivação dos provimentos do primeiro grau de jurisdição. Somada essa proposta à restrição de cabimento do agravo de instrumento, aos novos preceitos da execução provisória e à de estabilização da antecipação de tutela, constata-se um novo desenho da estrutura processual brasileira. Além de lastrear a posição do autor, aumentaria sobremaneira a importância e responsabilidade dos juízes de primeiro grau, que historicamente, em face da cultura de interposição de recursos e da própria sistemática processual, desempenham papel coadjuvante, dirigindo a instrução probatória e prolatando verdadeiro projeto de decisão. No entanto, além de manter razoavelmente as garantias a fim de se restabelecer o estado prístino no caso de reforma ou de nulidade da decisão que fundamenta a antecipação dos efeitos executivos, é importante que o sistema disponibilize tutelas de urgência, permitindo ao réu tolher perigos de danos irreparáveis ou de difícil reparação. Essa ressalva compreende, naturalmente, o en-

tretempo em que pendentos os recursos extraordinário e especial, cujas hipóteses de cabimento são abarcadas doravante.

4 AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA

À guisa do discorrido, a proteção do direito subjetivo muitas vezes não pode aguardar a prestação definitiva da tutela jurisdicional pelo Estado. O decurso do tempo produz por vezes alterações de tal ordem na situação da vida objeto de proteção jurídica que restam esvaziadas a utilidade e a eficácia da prestação jurisdicional quando esta resta finalizada. Em face disso, faz-se necessário que o sistema processual seja dotado de provimentos de urgência aptos a garantir, em qualquer tempo e grau de jurisdição, que o poder jurisdicional aufera a utilidade que dele se espera. Pois, embora o perigo de que a mora da prestação jurisdicional comprometa a realização do direito se formalize mais comumente no início do processo ou em momento antecedente, o que justifica de todo o complexo de medidas urgentes liminares e preparatórias, a lesão pode, na verdade, ocorrer em qualquer fase do processo, azo pelo qual impende que existam, em todas as instâncias, enquanto não definida a palavra da justiça, provimentos de urgência capazes de impedir que o tempo da prestação jurisdicional constitua óbice para que se promova a efetiva atuação da tutela jurídica¹⁸⁵.

O sistema jurídico pátrio, na senda da efetividade processual, admite tanto medidas urgentes preparatórias como incidentais ao processo, oponíveis a qualquer tempo e grau de jurisdição, mesmo na pendência de recursos extraordinário e especial. A jurisdição de urgência em sede de recursos extraordinários tem cabimento, *in tese*, desde o momento de sua interposição no pretório de origem até o trânsito em julgado. Os procedimentos dos recursos extraordinário e espe-

¹⁸⁵ PISANI, Andrea Proto. *La nuova disciplina del processo civile*. Napoli: Jovene, 1991, p. 296, aduz justamente que a necessidade dos jurisdicionados de se servirem do processo pela proibição da autotutela pode, *per se* – devido ao seu tempo de tramitação –, causar-lhes danos, motivo por que cumpre ao ordenamento neutralizar esses prejuízos e, desse modo, garantir a efetividade do direito de ação e da tutela jurisdicional. Dessa premissa acenada pelo emérito professor da universidade florentina certamente não se excluem os danos que reclamam uma resposta jurisdicional imediata. Tendo em vista a compreensão hodierna de processo e de cidadania, é inaceitável que, surgindo um risco de lesão iminente, fique o jurisdicionado, seja qual for a fase em que se encontre o processo, totalmente desprovido de tutela jurisdicional com condições de assegurar-lhe a utilidade e a eficácia da futura sentença. No nosso ordenamento, a própria consagração na Constituição, na qualidade de direito fundamental, de que é defeso à lei excluir lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV) respalda a existência, em qualquer tempo e grau de jurisdição, de provimentos urgentes com o escopo de salvaguardar perigos iminentes aos direitos das partes. E como sublinha VERDE, Filippo *I provvedimenti di urgenza*. Padova: CEDAM, 2005, p. 3, “sta di fatto che, ancor oggi, in epoca cioè di imperante principio, quanto meno tendenziale, sulla durata ragionevole del processo, durata che in ogni caso non potrebbe confrontarsi con casi concreti di pregiudizio imminente di un diritto, non potrebbe farsi a meno di uno strumento che, in relazione a qualsiasi diritto, reale od espressione di un vincolo obbligatorio, o di natura strettamente personale, assicuri in casi di urgenza la utilità della decisione futura nel giudizio di merito”.

cial admitem a interposição de recursos internos – *e.g.*, agravo e embargos de divergência – e, posto que excepcionalmente, ações impugnativas autônomas, o que enseja o prolongamento da instância de superposição. No caso do Superior Tribunal de Justiça, ainda é possível a ampliação da instância extraordinária pelo ingresso de recurso extraordinário contra os seus acórdãos, por afronta à Constituição Federal. Dessarte, reconhecido o direito da parte antes, durante ou após o julgamento do recurso excepcional, enquanto não sobrevir o trânsito em julgado, pode a respectiva Corte Superior, havendo fundado perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, outorgar provimento urgente com o propósito de resguardar a eficácia e a utilidade de seu *decisum* – ou mesmo para salvaguardar a efetividade de futura decisão do próprio Pretório em decorrência da interposição de recurso interno –, ou, no caso do Superior Tribunal de Justiça, de decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar recurso extraordinário, na hipótese de constatar a plausibilidade do direito da parte contrária que não se conforma com o resultado do julgamento do recurso especial ou de haver recurso extraordinário, manejado conjuntamente na origem, pendente de apreciação¹⁸⁶.

Não obstante essa amplitude retratada no que respeita ao aspecto temporal, o fato é que a atuação jurisdicional de urgência na pendência de recursos extraordinário e especial se adorna de excepcionalidade. Em razão do estágio avançado em que se encontra o *iter* processual e as peculiaridades inatas à natureza desses recursos, a jurisdição de urgência colhe notas próprias, sobretudo na limitação e compreensão de seu cabimento. A fim de se estudarem as hipóteses cabíveis de medidas urgentes em sede de recursos extraordinário e especial, propõe-se uma classificação dicotômica, na mesma vereda que o legislador em relação às medidas cautelares no Livro III do Código de Processo Civil¹⁸⁷: as tutelas de urgência específicas, referentes às medidas de urgência

¹⁸⁶ Cita-se como julgado interessante sobre o tema o da Petição nº 1.146 AgR/PR, de que foi relator o Ministro Néri da Silveira. Nesse aresto, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, após dar provimento ao recurso extraordinário, concedeu, na mesma sessão, ao julgar e prover o agravo regimental interposto contra a decisão monocrática que havia denegado pedido liminar, efeito suspensivo ao recurso extraordinário já julgado, que cassava acórdão do Superior Tribunal de Justiça. O objetivo do provimento de urgência foi o suspender desde logo os efeitos do julgado do Superior Tribunal de Justiça, que, ao anular decisões concessivas de mandado de segurança do Tribunal de Justiça do Paraná, ensejariam danos de difícil reparação ao recorrente até a publicação do acórdão que julgou o extraordinário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na petição. Pet 1.146 AgR/PR. Relator: Ministro Néri da Silveira. Paulino Pastre Silva e Outros e Superior Tribunal de Justiça. 10 de setembro de 1996. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 12201, 11 abr. 1997).

¹⁸⁷ O legislador de 1973 conferiu amplo destaque à tutela cautelar, reputando-a, na trilha preconizada pelos grandes mestres italianos, um *tertium genus*. A autonomia da tutela cautelar foi acentuada pela topologia do Código, que reservou um dos seus quatro livros, o terceiro, exclusivamente à tutela cautelar, par a par das funções jurisdicionais cognitivas e executivas. Esse Livro III do Código é dividido em dois capítulos: o primeiro reservado às disposições gerais da tutela cautelar e medidas cautelares genéricas (arts. 796 a 812); e o segundo destinado a procedimentos cautelares específicos (arts. 813 a 889). Sobre o processo cautelar no direito brasileiro, vejam-se: LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 8

tipificadas no Código de Processo Civil e legislação extravagante; e as tutelas de urgência genéricas, concernentes, *contrario sensu*, aos provimentos não especificados na lei. Ambas são agora abordadas de per si.

4.1 As Tutelas de Urgência Genéricas

A despeito do evidente esforço do legislador em prever os acontecimentos que tenham potencialmente condições de comprometer a produção de efeitos concretos da prestação jurisdicional, as medidas urgentes por ele imaginadas e positivadas não conseguem, e nunca conseguirão, evitar toda e qualquer sorte de perigo a bens e direitos das partes litigantes decorrente da mora jurisdicional. A vida social, e o próprio método do processo, é um fenômeno deveras dinâmico, apresentando dia-a-dia uma variedade de novas molduras que a lei não tem como contemplar *in totum*. Por essa razão, a ordem jurídica processual admite formas de tutelas de urgência genéricas, viabilizando que se salvguarde a utilidade e eficácia do processo também naquelas hipóteses não ideadas pelo legislador. Possuem, de regra, natureza provisória, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada¹⁸⁸. Em suma, as tutelas de urgência genéricas são todos aqueles provimentos jurisdicionais de urgência atípicos, incidentes em hipóteses que não foram especificamente previstas no Código de Processo Civil ou na legislação processual suplementar¹⁸⁹.

t. 1, arts. 796 a 812; CALMON DE PASSOS, *Comentários...*; CUNHA, Alcides Muños da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812; OLIVEIRA; LACERDA, *Comentários...*; THEODORO JÚNIOR, *Processo cautelar...*; SILVA, C. V. C. *Comentários...*; SILVA, O. A. B., *Comentários...*; SILVA, O. A. B., *As ações cautelares...*; CARPENA, *Do processo cautelar...*; VILLAR, *Medidas cautelares...*; SANTOS, U. P. *Medidas cautelares...*; FERREIRA, Luiz Pinto. *Medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983. Especificamente sobre o poder geral de cautela, vejam-se, por todos, SAMPALLO, Marcus Vinícius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993; e SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz*; no processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

¹⁸⁸ Nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal, todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, não se excluindo dessa regra as que concedem e revogam ou modificam provimentos urgentes. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 82-95. Segunda Série, p. 87-88, assinala que são vias as manifestações da garantia da obrigatoriedade judicial da motivação. Explica que, sem conhecer as razões que inspiraram uma decisão, é impossível saber se ela é ou não conforme à lei. E a necessidade da motivação se torna mais premente na medida em que se reconhece o papel desempenhado, no processo decisório, pelas opções valorativas do julgador, por exemplo ao concretizar conceitos jurídicos indeterminados.

¹⁸⁹ A tutela de urgência genérica permite ao órgão judicial, dessarte, garantir a utilidade e a eficácia da prestação definitiva em situações para as quais não exista na lei um provimento jurisdicional específico. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale...*, p. 67, o poder genérico de prolatar provimentos de urgências adequados para as necessidades das circunstâncias em todos aqueles casos nos quais não se afiguram eficazes as outras medidas de urgências especificamente nominadas e reguladas na lei é fundamental porque faz com que o juiz não

4.1.1 As Medidas Cautelares Inominadas

Dentre as tutelas de urgência genéricas, sobressaem-se as chamadas medidas cautelares inominadas, decorrentes do poder geral de cautela conferido ao magistrado *ex vi* dos arts. 798 e 799 do Código de Processo Civil. Dito poder permite ao órgão judicial, havendo *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, exercer a jurisdição cautelar naquelas concorrências de perigo que não se encontrem tipificadas na lei¹⁹⁰. Logo, caso se configure uma situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação após a interposição de recurso extraordinário ou especial, para a qual a legislação não preveja procedimento específico, é cabível, presente a plausibilidade do direito alegado, a concessão de medida cautelar inominada¹⁹¹, de modo a garantir que a mora judiciária concernente

fique em nenhuma hipótese desprovido de poderes para fazer frente às necessidades de ordem prática. Para PISANI, *La nuova disciplina...*, p. 299-300, em face do princípio pelo qual a duração do processo não pode causar dano àquele que tem razão, esse poder é um componente essencial e inafastável da tutela jurisdicional, nos limites em que seja necessária para neutralizar o *periculum in mora* que ascenda aos extremos da irreparabilidade do prejuízo. Complementa o insigne professor da Universidade de Florença que as tutelas de urgência atípicas representam um *minimum* que nenhum legislador ordinário poderá premeditar, sob pena de pôr em crise os mais elementares princípios cardeais de um sistema processual.

¹⁹⁰ Os arts. 798 e 799 do Código de Processo Civil de 1973 foram notadamente inspirados, a exemplo do art. 675, I e II, do Código de 1939, no art. 324 do Projeto de Código de Processo Civil de Carnelutti. Eles conferem ao magistrado o expressivo poder de adotar medida não prevista em lei, mas que reputa adequada para impedir dano à parte que está na iminência de sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação. LA-CERDA, *Comentários...*, p. 99/114, adverte com perspicácia que a liberdade discricionária que a lei concede ao juiz no exercício do poder geral de cautela assume proporções quase absolutas, constituindo autêntica norma em branco. É, segundo ele, o momento mais alto e amplo de criação do direito em concreto pela jurisprudência, em sistema codificado, de direito continental. É exatamente em razão dessa ampla discricionariedade judicial no exercício do poder genérico e inominado de urgência que PISANI, *Lezioni...*, reputa temerosos os sistemas cautelares totalmente atípicos, em que o procedimento não é determinado pelo legislador, mas pelo órgão judicial, de acordo com o *periculum* que se almeje neutralizar. Ressalta Proto Pisani que a amplitude do poder discricionário do juiz deveria ser exercido, sobretudo, na determinação de quando ocorre em concreto o requisito da irreparabilidade do prejuízo, caracterização freqüentemente difícil em face da apreciação comparativa entre o dano que sofreria uma parte se concedido o provimento cautelar e o dano sofreria a parte contrária pela sua concessão. Um sistema totalmente atípico apresentaria, além do exercício discricionário do cabimento da cautelar, o perigo de fazer depender de uma valorização discricionária de um juiz singular a própria admissibilidade do meio de tutela (p. 604). Sobre o poder judicial de aplicação e determinação da norma jurídica, veja-se RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrizionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975, esp. p. 172-216.

¹⁹¹ Além da concessão de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial, notadamente a tutela de urgência atípica mais comum, podem ser referidos como exemplos de medidas cautelares inominadas a determinação de depósito em juízo das parcelas vencidas e vincendas de acordo firmado até a solução definitiva do recurso excepcional (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 7.190-PR. Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A e Rodonorte Concessionária de Rodovias Integradas S/A. Relator: Ministro Franciulli Netto. 03 de outubro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 291, 10 out. 2003); o bloqueio de aplicações financeiras e a indisponibilidade de bens (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 10.102-RJ. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Sapucaia de Máquinas e Motores Ltda. e Outros e Semenge S/A Engenharia e Empreendimentos e Outros. 24 de maio de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 295-296, 31 mai. 2005); a alienação judicial imediata de bem perecível (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 10.485-SC. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

ao julgamento dos recursos extraordinário e especial não diminua a eficácia e utilidade da prestação jurisdicional dos dois mais relevantes pretórios do País: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

A tutela cautelar inominada em sede de recursos extraordinário e especial baseia-se, assim como as demais medidas cautelares, em uma *summaria cognitio* de um direito juridicamente plausível¹⁹². É em razão da natureza da cognição desenvolvida, que se cinge a verificar a probabilidade dos fatos e a plausibilidade do direito a ser albergado, que a providência acautelatória é revestida de provisoriedade, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo. E ainda que a medida cautelar perdure durante todo o processamento do recurso excepcional, a sua subsistência fica, a rigor, na dependência do desfecho deste, haja vista sua marca de instrumentalidade e acessoriedade. Caso a decisão final do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça – ou mesmo se transitar em julgado a decisão denegatória de seguimento ao recurso do presidente ou vice-presidente do tribunal de origem – não socorra o requerente da providência cautelar, consolidando, pelo não-conhecimento do recurso excepcional ou pelo julgamento de seu mérito, a inexistência do direito que foi provisoriamente assegurado, a decisão concessiva da medida acautelatória resta revogada, cessando a sua eficácia. Porém, se aclamar como certo o direito antes tido apenas por razoável, a medida tem perpetuado os seus efeitos, conforme o caso, até que cesse a situação de perigo¹⁹³.

Brasil Frutas Comércio e Importação Ltda. e Banco do Brasil S/A. 13 de setembro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 423, 16 set. 2005). A propósito, a Medida Cautelar nº 10.485-SC constitui exemplo bastante representativo da importância da tutela de urgência nas instâncias extraordinárias. Neste processo, havia sido arrestado na origem um estoque de maçãs com a finalidade de garantir a satisfação de um alegado crédito do Banco do Brasil. Tendo em vista que as frutas constrictas estavam se deteriorando, foi deferida, por meio de medida cautelar inominada, a alienação judicial imediata do estoque e determinado o depósito judicial do produto da venda. Certamente, a armazenagem dos frutos não poderia aguardar o deslinde da controvérsia e não interessava nem ao credor, nem ao devedor, e tampouco ao Poder Judiciário, o apodrecimento dos frutos. Tão-somente através do poder geral de cautelar foi possível contornar-se esse evidente perigo de dano irreparável.

¹⁹² Na conceituação de WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 95, “a cognição sumária é uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical”. É o que CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. In: OPERE Giuridiche: a cura di Mauro Cappelletti v. 5, Napoli, Morano, p. 634-636, 1972, denomina como juízo de verossimilhança. Conforme o consagrado processualista italiano, esta atividade cognitiva funda-se em provas *leviores*, também chamadas de provas *prima facie*, e serve justamente para simplificar e acelerar a emanação de provimentos de característica provisória e urgente, até que se proceda à indagação aprofundada da verdade e se possa preferir o provimento definitivo.

¹⁹³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 86-87, asserir com razão que a duração da tutela cautelar não está necessariamente condicionada à decisão final do processo principal. Embora seja possível, e até freqüente, que o provimento cautelar torne-se desnecessário a partir da decisão final do processo principal, esta eventual incidência resulta do fato de ocorrer o desaparecimento do estado perigoso a que o direito aparente foi exposto. Por vezes, quando julgada procedente o pedido principal, a situação de perigo perdura, devendo continuar, conseqüentemente, a eficácia da medida enquanto estiver exposto o interesse tutelado. Exemplifica Ovídio Baptista que a duração do arresto decretado no curso

Nos casos extravagantes em que é deferida medida cautelar sem que tenha sido ao menos interposto o recurso excepcional, cessa a eficácia da medida quando transcorrer *in albis* o prazo para a sua interposição, por interpretação analógica do inc. I do art. 808 do Código de Processo Civil. E se houver desistência total do recurso, ato que prescinde de homologação judicial, por não tornar o recurso inadmissível, mas inexistente, finda a eficácia da medida cautelar assim que for manifestada a desistência. No mais das vezes, quando a revogação da medida cautelar decorre do desfecho desfavorável do recurso excepcional, a providência cautelar torna-se ineficaz a partir da publicação do julgamento do recurso. Isso porque a medida cautelar é concedida em virtude da existência do *fumus boni iuris*, o qual, diante de seu improvimento, fica absolutamente esvaído¹⁹⁴. Porém, de acordo com o caso concreto, seja pela possibilidade de reforma do *decisum* pela própria Corte Superior face à interposição de recurso interno cabível no procedimento dos recursos excepcionais, seja, no caso de recurso especial, pela possibilidade de reforma do decisório pelo Supremo Tribunal Federal em decorrência da interposição de recurso extraordinário, nada impede que se estendam os efeitos da eficácia da medida cautelar até o trânsito em julgado ou, na segunda hipótese, a assunção do recurso extraordinário ao Pretório Excelso. Mesmo porque, neste caso, enquanto não for proferido o juízo de admissibilidade provisório pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, carece de competência o Supremo Tribunal Federal para exercer a jurisdição cautelar.

Salienta-se que é possível que a medida cautelar se revista, a princípio, de autêntico caráter definitivo, precisamente quando inexiste relação de acessoriedade entre o recurso excepcional pendente e a providência cautelar. Embora a jurisdição cautelar possua necessariamente caráter instrumental, uma vez que sua razão de ser é assegurar o resultado útil e prático do processo,

de uma demanda condenatória não fica condicionada à prolação da sentença que vier julgar procedente a demanda, de tal modo que o provimento cautelar tenha de desaparecer assim que transitar em julgado a decisão. Em verdade, depois do trânsito em julgado do *decisum* que houver proclamado a existência real do direito que o arresto protegera apenas como aparente, a medida cautelar tornar-se-á ainda mais justificada, devendo perdurar até que, promovida a execução, seja possível efetivar-se a penhora sobre os bens anteriormente arrestados.

¹⁹⁴ A propósito: “[...] 1. A eficácia do julgado na medida cautelar que suspendeu a executoriedade do acórdão constituído no recurso especial, contrário ao autor, não deve perdurar além dos recursos cabíveis, pela diluição do ‘fumus boni iuris’. 2. Vencido o caminho processual dos embargos declaratórios, motivados pelo acórdão do recurso especial, que permaneceu intangido, exaurida a cognição, a cautelar favorecedora da suspensão não pode perenizar. Demais, em tese, o vislumbre de recurso extraordinário, por si, não autoriza aquela suspensão, uma vez que o processamento na via augusta é da competência do Supremo Tribunal Federal, não se admitindo que outro juízo antecipe os efeitos do recurso extremo. 3. Exequível o acórdão, impropede a reclamação se o reclamado se dispõe a cumprir o julgado” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Rcl 278/PR. Município de Diamante d’Oeste e Outros e Governador do Estado Paraná e Outro. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. 25 de abril de 1995. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 14325, 22 mai. 1995).

nem sempre a tutela acautelatória tem como foco a tutela jurisdicional veiculada no julgamento do recurso extraordinário ou especial. A medida cautelar busca, por vezes, simplesmente afastar situação capaz de prejudicar a utilidade e eficácia de parcela da prestação jurisdicional que não é objeto do recurso, já coberta, por conseguinte, pelo manto da coisa julgada. Nesta conjectura, em que inexistente conexão de acessoriedade entre a providência cautelar e o recurso excepcional, a decisão acautelatória possui, na verdade, um viés definitivo, pois o julgamento do recurso, seja qual for seu resultado, não terá qualquer reflexo sobre a mesma, permanecendo íntegra a sua eficácia. Imagine-se, por exemplo, que o autor, após julgamento de procedência do seu pedido por tribunal de justiça, interponha recurso especial em que o objeto seja a afronta à lei federal em virtude da distribuição dos ônus de sucumbência ou de alguma outra questão acessória. Caso surja algum perigo iminente de lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito já reconhecido de forma definitiva, tem legitimidade o autor para propor medida cautelar, a qual não terá qualquer relação de acessoriedade com o recurso especial. Logo, nessa hipótese, a medida acautelatória será revestida de definitividade, pois não sofrerá qualquer alteração em face do julgamento do recurso especial pendente.

O exame dos requisitos autorizadores da jurisdição cautelar segue a rotina de ser realizado por meio de cognição sumária em sede de recursos extraordinários. A peculiaridade é que, sendo a instrumentalidade da medida acautelatória voltada especificamente para o recurso extraordinário ou especial pendente de julgamento – o que acontece de ordinário –, o *periculum in mora* centra-se no perigo de dano em razão da demora de seu processamento e julgamento, e o *fumus boni iuris*, na probabilidade de seu êxito. Em outras palavras, para o deferimento da medida cautelar, mister que o recurso excepcional interposto tenha manifesta probabilidade não só de superar o juízo de admissibilidade como de ser provido, para o efeito de reconhecer o direito que se pretende acautelar provisoriamente. A fumaça do bom direito está, pois, concatenada com a plena reunião dos condicionantes de admissão do recurso e com a sua possibilidade de sucesso no juízo meritório, quer porque o acórdão recorrido contraria a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou afronta de maneira flagrante a Constituição, no caso de recurso extraordinário, quer porque o acórdão recorrido contraria a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça ou afronta de maneira flagrante o direito positivo federal, se especial o recurso. O simples fato de o recurso reunir condições de superar o exame de deliberação não permite, *per se*, a abertura da jurisdição cautelar. Para além disso, é necessário que o recurso excepcional, na hipó-

tese de cabimento em que está fundado, tenha patente possibilidade de auferir êxito no julgamento do seu mérito recursal¹⁹⁵.

4.1.1.1 A Legitimidade

As medidas cautelares inominadas em sede de recursos extraordinários podem ser deduzidas tanto pelo autor quanto pelo réu, dado que o perigo na demora pode afligir qualquer um dos pólos da relação jurídica processual, independentemente da posição que se conformem na esfera recursal. Na qualidade de recorrente ou de recorrido, o autor poderá formular pretensão cautelar com o objetivo de assegurar a satisfação do direito e o requerido com o escopo de impedir o dano inverso causado por medidas assecuratórias ou pela satisfação precária do direito alegado pelo *ex adverso*. O essencial para o exercício do poder geral de cautela é que, dentro das respectivas esferas de interesse, estejam devidamente presentes os pressupostos autorizadores. Vale anotar que, malgrado a jurisdição cautelar tenha por finalidade mormente garantir a satisfação do direito do demandante, uma vez que o estado das coisas no processo favorece em princípio aquele que pretensamente lesou o direito alheio, ela aufere novo perfil na pendência de recursos extraordinários. Na prática, a tutela cautelar passa a assegurar maiormente os interesses do réu, no sentido de arredar perigos iminentes pela alteração do *status quo ante*. Porquanto, nesse estágio do processo, há de ordinário uma inversão do ônus do tempo, proporcionada pelo deferimento anterior de medidas cautelares e satisfativas e, em especial, pela instauração da execução provisória do julgado.

De feito, a concessão de medida cautelar e a antecipação de atos executivos, por tutela antecipatória ou execução provisória, causam freqüentemente prejuízos graves e, por vezes, irreversíveis ao réu. Assinala-se que, desses institutos, apenas a execução provisória é *ope legis*, uma vez

¹⁹⁵ Os requisitos para o exercício da jurisdição cautelar em sede de recursos extraordinário foram explanados de forma profícua pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da Petição nº 1859-DF, julgado que se tornou norte na matéria, não só no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em petição. AgrPet 1859-DF. Eucatur e Alvimar Bertrand Duarte Guerra de Macedo e Outros. Relator: Ministro Celso de Mello. 28 de março de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 28 abr. 2000, p. 90). Nas palavras do citado Ministro, a tutela cautelar, para legitimar-se, supõe que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual, caracterizada, dentre outras, pelas notas de tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição, bem como que a postulação de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica e se demonstre, objetivamente, a ocorrência de situação configuradora do *periculum in mora*.

que as medidas cautelares e satisfativas decorrem sempre da apreciação judicial. Nestas hipóteses, cumpre ao juiz analisar o caso concreto, inclusive os riscos que a medida causaria, ou presumivelmente poderia causar, na esfera jurídica da parte contrária e, de acordo com parâmetros legais, deferir ou não o provimento. Essa ponderação acerca do dano inverso se faz ainda mais criteriosa no caso de deferimento *inaudita altera parte*, pela preterição à oportunidade prévia do contraditório e do direito de defesa do *ex adverso*. Aliás, posto que a concessão de medida sem a audiência da parte contrária pudesse se concretizar apenas em situações excepcionais, a praxe forense evidencia sua vulgarização, o que implica sérios prejuízos ao *ex adverso* e a valores basilares que brandem na dialética processual. Tão-só se justifica o deferimento *in limine* das tutelas de urgência quando realmente a sua postergação possa comprometer a prestação jurisdicional e, por conseguinte, o acesso à justiça. Por certo, a ordinarização de medidas liminares em prol duma suposta efetividade, sem a oportunização do contraditório e do direito de defesa, não se mostra a alternativa escoreita e concordante com aquelas garantias fundamentais consagradas constitucionalmente, em direção a um processo justo.

4.1.1.2 O Deferimento de Ofício

O art. 797 do Código de Processo Civil ressalva que “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”¹⁹⁶. Por conseguinte, à luz do imbricado no Código de Processo Civil, constitui dever do órgão judicial deferir de ofício incidentalmente no processo, em casos específicos, taxativamente previstos na lei, medida cautelar com o intuito de tolher eventual prejuízo de difícil reparação ao direito de uma das partes em litígio e, por consequência, resguardar a prestação jurisdicional a ser entregue. Nesse sentido, embora o comum seja o requerimento da medida cautelar pela parte interessada, é cabível nas hipóteses insculpidas na lei, a teor do que estabelece o art. 797 do Código de Processo, o exercício de ofício do poder geral de cautela em sede de recursos extraordinário e especial em defesa da própria jurisdição, seja para se deferir de per si uma providência acautelatória, seja

¹⁹⁶ Embora aparentemente análogos, os arts. 797 e 804 contêm conteúdos distintos. Como leciona LACERDA, *Comentários...*, p. 80-81, enquanto o art. 804 cogita da tutela liminar, a pedido do autor, sem audiência do réu, o art. 797 cuida do poder legal do juiz de decretar medidas cautelares “sem a audiência das partes”, no plural, isto é, sem audiência do autor e do réu. Em outras palavras, consagra-se a cautela de ofício. O processualista gaúcho sustenta ainda, *bis idem*, p. 94-97, uma interpretação extensiva e analógica do art. 797. Segundo ele, quando no art. 797 se condiciona a atuação oficiosa a casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, é lícito estender-se a regra a casos análogos, seja para decretar cauteladas nominadas e inominadas.

para se adequar às precisões do caso a medida cautelar quando há requerimento da parte padece-dora de perigo¹⁹⁷. Nesse contexto de adequação e de exercício officioso do poder geral de cautela de que é dotado o órgão judicial, insere-se a cominação de multa diária pelo não cumprimento de determinação judiciária. Ao deferir medida urgente ou no próprio julgamento do recurso excep-cional, podem as Cortes Superiores, ou mesmo o presidente do tribunal inferior, na sua respecti-va esfera de competência, impor *astreinte* com o visio de conferir efetividade à sua decisão, inclusi-ve em sede de medida antecipatória, por aplicação do § 3º do art. 273 c/c com o art. 461, §§ 4º e 5º do Código de Processo.

Todavia, tendo em vista a compreensão atual da missão do Estado no exercício do poder jurisdicional, traduzida, neste particular, sobretudo no significado atual dos princípios da inafas-tabilidade da jurisdição, acesso à justiça e devido processo, a restrição imposta pelo legislador no sentido de que tão-só cabe a concessão de medida acautelatória nas hipóteses admitidas na ordem legal deve ser lida com reserva. De efeito, havendo fundado receio de que a tutela jurisdicional reste comprometida antes da decisão final, pelo perigo iminente de dano irreparável ou de difícil reparação a direito do jurisdicional revestido de verossimilhança, impõe-se ao órgão judicial, a despeito de requerimento da parte interessada e previsão legal autorizando a officiosidade judicial, acautele a situação jurídica até a entrega definitiva da prestação jurisdicional. De mais a mais, ten-do em conta a natureza pública do processo, é inaceitável a inércia do órgão judicial defronte a um perigo capaz de prejudicar de forma irreparável aquele que, num juízo de verossimilhança, é merecedor da tutela jurídica¹⁹⁸. Tal representaria pernicioso retrocesso aos tempos da concepção

¹⁹⁷ DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 108, p. 23-31, 2002, afirma que o princípio da inafastabilidade garante uma tutela adequada à realidade da situa-ção jurídico substancial que lhe é trazida para solução. É de onde se extrai também a garantia do devido processo legal. E daí se retira o princípio da adequação do procedimento, que nada mais é do que um sub-produto do princípio da adequação da tutela jurisdicional (p. 28).

¹⁹⁸ CARPENA, *Do processo...*, p. 180 *et seq.*, sustenta com razão que a limitação aos casos expressamente autori-zados por lei não é nenhum pouco conveniente, porque “impede” que o magistrado, enquanto administra-dor do processo e agindo em nome do Estado, em muitíssimos casos, delibere em benefício da efetividade jurisdicional, da justa distribuição da justiça e de resguardo do direito. Tratando-se de provimento com cu-nho meramente acautelatório e de simples segurança, que vem em defesa da jurisdição, e não de uma das partes, não se justifica tal restrição feita pelo legislador, ainda mais porque, na realidade, o poder cautelar genérico deve ser compreendido na correta perspectiva de manifestação de um poder de polícia judiciária, não se concebendo que fique, portanto, condicionado a casos taxativos, que o torna estéril. Ora, não se po-de compreender que possa ficar o magistrado de mãos atadas perante a situação periclitante que, sem dúvi-da, trará grande prejuízo à sua própria manifestação futura a respeito da lei, ou mesmo à efetividade e efica-cia de sua declaração na sentença, em nome de um princípio dispositivo que lhe tolhe e compromete toda atividade, já exercida e ainda a ser. Não se está dizendo que pode o juiz agir a seu bel-prazer, mas, sim, que, em situações extremas e excepcionais, em que verifique que o processo pode ser prejudicado em razão de algum acontecimento, possa agir de ofício, visando a defender a prestação jurisdicional.

liberal, em que o processo ainda estava imbuído de natureza privada, e o juiz figurava como mero espectador¹⁹⁹.

Deveras, constatando o órgão judicial competente fundado receio de lesão irreparável ou de difícil reparação antes do julgamento definitivo dos recursos extraordinário e especial, conjugado com a plausibilidade do direito alegado, cumpre-lhe, em defesa da própria jurisdição, conceder medida acautelatória independentemente de requerimento da parte interessada ou, condizente com as necessidades do caso, adequar a providência assecuratória postulada²⁰⁰. Tão-somente através dessa compreensão ampliativa do poder geral de cautela será possível afastar-se o *periculum damnum irreparabile* e salvaguardar-se o resultado útil e eficaz da decisão definitiva, que no caso se qualificaria por ser emanada pelas mais elevadas cortes do País. E além de resguardar a efetividade processual, está o fato de que só assim o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça poderão cumprir a missão que lhes foi gizada pela Constituição da República, por meio dos recursos extraordinário e especial. Prejudicado o cumprimento de suas decisões, serão elas ineficazes, pois desprovidas de condições de assegurar a autoridade e inteireza do sistema jurídico. Em outras palavras, restará em nada a decisão do Supremo Tribunal Federal que apurar afronta à Constituição e do Superior Tribunal de Justiça pretendendo uniformizar e combater violação à legislação federal.

¹⁹⁹ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 134, esclarece que a extensão dos poderes do juiz vincula-se estreitamente à natureza e à função do processo civil e à maior ou menor eficiência desse instrumento na realização de seus objetivos. Com efeito, haja vista a função e a natureza pública do processo, bem assim os objetivos do processo no Estado Democrático de Direito, é inconcebível a restrição ao poder geral de cautela que é imposta ao juiz pelo art. 797 do Código de Processo Civil. Essa mitigação vai, em contramarcha com a evolução do processo e da cidadania, ao encontro do liberalismo, que esposava o domínio das partes sobre a relação jurídica processual. Consoante sublinha OLIVEIRA, *ibidem*, “a concepção liberal não só atribuía às partes amplos poderes para o início e fim do processo e o estabelecimento de seu objeto, como também sujeitava à exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento, assim como a própria instrução probatória”. O poder judicial estava, nesta ordem de idéias, diminuído em face da ideologia dominante.

²⁰⁰ Conquanto sem alarde dogmático na sua realização, é bastante comum a adequação de medidas cautelares pelos Tribunais Superiores. Cita-se como exemplo o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, da Medida Cautelar nº 10.306-RS. Nesse feito, o requerente postulava efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra o acórdão que julgou improcedente o pedido de exceção de suspeição e/ou impedimento do juiz. O Superior Tribunal, ao invés de conferir o efeito suspensivo, que na situação em apreço não só seria mais do inócuo como implicaria prejuízo para a parte postulante, afastou o juiz do processo até o julgamento definitivo do recurso especial (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar. MC 10.306-RS. João Almeida Pereira e Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ari Pargendler. 02 de agosto de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 223, 21 nov. 2005). Outro exemplo é a Medida Cautelar nº 2527-PR, em que o requerente postulou a outorga de efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra o acórdão que admitiu penhora sobre o faturamento da empresa. O Superior Tribunal de Justiça denegou o efeito suspensivo, mas, de ofício, determinou o cumprimento das formalidades legais previstas nos arts. 677 e 678 do Código de Processo Civil (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 2527-PR. Telecomunicações do Paraná S/A e Fazenda Pública do Estado do Paraná. Relator: Ministro Francisco Falcão. 13 de março de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 93, 11 jun. 2001).

4.1.1.3 A Outorga de Efeito Suspensivo

A teor do art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, lastreado pela nova redação do § 2º do art. 542 do Código de Processo Civil, os recursos extraordinário e especial devem ser recebidos somente no efeito devolutivo, não sonhando que o aresto impugnado gere efeitos imediatos. Logo, em virtude da própria sistemática processual, que determina, com o fito de fomentar a efetividade processual, o recebimento dos recursos extraordinário e especial sem o efeito suspensivo, é bastante copioso o *periculum damnum irreparabile* decorrente da eficácia imediata do acórdão extraordinariamente recorrido, principalmente pela antecipação dos atos executivos através do instituto da execução provisória. Ainda que o perigo mais comum pela ausência de efeito suspensivo seja proporcionado pela execução antecipada, que sói ser instaurada após o *decisum* do segundo grau de jurisdição, contribui de forma assaz para essa estatística a pronta eficácia dos provimentos de urgência, de natureza satisfativa e cautelar, que também ensejam adiantamento de atos substanciais. Conquanto saudável e legítima a opção política do legislador de privar os recursos extraordinário e especial de efeito suspensivo, com a intenção de evitar prejuízo maior pela espera da tutela jurisdicional àquele que já teve o seu direito reconhecido após dois graus de jurisdição, a eficácia imediata do julgado impugnado, através da atividade antecipatória de atos executivos ou acautelatórios, ensejam comumente, não obstante as regras protetoras estatuídas na lei, prejuízos que não poderão ser reparados ou que dificilmente poderão ser reparados caso, ao cabo, seja provido o recurso excepcional²⁰¹.

A ordinariedade da realização antecipada de atos substantivos objeto do acórdão hostilizado torna a outorga de efeito suspensivo notadamente a mais freqüente providência de urgência dentre todas na pendência dos recursos extraordinário e especial. E como não há procedimento cautelar típico para se impedir os danos irreparáveis ou de difícil reparação causados pela geração imediata de efeitos da decisão recorrida, a medida acautelatória consistente na concessão do efeito suspensivo é exercida em face do poder geral de cautela. Nesse diapasão, presentes o *fumus boni*

²⁰¹ FURNO, Carlo. *La sospensione del processo esecutivo*. Milano: Giuffrè, 1956, p. 48-49, destaca o complicado e complexo sistema de medidas e contramedidas, pesos e contrapesos, com os quais o legislador procura dar solução prática às exigências opostas de tutela em face das posições jurídicas, respectivas e recíprocas, de credor e devedor. Cumpre-lhe assegurar ao primeiro a mais pronta satisfação do seu direito e ao segundo as mais eficazes garantias contra uma execução substancialmente injustificada ou processualmente ilegítima. Nasceram dessas exigências opostas alguns dos problemas mais árduos e delicados do Direito Processual: de um lado, no regime positivo da antecipação da execução forçada sobre a definitividade e imutabilidade da

iuris e o *periculum in mora*, admite-se o deferimento de efeito suspensivo a recursos extraordinário e especial por meio de medida cautelar inominada, a despeito de a lei privá-los dessa eficácia. Objetiva-se, através do exercício do poder geral de cautela, evitar que percam suas naturais e indispensáveis funções, bem como assegurar, corolariamente, a eficácia prática da providência definitiva no caso de seu provimento. Em suma, é cabível conferir-se efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial quando se constatar, em cognição sumária, que a propagação dos efeitos do *decisum* impugnado representa perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação ao recorrente e, cumulativamente, há manifesta probabilidade de êxito do recurso, representada tanto pela condição de ultrapassar com sucesso o restrito exame de admissibilidade como, no juízo meritório, de ser provido²⁰².

Tendo em conta que a outorga de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial visa a resguardar a autoridade e a utilidade de seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, a eficácia suspensiva só abrange a parcela do acórdão que é objeto do recurso, pois somente ela é devolvida para reexame e pode ser modificada na instância extraordinária. A eficácia da outra parte do julgado hostilizado, autônoma e suficiente, fica incólume, portanto. Essa conjectura só se desvirtua se o julgamento do recurso extraordinário ou especial puder prejudicar outras questões por força do efeito expansivo. Fora desta hipótese de relação de prejudicialidade, sendo parcial o recurso, não há por que se conceder medida cautelar para suspender a integralidade dos efeitos da decisão hostilizada e proibir, por conseguinte, a sua executividade total, *a fortiori* considerando que a parte não impugnada já está ao abrigo da coisa julgada. Assim, ainda que deferido o efeito suspensivo, poderá o autor propor desde já a execução, ou continuar a promover a realização dos atos executivos, da fração do acórdão não-atingida pela suspensão deferida. Salienta-se que a execução da parte do aresto que não foi objeto de recurso possui, sem embargo da sua pendência, viés definitivo, podendo desenvolver-se sem necessidade das cautelas legais.

prestação jurisdicional; de outro, no sistema das impugnações da sentença exequível e das oposições à execução.

²⁰² P. ex., o *decisum* na Medida Cautelar na Petição nº 1.378/SP, provido à unanimidade pela Primeira Turma do STF, assim ementado: “Petição em que se requer medida cautelar, com pedido de liminar, para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que, admitido na origem, já se encontra em tramitação nesta Corte. Em se tratando de medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário já admitido, aplica-se a norma especial, de natureza processual, constante no art. 21, IV, do Regimento Interno desta Corte. Ocorrência de acentuada plausibilidade jurídica da pretensão deduzida no recurso extraordinário e que visa garantir eventual decisão da causa em favor do ora requerente. Medida cautelar deferida para dar efeito suspensivo ao recurso extraordinário, ficando prejudicado o pedido de liminar.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na petição. PET-MC 1378/SP. Município de Diadema e Espólio de Constante Bolognani. Relator: Ministro Moreira Alves. 31 de outubro de 1997. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 63.949, 05 dez. 1997).

A reabilitação dos efeitos da decisão recorrida, quando agregado o efeito suspensivo, e, via de consequência, a possibilidade de se encaminhar o cumprimento da decisão, fica dependendo da revogação ou modificação do provimento de urgência, o que pode permear a qualquer tempo. Pode o próprio órgão judicial que prolatou a medida de urgência reconsiderá-la em juízo de retratação, *ex officio* ou a requerimento da parte contrária, ou, mediante juízo iterativo, quando for provido o recurso interposto contra a decisão que deferiu a medida cautelar. É factível ainda que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, no exercício de sua respectiva competência hierárquica, cassem ou modifiquem o efeito suspensivo concedido na corte de origem. Permanecendo íntegra a jurisdição cautelar no interregno de processamento do recurso extraordinário ou especial, o acórdão impugnado fica dependendo da revogação da medida em decorrência de seu não-conhecimento ou do desprovimento na apreciação de seu mérito. Na hipótese de ser dado provimento ao recurso, resta prejudicado o cumprimento do julgado, salvo se o recurso for parcial, de modo que a modificação ou anulação alcance apenas a parcela impugnada do acórdão recorrido. E no caso de o provimento ser parcial, tão-só na parte reformada ou que ficou sem efeito do acórdão a pretensão executiva fica prejudicada. Os capítulos do aresto recorrido que forem mantidos terão seus efeitos restituídos, na medida em que nessa parte será a medida cautelar revogada. Da análise da jurisprudência das Cortes Superiores, colige-se que o acolhimento de medidas cautelares para emprestar efeito suspensivo a recursos excepcionais tem maior aceitabilidade no Superior Tribunal de Justiça. O Supremo Tribunal Federal tem sido mais parcimonioso para a instauração da jurisdição cautelar, como de modo em geral para o exercício de tutelas de urgência em sede de recurso extraordinário, inclusive para as satisfativas genéricas, o próximo item analisado.

4.1.2 *As Tutelas Satisfativas Genéricas*

As tutelas de urgência atípicas em sede de recursos excepcionais nomeadamente não se restringem às medidas cautelares inominadas, compreendendo também provimentos de caráter satisfativo. Caso o objeto do recurso extraordinário ou especial comporte pretensão que necessite ser realizada imediatamente, sob pena de carrear ao recorrente *periculum damnum irreparabile*, ou caso exsurja situação de perigo iminente que reclame a pronta satisfação de direito não veiculado na pretensão do recurso excepcional, é cabível, nas hipóteses para as quais a legislação não tenha

previsto procedimento específico, tutela de urgência satisfativa genérica, consistente na antecipação de tutela recursal ou na antecipação de tutela. Naturalmente, como ensina o Ministro Sálvio de Figueiredo, o uso adequado e correto da tutela antecipatória em procedimentos nos quais a lei expressamente não a contemple, para evitar danos de impossível ou de difícil reparação, não prescinde da postura sensata do juiz defronte do caso em apreciação, sob pena de transverter esse instituto tão importante para a efetividade do processo em prejuízo para as partes e, afinal, para a prestação jurisdicional²⁰³. Essa advertência mostra-se ainda mais curial em se tratando de tutela satisfativa após o fecho das instâncias ordinárias, na pendência ou em face dos recursos extraordinário e especial.

As tutelas de urgência satisfativas genéricas têm fundamento no art. 273, inc. I, do Código de Processo Civil. Portanto, possuem como requisitos autorizadores o fundado receio de dano irreparável ou incerta reparação e a verossimilhança do direito, constatado mediante prova inequívoca. Em outras palavras, diferentemente da tutela cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a tutela antecipatória supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de relativa certeza quanto à verdade dos fatos²⁰⁴. É preciso então, além da demonstração do cabimento e ocorrência dos pressupostos específicos de admissibilidade, que exista uma prova de tal monta robusta que gere uma presunção, ainda que *iuris tantum*, de certeza sobre o direito a ser satisfeito de forma antecipada. A prova inequívoca não pode ser entendida, portanto, como uma prova definitiva, mas como uma prova que, em um exame perfunctório, encerre um *juízo qualificado de probabilidade* acerca do direito alegado pelo requerente e, conforme o caso, de provimento do recurso. É exatamente o que pontificou o Supremo Tribunal Federal, com espeque na doutrina de William Santos Ferreira e Ernani Fidelis dos Santos, ao julgar a questão de ordem na Petição nº 2.541-5-RS, relator o eminente Ministro Moreira Alves:

²⁰³ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental em medida cautelar. AgRg na MC 6.417-DF. Editora Abril S/A e Ronaldo Bonfim dos Santos. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 26 de junho de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 208, 25 ago. 2003).

²⁰⁴ Cf. ZAVASCKI, *Antecipação...*, p. 77. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3, p. 41-42, pontua que não há comparar-se a verossimilhança exigida para a tutela antecipatória com a probabilidade ou plausibilidade reclamada para fins de deferimento de medida cautelar. Na cautelar, o que se apresenta como núcleo é o fundado receio de dano, que deve ser objetivo, isto é, capaz de ser devidamente provado. Para obviá-lo sem arbítrio, exige-se que haja, no mínimo, alguma probabilidade de vir a ser vencedor quem requerer a medida cautelar. Aqui, na antecipação de tutela, o núcleo é a prova inequívoca da possibilidade de a pretensão do autor vir a ser certificada como direito. Não se antecipa a tutela quando apenas há a probabilidade de vir a ser certificado o direito, sim quando já existem elementos que permitem o convencimento do julgador quanto à possibilidade (não probabilidade) de sua certificação, mesmo que provisória e sob condição resolutiva.

Ora, ainda que se admita, excepcionalmente, tutela antecipada em recurso extraordinário, para a sua concessão há de se observarem os requisitos legais para essa antecipação que se encontram no artigo 273 e seus incisos e parágrafos do Código de Processo Civil. Entre eles se acham previstos na parte final do ‘caput’ desse dispositivo: desde que o juiz, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação. Da interpretação conjugada dessas duas condições gerais da antecipação, resulta, a meu ver, correta a colocação de FERREIRA, William Santos. *Tutela Antecipada no Âmbito Recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p 138 *et seq*, ‘[...] o espectro da tutela é muito mais amplo do que o da tutela cautelar, daí os requisitos para a concessão daquela serem (e não poderiam deixar de ser!) mais rigorosos do que os da tutela cautelar. Na tutela cautelar fala-se em *fumus boni iuris*, ou seja, na aparência, ainda que tênue (nebulosa – fumaça de que o autor pleiteia (ou pleiteará) na ação principal poderá ser procedente’. E, depois de, em nota (109, p. 139), observar que ‘em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tratou-se da combinação entre verossimilhança da alegação e prova inequívoca com ‘um fumus boni iuris qualificado’, pondera que são diferentes as posições do juiz ao prolatar a sentença final e ao analisar a solicitação de tutela antecipada, porquanto: ‘O juiz, na análise do pedido de tutela antecipada, se encontrará, normalmente, diante de um ‘quadro processual mais pobre’ (cognição parcial) – este é o motivo pelo qual a lei, concomitantemente, fala em prova inequívoca combinada à apuração da verossimilhança da alegação, e isto significa forte probabilidade. A forte probabilidade nada mais é do que algo muito próximo à ‘convicção’ para o momento processual da concessão da tutela antecipada, com duas características: a) a convicção do juiz para a concessão da tutela antecipada não tem a mesma carga de convicção do momento em que julga definitivamente a ação, pois seria exigir do magistrado algo impossível, ante a primeira tratar-se de cognição parcial; b) os elementos (argumentos e prova) que permitem ao julgador conceder a tutela antecipada (cognição parcial) não precisam, necessariamente, ser os mesmos que o habilitem a prolatar a sentença (cognição plena e exauriente), mas, neste momento, não anteverá o julgador argumentos e provas que o levem a outra conclusão’. À mesma conclusão, de certa forma, chega Ernani Fidelis dos Santos (‘Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro’, p. 32, Livraria Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1996), ao concluir: ‘No processo cautelar, exige-se apenas o fumus boni iuris, isto é, a simples possibilidade de ser a pretensão satisfeita. Na antecipação, há de haver verossimilhança, isto é, juízo de convencimento da definição jurídica pleiteada, apenas que não definitivo. Por isso não se diz apenas verdadeiro (vero), mas verossímil. O conteúdo do julgamento antecipado e do definitivo, no entanto, qualitativamente, é o mesmo²⁰⁵⁻²⁰⁶.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. Pet 2.541 QO/RS. Município de Passo Fundo e União. Relator: Ministro Moreira Alves. 11 de dezembro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 145, 14 jun. 2002) [sublinhados e grifos do original].

²⁰⁶ No mesmo sentido a Medida Cautelar em Petição nº 2.702-7/RJ, intitulado caso *O Globo x Garotinho*. Nesse feito, a Infoglobo Comunicações Ltda., postulou antecipação de tutela recursal no recurso extraordinário que interpôs contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o qual deferiu o pedido liminar de Anthony Garotinho, então Governador do Estado e pretendente à Presidência da República, no sentido de proibir a Infoglobo de publicar conversas telefônicas entre Garotinho e outras pessoas obtidas ilícitamente

A tutela satisfativa genérica em sede de recursos extraordinário e especial baseia-se, desarte, a exemplo das demais medidas antecipatórias, em uma *summaria cognitio* de direito que se mostra verossímil diante de prova inequívoca. É em razão da natureza da cognição desenvolvida, que se restringe a verificar a certeza dos fatos e a verossimilhança do direito a ser satisfeito, que a providência antecipatória é revestida de provisoriedade, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo. E ainda que a medida satisfativa perdure durante todo o processamento do recurso extraordinário ou especial, a sua subsistência fica, *in tesi*, na dependência da solução deste, haja em vista sua marca de instrumentalidade e acessoriedade. Caso a decisão final do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça não favoreça o requerente do provimento – ou mesmo se transitar em julgado a decisão denegatória de seguimento ao recurso do presidente ou vice-presidente do tribunal de origem –, consolidando, pelo não-conhecimento do recurso excepcional ou pelo julgamento de seu mérito, a inexistência do direito que foi provisoriamente realizado, a decisão concessiva da medida satisfativa resta revogada, cessando a sua eficácia. Porém, se declarar como certo o direito que era antes tido apenas por verossímil, a medida tem perpetuado os seus efeitos.

Assim como relativamente às medidas cautelares, nos casos teratológicos em que é deferido o provimento antes da interposição do recurso excepcional, finda a eficácia da decisão quando decorrer *in albis* o prazo para a sua interposição. E se houver desistência total do recurso ou da parte concernente à pretensão cujos efeitos buscavam antecipar, encerra a eficácia da medida antecipatória no instante em que manifestada a desistência. No mais, quando a revogação da tutela antecipatória advém do desfecho contrário do recurso excepcional, a providência torna-se ineficaz a partir da publicação do julgamento do recurso. A tutela satisfativa, tal como a cautelar, é concedida em virtude da existência do *fumus boni iuris*, o qual se dissipa ante o improvimento do recurso. Todavia, de acordo com o caso concreto, diante da possibilidade de reforma do *decisum* negativo própria Corte Superior em virtude da interposição de recurso interno ou, em se cuidando de recurso especial, da possibilidade de reforma do decisório pelo Supremo Tribunal Federal em decorrência da interposição de recurso extraordinário, nada impede que se estendam os efei-

por terceiros, a cujo conteúdo a empresa teve acesso. O Pretório Excelso denegou o pedido antecipatório, consistente na publicação imediata da matéria. Os principais fundamentos para a negação da medida foram o risco de irreversibilidade do provimento antecipado e a inexistência de qualificada probabilidade de provimento do recurso cujos efeitos se pretendia alcançar, isto é, o convencimento da verossimilhança do direito alegado mediante prova inequívoca (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em petição. Pet 2.702-7 MC/RJ. Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira e Outros e Infoglobo Comunicações Ltda. e Outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 18 de setembro de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 16, 19 set. 2003).

tos da eficácia da medida cautelar até o trânsito em julgado ou, na segunda hipótese, a assunção do recurso extraordinário ao Pretório Excelso, o qual carece de competência para exercer a jurisdição de urgência enquanto não for proferido o juízo de admissão pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Também é de salientar a possibilidade de que a tutela satisfativa genérica se revista de caráter definitivo, precisamente quando inexistir relação de acessoriedade entre o recurso excepcional pendente e a antecipação de tutela. Embora a antecipação de tutela possua necessariamente caráter instrumental, uma vez que sua razão de ser é assegurar o resultado útil e prático do processo, nem sempre a tutela antecipada tem como escopo a tutela jurisdicional veiculada no julgamento do recurso extraordinário ou especial. É factível que a tutela antecipada perquiria, por vezes, simplesmente afastar situação capaz de prejudicar a utilidade e eficácia de parcela da prestação jurisdicional que não é objeto do recurso, já coberta, por conseguinte, pelo manto da coisa julgada. Nesta conjectura, em que inexistir conexão de acessoriedade entre a antecipação de tutela e o recurso excepcional, a decisão antecipatória possui, na verdade, viés definitivo, pois o julgamento do recurso, seja qual for seu resultado, não terá qualquer reflexo sobre a mesma, permanecendo incólume a sua eficácia. Imagine-se, por exemplo, que o autor, após julgamento de procedência do seu pedido no segundo grau de jurisdição, interponha recurso especial em que o objeto seja a afronta à lei federal em virtude de alguma questão acessória, ou que o próprio réu maneje o recurso em face de valores pinaculares dos honorários advocatícios de sucumbência²⁰⁷. Caso surja algum perigo iminente de lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito já reconhecido de forma definitiva, tem legitimidade o autor para requerer a antecipação de tutela, a qual não terá qualquer relação de acessoriedade com o recurso especial. Nessa hipótese, a medida acautelatória será revestida de definitividade, pois não sofrerá qualquer alteração com o julgamento do recurso excepcional pendente.

Embora algumas vezes a antecipação de tutela recursal produza resultado idêntico ao da antecipação de tutela, notadamente quando antecipa os efeitos do pedido inicial através da ante-

²⁰⁷ O Superior Tribunal de Justiça, nos casos de arbitramento dos honorários advocatícios em valores manifestamente exorbitantes, bem assim em quantia irrisória, entende que se trata de questão de direito, razão pela qual a pretensão não vai de encontro com o óbice consubstanciado no enunciado nº 07 de sua Súmula. Veja-se, por todos: “PROCESSUAL CIVIL. ART. 20, § 4º DO CPC. A verba honorária fixada ‘consoante apreciação equitativa do juiz’ (art. 20, § 4º/CPC), por decorrer de ato discricionário do magistrado, deve traduzir-se num valor que não fira a chamada lógica do razoável, pois em nome da equidade não se pode baratear a sucumbência, nem elevá-la a patamares pinaculares. Recurso especial conhecido e provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 478.806/SP. Mondial Exportação do Brasil Ltda. e Nossa Caixa Nosso Banco S/A. Relator: Ministro César Asfor Rocha. 04 de agosto de 2005. *Diário da Justiça da União*, 21 nov. 2005, p. 236).

cipação de tutela recursal²⁰⁸, as duas técnicas não se confundem. Ambas compreendem espécies do gênero tutelas antecipatórias, com hipóteses de cabimento distintas. A antecipação de tutela diz com a antecipação, parcial ou total, dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. A antecipação de tutela recursal representa, por sua vez, a antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela que se pretende com o provimento do recurso interposto. Enquanto na antecipação de tutela só se pode antecipar decisão que julgue o *meritum causae*, na antecipação de tutela recursal é possível antecipar-se os efeitos de uma decisão que julgue apenas matéria processual, em face de *error in procedendo* da decisão recorrida. Anota-se ainda que, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, a antecipação de tutela só pode ser requerida pelo titular do pólo ativo da relação jurídica processual, ao passo que a antecipação de tutela recursal pode ser postulada tanto pelo autor quanto pelo réu. De mais a mais, é somente através do instituto da antecipação de tutela que pode a parte autora obter tutela satisfativa a fim de preterir perigo iminente quando for recorrido nas instâncias recursais ou, se recorrente, a pretensão não integrar o efeito devolutivo do recurso pendente.

4.1.2.1 A Antecipação de Tutela Recursal

Necessitando o recorrente da satisfação imediata do direito alegado no recurso extraordinário ou especial, sob pena de dano irreparável ou de difícil reparação, pode ele, demonstrado o perigo iminente e a verossimilhança do direito mediante prova inequívoca, postular como tutela de urgência a antecipação de tutela recursal, isto é, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida com o provimento do recurso. Esta espécie de tutela de urgência satisfativa genérica consiste em um efeito *ope iudicis* do recurso, que atua no plano da eficácia da tutela jurisdicional durante a litispendência (veja-se seção 3.3.3). Diferencia-se da antecipação de tutela por incidir especificamente na esfera recursal e representar a antecipação dos efeitos da tutela aspirada em pedido formulado em recurso, não do pedido deduzido na petição inicial, embora, consoante foi sublinhado acima, possam eventualmente se coadunarem. A precipitação dos efeitos pela antecipação de tutela recursal, tenha por objeto o recurso a revisão de sentença ou de decisão interlocutória, pode recair não só sobre atos substantivos, quando se antecipa através do juízo iterativo a tutela pretendida

²⁰⁸ A antecipação de tutela recursal confundir-se-á com a antecipação de tutela quando os efeitos pretendidos se identificarem com a pretensão deduzida na petição inicial. Para isso, é necessário que o autor, interpondo recurso contra a decisão final ou contra o indeferimento da antecipação de tutela, postule para o tribunal a antecipação de tutela recursal, cujos efeitos, nesse caso, são os mesmos da pretensão formulada na inicial.

na inicial, mas também de atos eminentemente processuais, quando o mérito do recurso trata de *errores in procedendo*.

Essa categoria de tutela de urgência tem como fundamento o art. 273, I, do Código de Processo Civil e substrato na interpretação extensiva ao deferimento *ope iudicis* de efeito suspensivo aos recursos extraordinários. A interpretação ampliativa entre o efeito suspensivo e o antecipatório tem origem primitiva no agravo de instrumento, em que expressamente se permitia ao relator conferir efeito suspensivo nos casos que havia perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Tendo em vista que a disposição legal não estabelecia tutela urgente semelhante quando a decisão agravada fosse de conteúdo negativo, os tribunais passaram, à mingua da lei, a deferir tutela antecipatória recursal sob color de se tratar de *efeito suspensivo ativo*, em uma flagrante atividade de interpretação extensiva e de arrimo nos princípios da economia e instrumentalidade processual. Evitava-se, assim, não só o prejuízo ao jurisdicionado, mas também o ajuizamento de outra ação tendendo ao efeito antecipatório ao recurso. Porém, com a consagração do instituto no Código de Processo Civil, determinada pela Lei nº 10.352/01, que previu de forma expressa a antecipação de tutela recursal no procedimento do agravo de instrumento, e principalmente pela fungibilização das medidas antecipatórias e cautelares implementada pela Lei nº 10.444/02, tornou-se anacrônica a concessão da antecipação de tutela recursal sob o rótulo de efeito suspensivo ativo. Apesar disso, até hoje é comum o pedido, e a concessão, de antecipação de tutela recursal com aquela denominação.

A antecipação de tutela recursal ampara-se em um juízo cognitivo sumário de um direito verossímil, podendo, devido à sua provisoriedade, ser revogado ou modificado a qualquer tempo, em decisão fundamentada. É também em decorrência de seu caráter provisório que a tutela antecipatória recursal só pode ser deferida quando não exista risco de irreversibilidade (CPC, art. 273, § 2º), a não ser na hipótese em que o perigo decorrente da ausência da antecipação seja maior do que aquele representado pelo dano inverso ensejado pelo seu deferimento. Contudo, tendo em vista os princípios da efetividade processual e inafastabilidade da jurisdição, dita restrição pode padecer temperamentos, de acordo com as peculiaridades vertentes no caso concreto. O órgão judicial, ponderando a gravidade do perigo decorrente da ausência da tutela antecipatória e da sua concessão, bem assim a probabilidade de vitória de seu requerente, pode deferir a antecipação de tutela recursal, ainda que irreversível, resolvendo-se em perdas e danos caso revertida a decisão *a posteriori*. Assim como em qualquer outro em que a antecipação esgote o resultado prático da demanda, impõe-se o julgamento final do recurso, para que, através de cognição exauriente, se rati-

fique o arnês tutelado de forma precária ou, constatada sua inexistência, determine-se a responsabilidade do requerente²⁰⁹.

No caso de antecipação de tutela recursal quando o recurso excepcional impugna a decisão definitiva não há maiores problemas. Quando concedida a antecipação, a perpetuação da sua eficácia fica dependendo da sorte final do recurso extraordinário ou especial, caso, é claro, não seja revogado ou modificado o provimento entretantes. Há uma relação de acessoriedade e instrumentalidade entre a antecipação de tutela recursal e o julgamento do recurso, motivo por que a superveniência da decisão que não reconhece aquele direito satisfeito de forma precária implica, conseqüentemente, a cessação do provimento antecipatório. Se o recurso excepcional não for conhecido e provido, isto é, não se reconhecer ao final o direito que foi provisoriamente corporificado, a decisão antecipatória é revogada, cessando a sua eficácia. A eficácia da medida finda quando publicado o julgamento do recurso, podendo se prolongar, de acordo com as peculiaridades do caso, até o trânsito em julgado ou da assunção de eventual recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, na hipótese de a medida satisfativa ter sido concedida pelo Superior Tribunal de Justiça e ser interposto, sucessivamente, recurso extraordinário. De outra banda, se consagrar como certo o direito antes tido por verossímil, a medida torna-se definitiva, perpetuando os seus efeitos.

A dificuldade centra-se na hipótese em que a antecipação de tutela recursal tem por objeto a antecipação de tutela, ou seja, o adiantamento dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. Caso a sentença final vá ao encontro do entendimento sufragado pelo Tribunal Superior, não há dúvida pela ratificação dos efeitos antecipados. A complexidade consiste na decisão de instância ordinária que nega o direito do autor. Pode o juiz monocrático ou o tribunal local revogar a antecipação de tutela concedida pelo Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal? Tem-se que os efeitos da tutela antecipatória subsistem independentemente da decisão definitiva – a não ser, é claro, que transite em julgado a decisão –, porquanto o provimento foi deferido por uma corte hierarquicamente superior, que, diante dos elementos fático-probatórios disponíveis e a sua compreensão do direito, reputou cabível a antecipação de tutela. Demais disso, a decisão que concede a antecipação de tutela não é substituída pela sentença, uma vez que não há relação de continência entre as decisões. A tutela antecipada precipita a atividade executiva, e não o pronunciamento judicial em si. É por essa razão que impõe ao magistrado, quando ele próprio deferiu a antecipação de tutela, revogar expressamente a medida na hipótese de julgar

²⁰⁹ Cf. CPC, art. 273, § 3º, c/c art. 475-O, I.

improcedente o pedido ao final, sob pena de se perpetuarem os efeitos. Pelo mesmo motivo o agravo de instrumento contra a decisão que concede antecipação de tutela não perde o objeto quando prolatada sentença confirmando a antecipação ou, revogando, recebe no duplo efeito a apelação interposta.

Os requisitos para a concessão da antecipação de tutela recursal são os mesmos da providência cautelar – o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* – com o acréscimo de que a verossimilhança do direito deve ser demonstrada mediante prova inequívoca, nos termos do *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil. É irrefutável que, em se tratando de antecipação de tutela recursal, o *periculum in mora* traduz-se no perigo de dano irreparável em razão da demora do processamento e julgamento do recurso excepcional interposto e o *fumus boni iuris* na probabilidade de seu êxito. Em vista da exigência da verossimilhança do direito com base em prova inequívoca, o *fumus boni iuris* tem estar presente de uma maneira mais consistente do que se impõe na tutela cautelar. Como resumiu o Ministro Moreira Alves, para a antecipação de tutela recursal em recurso extraordinário, exige-se uma probabilidade muito forte de o recorrente vir a sair vitorioso no julgamento do recurso extraordinário (Pet 2.784-QO, Relator Ministro Moreira Alves)²¹⁰. Logo, faz-se necessário, a partir de presunção relativa de certeza sobre o contexto fático-probatório, que o recurso extraordinário ou especial tenha manifesta probabilidade não só de superar o juízo de admissibilidade como de ser provido, para reconhecer o direito cujos efeitos se antecipam de forma provisória. A fumaça do bom direito está, pois, relacionada com a plena reunião dos condicionantes de admissibilidade do recurso excepcional e com a patente possibilidade de sucesso no juízo de mérito. Mister, então, que se torne evidente, no caso de recurso extraordinário, que o acórdão recorrido contraria a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou que afronta de modo flagrante a Constituição; ou, no caso de recurso especial, que o acórdão recorrido contraria a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça ou afronta de modo flagrante o direito positivo federal.

Repisa-se que não basta a robusta probabilidade de provimento do recurso excepcional interposto no que tange ao seu mérito. Tal como para a concessão de medida cautela inominada, impõe-se ao recorrente demonstrar que o recurso extraordinário ou especial, além do perigo iminente de dano grave de difícil reparação e a pertinência do mérito recursal, que o mesmo preenche todos os requisitos para ultrapassar o juízo de delibação. Caso, por exemplo, o recurso en-

²¹⁰ BRASIL Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na ação cautelar. AC-AgR 301/SP. Município de Santo André e Francisco Bovino e Outro. Relator: Ministro Carlos Britto. 10 de agosto de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 03, 08 out. 2004.

volva reexame de prova ou careça de prequestionamento dispositivo legal tido por violado, estará obstada a concessão da antecipação de tutela recursal, por ausência de *fumus boni iuris*. Quando for regulamentado o instituto da repercussão geral, cumprirá ao recorrente, para provar a fumaça do bom direito, demonstrar previamente que a questão constitucional vertente do recurso extraordinário, do qual pretende antecipar tutela, é digna de apreciação do Supremo Tribunal Federal. A propósito, assim como não se pode pretender na antecipação de tutela a concessão de provimento que não é postulado na petição inicial, é defeso pleitear-se, a título de antecipação de tutela recursal, provimento que não está inserido na pretensão recursal. Consistindo as tutelas antecipatórias o adiantamento dos efeitos da tutela pretendida, seja no pedido inicial ou recursal, não se pode perquirir, a esse título, medida que, em face do princípio da congruência, não poderá se concretizar no futuro²¹¹.

Cumprе consignar que existem alguns precedentes no Superior Tribunal de Justiça, pontuais, denegando a antecipação de tutela recursal sob o fundamento de que a conclusão acerca da presença dos requisitos autorizadores implicaria reexame de prova, o que seria vedado, a teor de seu enunciado sumular nº 07²¹². Sem embargo da insegurança jurídica ensejada pela inconstância em que é manifestado, esse entendimento é completamente equívoco. Primeiro, porque a vedação imposta ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça de reexaminar questões de fato só incide, pela natureza e função, nos exercício da sua jurisdição em recursos extraordinário e especial. Pois é através deles que exercem, em processos subjetivos, a função de zelar pela autoridade e inteireza da Constituição e da legislação federal. Ainda que o pedido de antecipação de tutela recursal esteja atrelado aos recursos extraordinário e especial, por representar a precipitação de uma eventual decisão favorável em seu julgamento, tem o pleito antecipatório apenas caráter acessório e instrumental em relação aos recursos, não exercendo as Cortes Superiores, no seu julgamento, a mencionada função política, a qual fica reservada ao julgamento do recurso excepcional. Nessa ordem de idéias, o reexame de prova para a apreciação da medida de urgência não pode constituir óbice para a admissão da tutela antecipada recursal. Se o recurso ao qual se

²¹¹ Como referiu o Ministro Teori Albino Zavascki no julgamento da Medida Cautelar nº 7720-GO, “a medida antecipatória não pode ter conteúdo maior ou diferente do que resultaria do próprio provimento do futuro recurso. Não se pode adiantar provisoriamente mais do que será possível conceder de modo definitivo” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 7720-GO. Ernani José de Paula e Município de Anápolis. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. 10 de fevereiro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 95, 25 fev. 2004).

²¹² *V.g.*, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 8.719-RJ. Hilton de Aquino Lins e Outra e Vitor Hugo Rodrigues Mombach e Outros. Relator: Ministro Barros Monteiro. 02 de setembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 360, 13 dez. 2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 7.083. Viação Itapemirim S/A e Transbrasiliana Transportes e Turismo Ltda. Relator: Ministro Luiz Fux. 19 de fevereiro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 151, 15 mar. 2004.

pretende antecipar os efeitos reclamar a revisão do contexto fático-probatório, será o caso de indeferimento da medida por ausência de *fumus boni iuris*, ou seja, juízo meritório negativo, jamais por não cabimento.

Essas afirmativas servem de igual forma para as tutelas cautelares genéricas, para as quais, curiosamente, não se aventa a mesma restrição. Com efeito, tanto para o exercício do poder geral de cautela como para a concessão tutela antecipatória há necessidade de exame, ainda que perfunctório, dos fatos da causa e da prova carreada. Ainda que por vezes o reconhecimento dos pressupostos seja imediato, porque incontroverso o suporte fático trazido para sustentar o pleito, é ínsito a esses institutos a aferição individualizada, em cada caso, informada pela livre convicção, dos requisitos lógicos das medidas. “Prova inequívoca”, “verossimilhança”, e “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” constituem conceitos jurídicos indeterminados, porquanto expressões plurívocas, que integram o mundo da razão prática, da sensibilidade. Se, em abstrato, esses conceitos se revestem de relativa incerteza, não possuindo significado objetivo ou unívoco, só no caso concreto, em face das alegações de fato formuladas e do material probatório produzido, é possível a aferição do atendimento da finalidade da norma jurídica. Por isso, negar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possam examinar as situações em concreto com a finalidade de, verificar se foi ou não atendida a finalidade da norma para exercer uma tutela de urgência, é, na realidade, transformar a lei num supérfluo e negar como sua competência a jurisdição de urgência. Ademais, tendo em vista o caráter acessório dos institutos, eventual provimento do recurso excepcional poderá ser inócuo para o jurisdicionado e, por consequência, comprometer o objetivo das duas Cortes Superiores. Isso porque, no mundo dos fatos, a despeito da eficácia das suas decisões no mundo jurídico, o entendimento que contrariou ou que negou vigência à Constituição ou à legislação federal terá regulado de forma definitiva a relação jurídica *in concreto*.

4.1.2.1.1 A Legitimidade

Embora o mais comum seja que o perigo na demora decorrente dum recurso excepcional interposto contra decisão de conteúdo negativo acometa o integrante do pólo ativo da relação jurídica processual, naturalmente por partir dali a pretensão de satisfação de um direito, a antecipação de tutela recursal em sede de recursos extraordinário e especial pode, na verdade, ser pos-

tulada tanto pelo autor quanto pelo réu. No tocante a este sujeito processual, é passível de ocorrer quando interpõe recurso extraordinário ou especial que integre questão de direito processual ou relativa à alteração do *status quo ante* em face de medida cautelar ou antecipatória nas instâncias ordinárias. Cita-se, *exempli gratia*, um recurso especial manejado pelo réu em que perquire a prestação de caução idônea e suficiente pelo autor para fins de efetivação de tutela antecipatória ou a concessão da gratuidade judiciária. Feita essa ressalva, o fato é que a legitimidade para a antecipação de tutela recursal atine, de ordinário, ao autor quando figura como recorrente na esfera recursal extraordinária, com o objetivo de assegurar a satisfação do direito postulado em juízo antes do julgamento definitivo pelas Cortes Superiores e, dessa forma, demover o perigo de lesão que paira no *iter* processual.

4.1.2.2 A Antecipação de Tutela

A antecipação de tutela consiste, nos termos do *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil, no adiantamento, total ou parcial, dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. Essa técnica antecipatória depende de requerimento da parte e é cabível quando o órgão judicial se convence, através de prova inequívoca, da verossimilhança do direito que se pretende satisfazer precipitadamente e exista perigo de dano grave (art. 273, I) ou fique caracterizado o abuso de direito ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II)²¹³. A Lei nº 10.444/02, ao acrescentar o § 6º ao art. 273 do Código, incluiu uma nova hipótese de cabimento da antecipação de tutela, que permite a satisfação imediata dum direito já reconhecido, malgrado a continuidade da controvérsia em relação a outros pedidos ou de parte daquele que é reconhecido pelo réu²¹⁴. Ao

²¹³ MARINONI, *A tutela antecipatória fundada...*, p. 392-393, o art. 273, II, ao admitir a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa, abre oportunidade para a tutela antecipatória, fundada na técnica monitoria, no procedimento comum, a qual supõe i) prova do fato constitutivo do direito e ii) uma defesa que exija instrução dilatória e que seja provavelmente infundada. Aduz que, se é possível a tutela antecipatória no procedimento monitorio, nada impede que a tutela antecipatória, fundada na técnica monitoria (prova do fato constitutivo e defesa provavelmente infundada), seja admitida no curso do procedimento comum, uma vez que também nada impede que o autor, munido de prova suficiente, pretenda cobrar o seu crédito através deste procedimento e seja surpreendido por uma defesa abusiva.

²¹⁴ DIDIER JR., Fredie, *Inovações...*, *passim*, sustenta que esta alteração legislativa não se restringiu a um simples aperfeiçoamento do instituí da antecipação dos efeitos da tutela, mas, e sobretudo, implicou a criação/positivação de novo e alvissareiro instituto: a resolução parcial do mérito. Diz que, muito embora seja anterior à sentença a decisão que defere a antecipação dos efeitos da tutela em razão da incontrovérsia parcial do objeto do processo, não se trata de tutela fundada em cognição sumária ou em razão de verossimilhança. Há cognição exauriente e juízo de certeza, não havendo razão para se temer a irreversibilidade. É, por isso, uma decisão interlocutória apta à coisa julgada material e que, por isso mesmo, pode ser executada definitivamente. Conclui que se trata, na verdade, de mais uma modalidade de “julgamento conforme o estado do processo” (arts. 329 a 331 do CPC).

comentar essa nova técnica, Teori Zavascki argumenta que é clara a intenção do legislador de não retardar a prestação jurisdicional de um direito manifestamente evidente que, por circunstâncias meramente processuais, está atrelado a outro direito, controvertido. Nesse sentido, diferentemente das demais hipóteses previstas no art. 273 do Código de Processo Civil, cuja função é a de estabelecer condições de convivência entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade do processo eventualmente em colisão, a nova espécie de antecipação, que ocorre em cenário onde não existe o citado conflito, representa simplesmente uma ação afirmativa em benefício do princípio da efetividade²¹⁵.

Conquanto labore realmente no sentido de congruar os princípios da segurança jurídica e da efetividade, a hipótese inculpada no inc. II do art. 273 do Código não exprime uma providência de urgência. Na realidade, dentre todas as hipóteses de cabimento da norma de regência, possui natureza urgente apenas o provimento antecipatório que reclama a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, I), pois, a rigor, tão-só neste caso a antecipação tem por escopo evitar o comprometimento da jurisdição em virtude de dano iminente ao direito do autor. Ainda que mitiguem o ônus do tempo no processo, as demais hipóteses, do inc. II do art. 273 e § 6º do art. 273, não têm a urgência como *ratio essendi*. A antecipação dos efeitos nestas situações apenas visa a sancionar o réu ímprobo e permitir a satisfação imediata do direito por ter sido o mesmo reconhecido pelo *ex adverso*, respectivamente. Logo, importa frisar, a antecipação de tutela que aqui se trata, considerando que o objeto do estudo consiste na tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial, é aquela prevista no inc. I do art. 273 do Código.

Pois bem. Hodiernamente é pacífico que a antecipação de tutela pode ser concedida tanto no primeiro grau de jurisdição, inclusive de modo liminar, como no segundo grau, quando é erigida a competência para o processamento e julgamento da causa para o tribunal por força da interposição de recurso. Porém, nas instâncias extraordinárias, o entendimento vigorante, inclusive no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, é de que incabível a antecipação de tutela. Essa inteligência esteia-se no fato de que, não tendo os recursos extraordinário e especial efeito suspensivo, deve o autor postular a execução provisória do julgado no juízo de origem, e não lançar mão da técnica antecipatória. Ante essa ilação, a antecipação dos efeitos do pedido inicial só pode se dar nas instâncias extraordinárias através da antecipação de tutela recursal, quando a parte autora, na qualidade de recorrente, postula a antecipação dos efeitos da prestação

²¹⁵ ZAVASCKI, *Antecipação...*, p. 106-108, e Antecipação da tutela em face de pedido incontroverso. *Revista*

buscada no recurso extraordinário ou especial e, por conseguinte, da tutela pretendida no pedido da petição inicial. Dizendo-se de outro modo, sendo o autor o recorrido na instância extraordinária ou recorrente em capítulo do acórdão não concernente aos efeitos que precisa precipitar, ser-lhe-á defeso postular a antecipação de tutela, ainda que exista fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Essa asserção não se afigura, contudo, a mais adequada. Em primeiro lugar, o Código de Processo Civil não impõe qualquer limite de tempo ao cabimento da antecipação de tutela a justificar sua restrição nas instâncias extraordinárias. O Código simplesmente asseve que o juiz poderá antecipar os efeitos da tutela colimada no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, convença-se da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Ademais, caso a urgência da satisfação do direito não permita ao autor socorrer-se do procedimento de cumprimento antecipado da sentença, ou caso esse esteja obstado pela outorga de efeito suspensivo ao recurso excepcional pendente, é defeso que o jurisdicionado fique privado da tutela jurisdicional e se esvazie aquele direito reconhecido mediante cognição exauriente pelo tribunal *a quo*. Em realidade, tendo em vista que a antecipação de tutela não representa a precipitação da decisão jurisdicional pretendida, mas, sim, de seus efeitos, a medida se afigura cabível não obstante a existência de decisão de mérito albergando o direito que o autor almeja ver satisfeito provisoriamente e a natureza do recurso pendente de julgamento. O limite para a concessão da antecipação de tutela só pode ser um: a satisfação do direito buscado, ou seja, enquanto não for concretizado o direito pretendido, incluindo-se aqui o lapso temporal posterior ao trânsito em julgado, é cabível a medida antecipatória com a finalidade de vedar dano irreparável ou de difícil reparação.

De facto, tendo em vista os princípios da efetividade e inafastabilidade da jurisdição, nem mesmo o trânsito em julgado pode constituir óbice à antecipação de tutela, que só pode encontrar limite na satisfação do direito. Nessa linha, havendo perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a direito já reconhecido por sentença passada em julgado, que apenas pode ser salvaguardado mediante medida satisfativa, tem-se como cabível a antecipação de tutela na pendência da execução, ou antes, como medida preparatória. O pedido pode ser formulado nos próprios autos do processo ou, conforme a situação em concreto, mediante ação cautelar inominada. Tendo em vista a fungibilização consagrada pela Lei nº 10.444/02, ao acrescentar o § 7º ao art. 273 do CPC, nada obsta que se intente pedido antecipatório em ação cautelar. Como sustenta Cândi-

do Dinamarco, não há fungibilidade em mão única de direção, sendo inerente a toda fungibilidade a possibilidade de intercâmbio recíproco²¹⁶. Essa interpretação vai ao encontro do espírito do legislador, que, ao incluir como hipótese de antecipação de tutela quando um ou mais dos pedidos cumulado, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (CPC, art. 273, § 6º), objetivou permitir a satisfação imediata do direito incontroverso, desobrigando o autor de esperar o deslinde definitivo do feito ou a chegada a um estágio mais avançado do processo. Na hipótese em apreço, vale lembrar, qualificada pela existência dum perigo iminente ao direito do autor, também se mostra cabível a satisfação imediata. Pois ou o direito, mais do que incontroverso, será definitivo em face da coisa julgada.

Tampouco a circunstância de ser cabível a execução provisória na pendência de recurso extraordinário e especial tem o condão de infirmar essa conclusão. Embora tanto a execução provisória como a antecipação de tutela adiantem os atos executivos, são institutos com objetivos e *modus operandi* díspares. A execução provisória constitui antecipação *ope legis* e tem como desígnio, através do adiantamento do procedimento de execução, mitigar o prejuízo do autor por uma espera ainda maior até a prestação jurisdicional definitiva. A satisfação precária do direito obedece, nesse caso, um rito serôdio e crivado de garantias, não tendo, em princípio, condições de impedir eventual dano iminente ao direito do autor, tarefa própria das tutelas jurisdicionais urgentes, mais especificamente, no caso, da antecipação de tutela²¹⁷. De outra banda, mostra-se contrária à boa lógica que a parte autora, tendo contra si um acórdão plenamente eficaz, proferido mediante cognição exauriente depois de dois graus de jurisdição, possa obter a antecipação de tutela, por meio da antecipação de tutela recursal, quando for recorrente, e que não tenha a mesma possibilidade quando o acórdão lhe seja favorável, ainda que exista fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e a jurisprudência respalde o direito que almeja satisfazer de *modus* urgente. São dois pesos e duas medidas. O demandante pode obter a satisfação imediata de um direito através de cognição sumária, preterindo-se um acórdão eficaz em sentido exatamente contrário, exarado mediante cognição exauriente, mas não quando este é-lhe favorável. Essa moldura não se

²¹⁶ Como sustenta DINAMARCO, *Nova era...*, p. 60-61.

²¹⁷ Ainda que sem tratar dogmaticamente o cabimento e a técnica processual empregada, o Superior Tribunal de Justiça já atendeu pedido de antecipação de tutela na hipótese aqui aventada. Através de medida cautelar, o autor, parte recorrida na instância extraordinária pela interposição de recurso especial pelo réu, postulou, por estar sendo discutido em juízo o débito que deu origem à inscrição, que fosse excluído o seu nome do cadastro restritivo do SISBACEN, no qual foi arrolado nesse íterim. O julgado foi ementado nos seguintes termos: “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR. Medida liminar deferida no interesse da parte que, bem sucedida em ação judicial, aguarda o julgamento do recurso especial interposto pela contraparte” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 6.233-MG. Concreta Assessoria empresarial Ltda. e Santander Noroeste Leasing Arrendamento Mercantil S/A. Relator: Ministro Ari Pórgendler. 20 de março de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 317, 28 fev. 2005).

altera nem mesmo quando o direito que se pretende antecipar não integra a matéria devolvida por força do efeito devolutivo do recurso excepcional, hipótese em que já é imutável face ao trânsito em julgado.

O mesmo acontece em relação à necessidade de tutela satisfativa urgente quando é deferido o efeito suspensivo ao recurso excepcional e resta obstada, via de consequência, a execução provisória. Sobrevindo perigo de dano irreparável ou de difícil reparação após o julgamento da cautelar, impõe-se a admissão da antecipação de tutela se demonstrado o dano inverso e que a fumaça do bom direito, na verdade, lhe favorece. Nessa hipótese, aliás, a antecipação de tutela consiste na única alternativa que o jurisdicionado possui para impedir o esvaziamento da prestação jurisdicional. Sem desejar ser acaciano, resume-se dizendo que quem pode mais, pode menos. É inaceitável um sistema que permite ao autor obter a antecipação de tutela quando for recorrente e que o impede quando figurar como recorrido, ou mesmo como recorrente em parte do aresto não concernente aos efeitos que necessita antecipar. É inconcebível que a antecipação de tutela só não seja cabível quando o demandante tem a seu favor, após dois graus de jurisdição, acórdão plenamente eficaz que reconhece o seu direito mediante cognição exauriente, inclusive com possibilidade de trânsito em julgado neste particular. O determinante do cabimento da antecipação de tutela deve ser o preenchimento dos requisitos legais, a despeito do papel que desempenha o autor na instância recursal.

4.1.2.2.1 Os Requisitos

Os requisitos para a concessão da antecipação de tutela em sede de recursos extraordinário e especial são, em princípio, os mesmos articulados na antecipação de tutela recursal: o perigo na demora e a verossimilhança do direito, demonstrado mediante prova inequívoca, como estatui o *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil. A diferença está na conformidade do *fumus boni iuris* nesta conjectura, bastante diversa da existente na antecipação de tutela recursal. Sendo o autor recorrido, a fumaça do bom direito reside na demonstração de que o recurso excepcional pendente não reúne condições de vencer o juízo de admissibilidade e tampouco de auferir provimento caso conhecido. Ou melhor, como o autor já dispõe de decisão reconhecendo seu direito mediante cognição plena e exauriente, o *fumus boni iuris* encerra-se na demonstração de que esse *decisum* será mantido pela Corte Superior, seja pelo não-conhecimento do recurso, seja pelo seu

improvemento. A antecipação de tutela lastra-se, ainda que de forma *sui generis*, em um juízo cognitivo sumário de um direito verossímil, que já foi reconhecido nas instâncias ordinárias. A consolidação do provimento antecipatório fica pendente, então, do julgamento final do recurso excepcional. Não sendo conhecido ou provido, resta mantida a antecipação, perpetuando-se os seus efeitos. Caso, ao final, o recurso seja provido de maneira a atingir o direito satisfeito provisoriamente, resta revogado o provimento antecipatório, restituindo-se as partes ao estado anterior. E nos termos do art. 273, § 3º, c/c art. 588, I e IV, do Código de Processo Civil, o autor deverá reparar os prejuízos que porventura o requerido tenha sofrido, sendo os mesmos liquidados no próprio processo.

Situação discrepante há quando o recurso excepcional do réu não impugna a parte do acórdão que reconhece o direito que necessita ser satisfeito de forma antecipada, sob pena de *periculum damnum irreparabile*. Não integrando o objeto do recurso extraordinário ou especial pendente de julgamento, o direito já está coberto pelo manto da coisa julgada, sendo, portanto, definitivo. Assim sendo, não há falar em catadura do direito e em cognição sumária, pois, nesse caso, o direito já é certo. Para a concessão da antecipação de tutela nessa hipótese basta que o autor demonstre, em relação ao *fumus boni iuris*, que o direito já foi reconhecido através de decisão transitada em julgado e, tendo sido o recurso pendente interposto pelo réu, a inexistência de relação de prejudicialidade entre a matéria devolvida por força do efeito devolutivo e aquele capítulo do acórdão que reconheceu o direito que precisa ser tutelado imediatamente. Dita demonstração importa para que fique claro que o acórdão não pode ser alterado de qualquer forma pelo julgamento do recurso pendente. Caso exista a possibilidade da parte não-impugnada do acórdão ser atingida pelo efeito expansivo, deve o autor convencer que o recurso pendente não reúne condições de ser conhecido e provido; e mesmo que provido, de atingir o capítulo do julgado cujos efeitos almeja antecipar.

Com efeito, em se tratando de antecipação de tutela em sede de recursos extraordinário e especial, a principal preocupação do autor deve ser evidenciar o *periculum in mora* que justifique a preterição da execução provisória e a admissão da tutela antecipada em estágio tão avançado do desenrolar processual, especialmente quando o acórdão que chancela o direito do autor reflete a autoridade de coisa julgada no tocante à pretensão que busca ver satisfeita imediatamente, hipóteses em que a atividade antecipatória terá viés definitivo, e não provisório. Embora se mencione o recurso excepcional interposto pelo réu, conjectura em que o autor figura como recorrido, essa hipótese também é possível quando o autor for recorrente em parte do acórdão não relativa aos

efeitos em que pretende antecipar. Imagine-se, por exemplo, que o demandante, após obter sentença julgando totalmente procedente seu pedido, maneje recurso especial tendo por objeto uma questão acessória, *n.g.*, a condenação dos ônus sucumbenciais. Nesta situação, tendo o réu se conformado com o julgado ao não interpor recurso, passou em julgado a parte do acórdão que julgou o principal. Dessa forma, sobrevindo perigo de dano irreparável ao direito já reconhecido de forma definitiva, que não permita ao autor aguardar a propositura e desfecho da execução, é cabível a antecipação de tutela.

4.1.2.2.2 A Legitimidade

Se na antecipação de tutela recursal a legitimidade é comum aos dois pólos da relação jurídica processual, na antecipação da tutela pertence apenas ao autor, pois é quem, de ordinário, formula a pretensão em juízo. É claro que, propondo o réu reconvenção contra o autor ou cumulando ao processo demanda contra o autor ou terceiro – *e.g.*, denúncia da lide – pode também ele requerer antecipação de tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil. Pois, em qualquer desses casos, não figura na relação jurídica processual como requerido, mas como parte autora. A exceção à legitimidade do autor na antecipação de tutela centra-se naqueles procedimentos que admitem que o réu, ao responder a ação, formule pedido em seu favor, desde que fundado no mesmo contexto fático, *verbi gratia*, no procedimento sumário (CPC, art. 278, § 1º) e no rito dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/95, art. 31). Em virtude do caráter ambivalente do procedimento no caso de o réu deduzir pedido contra o autor, é cabível, em tese, que ele requeira a antecipação de tutela, inclusive em sede de recurso extraordinário, caso se vislumbrem os requisitos legais.

4.2 As Tutelas de Urgência Específicas

O ordenamento processual brasileiro consagra, para determinadas situações de perigo de dano ocasionadas pelo tempo da prestação jurisdicional, procedimento específico, mormente de natureza cautelar, com a finalidade de salvaguardar o direito. Essas medidas eleitas pelo legislador como merecedoras de previsão própria a fim de impedir perigo de prejuízo irreparável ou de difi-

cil reparação ao direito compõem as chamadas tutelas de urgência específicas. No direito brasileiro hodierno, tanto no Código de Processo Civil como na legislação extravagante, são vários os provimentos urgentes específicos. Contudo, a sua grande maioria não tem cabimento em sede de recursos extraordinário e especial; e mesmo quando cabível o provimento, nada obsta que a parte interessada promova o pedido incidentalmente como se genérica fosse, sem necessidade de seguir o rito específico. Perpassam-se agora, por exclusão, as hipóteses de tutela de urgência acolhida em procedimento positivado que são, genericamente, cabíveis na pendência dos recursos extraordinário e especial, antes de abarcarem-se pontualmente as duas principais espécies de tutela de urgências típicas.

No plano do Código de Processo Civil, são inúmeras as tutelas de urgência positivadas, máxime de natureza cautelar. O legislador de 1973, que procurou dedicar um dos quatro livros que o compõe exclusivamente para a jurisdição cautelar – o terceiro –, destinou, neste livro, um capítulo para procedimentos cautelares específicos. Conquanto mereça loas o legislador pelo destaque atribuído à jurisdição cautelar e pelo intento de positivizar as medidas assecuratórias, a topologia do Código e a classificação adotada pelo legislador são tecnicamente falhas. Isso porque um número significativo das medidas judiciais elencadas no Capítulo II do Livro III do Código não é efetivamente providência acautelatória²¹⁸. Entretanto, como tem em sua maioria a urgência como elemento comum, a atecnia do legislador não interfere em nosso propósito de verificar as tutelas de urgências típicas cabíveis em sede de recurso extraordinário e especial. Em um exame rarefeito, sem adentrar no exame da natureza do procedimento, depreende-se, inelutavelmente, que a grande pluralidade das tutelas de urgência nomeadas não tem cabimento na via extraordinária, a não ser que o próprio objeto do recurso excepcional seja a tutela almejada via procedimento específico. Dentre os procedimentos específicos estatuidos no Capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil, constata-se, *prima facie*, o descabimento da exibição (arts. 844 a 845); da produção antecipada de prova (arts. 846 a 851); da justificação (arts. 861 a 866); e dos protestos, notificações e interpelações (arts. 867 a 873)²¹⁹. O simples objeto dessas tutelas positivadas e a existên-

²¹⁸ Ao asseverar a sistematização tecnicamente falha, critica CARPENA, *Do processo...*, p. 67, que “se o legislador tinha convicção de que muitas das disposições nominadas do Capítulo II não se encaixavam tipicamente na estrutura e finalidade acautelatória, mas, mesmo assim julgasse oportuno que a essas fosse aplicado o rito simplificado do processo cautelar, que, então, dispusesse claramente isso”. Ainda que tenha razão o jovem processualista, há que se considerar que, à época, não estava consagrado o instituto da antecipação de tutela e o quão é difícil sistematiza-se um código de processo com absoluto rigor técnico.

²¹⁹ Cf. OLIVEIRA, *Comentários...*, p. 329, os protestos, as notificações e interpelações constituem atos da chamada jurisdição voluntária, nos quais exerce o juiz, de regra, função de mero agente transmissor de comunicação de vontade. Normalmente, compreendem simples providências conservativas de direito, em que a prevenção do dano mostra-se mínima, irrelevante ou inexistente. E, como quase sempre visam apenas à constituição em mora, assoma a natureza preparatória, pois busca constituir a exigibilidade do direito, e, portanto, tornar possível a ação principal.

cia de limitação temporal para que se implementem obstam de imediato a sua plausibilidade na pendência de recursos extraordinário e especial. E por constituírem medidas satisfativas autônomas, essa conclusão também alcança, em exame meramente perfunctório, a homologação do penhor legal (arts. 874 a 876); a posse em nome de nascituro (arts. 877 a 878); o protesto e a apreensão de títulos (arts. 882 a 887); e o afastamento de menor autorizado a contrair casamento contra vontade dos pais (art. 888, IV). Os ritos especiais de jurisdição contenciosa, dispostos no Título I do Livro IV do Código, também possuem tutelas de urgência. Dentre os provimentos urgentes previstos, não possuem possibilidade de ocorrer em sede de recursos extraordinários, por causa de seus *terminus ad quem*, a prestação de caução pelo autor em ação possessória (art. 925); o mandado liminar em ação de manutenção e reintegração de posse (art. 928); o mandato proibitório em ação de interdito proibitório (art. 932); e o embargo em ação de nunciação de obra nova (arts. 936 a 938) ²²⁰.

Esse quadro excludente não se mostra distinto relativamente às tutelas de urgência delineadas na legislação extravagante. Dentre os provimentos de urgência interinais pontificados em processos subjetivos, não podem incidir na pendência dos recursos extraordinário e especial, pela mera limitação temporal, as seguintes tutelas: a imissão provisória na posse na desapropriação judicial (Decreto-lei nº 3.365/41, arts. 15 e 15-A), o levantamento antecipado pelo expropriado de valor depósito a título de indenização na desapropriação (Decreto-lei nº 3.365/41, art. 33, § 2º, e Decreto-lei nº 1.075/70, art. 5º); a suspensão liminar do ato ilegal ou abusivo em mandado de segurança (Lei nº 1.533/51, art. 7º, II, é medida liminar), a imissão provisória na posse de imóvel hipotecado adquirido em leilão (Decreto-lei nº 70/66, art. 37, § 2º); a destituição liminar do agente fiduciário eleito em contrato hipotecário (Decreto-lei nº 70/66, art. 41, § 6º); apreensão liminar de impressos que ofendem a moral e os bons costumes (Lei nº 5.250/67, art. 61, § 6º); a suspensão liminar de impressão, circulação ou distribuição de jornal e periódico no caso de reincidência de ofensa à moral e aos bons costumes (Lei nº 5.250/67, art. 62); busca e apreensão liminar de bens alienados fiduciariamente (Decreto nº 911/69, art. 3º); a imissão sumária do Poder Público na posse de terras públicas quando cancelada a Licença de Ocupação (Lei nº 6.383/76, art. 31); o mandado liminar em ação civil pública (Lei nº 7.347/85, art. 12); a possibilidade de se conferir efeito suspensivo a apelação interposta contra sentença que julga ação civil pública (Lei nº 7.347/85, art. 14); a antecipação de tutela, em liminar ou após a justificação prévia, na ação proposta de interesse e direito consumeirista (CDC, art. 84, § 3º); a liminar para a desocupação em ação de despejo (Lei nº 8.245/91, art. 59); a imissão liminar da União na posse em ação de ex-

²²⁰ Não se compreende, por não configuraram atividade jurisdicional, mas judiciária de viés administrativo, as

propriação de glebas nos quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas (Lei nº 8.257/91, art. 10); o pedido de investigação, exame, seqüestro e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações de agente ou terceiro preparatório à ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92, art. 16); a imissão liminar no procedimento judicial da desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária (Lei Complementar nº 76/93, art. 6º, I); a intervenção judicial em empresa para garantir execução de decisão do CADE (Lei nº 8.884/94, art. 69); a vistoria e busca e apreensão preliminar nos casos de violação de direito de autor de programa de computador (Lei nº 9.609/98, art. 13); a medida liminar na ação de abstenção de prática de ato (Lei nº 9.609/98, art. 14); a investigação, exame, seqüestro e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações, de dirigentes, agentes públicos ou terceiros preparatória a ação a fim de apurar irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social (Lei nº 9.637/98, art. 10); as providências cautelares para assegurar o resultado prático de ação que tenha por objeto obrigação de fazer ou não fazer em face de direito de idoso (Lei nº 10.741/03, art. 83, *caput*); a antecipação de tutela, liminar ou após a justificação, em ação que tenha por objeto obrigação de fazer ou não fazer em face de direito de idoso (Lei nº 10.741/03, art. 83, § 1º); e a suspensão de execução antecipada e de antecipação de tutela em favor da Fazenda Pública (Lei nº 4.348/64, art. 4º, § 2º; Lei nº 8.437/92, art. 4º, §§ 3º e 4º; e Lei nº 9.494/97, art. 1º).

E considerando de urgência aqueles procedimentos que constituem tutela diferenciada em razão do tempo da prestação jurisdicional, tampouco podem sobrevir em sede de recursos extraordinário e especial, por serem procedimentos autônomos e satisfativos, a cobrança da cédula de crédito industrial (Decreto-lei nº 413/69); a ação de adjudicação compulsória (Decreto-lei nº 58/37); o mandado de segurança; a ação que isenta de imposto templo de qualquer culto, bens e serviços de partidos políticos, instituições de educação e de assistência social (Lei nº 3.193/57); as ações entre proprietários e arrendatários rurais (Lei nº 4.504/64); a ação popular (Lei nº 4.717/65), o pedido de resposta ou retificação à acusação ou ofensa em meios de comunicação (Lei nº 5.250/67, arts. 32 a 36), o pedido de apreensão de impressos (Lei nº 5.250/67, arts. 61 a 64); a busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente (Decreto nº 911/69, arts. 3º a 7º); o processo discriminatório judicial de terras devolutas (Lei nº 6.383/76, art. 18 *et seq.*); o procedimento judicial da desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária (Lei Complementar nº 76/93); a ação contra depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública (Lei nº 8.866/94), e o *habeas data* (Lei nº 9.507/97, arts. 7º a 20). Essas tutelas só podem

avistar as instâncias extraordinárias em decorrência da interposição sucessiva de recursos das decisões proferidas no curso do próprio rito. Não há como sobrevirem, originariamente, com o escopo de salvaguardar perigo iminente em sede de outro processo que se impulsiona nas instâncias de superposição.

Quanto à suspensão de execução antecipada e de antecipação de tutela em favor da Fazenda Pública, embora enseje tutela de urgência no âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, por força da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que alterou as redações das Leis nºs 4.348/64 e 8.437/92, não constitui, *de facto*, medida urgente em sede de recursos extraordinário e especial. Conforme o § 4º do art. 4º da Lei 8.437/92 – regra também aplicável à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado (§ 3º) –, compete ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário, suspender, em despacho fundamentado, quando mantida a antecipação em sede de agravo contra despacho de presidente do tribunal local, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública²²¹. Com efeito, essa peculiar forma de tutela de urgência constitui medida cautelar antecedente à instauração da jurisdição extraordinária, que sequer quiçá exista, com pressupostos completamente dissociados dos recursos excepcionais²²². Na verdade, a única vinculação existente com os recursos extraordinários e a chamada suspensão da antecipação de tutela é que servem de norte para a designação da competência para a renovação do pedido de suspensão após o esaurimento das instâncias ordinárias. Tanto é assim que, interposto o recurso excepcional, poderá a pessoa jurídica de direito pública postular normalmente o efeito suspensivo, bastando para isso demonstrar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

As demais tutelas específicas seriam, em tese, admissíveis enquanto pendem de julgamento recursos extraordinário e especial. Portanto, tem-se como cabível dentre aqueles procedimentos previstos no Capítulo II do Livro III do Código o arresto (arts. 813-821); o seqüestro (arts.

²²¹ Na mesma senda o novo § 2º do art. 4º da Lei nº 4.348/64, que permite aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, conforme o recurso excepcional a ser interposto, conhecer de pedido de suspensão da medida liminar ou da sentença em mandado de segurança. Por fim, o art. 1º da Lei nº 9.494/97 permite essa hipótese à regra geral, porquanto determina que o disposto no 4º da Lei nº 8.437/92 aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil.

822 a 825); a caução (arts. 826 a 838); a busca e apreensão (arts. 839 a 843); os alimentos provisionais (arts. 852 a 854); o arrolamento de bens (arts. 855 a 860); o atentado (arts. 879 a 881); as obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida (art. 888, I); a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos (art. 888, II); a posse dos filhos (art. 888, III); o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral (art. 888, V); a separação de corpos e afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal (art. 888, VI); a guarda, a educação e a regulamentação do direito de visita dos filhos (art. 888, VII); e a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público, se o prédio for objeto do litígio (art. 888, VIII). No que tange às tutelas de urgência previstas nos procedimentos especiais, afigura-se cabível, *in tese*, o pedido de prosseguimento de obra em ação de nunciação de obra nova (art. 940), caso o prejuízo resultante da suspensão da obra se consolide após a interposição do recurso excepcional. E, finalmente, dentre as tutelas de urgências previstas na legislação extravagante, tem cabimento a fixação de alimentos provisórios, ou sua revisão, em ação de alimentos (Lei nº 5.478/68, art. 4º), se o credor expressar a sua necessidade após a interposição do recurso excepcional ou houver modificação na situação financeira das partes; a suspensão do pátrio poder em ação para a perda ou suspensão de pátrio poder (ECA, art. 157); a medida cautelar fiscal (Lei nº 8.397/92); as medidas cautelares incidentais em ação proposta na defesa do interesse e direito consumerista (CDC, art. 84, § 5º) e em ações dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/01, art. 4º).

Porém, o cabimento *in concreto* das mencionadas tutelas de urgência nominadas não é usual. Na verdade, estatisticamente, a sua incidência é bastante remota. De um modo geral, o tempo processual que decorre do ajuizamento da ação até a interposição dos recursos extraordinário e especial é considerável, de maneira que já aconteceram os perigos pela demora da prestação jurisdicional que os justificam. De mais a mais, do ponto de vista do autor, tendo em vista que os recursos extraordinário e especial não têm efeito suspensivo, pode ele promover na sua pendência a execução antecipada do julgado, o que, quase sempre, torna despiciendas as tutelas de urgência específicas de caráter satisfativo e atrai para o juízo da execução as medidas de natureza cautelar²²³. Numa visão pragmática, não há razão para que o demandante, dispondo de um juízo próximo e competente, instaure num tribunal esses procedimentos específicos. Além da privação

²²² Sobre essa peculiar tutela cautelar, veja-se: GUTIÉRREZ, Cristina. *Suspensão de liminar e de sentença na tutela do interesse público*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

²²³ Vale lembrar que o pedido de alimentos provisionais deve, por disposição expressa, ser processado sempre no primeiro grau de jurisdição (CPC, art. 853).

do duplo grau, o distanciamento gera maiores custos para as partes e morosidade na realização dos atos almejados.

Na perspectiva do réu, o *periculum damnum irreparabile* na pendência dos recursos extraordinário e especial decorre quase sempre da alteração ou da ameaça de alteração do *status quo*, bastando para afastá-lo a concessão de efeito suspensivo ou, conforme o caso, mais raramente, efeito antecipatório: ambas hipóteses de tutela de urgência genérica. Muito embora seja diminuta a probabilidade, mostra-se cabível em seu favor tutelas específicas quando já tenha havido anteriormente a mudança do estado das coisas, *e.g.*, pedido de prosseguimento de obra em ação de nunciação de obra nova (CPC, art. 940), na hipótese de sobrevir prejuízo da suspensão da obra nesse estágio do processo, e a revisão de alimentos provisórios (Lei nº 5.478/68, art. 4º), caso se modifique a condição financeira das partes de tal modo que não pode o réu aguardar o julgamento do recurso. Há, contudo, duas situações em que o requerido corre risco de dano irreparável ou de difícil reparação que justificam seguidamente tutelas de urgências específicas, a saber, a suspensão de processos no âmbito dos Juizados Especiais Federais e o *habeas corpus*. Ambos merecem apreciação em apartado.

4.2.1 A Suspensão de Processos Prevista na Lei nº 10.259/01

A Lei nº 10.259/01, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, estabeleceu que o recurso extraordinário, para os efeitos dessa Lei, deveria ser processado e julgado segundo as disposições regimentais do Supremo Tribunal Federal e o estabelecido nos §§ 4º a 9º do seu art. 14, que tratam do poder cautelar do Superior Tribunal de Justiça de sustar todos os processos nos quais esteja estabelecida controvérsia sobre a homogênea questão de direito material que lhe é submetida em incidente de uniformização de interpretação de lei federal. A manifestação do Superior Tribunal de Justiça em incidente de uniformização de interpretação de lei federal depende sempre de provocação da parte interessada e é cabível tão-só das decisões da Turma de Uniformização, e, mesmo assim, quando esta contraria sua súmula ou jurisprudência dominante (§ 4º do art. 14). Não tem cabimento a provocação do Superior Tribunal de Justiça nos pedidos de uniformização entre turmas da mesma Região, julgados em conjunto pelas próprias turmas conflitantes sob a presidência do Juiz Coordenador, ainda que a orientação acolhida contrarie sua súmula ou jurisprudência (§ 1º do art. 14). Neste caso, a parte interes-

sada pode requerer, após o julgamento da causa na turma de origem, novo pleito de uniformização de interpretação de lei federal, desta vez destinado à Turma de Uniformização, nos termos do § 2º do art. 14.

O Supremo Tribunal Federal procedeu à aludida regulamentação dos procedimentos a serem adotados para o processamento e julgamento do recurso extraordinário nesse rito por meio da Emenda Regimental nº 12/2003²²⁴, prescrevendo, nos termos da citada remissão, que “verificada a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio da ocorrência de dano de difícil reparação, em especial quando a decisão recorrida contrariar Súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, poderá o Relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, *ad referendum* do Plenário, medida liminar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, até o pronunciamento desta Corte sobre a matéria” (RISTF, art. 321, § 5º, I). A partir da concreção dessa reforma regimental, granjeou o Supremo Tribunal Federal o poder cautelar de suspender, de ofício ou a requerimento da parte recorrente, através de decisão monocrática do relator, *ad referendum* do Plenário, os processos pendentes em todos os juizados e turmas recursais do País que tratem da mesma questão constitucional objeto de recurso extraordinário²²⁵. Cuida-se, portanto, de tutela de urgência exclusiva do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não exerce jurisdição sobre turma recursal de Juizado Especial, tanto no âmbito das justiças estaduais como na da Justiça Federal. O seu papel se cinge a dirimir divergência em incidentes de uniformização no sistema dos Juizados Especiais Federais, consoante o preconizado no art. 14 da Lei nº 10.259/01. E, nesta hipótese, o Superior Tribunal de Justiça notadamente não julga a causa, mas tão-somente fixa, no exercício da sua missão constitucional de zelar pela uniformidade e inteireza da legislação federal, qual a interpretação que deve ser observada no julgamento da causa.

Essa tutela de urgência permite ao Pretório Excelso, dessarte, agregar eficácia suspensiva em massa através de um único feito, fulminando, de uma vez e abstratamente, a proliferação de processos, assim como é-lhe facultado no âmbito da ação declaratória de constitucionalidade (Lei nº 9.868/99, art. 21). Consoante o art. 21 da Lei nº 9.868/99, pode o Supremo Tribunal Federal,

²²⁴ O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou, ao julgar a Medida Cautelar no Recurso Extraordinário nº 376.852-SC (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em recurso extraordinário. RE 376.852 MC/SC. Instituto Nacional do Seguro Social e Antônio Pires. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 27 de março de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 11, 13 jun. 2003) que era defeso à Corte proceder à suspensão aventada na Lei nº 10.259/01 antes que se editasse disciplina autorizadora da medida, o que aconteceu com o acréscimo do § 5º ao art. 321 do RISTF pela Emenda Regimental nº 12.

por decisão da maioria absoluta de seus membros, deferir pedido de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os tribunais suspendam o julgamento de todos os processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ação até o seu julgamento definitivo. Consigna-se que se afigura deveras contraditório que a competência para a medida cautelar na ação direta de constitucionalidade atina ao plenário da Corte e que neste procedimento pertença ao relator do recurso extraordinário. O provimento acautelatório neste realizado possui a mesma natureza expansiva daquele emanado no controle abstrato. Entretanto, esse especial efeito suspensivo não abrange os processos que porventura já se estiverem no Supremo Tribunal Federal ao tempo de seu deferimento, haja em vista que a lei restringe o sobrestamento aos feitos que se encontram na origem. Porém, nada obsta que cada relator, com esteio no poder geral de cautela, atribua efeito suspensivo ao recurso extraordinário que lhe tiver sido distribuído, ao menos até a apreciação final da medida cautelar pelo Plenário ou o julgamento do recurso.

Embora essa eficácia expansiva seja comum em processos objetivos, tais como naqueles em que se exerce o controle concentrado de constitucionalidade, não o é relativamente aos processos subjetivos, que têm como limite eficaz as partes integrantes da relação jurídica processual (CPC, art. 472). Ressalvados os processos coletivos, nos quais as decisões podem auferir efeitos *erga omnes* e *ultra partes* (CDC, art. 103; Lei nº 7.347/85, art. 21), essa tutela de urgência atribuída ao Supremo Tribunal Federal no âmbito do recurso extraordinário é inovadora e radical em sede de processo subjetivo. Essa fórmula é, a toda a evidência, expressão do pendor de se imprimir ao recurso extraordinário caráter mais objetivo no exercício da sua função de defesa da ordem constitucional, aproximando-o, como tem alertado com proficiência o Ministro Gilmar Ferreira Mendes nas sessões da Corte, do recurso de amparo espanhol e recurso constitucional alemão (*verfassungsbeschwerde*)²²⁶.

225

²²⁶ Gilmar Ferreira Mendes é notadamente o ministro do Supremo Tribunal Federal mais entusiasmado com a medida. Em vários julgados, *exempli gratia* o citado RE 376.852 MC/SC, ele assevera a sua simpatia pelo instituto e pontua o avanço na alteração substancial realizada pela Lei nº 10.259/01 ao recurso extraordinário, que deixou ter um caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. O Ministro, destacando a observação de Häberle no sentido de que a proteção dos direitos individuais é apenas uma faceta do recurso de amparo, refere que há muito se mostra dominante no direito americano a orientação de que o recurso de gênero extraordinário é dotado de “dupla função”, subjetiva e objetiva, sendo esta última a de assegurar o direito constitucional objetivo. Já no primeiro quarto do século passado, afirmava Triepel que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como processos objetivos.

Pese salutar a sanha do legislador de racionalizar a prestação jurisdicional, tem-se que esse revolucionário poder conferido ao Supremo Tribunal Federal deveria ter sido consagrado no plano constitucional, assim como aconteceu relativamente à súmula vinculante. A Carta da República segmenta expressamente as duas formas pelas quais o Pretório Excelso deve zelar pela ordem jurídica constitucional: originariamente, mediante processos objetivos (art. 102, I, *a*), e em recurso extraordinário, mediante processos subjetivos (art. 102, III). Claro está no texto, pois, que o Supremo Tribunal Federal exerce a sua função precípua em duas frentes distintas, por meio de dois instrumentos diferentes, autônomos e com características bem próprias. Assim, era defeso por lei ordinária, quanto mais de forma indireta, alterar-se a dicotomia traçada constitucionalmente, incluindo no recurso extraordinário qualidade que não lhe é curial para a guarda da Constituição, mas, sim, da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. E a Constituição Federal, a propósito, é categórica em referir que é no controle concentrado que as decisões produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º). Se pretende o legislador preterir a índole subjetiva do recurso extraordinário, incluindo-lhe princípios inerentes ao controle concentrado, deveria, sob pena de pecha de invalidade, promover a emenda do texto constitucional²²⁷.

Ressalvado o vício de constitucionalidade supramencionado, consigna-se que mister que o § 5º do art. 321 do RISTF padeça, como regra de exceção, interpretação restritiva, sem extrapolar analogicamente os §§ 4º a 9º do art. 14 da Lei nº 10.259/01, que alicerça e pauta esse peculiar provimento de urgência. Impende para a concessão da eficácia suspensiva, além da materialização dos requisitos comuns da tutela cautelar, que a decisão recorrida, sufragando orientação da Turma de Uniformização ao dirimir controvérsia sobre a interpretação da Constituição, contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Pretório Excelso²²⁸. Portanto, para mais da plausibilidade

²²⁷ O Ministro Marco Aurélio tem sustentado na Suprema Corte, isoladamente, a ilegalidade do § 5º do art. 321 do RISTF, inclusive proferindo voto contrário a sua inserção na sessão administrativa, realizada em 17 de dezembro de 2003, em que foi submetida proposta a alteração regimental que deu ensejo à Emenda Regimental nº 12 (Processo Administrativo 318.715). O principal argumento do citado ministro é que a regra regimental afronta as determinações do Código de Processo Civil, sobretudo as que estabelecem os limites subjetivos da lide e o recebimento do recurso extraordinário apenas no efeito devolutivo. Conquanto se alinhe aos seus fundamentos de fundo, discorda-se da sua conclusão. Em realidade, a fonte das alterações não é o § 5º do art. 321 do RISTF, que simplesmente regulamenta o que foi determinado pela Lei nº 10.259/2001, federal assim como a que institui o Código de Processo Civil. É, pois, esta lei que constitui a fonte normativa do processamento e julgamento do recurso extraordinário interposto contra acórdão de Turma Recursal no âmbito dos Juizados Especiais Federais. Para depreender a posição do Ministro Marco Aurélio, veja-se, por tantos, o seguinte julgado: BRASIL Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar no recurso extraordinário. RE 416.586 MC/SE. Instituto Nacional do Seguro Social e Arlinda Silva. Relator: Ministro Marco Aurélio. 24 de novembro de 2004. *LJSTF*, [Brasília], v. 27, n. 316, 2005, p. 310-320.

²²⁸ Vejam-se, a respeito: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em agravo regimental no recurso extraordinário. RE 414.774 AgR-MC/SC. Instituto Nacional do Seguro Social e Rosa Olíani Bissoni. Relator: Ministro Carlos Britto. 30 de março de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 37, 06 ago. 2004;

do direito alegado e perigo na demora, impõe-se a existência de dissídio em torno da matéria jurídica veiculada no recurso extraordinário, o qual se configura pela submissão *a priori* do tema à Turma de Uniformização. Demais disso, a questão constitucional divergente deve ser de direito material, tal como é exigido para que se provoque a manifestação do Superior Tribunal de Justiça no incidente de uniformização de interpretação de lei federal e nele se conceda a eficácia suspensiva (art. 14, §§ 4º e 5º).

A redação do inciso I do § 5º do art. 321 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal está equivocada, pois admite a providência urgente em especial quando a decisão recorrida contraria súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. A locução adverbial “em especial” sugere a possibilidade de que se defira a eficácia suspensiva em outras hipóteses que não a de afronta à súmula ou jurisprudência dominante do Pretório Excelso. A Lei nº 10.259/01, que alicerça a reforma regimental e giza esse poder cautelar, prevê o cabimento da suspensão dos processos pelo Superior Tribunal de Justiça somente quando a Turma de Uniformização acolhe orientação que contrarie sua súmula ou jurisprudência dominante. Logo, na mesma onda, só cabe ao Supremo Tribunal Federal emanar a eficácia suspensiva quando a decisão objeto do recurso extraordinário tiver julgado, em face de orientação da Turma de Uniformização, de forma contrária à sua súmula ou jurisprudência dominante. Nos termos em que foi redigida a norma regimental, figura-se cabível a suspensão dos processos mesmo que a decisão recorrida não contrarie a orientação tenaz do Supremo, hipótese que não se coaduna com a regra legal autorizativa.

Anota-se que o *fumus boni iuris* consiste, como nas demais hipóteses de tutela de urgência em sede de recurso excepcional, no êxito do recurso extraordinário, ou seja, na reunião de condições para que sobreleve o juízo de admissibilidade e, no mérito, seja provido. Entretanto, no que concerne ao *periculum in mora*, força que o fundado receio de dano de difícil reparação seja considerado globalmente, tendo em vista todos os processos que se pretende sobrestar, e não a situação concreta vertente no recurso extraordinário. Em outras palavras, para ser expansivo o efeito suspensivo, deve-se sopesar a magnitude do conjunto de processos pendentes, ou possíveis, versando sobre a mesma questão constitucional, bem como a repercussão que as decisões conflitantes ou contrárias à jurisprudência do Supremo poderiam representar para o recorrente, se for a União, autarquia, fundação ou empresa pública federal, ou, se difuso o prejuízo, para a totalidade

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em agravo regimental no recurso extraordinário. RE 414.821 AgR-MC/SC. Instituto Nacional do Seguro Social e Romilda Romagna Paris. Relator: Ministro Carlos Britto. 11 de maio de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 37, 10 set. 2004.

de jurisdicionados que possuam idêntica *quaestio* em suas demandas. Caso o perigo na demora não tenha amplitude geral, restringindo-se à situação individualizada dos autos, poderá, se plausível o direito alegado, somente deferir efeito suspensivo ao recurso extraordinário pendente, escorado no poder geral de cautela.

Apesar de a interpretação da norma regimental não poder ser ampliativa, o Supremo Tribunal Federal tem flexibilizado o cabimento da medida cautelar, deferindo a suspensão dos processos em hipóteses não aventadas pelo legislador. Traz-se à baila, a título exemplificativo, a Ação Cautelar nº 272/RJ, em que o Tribunal Pleno, chancelando a decisão singular da relatora, acolheu o pleito cautelar da Caixa Econômica Federal de suspender todos os processos em tramitação perante os Juizados Especiais e Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro em que se discutia a descon sideração, como ato jurídico perfeito, dos acordos firmados em decorrência do termo de adesão previsto na Lei Complementar nº 110/2001²²⁹, relativo ao pagamento de diferenças de correção monetária sobre o FGTS. Neste caso, a questão constitucional aventada no recurso extraordinário sequer havia sido objeto de debate pela Turma de Uniformização, quanto mais havia orientação contrariando súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. Em realidade, a decisão recorrida não era nem ao menos colegiada, mas singular, o que, dentre outros fatos, obstaria de plano o recurso extraordinário e, conseqüentemente, pela ausência de *fumus boni iuris*, o deferimento da medida acautelatória. Conquanto se reconheça que a solução adotada tenha tido uma utilidade prática bastante relevante em termos da administração judiciária, embaraçando a profusão significativa de causas idênticas, não se mostra a alternativa mais escorreita desdenhar as regras permissivas de uma medida tão excepcional como é a eficácia suspensiva expansiva em sede de recurso extraordinário. Se é acanhada a Lei nº 10.259/2001, deve ser incentivada a reforma legislativa, e não a arbitrariedade na interpretação e aplicação de suas disposições²³⁰.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em ação cautelar. AC 272 MC/RJ. Caixa Econômica Federal e Jorge Peres Alves da Silva. Relator: Ministra Ellen Gracie. 06 de outubro de 2004. *LJSTF*, [Brasília], v. 27, n. 316, 2005, 9-26.

²³⁰ Conforme assinala MONTESANO, Luigi. Aspetti problematici del “potere giudiziario” e della giurisprudenza “teorica” e “pratica” nell’Italia d’oggi. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 45, n. 3, p. 665-672, sett. 1991, ao analisar o problema da interpretação evolutiva da jurisprudência no sistema jurídico italiano, a sujeição do juiz à lei e os limites que o ordenamento popular impõe ao juiz na interpretação da lei são questões antigas, mas sempre atuais (p. 667-668). Com efeito, embora imprescindível em certa medida a liberdade judicial na aplicação do direito objetivo, impende que exista prudência dos órgãos judiciários, principalmente na interpretação ampliativa. É o Poder Legislativo que, através de representantes eleitos pelo povo, tem a função de definir os preceitos legais.

Anota-se que o *periculum in mora* constatado pela relatora da Ação Cautelar nº 272/RJ, em realce, foi a sobrecarga que seria causada à máquina judiciária pelo efeito multiplicador das demandas. Embora efetivamente a multiplicidade de processos judiciais com a mesma controvérsia constitucional tenha potencial lesivo considerável, esse fato merece, por si, como fundamento para o fundado receio de dano de difícil reparação, porquanto não constitui o processo um fim em si mesmo. Consoante referido alhures, deve-se ter em conta na verificação do perigo na demora a repercussão das decisões conflitantes ou contrárias à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na esfera jurídica da parte recorrente ou dos jurisdicionados que enfrentam a mesma controvérsia em suas respectivas demandas. Neste caso, então, deveria se considerar para que fosse conferida a eficácia suspensiva os eventuais danos causados ao patrimônio da Caixa Econômica Federal a multiplicidade de decisões na Seção Judiciária do Rio de Janeiro que a condenassem a pagar, de forma imediata, antes da resposta final do Supremo Tribunal Federal, as diferenças relativas a expurgos de índices inflacionários sobre saldos das contas de FGTS, e não os prejuízos que o efeito multiplicador de processos idênticos em pretórios do País ensejariam para a administração da Justiça.

4.2.2 O Deferimento de Habeas Corpus

O *habeas corpus* é uma garantia destinada a tutelar a liberdade física do indivíduo, consagrada entre os direitos e garantias fundamentais da Constituição da República. Consoante os termos do inciso LXVIII do seu art. 5º, “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Sem necessidade de se adentrar no debate em torno de sua natureza jurídica²³¹, constata-se claramente que o *habeas corpus* é, por excelência, por seu imediatismo a fim de tolher prejuízo irreparável pela demora da prestação jurisdicional, uma tutela de urgência, cujo prejuízo que se visa a evitar pela mora judiciária é um dos mais importantes valores humanos: a liberdade.

²³¹ O *habeas corpus* é tido por alguns doutrinadores como recurso: ordinário, extraordinário, de caráter especial ou misto etc. Esse entendimento está calcado máxime no fato de que a legislação penal lhe atribui implicitamente essa natureza jurídica ao incluí-lo entre os recursos no Código de Processo Penal. Entretanto, ainda que possa fazer as vezes, o *habeas corpus* não é um recurso, pois pode ser instaurado a despeito da existência de processo, *e.g.*, quando impugna ordem de prisão preventiva. O *habeas corpus* consiste, na verdade, numa ação impugnativa autônoma, cuja eficácia da prestação jurisdicional preponderante, se deferida, é mandamental. Na seara dos processos cíveis, praticamente inexiste a celeuma hodiernamente em torno da natureza jurídica do *habeas corpus*. As leis de organização judiciária, inclusive os regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, tratam o *habeas corpus* como ação, prescrevendo-lhe procedimento semelhante ao do mandado de segurança, também ação constitucionalmente assegurada.

O *habeas corpus* constitui, pois, provimento jurisdicional de urgência com o propósito de impedir a ameaça iminente à liberdade de locomoção – hipótese em que a ordem é preventiva e se expede salvo-conduto – ou de fazer cessar constrangimento ilegal ao direito de locomoção já materializado, hipótese em que a ordem de *habeas corpus* é repressiva e implica o mandamento de imediata liberação do paciente.

Conquanto seja mais comum no âmbito dos processos criminais, por ser a restrição de liberdade a principal pena imposta pelo Estado no exercício do *jus puniendi*, tem o *habeas corpus* cabimento também em processos cíveis. Posto que há muito tenha se esvaído a cultura de impingir ao devedor responder com o próprio corpo pelas dívidas contraídas, o sistema legislativo vigente ainda admite, em dois casos extremos, a privação da liberdade: o não-pagamento de alimentos e depósito infiel. Na primeira hipótese, o bem jurídico protegido é a própria vida do alimentado, que necessita do pagamento para prover sua subsistência; na segunda, a tutela jurídica recai sobre o interesse comum de evitar a má-fé nas relações interpessoais, em especial na confiança depositada pelo Poder Judiciário àquele que fica em poder do objeto litigioso no curso da ação ou do bem que garante o juízo quando proposta a ação executiva²³². Por assim dizer, nessas duas hipóteses excepcionais em que é cabível a prisão em processo cível, afigura-se pertinente a impetração de *habeas corpus* com o fito de combater ilegalidade ou abuso de poder na decisão que determina a segregação.

Pois bem. A concessão de *habeas corpus* em processo cível tem como pressupostos, portanto, a prisão ou a ameaça de prisão de devedor de alimentos ou depositário infiel em virtude de decisão jurisdicional ilegal ou abusiva. A ordem de *habeas corpus* pode ser deferida *in initio litis*, quando se constata, mediante cognição sumária, o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* reside na provável ilegalidade da decisão que determina a segregação civil da parte ou abuso

²³² A restrição imposta pela Constituição no inc. LXVII do art. 5º quanto ao cabimento da prisão civil rendeu entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça uma das divergências mais marcantes entre as duas Cortes nessas quase duas décadas de convivência. No julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 149.518, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que não cabe prisão civil de devedor que descumpra contrato garantido por alienação fiduciária. Em suma, espousa o Superior Tribunal de Justiça que a referida regra constitucional, por prever exceção, não pode ser interpretada extensivamente, de modo a equiparar o devedor fiduciante à condição de depositário. Nesse contexto, embora admissível a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, é defesa a prisão civil do devedor por ser atípico o depósito, mormente com a incorporação à ordem jurídica da Convenção Americana de Direitos Humanos. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, considera legítima a prisão civil prevista no Decreto-lei nº 911/69, na medida em que o inciso LXVII do art. 5º do Constituição assenta a possibilidade de prisão no caso de infidelidade depositária. O Supremo ainda afasta as restrições estabelecidas no Pacto de São José da Costa Rica sob o fundamento de que a ordem constitucional vigente explicitamente confere ao Poder Legislativo autorização para disciplinar e instituir a prisão de depositário infiel e que os

de poder de seu prolator, isto é, a fumaça do direito tem seu fundamento na grande probabilidade de que inexistente justa causa para que se proferir decisão ordenando a prisão civil o litigante. O *periculum in mora* consiste, por sua vez, na coação ou violação atual ou iminente à liberdade de locomoção do paciente. Se na primeira hipótese o perigo é patente, pois a parte já está presa, na segunda ela se configura com a ameaça concreta de prisão. O temor incerto e presumido de restrição à liberdade de locomoção ou a ameaça remota, possível de ser evitada pelos meios ordinários, não enseja *habeas corpus*.

O Supremo Tribunal Federal e, principalmente, o Superior Tribunal de Justiça, o qual possui competência mais ampla e comporta uma interpretação bastante restritiva acerca dos requisitos fáticos e jurídicos para a prisão civil, concedem, não raro, *habeas corpus* fundado em prisão civil na pendência de recursos extraordinário e especial. A ordem de *habeas corpus* tem sido deferida mediante a impetração do *writ* e até mesmo de ofício no julgamento do recurso excepcional, com esteio no art. 654, § 2º do Código de Processo Penal, quando cristalizados os respectivos requisitos. E para o Superior Tribunal de Justiça, na mesma senda consolidada no Supremo Tribunal Federal no âmbito do recurso extraordinário em matéria criminal²³³, aquilata cabível o *habeas corpus ex officio* até quando não conhece do recurso especial, ou seja, quando não é aberta a via extraordinária²³⁴. Cita-se, pela sua representatividade, o Recurso Especial nº 211.625, em que não se conheceu do recurso especial em razão do não-exaurimento das instâncias ordinárias, mas, *ex officio*, concedeu-se o *habeas corpus*. O aresto foi sumarizado nos seguintes termos: “ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Prisão civil. Recurso especial não conhecido, por ter sido a decisão adotada por

tratados internacionais não podem sofrer interpretação que conduza à restrição da eficácia jurídica das normas constitucionais.

²³³ Veja-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 273.363/MG. Maurício de Lima Martins e Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 05 de setembro de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 128, 20 out. 2000; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento. AI 529.520 AgR/PI. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 04 de outubro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 47, 28 out. 2005.

²³⁴ *Verbi gratia*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 46.017-MG. Banco Real S/A e Sílvio Ferraz Pires. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Relator para o acórdão: Ministro Ari Pargendler. 26 de março de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 196, 11 jun. 2001; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento. AgRg no Ag 357.291-SP. Agenor Stuardi e Banco do Brasil S/A. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. 19 de março de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 355, 04 fev. 2002; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 238.372-RS. Fernando Aparecido de Oliveira e Arca Administradora de Consórcios Ltda. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. 21 de março de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 160, 15 mai. 2000; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 129.110-RS. Fiat Administradora de Consórcios Ltda. e Cledi Terezinha Dutra Bernardes. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. 07 de outubro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 33, 14 fev. 2000; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 1.709-SP. Fernando Elias Assunção de Carvalho e Banco Mercantil de São Paulo. Relator: Ministro Nilson Naves. 06 de maio de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 139, 31 mai. 1999.

maioria, mas concedido *habeas corpus* de ofício, para afastar a possibilidade da prisão civil do devedor. Precedentes”²³⁵.

Para este entendimento, evidenciando-se a lesão ou a ameaça à liberdade de locomoção na apreciação de recurso especial intentado, merece ser preservado o *jus libertatis*, ainda que não seja admissível. Embora a liberdade seja, com efeito, um valor deveras relevante e um direito constitucionalmente assegurado, tem-se que não se justifica essa possibilidade no âmbito dos processos cíveis, até mesmo porque há muitos outros direitos, também traçados como fundamentais e assegurados no texto constitucional, que não recebem idêntico tratamento. Além de a pena restritiva de liberdade possuir na hipótese em realce natureza completamente diferente daquela dos processos-crimes, o processo civil é movido por princípios e regras próprios que desautorizam dita superação do juízo de admissibilidade. Com efeito, o não-conhecimento de recurso significa, em razão do efeito *ex tunc*, que a decisão impugnada já transitou em julgado. Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça, ao declarar a inadmissão do recurso especial, não detém poder jurisdicional para alterar o que foi decidido pela corte local, mesmo que seja para livrar parte da prisão civil.

²³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 211.625-PR. Moacir Tavares e Araucária Administradora de Consórcios S/C Ltda. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 15 de junho de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 134, 23 ago. 1999.

5 A COMPETÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DA TUTELA DE URGÊNCIA

No direito processual brasileiro, a competência para o exercício da jurisdição de urgência pertence, de ordinário, a teor do *caput* dos arts. 800 e 273 do Código de Processo Civil, ao juiz da causa ou, caso preparatória a medida, ao que será competente para conhecê-la. Isso não significa, entretanto, que o juiz de origem se perpetue com essa atribuição jurisdicional. Proferindo sua decisão final e interposto recurso, inaugura-se a jurisdição *ad quem* com o recebimento deste e passa a ser do tribunal, órgão judicial da causa nessa instância, a competência para o exercício da jurisdição de urgência, nos termos do regido no parágrafo único do art. 800 e da melhor exegese do *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil²³⁶. No âmbito das instâncias extraordinárias, não existe disposição específica no Código tratando da competência para o exercício da jurisdição urgente. À míngua de previsão legal, tem vigorado o mesmo espírito delineado pelo legislador no tocante às instâncias ordinárias. Mas nem sempre foi assim. Historicamente, houve certa dificuldade para essa definição, máxime pelo sistema de admissibilidade desdobrado dos recursos extraordinário e especial.

Malgrado o sistema bipartido instituído pela Lei nº 3.396/58, que atribui ao presidente do tribunal de origem a função de proceder a um juízo prefacial de admissibilidade, o Supremo Tribunal Federal sempre se reservou com exclusividade, bem assim o Superior Tribunal de Justiça quanto ao recurso especial a partir de 1988, a competência para conhecer e decidir sobre pedido de tutela de urgência em sede de recurso extraordinário²³⁷. Essa reserva de jurisdição, somada ao

²³⁶ Portanto, como sublinha CARPENA, *Do processo...*, ao tratar da jurisdição cautelar, estando o processo principal no segundo grau de jurisdição, a cautelar deverá ser proposta perante esse, e não no juízo de primeiro grau que foi competente para julgar a ação principal. Há uma supressão proposital do primeiro grau de jurisdição para permitir que a lide acessória fique, *a priori*, junto com a ação principal a que visa assegurar (p. 244). De feito, encontrando-se o processo principal no tribunal, ninguém mais indicado que esse para deferir as medidas urgentes, pois essas serão baseadas na situação fática daquele. Soma-se a isso o fato de que cumpre nessa fase processual ao tribunal o julgamento da causa, qualificando-se desse modo para definir, de acordo com a sua convicção, a existência ou não de plausibilidade jurídica do direito a ser tutelado provisoriamente. Saliencia-se que antes da prolação sentença, a jurisdição de urgência só poderá ser efetuada pela instância superior em virtude da sua competência recursal, quando interposto agravo de instrumento cujo objeto consiste em provimento de urgência ou é requerida tutela urgente em recurso interposto contra decisão incidente, a saber, antecipação de tutela recursal ou efeito suspensivo.

²³⁷ Para o Supremo Tribunal Federal, a reserva dessa jurisdição era absoluta, mantendo-se mesmo nas hipóteses em que a ordem jurídica conferiria, reflexamente, competência ao presidente do tribunal local para exercer medida urgente em recurso extraordinário. Tanto é assim que, em 1992, o Presidente do Tribunal de Justiça goiano, nos termos do art. 7º da Lei nº 4.348/64, regra dirigida ao primeiro crivo de admissibilidade no procedimento do mandado de segurança, conferiu efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto pelo Estado de Goiás contra decisão concessória de *mandamus*. Em sessão plenária, o Supremo julgou procedente a reclamação ajuizada pela Associação Goiana do Ministério Público, para remover a eficácia suspensiva do recurso extraordinário. Segundo o voto do relator, o Ministro Celso de Mello, a concessão de e-

asserto de que a instância extraordinária só inicia com a admissão do recurso excepcional no tribunal *a quo* ou com o provimento do agravo de instrumento interposto contra a decisão denegatória de seu processamento, conduziu a um grande dissídio, quiçá o mais intenso entre as duas Cortes que dividem a responsabilidade de defender a inteireza e a unidade do ordenamento jurídico: a possibilidade ou não do exercício da jurisdição de urgência em sede de recursos extraordinário e especial antes da prolação do juízo de prelibação no tribunal local e enquanto não julgado o agravo de instrumento, caso proferido o despacho presidencial de admissibilidade e esse tenha sido negativo; em outras palavras, se seria cabível a prolação duma tutela de urgência pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça enquanto não inaugurada a respectiva instância extraordinária²³⁸.

Essa celeuma, que originou dissensos internos e desuniu o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devido às respectivas correntes perfilhadas, conservava como pano de fundo uma grave preocupação. De acordo com o entendimento sufragado, poderia o jurisdicionado ficar totalmente privado dum órgão judicial competente para direcionar pedido de tutela jurisdicional de urgência nesse entretempo em que não franqueada a instância extraordinária pela admissão do recurso excepcional. Malgrado as divergências internas, os entendimentos predominantes, de forma sólida no Supremo Tribunal Federal e frágil no Superior Tribunal de Justiça, eram antagônicos em cada uma das duas Cortes. No Pretório Excelso vigorava amplamente a tese de que lhe era defeso deferir efeito suspensivo a recurso extraordinário que não havia superado o juízo provisório de admissibilidade, ao passo que no Superior Tribunal de Justiça preponderava, levemente, a de que era cabível, em casos excepcionais, o deferimento da medida cautelar, ainda que não submetido o recurso especial ao juízo de prelibação preliminar ou estando pendente seu processamento do julgamento do agravo de instrumento. Esta inteligência qualificava-se por suprir o interstício, indo ao encontro do princípio constitucional do controle jurisdic-

feito suspensivo a recurso extraordinário não se inseria nos limites jurídico-processuais da atuação jurisdicional da presidência de tribunal *a quo*. E, ao assim proceder, excedeu o Presidente no desempenho da sua competência monocrática, interferindo em domínio juridicamente reservado, com exclusividade absoluta, à atividade processual do Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Rcl 416-3/GO. Associação Goiana do Ministério Público e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relator: Ministro Celso de Mello. 03 de dezembro de 1992. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 2.355, 26 fev. 1993).

²³⁸ Ressalva-se que o dissenso não se centrava propriamente no exercício da tutela de urgência em geral, mas mais especificamente na concessão de efeito suspensivo. Além de a outorga de efeito suspensivo constituir, conforme já consignado de forma reiterada, a mais comum das tutelas urgentes em sede de recursos extraordinário e especial, era tratada em sentido *lato*, fundamentando, sob o rótulo de efeito suspensivo, a concessão de medidas satisfativas e até mesmo de outras medidas acautelatórias. Por essa razão, o debate acerca do cabimento e da competência dos provimentos de urgência em recursos extraordinário e especial confundem-se com o próprio estudo do cabimento e da competência para a outorga de efeito suspensivo.

cional. Pois com o cabimento do pedido diretamente ao Tribunal Superior antes da admissão do recurso, não ficava o jurisdicionado, entretantes, sem órgão competente para tutelar provisoriamente direito em perigo iminente, isto é, não ficava à mercê de risco de dano irreparável ou de incerta reparação.

Na concepção hodierna de processo é inconcebível interstício, de modo que o jurisdicionado fique desprovido de tutela jurisdicional instantânea. Toda e qualquer pessoa tem direito de receber, verificada a presença dos condicionantes legais, a tutela provisória, desde antes mesmo de ingressar com a ação principal até enquanto não se consumir o trânsito em julgado desta. Vale consignar que, em razão do elevado número de recursos excepcionais interpostos, comumente os presidentes dos tribunais levavam, e ainda levam, meses – às vezes mais de ano – para proferir o despacho de admissibilidade, constituindo um lapso temporal enorme e indefinido até o instante em que os recursos ingressam nos protocolos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. A toda a evidência, não se podia exigir da parte que os recursos extraordinário e especial já tivessem sido admitidos para se deferirem as medidas, pois a demora na prolação do juízo de admissibilidade não era de sua responsabilidade. Na solução aventada pelo Pretório Excelso, jurisdicionado restava prejudicado, injustificadamente, pela morosidade e ausência de meios do Poder Judiciário. De qualquer sorte, o dissídio, e a lacuna, foi resolvido em grande medida pelo Supremo Tribunal Federal com a edição das Súmulas números 634 e 635, que determinaram a competência sobre medida cautelar em recurso extraordinário antes e depois da prolação do juízo de admissibilidade na origem. Não obstante essas disposições sumulares, as quais são observadas pelo Superior Tribunal de Justiça no tocante ao recurso especial e são aplicáveis a toda e a qualquer tutela de urgência, persistem até hoje divergências e pontos sensíveis no sistema. Para tratar dessa temática e formular uma proposta de sistematização, discorre-se individualmente sobre os órgãos com competência para processar e julgar pedido de tutela de urgência em sede de recursos extraordinários.

Cumprе antes consignar que a competência para a jurisdição de urgência quando pendente recurso extraordinário ou especial só é exercida no âmbito dos tribunais – de origem e superiores – quando o objeto recurso constituir uma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil, isto é, extinção do processo, sem resolução do mérito, ou decisão resolvendo o *meritum causae*. A sistemática adotada pelo legislador para definir a competência para a jurisdição de urgência é o próprio juízo competente para julgar a causa (CPC, art. 800, *caput*)²³⁹. Por

²³⁹ CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários...*, p. 125-126.

isso, enquanto o processo estiver no primeiro grau de jurisdição, compete ao juiz do primeiro grau de jurisdição processar e julgar pedidos de tutela de urgência. Prolatada a sentença e interposto recurso, a competência para processar e julgar pedidos de tutela de urgência passa a ser da corte a que cumpre julgar o recurso interposto, porquanto, *ex vi* do efeito devolutivo, a competência para o julgamento da causa, ao menos na parte devolvida, é do tribunal (CPC, art. 800, parágrafo único). O mesmo acontece no âmbito dos recursos extraordinário e especial, ressalvada a peculiaridade, conforme se verá a seguir, de que a competência para a jurisdição de urgência não pertence desde a interposição ao Tribunal Superior destinatário do recurso excepcional interposto, tal como preceitua o parágrafo único do art. 800 do Código, mas à presidência do pretório de origem.

Tratando o recurso excepcional de questão incidente, o provimento de urgência deve ser requerido diretamente no juízo de origem, onde segue tramitando o processo. Isso porque, a despeito de já estar tramitando recurso excepcional, o ofício jurisdicional sobre a lide ainda pertence ao juízo de origem, motivo por que permanece este competente para conhecer e julgar originariamente os incidentes processuais deduzidos, inclusive os relativos a medidas urgentes. Essa regra não se aplica tão-somente na hipótese de a tutela de urgência se referir especificamente à questão incidente objeto do recurso extraordinário ou especial interposto, *v.g.*, a obtenção de efeito suspensivo ou antecipação de tutela recursal. Pois, neste caso, por força do efeito devolutivo, a jurisdição concernente à *quaestio* foi transpassada à instância recursal, inclusive no que tange aos provimentos de urgência. Logo, tendo por objeto o recurso extraordinário ou especial decisão interlocutória, as tutelas de urgência concernentes a essa decisão, *v.g.*, eficácia suspensiva, tutela antecipatória e *habeas corpus*, deverão ser deduzidas diretamente ao órgão que estiver exercendo jurisdição sobre esta questão incidente, muito embora permaneça exercendo jurisdição sobre a lide o juiz de origem.

Assevera-se ainda que a competência para o exercício da jurisdição de urgência que se trata é a originária, isto é, para conhecer e julgar pedido de tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial, não se incluindo aquela decorrente da competência recursal. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, além da sua competência originária para a jurisdição de urgência – fruto da transferência da jurisdição da causa em virtude da interposição de recurso contra a decisão final – possuem ainda competência recursal para jurisdição de urgência, notadamente quando o próprio objeto do recurso excepcional é uma medida urgente. Isso acontece, por exemplo, toda vez que o objeto do recurso extraordinário ou especial é a denega-

ção de medida cautelar ou de antecipação de tutela, esta requerida com fundamento no art. 273, I, do Código de Processo Civil. A competência para a jurisdição de urgência, nesse caso, se confunde com a própria competência recursal, não havendo qualquer complexidade no que respeita à determinação da competência.

5.1 A Competência dos Presidentes dos Tribunais Locais

Durante a década de 90, houve acérrimo dissídio entre os ministros do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça relativamente à possibilidade de comunicar-se efeito suspensivo a recursos extraordinário e especial, e, em última análise, para se exercer a jurisdição de urgência, enquanto o recurso não houvesse sido objeto do juízo de admissibilidade pela corte local ou estava pendente o seu trânsito do julgamento de agravo de instrumento, quando já realizada a deliberação e fosse a mesma negativa. A corrente predominante – encabeçada no Supremo Tribunal Federal pelos Ministros Celso de Mello e Moreira Alves e no Superior Tribunal de Justiça pelos Ministros Peçanha Martins e Demócrito Reinaldo – esposava que os dois Pretórios não tinham competência para decidir sobre medida cautelar enquanto o recurso excepcional não transpusesse o primeiro juízo de admissibilidade. Apenas a partir da existência do juízo positivo de prelibação da presidência do tribunal de origem, ou do provimento do agravo interposto contra a decisão negatória de seguimento, o recurso estaria sob a jurisdição superior e passível de receber o efeito suspensivo.

Para essa linha de pensamento, decidirem o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sobre medida cautelar concernente a recursos extraordinário e especial antes que esses superassem o juízo primeiro de admissibilidade significaria, além da supressão de uma instância, atribuir autonomia ao processo cautelar, que, segundo a lei, é meramente acessório e incidental. Ademais, além de ser defesa a concessão de medida sob condição resolutória, a saber, a de que o tribunal de origem venha a admitir o processamento do especial, convolar-se-ia a cautelar em avocatória, pois, uma vez conferido efeito suspensivo, ao juízo *a quo* não teria outra alternativa que senão a de determinar o processamento do recurso excepcional²⁴⁰. Mesmo com a edição da Lei 8.952/94, que, ao dar nova redação ao parágrafo único do art. 800 do Código de Processo

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental em medida cautelar. AGRMC 995/SP. Well's Restaurantes S/A e Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. 27 novembro de 1997. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 27, 16 fev. 1998.

Civil, esta corrente se manteve sobrepujante. Professorava o Ministro Moreira Alves que este dispositivo era inaplicável ao recurso extraordinário ainda não admitido, pela razão de que a aplicação implicaria pré-julgamento da admissão do recurso extraordinário pelo relator da petição de medida cautelar (que se torna preventivo para julgar eventual agravo contra o despacho da não-admissão desse recurso), em detrimento da livre apreciação do presidente do tribunal *a quo* no âmbito da competência²⁴¹.

Haja vista que, a par disso, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se reservavam, com exclusividade, a competência para decidir sobre pedido de medida cautelar em sede de recursos extraordinário e especial, somente poderia ser obtido o efeito suspensivo, ou outra medida urgente, quando o recurso estivesse subordinado ao seu julgamento, quer porque já remetido à instância extraordinária após regular admissão pelo presidente do tribunal local, quer em razão da determinação do seu processamento pelo provimento do agravo de instrumento. Em sentido antagônico, precisamente em virtude dos riscos da demora da tutela jurisdicional no ínterim compreendido entre a interposição do recurso e a prolação do despacho de admissibilidade presidencial, ergueu-se um entendimento admitindo a concessão, pelos Tribunais Superiores, de medida cautelar em recursos excepcionais, malgrado a admissão na origem ou provimento de agravo. Para essa inteligência, notadamente mais vigorosa no Superior Tribunal de Justiça, os recursos extraordinário e especial estariam sob a competência da respectiva Corte Superior desde o seu tempestivo manejo, independentemente do juízo provisório de delibação exercido no pretório inferior.

Este entendimento, do qual tomavam parte os Ministros Adhemar Maciel, José Delgado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, Humberto Gomes de Barros e Hélio Mosimann, calcava-se na compreensão de que o despacho presidencial que autorizava o seguimento dos recursos extraordinário e especial possuía conteúdo meramente declaratório, não tendo o condão de lhes dar vida. Ademais, não haveria invasão da competência dos presidentes dos tribunais locais, uma vez que se busca no pleito cautelar somente o pronunciamento quanto à probabilidade de juízo positivo de admissibilidade e de mérito do recurso. O Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça não profeririam, antecipadamente, declaração de admissibilidade dos recursos excepcionais, mas opinião de probabilidade quanto aos seus futuros julgamentos, o que é intrínseco à maioria das medidas cautelares. E a despeito do resultado da medida

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Petição. AgrPet 1.189-9/MG. Minaco S/A e Outros e Banco Itaú S/A. Relator: Ministro Moreira Alves. 29 outubro de 1996. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 48.723, 06 dez. 1996.

cautelar propugnada, a presidência do tribunal de origem estaria livre para admitir ou não recurso excepcional. Na hipótese de denegação – a não ser que a parte interpusesse agravo de instrumento e obtivesse êxito –, a decisão presidencial seria derradeira, porquanto pereceria tanto o recurso como o procedimento cautelar²⁴².

Depois de praticamente uma década de celeuma e de dessintonia na práxis dos dois mais elevados tribunais do País, o Supremo Tribunal Federal adotou de forma silogística uma posição intermediária entre as duas teses conflitantes. Em 14 de dezembro de 1999, o Plenário do Pretório Excelso, resolvendo a Questão de Ordem na Petição nº 1.881-8-RS, reafirmou, por unanimidade, o entendimento de que não lhe compete alvitrar medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade. Em contrapartida, a fim de tolher a lacuna, que deixaria o jurisdicionado à mingua dum órgão jurisdicional capaz de tutelar perigos irreparáveis ou de difícil reparação que surgissem antes da admissão do recurso extraordinário, assentou que possui competência nesse entretempo o presidente do tribunal lo-

²⁴² Sob a égide dessa linha da militância forense, citam-se as seguintes ementas: “PROCESSUAL CIVIL. INTERVENÇÃO EM MUNICÍPIO. DESAPROPRIAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. I- Presentes os pressupostos processuais, do ‘periculum in mora’ e da ‘fumaça do bom direito’, há de se emprestar efeito suspensivo a recurso especial que visa modificar acórdão decretador de intervenção federal em Município, por se visualizar, caso executada a medida, dano irreparável. II- O fato do recurso especial não ter recebido, ainda, juízo positivo de admissibilidade não impede a concessão da medida cautelar acima definida. III- O poder geral da cautela do magistrado há de ser empregado com homenagem constante à responsabilidade que a Constituição entregou ao juiz, de guardando fidelidade ao sistema e valorizando a esperança subjetiva, não impedir que o processo seja obstáculo para a proteção de direito subjetivo que se apresenta, no curso da lide, cristalizado. IV- Pedido cautelar procedente. Efeito suspensivo do recurso especial interposto.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 1.187/SP. Município de Conchal e Pirâmide Administração de Bens S/C Ltda. Relator: Ministro José Delgado. 04 de junho de 1998. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 22, 17 ago. 1998).

Na mesma linha: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Petição. Pet 128/RJ. Sul Atlântico de Alimentos S/A Indústria e Comércio e Banco do Brasil S/A. Relator: Ministro Dias Trindade. 27 de agosto de 1991. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 12.630, 16 set. 1991; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Petição. Pet 298/RS. Petroquímica Triunfo S/A e Companhia Petroquímica do Sul. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 30 de junho de 1992. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 13.649, 31 ago. 1992; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Petição de medida cautelar. Pet de MC 207/SP. Ana Fischer Zsigmond e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. 28 de abril de 1993. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 9.980, 24 ago. 1993; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 656/RS. Companhia Petroquímica do Sul e Petroquímica Triunfo S/A. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 18 de dezembro de 1996. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 14.428, 22 abr. 1997.

Essa corrente jurisprudencial corroborou-se a partir da nova redação dada pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, ao parágrafo único do art. 800 do CPC: “Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”. Essa reforma legislativa, cabível, a rigor, a qualquer hipótese de tutela de urgência em âmbito recursal, sanou expressamente o vazio existente na vigência da redação anterior, pelo qual a medida liminar, para ser processada perante o tribunal, teria de se referir à causa que estivesse na própria corte. Essa exegese fazia com que a medida urgente requerida na pendência do recurso não pudesse, de um lado, ser requerida ao juízo *ad quem*, nem, de outro, ao juiz da causa, o qual já havia encerrado seu ofício jurisdicional.

cal²⁴³. Essa solução foi definitivamente consagrada pela aprovação, na Sessão de Plenária de 24 de setembro de 2003, dos verbetes sumulares números 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”²⁴⁴ – e 635 – “Cabe ao presidente do tribu-

²⁴³ Esse acórdão restou assim ementado: “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 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” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na petição. Pet-QO 1.881/RS. Instituto Nacional do Seguro Social e Lindomar Cunha e Outros. Relator: Ministro Moreira Alves. 14 de dezembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 20., 11 fev. 2000).

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula. Súmula nº 634. 24 de setembro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 2, 9 out. 2003, 10 out. 2003, e 13 out. 2003. Precedentes referidos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na petição. Pet-MC 381/SP. Estado de São Paulo e Mirna Cianci e Outra. Relator: Ministro Carlos Madeira. 19 de outubro de 1989. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 16.615, 03 nov. 1989; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na petição. Pet-AgR 535/RJ. Buttock Comércio e Indústria Ltda. e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Moreira Alves. 11 de fevereiro de 1992. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 2.922, 13 mar. 1992; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na petição. Pet-AgR 1189/MG. Minaco S/A e Outros e Banco Itaú S/A. Relator: Ministro Moreira Alves. 29 de outubro de 1996. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 48.723, 06 dez. 1996; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na petição. Pet-AgR 1327/PE. Universidade Federal de Pernambuco e Maria Conceição Lima de Souza e Outros. Relator: Ministro Carlos Velloso. 1º de dezembro de 1997. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 33, 06 mar. 1998; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na petição. Pet-AgR 1334/PE. Universidade Federal de Pernambuco e Sindicato dos Servidores Públicos Federais. Relator: Ministro Carlos Velloso. 1º de dezembro de 1997. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 33, 06 mar. 1998; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na petição. Pet-AgR 1336/PE. Universidade Federal de Pernambuco e Solange Nely Volpato e Outros. Relator: Ministro Nelson Jobim. 1º de dezembro de 1997. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 12, 06 mar. 1998; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na petição. Pet-AgR 1341/SP. Banco Itaú S/A e Sérgio Salvador. Relator: Ministro Nelson Jobim. 1º de dezembro de 1997. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 12, 06 mar. 1998; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na petição. Pet-AgR 1.211/CE. Superintendência Municipal de Obras e Viação e Marcus Antônio Norões de Carvalho e Outros. Relator: Ministro Néri da Silveira. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 66, 19 dez. 1996; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem em petição. Pet 1.863 QO/RS. Instituto Nacional do Seguro Social e Balbina Machado Hexsel e Outros. Relator: Ministro Moreira Alves. 07 de dezembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 32, 14 abr. 2000; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na petição. Pet 1.872-9-QO/RS. Instituto Nacional do Seguro Social e Valdocir Streher. Relator: Ministro Moreira Alves. 07 de dezembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 32, 14 abr. 2000.

nal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”²⁴⁵.

Portanto, a teor dessas disposições sumulares, aplicáveis também no âmbito do recurso especial²⁴⁶, atine ao presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* a competência para o exercício

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula. Súmula nº 635. 24 de setembro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 2, 9 out. 2003, 10 out. 2003, e 13 out. 2003. Precedentes referidos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem em petição. Pet 1.863 QO/RS. Instituto Nacional do Seguro Social e Balbina Machado Hexsel e Outros. Relator: Ministro Moreira Alves. 07 de dezembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 32, 14 abr. 2000; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na petição. Pet 1.872-9-QO/RS. Instituto Nacional do Seguro Social e Valdocir Streher. Relator: Ministro Moreira Alves. 07 de dezembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 32, 14 abr. 2000; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Rcl 1.509/PB. Manoel Ramalho de Alencar e Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Relator para o acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. 21 de junho de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 09, 06 set 2001; Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na petição. AgRg na Pet 1.903/RS. Instituto Nacional do Seguro Social e Olíbio Jorge Fritzen. Relator: Ministro Néri da Silveira. 1º de março de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 09, 06 set. 2001.

²⁴⁶ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 2.613/MG. Joaquim Vieira Peixoto e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministra Eliana Calmon. 27 de junho de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 181, 12 ago. 2002. Por oportuno, transcreve-se parte da emenda deste precedente: “[...] Este Tribunal compartilha da orientação pacificada pelo Pretório Excelso, exigindo o exame de admissibilidade recursal pela Corte Estadual para conhecer de Medida Cautelar objetivando a concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial interposto. A competência para análise de tal pedido cautelar no período entre a interposição do recurso e a prolação do juízo de admissibilidade é do Presidente do Tribunal *a quo* e não das Cortes Superiores. Incidência das Súmulas 634 e 635 do STF”. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 9.222/MG. Posto Vila Flórida Ltda. e Indústria Brasileira de Mármore e Granito Ltda. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. 15 de fevereiro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 323, 28 fev. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 9.935/RJ. Sergen Serviços Gerais de Engenharia S/A e Delta Construções S/A. Relator: Ministro José Delgado. 07 de junho de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 365, 01 jul. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 9947/RJ. General Eletric do Brasil Ltda. e Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Luiz Fux. 14 de junho de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 224, 27 jun. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 6525/SP. Ercília Rossini Pugliese e Nelson Maturana. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. 08 de novembro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 260, 05 dez. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 9.311/SP. Telesp Celular S/A e Norival Ciarcia. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. 03 de dezembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 415, 10 dez. 2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 3.089/MA. Leoci da Cunha Macedo e Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. 24 de abril de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 488, 20 ago. 2001; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 9.124/RJ. Adeildo de Souza e Espólio de Tomar Pereira. Relator: Ministro Barros Monteiro. 24 de novembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 446, 1º dez. 2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 8.545/SP. Maria Cristina Rodrigues dos Santos e Shop Tour TV Ltda. Relator: Ministro Barros Monteiro. 28 de setembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 280, 16 nov. 2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 8.691/RS. Louracy Garcia Nunes e AMAPERGS e Outra. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. 19 de agosto de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 364, 25 ago. 2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 5.399/SP. Júlio Cesar Testa e Nossa Caixa Nosso Banco S/A. Relator: Ministra Nancy Andrihgi. 19 de setembro de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 193, 04 nov. 2002; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 3254/SP. Antônio José da Silva Gordo e Instituto de Previdência do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Franciulli Netto. 05 de junho de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 365, 10 set. 2001.

da jurisdição de urgência enquanto os recursos extraordinário e especial pendem do juízo primeiro de admissibilidade, ou seja, do ato de sua interposição até a realização do crivo prefacial de admissibilidade, inclusive²⁴⁷. Ressalva-se que os requisitos para o deferimento do provimento de urgência por parte da presidência do tribunal inferior hão de ser livremente apreciados, tal como no exercício da competência originária que a legislação lhe outorga no âmbito do juízo prefacial de admissibilidade. Todavia, na análise da fumaça do bom direito, além das chances de conhecimento do recurso excepcional intentado, impende que a presidência do tribunal inferior atenha-se à probabilidade de êxito do mesmo no mérito, mormente considerando a construção jurisprudencial da Corte Superior a que se destina. Mostra-se injustificável a concessão ou denegação de tutela de urgência que leve em conta, como parâmetro de plausibilidade jurídica para a apreciação do pedido, outra que senão a orientação do Tribunal Superior que, ao alfim, irá apreciar o recurso extraordinário.

A tutela de urgência exarada pelo presidente do tribunal local tem, por óbvio, duração efêmera e precária, podendo ser revogada e modificada a qualquer tempo, pelo próprio presidente ou pelo Pretório Superior ao qual se destina o recurso excepcional manejado. Ao presidente do tribunal inferior é facultado retratar-se desde que antes da admissão do recurso excepcional, enquanto possuir jurisdição. Assim, até a admissão do recurso, pode o presidente, diante das alegações formuladas pela parte contrária, reconsiderar a sua decisão e revogar a medida urgente deferida ou modificá-la. A decisão que dá seguimento ao recurso extraordinário ou especial, ao mesmo tempo em que marca a inauguração da instância extraordinária – pois é o ato processual que devolve ao Tribunal Superior a jurisdição sobre o caso, inclusive no que tange às tutelas de urgências –, fixa o exaurimento do ofício jurisdicional da presidência do pretório de origem. A partir de então, é defeso ao presidente ou vice-presidente da corte local deferir tutela de urgência ou, em sede de juízo de retratação, revogar ou modificar decisão anterior. Se assim agir, estará se ar-

²⁴⁷ A solução retratada na Súmula nº 635 do Supremo Tribunal Federal para suprir o átimo em que ficava desguarnecido o jurisdicionado foi aventada pela primeira vez pelo Ministro Sepúlveda Pertence no início da década passada, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental na Petição nº 535/RJ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na petição. AgRg na Pet 535/RJ. Buttock Comércio e Indústria Ltda. e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Moreira Alves. 11 de fevereiro de 1992. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 2.922, 13 mar. 1992). No entanto, foi o Ministro Moreira Alves que, na Questão de ordem na Petição nº 1.872/RS (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na petição. Pet 1.872-9-QO/RS. Instituto Nacional do Seguro Social e Valdocir Streher. Relator: Ministro Moreira Alves. 07 de dezembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 32, 14 abr. 2000), preocupado com o fato de que ficava privada a parte de tutela jurisdicional instantânea, esposou efetivamente sua adoção, tendo obtido acolhida por parte dos demais ministros do Pretório Excelso.

vorando da competência do Supremo Tribunal Federal ou, conforme o caso, do Superior Tribunal de Justiça²⁴⁸.

Sem prejuízo dessa providência, caso negue ao final seguimento ao recurso extraordinário ou especial no exame de admissibilidade, indo de encontro à primeira impressão de que reunia condições de ultrapassar o juízo de prelibação, resta revogada a tutela de urgência concedida pela diluição do *fumus boni iuris*²⁴⁹; a não ser que ressalve, no próprio *decisum*, a manutenção de seus efeitos até o transcurso do prazo recursal ou até que principiada a jurisdição do respectivo Tribunal Superior para o qual é endereçado o recurso excepcional interposto, mediante o provimento de eventual agravo de instrumento contra a decisão denegatória de seguimento. Isso porque, ante a negativa de seguimento do recurso extraordinário ou especial, esvaia-se a fumaça do bom direito que sustentava o provimento de urgência deferido anteriormente. Por outro lado, na hipótese de admissão do recurso, persistem os efeitos da medida de urgência até que aportarem os autos à Corte *ad quem*. Cumpre, pois, ao relator do recurso no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça ratificar a decisão emanada no tribunal *a quo* para seguir vigente o provimento de urgência presidencial.

²⁴⁸ Veja-se, a propósito, a Reclamação nº 1.509-PB, em que o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, julgou procedente o pedido de reclamação formulado contra o ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba que, reconsiderando despacho anterior, deferiu efeito suspensivo ao recurso extraordinário que já havia sido admitido: “[...] Uma vez admitido o RE - com o que se instaura o poder cautelar do STF com relação a ele -, usurpa-lhe a competência a decisão do Presidente do Tribunal *a quo* que, reconsiderando despacho anterior de indeferimento, confere efeitos suspensivo ao recurso: para preservá-la, julga-se procedente a reclamação, sem prejuízo de que o pedido seja endereçado ao STF, se for o caso, mediante petição instruída com as peças necessárias” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Rcl 1509/PB. Manoel Ramalho de Alencar e Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Relator para o acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. 21 de junho de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 09, 06 set. 2001).

²⁴⁹ Já se pronunciou a respeito o Supremo Tribunal Federal. No julgamento da Reclamação nº 1.940/MG, gizou o Pretório Excelso que não se usurpou da sua competência o Vice-Presidente em exercício do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais ao cassar a liminar anteriormente concedida, que consistia na concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário, quando, no exame de sua admissibilidade, negou-lhe seguimento, *in verbis*: “[...] Cumpre entender, porém, que o Vice-Presidente não admitiu o recurso extraordinário e, assim, não poderia manter em vigência cautelar anterior tendendo a dar efeito suspensivo à irresignação derradeira, cujo processamento trancara. Ao julgar prejudicada a medida cautelar, como consequência da inadmissão do recurso extraordinário, não descumpriu *decisum* anterior do STF que, à evidência, estava com eficácia certa até o pronunciamento do Vice-Presidente do Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Indeferido o curso do apelo extremo, correto estava tornar insubsistente a cautelar, que visava emprestar-lhe, *si et in quantum*, efeito suspensivo. Somente se houver interposição de agravo de instrumento, como anuncia a requerente, em sua petição, caberá ao relator, nesta Corte, tomar conhecimento de eventual novo pedido de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, se, porventura, determinar o processamento da súplica recursal extrema, *ut art. 316 do RISTF*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Rcl 1.940/MG. Annsa Mineração Ltda. e Minerações Brasileiras Reunidas S/A. Relator: Ministro Néri da Silveira. 02 de outubro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 35, 09 out. 2001).

No tocante às tutelas de urgência típicas, não há falar em competência do órgão fracionário do tribunal de origem. Este, a partir do momento em que interposto o recurso extraordinário ou especial, não possui qualquer jurisdição. Segundo a melhor exegese da Súmula nº 635 do Supremo Tribunal Federal, a competência para o exercício de toda e qualquer providência de urgência em sede de recursos extraordinário e especial atine, até o momento em que exara o juízo positivo de admissibilidade, ao presidente do tribunal. Contudo, tem-se que a jurisdicionalidade presidencial comporta limitações. Tendo em vista o caráter intermediário de seu ofício jurisdicional na ponte em que realiza entre a corte de origem e os Tribunais Superiores, o presidente do tribunal a quo só tem competência, por simetria, para apreciar eventual liminar e encetar o processamento da medida de urgência, e não para julgá-la de forma definitiva. Aberta a instância extraordinária, em virtude de juízo positivo de admissibilidade ou de provimento do agravo de instrumento manejado contra a decisão denegatória de seguimento, cumprirá à Corte Superior, a par do recurso excepcional, o processamento e julgamento da tutela de urgência. Na hipótese de não se instaurar a instância extraordinária, pelo decurso *in albis* do prazo para o agravo ou pelo improvimento deste, a competência será do juízo de primeiro grau, para onde aportarão os autos, salvo se estiver prejudicado o pedido.

5.1.1 A Negativa de Seguimento ao Recurso Excepcional

Na trilha da construção firmada pelo Pretório Excelso, a competência para o exercício da jurisdição de urgência por parte do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça pressupõe a admissão na origem dos recursos extraordinário e especial, visto que é neste momento que lhes é devolvida a jurisdição para a apreciação da causa. Como corolário lógico da manutenção do estado de clausura das instâncias extraordinárias – e, por conseguinte, da jurisdição superior de urgência – quando obstado o trânsito do recurso excepcional na origem, permanece competente, à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal relativamente ao enunciado nº 635 de sua Súmula, o presidente ou vice-presidente do pretório local para conhecer e decidir sobre pedido de tutela urgente, ainda que esteja pendente na instância superior o recurso de agravo de instrumento, interposto forte no art. 544 do Código de Processo Civil, contra sua decisão denegatória de admissibilidade²⁵⁰.

²⁵⁰ “[...] Aplicação das súmulas 634 e 635. Não é da competência do Supremo, mas do Presidente do Tribunal local, ação ou pedido de medida cautelar tendente a obter efeito suspensivo para recurso extraordinário não admitido na origem, e cuja decisão de inadmissibilidade é objeto de agravo de instrumento ainda não julga-

Deveras, na hipótese de ser inadmitido o recurso excepcional na instância *a quo*, a transposição da competência da jurisdição de urgência para o Supremo Tribunal Federal, no caso de recurso extraordinário, ou para o Superior Tribunal de Justiça, no caso de recurso especial, fica condicionada ao provimento do agravo de instrumento interposto contra o despacho negativo presidencial, seja para acolher o próprio recurso extraordinário ou especial obstado, converter o agravo em recurso excepcional ou simplesmente para reformar a decisão agravada e determinar a subida dos autos. Tão-somente a partir disso estará inaugurada a instância extraordinária e, conseqüentemente, encetada a jurisdição de urgência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Antes, enquanto não julgado – e provido – o agravo de instrumento ingresado contra a decisão que não admitiu do recurso excepcional no primeiro juízo de admissibilidade, seguem as partes subjugadas à tutela jurisdicional de urgência oferecida pela presidência da corte de origem, não obstante já tenha este evidenciado a sua impressão sobre o destino do recurso ao trancar seu trânsito. Assinala-se que, para ser aberta a jurisdição de urgência no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos extraordinário ou especial,

do” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na ação cautelar. AC-AgR 865/MT. Paulo Luiz de Moraes e Stoessel Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. 25 de outubro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 7 25 nov. 2005).

Nesse exato sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na ação cautelar. AC-AgR 1812/PR. Tarcizo Messias do Santos e Outro e Diretório Municipal do PFL e Outro. Relator: Ministro Celso de Mello. 16 de novembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 7, 04 fev. 1999; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na ação cautelar. AC-AgR 292/MT. Marcos Ramon Dvoskin e Bloch Editores S/A. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 14 de março de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 51, 06 abr. 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na petição. Pet-AgR 2.598/CE. Sebastião Queiroz de Pontes e Ministério Público do Trabalho da 7ª Região. Relator: Ministra Ellen Gracie. 23 de abril de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 62, 24 mai. 2002.

Esse entendimento, uníssono no Supremo Tribunal Federal, encontra respaldo no Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende do exame da seguinte ementa: “[...] Consoante jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, descabida é a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial inadmitido na origem. III – O recurso de agravo de instrumento não possui o condão de permitir a apreciação da medida cautelar com o fim de emprestar efeito suspensivo a recurso especial, vez que a jurisdição desta Corte somente se estabelece com a prolação de juízo positivo de admissibilidade pelo Tribunal *a quo*” (BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 9129/SP. João Carlos de Paiva Veríssimo e Comercial Gentil Moreira S/A. Relator: Ministro Gilson Dipp. 23 de novembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 582, 17 dez. 2004).

Na mesma linha: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 9129/SP. João Carlos de Paiva Veríssimo e Outra e Comercial Gentil Moreira S/A e Outros. Relator: Ministro Gilson Dipp. 23 de novembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 582, 17 dez. 2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 4014/BA. Tatiana Belo da Silva Telles e Maria da Conceição Mendonça Telles. Relator: Ministro Castro Filho. 21 de agosto de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 106, 05 nov. 2001; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 1997-RS. Instituto Nacional de Seguro Social e Ilza Hayde Gamerro. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. 23 de maio de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 159, 18 set. 2000; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 7762-SP. Bárbara Sônia Serebranik e Sílvia Silveira Pasquini. Relator: Ministro Paulo Gallotti. 18 de março de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 326, 05 abr. 2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na

não basta a *interposição* do agravo de instrumento e a subsequente chegada dos seus autos à Corte Superior. É necessário o *provimento* do recurso de agravo, pois só assim, vencendo a decisão negativa de admissibilidade prolatada no tribunal inferior, estará de fato descerrada a instância extraordinária²⁵¹.

No caso de interposição conjunta de recursos extraordinário e especial, a competência monocrática do presidente do tribunal permanece incólume se negado seguimento a ambos os recursos. Esse quadro que só se modifica se interposto(s) e provido(s) agravo(s) de instrumento interposto(s) na forma do art. 544 do Código de Processo Civil. Enquanto não forem providos os agravos de instrumento pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, permanece competente o presidente do pretório inferior. Se for admitido apenas um dos recursos excepcionais, haverá bipartição da competência. O mesmo acontece se for dado provimento, por uma das Cortes Superiores, a apenas um dos agravos de instrumento. A Corte Superior a que se destina o recurso admitido passa a ter, a partir do despacho, competência para processar e julgar as tutelas de urgência, ressalvadas aquelas inerentes ao recurso que restou inadmitido: efeito suspensivo e antecipação de tutela recursal. Estas, em virtude da inadmissão, seguem sendo da alçada do presidente da corte local, *si et inquantum* não aberta a respectiva via extraordinária pelo provimento do agravo. Anota-se ainda que, embora comumente se postule efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto contra a decisão presidencial que negou seguimento, trata-se, na realidade, de pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso excepcional, porquanto o que se almeja suspender são os efeitos do aresto objeto do recurso excepcional, e não do despacho que negou seguimento a este.

O entendimento vigente, no sentido de aplicar o enunciado sumular nº 635 do Supremo Tribunal Federal quando o recurso excepcional tem o trânsito denegado na origem, conquanto integre a lacuna jurisdicional, não se afigura o mais apropriado. Melhor seria estimar como balizador da competência de urgência o juízo de admissibilidade inferior, independentemente do seu resultado. Em outras palavras, enquanto não proferido o juízo de delibação prefacial, a competência seria do presidente do tribunal local. Prolatado esse, positivo ou negativo, passaria a ser do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, conforme o recurso excepcional manejado. Embora não iniciada propriamente a instância extraordinária, a competência justificar-se-

medida cautelar. AgRg na MC 6.882/RJ. Município do Rio de Janeiro e Artenve Engenharia Ltda. Relator: Ministra Denise Arruda. 11 de maio de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 173, 31 mai. 2004.

²⁵¹ Veja-se, a propósito, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na petição. Pet 2.934 MC/GO. Município de Posse e Maria Elinira Paiva Ferreira dos Santos. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 28 de maio de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 82, 04 jun. 2003.

ia pelo exaurimento do ofício jurisdicional da corte de origem, mormente considerando que, além de pedidos de deferimento de efeito suspensivo e antecipatório aos recursos excepcionais, incumbe-lhe também o conhecimento de medidas cautelares específicas postuladas nesse hiato, tais como o arresto, o seqüestro e a busca e apreensão. Essa solução se mostra, salvo melhor juízo, mais plausível e técnica do que a adotada, que expande a competência do presidente do pretório *a quo* quando já se pronunciou negativamente em relação ao recurso e já cumpriu *in totum* o seu papel.

Demais disso, os recursos extraordinário e especial já estão submetidos à instância extraordinária ante a interposição do agravo de instrumento contra o despacho presidencial. Em conformidade com o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 544 do Código de Processo Civil, com a redação determinada pela Lei nº 9.756/98, pode o relator do agravo, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante da Corte, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso excepcional. Portanto, o efeito devolutivo do agravo de instrumento em causa não se cinge tão-somente à inadmissão de seguimento do recurso excepcional imposta pelo presidente do tribunal inferior, como quer fazer crer o entendimento que embasa a orientação sufragada na Súmula nº 635. Abstraindo-se a flagrante ofensa ao princípio do contraditório existente nesse poder conferido ao relator do agravo de instrumento – as partes ficam à mercê da convicção do julgador, podendo ser surpreendidas com o julgamento do recurso excepcional e, por conseqüência, tolhidas de influenciar no seu julgamento, inclusive apresentarem memoriais e sustentar oralmente na tribuna²⁵² –, vê-se claramente que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem a faculdade de julgar os próprios recursos extraordinário e especial através do recurso de agravo de instrumento. Por conseguinte, se o objeto do recurso extraordinário ou especial integra o efeito devolutivo do agravo de instrumento, uma vez que devolve, ao menos potencialmente, a matéria veiculada no recurso excepcional obstado na origem, tem-se que está aberta, ainda que não explicitamente, a instância extraordinária com a interposição do agravo.

²⁵² Há, à evidência, afronta aos princípios do contraditório, na sua dimensão material, e da colaboração das partes com o órgão judicial, com sério comprometimento da qualidade do pronunciamento judicial e conseqüências negativas relativamente ao exercício de direito basilares da dialética processual. Como bem preceitua OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 113-114, ao tratar do papel do contraditório do formalismo, nos tempos atuais, a regulação formal e temporal do procedimento não pode deixar de considerar o caráter essencial do contraditório para o fenômeno processual, sendo imperiosa a participação dos interessados no *iter* de formação do provimento judicial destinado a interferir em sua esfera jurídica. Acrescenta o renomeado processualista gaúcho, recordando memorável lição de CALAMANDREI, *Oper...*, v. 1, p. 618-702, que o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques.

Mostra-se contraditório que, ao mesmo tempo, possam o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça dar provimento ao próprio recurso excepcional através do agravo de instrumento e permaneça competente para exercer a tutela de urgência o presidente do pretório de origem, que há muito já exauriu sua jurisdição. Afigurar-se-ia mais tecnicamente correto, volta-se a repisar, entender que o ofício jurisdicional do presidente do tribunal local encerra-se com a prolação do juízo de admissibilidade, não obstante o seu resultado. Nesse passo, no caso de indeferimento do recurso excepcional e interposição de agravo de instrumento destinado a fazê-lo subir, a competência para o julgamento de eventual tutela de urgência que se fizesse imperiosa seria desde já da Corte Superior. Em síntese, enquanto os recursos extraordinário e especial pendem do juízo provisório de prelibação, a jurisdição de urgência tocara ao presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo*. Com a prolação do despacho presidencial, positivo ou negativo, seria a competência erigida ao Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o recurso intentado. Nessa solução, assim como na aventada pelo Pretório Excelso, estaria sanada a lacuna que outrora existia, com a vantagem de se instituir uma sistemática mais coerente às tutelas de urgência.

5.1.2 A Retidão do Recurso na Origem

A Lei nº 9.756/98, ao alterar o art. 542 do Código de Processo Civil, acrescentando-lhe um parágrafo, instituiu um novo regime aos recursos excepcionais. Nos termos do § 3º do art. 542 do Código de Processo Civil, “o recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões”. Nessa novel modalidade de recursos extraordinário e especial, em que os mesmos ficam reprimidos nos autos *ex vi legis*, foi omissa o legislador no tocante à competência para a apreciação das medidas urgentes concernentes a esse recurso adormecido nos autos, notadamente os pedidos de efeito suspensivo, antecipação de tutela recursal e *habeas corpus*. Vale lembrar que, tendo por objeto o recurso excepcional questão incidente, como é necessariamente o caso dos recursos extraordinário e especial retidos, a jurisdição de urgência exercida na instância superior circunscreve-se à tutela da questão incidente objeto da pretensão recursal. Pois, como o ofício jurisdicional sobre a lide ainda é exercido no

juízo de origem, permanece este competente para conhecer e julgar originariamente as tutelas de urgência *in genere*.

Essa lacuna resolve-se, todavia, mediante a simples aplicação da regra geral para a determinação da competência da jurisdição de urgência na pendência de recursos extraordinário e especial. Tendo em vista que ainda não existe o primeiro juízo pertinente à prelibação quando trancado o recurso, por força do § 3º do art. 542 do Código, compete ao presidente do tribunal de origem, a teor da Súmula nº 635 do Supremo Tribunal Federal, conhecer e julgar os eventuais pedidos de provimentos urgentes. Nessa hipótese em que o processamento dos recursos extraordinário e especial fica condicionado ao exposto pedido de conhecimento da parte recorrente quando apresentar novo recurso excepcional contra a decisão final, ou contra-razões ao recurso interposto pelo *ex adverso*, não há por que ser afetado entendimento geral, porquanto não houve, assim como na modalidade comum, abertura da instância extraordinária. Inicialmente, antes instituição da súmula, e da própria solução construída pelo Supremo Tribunal Federal a partir da questão de Ordem na Petição nº 1.881/RS, a lacuna legal fora suprida pelo Superior Tribunal de Justiça mediante a aplicação do parágrafo único do art. 800 do Código de Processo Civil, assim como faz hodiernamente em relação ao pedido de destrancamento. Nesse sentido, malgrado estivesse o recurso especial na origem, o Superior Tribunal de Justiça exercia diretamente a jurisdição de urgência quando constatavam a possibilidade de dano de irreparável ou de difícil reparação²⁵³. O Pretório Excelso, por sua vez, inflexível na postura de que não possuía competência para deferir tutela de urgência antes da admissão do recurso extraordinário, esposava nesse ínterim que lhe era cabível somente determinar a emissão do juízo de admissibilidade no tribunal de origem para que, a par disso, pudesse realizar propriamente a jurisdição de urgência, não obstante permanecesse retido o recurso²⁵⁴.

²⁵³ Vejam-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 1.869/RJ. Milton José Blay e Jornal do Brasil S/A. Relator: Ministro Nilson Naves. 30 de setembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 73, 08 nov. 1999; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 1.578/PR. Cejen Engenharia Ltda. e Banco Nacional de Desenvolvimento do Extremo Sul. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 17 de junho de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 84, 06 set. 1999; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 1.728/SP. Tinturaria e Estamparia Industrial de Tecidos Suzano S/A e Banco Noroeste S/A. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 15 de junho de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 70, 16 ago. 1999.

²⁵⁴ Nesse exato sentido: “[...] Recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido em sede de medida liminar ou tutela antecipada. A fim de que se torne possível apreciar, sem prejulgamento do exame de sua admissibilidade na origem, a pretensão de se lhe vir atribuir efeito suspensivo (cfr. PET. 1.198-AgRg, DJ de 21-3-97), - defere-se, em parte o presente pedido cautelar para determinar a emissão de tal juízo de admissibilidade pela Presidência do Tribunal *a quo* embora permaneça o extraordinário ali retido (art. 542, § 3º, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 9.756-98)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. Pet

Consigna-se que, caso se configurem os pressupostos autorizadores, mais do que deferir a medida urgente, deve o presidente do tribunal destrancar o recurso extraordinário ou especial e processá-lo imediatamente. Isso possibilita que o recurso, sendo efetivamente admitido, suba de forma imediata para o Pretório Superior que possui *de facto* a competência para o seu julgamento. Aportando os autos na instância extraordinária, incumbe ao Tribunal Superior confirmar, ou não, o processamento e a admissibilidade do recurso excepcional, bem como a medida de urgência outorgada. E ainda que não seja caso de deferimento da medida, pode o presidente do tribunal local, se entender que o trancamento do recurso possa prejudicar a atividade jurisdicional, determinar imediatamente seu processamento, realizando a intimação da parte contrária para oferecer contra-razões e exercendo, após oportunizar o contraditório e a eventual manifestação do Ministério Público, o exame de prelibação. Seria contrário ao bom senso que o presidente da corte de origem, embora constatasse o *periculum in mora*, deixasse adormecido o recurso extraordinário ou especial pela ausência de *fumus boni iuris*, preterindo indefinidamente os riscos por uma decisão precária e tolhendo o Tribunal Superior ao qual se destina de julgar de forma definitiva a *quaestio* controversa. O simples fato de haver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente da postergação do julgamento do recurso excepcional, ou de sua prejudicialidade ou da ineficácia do futuro julgamento, por si sós, são suficientes para determinar seu imediato processamento, conquanto não seja, pela necessidade concomitante de *fumus boni iuris*, para o deferimento das tutelas de urgência²⁵⁵.

Sublinha-se, finalmente, que o legislador também ficou silente quanto ao pedido de destrancamento nos casos em que os recursos extraordinário e especial são equivocada e indevidamente retidos, seja pela aplicação incorreta do § 3º do art. 542 do Código ou pela necessidade de processamento imediato do recurso em face da natureza da pretensão recursal. Esta problemática não é aqui tratada porque, consoante referido no Capítulo I, não constitui propriamente providência cautelar o destrancamento de recursos extraordinário e especial, tal como têm reputado o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Na óptica das duas Cortes Superiores, que depreendem viés cautelar no provimento de destrancamento, essa tutela de urgência é peculiar, na medida em que se consideram competentes para exercê-la, muito embora não tenha

1.834/DF. Banco General Motors S/A e Grumari Distribuidora de Veículos Ltda. Relator: Ministro Octavio Gallotti. 16 de novembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 04, 17 dez. 1999).

²⁵⁵ É precisamente por essa razão que existem decisões nas Cortes Superiores que somente destrancam o recurso excepcional interposto, denegando-lhe a concessão de provimento de urgência, *v.g.*, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 4677/PE. Instituto de Recursos Humanos de Pernambuco e Syla Rodrigues dos Santos Duarte. Relator: Ministro Gilson Dipp. 15 de outubro de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 214, 04 nov. 2002; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 7886/RJ.

o recurso ultrapassado o primeiro juízo de admissibilidade. Nesse passo, no que tange ao pedido de processamento de recursos extraordinário e especial retido, não tem aplicação os verbetes sumulares n^{os} 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal²⁵⁶. E esse entendimento não exclui a competência do presidente e vice-presidente do tribunal local para conhecer e julgar pedido de destrancamento formulado diretamente na origem. Isto é, nessa hipótese, há competência concorrente entre o Supremo Tribunal Federal e/ou Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso, e a presidência do tribunal *a quo*.

5.1.3 O Recurso Ainda não Interposto

Na época em que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se reservavam, com exclusividade, a competência para o exercício da tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial, a par do debate sobre o cabimento da jurisdição urgente antes do juízo provisório de admissibilidade e durante a pendência do agravo de instrumento ingressado contra a decisão presidencial negativa, também empolgava a polêmica concernente ao cabimento de outorga de efeito suspensivo e antecipação de tutela recursal a recurso excepcional que não havia sido ainda interposto. A celeuma centrava-se nesses provimentos de urgência não só por serem os mais freqüentes no âmbito recursal extraordinário, sobretudo a outorga de eficácia suspensiva, mas, fundamentalmente, por serem as únicas tutelas de urgência inerentes a esses recursos²⁵⁷. Não havia motivo, por essa razão, para a mesma controvérsia em relação, por exemplo, aos pedidos de arresto, seqüestro ou mesmo de antecipação de tutela formulado antes da abertura do prazo dos recursos extraordinário e especial. Em qualquer dessas hipóteses, na pendência de

Dal Distribuidora Automotiva Ltda. e Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Luiz Fux. 04 de março de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 196, 22 mar. 2004.

²⁵⁶ A propósito: “1. Medida cautelar em recurso extraordinário: competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de medidas cautelares de RE, quando nela se oponha o recorrente à aplicação do art. 542, § 3º, do C. Pr. Civil: incidência do disposto no parágrafo único do art. 800 do C. Pr. Civil: hipótese diversa do problema no início da jurisdição cautelar do Supremo para conceder efeito suspensivo ao RE: precedente (Pet. 2222, 1ª T., 9.12.03, Pertence, DJ 12.03.04)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na petição. Pet-QO 3515/MS. Procurador-Geral da República e Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 27 de setembro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 27, 21 out. 2005).

²⁵⁷ Nestas duas hipóteses, o provimento de urgência constitui a outorga de efeitos ao recurso interposto. Nas demais, o conteúdo da medida urgente não se confunde, *in tese*, com a matéria devolvida para reexame. O fato de a medida incidir no âmbito recursal dá-se apenas por ter se concretizado nesta fase do processo a necessidade de se tutelar provisoriamente um direito em risco. Aliás, o fato de o órgão judicial competente para julgar o recurso ser o mesmo para julgar a medida urgente constitui mero critério adotado pelo legislador. Nada obstará, a rigor, que se positivasse que o pleito devesse ser deduzido no juízo de primeiro grau de jurisdição.

publicação do acórdão no tribunal de origem, a tutela de urgência era lá processada sem maiores discussões, tendo em vista o disposto no art. 273 e no parágrafo único do art. 800 do Código de Processo Civil.

Pois bem. A corrente sobrepujante era no sentido de anatematizar. Pois, se não se tolerava a conjectura de conceder medida urgente a recurso extraordinário ou especial que ainda não havia sobrepujado o juízo de admissibilidade, tampouco poderia assentir tal possibilidade ao que sequer havia sido manejado. Sustentavam os seus integrantes que deferir a medida neste contexto era juridicamente impossível, visto que não se sabia se realmente o recurso viria a ser manejado, nem, acaso se concretizasse, enfeixariam os pressupostos de admissibilidade consignados na legislação²⁵⁸. Esses argumentos perdem a sua força se se considerar que não se postula, na verdade, nessa hipótese, a concessão de efeito a um recurso ainda inexistente, mas, sim, mero provimento urgente atípico necessário para preterir-se um perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. A eficácia suspensiva e a tutela antecipatória, na qualidade de tutelas de urgência, independem da existência de recurso, podendo ser deduzidas incidentalmente a qualquer tempo, inclusive no interregno relativo ao da publicação de decisão que se pretende impugnar via recurso extraordinário e especial.

De qualquer modo, essa controvérsia findou, ao menos no âmbito dos Tribunais Superiores. Com a edição da Súmula nº 634, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça firmam orientação no sentido de que não têm competência para conhecer de pedido de tutela de urgência se o recurso excepcional ainda não foi admitido, asserção negativa que incluem, como consectário lógico, os recursos extraordinário que sequer foram interpostos²⁵⁹. A mesma po-

²⁵⁸ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental em medida cautelar. AGRMC 89/TO. Ministério Público Federal e Estado do Tocantins. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. 30 de novembro de 1994. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 35.263, 19 dez. 1994. Em sentido contrário, de cabimento de efeito suspensivo a recurso ainda não interposto: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 444/PR. Jussara Sanches de Jesus Villar e Universidade Federal do Paraná. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. 19 de agosto de 1996. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 36.591, 30 set. 1996.

²⁵⁹ No sentido da incompetência absoluta do Supremo Tribunal Federal para deferir tutela urgente a recurso extraordinário não interposto, vejam-se, por tantos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. Pet 2.592/PI. Francisco de Assis de Moraes Souza e Outro e Hugo Napoleão do Rêgo Neto e Outros. Relator: Ministro Celso de Mello. 14 de fevereiro de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 21 fev. 2002; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição na medida cautelar. Pet-MC 2.503/DF. Rafael Guimarães Pinheiro e Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. 07 de novembro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 07, 14 nov. 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar. Pet 1.639 MC/DF. Colina Conservadora Nacional Ltda. e Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. 30 de dezembro de 1998. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 44, 02 fev. 1999.

No Superior Tribunal de Justiça, vejam-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 9.935-RJ. Delta Construções S/A e Sergen Serviços Gerais de Engenharia S/A. Relator: Ministro José Delgado. 07 de junho de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 365, 1º jul.

sição serve em relação aos recursos extraordinário e especial que, embora tenham sido interpostos, o foram sem o exaurimento da instância inferior. Para os Tribunais Superiores, o recurso excepcional manejado sem o esgotamento das instâncias ordinárias equivale, *in tese*, ao que não foi interposto, bem assim ao que não foi admitido. Em qualquer caso, não houve a abertura da instância extraordinária a legitimar sua jurisdição²⁶⁰. As exceções estão, ressalva-se, nos casos de pedido de suspensão de execução antecipada e antecipação de tutela em favor da Fazenda Pública. Consoante o § 4º do art. 4º da Lei 8.437/92 e o § 2º do art. 4º da Lei nº 4.348/64, é permitido, conforme o recurso excepcional a ser interposto, a formulação do pleito perante os Presidentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, ou seja, é expressamente cabível o pedido de tutela urgência na Corte Superior a despeito de não ter sido manejado o recurso extraordinário ou especial. Nessas duas hipóteses, a tutela cautelar, consistente na suspensão de ato decisório, não constitui propriamente medida urgente em sede de recursos extraordinários, pois antecedente à instauração da jurisdição extraordinária, que sequer quiçá exista. A única vinculação existente entre os recursos extraordinários e o pedido de urgência é servir de norte para a designação da competência.

Essas ilações conduzem à seguinte pergunta: à quem pertence a competência para o exercício da jurisdição de urgência antes da interposição dos recursos extraordinário e especial? Com espeque na exegese do enunciado sumular nº 635, tem vigorado o entendimento de que essa competência toca ao presidente do tribunal local, ou seja, cumpre à cada presidente de tribunal, de acordo com a sua convicção sobre o cabimento e o caso concreto, decidir sobre pedido de provimento urgente quando ainda não interposto o recurso excepcional pela ausência de publicação do acórdão a ser impugnado. Essa inteligência não é a adequada, por uma simples e singela

2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 2.349-SP. Rogério Frediani e Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Franciulli Netto. 22 de fevereiro de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 82, 27 mar. 2002; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 6.319-SP. Osvaldo José Gretta e Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilson Dipp. 15 de maio de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 305, 02 jun. 2003; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 5.416/RS. Elemar Miguel Schaefer e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Franciulli Netto. 26 de agosto de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 314, 02 ago. 2002.

²⁶⁰ A propósito: “MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. INDEFERIMENTO. 1. A decisão monocrática de relator indeferindo antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento interposto perante tribunal de segunda instância pode ser impugnada por recurso interno ao colegiado. Aplicação do princípio constitucional da colegialidade dos tribunais e do art. 39 da Lei 8.039, de 1990. 2. Não está na competência do STJ, nem por via recursal e muito menos por ação direta (como, no caso, a ação cautelar) exercer o controle sobre atos de relator ainda sujeitos a recurso para o tribunal perante o qual ainda tramita a demanda” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 6.566/MT. Lei-la Grazziontti Curto Dalprá. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. 05 de agosto de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 217, 01 set. 2003).

razão: a jurisdição do presidente da corte inferior, à exceção das hipóteses previstas na legislação específica, só enceta a partir da interposição do recurso excepcional. De feito, na realidade processual, posto que no mais das vezes sirva para salvaguardar de forma prévia a atividade jurisdicional superior pela acentuada iminência do *periculum in mora*, a jurisdição de urgência em comento não se dá propriamente em sede de recursos extraordinário e especial, pois instaurada antes de sua interposição. E é precisamente a interposição do recurso extraordinário ou especial que proporciona, e franqueia, a jurisdição do presidente do tribunal local. Por isso, a competência para o exercício da jurisdição de urgência antes do ingresso dos recursos excepcionais notadamente pertence ao órgão fracionário do tribunal de origem, tendo em vista que ele é órgão judiciário que detém a jurisdição naquele momento, que só se encerra com o trânsito em julgado de sua decisão ou com a interposição do recurso extraordinário ou especial, quando a jurisdição é repassada ao presidente do pretório.

Causa espécie a conjectura de um presidente do tribunal local exercer jurisdição de urgência quando nem mesmo se exauriu a jurisdição do órgão judiciário que encabeça, quer porque não há acórdão ou a sua publicação. Nesse contexto, é prospectivo, em tese, a própria modificação do julgado, através de embargos infringentes ou mesmo de embargos de declaração com efeitos modificativos, em conformidade com o caso concreto. Nessa ordem de idéias, a competência para qualquer tutela de urgência antes da interposição dos recursos extraordinário e especial, enquanto se aguarda a publicação do acórdão a ser impugnado via recurso de gênero extraordinário, ou mesmo enquanto não se exaure a instância ordinária superior, pertence ao órgão do tribunal *a quo* que está jurisdicionando. Tão-somente com o exaurimento dessa instância e o ingresso de recurso excepcional nasce a jurisdição, inclusive a de urgência, do presidente da corte de origem. É claro que eventual provimento urgente emanado por órgão do tribunal local impende ser ratificado pelo presidente quando inaugurada a sua jurisdição, se houver relação entre a medida urgente deferida e o objeto do recurso excepcional interposto, tais como a outorga de efeito suspensivo e a antecipação de tutela recursal. Deveras, nesse caso, cumpre ao presente do tribunal, levando em conta o recurso extraordinário ou recurso especial manejado, averiguar se, *de facto*, estão reunidos os pressupostos da jurisdição de urgência a justificar a manutenção da eficácia do provimento concedido *a anteriori*.

5.1.4 O Habeas Corpus

Não obstante a Constituição Federal determine ser competência originária do Superior Tribunal de Justiça processar e julgar os *habeas corpus* quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição (art. 105, inc. I, alínea *c*), e do Supremo Tribunal Federal quando o coator for Tribunal Superior (art. 102, inc. I, alínea *l*), também tem competência a presidência do tribunal de origem para conhecer e julgar pedido liminar de *habeas corpus* em caso de prisão civil cominada em acórdão objeto de recurso extraordinário ou especial. Segundo o entendimento vigente, o cerceamento à liberdade da pessoa constitui restrição tão grave que, malgrado a competência originária e recursal estatuída na legislação processual, cumpre a todo e qualquer juiz que jurisdicione na causa conhecer de pedido *habeas corpus*, não podendo se excluir desse princípio o presidente e o vice-presidente do pretório inferior no exercício de seu ofício jurisdicional que prefacia a instância extraordinária. Assim, enquanto não proferido o juízo provisório de prelibação ou não for provido o agravo de instrumento pela respectiva Corte Superior, tem competência a presidência do tribunal de origem, nos termos da Súmula nº 635 do Supremo Tribunal Federal, para deferir ordem de *habeas corpus*.

Com efeito, tendo em vista a natureza jurisdicional do ofício exercido pela presidência do tribunal de origem nessa fase que antecede a instância extraordinária, compete-lhe também conhecer de *habeas corpus*, para excluir, liminarmente, a cominação de prisão civil quando constatar, através de cognição sumária, violação indevida ao direito de locomoção. Portanto, incidindo uma das duas hipóteses de prisão civil ainda admitidas em nosso ordenamento – depósito infiel e débito alimentar – a competência do presidente do tribunal *a quo* sofre expansão no plano horizontal, podendo, no exercício de sua jurisdição de urgência, suspender a segregação. Acrescenta-se que o presidente poderia auferir o mesmo resultado mediante pedido de efeito suspensivo, para tornar sem efeito o comando cominatório até o julgamento definitivo do recurso excepcional, ou mesmo por meio de pleito de antecipação de tutela recursal, se a cominação for objeto do recurso excepcional interposto. Não tem qualquer sentido que a mesma pretensão não possa ser conhecida pelo simples fato de ser postulada através de *habeas corpus*, mormente em se tratado da liberdade da pessoa humana.

Na realidade, a segregação civil constitui uma medida tão extrema que pode o presidente do tribunal local, acaso constate ilegalidade ou abusividade na ordem de prisão, conceder *habeas corpus* ainda que a parte interessada não a postule e que o capítulo do acórdão concernente à cominação de prisão civil não integre o objeto do recurso excepcional interposto. Estando em jogo a liberdade do cidadão, não se consubstanciam óbices à atividade jurisdicional os princípios do *tantum devolutum quantum appellatum* e *ne procedat iudex ex officio*, persistindo a competência do presidente do tribunal mesmo nos casos em que a cominação de prisão não integre o efeito devolutivo do recurso extraordinário ou especial. Isso porque o decisório jurisdicional que trata da liberdade da pessoa humana integra o efeito expansivo do recurso manejado, de modo que pode ser sempre reformado pelo órgão *ad quem* ainda que não compreenda a matéria devolvida²⁶¹. Entretanto, a presidência do tribunal local está limitada a deferir o *habeas corpus* tão-somente de maneira provisória, devenindo-se sem efeito a ordem caso negue seguimento ao recurso. A revisão da decisão dum órgão de tribunal não se insere na competência do magistrado que o preside, mas, sim, das Cortes Superiores, no exercício de seus misteres constitucionalmente previstos. Por isso, havendo prisão civil e exauridas as instâncias ordinárias, cumpre ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça afastar de modo definitivo a prisão civil, seja através do provimento do recurso excepcional ou da concessão da ordem de *habeas corpus*, requerida pela parte interessada ou deferida de ofício.

Nesse passo, muito embora possa o presidente da corte *a quo* deferir *habeas corpus* na pendência de recurso extraordinário ou especial até mesmo *ex officio* e ainda que não compreenda a prisão civil o seu objeto recursal, pode fazê-lo apenas de forma provisória, sob pena de extrapolar a sua atribuição jurisdicional e arvorar-se de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, aos quais cumprem a tarefa de preterir, de forma definitiva, a cominação da prisão civil. A liminar de *habeas corpus* conferida pelo presidente ou vice-presidente do pretório *a quo* vigora até que se instaure a respectiva instância extraordinária, pela interposição de recurso extraordinário ou especial, ou a instância originária superior, pela impetração de *habeas corpus*. Na primeira hipótese, mesmo que a cominação da prisão civil não integre o objeto do re-

²⁶¹ Consoante esposava o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, “[...] a cominação da pena de prisão civil é uma restrição grave ao direito de locomoção da pessoa. Todo juiz da jurisdição civil ou criminal, tomando conhecimento do que possa constituir violação indevida ao direito de liberdade constitucionalmente assegurado, pode e deve adotar as providências cabíveis para afastar o agravo, tenham sido requeridas ou não pelas partes. O exercício da função jurisdicional, em grau de recurso, em tal caso não fica restrito aos princípios processuais que limitam o âmbito da decisão recursal porque o direito de que se trata não fica submetido a tais exigências formais, não se aplicando aqui a regra *tantum devolutum quantum appellatum* [...]” (BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 160.314/SP. Banco Varig S/A e José Carlos Faustino. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 16 de abril de 1998. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 172, 24 mai. 1999).

curso excepcional e tenha sido deferida a ordem *ex officio*, incumbe ao Pretório Superior, através de seu relator, referendar ou não a medida quando lá aportarem os autos e se pronunciar sobre a matéria no julgamento do recurso, concedendo ou não o *habeas corpus* de maneira definitiva. Na segunda hipótese, em que é impetrado autonomamente *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, com amparo, respectivamente, nos arts. 102, inc. I, *i*, e 105, inc. I, *c*, da Constituição da República, deve vigorar a medida apenas até o pronunciamento do relator sobre o pedido liminar ou, não havendo, até seu julgamento definitivo da ação constitucional. Mostra-se inaceitável a idéia de que a medida de presidente de tribunal inferior possa contrapor decisão emanada por uma das Cortes Superiores, máxime porque gabaritada para a palavra final sobre a *quaestio*²⁶².

5.2 A Competência do STF e do STJ

Se de um lado a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem na Petição nº 1.881-8-RS reconheceu a competência do presidente e do vice-presidente do tribunal local para conhecer e julgar pedidos de tutela de urgência enquanto não proferido o juízo prefacial de admissibilidade, consolidou, de outro, a sua competência para exercer a jurisdição de urgência após a admissão do recurso extraordinário. De feito, esse julgamento estabeleceu definitivamente como marco para o exórdio da jurisdição de urgência do Pretório Excelso, por constituir o estopim da instância excepcional, a admissão do recurso extraordinário. Enquanto o recurso não auferir seguimento, seja por estar pendente de despacho de deliberação presidencial ou de provimento de agravo de instrumento intentado contra essa decisão quando for negativa, não impende ao Supremo Tribunal Federal tutelar o direito eventualmente ameaçado pela demora da prestação jurisdicional. Essa responsabilidade é-lhe transmitida tão-somente com a prolação de despacho de admissibilidade positivo do presidente do tribunal de origem ou do provimento do agravo de instrumento. Estas decisões, ao mesmo tempo em que marcam o exaurimento do ofício jurisdicional da presidência do tribunal de origem, fixam a inauguração da instância extraordi-

²⁶² Registra-se que a prisão civil não é pena. Cuida-se de meio coercitivo indireto de execução de decisão civil; um instrumento para compelir indiretamente o devedor a honrar obrigação em hipóteses excepcionais estabelecidas na lei, a saber, pagar alimentos, no caso de débito alimentar, ou devolver coisa depositada ou pagar o equivalente no caso de depósito infiel. É justamente em razão da natureza administrativa, e não punitiva, da prisão civil que é defeso lhe aplicar o regime prisional penal. Sobre a natureza da prisão civil no direito brasileiro, veja-se BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. HC 77527/MG. João Cordoval de Barros e Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o

nária, pois constituem o ato processual que devolve ao respectivo Tribunal Superior a jurisdição sobre o caso, inclusive no que tange ao conhecimento de eventuais tutelas de urgências que se fizerem necessárias.

Esse entendimento inquebrantável no Supremo Tribunal Federal, sobretudo com a edição do enunciado sumular nº 634, vem sendo seguido pelo Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado que sua competência para o exercício da jurisdição de urgência em sede de recurso especial tão-só principia quando instada a sua instância extraordinária, quer pela admissão do recurso especial no tribunal local, de justiça ou regional federal, quer pelo provimento do agravo de instrumento interposto contra a decisão negativa de admissibilidade do presidente ou vice-presidente na origem. Menciona-se, por tantos, o seguinte julgado da Corte: “PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – MEDIDA CAUTELAR – RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE ADMISSIBILIDADE – CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ‘A QUO’ – SÚMULAS 634 E 635 STF. – A competência do STJ só nasce após o esgotamento da jurisdição do Tribunal ‘a quo’, ou seja, com o exercício do juízo de admissibilidade do recurso especial. – Inadmissível emprestar efeito suspensivo, em medida cautelar, a recurso especial, cuja admissibilidade não foi apreciada na origem, sob pena de violação da competência da instância ‘a quo’. – Agravo regimental improvido”²⁶³. Dessarte, no íterim compreendido entre a interposição do recurso especial e a sua admissão, o Superior Tribunal de Justiça falece de qualquer competência para exercer a jurisdição de urgência; panorama que tão-só se altera com a prolação do despacho presidencial admitindo o recurso ou, caso seja este negativo, com o provimento do agravo interposto contra a denegação de seguimento.

Assim sendo, a jurisdição superior de urgência em sede de recursos extraordinário e especial enceta quando se implementa a sua admissão no tribunal de origem ou é provido o agravo de instrumento, exato momento em que é instada a instância extraordinária, perdurando enquanto subsistir a jurisdição superior. Não se limita propriamente ao julgamento do recurso excepcional, compreendendo todo o tempo em que pender recurso ou incidente ingressado durante o seu *iter*

acórdão: Ministro Moreira Alves. 23 de setembro de 1998. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 54, 16 abr. 2004.

²⁶³ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 65.25-SP. Ercília Rossini Pugliese e Nelson Marurana. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. 08 de novembro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 260, 05 dez. 2005.

procedimental perante os Pretórios Superiores²⁶⁴. Até mesmo enquanto estiver aguardando publicação de decisão na instância extraordinária ou se processa recurso interposto contra decisão que julga recurso excepcional é cabível o exercício da jurisdição superior de urgência. Ela finda apenas quando transcorre *in albis* o prazo para a interposição de recurso da sua decisão, incidindo, conforme a hipótese, a coisa julgada ou a preclusão. Toda a vez que a decisão do Tribunal Superior implicar a extinção do processo ou a resolução definitiva do mérito da causa, a sua jurisdição de urgência se enclausura com o trânsito em julgado. Todavia, sendo o objeto do recurso extraordinário ou especial questão incidente, ou caso a Corte Superior constate nulidade e casse o acórdão hostilizado, devolvendo os autos à origem para novo julgamento, a jurisdição de urgência termina a partir da preclusão.

Nos casos em que o direito tutelado carece de reconhecimento no julgamento do recurso extraordinário ou recurso especial manejado, a eficácia da medida de urgência fica dependendo da sorte deste, restando revogada a medida se for, ao final, desfavorável a decisão. Porém, de acordo com o caso concreto, pela possibilidade de reforma do ato decisório pela própria Corte Superior em face da interposição de recurso interno no procedimento do recurso excepcional, ou, especificamente no caso de recurso especial, pela possibilidade de reforma do *decisum* pelo Supremo Tribunal Federal em decorrência da interposição de recurso extraordinário, nada impede que se estendam os efeitos da eficácia do provimento urgente até o trânsito em julgado ou a assunção do recurso extraordinário no Pretório Excelso. Mesmo porque, nessa hipótese, enquanto não for proferido o juízo de admissibilidade provisório do recurso extraordinário pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, carece de competência o Supremo Tribunal Federal para exercer a jurisdição de urgência.

5.2.1 A Relativização do Disposto na Súmula nº 634

O entendimento no sentido de que a competência para a jurisdição superior de urgência tem início apenas com a admissão do recurso excepcional vem sendo observado pelos Tribunais Superiores, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, que tem mostrado salutar devoção ao

²⁶⁴ Há precedente no Supremo Tribunal Federal nesse exato sentido, tornando ineficaz, antes da publicação do acórdão que proveu o recurso extraordinário, aresto do Superior Tribunal de Justiça impugnado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em petição. Pet 1.146 AgR/PR. Paulino Pastre e Outros e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Néri da Silveira. 10 de setembro de 1996. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 12.201, 11 abr. 1997.

pontificado no enunciado sumular nº 634. Há que se reconhecer, porém, que essa lealdade do Pretório Excelso não é irrestrita. Ainda subsistem manifestações, deveras esparsas, aduzindo a possibilidade, em hipóteses excepcionais, de se instaurar a sua jurisdição de urgência antes da abertura da instância extraordinária²⁶⁵. É claro que, para aqueles que depreendem a natureza cautelar no pedido de destrancamento do recurso extraordinário retido *ex vi* do § 3º do art. 542 do Código de Processo Civil, também seria uma hipótese de providência urgente exercida antes da sua admissão. Isso porque, parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal considera que, nessa hipótese específica, o parágrafo único do art. 800 do Código de Processo Civil legitima a atuação cautelar da Corte antes de ser superado o primeiro juízo de deliberação do recurso extraordinário²⁶⁶. A nosso ver, além de não se cuidar de provimento de urgência, não se justifica essa dicotomização, que transforma a ação cautelar em autêntica ação avocatória. A interpretação conferida ao parágrafo único do art. 800 do Código deve ser una, isto é, ou bem a Corte possui, por força da citada norma, competência para exercer a jurisdição cautelar antes da admissão do recurso extraordinário, ou bem não possui. Mais coerente seria concluir, conforme sustentado no Capítulo I (seção 1.2), que não se trata de providência cautelar o destrancamento dos recursos extraordinário e especial retidos. Pois, nessa linha, não haveria necessidade de se excepcionar a disposição da Súmula 634 e, tampouco, diferir a interpretação do parágrafo único do art. 800 do Código. Bastaria reconhecer como instrumento adequado para impugnar o travamento o recurso

²⁶⁵ *V.g.*, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. Pet 2.343-9/ES. Banco do Estado da Bahia S/A e Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários do Estado do Espírito Santo. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 12 de junho de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 48, 24 ago. 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação cautelar. AC 730/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Bar e Mercearia Smile Ltda. e Antônio de Salvo e Outro. 11 de maio de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 39, 11 mai. 2005; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em ação cautelar. AC-MC 509/AP. João Alberto Rodrigues Capiberibe e outro e Partido do Movimento Democrático Brasileiro. Relator: Ministro Eros Grau. 02 de dezembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 6, 08 abr. 2005. Neste, julgado em sessão plenária, sustentou o Ministro Eros Grau que, não obstante a dicção das Súmulas 634 e 635, subsiste a excepcionalidade prevista no art. 21, IV, do RISTF, razão por que seria permitido ao Pretório, ante a iminência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, deferir pretensão cautelar antes da admissão de recurso extraordinário a fim de se manter com plena eficácia o *status quo* da lide. Sustentou o Ministro, repisando dois precedentes nos quais foi relator o Ministro Marco Aurélio (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em ação cautelar. AC-MC 299/PR. Companhia de Saneamento do Paraná e Lázaro Peixoto Bayer e Outro. Relator: Ministro Marco Aurélio. 22 de junho de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 67, 17 set. 2004; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em ação cautelar. AC-MC 260/SP. Engenpack Embalagens São Paulo Ltda. e União. Relator: Ministro Marco Aurélio. 1º de junho de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 56, 27 ago. 2004) que a referida regra regimental mantém-se como norma aberta, submetida ao juízo subjetivo do magistrado.

²⁶⁶ Por oportuno: “Medida cautelar em recurso extraordinário: competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de medidas cautelares de RE, quando nela se oponha o recorrente à aplicação do art. 542, § 3º, do C. Pr. Civil: incidência do disposto no parágrafo único do art. 800 do C.Pr.Civil (“interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao Tribunal”): hipótese de medida cautelar que visa a afastar óbice ao processamento do recurso na instância *a qua*, diversa do problema do início da jurisdição cautelar do Supremo para conceder efeito suspensivo ao RE [...]”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. Pet 2.222/PR. Instituto Nacional do Seguro Social e Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 09 de dezembro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 43, 12 dez. 2003).

de agravo de instrumento, a mera petição, ou a reclamação. Como vem sustentando o Ministro Marco Aurélio, com preparo e pertinência, a presidência do tribunal local está, com a retenção indevida do recurso extraordinário, usurpando temporariamente a competência do Supremo Tribunal Federal²⁶⁷.

Se por um lado mostram-se raríssimas, contáveis, as hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal afronta o entendimento de que a competência para a sua jurisdição de urgência enceta com a admissão do recurso excepcional, o mesmo não se pode dizer do Superior Tribunal de Justiça, que o segue com considerável leniência. O Superior Tribunal de Justiça tem, com fundamento no poder geral de cautela e no princípio da efetividade processual, freqüentemente mitigado a aplicação do enunciado n° 634 e se reputado competente para, em hipóteses ditas excepcionais, verificadas caso a caso, exercer a tutela de urgência quando ainda não admitido o recurso especial na origem, deferindo, mediante cognição sumária, efeito suspensivo e a antecipação de tutela recursal²⁶⁸. Essa inteligência não se restringe apenas a hipóteses em que o recurso especial está pendente da realização do juízo prefacial de admissibilidade, compreendendo também os casos em que o recurso especial fica retido por força do § 3° do art. 542 do Código de Processo Civil²⁶⁹, ainda não foi interposto²⁷⁰ e está pendente de julgamento o agravo de instrumento inter-

²⁶⁷ Vejam-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na reclamação. Rcl-MC 2510/RJ. João Antônio Ouverney da Costa e Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. 02 de dezembro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 043, 21 mai. 2004; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na petição. Pet-MC 3.284/SP. Instituto Nacional de Seguro Social e Adherbal Ribeiro Ávila. Relator: Ministro Carlos Britto. 16 de dezembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 51, 10 jun. 2005.

²⁶⁸ Vejam-se, por tantos, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 6.146/DF. As Ervas Curam Indústria Farmacêutica Ltda. e Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. 12 de agosto de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 172, 29 set. 2003; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 1.754/PE. Companhia Hidro Elétrica do São Francisco e Hidroservice Ltda. Relator: Ministro Luiz Pereira. 13 de abril de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 77, 12 jun. 2000; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 9906/ES. Escritório de Advocacia Dias e Associados S/C e Fazenda Nacional. Relator: Ministra Denise Arruda. 02 de junho de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 365, 01 jul. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 9.949/BA. Shell do Brasil Ltda. e Estado da Bahia. Relator: Ministra Eliana Calmon. 20 de outubro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 241, 28 nov. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 4528/PB. Município de João Pessoa e Constecca Construções S/A. Relator: Ministro José Delgado. 18 de dezembro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 171, 31 mai. 2004.

²⁶⁹ Veja-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 4.014/BA. Tatiana Belo da Silva Teles e Maria da Conceição Mendonça Teles. Relator: Ministro Castro Filho. 21 de agosto de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 106, 05 nov. 2001; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação. Rcl 1.368/SP. Cartplast Indústria e Comércio de Embalagens Ltda. e Juiz Relator do Agravo de Instrumento n° 763429 do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. 04 de abril de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 222, 09 abr. 2003; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 3.232/PR. Instituto Halsted S/C Ltda. e Município de Curitiba. Relator: Ministro José Delgado. 12 de junho de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 108, 17 set. 2001; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 9.565/SP. Telecomunicações de São Paulo S/A e Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo. Relator: Ministro

posto contra a decisão da presidência do tribunal *a quo* denegatória de seguimento²⁷¹. Dessarte, não obstante as súmulas n^{os} 634 e 635, e a própria fidelidade do Supremo Tribunal Federal em ser sectário às diretivas nelas consagrada, o Superior Tribunal de Justiça se permite, antes de inaugurada a instância extraordinária, preterir a jurisdição do presidente da corte local e exarar medidas de urgência.

No que respeita à jurisdição de urgência em sede de recurso especial retido, existe, na realidade, um grande dissenso no Superior Tribunal de Justiça. Há três correntes bem determinadas: a que, indo ao encontro da orientação sufragada pelo Supremo Tribunal Federal, reputa absolutamente incompetente a Corte para deferir provimento urgente, por não ter sido superado o juízo provisório de admissibilidade; a que entende cabível a tutela de urgência quando se pleitear, cumulativamente, o destrancamento do recurso especial²⁷²; e, finalmente, a que desvincula o pedido

Castro Meira. 08 de março de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 214, 13 jun. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 7.328/RJ. Bradesco S/A e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Franciulli Netto. Relator para o acórdão: Ministro João Otávio de Noronha. 02 de dezembro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 178, 21 jun. 2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 9.823/MA. Banco ABN Amro Real S/A e Ministério Público do Estado do Maranhão. Relator: Teori Albino Zavascki. 17 de maio de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 210, 30 mai. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 10.999/SP. Rivoli Tecna Ltda. e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Teori Albino Zavascki. 21 de fevereiro de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 60, 06 mar. 2006.

²⁷⁰ “[...] Em casos excepcionalíssimos, em que haja risco de comprometimento de valor jurídico prevalente, como o direito constitucional à efetividade da jurisdição, esta Corte vem admitindo o cabimento de medida cautelar destinada a atribuir efeitos suspensivos a recurso especial ainda não interposto no Tribunal de origem” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 7.604/RJ. Município do Rio de Janeiro e Instituto Geral de Assistência Social Evangélica. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. 14 de setembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 210, 04 out. 2004). Ainda no sentido do cabimento excepcional da tutela de urgência pelo Superior Tribunal de Justiça antes da interposição do recurso especial: “PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR. TERATOLOGIA. CARÁTER ABUSIVO. LIMINAR CONCEDIDA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. I – Na linha da jurisprudência desta Corte, é cabível a medida cautelar, antes de interposto o recurso especial, em caráter absolutamente excepcional, para coibir abuso manifesto e teratologia [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 6417/DF. Ronaldo Bomfim Santos e Editora Abril S/A. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 26 de junho de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 308, 25 ago. 2003). Cumpre salientar que neste precedente sequer decisão colegiada do tribunal inferior. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça deferiu a liminar para suspender monocrática do Desembargador Relator que antecipa a tutela.

²⁷¹ Nessa linha: “PROCESSUAL CIVIL – MEDIDA CAUTELAR PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL [...] 2. Possibilidade de situações excepcionais ensejadoras de uma medida de exceção que leve à concessão da cautela, antes da admissibilidade, se o recurso especial for viável. 3. Hipótese em que o recurso especial está na pendência de agravo de instrumento, impondo-se a cautela para evitar um pagamento que está sendo discutido judicialmente, devendo ser mantidos os valores em depósito judicial. 4. Medida Cautelar julgada procedente” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 6.827/SP. Município de Regente Feijó e Banco BMD S/A – em liquidação extrajudicial. Relator: Ministra Eliana Calmon. 02 de março de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 176, 29 mar. 2004).

²⁷² Veja-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 9.222/MG. Posto Vila Flórida Ltda. e Indústria Brasileira de Mármore e Granito Ltda. Relator: Ministro Jorge Scartezini. 15 de fevereiro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 323, 28 fev. 2005.

de provimento urgente com o destrancamento, entendendo cabível o deferimento, *per se*, de qualquer uma das duas medidas²⁷³. Embora não se concorde também com a terceira orientação perfilhada, de admitir a possibilidade de conferir-se efeito suspensivo ou antecipatório a recurso especial que permaneça reprimido na origem, a que mais impressiona é a segunda, a qual não conhece de pedido urgente quando ausente o de destrancamento, sob color de que a excepcionalidade determinante do afastamento da retenção legal é a que deve sinalizar a necessidade da tutela de urgência. Os motivos de um e de outro são completamente distintos, sendo defeso exigir-se, por conseguinte, a cumulação de pedidos. O risco de prejuízo que justifica o imediato processamento do recurso especial é o de que a retidão possa comprometer a prestação jurisdicional ao tempo em que for julgado. Por sua vez, o risco que legitima a tutela de urgência é o receio iminente de lesão irreparável ou de difícil reparação, a reclamar instantânea resposta jurisdicional. Dependendo do viés do dano, será cabível tão-só o destrancamento do recurso ou, além deste, a concessão do provimento urgente.

Isso significa que, no caso de a retidão do recurso especial implicar comprometimento da atividade jurisdicional, não de forma próxima, poderá a parte tão-somente pleitear o seu destravamento. Porém, se o prejuízo pela reprimenda for imediato, ser-lhe-á lícito requerer ambos, cumulativamente. De mais a mais, tendo em vista que o perigo que fundamenta a tutela de urgência está marcado pelo risco iminente da demora da prestação jurisdicional, faz-se necessário sempre, como corolário lógico, o processamento imediato quando é deferida a tutela de urgência, até mesmo de ofício. Aliás, o mesmo raciocínio se reputa recomendável quando se constatar o *periculum in mora*, mas não fumaça do bom direito suficiente a justificar a concessão da medida urgente. Deve-se, nesse caso, denegar a tutela de urgência, mas deferir-se o destrancamento. O processamento imediato do recurso excepcional possibilitará a Corte a que compete *de facto* julgá-lo conhecer desde logo da *questio* e proscrever mais rapidamente, se for o caso, o receio de dano que se revelou para a parte.

Malgrado seja nobre o escopo do Superior Tribunal de Justiça nessas hipóteses em que exerce a jurisdição de urgência, no mais das vezes para coibir decisões teratológicas ou manifestamente abusivas, tem-se como incorreta. O Superior Tribunal de Justiça não representa a única possibilidade para que o jurisdicionado resguarde eventual direito em perigo iminente antes da inauguração da instância extraordinária, porquanto, nos termos da Súmula nº 635 do Supremo

²⁷³ Veja-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 8.569/SP. Transmissão Transportadora Simão Ltda. e Fibra Leasing S/A Arrendamento Mercantil. Relator: Ministro Castro Filho. 12 de julho de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 258, 02 ago. 2004.

Tribunal Federal, tem competência para conhecer e julgar pedido de tutela de urgência nesse entretanto o presidente ou vice-presidente do tribunal local. E essa competência dos presidentes de tribunais de justiça e regionais federais é funcional, portanto, absoluta. Tem caráter público e natureza indisponível, não sendo passível de modificação. Assim, ao não observar o enunciado sumular nº 634 do Pretório Excelso, o Superior Tribunal de Justiça está preterindo a sua missão política e princípios comezinhos da jurisdição, mormente os princípios do juiz natural e o da autonomia das instâncias, além do § 1º do art. 542 do Código de Processo Civil. Se a citada norma jurídica estabelece fase anterior à extraordinária ao prescrever um juízo de admissibilidade prefacial, não pode o pedido de tutela de urgência, que comporta natureza acessória, ser deduzido diretamente na Corte Superior, suprimindo a fase antecedente perante a presidência do tribunal inferior. Trata-se, a toda a evidência, de duas instâncias distintas e independentes, que se realizam em momentos marcadamente diversos. Essa supressão de instância, que tolhe a atividade jurisdicional da competência da presidência do tribunal *a quo*, transforma a medida cautelar, repisa-se, em verdadeira avocatória.

E tampouco o fato de haver eventual injustiça manifesta e grave justifica que o Superior Tribunal de Justiça se arvore da competência da presidência do pretório *a quo*, juiz natural para a tutela de urgência nessas situações. Constitui princípio basilar do poder jurisdicional que, por mais equivocada que seja uma decisão judiciária, somente o órgão competente, observadas as formalidades legais, possui o condão de reformá-la ou anulá-la²⁷⁴. A postura claramente arbitrária do Pretório aufere gravidade em vista da sua missão constitucional. Nos termos da Constituição Federal, cumpre a essa Corte Superior precipuamente proteger o direito positivo federal e uniformizar a jurisprudência, e não salvaguardar o direito subjetivo das partes, o qual deve ser albergado apenas de forma reflexa, e não direta²⁷⁵. E o fato de a atividade expansiva do Superior Tribunal de Justiça deitar raízes no poder geral de cautela não prejudica esse preceito. Embora o poder geral cautelar seja inerente a todo e qualquer juízo, o seu exercício pressupõe sempre a competência. Imagine-se se fosse permitido a qualquer juiz jurisdicionar, através de aferição individualizada, em processo não afeito à sua jurisdição. E mesmo que o acórdão recorrido seja manifestamente teratológico e exista omissão da presidência do tribunal de origem em tolher a ocor-

²⁷⁴ Como sublinha CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, 1922, t. 1, constitui princípio fundamental da organização judiciária que qualquer controvérsia, abstratamente considerada, ou seja, antes que surja efetivamente, pertence a um determinado juiz, do qual não se pode desviar o litigante (p. 487).

²⁷⁵ Relembrando o estudo de LACERDA, *Processo..., pas.*, isso significa que está havendo, *s.m.j.*, uma hipertrofia da função individual do processo justamente na instância extraordinária, cuja compromisso precípua é com a sua função social. Trata-se, pois, embora em sede de provimento de urgência, do primado da justiça, como exigência individual.

rência de danos irreparáveis ou de difícil e incerta reparação, não seria o caso de se preterir a falta de competência para o exercício da jurisdição de urgência. Pois, no caso de evidência da teratologia do aresto impugnado, negativa de jurisdição e existência de perigo iminente, seria cabível o mandado de segurança, fundado em direito líquido e certo, com pedido de medida liminar. Além de constituir instrumento processual cabível para uma conjectura como a aventada, o reconhecimento do seu cabimento permitiria manter incólume a competência dos presidentes dos tribunais de origem.

Por outro lado, a subjetividade empregada pelo Superior Tribunal de Justiça para expandir a sua competência, determinada individualmente, contraria a segurança na relação jurídica processual, valor que o justifica. Para fugir do entendimento contido nas súmulas n^{os} 634 e 635, o Superior Tribunal de Justiça tem lançado mão de conceitos indeterminados, definindo, em cada caso concreto, informado pela livre convicção, se possui ou não competência. As hipóteses para a sua aceitação são as mais variadas, inexistindo, propriamente uma definição dogmaticamente moldada²⁷⁶. Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo, a seu bel-prazer, quando possui ou não competência para exercer a tutela de urgência em sede de recurso especial, em detrimento da livre apreciação do presidente do tribunal *a quo* no âmbito da competência originária. Nesse contexto, em que o Superior Tribunal de Justiça considera importante ter a última palavra sobre a jurisdição de urgência em sede de recurso especial, seria melhor que estimasse cabível o recurso de agravo de instrumento contra a decisão presidencial que aprecia pedido de tutela de urgência, através de interpretação extensiva do art. 544 do Código de Processo Civil. Também nesta hipótese o Superior Tribunal atuaria senão como terceira instância. No entanto, estaria plenamente preservada a competência originária do presidente do tribunal local, bem como princípios fundamentais que acenam na dialética processual, tais como os do juiz natural e da hierarquia dos graus de jurisdição.

²⁷⁶ Há precedentes sustentando, inclusive com desapego a rigores formais instituídos em razão da natureza da instância extraordinária, que é cabível quando há decisão teratológica, manifestamente ilegal ou desproporcional (*v.g.*, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 5.557/RJ. Relator: Ministra Eliana Calmon. Município do Rio de Janeiro e PPE Empreendimentos e Participação Ltda. 05 de novembro de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 316, 09 dez. 2002), em que haja risco de comprometimento de valor jurídico prevalescente, como o direito constitucional à efetividade da jurisdição (*v.g.*, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 7.604/RJ. Município do Rio de Janeiro e Instituto Geral de Assistência Social Evangélica. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. 14 de setembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 210, 04 out. 2004), ou simplesmente em razão do alto grau de probabilidade de êxito do futuro recurso especial (*v.g.*, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 7.720/GO. Ernani José de Paula e Município de Anápolis. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. 10 de fevereiro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 95, 25 fev. 2004), como se esse pressuposto não fosse próprio quando encetada efetivamente a jurisdição superior de urgência.

Finalizando, o Superior Tribunal de Justiça encontra-se dividido quanto à extensão eficaz de seu provimento de urgência nos casos em que o defere frente a um recurso especial que ainda não foi objeto do juízo de admissibilidade na instância *a quo*. Existe um entendimento no sentido que só ele tem poder para reformar ou revogar o provimento que emanou. Nessa linha, mesmo que o presidente do tribunal local denegue seguimento ao recurso especial a medida urgente proferida pelo Superior Tribunal se mantém eficaz se for interposto tempestivamente o agravo de instrumento²⁷⁷. Há, de outra parte, a inteligência esposando que a negativa de seguimento ao recurso especial na origem enseja a revogação da medida anteriormente concedida pela Corte, ainda que interposto o agravo de instrumento²⁷⁸. Pela diluição do *fumus boni iuris*, cessam-se os efeitos da medida urgente, a não ser que o presidente da corte *a quo*, ao negar seguimento, ressalve a manutenção da eficácia da tutela de urgência ou receba o agravo de instrumento no duplo efeito, ou ainda se pronuncie o Superior Tribunal de Justiça expressamente a respeito. Ressalva-se que a eventual denegação de tutela urgente requerida perante o Superior Tribunal de Justiça em face da relativização que empresta ao enunciado nº 634 do Supremo Tribunal Federal não prejudica, pela ausência de relação de prejudicialidade, que se renove o pedido perante a presidência do tribunal de origem²⁷⁹.

²⁷⁷ Por oportuno: “PROCESSUAL CIVIL. EFEITOS DE CAUTELAR. 1. A decisão cautelar que empresta efeito suspensivo a recurso especial perdura até o trânsito em julgado pelo Superior Tribunal de Justiça do referido inconformismo. 2. O fato de o Tribunal *a quo* haver proferido juízo negativo de admissibilidade do recurso especial, por si só, não tem o condão de reformar a concessão de efeito suspensivo dado ao mesmo recurso pelo Superior Tribunal de Justiça. A cessação desse efeito só pode ser concedida pelo próprio Tribunal que decretou a medida” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 6.725-RJBA. Petróleo Brasileiro S/A e Marítima Petróleo e Engenharia Ltda. Relator: Ministro José Delgado. 27 de setembro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 171, 24 out. 2005).

²⁷⁸ Veja-se: “A negativa de seguimento do apelo excepcional pelo e. Tribunal *a quo* implica a revogação da liminar anteriormente concedida, ainda que o requerente tenha interposto o agravo de instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 6.882/RJ. Município do Rio de Janeiro e Artenve Engenharia Ltda. Relator: Ministra Denise Arruda. 11 de maio de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 173, 31 mai. 2004).

²⁷⁹ Esse é o entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça: “MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. NEGATIVA. PREJUDICIALIDADE. JUÍZO. PRESIDÊNCIA. TRIBUNAL DE ORIGEM. NÃO OCORRÊNCIA. 1 – O deferimento de liminar apenas para determinar o processamento de recurso especial, sobrestado na origem, mas com negativa de agregação de efeito suspensivo, com abordagem dos requisitos lógicos da medida (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), não ensejam tornar prejudicado o mesmo pedido, junto à Presidência do Tribunal de origem, a quem compete, em decorrência do destrancamento do especial, apreciar eventual efeito suspensivo. 2 – Não há relação de prejudicialidade entre o primitivo juízo de admissibilidade e o feito por este Tribunal. Precedentes desta Corte [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 8.752-RJ. Associação dos Antigos Funcionários do Banco do Brasil e Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. 02 de setembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 294, 20 set. 2004).

5.2.2 O Habeas Corpus

Nos termos dos arts. 102, I, alínea *i*, e 105, I, alínea *c*, da Constituição Federal, na redação determinada pela Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os *habeas corpus* quando o coator for Corte Superior – Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar²⁸⁰ – e ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar os *habeas corpus* originariamente quando o coator for corte sujeita à sua jurisdição, a saber, os tribunais de justiça e os tribunais regionais federais. Dessarte, nos casos de prisão civil cominada em acórdão objeto de recursos extraordinário ou especial, o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, a par da sua competência recursal, têm competência originária para deferir provimento de urgência na via dos *habeas corpus*, cumprindo-lhes, de per si, de acordo com a qualidade do tribunal apontado como órgão coator, conhecer e julgar originariamente pedido de *habeas corpus* impetrado. Essa sistemática representa a materialização do princípio, já consolidado no direito processual brasileiro, no sentido de que cabe simultaneamente a impetração de *habeas corpus* e a interposição de recurso para impugnar-se lesão ou ameaça à liberdade de locomoção gravada em decisão judicial, com o escopo de viabilizar o mais rapidamente possível o término de eventual coação ilegal à liberdade da pessoa humana.

É claro que, conquanto cabível a duplicidade das vias de impugnação, o formalismo e o objetivo de um e de outro são diversos, o que pode comprometer, senão impedir, o ingresso concomitante dos dois meios de impugnação, em especial em se tratando de recursos extraordinários. Se o acórdão não houver, por exemplo, prequestionado o direito positivo embasador da prisão civil, não seria cabível, a rigor, recurso excepcional. Já para a impetração de *habeas corpus*, ainda que perante o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, seria absolutamente

²⁸⁰ Destaca-se que é cabível *habeas corpus* para o Supremo Tribunal Federal em ordem sucessiva, isto é, da decisão de Corte Superior que julga *habeas corpus*. Contudo, a impetração sucessiva só tem cabimento quando julgado de forma definitiva da ação constitucional, sendo defesa a impetração em face de decisão denegatória de liminar. Este entendimento já está sumulado no Pretório Excelso, notadamente sob o enunciado nº 691, *in verbis*: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus*, requerido a tribunal superior, indefere a liminar". Sobre o tema, veja-se BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. HC 79.776/RS. Bento Gonçalves e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. 08 de fevereiro de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 62, 03 mar. 2000.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal já tem admitido abrandamento desse entendimento, quando flagrante a violação à liberdade de locomoção. Veja-se, por exemplo, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no habeas corpus. HC-AgR 87.016/RJ. Newton José de Oliveira Neves e Relatora do Habeas

despicienda a ventilação de norma jurídica. Para requerer-se a ordem, seria suficiente que o tribunal coator tivesse se omitido de decidir sobre a alegação do impetrante ou matéria que devesse pronunciar-se de ofício, no âmbito de conhecimento da causa a ele devolvida. De todo o modo, é admissível, em tese, ao mesmo tempo, a interposição de recurso excepcional, extraordinário e/ou especial, e a impetração de *habeas corpus* contra acórdão que comina prisão civil. Desse modo, o Tribunal Superior para o qual foi interposto o recurso excepcional tem competência para revisar ou anular o capítulo do aresto que determinou a segregação, sem prejuízo de *habeas corpus* impetrado para essa mesma finalidade. E antes da admissão do recurso excepcional, nada obstante as respectivas competências originárias do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, possui competência concorrente para deferir a liminar de *habeas corpus* o presidente do tribunal coator (veja-se 5.1.4).

No entanto, nesses casos de cerceamento ao direito de locomoção, a competência para a jurisdição superior de urgência através de *habeas corpus* não se resume a essa conjectura delineada pelo constituinte derivado. Assim, par a par das competências originárias definidas nos arts. 102, I, alínea *i*, e 105, I, alínea *c*, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de juízes da causa, também possuem competência para exercer tutela de urgência através de *habeas corpus* quando interpostos recursos extraordinário e especial, por força de suas respectivas competências recursais. Comina a prisão civil por um Tribunal Superior, possui o Supremo Tribunal Federal competência para deferir *habeas corpus* desde a publicação do acórdão, em virtude da sua competência originária, não obstante a sua competência para a jurisdição de urgência oriunda da admissão de recurso extraordinário. Por seu turno, imposta prisão civil por tribunal de justiça ou por pretório regional federal, tem o Superior Tribunal de Justiça competência para deferir *habeas corpus* desde a publicação do acórdão, a despeito de sua competência para a jurisdição de urgência a partir da admissão de recurso especial. Em qualquer hipótese, em razão da impossibilidade de haver decisões sucessivas sobre a mesma questão, o direito à impetração de *habeas corpus*, repetindo a pretensão veiculada no recurso extraordinário ou especial, perdura até o julgamento final deste²⁸¹. Caso a prisão não seja atacada pelo recurso ex-

Corpus nos 48.250 e 48.300 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Carlos Velloso. 13 de dezembro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 44, 24 fev. 2006.

²⁸¹ A propósito: “[...] É princípio sedimentado no direito brasileiro de que a recorribilidade da decisão ou a efetiva pendência de recurso contra eles não inibe a admissibilidade paralela do *habeas corpus*; claro, no entanto, que a permissão desse uso simultâneo de dois remédios processuais – o recurso e o *habeas corpus* – contra uma só decisão judicial não é irrestrita, que a permissão da duplicidade de vias de impugnação do mesmo julgado tem por fim viabilizar a cessação da eventual coação ilegal à liberdade tão rapidamente quanto possível, não, porém, a de outorgar direito a dois julgamentos sucessivos sobre uma única questão; por isso, se são idênticas as pretensões veiculadas, as respectivas causas de pedir e a extensão admissível do exame delas em ambas as vias percorridas simultaneamente – o julgamento anterior do recurso ou mesmo o

cepcional ingressado contra o aresto que a decretou, o direito à impetração de *habeas corpus* permanece até o cumprimento da sanção, sem prejuízo de sua concessão *ex officio* quando do julgamento do recurso, que no caso terá efeito expansivo.

Conforme aduzido no Capítulo IV, por estar em causa a liberdade da pessoa humana, impende ser concedido mesmo de ofício *habeas corpus* na via dos recursos extraordinário e especial se houver ilegalidade ou abusividade na ordem de prisão, ainda que não integre o objeto recursal a cominação da prisão civil. Embora não exista justificativa plausível para a discriminação em face da natureza da questão material subjacente, o Supremo Tribunal Federal não é afeito a deferir *habeas corpus* de ofício em recurso extraordinário cível. Deveras, seja a natureza da causa civil ou criminal, está em pauta o direito à liberdade de locomoção, impondo-se em qualquer caso o deferimento de ofício em havendo ilegalidade ou abusividade na ordem judicial. Demais disso, o art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, prevê expressamente a concessão *ex officio* de *habeas corpus*. E a jurisprudência do próprio Pretório Excelso é uníssona no sentido o *habeas corpus* é uma ação de natureza penal, razão por que é regido pela legislação processual penal a despeito da natureza da sua questão de fundo²⁸².

At last but no least, no caso de interposição de recurso extraordinário contra acórdão de tribunal de justiça ou tribunal regional federal, isoladamente ou em conjunto com recurso especial, também tem competência o Supremo Tribunal Federal para conhecer de *habeas corpus* se o recurso extraordinário for admitido na instância *a quo*, em conformidade com o enunciado nº 635 da sua Súmula²⁸³. Trata-se de coação ilegal imputada a órgão de gradação jurisdicional inferior

seu início inviabilizam a interposição ou prejudicam o curso do *habeas corpus* perante o mesmo Tribunal ou em juízo ou tribunal de gradação inferior [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *habeas corpus*. RHC 82.045/SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. José Henrique Zechel e Ministério Público Federal. 25 de junho de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 49, 25 out. 2002)

²⁸² Por tantos, cita-se: “[...] I. *Habeas corpus*: regência pela legislação processual penal. O âmbito normativo da disciplina do *habeas corpus* pelo Código de Processo Penal e legislação complementar compreende toda e qualquer impetração do remédio constitucional, independentemente de ser penal ou não a questão de fundo a deslindar na verificação da legalidade ou não do constrangimento ventilado à liberdade de locomoção do paciente: desse modo, pouco importa que a prisão do devedor de alimentos ou do depositário infiel efetivamente não constitua sanção penal, mas instrumento de compulsão ao adimplemento de obrigações civis: o *habeas corpus* contra a efetivação ou ameaça de prisão civil é processo regulado pela lei processual penal [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento. AI-AgR 423.277/SC. Banco do Brasil S/A e Olimpio João Paglia e Outro. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 18 de fevereiro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 33, 11 abr. 2003).

²⁸³ Esse direito subjetivo de ação não vem sendo reconhecido pelo Pretório Excelso, sob o fundamento que só lhe compete conhecer de *habeas corpus* cujo coator seja Tribunal Superior, *ut* os termos do art. 102, I, alínea *i*, na nova redação determinada pela Emenda Constitucional nº 22/99. Veja-se: “AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A *HABEAS CORPUS* CONTRA ATO DE TURMA DE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. 1. É pacífica a jurisprudência do STF no sentido de que, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 22, de 18.3.1999, não há mais competência do Supremo Tribu-

relativa a uma causa submetida a sua jurisdição. A toda a evidência, a inexistência da qualificação de superior do tribunal coator impede o Supremo Tribunal Federal tão-somente de conhecer do pedido de *habeas corpus* no âmbito da sua competência originária, e não recursal, que decorre do ingresso do recurso extraordinário. Com efeito, manejado e admitido o recurso extraordinário, instaura-se a jurisdição do Supremo Tribunal Federal sobre a causa, inclusive para conhecer de pedidos de provimento de urgência, incidentes processuais e ações porventura deduzidas nesse momento do processo, sem que se cogite de sua incompetência originária. Seria um grande *contra sensu* poder o Pretório Excelso conceder de ofício *habeas corpus* no julgamento do recurso extraordinário e lhe ser defeso fazer o mesmo se houver requisição expressa da parte interessada, sob color de lhe faltar competência. Sem embargo da persistência do Supremo Tribunal Federal em não considerar cabível *habeas corpus* contra decisão de tribunal de justiça ou tribunal regional federal quando interposto recurso extraordinário, cabe à parte interessada alertá-lo para a adequação da medida mediante petição. Ainda que preterido o dogmatismo jurídico, o fato é que cumprirá ao Pretório Excelso examinar o caso concreto e concluir sobre a pertinência ou não da concessão da ordem.

5.2.3 A Interposição Conjunta dos Recursos Extraordinário e Especial

No caso de interposição conjunta dos recursos extraordinário e especial, a competência para o exercício das tutelas de urgência em geral, em sendo admitidos ambos, toca inicialmente ao

nal Federal para julgar originariamente *habeas corpus* contra ato de tribunal estadual ou regional federal. 2. Agravo improvido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no *habeas corpus*. HC-AgR 85.319/DF. Relator: Ministra Ellen Gracie. Maria Margarida Moura da Silva e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 1º de março de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 67, 18 mar. 2005).

Na mesma linha: “HABEAS CORPUS” – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – ‘HABEAS CORPUS’ IMPETRADO CONTRA ATO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – TRIBUNAL QUE, NA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA BRASILEIRA, NÃO SE QUALIFICA COMO TRIBUNAL SUPERIOR – AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA APRECIAR O PRESENTE ‘HABEAS CORPUS’ – RECURSO IMPROVIDO. – Após o advento da EC nº 22/1999, não mais compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ‘habeas corpus’ impetrado contra ato emanado de Tribunal que não se qualifica, constitucionalmente, como Tribunal Superior. – A locução constitucional ‘Tribunais Superiores’ abrange, na organização judiciária brasileira, apenas o Tribunal Superior Eleitoral, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal Militar” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração em *habeas corpus*. HC-ED 85.838/BD. Augusto Paulo Baratto ou Augusto Paulo Barato e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. 31 de maio de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 50, 23 set. 2005).

Superior Tribunal de Justiça, *ex vi* do *caput* do art. 543 do Código de Processo Civil²⁸⁴. Posto que admitido o recurso extraordinário, ainda não se instaura de imediato a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, o que só acontece com o julgamento final do recurso especial, quando se encerra a prestação jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça. Com a conclusão do julgamento do Superior Tribunal de Justiça, os autos são remetidos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado (CPC, art. 543, § 1º), momento em que principia a jurisdição do Pretório Excelso e, conseqüentemente, para conhecer e julgar pedidos de tutelas urgentes. Caso o direito provisoriamente tutelado seja reconhecido no julgamento do recurso especial, a eficácia do provimento de urgência proferido pelo Superior Tribunal de Justiça se perpetua até quando for necessária a medida, ressalvadas as hipóteses de que exista recurso extraordinário pendente da parte contrária que possa prejudicar o direito tutelado ou de que este tenha interposto recurso extraordinário contra a decisão final do Superior Tribunal de Justiça. Nessas circunstâncias, poderá o *ex adverso* alegar o dano inverso e requerer, com base na fundamentação jurídico-constitucional do recurso extraordinário, a revogação da eficácia do provimento de urgência.

Na hipótese de o Superior Tribunal de Justiça não reconhecer o direito albergado de forma provisória no julgamento do recurso especial, a eficácia da medida de urgência resta revogada tão logo publicada a decisão, não se estendendo os seus efeitos mesmo que interposto recurso interno cabível em seu procedimento ou, sucessivamente, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. A medida permanece eficaz apenas se for expressamente ressalvada no julgado a continuidade da vigência do provimento urgente até a assunção dos autos ao Supremo Tribunal Federal para a apreciação do recurso extraordinário, a fim de que o relator a ratifique ou revogue. No caso de interposição de recurso extraordinário contra a decisão final do Superior Tribunal de Justiça na via do recurso especial, eventual pedido de tutela de urgência ou de manutenção de eficácia de provimento concedido *a anteriori* deve ser postulado perante o Presidente do Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Súmula nº 635. Pois, nessa conjectura, o Superior Tribunal de Justiça constitui a corte inferior. De outra banda, na hipótese de remessa para o Supremo Tribunal Federal para fins de julgamento de recurso extraordinário antes manejado, na forma do § 1º do art. 543 do Código de Processo Civil, deve a medida urgente ou a perpetuação dos efeitos ser

²⁸⁴ Sobre a problemática concernente à interposição simultânea de recurso extraordinário e especial, veja-se RODRIGUES NETTO, Nelson. *Interposição conjunta de recurso extraordinário e de recurso especial*. São Paulo: Dialética, 2005.

requerida diretamente no Pretório Excelso, porquanto já exaurida a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça²⁸⁵.

Esse panorama apresentado sofre alteração no caso de o relator do recurso especial considerar previamente que o recurso extraordinário é prejudicial àquele (CPC, art. 543, § 2º): hipótese em que traspassa *ab initio* ao Supremo Tribunal Federal a competência para o julgamento da causa e, conseqüentemente, o exercício da jurisdição de urgência. Para isso, entretanto, é necessário que o relator do recurso extraordinário anua com o entendimento sufragado pelo relator do recurso especial, cumprindo-lhe devolver os autos se não antever a prejudicialidade aventada (CPC, art. 543, § 3º). É claro que essa indefinição não pode prejudicar a parte que está na iminência de sofrer uma lesão grave. Surgindo nesse ínterim perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, a Corte Superior que estiver com os autos do processo, ainda que entenda seja o caso de sua remessa ou devolução para a outra, deverá conhecer do pedido porventura formulado naquele átimo. E incidindo a hipótese do § 2º do art. 543 do Código de Processo Civil, em que o relator do recurso especial remete os autos ao Supremo Tribunal Federal por considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, eventual provimento de urgência deferido pelo Superior Tribunal de Justiça antes da remessa terá sua eficácia prolongada até o retorno dos autos para o prosseguimento do julgamento do recurso especial. Tendo em vista a autonomia e independência jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, os efeitos da sua medida se perpetuam malgrado a sorte do recurso extraordinário, ressalvada a hipótese de restar prejudicado o especial pelo julgamento daquele. De outra parte, eventual tutela de urgência deferida pelo Pretório Excelso nesse átimo fica vigente até o julgamento final do recurso especial, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não tem poder para revogar provimento de urgência por ele emanado. Pode fazê-lo apenas reflexamente, através da decisão do recurso especial que acabe por reconhecer de forma definitiva a inexistência do direito que foi albergado mediante provimento provisório do Supremo Tribunal Federal.

²⁸⁵ Veja-se: “Processo civil – Reclamação – Medida Cautelar – (art. 807, CPC) – Suspensão da Executoriedade de Acórdão Constituído no Recurso Especial – Lei nº 6.038/90, arts. 13 e seguintes. 1. A eficácia do julgado na Medida Cautelar que suspendeu a executoriedade do acórdão constituído no Recurso Especial, contrário ao autor, não deve perdurar além dos recursos ordinários cabíveis, pela diluição do *fumus boni iuris*. 2. Vencido o caminho processual dos Embargos Declaratórios, motivados pelo acórdão do Recurso Especial, que permaneceu intangido, exaurida a cognição, a cautelar favorecedora da suspensão não pode se perenizar. Demais, em tese, o vislumbre de Recurso Extraordinário, por si, não autoriza aquela suspensão, uma vez que o processamento na via augusta é da competência do Supremo Tribunal Federal, não se admitindo que outro Juízo antecipe os efeitos do recurso extremo[...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Rcl 278/PR. Município de Diamante d’Oeste e Outros e Governador do Estado Paraná e Outro. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. 25 de abril de 1995. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 14325, 22 mai. 1995).

No caso de admissão de apenas um dos recursos, não há maior complexidade. A Corte Superior a que se destina o recurso admitido passa a ter imediatamente competência para processar e julgar as tutelas de urgência, ressalvadas aquelas congêntas ao recurso excepcional que restou inadmitido na origem: o efeito suspensivo e a antecipação de tutela recursal. Estas, em virtude da negativa de trânsito, seguem sendo da alçada do presidente do tribunal local, enquanto não aberta a respectiva instância extraordinária pelo provimento do agravo de instrumento. Por exemplo, se admitido o recurso especial e negado seguimento ao extraordinário, fica competente o Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar todos os provimentos de urgência, à exceção dos pedidos de efeito suspensivo e antecipatório ao recurso extraordinário. A competência para os precitados pleitos, intrínsecos ao recurso destinado ao Pretório Excelso, permanece com o presidente da corte local até o eventual provimento do agravo de instrumento manejado contra o despacho negativo de delibação. Por outro lado, na hipótese de admissão do recurso extraordinário e negativa de seguimento ao especial, a competência para o exercício da jurisdição de urgência atine ao Supremo Tribunal Federal, excluídos os pedidos de efeito suspensivo e antecipatório ao recurso especial, que seguem na seara jurisdicional da presidência do pretório inferior até o provimento do agravo.

Em realidade, essa ressalva sobre os provimentos urgentes peculiares a cada recurso excepcional também se opera na hipótese de admissão de ambos. Quando o provimento de urgência tendido consiste na atribuição de efeito recursal – efeito suspensivo ou antecipatório –, apenas a Corte Superior competente para o julgamento do respectivo recurso tem competência para decidir sobre a medida urgente após a admissão do recurso excepcional. Isso quer dizer que tão somente o Supremo Tribunal Federal possui competência para comunicar efeito suspensivo ou antecipação de tutela recursal a recurso extraordinário e apenas o Superior Tribunal de Justiça tem competência para deferir efeito suspensivo ou antecipatório a recurso especial²⁸⁶. Esse balizamento para a competência da jurisdição de urgência decorre das funções curiais de cada um dos Pretórios Superiores, estabelecidas de forma bem determinada na Constituição Federal. Pois, se

²⁸⁶ A propósito, vejam-se os termos do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da Questão de Ordem em Ação Cautelar nº 639-2/SP, assim ementado: “EFEITO SUSPENSIVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. Interposição simultânea de recursos especial e extraordinário, ambos admitidos. Postulação de medidas liminares perante o STJ e o STF. Garantias independentes, especialmente considerada a urgência ínsita aos pedidos cautelares. Plausibilidade jurídica da tese desenvolvida no recurso extraordinário. Precedentes. Pretensão cautelar deferida” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem em ação cautelar. AC 639 QO/SP. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S/A e União. 20 de setembro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 60, 17 fev. 2006).

Na mesma linha: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Rcl 2907/AL. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Vânia Oiticica Pinto Guedes de Paiva e Relator da Medida Cautelar nº 9.000 do Superior Tribunal de Justiça. 11 de novembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 10, 18 nov. 2004.

compete ao Supremo Tribunal Federal zelar pela Carta da República através do recurso extraordinário e ao Superior Tribunal de Justiça afiançar e uniformizar o direito objetivo federal mediante o recurso especial, é defeso conceber-se que uma Corte usurpe a competência da outra, interferindo em jurisdição absolutamente alheia e analisando norma jurídica que não se coaduna com a sua missão política.

Na ordem constitucional vigente, que imprimiu uma bifurcação no recurso extraordinário, impende, apesar de ser a mesma decisão, com suporte fático uno e indivisível, ser impugnada em duplicidade quando há dupla fundamentação jurídica, constitucional e infraconstitucional, no tocante à instância excepcional, conforme a interpretação hodierna atribuída à súmula nº 283 do Pretório Excelso. De encontro com o princípio da unirrecorribilidade recursal, deve, então, ser interposto o recurso extraordinário direcionado ao Supremo Tribunal Federal, versando sobre a fundamentação constitucional do acórdão; e o recurso especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, cuidando da fundamentação infraconstitucional federal. Por isso, se compete exclusivamente ao Pretório Excelso o julgamento do recurso extraordinário, tão-somente ele pode decidir se existe, ao analisar o *fumus boni iuris*, uma forte probabilidade de ter sido preterida ou contrariada a Constituição Federal e, por conseguinte, de prover o recurso extraordinário. Por outro lado, se compete exclusivamente ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento do recurso especial, apenas ele pode decidir se existe, ao examinar a chance de êxito do recurso especial, plausibilidade de ter sido preterida ou contrariada a legislação federal, assim como de ter ocorrido divergência jurisprudencial.

Ademais, tanto o recurso extraordinário como o especial reúnem condições de, por si sós, reformarem o acórdão impugnado, cada qual com fundamentação jurídica distinta. Nesse sentido, é plenamente possível que apenas um deles seja provido, bem como tenha condições de evidenciar o *fumus boni iuris*. Imagine-se, por exemplo, que sejam interpostos simultaneamente os recursos extraordinário e especial, mas que apenas o primeiro, em face de sua fundamentação constitucional, tenha grande probabilidade de ser provido. Se fosse necessário aguardar-se o julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça para se requerer a tutela urgente perante o Pretório Excelso, a lesão que se almejasse evitar poderia estar há muito concretizada, quiçá de forma irreparável. E malgrado adote o direito processual brasileiro a teoria da substanciação, pela qual os fundamentos legais não integram a causa de pedir – não há litispendência, ainda que os pedidos sejam formulados através de ações cautelares. Além de não haver produção de coisa jul-

gada, as demandas cautelares, nesta hipótese, versam sobre questão *incidenter tantum*, não constituindo ações autônomas.

É evidente que, caso o julgamento do recurso especial prejudique a apreciação do extraordinário, tornando despicienda a remessa dos autos para o Pretório Excelso, resta revogado eventual provimento urgente que houvesse sido deferido *a anteriori* por este. O mesmo ocorre no caso de o recurso extraordinário ser julgado por primeiro, de acordo com o § 2º do art. 543 do Código de Processo Civil. Se a decisão final deste julgamento prejudicar a apreciação do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, fica revogada a medida de urgência que porventura tivesse sido emanada por esta Corte Superior. E caso o pedido da tutela urgente formulado simultaneamente perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça seja o mesmo, diferenciando-se tão-somente quanto à fundamentação jurídica para a configuração do *fumus boni iuris*, perde o objeto o pleito idêntico assim que um deles for deferido. Além de já estar elidido o *periculum in mora* em decorrência da concessão da tutela por um dos Pretórios, não tem qualquer sentido uma segunda decisão suspendendo o mesmo decisório ou antecipando os mesmos efeitos executivos. Essa regra vale independentemente da Corte Superior que prolatar a tutela urgente, ainda que a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha, em tese, amplitude maior no tempo, na medida em que lhe cumpre julgar o recurso extraordinário somente após o julgamento do especial. Contudo, se for deferida a tutela de urgência pelo Superior Tribunal de Justiça e é denegado o recurso especial ao cabo, pode a parte requerer o prolongamento da eficácia do provimento urgente até o julgamento definitivo do recurso extraordinário. Aportando os autos no Pretório Excelso, basta que o relator, de acordo com a perspectiva do recurso extraordinário, ratifique ou não a eficácia da medida, tal como o faz relativamente às tutelas de urgência deferidas pelos presidentes dos tribunais de origem.

A par disso, no caso de identidade na matéria impugnada nos recursos extraordinário e especial interpostos conjuntamente, isto é, de similitude dos efeitos devolutivos, estabelece-se, a partir de sua admissão, nítida competência concorrente entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça para a jurisdição de urgência, dispondo a parte recorrente, ao menos em tese, de duas frentes diferentes, cada qual com fundamentação jurídica distinta, para obter a suspensão da decisão impugnada ou efeitos modificativos provisórios. Essa conjectura de a parte recorrente poder obter provimento urgente, ao mesmo tempo, tanto perante o Supremo Tribunal Federal como junto ao Superior Tribunal de Justiça dá-se notadamente quando o acórdão recorrido contém dupla fundamentação, constitucional e infraconstitucional. Não basta, de per si, a

interposição simultânea dos recursos extraordinário e especial. É preciso que o acórdão recorrido tenha, efetivamente, dupla fundamentação jurídica. Se a fundamentação for só constitucional, *n.g.*, não tem competência o Superior Tribunal de Justiça para suspender a decisão recorrida ou deferir tutela antecipatória, ainda que seja interposto recurso especial. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça estará, na realidade, usurpando-se da competência reservada do Pretório Excelso. O mesmo pode-se dizer em relação ao Supremo Tribunal Federal, se a fundamentação do acórdão recorrido situar-se no âmbito do direito positivo federal. E em qualquer caso, incumbe sempre à cada uma das Cortes Superiores avaliar o pleito na perspectiva jurídica correspondente ao seu mister constitucional. Esse quadro só se altera no caso de interposição de recurso extraordinário contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando cumpre ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de presidente de corte de origem, exercer eventual tutela de urgência concernente a esse recurso extraordinário até a realização do juízo provisório de admissibilidade, ou, caso negado seguimento ao recurso extraordinário, até o provimento do agravo de instrumento interposto contra o despacho negativo de deliberação²⁸⁷. O exame do Presidente, nessa hipótese, recai sobre os fundamentos constitucionais do acórdão recorrido.

5.2.4 O Não-Conhecimento do Recurso na Instância Superior

Tendo em conta o caráter precário do juízo de admissibilidade exercido pela presidência do tribunal *a quo*, nada impede que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, contrariando a decisão presidencial, não conheçam dos recursos extraordinário e especial admitidos na origem. Haja vista que essa decisão traduz o fechamento da respectiva instância extraordinária, sobrevém a seguinte pergunta: qual é o órgão judicial competente para conhecer do pedido de tutela de urgência sendo manejado internamente recurso contra a decisão que nega seguimento a recurso excepcional? Considerando que essa decisão enclausura a instância extraordinária, e

²⁸⁷ Por relevante: “MEDIDA CAUTELAR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. NÃO CABIMENTO. ENUNCIADOS 634 E 635/STF. 1. A competência para a apreciação de Medida Cautelar em sede recurso extraordinário é desta Corte enquanto ainda não exercido o juízo de admissibilidade. Enunciados 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal. 2. Agravo Regimental não conhecido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo regimental na medida cautelar. AgRg no AgRg no AgRg na MC 9371/PI. Joaquim Matias Barbosa Melo e Gráfica e Editora do Povo Ltda. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. 29 de junho de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 133, 29 ago. 2005).

Sobre o mote, veja-se ainda: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Rcl 3.366 AgR/MG. Massa Falida do Banco do Progresso S/A e Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 11 de outubro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 3, 18 nov. 2005.

os recursos endógenos no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça não dispõem, *a priori*, de efeito suspensivo, a competência para eventual tutela de urgência seria do presidente do tribunal local, segundo a literalidade do verbete nº 635 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Contudo, tem-se que, uma vez aberta a instância extraordinária, deve permanecer a jurisdição de urgência no âmbito da Corte Superior até o seu julgamento final, ainda que encerrada a instância extraordinária pela inadmissão do recurso excepcional. É o Tribunal Superior que jurisdiciona na causa e está com a posse dos autos nesse ínterim. A idéia de retroagir à seara do tribunal de origem, que há muito já esgotou seu ofício jurisdicional, não é nem prática nem juridicamente razoável. Mais uma vez se constata que o marco delimitador para o exercício da competência da jurisdição de urgência deveria ser o primeiro juízo de admissibilidade, e não a admissão dos recursos excepcionais.

5.2.5 A Impugnação ou Preterição da Decisão do Presidente

Está assentado hodiernamente que a competência para o exercício da jurisdição de urgência antes da admissão dos recursos extraordinário e especial toca, em princípio, ao presidente ou vice-presidente da corte local. A questão que se propõe é se cabe impugnar a decisão da presidência do tribunal de origem que concede ou denega tutela de urgência no âmbito da sua jurisdição ou preteri-la através de pedido sucessivo ou direto dirigido à Corte Superior para a qual é endereçado o recurso excepcional interposto. No que tange à segunda possibilidade, ressalvado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que se considera competente em dadas situações antes da admissão do recurso especial, tópico já examinado neste Capítulo (veja-se o item 5.2.1), a resposta é negativa pelo singelo fato de que a competência do presidente do tribunal local é de caráter funcional, destarte, absoluta e inderrogável. Com efeito, é defeso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, que não possuem qualquer jurisdição antes da admissão dos recursos extraordinário e especial, conhecerem de tutela de urgência proposta diretamente ou de forma sucessiva, sob pena de incorrer em usurpação de atribuição do presidente do tribunal inferior, juiz materialmente competente para esse pleito enquanto não aberta a instância extraordinária. Quanto à possibilidade de se interpor recurso contra o despacho presidencial, a resposta também é negativa. A ausência de previsão legal, a competência restrita dos Tribunais Superiores e a inexistência de jurisdição superior nesse entretanto conduzem à inequívoca conclusão de que

é irrecorrível a decisão do presidente da corte local, cuja jurisdição, autônoma e independente, deve ser preservada.

Nesse passo, colige-se que, devida à natureza provisória de provimento urgente eventualmente deferido, resta à parte inconformada convencer o presidente do seu desacerto, a fim de que, em juízo de retratação, revogue ou modifique seu *decisum*. Em caso de teratologia da prestação jurisdicional a lesar direito manifesto da parte, fruto de ilegalidade ou abuso de poder judicial, afigura-se cabível a impetração de mandado de segurança, com pedido de liminar, direcionado ao Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, conforme a qualidade do tribunal coator²⁸⁸. Além de cabível nesse contexto a ação mandamental dirigida aos Tribunais Superiores com a finalidade de proteger direito líquido e certo do jurisdicionado, mantém-se incólume a jurisdição do presidente ou vice-presidente do pretório de origem. Repisa-se ainda que, considerando-se curial que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tenham a última palavra sobre a jurisdição de urgência em sede de recursos extraordinário e especial, poder-se-ia entender cabível o agravo de instrumento do art. 544 do Código de Processo Civil, reputando-o como recurso cabível não somente contra o despacho negativo de seguimento, mas, sim, contra todas as decisões da presidência do tribunal de origem em face de recursos extraordinário e especial, ou, mais restritivamente, contra a que nega seguimento a recurso excepcional, denega tutela de urgência ou retém indevidamente o recurso. É claro que essa interpretação extensiva do art. 544 do Código de Processo Civil do teria o aspecto desvirtuoso de florescer verdadeiro viés de terceira instância do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Contudo, esse aspecto também se concretiza quando se conhece de pedido diretamente, ou em ordem sucessiva, formulado perante a Corte Superior, com o agravante de que, neste caso, emana-se ato judicial sem que houvesse jurisdição, preterindo-se de forma frontal a atividade do pretório materialmente competente.

²⁸⁸ O Superior Tribunal de Justiça sói deferir tutelas urgentes antes da admissão do recurso especial sob falso color de excepcionalidade e teratologia. Da análise da sua jurisprudência, depreende-se que muitas medidas urgentes são deferidas em hipóteses rotineiras de *periculum in mora*, cujos danos sequer têm grande repercussão ou importância. Houve verdadeira vulgarização da atividade jurisdicional de urgência antes da instauração da instância especial, com desnecessário e nocivo desprezo à jurisdição do presidente da corte *a quo*. Veja-se a seção 5.2.1.

5.3 A Competência do Juízo de Origem

Consoante foi asserido no Capítulo anterior, os recursos extraordinário e especial não dispõem de efeito suspensivo, o que permite, durante sua pendência, a instauração do procedimento de liquidação de sentença, se o acórdão recorrido não determinar o valor devido, ou mesmo a execução provisória, nos termos do art. 475-I, § 1º, do Código de Processo Civil. Destarte, proposta a liquidação de sentença ou o seu cumprimento antecipado, tem-se que incide o *caput* do art. 800, combinado com os arts. 615, III, e 475-O, do mesmo Diploma, relativamente às hipóteses em que a medida de urgência visa especificamente a assegurar a satisfação do direito reconhecido no *decisum* recorrido, *verbi gratia*, medidas de arresto, seqüestro, busca e apreensão, ou que são típicas da atividade executiva, *verbi gratia*, a alienação antecipada de bens penhorados²⁸⁹. Ou seja, nessas hipóteses, malgrado a pendência de julgamento do recurso extraordinário ou especial, a competência para conhecer e julgar as tutelas de urgência não atine nem ao presidente da corte local nem, tampouco, ao Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, mas, sim, ao magistrado de primeiro grau, que está processando a liquidação de sentença ou a execução provisória do julgado.

De feito, instaurado o procedimento liquidatório ou de cumprimento antecipado do julgado recorrido, não há por que serem requeridos perante o tribunal, de origem ou superior, os provimentos de urgência que objetivam tão-somente resguardar a satisfação do direito reconhecido na sentença pendente de recurso, ou seja, as medidas acautelatórias que visam a assegurar a prática dos atos executivos em andamento ou que estão em vias de serem realizados. Além de essas medidas concernirem à atividade que está sendo desempenhada na origem, o exame do contexto fático-probatório exigido e a natureza dos recursos extraordinário e especial mais do que recomendam a restrição da competência dos tribunais ao exercício das tutelas urgentes satisfativas – porque só o juiz da causa pode deferir a antecipação de atos substanciais *ope iudicis* – e das medidas cautelares peculiares ao recurso excepcional pendente, como é o caso do efeito suspensivo²⁹⁰. A propósito, no julgamento da Medida Cautelar nº 5.259-DF, o Superior Tribunal de

²⁸⁹ Sobre as medidas cautelares na execução, vejam-se RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 2002; ASSIS, *Manual...*, p. 292-294.

²⁹⁰ LACERDA, *Comentários...*, p. 74-75, faz essa crítica ao analisar as medidas cautelares nos processos da competência do Supremo Tribunal Federal: “Nos recursos extraordinários e nos agravos de instrumento contra despacho indeferitório do Presidente do Tribunal *a quo* (art. 544 do CPC e arts. 313, II, e 314 a 316 do RI), parece-nos que, com raras exceções abaixo examinadas, a concessão de medidas cautelares torna-se quase

Justiça não conheceu de pedido cautelar, intentado em sede de recurso especial, tendendo a arres-
tar créditos de parte, justamente por considerar competente para o conhecimento do pleito o
juízo da execução, na origem²⁹¹.

incompatível com a índole e com os pressupostos constitucionais do apelo. É que através dele se devolve ao Supremo apenas a questão federal, ficando o julgamento da causa e, portanto, dos fatos, adstrito à hipótese de conhecimento do recurso [...]. Em ambiente tão rarefeito, longínquo e sobranceiro aos fatos da demanda, como submeter aos relatores situações fáticas emergentes, surgidas nas comarcas de origem entre os litigantes, a reclamar providências concretas de segurança? Como fazê-los se essas situações não constituem objeto do recurso, e se sobre este paira, quase sempre, a espada fatal do não-conhecimento? Parece-nos rematado contra-senso onerar o Relator do extraordinário ou do agravo com incidentes de fato, quando na maior parte dos casos, tais recursos não conseguem vencer, sequer, a preliminar do conhecimento. Diante da realidade deste quadro, mas considerando também o dispositivo regimental acima referido (art. 304), parece-nos que a conciliação exige as seguintes distinções: A situação processual do recorrente e do recorrido, no que diz com a necessidade de cautelas na pendência do extraordinário, mostra-se diversa. O recorrido conta com acórdão favorável do Tribunal *a quo*, suscetível de execução provisória (arts. 587 e 588) perante o juízo inferior (art. 575). Se carecer, nessa altura, de qualquer segurança emergente contra a parte adversa, natural que se socorra do juízo da execução, porque muito mais próximo aos fatos do que o Relator no Supremo, e porque capacitado, por exemplo, para decretar arresto ou seqüestro prévios ou incidentes ao processo executório, mesmo quando ilícido o julgado (art. 814, parágrafo único, e art. 823)”.

²⁹¹ Assim concluiu o relator do aresto, o Ministro Barros Monteiro: “Tenho, por conseguinte, como prejudicada a Medida Cautelar nº 5.259-DF, que pretendeu emprestar efeito suspensivo a este REsp e, de outro lado, não conheço da Medida Cautelar nº 5.628-DF, mediante a qual o Sr. Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios pleiteou o arresto de créditos de que a executada fosse titular, dada a incompetência desta Corte para apreciar a postulação, que deveria ter sido dirigida, desde logo, ao Magistrado de 1ª instância, na condição de processante da execução” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 439.016/DF. Senap Construtora e Incorporadora Ltda. e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Barros Monteiro. 06 de abril de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 224, 14 jun. 2004).

6 O PROCEDIMENTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA ATÍPICAS

Como visto, em havendo premência de provimento jurisdicional, é cabível tutela de urgência durante a pendência de recurso extraordinário, especial, embargos de divergência, ou, em geral, enquanto perdurar o rito recursal extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. No que respeita ao procedimento, não há maiores complexidades relativamente aos provimentos urgentes específicos, visto que seus ritos já estão devidamente estabelecidos na legislação. O simples fato de a medida de urgência ser deduzida neste momento do processo não desvirtua o *iter* processual estabelecido pelo legislador, que deve ser substancializado nessa fase do processo assim como nas instâncias ordinárias. Ademais, as tutelas de urgência específicas perdem a aplicação em face do entendimento de que é cabível o pedido incidental de provimento urgente atípico nesse entretempo. O *periculum in mora* que exsurge entretentes é, de ordinário, pugnado por meio de tutela de urgência genérica, máxime pela antecipação de tutela recursal e concessão de efeito suspensivo, i. é, através da antecipação dos autos executivos ou da suspensão desses.

Dessarte, tão-só uma lesão grave ou de difícil reparação ao direito que não possa ser tutelada por essas medidas genéricas, vale dizer, bastante abrangentes, justificaria uma providência cautelar específica. E, mesmo nesse caso, o pedido poderia ser formulado observado o rito da tutela de urgência genérica, perante o respectivo órgão competente. A dificuldade centra-se notadamente nas tutelas de urgência inominadas, que não possuem procedimentos delineados na lei e ensejam inúmeras variantes na integração da lacuna, com sério prejuízo da técnica processual. No presente Capítulo, trata-se especificamente do rito para a tutela de urgência atípica em sede de recursos extraordinário e especial. Para isso, mister antes que se defina, a partir da natureza jurídica do provimento de urgência inominado nessa via, o método processual escorrito, em razão da marcante dissidência existente na prática dos tribunais brasileiros sobre o tema em tela. Conforme o entendimento sufragado, o pedido deverá ser deduzido mediante ação cautelar inominada, ou por mera petição.

6.1 O Dissídio na *Praxis* dos Tribunais

Segundo a prática do Superior Tribunal de Justiça, e das presidências de parte dos tribunais pátrios, o meio processual adequado para se deduzir o pedido de tutela de urgência atípica em sede de recursos extraordinário e especial, quer tenha viés satisfativo, quer tenha viés cautelar, é a ação cautelar inominada. Na qualidade de medida antecipatória, a antecipação de tutela recursal deveria ser postulada de forma incidente no processo, em conformidade com o disposto no art. 273 do Código de Processo Civil. Não obstante, em virtude da ausência de regulação específica, adotou-se o rito ordinário cautelar para se processar essa espécie de pedido urgente, reprimando a prática anterior à reforma realizada pela Lei nº 8.952/94. Há que se reconhecer, contudo, que, desconsiderada a natureza jurídica de incidente processual do instituto, o § 7º do art. 273 do Código confere, agora, pleno respaldo legal à utilização da ação cautelar inominada para a dedução de pedido antecipatório. A Lei nº 10.444/02, ao fungibilizar os provimentos de urgência, para permitir o deferimento, a título de antecipação de tutela, de medida cautelar em caráter incidental do processo, também está admitindo, por outro lado, a concessão de medida antecipatória através de ação cautelar inominada. Como bem assevera Cândido Rangel Dinamarco, não existe fungibilidade em via única²⁹².

Dessarte, para essa linha de entendimento, o pedido de tutela de urgência atípica em sede de recursos extraordinário e especial implica uma nova relação jurídica processual, instaurada mediante processo incidente que segue o procedimento comum cautelar, estabelecido nos artigos 801 a 804 do Código de Processo Civil. Há no Superior Tribunal de Justiça, ressalve-se, vozes esparsas discrepando desse entendimento, para não reconhecer a existência de uma nova relação jurídica processual e aplicar o procedimento cautelar inominado nos pedidos de tutela de urgência atípica em sede de recurso especial²⁹³. Essa inteligência divergente só se fortalece no que tange ao

²⁹² DINAMARCO, *Nova era...*, p. 60-61. É inerente a toda fungibilidade a possibilidade de intercâmbio recíproco, razão por que “o novo dispositivo autoriza o juiz, amplamente, a receber qualquer pedido de tutela urgente, enquadrando-o na categoria que entender adequada, ainda que o demandante haja errado ao qualificar o que é cautelar como antecipação, ou o que é antecipação, como cautelar” (*passim*).

²⁹³ Veja-se, *e.g.*, a seguinte ementa: “PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL – REQUISITOS E NATUREZA JURÍDICA. [...] O pedido de efeito suspensivo ao recurso especial não possui natureza jurídica própria de ação cautelar autônoma, tratando-se de incidente, que se exaure com o acolhimento ou rejeição do pedido (sujeito a recurso), dispensando a necessidade de citação” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 11.282-SP. João Ricardo Barsuglia e Eswaldo Ferreira e Outra. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. 16 de maio de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 254, 05 jun. 2006).

destrancamento de recurso especial retido, que o Superior Tribunal de Justiça insiste em reputar medida de urgência. Para a apresentação desse pleito, a Corte tem invariavelmente considerado o meio processual cabível a mera petição²⁹⁴. No mais, predomina a imposição do rito ordinário do processo cautelar.

Em síntese, nos termos do art. 801 do Código, a medida urgente deve ser postulada através de petição escrita, contendo a autoridade judiciária a que é dirigida, a qualificação das partes, a lide e seu fundamento (se o pedido for formulado antes da chegada dos autos ao órgão competente), e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio da lesão. Por aplicação subsidiária dos arts. 282, 283, 258 e 396 do Código, o requerente ainda deve especificar o pedido, requerer a citação do réu, atribuir valor à causa e instruir a petição com os documentos indispensáveis à propositura da ação e aqueles destinados a provar suas alegações. Em razão da brevidade do rito e do próprio objeto, a instrução no procedimento se restringe à produção da prova documental, pelo requerente no momento de propor a ação; pelo réu, de oferecer a contestação. Não há, assim, uma fase instrutória diferenciada. Caso a petição inicial seja insuficientemente instruída ou não preencha os requisitos dos arts. 282 e 801, o requerente deve ser intimado para promover a adequação necessária, emendando o pedido ou o instruindo com as peças indispensáveis para a compreensão da controvérsia, sob pena de indeferimento da petição inicial (CPC, art. 284, parágrafo único)²⁹⁵.

A petição inicial é autuada em apenso e processada sem interrupção do recurso. A autuação em apenso dos autos do procedimento cautelar, prevista no art. 809 do Código de Processo Civil, tem previsão específica no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, mais precisamente no § 1º do art. 288, que também estabelece o não-cabimento da interrupção do proces-

No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 5.947-RJ. Estado do Rio de Janeiro e Tânia Castro Góes e Outro. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. 18 de março de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 296, 18 mar. 2003.

²⁹⁴ Vejam-se, *v.g.*, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação. Rcl 727-SP. Edis Milare e Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Relator para o acórdão: Ministro Barros Monteiro. 10 de maio de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 89, 11 jun. 2000; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração na reclamação. EDcl na Rcl 687/SP. Rosa Maria Moreira e Juiz Presidente do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. 28 de junho de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 132, 14 ago. 2000; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 264.193/RJ. Clínica Médica e Cirúrgica Santa Genoveva Ltda. e Lygia Moreira Gonçalves. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 26 de setembro de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 172, 27 nov. 2000; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 11.229-RJ. RBFK Comercial Ltda. e Shell Brasil Ltda. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. 02 de março de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 196, 07 mar. 2006.

²⁹⁵ Veja-se, a propósito, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 11.241-RS. Rio Grande Energia S/A e Irmãos Quinzani Ltda. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. 03 de março de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 141, 09 mar. 2006.

so. Essa determinação de apensamento dos autos da ação cautelar aos do processo principal presuppõe, por óbvio, a coexistência dos feitos no mesmo tribunal, o que nem sempre se verifica. Quando, por exemplo, o provimento de urgência é postulado na Corte Superior antes da remessa do recurso excepcional pelo tribunal de origem à instância extraordinária, ou a medida é pleiteada junto ao Supremo Tribunal Federal quando ainda está sendo julgado no Superior Tribunal de Justiça o recurso especial interposto conjuntamente com o recurso extraordinário, o pedido de tutela de urgência tramita de forma isolada relativamente ao recurso. Assim, deverão ser apensados aos autos do recurso excepcional oportunamente, quando estes aportarem no Pretório Superior em que foi processado.

A petição inicial da ação cautelar inominada se submete ao controle judicial da mesma forma como no processo cognitivo. Por conseguinte, não preenchendo a petição inicial os requisitos legais, ou apresentando defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, deve ser determinado, se for possível o saneamento, que o requerente a emende ou a complete no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento (CPC, art. 284). De outra parte, se o vício for insanável ou não cumprir o requerente a diligência no prazo legal, a medida de urgência deve ser indeferida *in limine*, extinguindo o processo sem resolução do mérito. Na verdade, sempre que faltar a concorrência das condições da ação ou de qualquer outra causa ensejadora da extinção do processo sem resolução do mérito, a medida deve ser denegada liminarmente com arrimo no art. 267 do Código. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o relator ainda pode indeferir de forma liminar o provimento de urgência julgando o mérito da causa. De acordo com o art. 34, inc. XVIII, do RISTJ, e o art. 38 da Lei nº 8.038/90, afora as hipóteses de não cabimento e incompetência, cumpre ao relator negar de plano seguimento aos pedidos manifestamente improcedentes e contrários à súmula.

Na seara das cortes inferiores, o despacho negativo – compreendendo-se aqui tanto a extinção da ação *in initio litis* como o indeferimento da liminar – mostra-se irrecorrível, uma vez que não há previsão de recurso de decisão presidencial. Fica para a parte inconformada a possibilidade de convencer o presidente do desacerto da sua decisão e postular, através de nova petição ou embargos de declaração com efeitos infringentes, que ele reconsidere seu decisório. No Superior Tribunal de Justiça, forte no art. 38 da Lei nº 8.038/90 e art. 258 do RISTJ, o requerente pode interpor recurso de agravo, no prazo de cinco dias, contra a decisão singular que indefere liminarmente a demanda ou que denega o pedido liminar, de maneira total ou parcial. O agravo é

submetido ao prolator da decisão, que pode reconsiderá-la, para deferir o pleito liminar²⁹⁶ e/ou para determinar o processamento da ação cautelar²⁹⁷. Em sendo mantido o *decisum*, o relator submete o recurso ao órgão colegiado competente, computando também seu voto (RISTJ), arts. 258, § 1º, e 259, *caput*).

Recebida a petição, a parte requerida é citada para contestar o pedido no prazo de cinco dias (art. 802, *caput*). O quinqüidécimo legal para a oferta da contestação inicia da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, tenha sido ou não a medida urgente concedida liminarmente. Adverte com razão Humberto Theodoro Júnior, ao criticar a redação do parágrafo único do art. 802 do Código, que a segunda hipótese prevista no inciso II do dispositivo é despi-da de sentido prático. Não há como fluir o prazo de resposta antes da convocação do réu para defender-se ou de sua ciência sobre a pretensão do autor, o que acontece apenas com a citação, e não com a execução da medida deferida *inaudita altera parte*²⁹⁸. Não sendo o pedido contestado neste prazo, são presumidos aceitos como verdadeiros os fatos alegados pelo requerente, na forma do art. 803, *caput*, do Código; caso em que o feito deve ser decidido dentro de cinco dias, se constatados os efeitos da revelia. Anota-se ainda que é possível a intervenção de terceiro por meio de assistência, simples ou litisconsorcial, na ação cautelar que tem por objeto tutela de urgência em sede de recurso excepcional. Com efeito, nada obsta que terceiro com interesse jurídico na causa, incluindo-se nessa qualificação a parte do processo principal que não integre a relação jurídica processual cautelar, ingresse na ação com a finalidade de assistir uma das partes a obter a sentença favorável²⁹⁹.

É facultado ao tribunal conceder o provimento pleiteado liminarmente (art. 804). A realização de justificação prévia, prevista no art. 804 do Código de Processo Civil, fica praticamente impossibilitada nesse estágio do processo, principalmente no âmbito do Superior Tribunal de

²⁹⁶ Veja-se, p. ex., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 11.220-RS. Smit Tak BV e União. Relator: Ministra Denise Arruda. 08 de junho de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 174, 16 jun. 2006.

²⁹⁷ Veja-se, e.g., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 11.068-SP. Márcia de Maria Costa Cid Ferreira e Ministério Público Federal. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. 09 de março de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 483, 14 mar. 2006.

²⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, *Processo cautelar...*, p. 130-131.

²⁹⁹ Cita-se, como exemplo, a Medida Cautelar nº 8.971-RS, em que a General Motors do Brasil Ltda., litisconsorte da requerente no processo principal, ingressou como terceira interessada pleiteando o provimento do agravo regimental interposto pela Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos contra a decisão que indeferiu o pedido liminar de suspensão dos efeitos do acórdão objeto do recurso especial que esta interpusera (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 8.791-RS. Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos, General Motors do Brasil Ltda e Outro e Ministério Público Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. 02 de setembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 217, 13 dez. 2004).

Justiça. No contexto peculiar dessa tutela jurisdicional diferenciada, afigura-se mais viável e consentâneo que o órgão judicante, necessitando de mais elementos para formar a sua convicção, determine que o requerente forneça mais esclarecimentos e provas. Caso o provimento de urgência seja deferido *inaudita altera parte* no tribunal inferior, fica para a parte requerida a possibilidade de apresentar a sua defesa e requerer ao presidente a revogação da medida em juízo de retratação. Já no Superior Tribunal de Justiça, o requerido pode manejar, com fundamento no art. 38 da Lei nº 8.038/90 e art. 258 do RISTJ, recurso de agravo contra a decisão monocrática que defere *in limine* o pedido urgente. É facultado ao relator, assim, reconsiderar a decisão agravada ou submeter o recurso ao julgamento do colegiado, se mantiver o decisório. De todo modo, sempre que deferida liminarmente, ainda que de forma parcial, a tutela de urgência pelo relator, a medida fica dependendo, para consolidar-se, do referendo do órgão competente para julgar a ação (RISTJ, art. 288, § 2º).

Realmente, a medida *inaudita altera parte* cumpre ao relator no Superior Tribunal de Justiça, dependendo, por disposição regimental, de referendo do órgão colegiado competente a sua decisão. Consoante o art. 34, VI, c/c o art. 288, § 2º, do RISTJ, o relator tem o poder de deferir liminarmente medidas de urgência em ação cautelar, *ad referendum* da Corte Especial, da Seção ou da Turma, de acordo com a competência. Durante o recesso do Superior Tribunal de Justiça ou nas férias coletivas dos seus membros, a apreciação do pedido de urgência incumbe ao seu Presidente. Assim, no caso de a medida ser deferida *in limine* pelo Presidente, o referendo incumbe, primeiramente, ao relator e, depois, se mantido o provimento, ao órgão colegiado. Nesse sentido, a providência urgente porventura concedida de forma liminar pelo Presidente pode ser revogada de per si pelo relator, o qual ainda poderá extinguir a ação³⁰⁰. E conquanto seja deferida a medida urgente de forma antecipada e tenha sido esta referendada pelo órgão colegiado nos termos regimentais, a eficácia do provimento ainda depende do julgamento definitivo mediante sentença, após a oportunização do contraditório. Todavia, caso o pedido de tutela de urgência seja recebido no Superior Tribunal de Justiça como mera petição, na mesma linha do Supremo Tribunal Fede-

³⁰⁰ Vejam-se, p. ex., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 11.116-DF. Empresa Gontijo de Transportes Ltda. e Empresa União Cascavel de Transportes e Turismo Ltda. Relator: Ministro Castro Meira. 22 de fevereiro de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 395, 03 mar. 2006; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 10.330-SP. Laerte Aparecido Carolo e Outra e Unisan Carolo S/A - Açúcar e Alcool e Outros. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. 07 de fevereiro de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 419, 24 fev. 2006.

ral, o referendo da decisão que defere liminarmente o pedido urgente implica o arquivamento do processo³⁰¹.

De facto, o Supremo Tribunal Federal e outras presidências de pretórios entendem que as medidas de urgência atípicas postuladas na pendência dos recursos extraordinário e especial não contêm questão de fundo autônoma, com o condão de legitimar novo exercício do direito de ação e constituir, por conseguinte, nova relação jurídica processual. Nessa ordem de idéias, consideram como instrumento processual consentâneo a simples petição, isto é, o mero exercício incidente, na mesma relação jurídica processual, do direito constitucional de petição (art. 5º, inc. XXXIV). O Supremo Tribunal Federal assentou essa orientação no julgamento do Agravo Regimental na Petição nº 1.158/SP, quando decidiu, em plenário, que o pedido de provimento acautelador da eficácia da decisão dos processos ou recursos da sua competência – em última análise os pedidos de tutela urgente *in genere* – substantivam simples petição incidente no processo a que se refiram, a ser apreciada sumariamente, nos exatos termos dos incs. IV e V do art. 21 do seu Regimento Interno³⁰², *in verbis* “são atribuições do Relator [...] submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares imperiosas à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa; e determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, *ad referendum* do Plenário ou da Turma”.

Para preterir a incidência do processo cautelar comum, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem na Petição nº 1.414/MG, firmou a inteligência de que o art.

³⁰¹ A propósito, veja-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar. MC 11.072-RJ. Caixa de Assistência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro e Leonina Rocha Dias. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. 13 de fevereiro de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 276, 22 fev. 2006.

³⁰² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em petição. AgPet 1.158/SP. Banco Safra S/A e Catarinense S/A. Relator: Ministro Francisco Rezek. 14 de agosto de 1996. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 12.201, 11 abr. 1997.

Na mesma linha da decisão precitada: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em petição. AgPet 1.158/SP. Banco Safra S/A e Catarinense S/A. Relator: Ministro Francisco Rezek. 14 de agosto de 1996. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 12.201, 11 abr. 1997; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. Pet 1.414. Minas Gerais Administração e Serviços S/A e Nora Lúcia de Moraes e Outras. Relator: Ministro Moreira Alves. 12 de dezembro de 1997. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 45, 15 mai. 1998; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. Pet 1.256. Município de Diadema e Norbert Julius Schwartz e Outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 04 de novembro de 1998. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 6, 04 mai. 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. Pet 2.702. Infoglobo Comunicações Ltda. e Outros e Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira e Outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 18 de setembro de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 16, 19 set. 2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem no agravo regimental na petição. Pet-AgR-QO 1.886/RS. Sindicato dos Contadores de Porto Alegre ou Sindicato dos Contadores do Estado do Rio Grande do Sul e Federação dos Contabilistas do Estado do Rio Grande do Sul e Outros. Relator: Ministro Celso de Mello. 14 de março de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 30, 14 mar. 2006.

21, IV, do RISTF, supramencionado, é norma especial de natureza processual, razão por que – recebida pela Constituição de 1988 com força e eficácia de lei – afasta, em face do princípio da especialidade, a incidência das regras gerais do Código de Processo Civil, *in verbis*: “Ação cautelar inominada. Questão de ordem. Não se aplica, no âmbito desta Corte, em se tratando de medida cautelar relacionada com recurso extraordinário, o procedimento cautelar previsto no artigo 796 e seguintes do Código de Processo Civil, uma vez que, a propósito, há norma especial de natureza processual – e, portanto, recebida com força de lei pela atual Constituição – em nosso Regimento (artigo 21, IV) [...]”³⁰³. Anota-se ainda que reforça o caráter incidental da medida, especificamente no âmbito da competência recursal do Supremo Tribunal Federal, o art. 304 do seu Regimento Interno, que estabelece que serão admitidas medidas cautelares nos recursos, independentemente dos seus efeitos.

Com efeito, as tutelas de urgência inominadas em sede de recursos extraordinário e especial encerram, de ordinário, questões incidentes não-autônomas, tendo natureza de mero incidente do processo que tende a preservar um direito em perigo iminente. Por conseguinte, o instrumento adequado para se veicular o pedido urgente só pode ser a petição, sem qualquer formalismo específico, como vem propugnando o Pretório Excelso e a nova sistemática estabelecida na legislação processual para as tutelas de urgência. Em suma, basta que a parte demonstre a presença dos requisitos autorizadores do provimento urgente e formule o pedido ao órgão jurisdicional competente por meio de petição incidente. No mesmo sentido as medidas acautelatórias que visam a assegurar a prática dos atos executivos em andamento ou que estão em vias de serem realizados. Instaurado o procedimento de cumprimento da sentença, ou mesmo de liquidação de sentença, durante a pendência do recurso extraordinário ou especial, deve a parte deduzir a medida de urgência diretamente perante o juízo de origem, na própria petição que requerer a instauração do incidente processual ou em petição avulsa. Não há porque se inaugurar processo cautelar separado.

Demais disso, de acordo com o art. 273 do Código de Processo Civil, dispositivo matriz de todas as espécies de tutelas antecipatórias, a antecipação de tutela recursal deve ser requerida de forma incidente no processo pela parte interessada. A par da fungibilização promovida pela Lei nº 10.444/02 entre as medidas cautelares e antecipatórias ao incluir o novo § 7º ao art. 273 do Código de Processo Civil, tem-se que o mesmo procedimento impende ser adotado referente-

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. Pet 1.414. Minas Gerais Administração e Serviços S/A e Nora Lúcia de Moraes e Outras. Relator: Ministro Moreira Alves. 12 de dezembro de 1997. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 45, 15 mai. 1998.

mente às pretensões cautelares atípicas, sobretudo quando não contêm questão autônoma. Em outras palavras, a tutela de urgência inominada, tenha natureza satisfativa ou acautelatória, pode e deve ser requerida em caráter incidental no processo, por meio de mera petição. Na verdade, já havia, e há, uma fungibilização promovida pela jurisprudência, mas que conduz a um procedimento que se crê equivocado. Trata-se do entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça. A tutela de urgência em sede de recurso especial, cautelar ou satisfativa, é concedida através da ação cautelar inominada. O que se pretende é uma releitura da fungibilização e a mudança, tendo em conta a natureza jurídica da tutela de urgência e a técnica processual, do instrumento adequado para se formular o pedido, o qual se entende seja a simples petição. Não se justifica, repise-se, a instauração de uma nova relação jurídica processual para se decidirem questões de inelutável caráter interlocutório.

Tendo em vista os princípios da instrumentalidade e fungibilidade processual, uma fortuita petição inicial destinando-se ao deferimento de provimento de urgência mediante ação cautelar inominada deve ser conhecida como simples petição, sem ensejar prejuízo ao jurisdicionado, que está, em tese, na iminência de sofrer uma lesão grave de difícil ou de incerta reparação³⁰⁴. Além de a petição inicial da ação cautelar guardar um formalismo deveras mais rigoroso do que aquele que se convencionou exigir da petição incidente com o escopo de postular medida urgente inespecífica, corrobora para a fungibilidade o fato de que, nessas situações, a necessidade da parte é justamente uma pronta resposta jurisdicional, a qual, quiçá, não possa velar a correção do pedido formulado. Nesse contexto, a ausência de fungibilidade pode representar negativa de jurisdição, dentre outras negações a direitos basilares do jurisdicionado dentro do organismo processual. O direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional compreende o direito à técnica processual adequada; o direito de participar por meio do procedimento adequado; e o direito à resposta do juiz³⁰⁵. A fungibilidade patrocinada frente um pedido de tutela de urgência expressa justamente a realização desse direito fundamental. Diante da instantaneidade de que se necessita, é provável que apenas com a adequação oficial da técnica processual se aufera uma prestação jurisdicional efetiva, garantidora do direito que estava em perigo iminente. Logo, se o jurisdicionado exprime a pretensão de alcançar uma medida para impedir lesão irreparável ou de difícil reparação através de um instrumento equivocado, cumpre ao órgão judicial, não havendo erro grosseiro nem prejuízo para a parte contrária ou para a prestação jurisdicional, proceder à adequação do procedimento e apreciar a demanda.

³⁰⁴ Essa tem sido, para gáudio de todos, a postura do Supremo Tribunal Federal e dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça que se alinham à orientação do Pretório Excelso.

³⁰⁵ MARINONI, *Técnica processual...*, p. 179-185.

6.2 A Petição

O pedido de tutela de urgência atípica em sede de recursos excepcionais deve ser deduzido mediante mera petição incidente. Essa petição precisa ser escrita, conter a autoridade judiciária a que é dirigida, demonstrar *prima facie* a presença dos condicionantes autorizadores – a fumaça do bom direito e o perigo na demora da prestação – e especificar o pedido. Se não se encontrarem nos autos os documentos necessários para a prova da veracidade das alegações formuladas, o requerente ainda deve instruir a petição, em especial se se tratar de pleito satisfativo, em função da exigência de *prova inequívoca* para o atendimento de pedidos dessa natureza³⁰⁶. Caso a petição seja apresentada separadamente dos autos, o que sói acontecer no ínterim compreendido entre a admissão do recurso na origem e a chegada dos autos no respectivo Tribunal Superior, ou antes de aportado o recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, quando há manejo conjunto deste com o especial, a instrução com documentos é indispensável. E além dos elementos probatórios com o desígnio de evidenciar a existência dos requisitos legais, é forçosa a instrução da petição com as principais peças do processo, de modo a estear a verificação do cabimento do pedido, da competência, da representação processual das partes, além de uma compreensão global do litígio. Portanto, mostra-se imprescindível a instrução ao menos com cópia reprográfica da petição inicial, da contestação, da decisão impugnada na origem, do acórdão, do recurso excepcional, das contra-razões, do despacho positivo de admissibilidade e das procurações conferidas aos advogados.

Como sublinha Moacyr Amaral dos Santos, os princípios probatórios sofrem alteração em grau recursal, na medida em que os tribunais recebem as causas, regra geral, já instruídas e debatidas, não consistindo o seu trabalho senão em reapreciá-las e novamente sentenciar³⁰⁷. Essa asserção no sentido de que a causa, regra geral, já sobe instruída à instância superior não funciona, porém, plenamente no que diz respeito às tutelas de urgência. Tendo em vista que o incidente processual pressupõe, *a priori*, um fato novo, mister que se realize instrução a fim de demonstrá-

³⁰⁶ Em se tratando de tutela de urgência antecipatória, o *fumus boni iuris* deve ser ainda mais gabaritado. Ensina ZAVASCKI, *Antecipação...*, p. 77-78, que, “diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos”. Conclui o emérito processualista, após recordar as lições de Piero Calamandrei, o que a lei está a exigir é uma prova robusta, que, embora no âmbito da cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade.

lo, notadamente, por atividade instrutória escrita, visto o *status* do direito objeto de tutela e o momento do processo. Assim, se as alegações que embasam o pedido dependem de instrução com documentos, é fundamental para o seu êxito uma boa instrução *ab initio*, seja a petição protocolada nos próprios autos ou autuada em separado, distante do processo. Haja em vista o trâmite sumário do pedido, decorrente da própria natureza, não há diferenciação de fase postulatória e instrutória na estrutura do incidente. Elas coexistem no *iter* processual, antecedendo a fase decisória em seu breve rito. Exalça-se, todavia, que ante a iminência do perigo de lesão grave e irreparável, mostra-se cabível a concessão de tutela de urgência ainda que carente a instrução nos casos de medida cautelar, em que se busca um convencimento sobre a probabilidade das alegações. Mas havendo risco de dano inverso, é imperioso que se condicione a medida à prestação de caução prévia e idônea.

Embora o comum seja a dedução do pedido de tutela de urgência inominada por meio de petição autônoma, é possível que o mesmo seja formulado no próprio corpo do recurso excepcional. Pois quando o perigo antecede à própria propositura do recurso extraordinário ou especial, nada obsta que a parte apresente o pleito de provimento urgente no próprio, mais precisamente na peça de interposição, que é dirigida ao presidente do tribunal *a quo*. Nesse caso, o presidente deve conhecer do pedido ao receber o recurso, ou seja, antes de intimar a parte contrária para apresentar contra-razões e efetuar o juízo provisório de admissibilidade. Tecnicamente, nada impediria a apresentação do pedido dirigido à Corte Superior no próprio recurso extraordinário ou especial. O obstáculo reside em razões de ordem prática. Da admissão do recurso até sua chegada e distribuição no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça implica um lapso significativo de tempo, o que não se coaduna com a tutela de urgência, que se funda justamente na necessidade de pronta resposta jurisdicional. Mesmo nos tribunais locais não se mostra recomendável essa prática, tendo em vista que há possibilidade de se imprimir o processamento ordinário do recurso, sem se depreender que existe pedido de provimento urgente inserido. Em geral, não existe na *praxis* dos pretórios brasileiros análise prévia dos recursos extraordinário e especial. O exame é realizado tão-somente após o oferecimento das contra-razões e, conforme o caso, do parecer do Ministério Público. Desse modo, o presidente só teria ciência do pedido no momento em que realiza o exame de admissibilidade, o que pode representar inclusive a prejudicialidade da pretensão.

³⁰⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1970, v. 1, p. 421 *et seq.*

Na mesma linha, tem-se que o pedido de tutela de urgência ainda pode ser veiculado no agravo de instrumento intentado contra a decisão denegatória de seguimento proferida na origem. No entanto, a pretensão deve ser inserida na folha de rosto, na medida em que, com a negativa de trânsito, a competência para a jurisdição de urgência segue sendo do presidente do tribunal inferior. Existe ainda a possibilidade de a parte deduzir o pedido no bojo do agravo de instrumento, mas, nesse caso, para a apreciação da Corte Superior a que se destina o recurso excepcional. Nesta hipótese, o pedido de tutela urgente deve ser cumulado, em ordem sucessiva, com o pedido recursal, haja vista que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tão-só têm competência para conhecer de pedidos de medida de urgência se e a partir do provimento do agravo de instrumento, quando se instauram as respectivas jurisdições extraordinárias. No âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça figura-se possível, outrossim, a dedução do pedido nos recursos e incidentes cabíveis no procedimento dos recursos extraordinário e especial, máxime no agravo e embargos de divergência. Afinal, se é cabível a sua apresentação através de simples petição, o pedido de tutela de urgência pode ser cumulado, a rigor, com qualquer outro pedido formulado pela parte, ainda que a petição represente recurso ou outro incidente processual.

6.3 O Despacho da Petição e a Oportunidade de Defesa

6.3.1 O Recebimento da Petição

Protocolada a petição, deve ser imediatamente procedida à sua juntada aos autos e conclusos estes ao juiz competente, isto é, ao presidente do tribunal inferior ou, conforme o momento do pedido e o recurso pendente, ao ministro-relator no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. Não havendo órgão competente determinado nesse átimo, o que acontece nas Cortes Superiores quando o pedido é apresentado anteriormente à chegada do respectivo recurso excepcional e não há prevenção, faz-se necessário, por primeiro, que a petição seja autuada e distribuída, observadas as normas regimentais próprias³⁰⁸. Seja como for o processamento inicial, aportando o pedido ao órgão judicante, mister o exame imediato, antes de se lhe despa-

³⁰⁸ Nessa hipótese, o pedido de tutela de urgência tramita de forma isolada, com autos próprios, ao menos até que aporte o recurso excepcional na Corte Superior, quando deverá ocorrer o seu pensamento aos autos deste.

char, dos requisitos de deliberação. Se o magistrado vislumbrar que a petição não satisfaz os pressupostos de admissibilidade, ou que apresenta defeitos ou irregularidades que impeçam ou dificultem o julgamento do pedido de urgência, impende oportunizar, mediante aplicação subsidiária do art. 284 do Código de Processo Civil, que o requerente a emende ou a complete, sendo possível o saneamento da postulação.

6.3.2 O Despacho Negativo

Toda vez que a petição não corporificar os requisitos de admissibilidade, ou que silenciar o requerente no prazo que lhe for assinado para integrá-la quando sanável o vício, deve o órgão judicial indeferir de pronto o pedido. Por aplicação subsidiária do art. 295 do Código de Processo Civil, tem-se que o mesmo fado deve ter a petição quando lhe faltar pedido; da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; o pedido for juridicamente impossível; contiver pedidos incompatíveis entre si; for incompetente o órgão judiciário destinatário; o requerente for parte manifestamente ilegítima ou terceiro sem interesse jurídico; faltar ao requerente interesse processual; ou o requerente carecer de representação por advogado legalmente habilitado. No Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça incumbe ainda o indeferimento liminar da petição, por força do art. 38 da Lei nº 8.038/90, quando o pedido for manifestamente improcedente ou cujo direito alegado esteja em confronto com a Súmula ou jurisprudência dominante da Corte, ou melhor, é lícito ao relator indeferir *in limine* o pedido de tutela de urgência mediante julgamento sumário de mérito.

O indeferimento *ab initio* da petição, com julgamento de mérito, com esteio no art. 38 da Lei nº 8.038/90, traduz a constatação, de forma evidente pelo relator, da ausência do *fumus boni iuris* e/ou do *periculum in mora*. Há também previsão regimental específica. Segundo o art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, “poderá o Relator arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal ou for evidente a sua incompetência”. O dispositivo equivalente no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça é o inciso XVIII do art. 34: “São atribuições do relator: [...] negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente, contrário a súmula do Tribunal, ou quando for evidente a incompetência deste”. Tem-se, entretanto, que o presidente do tribunal de origem

também dispõe desse poder, através da interpretação extensiva do *caput* do art. 557 e do novo art. 285-A, acrescido ao Código de Processo Civil pela Lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006. Aliás, os referidos dispositivos são exemplos do intento do legislador de dar cabo o mais rápido possível às pretensões que fatalmente seriam denegadas no futuro, inclusive no que diz respeito ao seu mérito.

Sendo o despacho negativo proferido pelo presidente ou vice-presidente do tribunal inferior, não tem cabimento, por ausência de previsão legal, qualquer recurso. Observada de forma ortodoxa a dicção do enunciado nº 634 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, resta à parte, enquanto a jurisdição de urgência pertencer ao pretório *a quo*, postular a retratação do juízo – podendo, para isso, lançar mão de embargos de declaração com efeitos infringentes – ou requerer a tutela de urgência diretamente na instância extraordinária: hipótese em que se deve contar com a relativização da orientação firmada sobre a competência para a jurisdição de urgência antes da admissão do recurso excepcional. Já no âmbito dos Pretórios Superiores, seja qual for o fundamento da negativa liminar de seguimento da petição, cabe recurso de agravo para o órgão colegiado que seria competente para o julgamento do pedido (Lei nº 8.038/90, art. 39; RISTF, art. 317; RISTJ, art. 258).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, o indeferimento *ab initio* da petição inicial é necessariamente proferido de maneira monocrática, pelo relator ou Presidente da Corte, razão por que é sempre cabível, *in tese*, o agravo previsto no art. 39 Lei nº 8.038/90. Se a petição for proposta perante o juízo de origem, pois há essa possibilidade como visto no Capítulo 5 (seção 5.3), operam plenamente as faculdades processuais existentes no primeiro grau de jurisdição. Desse modo, é lícito à parte requerente interpor o agravo de instrumento para o tribunal local contra o despacho negativo, com fundamento no art. 535 do Código de Processo Civil. Este agravo, chamado de regimental a despeito do fulcro na lei, deve ser interposto no prazo de cinco dias, contendo, sob pena de rejeição liminar, as razões do pedido de reforma. Este recurso não dispõe de efeito suspensivo e é submetido ao prolator do despacho agravado, que poderá reconsiderá-lo ou sujeitar a impugnação ao julgamento colegiado, computando também o seu voto.

6.3.3 O Despacho Positivo e a Resposta do Requerido

Estando em termos a petição protocolada, ou sendo cumprida a diligência de saneamento no prazo assinado, o pedido é despachado, determinando-se a intimação da parte contrária para respondê-lo no prazo assinado. Inexistindo nova relação jurídica processual, não tem cabimento a citação da parte requerida, tal como têm ordenado o Superior Tribunal de Justiça e, muito eventualmente, o Pretório Excelso³⁰⁹. Não havendo assinação de prazo, este será de cinco dias pela incidência do art. 185 do Código de Processo Civil, mesmo prazo, a propósito, pontificado para a defesa no procedimento cautelar comum. Em resposta, é lícito ao requerido veicular tanto defesa processual (*v.g.*, a incompetência do juízo, a falta de legitimidade do requerente, a carência de interesse processual etc.) como substancial, postulando, conforme o caso, a extinção do pedido sem resolução de mérito ou o seu julgamento de improcedência. Na defesa de mérito, pode a parte contrária demonstrar a inópia dos requisitos autorizadores – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – e a existência de fatos obstativos à concessão da providência urgente, tais como o dano inverso e o risco de irreversibilidade do provimento jurisdicional. E sejam quais forem a natureza e o objeto da defesa, é lícito ao requerido acostar documentos com a finalidade de amparar as alegações formuladas na sua resposta.

³⁰⁹ Vejam-se, a propósito: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem e agravo regimental na medida cautelar na ação cautelar. AC 1.136-MC-Agr-QO/SP. São Paulo Alpargatas S/A e União. Relator: Ministro Celso de Mello. 21 de março de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 51, 07 abr. 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação cautelar. AC 175-MC/SP. Credicerto Promotora de Vendas Ltda. e Outros e União. Relator: Ministro Celso de Mello. 09 de fevereiro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 18, 13 fev. 2004; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em petição. AgPet 1.158/SP. Banco Safra S/A e Catarinense S/A. Relator: Ministro Francisco Rezek. 14 de agosto de 1996. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 12.201, 11 abr. 1997; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. Pet 1.256. Município de Diadema e Norbert Julius Schwartz e Outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 04 de novembro de 1998. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 6, 04 mai. 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na petição. Pet-QO 2.246/SP. União e Francisco Antonio Fogaça e Outros. Relator: Ministro Moreira Alves. 13 de março de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 6, 04 mai. 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. Pet 2.267/PR. Transportadora Cafeguassu Ltda. e União. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 27 de março de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 06, 04 mai. 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na petição. Pet-QO 2.466/PR. Município de Mauá da Serra e Outro e União. Relator: Ministro Celso de Mello. 23 de outubro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 89, 26 abr. 2002.

6.4 O Julgamento do Pedido

O procedimento do pedido de tutela de urgência, na qualidade de mero incidente processual, é deveras sumário. Após a oportunidade de contraditório, com ou sem resposta devem os autos ser conclusos para julgamento imediato do pedido. Assim, consideradas as alegações das partes e o contexto fático-probatório dos autos, a demanda de urgência impende ser julgada, para ser acolhida, total ou parcialmente, ou indeferida. Nos Tribunais Superiores, essa decisão não é monocrática, tal como na corte de origem através do julgamento de seu presidente ou vice-presidente. À luz do art. 21, inc. IV, do RISTF, e 34, inc. V, do RISTJ, cumpre ao relator submeter os pleitos de tutela de urgência ao Plenário ou à Turma no Pretório Excelso e, no Superior Tribunal de Justiça, à Corte Especial, à Seção ou à Turma, de acordo com a competência para o julgamento do recurso excepcional. Julgado definitivamente o pedido, devem ser efetuadas as comunicações cabíveis, arquivando-se e apensando-se oportunamente a petição, se proposta de forma avulsa, aos autos do processo. Do *decisum* não cabe recurso ordinário, mas fica resguardado o direito da parte inconformada, até o julgamento do recurso, em face da natureza provisória do provimento, renovar o pedido com espeque em novos elementos ou, consoante o caso, requerer a modificação ou a revogação da medida. Esse pleito deverá ser deduzido em petição simples e apreciado pelo órgão colegiado competente para o julgamento do recurso excepcional, ou melhor, aquele que estiver exercendo a jurisdição no momento em que for formulado o pleito. Se o recurso excepcional já houver sido julgado e forem interpostos embargos de divergência, a competência para a apreciação do pedido não será daquele órgão fracionário que julgou o pedido *a anteriori* e o recurso excepcional, mas, sim, conforme o caso, da Seção ou do Órgão Especial no Superior Tribunal de Justiça (RISTJ, art. 266, *caput*), ou do Plenário no Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 6º, IV).

6.5 O Deferimento Liminar do Pedido

O urgir de uma tutela jurisdicional não encerra uma idéia absoluta. As situações de emergência notadamente possuem, dentro ou fora do ambiente processual, diferentes naturezas, de acordo com a iminência do perigo, o nível do dano e o direito ameaçado de lesão. Consideradas

essas variantes, tem-se que nem sempre é possível se aguardar a tutela jurisdicional, ainda que de maneira provisória e incidental. A situação de urgência em determinados casos é tão atroz que mister uma resposta jurisdicional absolutamente instantânea para se evadir o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Noutras vezes, a conjuntura não apresenta tamanha urgência, o que permitiria em tese procrastinar-se a decisão sobre a tutela jurisdicional pretendida para depois do oferecimento do contraditório ao *ex adverso*. Todavia, a possibilidade de este vir a tornar ineficaz a medida se tiver prévia ciência justifica a imediatidade do provimento. Especificamente nessas circunstâncias em que a iminência do perigo é profusa³¹⁰ ou há risco real de que o requerido torne ineficaz a medida, se alvitrada *a posteriori*, a tutela de urgência pode e deve, mediante decisão devidamente fundamentada, ser deferida *inaudita altera parte*, se houver a presença concomitante do *fumus boni iuris*³¹¹. Não se trata, note-se, de julgamento de pedido de liminar da tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial, mas, sim, de julgamento liminar do pedido de tutela de urgência. Cuidando-se de mero pedido incidente no processo, não há julgamento bipartido. O pedido é julgado de uma vez só, mesmo em se tratando de deferimento da medida sem a oitiva da parte contrária.

Nos pretórios inferiores, em que a tutela de urgência é sempre decidida singularmente, o presidente ou vice-presidente concede *in limine* a tutela e determina as comunicações pertinentes quando julga de forma imediata. De acordo com a emergência da situação, pode a presidência do tribunal *a quo* deferir a tutela de urgência liminarmente, na mesma decisão que recebe o recurso extraordinário ou especial. Nesse caso, deve intimar a parte contrária, oportunizando-se-lhe, simultaneamente, manifestar sobre o provimento de urgência e contra-razoar o recurso excepcional, na forma do art. 542, *caput*, do Código de Processo Civil. Caso a emergência não seja de tal monta que justifique o seu deferimento *inaudita altera parte*, força que se abra dantes vista ao recor-

³¹⁰ Cf. NERY JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 185-188.

³¹¹ MARINONI, *Tutela cautelar...*, p. 72-73, chama a atenção para o fato de que a concessão da antecipação de tutela, ou de uma tutela cautelar, pode representar para o réu exatamente o que a sua não-concessão pode significar para o autor. É que o tempo processual pode ser sinal de afronta ao princípio do devido processo legal não só no caso em que o autor espera o desfecho do processo sem liminar, mas também quando o réu aguarda longamente a solução do conflito com o peso da liminar sobre os ombros. A importância da efetividade do direito de ação não pode permitir o esquecimento do direito de defesa, digno da mesma relevância.

Adverte PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v. 1, p. 30-35, set.-out. 1999, p. 35, que não se pode pugnar pela efetividade do processo como se fosse ela um “fim” bem determinado e valioso a ser alcançado. Se por efetividade traduzirmos a pura e simples solução do conflito, logrando-se a pacificação social, pouco importando a que preço e com quais conseqüências essa efetividade está maculada em sua origem e em sua destinação. Essa crítica perdura se associarmos a efetividade do processo à efetividade do que foi decidido pelo magistrado, enquanto agente do poder político. Teríamos, aqui, retrocedido no tempo, revalorizando um decisionismo da pior espécie, reentronizando o déspota que se pretendeu banir.

rido, oportunizando-se-lhe então, no mesmo prazo, responder o recurso e o pedido. Intimada a parte requerida, momento em que, a rigor, aufere ciência do pedido urgente, poderá a parte realizar o direito de defesa de modo diferido e pleitear a reconsideração do decisório. Conforme se esposou no tocante ao despacho negativo, não cabe recurso da decisão presidencial. Resta à parte a possibilidade de obter juízo de retratação perante o presidente ou, sem sucesso, requerer, havendo dano inverso irreparável ou de difícil reparação, a suspensão do provimento como tutela de urgência diretamente na instância extraordinária: hipótese em que se deverá contar com a temperança do entendimento firmado a partir da edição dos enunciados sumulares n^{os} 634 e 635 do Pretório Excelso.

No Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, o procedimento difere um pouco daquele das cortes inferiores, em decorrência da breve dicotomia que há, pelas disposições regimentais, na distribuição da competência quando há necessidade de concessão liminar da medida. Em princípio, a competência para o conhecimento e julgamento das medidas urgentes corresponde ao próprio órgão colegiado competente para processar e julgar o recurso excepcional (RISTF, art. 21, IV; RISTJ, art. 34, V). No entanto, a competência para o deferimento *in limine* da tutela de urgência toca ao relator. Segundo o disposto no art. 21, V, do RISTF, e art. 34, VI, do RISTJ, consiste em atribuição do relator determinar liminarmente as medidas urgentes, *ad referendum* do órgão competente para o julgamento do pedido. Não importa se o provimento de urgência é deferido total ou parcialmente. Havendo concessão *in limine*, em qualquer medida, faz-se necessário seu referendo. E tendo em vista que o referendo implica o julgamento final do pedido, o colegiado deve apreciar, na hipótese de concessão parcial, não apenas a adequação da parte deferida do pedido urgente, mas também daquela que é rejeitada liminarmente. Há casos em que a medida urgente é totalmente denegada *in limine* pelo relator, mas, mesmo assim, é submetida ao referendo do órgão colegiado como questão de ordem, a fim de legitimar o conteúdo decisório monocrático³¹².

Após o julgamento liminar da medida de urgência, que representa verdadeiro julgamento antecipado do pedido de tutela de urgência, pois possui efeitos imediatos e fica dependendo apenas de confirmação pelo órgão colegiado para ter perpetuada sua eficácia, e comunicações legais, os autos, com ou sem manifestação das partes, são conclusos ao relator, que deve submeter, em

³¹² Veja-se, p. ex., a Petição 2.772/RS, em que o relator, o Ministro Celso de Mello, negou seguimento à medida cautelar, mas submeteu, em questão de ordem, ao referendo da turma o ato decisório (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na petição. Pet-QO 2.772/RS. Riopel S/A Indústria de Papelão e Artefatos e Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. 22 de outubro de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 43, 11 abr. 2003).

questão de ordem, o ato decisório ao referendo do órgão colegiado, quando também computa o seu voto. Se a petição estiver tramitando de forma avulsa, incumbe à secretaria da Corte Superior, após a publicação do acórdão consubstanciador deste julgamento, arquivá-la e promover, oportunamente, a sua juntada aos autos do recurso excepcional. Também aqui sobeja à parte requerida, se auferir prévia ciência, realizar a sua defesa de forma procrastinada e pleitear ao relator a reconsideração de seu *decisum* e/ou ao colegiado que não o confirme, tornando sem efeito a medida. Aprovado o decisório, subsiste o direito da parte de peticionar, até o julgamento definitivo do recurso, requerendo a modificação ou reforma do provimento. Esse pedido deve ser dirigido ao órgão colegiado, porquanto, uma vez referendada a decisão individual, a tutela de urgência passa a ser colegiada.

Haja vista a austeridade da decisão judicial que defere a tutela de urgência liminarmente, mostra-se recomendável, sempre que se pressentir algum risco de dano para a parte contrária em decorrência da concretização da medida, que se determine a prestação de caução pelo requerente, tal como prescreve o art. 804, *in fine*, do Código de Processo Civil. Tendo a tutela de urgência natureza satisfativa, a caução é medida que se impõe quando implicar levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, nos termos do § 3º do art. 273, c/c o inc. III do art. 475-O do Código de Processo. Mediante o condicionamento da consecução da medida urgente à prestação de caução, tutelam-se bilateralmente todos os interesses em perigo, na medida em que se arreda o risco mediante a tutela de urgência e se garante o ressarcimento de qualquer prejuízo que a providência acarrete à parte requerida, que sequer teve a oportunidade de defender-se e que também é digno de cautela processual.

6.5.1 A Recorribilidade da Decisão no STF e STJ

De acordo com o art. 39 da Lei nº 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, “da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de 5 (cinco) dias”. Tendo em vista que a decisão do relator que defere *in limine*, total ou parcialmente, a tutela de urgência pode causar, em tese, gravame às partes, o Superior Tribunal de Justiça admite, com

lastro nessa Lei e nos arts. 258 e 259 de seu Regimento Interno, a despeito da precisão de referendo pelo órgão fracionário competente, o agravo contra a decisão monocrática do relator, seja pela parte requerente quando a decisão for parcial, seja pela parte requerida. Considerando que também há a possibilidade de o deferimento parcial da demanda de urgência ensejar gravame ao requerente na parcela denegada do pedido, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a legitimidade recíproca para interpor o agravo em sendo parcial a decisão. O agravo tramita em conformidade com o procedimento regimental. Interposto, o relator pode reconsiderar a sua decisão ou submeter o recurso ao julgamento do órgão colegiado, que também é competente para o referendo, computando o seu voto. O ideal é que o julgamento do referendo e agravo seja conjunto, mas não obsta a sua apreciação em separado pelo órgão fracionário, o que consistirá, a rigor, em um reexame da própria decisão.

Argumenta o Ministro Antonio de Pádua Ribeiro que a decisão pela qual se defere a medida liminar produz desde logo seus os efeitos, não dependendo, para tanto, do referendo da Turma. Este não é condição de eficácia daquela. Portanto, se a decisão pode, em tese, causar gravame a uma das partes, esta tem, por conseguinte, interesse em interpor agravo. Aduz ainda que se deve cogitar da hipótese de não lograr o relator encaminhar a referendo a decisão sobre a liminar na primeira sessão seguinte à prolação deste, sendo defeso impedir que a parte, assim que tiver conhecimento da decisão, dela agrave para o órgão competente³¹³. Ressalvado entendimento em sentido contrário³¹⁴, o limite para a interposição do agravo é a submissão do ato decisório individual ao referendo³¹⁵, porquanto, chancelada ou não a decisão do relator, é esta substituída

³¹³ Cf. voto-vista proferido no julgamento do AgRg na MC 5.240-RN (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 5.240-RN. Município de Belo Jardim e ABC Futebol Clube e Confederação Brasileira de Futebol. Relator: Ministro Castro Filho. 18 de dezembro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 223, 21 nov. 2005).

³¹⁴ No sentido do cabimento do agravo sem embargo da chancela pelo colegiado da decisão monocrática: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 6.676-RJ. Aero-barcos do Brasil Transportes Marítimos e Turismo S/A e Barcas S/A Transportes Marítimos. Relator: Ministra Eliana Calmon. 02 de outubro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 225, 16 fev. 2004; e supramencionado acórdão BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 5.240-RN. Município de Belo Jardim e ABC Futebol Clube e Confederação Brasileira de Futebol. Relator: Ministro Castro Filho. 18 de dezembro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 223, 21 nov. 2005.

³¹⁵ A propósito: “MEDIDA CAUTELAR. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA PELA TURMA JULGADORA. 1. Em havendo a Turma julgadora referendado decisão concessiva de medida liminar, não há mais falar em decisão monocrática agravável. 2. Agravo regimental não conhecido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 7.816-RS. Eduardo Guimarães Carvalho e Outro e Ministério Público Federal. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. 25 de junho de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 387, 25 out. 2004). No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 1.475/SP. Hidroservice Engenharia Ltda. e Banco Bradesco S/A. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. 16 de agosto de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 205, 16 nov. 1999; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 1.938-RJ. Braspetro Oil Services Company e

pela proferida pelo órgão fracionário, que, com força e legitimidade próprios de julgamento colegiado, não admite o agravo³¹⁶. O escopo deste recurso consiste em levar à apreciação do órgão colegiado respectivo a matéria decidida singularmente. Realizado o julgamento conjunto da mesma, não subsiste a decisão monocrática agravável e a possibilidade de se manejar o agravo do acórdão.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, malgrado a regra disposta no art. 39 da Lei nº 8.038/90, e estabelecer o art. 317, *caput*, do seu Regimento Interno que “ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte”, vem entendendo que as decisões monocráticas passíveis de referendo, veiculadoras de provimentos jurisdicionais de urgência, revelam-se insuscetíveis de impugnação mediante recurso de agravo regimental³¹⁷, quer pelo requerente contra o deferimento parcial do provimento urgente postulado, quer pelo requerido *vis-à-vis* da concessão da medida sem a sua audiência. Segundo o entendimento do Pretório Excelso, as partes carecem de interesse processual para interpor o re-

American Home Assurance Company e Outra. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 02 de dezembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 91, 10 abr. 2000; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 6.653/CE. Universidade Federal do Ceará e José Pereira de Oliveira. Relator: Ministro Franciulli Netto. 02 de setembro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 285, 03 nov. 2003; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 1.573-CE. Banco do Nordeste do Brasil S/A e Cofisa Confeções Finas S/A. Relator: Ministro Costa Leite. 02 de março de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 67, 30 ago. 1999; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar. AgRg na MC 10.883-SP. Ministério Público Federal e Rádio e Televisão Record S/A e Outros. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. 11 de abril de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 484, 12 jun. 2006.

³¹⁶ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo regimental na medida cautelar. AgRg no AgRg na MC 6.287-RS. Prefeito Municipal de Porto Alegre e Associação dos Bancos no Estado do Rio Grande do Sul e Outro. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. 04 de setembro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 311, 13 out 2003: “PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA PELA TURMA. INADEQUAÇÃO DO RECURSO. 1. A decisão monocrática concessiva de liminar, uma vez referendada pela Turma, transmuda-se em provimento com força e legitimidade próprios de julgamentos colegiados, não sendo cabível, em tais circunstâncias, a interposição do recurso previsto no artigo 258 do RISTJ”.

³¹⁷ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem e agravo regimental na medida cautelar na ação cautelar. AC 1.136-MC-AgR-QO/SP. São Paulo Alpargatas S/A e União. Relator: Ministro Celso de Mello. 21 de março de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 51, 07 abr. 2006.

No mesmo sentido do não cabimento de agravo da decisão: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação cível originária. ACO-MC 714/MT. Estado de Mato Grosso e Estado do Pará. Relator: Ministro Marco Aurélio. 12 de maio de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 44, 10 set. 2004; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na medida cautelar na ação cautelar. AC 868-MC-AgR/BA. União e Caraíba Metais. Relator: Ministro Celso de Mello. 13 de setembro de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 23 set. 2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem no agravo regimental na petição. Pet-AgR-QO 1.886/RS. Sindicato dos Contadores de Porto Alegre ou Sindicato dos Contadores do Estado do Rio Grande do Sul e Federação dos Contabilistas do Estado do Rio Grande do Sul e Outros. Relator: Ministro Celso de Mello. 14 de março de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 30, 14 mar. 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. Pet 2.267/PR. Transportadora Cafeguassu Ltda. e União. Re-

curso de agravo diante da obrigatoriedade do pronunciamento colegiado sobre a matéria julgada de forma individual. Nos termos do art. 21, V, *in fine*, do RISTF, a decisão concessória de proteção urgente deve ser forçosamente apreciada pelo Plenário ou Turma, que pode ratificá-la, modificá-la ou revogá-la.

Verifica-se que assiste razão ao Supremo Tribunal Federal na divergência procedimental em tablado. A finalidade do agravo interno é integrar a decisão proferida monocraticamente através da devolução da matéria ao órgão colegiado competente. Ora, se a outorga da tutela de urgência só se completa mediante o referendo do órgão colegiado, falta às partes interesse processual para agravar da decisão individual, que inevitavelmente será substituída pela prolatada pelo colegiado em juízo de revisão. Sem embargo, o importante é que se lhes permita, não obstante a interposição de recurso, influenciar no julgamento colegiado, rebatendo os fundamentos fáticos e jurídicos que embasaram a decisão a ser submetida a referendo e colaborando para a solução dessa controvérsia incidental. Esse consentimento revela-se ainda mais curial para a parte requerida, que sequer teve a oportunidade de impugnar as afirmações formuladas pelo requerente da tutela de urgência. E tendo em conta que até então há somente uma versão do direito e dos fatos da causa, unilateralmente construída, nada impede que a decisão liminar e a que a referenda se amparem, porventura, em um contexto fático farsesco ou em um enquadramento juridicamente precário e equivocado.

Sopesado tudo isso, conclui-se que o ideal seria, antes da chancela, que se determinasse a intimação da parte requerida para oportunizar-lhe apresentar defesa, impugnar os fundamentos da decisão individual, oferecer memoriais e acompanhar o julgamento, inclusive respondendo eventuais perguntas formuladas pelos ministros durante a sessão. De igual forma convinha que se procedesse em relação ao requerente quando parcial a decisão liminar. Desse modo, o jurisdicionado teria o ensejo de apresentar tese antípoda à sufragada no ato decisório e trazer à baila os seus argumentos sobre a existência ou não dos requisitos autorizadores da égide de urgência e de eventuais fatos obstativos a sua concessão. A oportunidade de contraditório e de defesa previamente ao referendo, além de não acarretar, em princípio, qualquer prejuízo para o desenrolar do processo – uma vez que não possui efeito suspensivo e o perigo de lesão já foi em tese dissuadido pelo deferimento *in limine* da tutela de urgência – legitima a prestação jurisdicional e oferece ao

órgão judiciário mais elementos, por vezes imprescindíveis, para o julgamento³¹⁸. Ademais, a possibilidade de as partes influenciarem e colaborarem com a prestação jurisdicional vai ao encontro do Processo moderno, que impõe a sua participação incondicional na preparação dos atos decisórios³¹⁹, além de conformá-las com o provimento por verem as suas teses e alegações apreciadas pelo órgão colegiado.

6.5.2 A Necessidade de Prévio Contraditório

A tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial pode, como referido alhures, ser deferida liminarmente. Contudo, essa faculdade que deveria ser revestida de caráter excepcional tornou-se idiosincrasia, senão regra no diurno pretoriano. Hodiernamente, proliferam decisões deferindo medida de urgência sem a oitiva da parte contrária em conjunturas em que o perigo de prejuízo não se encontra em um estado de iminência que justifique a imediatidade da providência jurisdicional ou que sequer se cogita que o requerido a torne ineficaz, caso tenha ciência prévia do pedido³²⁰. O direito ao contraditório e à ampla defesa, em suma, o direito

³¹⁸ Segundo PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: PARTICIPAÇÃO e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 13-24, vivemos o tempo da democracia participativa, não se eximindo dessa compreensão o processo, que constitui autêntico instrumento político de participação (p. 20-21). *De facto*, quanto mais participarem as partes, mais legítima será a atividade jurisdicional. Daí a importância da oportunidade do contraditório – não só no sentido material, mas formal – e do diálogo entre as partes e estes o juiz na convivência do ambiente processual.

Assim, em um regime de cooperação processual, como há bastante tempo sublinhou GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, v. 21, serie II, p. 580-609, 1966, o órgão judicial deve se colocar no mesmo nível das partes, para que juntos, em uma única força operosa (*unus actus*), atuem em busca da verdade (p. 609) e de uma solução mais adequada para a lide. Entre nós, sobre o princípio da colaboração, veja-se OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 90, p. 55-84, ago. 2003.

³¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 66, p. 151-201, 1990, ensina que o procedimento e o processo passaram a ser considerados direitos, liberdades e garantias. A sugestão do *status activus processualis*, formulada por Häberle, assentava na ideia de que a participação no procedimento de decisão constituía, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, ou seja, a participação procedimental é, ela mesma, o exercício de um direito fundamental. O cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência direta no exercício das decisões dos poderes públicos que afetam ou podem afetar os seus direitos, garantem a si mesmo um espaço real de liberdade e de efetiva autodeterminação no desenvolvimento de sua personalidade (p. 155).

³²⁰ Como refere ARMELIN, Donald. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 23, p. 111-138, 1985, em relação à jurisdição cautelar, a liminar, longe de manter o equilíbrio entre as partes litigantes, pode ao revés, causar grave desequilíbrio entre elas. Não haveria maior problema se as liminares não fossem, de ordinário, concedidas unilateralmente, mediante uma prova *quantum satis* e sem audiência da parte contrária. Todavia, o que vem ocorrendo é certa facilitação da concessão de liminares sob influência de meras alegações e, quando isso ocorre, ou provas que não passam pelo crivo da parte contrária, o juiz se vê obrigado a decidir ao arpejo do princípio que impõe a audiência bilateral das

do jurisdicionado de ter ciência dos atos processuais e de influenciar nas decisões judiciais, é basilar na dialética processual³²¹, gravados como fundamentais em nossa Constituição Federal (art. 5º, LV) e nos principais tratados e acordos internacionais de direitos humanos³²². Ainda que em prestígio a um direito fundamental, não se pode tolerar a esmo o desprezo a esses elementos essenciais do *due process*, simplesmente porque rotulada como urgente a demanda, mormente na medida em que o provimento jurisdicional de urgência é exarado mediante juízo de cognição sumária após dois graus de jurisdição e implica sempre restrição a direitos ou imposição de deveres à parte que não teve ensejo de se defender, com frequência de forma grave e irreparável³²³. A interpretação da regra permissiva de julgamento *in limine* deve ter em conta não apenas os fins políticos e os valores que os orientam, mas também os demais preceitos e princípios jurídicos integrantes do sistema, considerando, sem dissolver seus valores no subjetivismo ou na emoção, o influxo endoprocessual do *decisum*.

Por isso, a concessão liminar do provimento de urgência, calcada em elementos fático-probatórios unilateralmente produzidos, logo com evidente possibilidade de estear-se em um

partes e o faz sob o acicute da urgência (p. 131-132). E o prejuízo se potencializa com a impossibilidade de se recorrer da decisão e, muitas vezes, até de se reexaminá-la.

³²¹ O princípio do contraditório pode ser considerado basicamente sob duas facetas: formal e substancial, tal como assevera DIDIER JR., Fredie, Princípio do contraditório e garantia do cidadão. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 18, 2002 Salvador. Anais: Cidadania, Ética e Estado. Brasília, OAB, Conselho Federal, 2003, p. 1543-1555, p. 1545 *et seq.* A formal é a da participação; a garantia de ser ouvido, de participar do processo, ser comunicado, poder falar nos autos. A faceta substancial, ou material, corresponder ao poder de influência. Não basta que a mera comunicação dos atos do processo. É necessário que participe efetivamente do processo, em condições de influenciar nas decisões do magistrado, sem ser surpreendida.

Sobre o ponto, amplamente, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998; GRINOVER, Ada Pellegrini, O conteúdo da garantia do contraditório. In: NOVAS tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 17-44.

³²² O princípio da audiência bilateral (*grundsatz des beiderseitigen gehoers*) é, nas palavras de MILLAR, Robert Wyness. The formative principles of civil procedure. In: A HISTORY of continental civil procedure. New York: William S. Hein, 1999, p. 3-81. v. 7: The continental legal history series, é absolutamente indissociável da administração da justiça. Não há como o seu exercício ser tratado como um afago, uma benesse para o jurisdicionado, como se asseverou na Medida Cautelar em Petição nº 2.702-7 MC/RJ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em petição. Pet 2.702-7 MC/RJ. Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira e Outros e Infoglobo Comunicações Ltda. e Outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 18 de setembro de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 16, 19 set. 2003).

³²³ Consoante as lições de CANOTILHO, *Tópicos...*, p. 155 *et seq.*, assim como o direito material, na sua irradiação sobre a organização e procedimento, não deve divorciar-se da importância do *due process* para a garantia ou a proteção jurídica dos direitos fundamentais, a organização e o procedimento, nas suas repercussões sobre o direito material, devem ser perspectivadas à luz dos direitos fundamentais. A idéia do procedimento continua a ser indissociável dos direitos fundamentais, mas a participação *no* e *através* do procedimento já não é tanto um instrumento funcional da democratização, mas uma dimensão intrinsecamente complementadora, integradora e garantidora do direito material. O direito procedimental/processual não é apenas um meio adequado de realização de um direito subjetivo-material preexistente, pois a relação entre direito processual/procedimental não se reduz a uma relação de meio/fim. Antes se reconduz a uma relação de integração; é parte integrante da realização do direito material.

contexto dissociado da realidade, deve ser sempre medida excepcionalíssima, prolatada naquelas hipóteses em que, além da presença marcante do *fumus boni iuris*, há efetivamente a possibilidade de o dano irreparável ou de difícil reparação consumir-se antes de se propiciar o contraditório ou em decorrência da concretização dessa oportunidade. Não conformada essa situação de extrema urgência, verificada caso a caso com sustentáculo no princípio da proporcionalidade, figura-se inconstitucional a outorga *inaudita altera parte* do provimento³²⁴. Em suma, a tensão há de ser superada *in concreto* mediante subordinação, dando-se preferência ou prioridade a um princípio constitucional frente aos restantes. Tão-somente quando o deferimento liminar da demanda de urgência se apresentar imprescindível para se preservar o suposto direito ameaçado e, por consequência, salvaguardar a força e utilidade da prestação jurisdicional – ou seja, quando há a preponderância *in concreto* dos princípios da efetividade e inafastabilidade da jurisdição sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa – é legítima a inversão do risco através da concessão *in limine* da proteção de urgência³²⁵.

³²⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Da antecipação de tutela. In: REFORMA do Código de Processo Civil. São Paulo. Saraiva, 1996, p. 187-213, sustenta que a garantia constitucional disciplinada no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal diz respeito, apenas, à tutela definitiva, razão pela qual vetar liminares jamais pode importar inconstitucionalidade, até porque a liminar é que tem forte dose de suspeição de inconstitucionalidade, pois configura interferência no patrimônio ou na liberdade dos indivíduos, com preterição, mesmo que em parte, das garantias do devido processo legal, de base também constitucional. E assim conclui o emérito processualista baiano: “A única hipótese em que se me afigura não poder a lei evitar a proteção liminar é aquela em que a sua proibição ou não concessão significará, sem sombra de dúvida, tornar impossível a futura tutela definitiva. Aqui, dois valores constitucionais conflitam. O da efetividade e o do contraditório e ampla defesa. Caso a ampla defesa ou até mesmo a simples citação do réu importe certeza da ineficácia da futura tutela, sacrifica-se, provisoriamente, o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela, que, se não antecipada, se faria impossível no futuro. Cuida-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, que impõe o sacrifício de um bem jurídico, suscetível de tutela subsequente, em favor de outro bem jurídico que, se não tutelado de pronto, será definitivamente sacrificado. Fora disso, toda ceceuma em torno da inconstitucionalidade das leis que proíbem liminares é mero pútrido de quem adora ‘facilidades’ advocatícias, ou de magistrados que se sentem mutilados quando perdem o direito de ser arbitrários, prepotentes ou exibicionistas, ou é resultado de uma visão um tanto de uma visão um tanto corporativista e algo elitista do que seja o Poder Judiciário na trama dos Poderes independentes e harmônicos que constituem o Estado, com os freios e contrapesos que a democracia impõe” (p. 188-189).

³²⁵ O postulado da proporcionalidade não traduz mera adequação meio-fim. Através da proporcionalidade, o órgão judiciário impende preservar ao máximo os valores em antinomia, obtendo a maior harmonia possível, isto é, sacrificar o mínimo para salvaguardar o máximo de direitos.

Ensina ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 104 *et seq.*, que a proporcionalidade tem cabimento e precisamente em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentro os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direitos(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

6.6 Os Ônus Sucumbenciais

Constituindo o pedido de tutela de urgência atípica em recursos extraordinário e especial questão incidente do processo, não há sucumbência específica. As despesas processuais decorrentes da formulação do pedido deveram ser pagas pelo vencido, nos termos do § 1º do art. 20 do Código de Processo Civil. Não há, por conseguinte, condenação em honorários advocatícios, como reiteradamente tem decidido o Supremo Tribunal Federal³²⁶. O próprio Superior Tribunal de Justiça, que insiste em imprimir o rito geral cautelar, está suprimindo a condenação em verba honorária sucumbencial nas decisões de ações cautelares inominadas, mormente pelo doutrinação do Ministro Luiz Fux. Citam-se, por exemplo, os Embargos de Declaração na Medida Cautelar nº 6.134-MG, cujo aresto foi ementado nos seguintes termos “[...] 1. Aplicação do art. 20, § 1º, do CPC, na resolução de questões incidentes não autônomas, que não prevê pagamento de honorários senão e apenas as ‘despesas do incidente’[...]. 3. Inequívoca natureza de incidente processual veiculável por pedido de natureza cautelar, assim cognominado pelo Regimento Interno da Corte e que, na essência, encerra pedido de antecipação de tutela. 4. As medidas de defesa da jurisdição ou que visam antecipar a tutela, ainda que veiculáveis sob o *nomem juris* regimental de ‘ação cautelar’, não têm natureza de demanda autônoma, a inaugurar relação processual per se, apta a gerar sucumbência destacada da causa principal [...]. 6. Deveras, a incompetência relativa, a impugnação ao valor da causa, etc., ensejam a formação de autos apartados para decidir incidente do processo, mas não ensejam processo incidente resultante em sucumbência geradora de honorários advocatícios [...]”³²⁷.

³²⁶ Veja-se, por tantos, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. Pet 2.514-MC/PR. Município de Marumbi e União. Relator: Ministro Carlos Velloso. 09 de novembro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 46, 12 dez. 2001.

³²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração na medida cautelar. EDcl na MC 6.134-MG. Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais e Gabel Indústria e Comércio Ltda. Relator: Ministro Luiz Fux. 11 de maio de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 172, 31 maio. 2004.

CONCLUSÃO

A presente dissertação teve como principal objetivo analisar a tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial.

Constatou-se que a tutela de urgência consiste no provimento jurisdicional imediato, de natureza cautelar ou satisfativa, exarado em caráter provisório mediante juízo de cognição sumária, que visa a assegurar a utilidade e a efetividade da jurisdição ao dissipar um prejuízo que não pode ser reparado, ou que dificilmente poderia ser reparado, caso a decisão definitiva seja, ao final, favorável à parte cujo direito está em perigo. Verificou-se que o destrancamento de recursos extraordinário e especial retidos, *ex vi* do § 3º do art. 542 do Código de Processo Civil não se revela, nesse contexto, uma tutela de urgência, porquanto o singelo fato de ficar reprimido o recurso não enseja risco iminente de dano irreparável ou de difícil reparação: nota caracterizadora da tutela diferenciada em causa. No plano procedimental, conclui-se que o mandado de segurança, por ter como pressuposto e condição a lesão ou ameaça de lesão a um direito líquido e certo, desserve como instrumento para a jurisdição de urgência, que tem por objeto a tutela de direito verossímil ou provável.

Com a definição do objeto do trabalho, passou-se a estudar assuntos propedêuticos específicos, tarefa que se reputou importante para a compreensão e sistematização da temática proposta. Do exame da concatenação entre o tempo e o Processo, constatou-se que o tempo, embora seja próprio do processo e viabilize o exercício da cidadania no seu organismo, não representa valor absoluto. A prestação jurisdicional deve acontecer num lapso temporal determinado e razoável, porquanto acarreta uma série de prejuízos perniciosos para os jurisdicionados, o Estado e a sociedade quando concretizada em um tempo demasiado. Coligiu-se que esse antagonismo que há entre o tempo e o Processo, presente em cada tentativa de se aperfeiçoar o exercício do poder jurisdicional, resolve-se pela harmonização dos valores segurança jurídica e efetividade. O processo não pode ser a tal ponto acelerado pela diminuição de garantias que possa conduzir a uma

justiça pronta, mas materialmente injusta, tampouco serôdio pelo excesso de garantias de maneira que a decisão final tenha a sua utilidade e a sua eficácia diminuídas pelo transcurso do tempo. A qualidade da prestação jurisdicional reside, pois, no equilíbrio: na realização do processo num prazo razoável que permita às partes defenderem suficientemente seus direitos, sem privação substancial das garantias.

A despeito dessa conclusão, inferiu-se que, para a compreensão hodierna de cidadania processual, não satisfaz a reportada consonância de valores. Pois ainda que a prestação jurisdicional se perfectibilize com garantias, materiais e processuais, em um tempo moderado, amiúde não é bastante para coibir que reste despojada de sua utilidade e eficácia. O tempo do procedimento jurisdicional, ainda que razoável, nem sempre é bastante para tutelar eficazmente determinado direito ou, malgrado seja, proscrever que tome feitiço durante o curso processual, ou em momento anterior, perigo iminente de lesão irreparável. Mister, então, que existam no sistema tutelas diferenciadas, próprias para suprir as deficiências da tutela convencional frente ao seu descompasso com o tempo. Essas categorias de tutelas jurisdicionais consistem em ritos simplificados e concentrados com a finalidade de promover uma jurisdição mais rápida e em medidas jurisdicionais instantâneas, capazes de ladear perigos iminentes. Concluiu-se que os provimentos urgentes são tutelas diferenciadas que, através de decisão provisória baseada em juízo de cognição sumária, têm o escopo de arrefecer o desacordo entre o tempo e a solução do processo quando paira perigo iminente de dano.

Nessa determinação dos provimentos diferenciados fundados na urgência, consideram-se tanto as tutelas de natureza cautelar como as de natureza satisfativa. Depreendeu-se que ambas têm em comum o fito de obstar que o tempo comprometa o resultado do processo mediante medidas jurisdicionais imediatas, conquanto sejam, na essência, provimentos díspares. Enquanto a tutela cautelar garante o resultado útil e eficaz do processo por meio de provimento que preserve o bem da vida em disputa até que se decida a sua titularidade, a satisfativa o faz através da antecipação dos efeitos da prestação jurisdicional ou de um provimento. As duas classes do gênero tutela de urgência, estabeleceu-se, são imprescindíveis para se alcançar a tutela jurisdicional equitativa, direito abrigado nos mais modernos catálogos de direitos fundamentais e definido aqui como direito de obter-se, num prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie de *modus* conveniente e definitivo cada pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de se executá-la e de se auferirem providências cautelares ou antecipatórias para assegurar a sua eficácia e utilidade.

A partir desse fecho, detectou-se que esse ideal de jurisdição, propiciador duma proteção jurídica adequada e eficaz, deve compreender todas as fases do processo, inclusive as instâncias derradeiras. Posto que a menor incidência comparativamente com as instâncias ordinárias, máxime com o primeiro grau de jurisdição, o fato é que também podem se desvelar perigos iminentes de dano irreparável ou de difícil reparação durante a pendência de julgamento dos recursos extraordinário e especial. Na convergência dum processo equitativo, verificou-se que se mostra imprescindível que exista a jurisdição de urgência também nesse hiato que há entre a sua interposição e o seu julgamento, mormente porque consiste um espaço temporal assaz considerável, muitas vezes superior a todo o tempo que o processo despendeu nos primeiro e segundo graus de jurisdição. Estabeleceu-se, assim, o cabimento da tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial, por meio de medidas antecipatórias e cautelares, com o propósito de preservar a utilidade e eficácia da decisão final, máxime da dos dois principais pretórios de nossa estrutura judiciária.

Constatada a pertinência da tutela de urgência em sede dos recursos extraordinário e especial, fez-se necessário, em vista da peculiar natureza política de que se revestem esses recursos, que se realizasse estudo específico sobre os mesmos com o visio de determinarem-se as hipóteses de medidas urgentes cabíveis durante a sua pendência. Acentuou-se que ambos são recursos de gênero extraordinário do direito brasileiro, na medida em que não têm como finalidade precípua a consecução de decisão pretensamente mais justa ou corrigir desacertos de ordem processual, mas, sim, assegurar a autoridade e a inteireza do sistema jurídico, protegendo reflexa e secundariamente o direito do recorrente ao revisar as decisões impugnadas. Depreendeu-se ainda que ambos possuem função essencialmente federativa, pois se dedicam politicamente a zelar tão-só pela autoridade e uniformidade da Constituição e legislação federal – pelo Supremo Tribunal Federal, através do recurso extraordinário, e pelo Superior Tribunal de Justiça, do recurso especial –, não abrangendo as leis e os atos normativos estaduais, distritais e municipais, cuja competência para a guarda da inteireza e unidade impende aos órgãos jurisdicionais das justiças locais, no âmbito da respectiva jurisdição.

Do breve esboço histórico dos recursos extraordinários até a Constituição Federal de 1988, verificou-se que o primeiro recurso de gênero extraordinário no Brasil – o recurso de revista – adveio com a primeira Constituição: a Carta Imperial de 1824. Dito recurso foi preterido ante a proclamação da República em 1889 e a adoção da forma federativa de governo, quando o País desvinculou-se da orientação européia e adotou o sistema americano como modelo estrutural e

funcional. Foi quando se instituiu o Supremo Tribunal Federal para ocupar o ápice da estrutura judiciária nacional e introduziu-se o novo recurso extraordinário, inspirado no *writ of error* do direito anglo-americano. Esse recurso, denominado de extraordinário a partir da edição do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, sofreu inúmeras alterações com o passar dos anos, tendo acompanhado, de forma reflexa, a instabilidade política do País e a inconstância da sua Lei Fundamental. Todavia, foi a Constituição vigente que realizou a mais significativa alteração na sistemática do recurso extraordinário desde a sua criação. Em razão do debacle funcional em que se encontrava o Pretório Excelso, que não tinha mais condição de garantir a vigência e uniformidade nem da Constituição nem das leis federais, o constituinte de 1988 instituiu uma nova corte superior – o Superior Tribunal de Justiça – para exercer, através de um novo recurso extraordinário – o recurso especial –, a função de controle de legalidade e de correta e uniforme interpretação do direito federal.

Para o estudo dos efeitos emanados pelos recursos extraordinários, ofereceu-se sistematização própria. Extraiu-se que os efeitos recursais podem ser classificados cientificamente de três formas segmentadas: a) os efeitos produzidos sobre o julgamento da causa: devolutivo, translativo e expansivo ou extensivo; b) os efeitos produzidos sobre a decisão recorrida: substitutivo, rescindente e integrativo; e c) os efeitos produzidos sobre a eficácia interinal da tutela jurisdicional: antecipatório e suspensivo. No tocante aos efeitos incidentes sobre o julgamento da causa, concluiu-se que os recursos extraordinário e especial podem ter, eventualmente, os efeitos translativo e expansivo, além do devolutivo, que é atributo de todos os recursos. Entendeu-se, ressalve-se, que o efeito devolutivo sofre ampliação quando o recurso extraordinário ou especial sobrepuja o juízo de admissibilidade, na medida em que passam a integrar todas as questões, inclusive as de fato, concernentes à matéria impugnada. Pois, uma vez conhecido o recurso excepcional, cumpre à Corte Superior julgar a causa e aplicar o direito à espécie, nos termos das respectivas disposições regimentais.

No exame dos efeitos ensejados pelo recurso relativamente à decisão recorrida, assentou-se que os recursos extraordinário e especial possuem, constantemente, os efeitos substitutivo e rescindente. O efeito substitutivo se dá toda vez que o recurso excepcional transpassa o juízo de admissibilidade e é julgado o mérito recursal. Pois, seja provido o recurso excepcional para reformar o acórdão hostilizado, seja improvido para mantê-lo, resta substituído o aresto recorrido pelo *decisum* prolatado pela Corte Superior. Já o efeito rescindente, consistente na cassação do julgado recorrido, operam nos recursos extraordinário e especial toda a vez que o Supremo Tri-

bunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça constatarem, no exercício de suas competências, o equívoco da corte inferior em extinguir o processo sem resolução de mérito ou *error in procedendo* que implique a nulidade do acórdão impugnado ou de ato processual antecedente que o atinja. Tal como uma corte de cassação, o aresto recorrido é cassado e são devolvidos os autos para novo julgamento.

A classificação que tem por objeto os efeitos causados sobre a eficácia interinal da tutela jurisdicional durante a litispendência foi deduzida por ocasião desse estudo considerando o efeito suspensivo e a antecipação de tutela recursal, que se qualificou como efeito recursal, denominando-o de antecipatório. Coligiu-se que a antecipação de tutela recursal constitui uma espécie de tutela antecipada que atua como efeito de recurso, daí que a verificação do seu cabimento e a efetivação deve observar, no que couber, as normas insculpidas no art. 273 do Código de Processo Civil. Assentou-se que os recursos extraordinário e especial não dispõem, de regra, desses efeitos, mas podem obtê-los, caso a caso, como pedido de tutela de urgência, a fim de impedir lesão iminente ocasionada pela antecipação de atos substanciais na pendência de seu julgamento ou, ao revés, pela ausência dessa atividade executiva antecipada. Depreendeu-se ainda que as obtenções de efeitos suspensivo e antecipatório reproduzem os pedidos mais comuns de tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial, principalmente o efeito suspensivo, em vista da possibilidade *ope legis* de se instaurar a execução na pendência de seu julgamento pelos Tribunais Superiores.

No exame da natureza da execução instaurada na pendência dos recursos extraordinário e especial, inferiu-se que o fenômeno consistente na antecipação dos efeitos que a tutela jurisdicional favorável produziria no mundo dos fatos pode acontecer através de dois meios processuais no direito brasileiro: a antecipação de tutela, como execução *ope iudicis*, e a execução provisória, como execução *ope legis*. Essas duas espécies de execução antecipada antecedem de forma provisória, mediante título judicial provisório, os atos executivos da tutela jurisdicional definitiva favorável: a execução provisória adianta os atos executivos de sentença favorável já existente, mas pendente de recurso, e a antecipação de tutela os atos executivos de uma suposta e futura sentença favorável. Não obstante o método, têm sempre natureza provisória os atos executivos praticados enquanto pendem de julgamento recursos extraordinários, bem como conservam esta natureza os que foram realizados anteriormente à sua interposição, como é o caso da antecipação de tutela deferida no primeiro grau de jurisdição e a execução de sentença proposta já na pendência do recurso de apelação ou ordinário. Nesse sentido, viu-se que o recorrente extraordinário goza, tanto no caso

de execução provisória de sentença quanto de antecipação de tutela, das prerrogativas que o legislador confere à parte que padece execução de natureza provisional, isto é, sem sentença transitada em julgado.

Postas essas premissas, passou-se a examinar, considerando-se o estágio avançado em que se encontra o *iter* processual e as peculiaridades intrínsecas à natureza dos recursos extraordinário e especial, as hipóteses de tutelas de urgência cabíveis na sua pendência. Para isso, propôs-se uma classificação dicotômica, na mesma vereda que o legislador em relação às medidas cautelares no Livro III do Código de Processo Civil: as tutelas de urgência específicas, referentes às medidas de urgência tipificadas no Código de Processo Civil e legislação extravagante, e as tutelas de urgência genéricas, concernentes, *contrario sensu*, aos provimentos de urgência não especificados na lei. As tutelas de urgência genéricas cabíveis em sede de recursos extraordinário e especial seriam as medidas cautelares inominadas, maiormente a concessão de efeito suspensivo, e as tutelas satisfativas genéricas, compreendidas aqui tanto a antecipação de tutela e como a antecipação de tutela recursal. Aquiesceu-se que, sendo a instrumentalidade da medida voltada especificamente para o recurso excepcional, o *periculum in mora* centra-se no perigo de dano em razão da demora do julgamento do recurso excepcional manejado e o *fumus boni iuris* na probabilidade de seu êxito, que, nos casos das tutelas satisfativas, corrobora-se pela exigência de prova inequívoca da verossimilhança do direito.

No que tange às tutelas de urgências específicas, inferiu-se que a sua grande maioria, pelo próprio objeto e pela existência de uma limitação temporal, não tem cabimento em sede de recursos extraordinário e especial. E mesmo aquelas tutelas positivadas que seriam, *in tese*, cabíveis, possuem possibilidade de veras remota de incidirem. Além do considerável tempo decorrido do ajuizamento da ação até a interposição dos recursos excepcionais, ínterim em que já permearam de ordinário os prováveis perigos oriundos da demora da prestação jurisdicional, há a possibilidade de o autor instaurar a execução provisória do julgado, o que, em linha de princípio, torna despidas as tutelas de urgência específicas de caráter satisfativo e atrai para o juízo de origem as medidas de natureza cautelar que têm o propósito de assegurar a realização do direito. Ademais, o perigo de lesão nesse ensejo decorre em geral da alteração do *status quo* em face da eficácia imediata do aresto recorrido ou da necessidade urgente da satisfação do direito: hipóteses que exigem tutela de urgência genérica, nomeadamente a outorga de efeito suspensivo ou de efeito antecipatório ao recurso excepcional.

Duas tutelas de urgências específicas mereceram, no entanto, apreciação em apartado: a suspensão de processos no âmbito dos Juizados Especiais Federais e o *habeas corpus*. Verificou-se que o Supremo Tribunal Federal, ao regulamentar os procedimentos a serem adotados para o processamento e julgamento do recurso extraordinário em processo dos Juizados Especiais Federais, instituiu, nos termos da Lei nº 10.251/01, uma nova e inovadora tutela de urgência, porquanto imprime ao recurso extraordinário caráter objetivo no exercício da sua função de defesa da ordem constitucional, aproximando-o do recurso de amparo espanhol e do recurso constitucional alemão. Deduziu-se que, embora salutar o intento do legislador de racionalizar a prestação jurisdicional, esse poder conferido ao Supremo Tribunal Federal de prodigalizar efeito suspensivo de modo expansivo a partir de um único recurso extraordinário deveria ter sido materializado no plano constitucional. A Magna Carta traça expressamente as duas formas por que o Pretório Excelso deve zelar pela ordem jurídica constitucional: originariamente, mediante processos objetivos, e em recurso extraordinário, mediante processos subjetivos. Claro está no texto da Carta, pois, que o Supremo Tribunal exerce sua função precípua por meio de dois instrumentos diferentes, autônomos e com traços próprios. Dessarte, era defeso por lei ordinária, quão mais de maneira indireta, alterar-se a dicotomia delineada constitucionalmente, incluindo no recurso extraordinário qualidade que não lhe é própria para a guarda da Constituição, mas, sim, das ações de controle concentrado.

E a despeito do vício de constitucionalidade, constatou-se que mister que o § 5º do art. 321 do RISTF padeça, como regra de exceção, interpretação restritiva, sem extrapolar analogicamente os §§ 4º a 9º do art. 14 da Lei nº 10.259/01, que alicerçam e pautam esse peculiar provimento de urgência na instância extraordinária. Faz-se necessário para a concessão da eficácia suspensiva, pois, além da concretização dos pressupostos comuns da tutela cautelar, que a decisão recorrida, sufragando orientação da Turma de Uniformização ao dirimir controvérsia sobre a interpretação da Constituição, contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. Portanto, além da plausibilidade do direito alegado e perigo na demora da prestação jurisdicional, impõe-se a existência de dissídio em torno da matéria jurídica veiculada no recurso extraordinário, o qual se configura pela submissão *a priori* do tema à Turma de Uniformização. Demais disso, a questão constitucional divergente deve ser de direito material, assim como é exigido para que se provoque a manifestação do Superior Tribunal de Justiça no incidente de uniformização de interpretação de lei federal e nele se agregue a eficácia suspensiva através de medida liminar (art. 14, §§ 4º e 5º).

No que concerne à configuração do *periculum in mora* para a outorga do efeito suspensivo expansivo para os processos no âmbito dos Juizados Especiais Federais, concluiu-se que o fundado receio de dano de difícil reparação deve ser considerado globalmente, tendo em vista todos os feitos que se pretende sobrestar, e não a situação concreta vertente no recurso extraordinário. Em outras palavras, para ser deferido o efeito suspensivo expansivo, é forçoso sopesar a magnitude do conjunto de processos pendentes, ou possíveis, versando sobre homogênea questão constitucional, bem como a repercussão que as decisões conflitantes ou reatas à jurisprudência do Supremo poderiam representar para o recorrente – se for a União, autarquia, fundação ou empresa pública federal – ou – se difuso o prejuízo – para a totalidade de jurisdicionados que possuam idêntica *quaestio* em suas demandas. Caso o perigo na demora não tenha amplitude geral, restringindo-se à lide individualizada dos autos, é facultado ao relator, se houver plausibilidade do direito alegado, apenas deferir efeito suspensivo ao recurso extraordinário pendente, com base no poder geral de cautela.

Quanto ao *habeas corpus*, firmou-se o entendimento de que constitui tutela de urgência porque consiste num provimento jurisdicional imediato com o fim de evitar prejuízo irreparável – o cerceamento indevido à liberdade de locomoção – pela demora da prestação jurisdicional. O *fumus boni iuris* reside na provável ilegalidade da decisão que determina a segregação civil da parte ou no abuso de poder de seu prolator, ao passo que o *periculum in mora* reside na coação ou violação atual ou iminente à liberdade de locomoção. Constatou-se que, estando presentes os requisitos na pendência de recursos extraordinário e especial, a ordem de *habeas corpus* deve ser concedida mediante a impetração do pedido ou *ex officio*. Na análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observou-se que, na mesma esteira do Pretório Excelso no âmbito do recurso extraordinário em matéria criminal, que essa Corte tem concedido *habeas corpus ex officio* até quando não conhece do recurso especial, ou seja, quando não aberta a via extraordinária. Concluiu-se que embora o *jus libertatis* traduza um valor encimado e direito constitucionalmente assegurado, não se justifica essa possibilidade no âmbito do processo cível, em que a pena restritiva de liberdade tem natureza e função próprias.

Sobre a competência para o exercício da jurisdição de urgência em sede de recursos extraordinário e especial, assentou-se, à míngua de previsão legal, que vigora o mesmo espírito projetado pelo legislador referentemente às instâncias ordinárias: pertence ao órgão judicial que está exercendo jurisdição na causa. Nos termos dos enunciados n^{os} 634 e 635 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que determinaram a competência sobre a medida cautelar em sede de recurso

extraordinário, a competência para a jurisdição de urgência na pendência dos recursos extraordinário e especial atine ao presidente ou vice-presidente do tribunal local antes de sua admissão na origem e, após, ao respectivo Pretório Superior. Apenas quando instaurada a liquidação de sentença ou a execução provisória, em se tratando de medida de urgência visando especificamente a assegurar a satisfação do direito reconhecido no *decisum* recorrido – *v.g.*, medidas de arresto, seqüestro e busca e apreensão – ou de medida típica da atividade executiva – *v.g.*, a alienação antecipada de bens penhorados –, a competência para conhecer e julgar as tutelas de urgência não toca nem à presidência da corte *a quo* nem à Corte Superior destinatária do recurso excepcional, mas ao magistrado de primeiro grau que está processando a liquidação de sentença ou a execução provisória do julgado.

Esse entendimento consagrado a partir dos multicitados verbetes sumulares n^{os} 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal sofre, contudo, robusta relativização por parte do Superior Tribunal de Justiça, que, com arrimo no poder geral de cautela e no princípio da efetividade processual, tem o vezo de aquilatar-se competente para, em hipóteses ditas excepcionais, verificadas caso a caso, deferir tutelas de urgência ainda que não tenha sido admitido o recurso especial no tribunal de origem. Malgrado nobre o escopo do Superior Tribunal de Justiça nessas hipóteses em que exerce a jurisdição de urgência, no mais das vezes para coibir decisões teratológicas ou abusivas, coligiu-se que é incorreta a inteligência sufragada pela Corte. A competência funcional dos presidentes de tribunais de justiça e regionais federais é absoluta, portanto, de caráter público e natureza indisponível, não podendo ser modificada. E tampouco eventual injustiça manifesta e grave justifica que o Superior Tribunal de Justiça se arvore da competência do presidente do pretório *a quo*, juiz natural para a tutela de urgência nessas situações. Por mais despropositada que seja uma decisão judiciária, somente o órgão competente, observadas as formalidades legais, possui o condão de reformá-la ou anulá-la.

A postura arbitrária do Superior Tribunal de Justiça colhe gravidade em face de sua missão constitucional. Nos termos da Constituição, cumpre precipuamente a essa Corte proteger o direito positivo federal e uniformizar a jurisprudência, e não salvaguardar o direito subjetivo das partes, o qual impende ser albergado apenas de forma reflexa. Por outro lado, a subjetividade empregada pelo Superior Tribunal de Justiça para expandir sua competência, determinada individualmente a partir de conceitos jurídicos indeterminados, contraria a segurança jurídica, que constitui seu substrato. O Superior Tribunal vem decidindo, a seu bel-prazer, quando possui ou não competência para exercer a tutela de urgência em sede de recurso especial, em detrimento da

livre apreciação do presidente do pretório *a quo* no âmbito da competência originária. Nesse contexto, se o Superior Tribunal de Justiça considera importante ter a última palavra sobre a jurisdição de urgência em sede de recurso especial, concluiu-se que seria mais adequado reputar cabível o agravo de instrumento contra a decisão presidencial que aprecia pedido de tutela de urgência, através de interpretação extensiva do art. 544 do Código de Processo Civil. A Corte atuaria como terceira instância, porém estaria plenamente preservada a competência originária do presidente do tribunal local, bem como princípios fundamentais como os do juiz natural e da hierarquia dos graus de jurisdição.

No caso de interposição conjunta de recursos extraordinário e especial, depreendeu-se que a competência para o exercício das tutelas de urgência em geral pertence, no caso de admissão de apenas um dos recursos excepcionais, à Corte Superior a que se destina o recurso admitido, não obstante a eventual pendência de agravo de instrumento. Todavia, em sendo admitidos ambos, toca inicialmente ao Superior Tribunal de Justiça, *ex vi* do *caput* do art. 543 do Código de Processo Civil. Tão-somente após o epílogo do julgamento do recurso especial, quando os autos são remetidos para apreciação do recurso extraordinário, se não estiver prejudicado seu julgamento, a competência para julgar os pedidos de urgência passa a ser do Supremo Tribunal Federal, pois é neste momento que principia a sua jurisdição. Esse panorama sofre alteração no caso de o relator do recurso especial considerar previamente que o recurso extraordinário é prejudicial àquele: hipótese em que transfere *ab initio* ao Supremo Tribunal Federal a competência para o julgamento da causa e, por corolário, para conhecer de eventual pleito de urgência. Para isso, entretanto, é necessário que o relator do recurso extraordinário anua com o entendimento sufragado pelo relator do especial.

Dita sistemática só não funciona em relação às tutelas de urgência essenciais aos recursos excepcionais: o efeito suspensivo e a antecipação de tutela recursal. Sendo negado trânsito a um dos recursos na origem, segue sendo da alçada do presidente do tribunal local, enquanto não aberta a respectiva instância extraordinária pelo provimento do agravo de instrumento, a competência para conceder efeito suspensivo ou antecipatório ao recurso cujo trânsito foi denegado, apesar de ter sido determinada a subida do outro recurso excepcional e, por conseqüência, e estar aberta uma das instâncias extraordinárias. Essa ressalva sobre os provimentos urgentes peculiares também opera na hipótese de admissão de ambos os recursos. Quando a tutela de urgência buscada consiste na atribuição de efeito recursal, apenas a Corte competente para o julgamento do respectivo recurso tem poder para decidir sobre a mesma após sua admissão na origem. Por con-

seguinte, somente o Supremo Tribunal Federal possui competência para deferir efeito suspensivo ou antecipação de tutela recursal a recurso extraordinário e apenas o Superior Tribunal de Justiça tem competência para deferir efeito suspensivo ou antecipatório a recurso especial, sob pena de se interferir em jurisdição absolutamente alheia. Esse balizamento da competência para a jurisdição de urgência decorre das funções próprias de cada uma das Cortes, insculpidas de forma frisante na Constituição.

Tendo em vista o caráter precário do juízo de admissibilidade exercido pela presidência do tribunal local, nada impede que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, contrariando a decisão presidencial, não conheçam de recurso excepcional interposto. Situação semelhante ocorre na hipótese de a decisão do relator, ou mesma de colegiado, ser reformada internamente para não conhecer dos recursos extraordinário e especial, em função de recurso intentado em seu procedimento. Nessas hipóteses, em razão do fechamento da instância extraordinária decorrente da negativa de seguimento, a competência para eventual tutela de urgência a partir dessa decisão seria, segundo a literalidade do entendimento vigente, do presidente do tribunal local. Contudo, assentiu-se que, uma vez aberta a instância extraordinária, deve permanecer a jurisdição de urgência no âmbito do respectivo Tribunal Superior até o julgamento final do recurso ingressado, ainda que nesse meio-tempo não se encontre tecnicamente descerrada a instância excepcional. Isso porque, nesse entretempo, é a Corte Superior que está com a posse dos autos e jurisdicionando sobre a causa. A idéia de retroagir à seara do tribunal de origem não seria nem prática nem juridicamente razoável, mesmo porque há muito já esgotou o seu ofício jurisdicional na causa.

Relativamente ao *habeas corpus*, não obstante a Constituição determine ser competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça processar e julgar *habeas corpus* quando o coator for, respectivamente, Tribunal Superior e tribunal integrante da Justiça Comum, concluiu-se que, com fulcro no entendimento de que o cerceamento à liberdade da pessoa constitui restrição tão grave que cumpre a todo e qualquer órgão judicial conhecer de pedido de *habeas corpus*, também tem competência o presidente ou vice-presidente da corte de origem para deferir liminarmente ordem de *habeas corpus* em caso de prisão civil cominada em acórdão objeto de recurso extraordinário ou especial no exercício de seu ofício jurisdicional que prefacia a instância extraordinária. Entendeu-se, entretanto, que a presidência está limitada a deferir o *habeas corpus* de forma provisória. A revisão da decisão de órgão de tribunal não se insere na competência do magistrado que o preside, mas, sim, das Cortes Superiores, no exercício de seus misteres

constitucionalmente estatuídos. Por isso, havendo prisão civil e exauridas as instâncias ordinárias, cumpre ao Pretório Superior demover de maneira definitiva a prisão civil, seja através do provimento do recurso excepcional ou concessão da ordem de *habeas corpus*, a requerimento da parte interessada ou de ofício.

Ponderou-se ainda que a competência para a jurisdição superior de urgência nos casos de cerceamento ao direito de locomoção não se restringe à conjectura delineada pelo constituinte derivado com a nova redação dada aos arts. 102, I, alínea *i*, e 105, I, alínea *c*, da Constituição Federal. Há muito se alinha como princípio inquebrantável no direito brasileiro o cabimento concomitante de *habeas corpus* e de recurso para impugnar-se lesão ou ameaça à liberdade de locomoção gravada em decisão judicial, motivo por que é admissível, simultaneamente, a interposição de recursos extraordinário e especial e a impetração de *habeas corpus* contra acórdão que comina prisão civil. O Tribunal Superior para o qual foi manejado o recurso excepcional tem competência para revisar ou anular o capítulo do aresto recorrido que determinou a prisão do jurisdicionado, sem prejuízo de *habeas corpus* impetrado para esse mesmo fim. Par a par das competências originárias definidas na Constituição, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de juízes da causa pela interposição de recurso extraordinário e especial, também têm, por força de sua competência recursal, competência para exercer a jurisdição de urgência através de *habeas corpus*.

No que respeita ao procedimento das tutelas de urgência atípicas, enfrentou-se a marcante dissidência existente na prática dos tribunais ao integrar a lacuna, estimulada pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Concluiu-se que o meio processual adequado para se deduzir pedido de tutela de urgência atípica em sede de recursos extraordinário e especial, quer tenha viés satisfativo, quer tenha viés cautelar, é a petição, sem qualquer formalismo específico, como vem propugnando o Supremo Tribunal Federal e propõe a nova sistemática estabelecida na legislação processual. O pedido de provimento de urgência encerra, pois, de ordinário, questão incidente não-autônoma, incapaz de ensejar nova relação jurídica processual. Deduziu-se ainda que é possível que o pedido seja formulado, para o presidente do tribunal *a quo*, na peça de interposição do recurso excepcional ou do agravo de instrumento contra a decisão denegatória de seguimento. Basta que o presidente conheça do pedido ao receber o recurso. Verificou-se ainda a possibilidade de se formular o pedido para a Corte Superior a que se destina o recurso excepcional no próprio agravo de instrumento. Nesta hipótese, o pleito deve ser deduzido no bojo do recurso, cumulando, em ordem sucessiva, o pedido de tutela urgente ao recursal, haja vista que o

Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça só têm competência para conhecer do pedido urgente a partir do provimento do agravo de instrumento, quando se instaura a jurisdição extraordinária.

Observou-se que o pedido de urgência pode ser indeferido pelo órgão judicante *in initio litis*, sem resolução do mérito ou através de julgamento sumário do mesmo. Sendo o despacho negativo proferido pelo presidente ou vice-presidente do tribunal subjacente, não tem cabimento qualquer recurso, por ausência de previsão legal. Considerado de forma ortodoxa o disposto no enunciado sumular nº 634 do Supremo Tribunal Federal, resta à parte, enquanto a jurisdição de urgência pertencer ao pretório *a quo*, postular o juízo de retratação – podendo, para isso, lançar mão de embargos de declaração com efeitos infringentes – ou requerer a tutela de urgência diretamente na instância extraordinária: suposição em que se impende contar com o abrandamento da orientação firmada sobre a incompetência das Cortes para conhecer de pedidos urgentes antes da admissão do recurso excepcional. Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, seja qual for o fundamento da negativa liminar de seguimento da petição, cabe recurso de agravo, dito regimental, para o órgão colegiado que seria competente para o julgamento do pleito urgente.

Constatou-se que o procedimento do pedido de tutela de urgência, na qualidade de mero incidente processual, deve ser deveras sumário e sem condenação em honorários advocatícios. Após a oportunidade de contraditório, com ou sem resposta os autos hão de ser conclusos para julgamento imediato do pedido. No âmbito dos Pretórios Superiores, a competência para o julgamento toca ao mesmo órgão colegiado competente para o julgamento do recurso excepcional, ressalvadas aquelas situações em que a iminência do perigo é descompassada ou há risco de que o requerido torne ineficaz a medida se concedida *a posteriori*, quando a tutela de urgência pode ser deferida *in audita altera parte* pelo relator, *ad referendum* do órgão colegiado. Nesses casos de deferimento da medida de urgência sem audiência da parte contrária, inferiu-se que não se trata simplesmente de julgamento de pedido de liminar, mas de julgamento liminar do pedido. Pois apesar de haver uma breve dicotomia, por disposição regimental, na distribuição da competência para a hipótese de concessão *in limine* do provimento urgente no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, não há decisão definitiva por parte do colegiado, mas a confirmação ou não do *decisum* singular. E em qualquer caso, subsiste o direito do requerido de peticionar, até o julgamento definitivo do recurso excepcional, para o órgão colegiado requerendo a modificação ou a reforma da decisão.

Tendo em vista a austeridade da decisão que confere tutela de urgência liminarmente, constatou-se que é recomendável, sempre que se pressentir algum risco de dano para o *ex adverso*, que se determine a prestação de caução. Demais disso, em face do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, obtemperou-se que a concessão liminar de tutela de urgência, a qual se ampara em elementos fático-probatórios produzidos de forma unilateral, deve ser sempre medida excepcionalíssima, prolatada naquelas hipóteses em que, além da presença marcante do *fumus boni iuris*, há a efetiva possibilidade de o dano consumir-se antes de propiciar-se o contraditório e a ampla defesa ou de ocorrer justamente em decorrência da concretização dessa oportunidade. Em outras palavras, tem cabimento quando há a preponderância em concreto dos princípios da efetividade e inafastabilidade da jurisdição sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa. Não conformada essa *conditio juris*, verificada caso a caso com base no princípio da proporcionalidade, figura-se inconstitucional a inversão do risco através da outorga *inaudita altera parte* do provimento jurisdicional.

Da decisão que concede *in limine* a tutela de urgência, o Superior Tribunal de Justiça admite o agravo, apesar da necessidade de referendo pelo órgão fracionário competente. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, entende que a parte carece de interesse processual em virtude da obrigatoriedade do pronunciamento colegiado sobre a matéria decidida de forma singular. Concluiu-se que a razão está com o Supremo Tribunal Federal, visto que a finalidade do agravo interno é justamente integrar a decisão individual através da devolução da matéria ao órgão colegiado, o que acontece de modo inevitável no referendo. Sem embargo, o fundamental é que se permita às partes influenciar no julgamento colegiado, rebatendo os fundamentos fáticos e jurídicos que embasaram a decisão. Em realidade, constatou-se que o melhor seria, antes do referendo, que se determinasse a intimação das partes a fim de oportunizar-se-lhes apresentar defesa, impugnar os fundamentos da decisão individual, oferecer memoriais e acompanhar o julgamento, inclusive permitindo responder eventuais perguntas formuladas pelos ministros durante a sessão. O exercício prévio do contraditório e a oportunidade de defesa ofereceriam mais elementos ao colegiado para o julgamento do incidente e legitimariam a decisão, além de ir ao encontro dos rumos do Direito Processual moderno, que busca sempre permitir o máximo possível a participação das partes na prestação jurisdicional, colaborando e influenciando para que seja mais qualificada, justa e democrática.

Tudo sopesado, percebe-se que a tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial é imprescindível não apenas para albergar as partes de lesões iminentes despontadas na sua pendência e propiciar, desta forma, uma tutela jurisdicional mais efetiva, mas também, como consectário de seu caráter acessório, para que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça cumpram realmente o papel que lhes cabe através do julgamento desses recursos. A inapetente infrutuosidade de suas decisões finais representa, ao mesmo tempo, frustração para a parte que vê comprometida a prestação jurisdicional que lhe é favorável e prejuízo para o ordenamento jurídico pelo respaldo, na prática, de decisão que afronta a sua unidade ou inteireza. A grande dificuldade atualmente no exercício dessa jurisdição de urgência encontra-se na praxe adotada pelos pretórios, embora se imponha reconhecer que representa um mal menor a atividade integrativa desdobrada para superar a anomia na legislação de regência. Os tribunais pátrios, sobretudo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, não harmonizam o seu entendimento em muitos aspectos desse microssistema processual, quando não prodigalizam procedimento que afronta princípios basilares do devido processo, tais como o do contraditório e o da ampla defesa.

Para se afastar essa insegurança jurídica e adequar, concomitantemente, os mecanismos da jurisdição de urgência aos valores jurídicos informativos do cenário processual contemporâneo, o ideal seria, pela complexidade da lacuna, uma inovação legislativa, no passo que tem caracterizado o processo civil pós-moderno. Sem embargo desse desiderato, nada obstará que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com estesia e seguindo as missões que lhes foram confiadas pela Constituição, desvelassem doravante uma evolução jurisprudencial e revisassem os institutos estruturadores do sistema, aperfeiçoando-o e lhe conferindo organicidade. Em uma sociedade em constante transformação, cada vez mais complexa e consciente dos direitos da cidadania, é indispensável que a entrega da prestação jurisdicional e a atuação dos órgãos judiciários sejam também evolutivas e correspondentes às novas e modernas aspirações, em prol de soluções mais seguras e céleres. Uma revisitação preceptiva certamente teria o condão de descortinar a jurisdição de urgência em sede de recursos extraordinário e especial como um microssistema processual assegurador não somente da efetividade, mas também de outras garantias fundamentais do Direito Processual.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis *Lo racional como razonable*: un tratado sobre a justificação jurídica. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ALVIM, Eduardo Arruda. Medida cautelar – art. 790 do CPC – conhecimento – conferimento de efeito suspensivo a recurso especial interposto, mas ainda em processamento no tribunal de origem – comunicação de efeito suspensivo (jurisprudência comentada). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 78, p. 264-270, abr-jun.1995.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Medidas cautelares inominadas. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 57, p. 33-90, jan.-mar.1988.

ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*: ex. Art. 700 C.P.C. Padova: CEDAM, 1985.

ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 23, p. 111-138, 1985.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 6: arts. 566 a 645.

_____. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Manual da execução*. 9.ed. rev., atual. e ampl. da 8. edição do livro Manual do processo de execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BANDRÉS, José Manuel. *Poder judicial y constitución*. Barcelona: Casa Editorial, 1987.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Belo Horizonte: [s.n.], 1960.

_____. A evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: O PODER Judiciário e a Constituição. Porto Alegre, p. 127-149, 1977. Coleção Ajuris 4.

BARILE, Paolo. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bolonha: Il Molino, 1984.

BARROSO, Luis Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha. *Cautelares e liminares*. São Paulo: LTr, 1996.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BAUR, Fritz. *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Traduzido por Armindo Edgar Lauz. Porto Alegre: Fabris, 1985.

_____. Transformações do processo civil em nosso tempo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, v. 7, traduzido por J. C. Barbosa Moreira, p. 57-68, 1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____; CARMONA, Carlos Alberto. A posição do juiz: tendências atuais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 349, p. 85-100, 2000.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 7: arts. 496 a 565.

_____. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil: observações às leis 8.950, 8.951, 9.952, 8.953 de 13 de dezembro de 1994*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BETTI, Emilio. Ragione e azione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. 9, parte I, p. 205-237, 1932.

BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Eudeba, 1965.

_____. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Turim: Giappichelli, 1960.

BOMFIM, Edson Rocha. *A conversão do recurso extraordinário em especial*. Brasília: Brasília Jurídica, 1990.

BONUMÁ, João. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva & Cia Livraria Acadêmica, 1946. v. 1.

BRAGA JUNIOR, Benjamin do Carmo. *Apontamentos sobre o recurso extraordinário (doutrina e jurisprudência)*. Rio de Janeiro: A Judicial, 1922.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria da Reforma do Judiciário. *Diagnóstico do Poder Judiciário*. Elaborado pela Fundação Getúlio Vargas, Brasília, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Execução provisória: a caução e sua dispensa na Lei nº 11.232/2005. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 85, p. 44-56, mai. 2006.

BUENO, José Antonio Pimenta, Marquês de São Vicente. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1857.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Europa-América, 1959.

_____. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Prólogo de Eduardo J. Couture. Traducción de Marino Ayerra Merí. Buenos Aires: El Foro, [19--].

_____. La funzione della giurisprudenza nel tempo processual. In: STUDI sul processo civile. Padova: CEDAM, 1957. v. 6.

_____. *Processo e democrazia*: conferenze tenute alla facoltà de diritto dell'Università Nazionale del Messico. Padova: CEDAM, 1954.

_____. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: OPERE GIURIDICHE di Piero Calamandrei: a cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, p. 615-640, 1972. v. 5: La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove.

CALMON, Eliana. Tutela de urgência. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual civil*, Porto Alegre, Síntese, n. 4, p. 11-19, mar.-abr. 2000.

CALMON, Pedro. *História da civilização brasileira*. 6.ed. São Paulo: Nacional, 1958.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

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

_____. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 66, p. 151-201, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro (dir). *Accès a la justice et État-providence*. Paris: Economica, 1984.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo In: STUDI in onore di Enrico Tullio Liebman. Milano, Giuffrè, 1979. v. 1, p. 153-210.

_____; VIGORITO, Vincenzo. I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 26, p. 604-650, 1971.

_____. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Milano: Giuffrè, 1974.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*. Tradução de J. C. Barbosa Moreira. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 65, p. 127-143, jan.-mar. 1992.

_____. *Processo e ideologie*. Bologna: Il Molino, 1969.

CARMONA, Carlos Alberto. Reforma da Constituição e processo: promessas e perspectivas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 61/62, p. 1-12, jan.-dez. 2005.

CARNEIRO, Athos de Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CARNELUTTI, Francisco. *Istituzioni del processo civile italiano*. 4.ed. Roma: Foro Italiano, 1951.

_____. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 1940.

CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1979.

CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os valores constitucionais fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTRO, Honildo Amaral de Melo. Admissibilidade do recurso especial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 329, p. 77-86, 1995.

_____. Recurso especial: a visão de um presidente. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 338, p. 85-98, 1997.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *L'Etat de droit*. Paris: Montchrestien, 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. Traduzido por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. *Principios de derecho procesal civil*. Traducción, prologo y notas de José Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1922.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CIRULLI, Máximo. *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1996.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garantias constitucionais e justo processo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 90, p. 95-150, 1998.

- _____. I modelli di garanzia costituzionale del processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 45, n. 3, p. 673-741, sett. 1991.
- CONTI, Giovanni. *Requisitos da tutela cautelar constitucional*. Porto Alegre: Norton, 2004.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- COSTA, Elisio de Assis. As súmulas do STF e o recurso especial. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez Informação, v. 146, p.10-12, 1989.
- COUCHEZ, Gerard. *Procédure civile*. 13 ed. Paris: Armand Colin, 2004.
- COULON, Jean-Marie; FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *et al. Le temps dans la procédure*. Paris: Dalloz, 1996.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo: B de F, 2002.
- CUNHA, Alcides Muños da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Impugnação da decisão que determina a retenção de recurso especial e recurso extraordinário. *Revista IOB de Jurisprudência*, São Paulo, 3/16755, p. 193-195, dez. 2000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In: *O PODER Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre, 1977. Coleção *Ajuris* 4.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of law*. In: *PROBLEMAS de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.
- DAVID, Renè. *Les grands systèmes de droit contemporain*. Paris: Dalloz, 1969.
- DENNING, Lord. *The due process of law*. London: Butterworths, 1980.

DIDIER JR., Fredie. Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 26, p. 711-734, 2002.

_____. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 108, p. 23-31, 2002.

_____. Princípio do contraditório e garantia do cidadão. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 18, 2002, Salvador. Anais: Cidadania, ética e Estado. Brasília, OAB, Conselho Federal, 2003, p. 1543-1555.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Tutela de urgência. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez Informação, v. 286, p. 5-28, ago. 2001.

DINI, Mario. *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile: arts. 700 a 702 Cod. Proc. Civ.* Milano: Giuffrè, 1957.

DINIZ, José Janguie Bezerra. O recurso especial após a Lei Federal 9756 de 1998. *Revista IOB de Jurisprudência*, São Paulo, 3/15381, p. 156-160, 1999.

DIREITO, Carlos Gustavo. Do recurso especial. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 8, p. 125-146, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978.

_____. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University, 1986.

ENGELMANN, Arthur (org.). *A history of continental civil procedure*. New York: William S. Hein, 1999. v. 7: The continental legal history series.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 23, n. 66, p. 5-18, mar. 1996.

_____. Os equívocos da Reforma do Judiciário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 378, p. 3-9, mar-abr. 2005.

FAGUNDES, Henrique. O recurso extraordinário e o recurso especial dirigidos à reforma de decisão interlocutória. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 59-124, 2000.

FAGUNDES, Miguel Seabra. A deterioração do recurso extraordinário. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 123-127, 1970.

FAVOREU, Lois. *et al. Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

FAZZALARI, Elio. Processo: teoria generale. In: NOVISSIMO Digesto Italiano. Torino, 1966. v. 13. p. 1067-1076.

FERNANDES, Andréa Lopes de Oliveira Ferreira; FRANCO, Wanner Ferreira. Execução na pendência do julgamento dos recursos extraordinário e especial. In: ASPECTOS polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

FERREIRA, William Santos. *Tutela Antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FONSECA, Lúcio Palma da. *Tutela cautelar: responsabilidade civil pelo manejo indevido de liminares*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FONTOURA, Lúcia Helena Ferreira Palmeiro da. *Recurso especial: questão de fato, questão de direito*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

FRAGA, Alberico. O recurso extraordinário na Constituição de 1937. *Revista dos Tribunais na Bahia*, Salvador, v. 30, n. 2, p. 124-127, 1938.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure. In: *LE TEMPS dans la procédure*. Paris: Dalloz, 1996.

_____. La philosophie du procès, propos introductifs. In: *ARCHIVES de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, 1995, p. 19-23. v. 39: Le Procès.

FURNO, Carlo. *La sospensione del processo esecutivo*. Milano: Giuffrè, 1956.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GALVÃO, Ilmar Nascimento. Poder Judiciário – reforma de 1988 – o recurso especial do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez Informação, v. 143, p. 26-31, 1989.

_____. O recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, após a Carta de 1988. *Revista da ESMAC*, Rio Branco, v. 1, p. 13-26, 1998.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La ciencia de la justicia: dikelología*. Madrid: Aguilar, 1958.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia Cristina (coords.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GONÇALVES, William Couto. *Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, v. 21, serie II, p. 580-609, 1966.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, p. 219-227, 2001.

_____. *As garantias constitucionais do direito da ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUINCHARD, Serge. *et al. Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès*. Paris: Dalloz, 2003.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HECK, Luís Afonso Heck. *Tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

HOFFMANN, Ricardo. *Execução provisória*. São Paulo: Saraiva, 2004.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

JORGE, Flavio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *La teoría pura del derecho: introducción a la problemática científica del derecho*. Traducción del alemán por Jorge G. Tejerina. Buenos Aires: Lousada, 1941.

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 8, t. 1

_____. *Processo e cultura*. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 74-86, 1961.

- LEITE, Paulo Roberto Saraiva da Costa. Recurso especial: admissibilidade e procedimento. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 305, p. 95-97, 1989.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.
- _____. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Processo de conhecimento e processo de execução*. Uberaba: Vitória, 1981.
- _____. Recurso extraordinário e recurso especial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 306, p.3-7, 1989.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Fabris, 1999.
- LISBOA, Celso Anicet. *A reforma do Código de Processo Civil: comentários às Leis nºs 11.187, de 11 de outubro de 2005, e 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona: Ariel Derecho, 1995.
- LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Reforma do Judiciário e efetividade da prestação jurisdicional. In: REFORMA do Judiciário: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. O novo regime do agravo (Lei nº 11.187/2005). *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 85, p. 159-175, mai 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 2000. v. 1, Principi generali.
- MAGENDIE, Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice: la gestion du temps dans le procès*. Paris: La documentation Française, 2004.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Controle do poder executivo do juiz. *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 127, p. 54-74, set. 2005.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 5, p. 389-402, mai.-ago. 1997.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Tutela cautelar, tutela antecipatória urgente e tutela antecipatória. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 21, n. 61, p. 63-74, jul. 1994.

MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 12: do processo cautelar, arts. 813 a 889.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1967.

MARTINS, Peçanha. Recurso especial: juízo de admissibilidade. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 14, p. 42-45, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. Contrariedade à Constituição e recurso extraordinário: aspectos inexplorados. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 8, p. 40-46, 1994.

_____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDEZ, Francisco Ramos; DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1974.

MILLAR, Robert Wyness. The formative principles of civil procedure. In: THE CONTINENTAL legal history series. New York: William S. Hein, 1999, p. 3-81. v. 7: A history of continental civil procedure.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. 4: Direitos fundamentais.

MONTEIRO, Washington de Barros. Do recurso extraordinário. *Justitia*, São Paulo, Serviço de documentação jurídica do Ministério Público, v. 21, p. 22-40, 1958.

MONTESANO, Luigi. Aspetti problematici del “potere giudiziario” e della giurisprudenza “teorica” e “pratica” nell’Italia d’oggi. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 45, n. 3, p. 665-672, sett. 1991.

_____. *I provvedimenti d’urgenza nel processo civile* (artt. 700-702 Cod. Proc. Civ.). Napoli: Jovene, 1955.

MORAES, Alexandre. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 82-95.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Revista da Ajuris*, v. 29, Porto Alegre, 1983.

_____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, v. 18, p. 123-132, abr.-jun. 1979.

MORETTO, Rodrigo. *Crítica interdisciplinar da pena de prisão: controle do espaço na sociedade do tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2005.

MOSCA, Hugo Pinto da Luz. *O recurso especial e seus pressupostos*. Brasília: Ideal, 1989.

NEGRÃO Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Organização, seleção e notas Theotônio Negrão. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. O novo recurso extraordinário: perspectivas na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 656, p. 239-249, 1990.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, Octaciano *Constituições brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 8, t. 2.

_____. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Efetividade e processo cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 76, p. 88-93, 1994.

_____. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998

_____. (coord.). *A nova execução: comentários à lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006

_____. Perfil dogmático da tutela de urgência. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 24, n. 70, p. 214-239, jun. 1997.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 90, p. 55-84, ago. 2003.

_____. Por um novo paradigma processual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 350, p. 399-404, 2000.

_____. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 33, p. 79-85, 1985.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 26, p. 31-42, 2003.

_____. Recursos extraordinários: juízo de admissibilidade (Constituição Federal, art. 102, inc. III, e art. 105, inc. III, alínea a). *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez Informação, v. 249, p. 131-150, 1998.

ORTH, John V. *Due process of law: a brief history*. Lawrence: University Press of Kansas, 2003.

OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Da antecipação de tutela. In: REFORMA do Código de Processo Civil. São Paulo. Saraiva, 1996, p. 187-213

_____. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v. 1, p. 30-35, set.-out. 1999.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3: arts. 270 a 331.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 10, t. 1.

_____. Democrazia, participação e processo. In: PARTICIPAÇÃO e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 13-24.

PEREZ GORDO, Alfonso. *La ejecución provisional en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1973.

PERROT, Roger. *Institutions judiciaires*. Paris: Montchrestien, 2004.

PETROLATI, Franco. *I tempi del processo e l'equa riparazione per la durata non ragionevole: la c.d. "legge Pinto"*. Milano: Giuffrè, 2005.

PICARDI, Nicola. *Appunti di diritto processuale civile: i processi speciali, esecutivi e cautelari*. Milano: Giuffrè, 2002.

_____. Processo civile (dir. moderno). In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36, p. 101-118.

PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Malheiros, 1992.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, CEDAM, v. 33, n. 2, parte I, p. 109-139, mar.-apr. 1987.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 2002.

_____. *La nuova disciplina del processo civile*. Napoli: Jovene, 1991.

_____. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 34, n. 4, p. 536-561, ott.-dic. 1979.

_____. *Le tutele giurisdizionale dei diritti*. Napoli: Jovene, 2003.

_____. Tutela giurisdizionale e nuovo processo del lavoro. In: FORO italiano, v. 5, p. 205 ss., 1973.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Forense, 1975. v. 8.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. 6: ações mandamentais.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975.

RENUCCI, Jean-François. *Droit européen des droits de l'homme*. Paris: LGDJ, 1999.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 642, p.12-20, abr.1989.

_____. Função do recurso especial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 309, p.3-8, 1990.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 5, p. 343-363, mai-ago 1997.

_____. A instrumentalidade do processo e o princípio de verossimilhança como decorrência do *due process of law*. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, Jurid Vellenich, v. 127, p. 77-84, ago. 1994.

_____. O processo cautelar no Mercosul. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 94, p. 181-192, 1999.

RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan. A tutela antecipada da reforma do CPC de 1994 na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 94, p. 51-70, jul. 2004.

RIBEIRO, Eriko José Domingues da Silva. Recurso especial retido e a decisão sobre tutela antecipada: breves considerações sobre o art. 542, par. 3º, do Código de Processo Civil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez Informação, v. 271, p.15-21, 2000.

RIZZI, Sérgio Souza de. Do recurso extraordinário. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 27, p. 39-47, fev.1989.

RODRIGUES, Júlio Cesar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: 1965.

_____. A Suprema Corte dos Estados Unidos e sua contribuição ao direito constitucional brasileiro. In: O PODER Judiciário e a Constituição. Porto Alegre, 1977. p. 185-216. Coleção Ajuris 4.

RODRIGUES NETO, Nelson. *Interposição conjunta de recurso extraordinário e de recurso especial*. São Paulo: Dialética, 2005.

ROSA, Pêrsio Thomaz Ferreira. O efeito translativo no âmbito dos recursos extraordinários, *Revista de Processo*, v. 138, p. 27-55, ago. 2006.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às súmulas do STF 1 a 621*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SANCHES, Sydney. Argüição de relevância da questão federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 627, p. 257-263, 1988.

_____. *Poder cautelar geral do juiz*: no processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 1.

SANTOS, Paulo Rogério Silva dos. Federalismo: origem e fundamentos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 67-79, jul.-dez. 2004.

SANTOS, Ulderico Pires. *Medidas cautelares: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1979.

SAPIENZA, Carmelo. *I provvedimenti d'urgenza: ex art. 700 cod. proc. civ. (profilo sistematico)*. Milano: Giuffrè, 1957.

SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1948.

SCARPA, Antonio. *I provvedimenti d'urgenza: art. 700 Cod. Proc. Civ. (magis imperii quam iurisdictionis)*. Milano: Giuffrè, 2004.

SICA, Marco. *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza: nei confronti della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1991.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 11, t.1.

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

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985. v. 11.

_____. *Curso de processo civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3: Processo cautelar (tutela de urgência).

_____. _____. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1: Processo de conhecimento.

_____. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVEIRA, José Néri da. O controle da constitucionalidade no direito brasileiro. In: JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITO, 5, 1999, Gramado. Gramado: [s.n.], 1999. p. 1-84.

SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987.

SOUZA, Jurandir Fernandes de. Efeito suspensivo ao recurso extraordinário. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 3, p. 46-48, mar.1997.

TARZIA, Giuseppe. Considerazione comparative sulle misure provvisorie nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 40, p. 240-254, 1985.

_____; CIPRIANI, Franco. *et al. Provvedimenti urgente peri l processo civile*. legge 26 novembre 1990, n. 353, come modificata dalla legge 21 novembre 1991, n. 374. Edizione integrata con il commento alla legge 4 dic. 1992, 1992, n. 477. Padova: CEDAM, 1993.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *et al. Reforma do Judiciário*: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. Vários colaboradores. São Paulo: Saraiva, 1991.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Execução provisória. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez Informação, v. 328, p. 29-38, fev. 2005.

_____. Reforma do Judiciário. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez Informação, v. 286, p. 45-48, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e processo: direito processual civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997. v. 5: Aprimoramento e modernização do direito processual.

_____. *As inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Processo cautelar*. São Paulo: LEUD, 1998.

_____. Tutela cautelar durante tramitação de recurso. In: RECURSOS no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 231-246.

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza*, struttura e limiti della tutela anticipatori. Padova: CEDAM, 1983.

TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos embargos de divergência*: teoria e prática no Superior tribunal de justiça e no Supremo tribunal federal. Porto Alegre: Fabris, 2004.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. New York: Foundation Press, 2000. v. 1.

_____; DORF, Michael C. *On reading the constitution*. Cambridge: Harvard University, 1992.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/index.htm>>; e <<http://www.cidh.oas.org>>

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, 2004, v. 78, p. 43-48, out. 2004.

_____. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. O problema da lentidão da Justiça e a questão da súmula vinculante. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, 2004, v. 75, p. 73-77, mai. 2004.

_____. Recurso especial indevidamente retido. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez Informação, v. 270, p. 5-10, 2000.

_____. A “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 848, p. 60-65, jun 2006.

_____. *Tempo e processo*: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdiccional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito na sociedade moderna*. Civilização Brasileira, 1976.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas. *Revista Renovar*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 01-21, mai.-ago.1995.

_____. Poder Judiciário: reforma. A Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 378, p. 11-26, 2005.

_____. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 638, p. 15-29, 1988.

VERDE, Filippo *I provvedimenti di urgenza*. Padova: CEDAM, 2005.

VERDE, Giovanni. *Considerazioni sul procedimento d'urgenza* (come è e come si vorrebbe che fosse. I processi speciale. Napoli: Jovene, 1979.

_____. Il processo cautelare: osservazioni sparse sui codici di procedura in Italia e in Brasile. *Revista de Processo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 79, p. 35-50, jul.-set. 1995.

_____. Le tecniche processuali come strumento de politica del diritto. In: STUDI in Memoria di Salvatore Satta: a cura di Carmine Punzi, Padova, p. 1859-1877, 1982. v. 2.

VILLAR, Willard de Castro. *Medidas cautelares*. São Paulo, 1971.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDIDA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3ª edição revista, atualizada e ampliada da 2ª edição da obra Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1.

_____. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____; NERY JUNIOR, Nelson (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 2.

_____; _____. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

_____; _____. ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

YARSHELL, Flávio Luiz. A Reforma do Judiciário e a promessa de “duração razoável do processo”. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 75, p. 28-33, mai 2004.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o Protocolo do Mercosul para Cooperação Jurisdicional em Medidas Cautelares: perfil de um processo transnacional para a efetividade. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 37, p. 470-498, jul-set 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Antecipação da tutela em face de pedido incontroverso. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez Informação, v. 301, p. 30-35, 2002, p. 31.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 8: do processo de execução, arts. 566 a 645.

_____. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Eficácia social da prestação jurisdicional. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 8, p. 107-113, 1994.

_____. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 82, p. 53-69, abr-jun.1996.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & economia: análise econômica do direito das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.