

Cabimento de medida cautelar para emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário - Breves considerações acerca da recente Súmula 634 do STF¹

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Pós- Graduado, com título de especialista, em Direito dos Contratos e Direito Processual Civil. Professor do curso de pós-graduação lato sensu em processo civil do COGEAE – PUC/SP. Professor convidado da Pós - Graduação em processo civil da PUC/RJ.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – A Súmula 634: Conteúdo e implicações; 3 – Breve análise dos julgados que deram origem à Súmula; 4 – A posição no STJ com relação aos Recursos Especiais; 5 – Cautelar com o escopo de obter efeito suspensivo a recurso; 6 – Da competência para a medida cautelar; 7 – Conclusão; 8 – Bibliografia.

1- INTRODUÇÃO

Como é sabido, foi aprovada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 24 de setembro de 2003, a veiculação de cem novas súmulas (Súmula 622 *usque* 721). Por óbvio, a edição de número tão dilatado de súmulas que, em última análise, representam as atuais tendências da jurisprudência do órgão de cúpula na estrutura do Poder Judiciário pátrio não pode passar despercebida ao operador do direito.

Muito se discute, em tempos hodiernos, emprestar ou não efeito vinculante às súmulas dos Tribunais superiores. De qualquer forma, enquanto tal questão ainda pende de solução, fato é que a súmula não tem o condão de vincular a decisão do magistrado,

¹ Artigo publicado na revista Dialética de Direito Processual n° 12, março/2004, p. 69/82.

caracterizando-se, por assim dizer, como um mero repositório autorizado da jurisprudência predominante dos Tribunais.

Não se deve fechar os olhos, todavia, à constatação de que a súmula goza, entre nós, de incontestável força de persuasão a contribuir para a solução do litígio, daí a importância e a responsabilidade na análise dos enunciados sumulados por nossos Tribunais, em especial pelos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

Várias das súmulas editadas recentemente mereceriam maior investigação e análise, porém, neste ensaio, limitamo-nos a comentar a súmula 634 do STF que dispõe que: “*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.*”

2 - A SÚMULA 634: CONTEÚDO E IMPLICAÇÕES

Pelo entendimento estampado na súmula em foco, o Supremo Tribunal Federal não concede medida cautelar com o escopo de atribuir efeito suspensivo a Recurso Extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade no Tribunal *a quo*.

A questão ganha relevância porque, de *lege lata*, há possibilidade de se executar provisoriamente sentença ou acórdão quando pendente de julgamento de recurso especial e/ou extraordinário.² De se considerar, ainda, a *novel* Lei 10.444/02, que modificou bastante a execução provisória, dando-lhe contornos de verdadeira execução, permitindo ao exequente a prática de atos de alienação de domínio.³

² É interessante comentar que sob a égide do CPC de 1939, discutia-se muito, na doutrina, se a execução, na pendência do recurso extraordinário, possuía caráter definitivo ou provisório. Com efeito, previa o artigo 882 daquele Estatuto Processual que: “*Art. 882. Serão exequíveis as sentenças: I – quando transitadas em julgado; II – quando recebido o recurso somente no efeito devolutivo.*” O significado exato do termo “trânsito em julgado” previsto no inciso I do art. 882 foi, à época, objeto de muita controvérsia. Para alguns, a execução, nesta hipótese, deveria processar-se de forma definitiva, porquanto não havia disposição clara no CPC/39 sobre o significado exato do conceito de trânsito em julgado, daí o entendimento de que o recurso extraordinário, recebido somente no efeito devolutivo, não tinha o condão de impedir a formação de coisa julgada formal. Tal entendimento foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, que chegou a editar a Súmula 228 que assim pontificava: “*Não é provisória a execução da sentença na pendência de recurso extraordinário, ou de agravo destinado a fazê-lo admitir.*” Essa orientação foi duramente criticada por diversos processualistas, porém a indigitada súmula teve aplicação até o advento do CPC/73, no qual se previu expressamente, no seu art. 587, ser provisória a sentença pendente de recurso recebido somente no efeito devolutivo, expressão na qual se incluem, por óbvio, os recursos extraordinário e especial e, bem assim, definiu-se, no seu artigo 467, o conceito de coisa julgada, para constar que se trata de “eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

³ A recente Lei 10.444/02, alterou a redação do artigo 588 do Código de Processo Civil, dando outro alcance à execução provisória. O artigo 588 passou a ter a seguinte redação: “*A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I – corre por conta e responsabilidade do exequente,*

Assim é que em algumas hipóteses o executado – que se valeu do recurso extraordinário na tentativa de desdourar a decisão exequenda – pode sofrer graves prejuízos justamente no hiato criado entre a interposição do recurso extraordinário e a sua admissão ou inadmissão pelo Tribunal estadual, nesta última hipótese ensejando o recurso de agravo nos termos do artigo 544 do Código de Processo Civil.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o hiato anteriormente referido não é desprezível, pois se trata de tempo considerável (por vezes, muito maior do que a parte pode suportar), notadamente quando necessário interpor agravo nos termos do art. 544 do CPC, em razão do volume descomunal de recursos que atravancam o bom andamento de nossos Tribunais. À guisa de exemplo, no Tribunal de Justiça de São Paulo, não é exagerado falar-se, em algumas situações, em meses para que possa haver decisão quanto a admissibilidade ou não do recurso especial e/ou extraordinário, tempo, aliás, mais do que suficiente para que a parte executada possa sofrer graves prejuízos.

Convém ressaltar que a execução provisória, mesmo com o adjetivo de “provisória”, traduz-se em verdadeira execução, dando início aos atos executivos propriamente ditos.

Pode-se dizer, nessa linha de raciocínio, que o termo execução “provisória” não demonstra o que ocorre no plano processual. Com efeito, a execução dita “provisória”, em si, não é provisória, por várias razões, a saber: (i) não será substituída por outra definitiva quando do trânsito em julgado da decisão objeto da execução; (ii) os atos executórios cometidos tampouco podem ser considerados como provisórios, passageiros ou temporários, na medida em que independem de outra decisão; (iii) tão logo haja o trânsito em julgado da decisão exequenda, os atos, então cometidos na execução dita “provisória”, por óbvio, não serão repetidos por outros ditos “definitivos”.

Pelo que se vê, a nota diferenciadora da execução “provisória” para a definitiva reside tão somente no título que a embasa, se pendente ou não de um recurso.

que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer; II – o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução; III – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior; IV – eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo. § 1º. No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução. § 2º. A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade.”

Ademais, a execução provisória, conquanto sujeita a algumas regras, processa-se como se definitiva fosse (art. 588, *caput*, do CPC).

Por tais razões, percebe-se que a execução não é “provisória”, sendo certo que provisório é o título que a embasa. Trata-se, em última análise, de uma antecipação da eficácia executiva de um determinado pronunciamento judicial ainda pendente de recurso.⁴

É mais do que certo, portanto, que a execução – mesmo com a denominação de “provisória” – pode acarretar prejuízos ao executado enquanto pendente resolução acerca do juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário.

O entendimento estampado na Súmula 634 do STF, por sua vez, nega à parte prejudicada (recorrente), a possibilidade de se valer de medida cautelar no Supremo Tribunal Federal para o fim de emprestar efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto, evitando, desta feita, a execução provisória da decisão, sentença ou acórdão.

O importante para a parte que se julga prejudicada, como se vê, é conseguir efeito suspensivo ao recurso extraordinário, porquanto a mera interposição deste recurso (que não tem ordinariamente tal efeito), obsta a formação da coisa julgada, porém não impede que a decisão possa ser executada provisoriamente, como, aliás, está claro no dispositivo legal encontrado no artigo 587 do Código de Processo Civil.⁵

É digno de nota, nesse contexto, que o efeito suspensivo dos recursos não tem o condão de suspender a eficácia da decisão, sentença ou acórdão, mas sim de obstar, impedir, tal eficácia. O efeito suspensivo, em verdade, prolonga o estado de ineficácia da decisão recorrida, impedindo a produção de seus efeitos⁶⁻⁷.

⁴ No mesmo sentido, Cássio Scarpinella Bueno assim define a execução provisória: “a execução provisória será ‘execução’ precipitada no tempo em que, normal e usualmente, deveria ocorrer, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença que forma o título executivo. É um caso de antecipação da tutela executiva” (*Execução Provisória e Antecipação de Tutela*, Saraiva, 1999, pág. 1610). Também assim se posiciona Ovídio A. Batista da Silva para o qual “a execução provisória é, sem dúvida, expediente técnico antecipatório da execução, mediante a realização provisória da eficácia contida na sentença de procedência.” (*Do processo cautelar*, 2ª ed., Forense, 1998, pág. 18). Por sua vez, Paulo Henrique dos Santos Lucon, baseando-se no escólio de Federico Carpi, define-a como “a antecipação da eficácia executiva ou da atuação da sentença ou de outros provimentos judiciais, de acordo com o momento e o grau de maturidade que a lei considera como sendo normal.” (*Eficácia das Decisões e Execução Provisória*, RT, 2000, pág. 207).

⁵ “Art. 587. A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo”

⁶ O nome mais apropriado parece ser efeito *obstativo*, como, aliás, preleciona Joel Dias Figueira Jr. e Paulo Henrique dos Santos Lucon. Por sua vez, Barbosa Moreira sugere o termo *efeito impeditivo*. Evidente, de qualquer forma, que a denominação efeito *suspensivo*, de fato, está equivocada, porquanto sugere a aptidão para suspender o que já é eficaz, como ocorre, por exemplo, no caso da interposição dos embargos à execução que têm, por força legal, o condão de suspender a execução. Não é o que ocorre com o chamando efeito *suspensivo*, que não suspende, mas, em verdade, prolonga o estado de ineficácia da decisão, impedindo a produção de seus efeitos.

Atribuir efeito suspensivo, pelo critério *ope iudicis*⁸, a recurso que não o tem, com o escopo de evitar um prejuízo irreparável ou de difícil reparação, não é novidade na legislação processual pátria. Exemplo dos mais conhecidos é o do agravo de instrumento. Nos termos dos artigos 527, III e 558, ambos do Código de Processo Civil, pode o relator atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento nos casos que possa resultar em lesão grave e de difícil reparação ao agravante, desde que relevante sua fundamentação.

A atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento é, como se sabe, expediente useiro e vezeiro na praxe forense. O mesmo não ocorre, todavia, com o recurso especial e o extraordinário, o que somente se consegue, no cotidiano forense, por meio de uma medida cautelar inominada, desde que, por óbvio, preenchidos os requisitos específicos.

Dentro desse escopo, nas hipóteses em que se faz necessário obter o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, havendo relevância na fundamentação do recorrente (*fumus boni juris*) e receio de ineficácia do provimento final do recurso (*periculum in mora*), à parte resta o ajuizamento de ação cautelar diretamente no STF para tal desiderato. A súmula em discussão tem o condão de, na prática, dificultar a utilização de tal expediente quando ainda não houve juízo de admissibilidade do recurso extraordinário no Tribunal estadual. De se indagar, portanto: neste hiato de tempo, resta à parte conformar-se com a consumação de seu prejuízo? Pelo que sugere a Súmula 635 do STF⁹, caberia à parte ingressar com ação cautelar no Tribunal estadual e não no STF.

3 – BREVE ANÁLISE DOS JULGADOS QUE DERAM ORIGEM À SÚMULA

Vários foram os julgados que deram origem à edição da súmula em questão, a saber: (i) Pet (MC) 381, CM, Plenário, 19.10.89, DJU de 31.10.89, RTJ 130/545; (ii) Pet (AgRg) 535, MA, 1ª T, 11.2.92, DJU de 13.3.92, RTJ 140/756; (iii) Pet (AgRg) 1.189, MA, 1ª

⁷ Sobre o significado do efeito “suspensivo” no caso específico da cautelar que visa suspender a eficácia da decisão recorrida, tratamos, de forma mais amíuá, no item 5 (“Cautelar com o escopo de obter efeito suspensivo a recurso”) deste ensaio.

⁸ Diz-se *ope iudicis* quando o juiz, fulcrando-se no seu poder “discricionário”, decide fundamentadamente pela concessão ou não do efeito suspensivo.

⁹ Súmula 635 do STF: “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.”

T, 29.10.96, DJU de 6.12.96; (iv) Pet (AgRg) 1.211, NS, 2ª T, 19.12.96, DJU de 3.3.2000; (v) Pet (AgRg) 1.341, NJ, 2ª T, 1º.12.97, DJU de 6.3.98; (vi) Pet (AgRg) 1.336, NJ, 2ª T, 1º.12.97, DJU de 6.3.98; (vii) Pet (AgRg) 1.334, CV, 2ª T, 1º.12.97, DJU de 6.3.98; (viii) Pet (AgRg) 1.327, CV, 2ª T, 1º.12.97, DJU de 6.3.98; (ix) Pet (QO) 1.863, MA, 1ª T, 7.12.99, DJU de 14.4.2000; e, (v) Pet (QO) 1.872, MA, 1ª T, 7.12.99, DJU de 14.4.2000.

A análise dos julgados anteriormente mencionados permite concluir que a discussão que se travou no Supremo Tribunal Federal não envolve o cabimento ou não da medida cautelar para conseguir efeito suspensivo ao recurso extraordinário (o que é aceito pelos Ministros), mas sim *quando* poderá a parte valer-se da mencionada ação e onde deverá fazê-lo.

Trata-se, portanto, de discussão quanto à competência: se do Tribunal *a quo* ou se do Supremo Tribunal Federal enquanto ainda pende decisão quanto à admissibilidade do recurso extraordinário.

O Ministro Moreira Alves participou de vários dos julgamentos em questão, tendo proferido voto paradigma que, de forma resumida, tem o seguinte teor:

“O disposto no parágrafo único do artigo 800 do C.P.C., na redação que lhe deu a Lei 8.952/94, não se aplica a recurso extraordinário pelo relator da petição de medida cautelar, que se torna prevento para julgar o agravo contra o despacho da não-admissão desse recurso, em detrimento da livre apreciação do Presidente do Tribunal ‘a quo’ no âmbito da competência originária que a legislação lhe outorga para esse juízo de admissibilidade, porquanto, se se considera relevante o fundamento jurídico do recurso extraordinário para o efeito de conceder-lhe o efeito suspensivo que a legislação não lhe outorga, é evidente que ele deverá ser admitido ainda que para melhor exame. Ademais, se não obstante isso, o Presidente do Tribunal ‘a quo’ não admitir o recurso extraordinário a que foi dado efeito suspensivo em medida cautelar requerida perante esta Corte, ter-se-á a esdrúxula situação de um recurso extraordinário não-admitido por quem é competente para tanto continuar a ter efeito suspensivo antes de reformada a decisão de não-admissibilidade, uma vez que o despacho de não-admissão na Corte de origem não tem força para reformar a concessão de cautelar dada pelo tribunal ‘ad quem’ que lhe é hierarquicamente superior.”¹⁰

Os votos dos outros Ministros que também opinam pelo não conhecimento da medida cautelar, *e.g.*, Min. Carlos Velloso, Min. Nelson Jobim, Min. Mauricio Correa, Min. Sepúlveda Pertence, Min. Néri da Silveira, vão nesse mesmíssimo sentido.

De qualquer forma, nota-se uma importante preocupação no voto dos eminentes julgadores, consistente no fato de que negar a concessão pelo STF de medida

¹⁰ Trecho de voto proferido pelo Min. Moreira Alves (Agravo Regimental nº 1189-9-MG, D.J. 06.12.96)

acautelatória do eventual resultado buscado no RE cria um verdadeiro “buraco negro” sem jurisdição para a tutela cautelar. Para resolver tal problema, optaram os eminentes ministros por considerar competente o presidente do Tribunal *a quo*.

Tal questão está, a nosso ver, bem retratada em voto da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, *verbis*:

*“Dispõe o art. 800 do Código de Processo Civil que:
‘As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal’
Estipula-se no seu parágrafo único que:
‘Nos casos urgentes, se a causa estiver no tribunal, será competente o relator do recurso.’
O congestionamento crônico do judiciário brasileiro mostra que esse período, em que a causa aguarda admissão ou indeferimento do recurso extraordinário no tribunal recorrido, que deveria ser curto, pode estender-se por tempo considerável, de modo a, eventualmente, prejudicar a eficácia da decisão a ser proferida no recurso extraordinário. Creio, entretanto, que, não cabendo por isso, eliminar de antemão a possibilidade de medida cautelar nesse intervalo, a solução é reconhecer, para isso, por interpretação ampliativa do disposto no parágrafo único do art. 800, a competência do Presidente do Tribunal a quo”.*¹¹

Como se vê, os próprios Ministros vislumbraram a situação de desamparo e de negativa jurisdicional a que fica sujeita a parte que maneja o recurso extraordinário. Ora, a impossibilidade de o STF conhecer de cautelar para o fim de emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário ainda não admitido significa dizer que, no período de tempo compreendido entre a interposição desse recurso e a prolação do juízo de admissibilidade, não há qualquer autoridade ou órgão jurisdicional que tenha competência para o exame da tutela de urgência.

Para resolver tal problema que, a nosso ver, fere frontalmente a Constituição Federal¹², resolveram os d. Ministros reconhecer a competência do Presidente do Tribunal *a quo*, (de quem é a função de proferir juízo provisório de admissibilidade), para conceder, ou não, a medida cautelar, o que frutificou na Súmula 635 que dispõe: *“Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.”*

¹¹ Trecho de voto proferido em Agravo Regimental nº 00005350/170, Rel. Min. Moreira Alves, DJ. 13.03.92

¹² Por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da C.F.), parece-nos que não se pode deixar o Recorrente em situação de desabrigo.

Merece relevo que a opinião que se consolidou no sentido de não vislumbrar competência ao STF para conhecer de medida cautelar com o escopo de atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário ainda não admitido, embora sumulada, não é unânime entre os Ministros da C. Corte Suprema.

Nos julgados que deram origem à Súmula, colhe-se posição diversa da opinião dos Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio.

Com efeito, o Min. Ilmar Galvão, embora tenha acompanhado o voto do Min. Relator Moreira Alves em face da jurisprudência que se consolidou no STF, deixou assente no AgRg nº 5350/170-RJ que:

“Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator, face à jurisprudência da Corte, mas não sem ressaltar o meu ponto de vista, que é em sentido contrário. Com efeito, no momento em que se reclama uma expansão dos meios de controle, pelo Supremo Tribunal Federal, das decisões proferidas por outros órgãos do sistema judiciário nacional, parece-me contraproducente a orientação consubstanciada nos precedentes, tanto mais quando nenhum empeco sobressai, de ordem legal, à concessão da medida, em certos casos que estejam a indicar a necessidade da suspensão dos efeitos da decisão objeto do recurso extraordinário, havendo, ao revés, previsão expressa, no art. 798 do CPC, no sentido de que, além dos procedimentos cautelares específicos, ‘poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas’.”

Ainda mais enfático é o Min. Marco Aurélio, em voto proferido nos Agravos Regimentais nºs. 1327-1, 1.334-4, 1336-1 e 1.341-7, daí porque, conquanto longa, de mister seja transcrita a essência de seu voto, *verbis*:

“Entendo que, diante do teor do artigo 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil, basta ao autor da cautelar comprovar a interposição do recurso extraordinário no que tem o efeito de devolver a esta Corte o conhecimento da matéria impugnada.

Aponta o nobre Ministro-Relator que, no caso, esse recurso pode ser trancado, mas, se isso vier a ocorrer, não se chega à possibilidade de exame do ato alusivo à cautelar pelo Presidente da Corte de origem. A hipótese virá a sugerir, simplesmente, o prejuízo da demanda cautelar. O que não posso compreender é que a ordem instrumental não contemple a cautelar no espaço de tempo em que o processo aguarda, considerada a interposição do recurso extraordinário, simples decisão de cognição incompleta pelo juízo primeiro de admissibilidade. É lógico que, em se tratando de uma hipótese em que já houve a interposição do recurso extraordinário, não será ele juízo primeiro de admissibilidade, o competente para apreciar a cautelar, porque a cautelar tem que ser aforada, realmente, junto ao Supremo Tribunal, com a possibilidade, como esclarecido, de vir-se a ter

aparte a possibilidade de provocar esse poder cautelar abrangente na Corte competente para julgar o recurso.

O parágrafo único do artigo 800 contenta-se, como está expresso nele próprio, com a simples interposição do recurso, revelando que ‘interposto o recurso’ - não há menor dúvida de que o extraordinário foi interposto -, ‘a medida cautelar será requerida’. O que não se pode é inverter a ordem natural das coisas, ou seja, ajuizar cautelar antes da protocolação do recurso. Dispensável, a meu ver, é a decisão de admissibilidade desse mesmo recurso, mesmo porque ela poderá não vir à baila. O juízo primeiro de admissibilidade poderá negar seqüência ao recurso extraordinário e, nessa hipótese, aí sim, teremos a cautelar ajuizada, se não o foi em relação ao agravo, mediante o qual se ataque essa decisão negativa de trânsito do extraordinário, prejudicada.

Em síntese, reafirmo, que pela letra e, também, pela razão de ser do parágrafo único do artigo 800 do Código de Processo Civil - e aí parto para a interpretação teleológica -, é suficiente, para que se tenha aberta a via do ajuizamento da cautelar, a interposição do recurso, sendo dispensável a admissibilidade, em si, já a contar, portanto, o autor da cautelar, com uma decisão de processamento do extraordinário interposto.”

Foi esse, portanto, o panorama que precedeu a edição da Súmula de nº 634 pelo Supremo Tribunal Federal.

4 – A POSIÇÃO NO STJ COM RELAÇÃO AOS RECURSOS ESPECIAIS

Diferente, contudo, é o panorama no Superior Tribunal de Justiça.

No caso da tutela cautelar em recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido, inclusive, a concessão da medida, desde que presentes os requisitos específicos, mesmo antes da interposição do recurso especial.

Esclarecedora, por si só, a ementa da Medida Cautelar nº 488, de que foi relator o Min. Eduardo Ribeiro, da 3ª Turma, que a seguir transcrevemos:

“Cautelar- Recurso especial. Possibilidade, em tese, de ser concedida a suspensão da execução de ato judicial, mesmo não interposto ainda o especial, uma vez que não publicado o acórdão. A ser de modo diverso não haveria tribunal competente para tutelar o direito ameaçado.”¹³

¹³ Nesse mesmo sentido, v. Medida Cautelar nº 1.171/Maranhão, 3ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. 05.02.98 e Medida Cautelar nº 2.540/Rio Grande do Sul, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 28.08.2001.

Trata-se, por óbvio, de situação excepcional e que em razão dessa excepcionalidade merece ser vista com cuidado. Com efeito, ousado e por assim dizer mais afinado com a efetividade do processo o entendimento sob enfoque, porquanto não se nega a prestar a devida jurisdição à parte que necessitar de tutela cautelar no período de tempo que mediar o julgamento no Tribunal *a quo* e a interposição do RESP, em casos tais que possa ocorrer dano de tal ordem que ao final do processo, quando do julgamento do RESP, fique prejudicada a utilidade da decisão.

Ora, se se admite no STJ a concessão da tutela cautelar antes mesmo de interposto o RESP, com muito maior razão deve ser admitida sua concessão quando já interposto o recurso especial, porém ainda não admitido pelo Tribunal *a quo*. Nesse sentido, conquanto ainda haja divergência, tem se consolidado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido admitir a cautelar¹⁴.

É certo, contudo, que tal solução – a concessão de cautelar para dar efeito suspensivo ao recurso especial – por se tratar de exceção à norma legal, deve ser bem aplicada, tendo lugar quando presentes os pressupostos específicos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

De todo recomendável, portanto, observar a prudente advertência feita pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira em voto proferido em sede de agravo regimental lançado contra decisão que concedeu liminar em medida cautelar com esse mesmo propósito (AGRMC nº 535/SP) senão vejamos:

“Constitui jurisprudência assente na Corte que não se deve prodigalizar a concessão de cautelares para comunicação de efeito suspensivo a recursos a ela destinados e desprovidos de tal eficácia. Não menos certo, também, que a medida merece abrigo quando presentes os pressupostos jurídicos do seu deferimento, especialmente quando satisfatoriamente demonstradas circunstâncias fáticas que indubitavelmente podem ensejar lesão de incerta reparação.”

¹⁴ No sentido de admitir a concessão da cautelar para dar efeito suspensivo ao RESP quando ainda não admitido no Tribunal *a quo*: AGRMC 6146-DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ 29/09/03; MC 6522/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJ 25/08/03; MC 6430/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJ 25/08/03; MC 6518/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJ 25/08/03; MC 2887/ES, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 02/09/02; MC 3663/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJ 08/10/2001; MC 4022/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJ 24/09/2001; AGRMC 3217/RS, Rel. Min. Franciulli Neto, 2ª Turma, DJ 04/06/01, entre outros. Em sentido contrário: v. AGRMC 6403, Rel. Hamilton Carvalho, 6ª Turma, DJ 22/09/2003.

Como se vê, em sentido contrário do Supremo Tribunal Federal caminha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que neste último Tribunal Superior, conquanto seja medida de caráter excepcional e sob esse prisma deva ser analisada, a cautelar para dar efeito suspensivo ao RESP ainda não admitido pelo Tribunal recorrido encontra maior aceitação do que no STF.

Infelizmente, em razão da edição das recentes Súmulas 634 e 635 do STF, alguns Ministros do STJ têm entendido da mesma forma, não conhecendo das cautelares enquanto o recurso especial ainda está pendente de admissibilidade por entender que a competência para apreciá-las seria do Presidente do Tribunal estadual¹⁵.

5 – CAUTELAR COM O ESCOPO DE OBTER EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO

Como é assente na doutrina pátria, as medidas cautelares encontram arrimo no princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, tendo por escopo resguardar e proteger o resultado útil da própria atividade jurisdicional.

Nesse sentido, precisas as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier: “*A razão de ser das medidas cautelares liga-se ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Isto significa que, estando as partes, como regra geral, impedidas de resolver seus conflitos pela autotutela, compromete-se o Estado a apreciar as pretensões que lhe são formuladas, devendo prestar jurisdição. O direito à prestação jurisdicional há muito se entende não se confundir com o direito à obtenção de ‘uma sentença transitada em julgado’. O jurisdicionado faz jus, isto sim, à tutela jurisdicional efetiva e eficaz. Portanto, se a finalidade das medidas de natureza cautelar é garantir a possibilidade de eficácia da providência jurisdicional final, elas existem justamente para ensejar a aplicabilidade plena do princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional.*”¹⁶

Com efeito, a cautelar não possui um fim em si mesmo, devendo servir de instrumento para a garantia de outro processo dito principal. O processo cautelar é conhecido como *instrumento do instrumento*, na medida em que o próprio processo cautelar, enquanto

¹⁵ Nesse sentido ver recente julgamento da 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, Medida Cautelar nº 7496.

¹⁶ Teresa Arruda Alvim Wambier, “Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade”, in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, vol. 4, RT, 2001, págs. 1.094/1.095.

instrumento, serve a outro processo igualmente instrumental. Noutras palavras, o processo cautelar presta-se à tutela do processo, pois visa a garantir a utilidade do processo principal (de conhecimento ou executivo), este último, sim, voltado à tutela do direito material.

Disso resulta que a finalidade do processo cautelar é a de garantir o correto funcionamento da máquina jurisdicional, de forma que os provimentos judiciais não sejam simples declarações desprovidas de eficácia prática, daí sua característica notadamente instrumental¹⁷.

Com esse escopo, fica patente que havendo receio de que a parte venha a causar à outra lesão grave a seu direito, antes do trânsito em julgado da lide, tem o juiz o poder de determinar medidas cautelares que entenda adequadas. Tal poder do juiz, denominado pela doutrina como poder geral de cautela, está encartado no artigo 798 do CPC.

Variada e inesgotável é a casuística do poder geral de cautela, permitindo ao juiz atuar com liberdade¹⁸ de forma a evitar lesão grave ou de difícil reparação.

Por isso mesmo, a ação cautelar é largamente utilizada no foro ao longo do segmento recursal para a atribuição de efeito suspensivo a recurso que, *ex lege*, não o tem. Interessante notar que o termo efeito “suspensivo” aqui é empregado com acerto, porquanto os recursos especial e extraordinário não possuem esse efeito *ex lege*, daí porque a decisão recorrível tem eficácia imediata, assim que publicada. Dessa forma, a cautelar teria o condão de realmente *suspendere* os efeitos da decisão e não prolongar seu estado de ineficácia.

Interessante a advertência de Nelson Nery Junior que nos ensina, contudo, que é atécnico requerer, por meio de ação cautelar, seja dado efeito suspensivo ao recurso que

¹⁷ Calamandrei, com notável clareza explica a característica da instrumentalidade existente nas cautelares: “Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito; são portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, *instrumentos do instrumento*” (*Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, Servanda, 2000, trad. Carla Roberta Andreasi Bassi, p. 42).

Nessa mesma linha, Chiovenda sustenta a completa desvinculação da ação cautelar com o direito pleiteado no processo principal, em lição que nos parece oportuna transcrever: “O poder jurídico de obter uma dessas medidas [cautelares] é, por si próprio, uma forma de ação (ação assecuratória); e é mera ação, que não se pode considerar como um acessório do direito acautelado, porque existe como poder atual quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe”. (*Instituições de direito processual civil*, vol. I, 2ª ed, trad. J. Guimarães Menegale, Saraiva, 1965).

¹⁸ É certo que tal liberdade do juiz no poder geral de cautela não significa arbítrio. Deve o juiz, a nosso ver, pautar-se no princípio da proporcionalidade para a concessão da medida cautelar. Nesse sentido, bem esclarece Eduardo de Melo Mesquita: “*Entre os limites sugeridos para concessão da medida cautelar: a avaliação dos interesses em jogo, o prejuízo decorrente da medida dever ser menor que o dano a evitar, impossibilidade de ser satisfativa são aspectos que concorrem para a ponderação do juiz, ao cotejar os interesses em confronto.*” (*As tutelas cautelar e antecipada*, RT, 2002, pág. 390)

legalmente não o tem. Corretamente, deve falar-se em ação cautelar incidental com a finalidade de sustar a eficácia da decisão judicial recorrível, comportando, por óbvio, o procedimento típico de toda e qualquer ação cautelar.¹⁹

A diferença apontada pelo insigne processualista é tênue e dotada de rigor técnico. Vejamos a razão.

Como vimos, o efeito suspensivo significa, em verdade, um prolongamento do estado de ineficácia da decisão, por força da previsão no ordenamento de um recurso que será recebido com ambos os efeitos (o devolutivo e o “suspensivo”). Assim, aquelas decisões que são atacadas por recursos que, excepcionalmente, não são dotados com o efeito “suspensivo”, têm, de *lege lata*, eficácia imediata.

Desta feita, não se poderia agregar efeito suspensivo aos recursos que legalmente não o tem (o que implicaria em dizer que a decisão recorrida não está apta, nem nunca esteve, à produção de qualquer efeito até escoado o prazo recursal), mas sim de suspender, com a obtenção da tutela cautelar – seja ela deferida liminarmente ou não – a decisão que antes da obtenção da medida cautelar estava apta à produção de seus efeitos.

De qualquer forma, é predominante, por assim dizer, o emprego da cautelar com a finalidade de suspender os efeitos da decisão recorrida no cotidiano forense dos Tribunais Superiores, justamente em razão do fato de os recursos especial e extraordinário serem desprovidos, por força legal, do efeito suspensivo, o que permite a imediata produção de efeitos da decisão recorrida. Assim, havendo evidente perigo de lesão e de difícil reparação com o andamento da execução provisória, utiliza-se da cautelar, desde que, preenchidos os requisitos específicos, com o fito de suspendê-la.

Já foi muito utilizado, para a mesmíssima finalidade, vale dizer, conceder efeito suspensivo a recurso, o mandado de segurança, porém o remédio heróico, nestas hipóteses, adquire, a nosso ver, nítida função cautelar²⁰. Ademais, no nosso sentir, o juiz não estaria propriamente cometendo uma flagrante ilegalidade (violação a direito líquido e certo) ao receber um recurso sem efeito suspensivo se a lei assim o prevê. Por tais razões, parece-nos que a medida cautelar é mesmo a via mais adequada.

¹⁹ Nelson Nery Junior, *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, 5ª ed., RT, 2000, págs. 409/410.

²⁰ Nesse sentido, afirma Teresa Arruda Alvim Wambier que muitas das hipóteses de concessão de mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso seriam mais adequadamente tuteladas pela via cautelar (Cf. “Medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso”, *Revista de Processo*, vol. 77, págs. 122/125).

Não se pode deixar de comentar, contudo, que a solução da cautelar não é a mais apropriada quando se tratar de agravo de instrumento, porquanto embora tal recurso não tenha, via de regra, efeito suspensivo – tal como ocorre com o recurso especial e o extraordinário – há expressa previsão legal de que o relator do agravo, mediante requerimento, pode suspender o cumprimento da decisão. O mesmo se diga das apelações que, por força de lei, não tiverem o efeito suspensivo.

Com efeito, o artigo 558 do CPC dispõe que: *“O relator poderá, a requerimento do agravante, 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, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. Ainda prevê o parágrafo único deste dispositivo que: “Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520.”*

Tal permissivo legal, afinado com a efetividade do processo, dá ao relator o poder de conceder efeito suspensivo aos agravos de instrumento e, bem assim, às apelações que não forem dotadas do efeito suspensivo (por força da redação do seu parágrafo único) naqueles casos excepcionados pela lei.

Na falta de dispositivo legal que, a exemplo do mencionado art. 558 do CPC, indique tal poder ao relator nos recursos especial e/ou extraordinário, na praxe forense, há inclinação pela utilização da ação cautelar, com o que concordamos.

Não podemos deixar de consignar, todavia, que, a nosso ver, além da ação cautelar, pode o recorrente pretender valer-se também do art. 273 do CPC para a obtenção da suspensão dos efeitos da decisão recorrida nos recursos especial e/ou extraordinário. Ora, parece-nos perfeitamente possível ao recorrente, desde que preenchidos os requisitos exigidos na lei, propugnar pela antecipação da tutela recursal, ou noutras palavras, antecipação de um dos efeitos da tutela de provimento do RESP e/ou do RE consistente na suspensão da decisão recorrida até o julgamento final dos recursos.²¹

Seja pela via da cautelar ou da antecipação da tutela recursal, o fato é que a parte não pode ficar desamparada, mormente porque a tutela pretendida (suspensão da decisão recorrida) traduz-se em tutela de urgência, daí a necessidade de seu pedido ser devidamente apreciado pelo Poder Judiciário com a maior celeridade possível.

²¹ A propósito do tema, v. William dos Santos Ferreira, *Tutela antecipada no âmbito recursal*, RT, São Paulo, 2000, págs. 325/348.

6 – DA COMPETÊNCIA PARA A MEDIDA CAUTELAR

Defendido, nas linhas anteriores, o cabimento e a pertinência da medida cautelar para emprestar efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários (ou, noutras palavras, suspender a eficácia das decisões recorridas), cabe-nos analisar neste passo qual o órgão jurisdicional competente para deferir a tutela de urgência pretendida.

Dispõe o art. 800 do Código de Processo Civil que: “*As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal*”.

Estipula-se, ainda, no seu parágrafo único que: “*Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.*”

A nosso ver, clara é a redação do dispositivo legal encontrado no parágrafo único do artigo 800 do CPC, deixando patente que a mera *interposição* do recurso franqueia o ajuizamento da ação cautelar perante o tribunal *ad quem*.

Não se lê na referida norma, que *admitido* o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal. Lê-se, sim, de forma textual e inequívoca, que basta a interposição do recurso – que no caso do RE e RESP é formalizada perante o tribunal *a quo* - para que seja possível a propositura da cautelar perante o Tribunal *ad quem*, competente para o julgamento do recurso.

Interpretar esse dispositivo legal de outra forma significa, *data maxima venia*, violar a própria letra da lei.

Alie-se à clareza do texto legal, o fato de que, se tratando dos chamados recursos extraordinários *lato sensu*, o juízo de admissibilidade a ser proferido pelo tribunal *a quo* é essencialmente provisório, tanto é verdade que a sua inadmissão pelo tribunal estadual somente será válida se não houver interposição de agravo de instrumento (art. 544 do CPC) ou se referendada pelo tribunal *ad quem*.

Nem se diga, também, que o recurso enquanto não admitido não teria o condão de produzir qualquer efeito, porquanto, como bem esclarece William dos Santos Ferreira com espeque nas lições de Barbosa Moreira, desde o momento da tempestiva interposição, independentemente do juízo provisório de admissibilidade, o recurso já produz determinados efeitos, *e.g.*, obstar a formação de coisa julgada, justamente porque o pronunciamento de admissibilidade é meramente declaratório, reconhecendo a existência ou inexistência dos requisitos.²²

Assim, bem se vê que basta a interposição do recurso, mesmo sem juízo de admissibilidade, para que este produza alguns efeitos. Um desses efeitos, pode-se dizer, por força do dispositivo legal do art. 800, parágrafo único, é o reconhecimento da competência do Tribunal *ad quem* para eventual cautelar incidental.

De outra sorte, não se pode olvidar que com a interposição do recurso especial e/ou extraordinário o tribunal local já exauriu sua competência, restando-lhe apenas e tão somente a possibilidade de exercer um juízo de admissibilidade provisório que lhe foi diferido pelo tribunal competente (*ad quem*)²³, daí não ter qualquer sentido em manejar a cautelar – que traz alegações de *fumus boni juris* e de *periculum in mora* próprias do mérito do recurso – em órgão incompetente para o julgamento do recurso.

Tal afirmativa carece de melhor explicação. Vejamos.

Para a concessão da tutela cautelar, imprescindível que o julgador convença-se da plausibilidade do direito alegado (*fumus boni juris*) e do perigo de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*). Ao avaliar tais requisitos para a concessão da medida cautelar, notadamente o *fumus*, não se pode, por óbvio, deixar de avaliar, também, mesmo que superficialmente, as razões recursais e a possibilidade de êxito do recurso especial/extraordinário. Sabidamente, o presidente do tribunal *a quo* não tem competência para tanto.

Ademais, na prática, muito mais difícil que o mesmo órgão que já julgou o recurso e o fez numa análise de cognição profunda, decidindo pelo improvimento do apelo,

²² William dos Santos Ferreira, *Tutela antecipada no âmbito recursal*, ob.cit, págs. 329/330.

²³ Nesse sentido, oportuna a lição de Nelson Nery Junior: “A competência para o juízo de admissibilidade dos recursos é do órgão *ad quem*. Ao tribunal destinatário cabe, portanto, o exame definitivo sobre a admissibilidade do recurso. Ocorre que, para facilitar os trâmites procedimentais, em atendimento ao princípio da economia processual, o juízo de admissibilidade é normalmente diferido ao juízo *a quo* para, num primeiro momento, decidir provisoriamente sobre a admissibilidade do recurso. De qualquer sorte, essa decisão do juízo *a quo* poderá ser modificada pelo tribunal, a quem compete, definitivamente, proferir o juízo de admissibilidade recursal, não se lhe podendo retirar essa competência.” (*Princípios Fundamentais*, ob.cit., pág. 225)

possa convencer-se, numa análise superficial, da plausibilidade das razões recursais. Não se pode esquecer que cabe à parte demonstrar ao menos uma nebulosa plausibilidade jurídica de suas ponderações, não bastando, para a concessão da tutela cautelar, a demonstração do *periculum in mora*.

Por fim, quer nos parecer, ainda, que admitir a competência para a cautelar perante o tribunal *a quo* suscitaria uma série de problemas no âmbito do seguimento recursal. Admitida, por hipótese, a competência do presidente do tribunal estadual para a cautelar, várias indagações poderão surgir e, dependendo da resposta que se dê a elas, o processamento da cautelar e do próprio recurso especial e/ou extraordinário poderão sofrer um enorme atraso, senão vejamos.

Caberia recurso da decisão monocrática que defere ou indefere a liminar? Se cabível o recurso, *e.g.*, um agravo interno/regimental, a decisão colegiada desafiaria outro recurso especial/extraordinário?

A decisão que concede a cautela seria revogável pelo tribunal *ad quem*? Se positiva a resposta, como levar tal questão ao tribunal *ad quem*?

Os autos da ação cautelar seriam apensados aos autos principais e subiriam juntamente com o recurso especial/extraordinário ou a cautelar teria processamento e andamento completamente independentes?

Por essas e outras indagações, numa primeira análise, parece que, *s.m.j.*, a propositura da cautelar perante o tribunal estadual poderia suscitar uma série de novos incidentes processuais, contribuindo com a morosidade da prestação jurisdicional definitiva.

De qualquer forma, não se pode deixar de afirmar que se tratando de tutela de urgência, *in casu* evidenciada pelo perigo de lesão grave irreversível ou de difícil reparação que a executividade imediata da decisão causará ao recorrido, não faz muito sentido apegar-se rigidamente à discussão acerca da competência (se do tribunal *a quo* ou *ad quem*).

Evidenciada, portanto, a urgência da tutela, em nome da efetividade, é de se permitir ampla fungibilidade de meios, de forma a possibilitar que tanto o presidente do tribunal local quanto o relator no tribunal *ad quem* possam deferir a tutela, isso porque, tratando-se de tutela de urgência, não se deve apegar rigidamente a um critério de competência (sendo

permitido, inclusive, abrir mão de competência absoluta em situações extremadas). Só assim pode se viabilizar uma pronta prestação jurisdicional²⁴.

Com esse espírito, *data maxima venia*, não é lícito ao Supremo Tribunal Federal furtar-se à análise da cautelar, sob pena de deixar de atender a uma tutela de urgência imprescindível ao jurisdicionado, sendo certo que uma questão – discutível, por assim dizer – de competência, não pode servir de escudo para tanto.

7 – CONCLUSÃO

Em tempos hodiernos, preocupa-se, cada vez mais, com uma prestação jurisdicional tempestiva e efetiva. Dentro desse contexto, variadas são as fórmulas de tutelas provisórias, destinadas à conservação de situações ou mesmo à antecipação de efeitos.

A tutela cautelar, portanto, ganha novos contornos na busca de sua finalidade precípua: garantir a utilidade do resultado final do processo. Trata-se, como se vê, de modalidade de tutela destinada a atender e garantir o princípio da efetividade do processo.²⁵

É justamente nesse contexto que se insere a medida cautelar para suspender os atos da execução provisória (instituto que depois da Lei 10.444/02 foi devidamente calibrado e passou a permitir verdadeira execução, com atos de alienação de domínio).

Os recursos especial e extraordinário, contrariando a regra geral, não têm previsão de efeito suspensivo, daí a produção imediata dos efeitos da decisão (sentença ou acórdão) atacável pelo indigitado recurso.

²⁴ Nesse sentido, lapidar a afirmativa de Teresa Arruda Alvim Wambier: “*Ao analisarmos essas diferentes posições, que não são tão diferentes assim, e, na tentativa de equacionar a questão, eu diria a vocês, nos moldes da dogmática mais pura e antiga, o seguinte: não precisamos lançar mão de teorias modernas, ligadas ao princípio da instrumentalidade do processo, nada disso. Nós encontramos a resposta nas afirmações de Frederico Marques, por exemplo, e mesmo nas obras dos processualistas mais antigos. A regra, neste caso, é de que tanto faz o meio processual utilizado pela parte porque, na verdade, se a medida é realmente de urgência, pode-se passar por cima até de regra de competência absoluta.*”

Eu me lembro de ter tido professores de processo no Curso de Graduação que diziam que, em caso de autêntica urgência, pode-se pedir até uma providência civil para o juiz criminal, porque as regras, mesmo sendo relativas à competência absoluta (que no fundo são regras importantes, são regras de divisão do trabalho), se tornam menos importantes, em face de uma situação de genuína e efetiva urgência.” (trecho de palestra proferida na FADISP em 12 de junho de 2001, em curso de extensão coordenado pelo Prof. Eduardo Arruda Alvim, publicada na obra *Inovações sobre o direito processual civil: Tutelas de Urgência*, Forense, 2003, com o título “A tutela antecipada nos Tribunais”, págs. 543/557)

²⁵ Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, pág. 409.

É certo que em algumas situações a execução (provisória) da decisão sobre a qual ainda pende recurso especial e/ou extraordinário, pode acarretar graves e irreparáveis prejuízos à parte, culminando na completa inutilidade de um futuro provimento do recurso.

Possível, portanto, que em situações excepcionais, possa o recorrente lançar mão da ação cautelar com o fito de suspender a execução do julgado até final decisão no recurso extremo.

Preenchidos os requisitos específicos da tutela cautelar (*fumus boni juris* e *periculum in mora*) e aplicado o princípio da proporcionalidade para se aferir se a suspensão dos atos executivos merece prevalência no caso concreto, salutar a concessão da medida.

A *novel* súmula 634, da qual decorre a Súmula 635, do STF, tem o condão de orientar a jurisprudência no sentido de reconhecer a incompetência daquela Corte máxima para tal cautelar, reconhecendo a competência do Presidente do tribunal *a quo* para deferimento (ou não) da medida de urgência pleiteada, quando o recurso extraordinário ainda não tiver sido admitido.

Embora o Superior Tribunal de Justiça ainda apresente entendimento diverso daquele adotado pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo, na sua maioria, a sua competência para julgar a cautelar, corre-se sérios riscos de que o entendimento estampado nas súmulas 634 e 635 espraie seus efeitos também no Superior Tribunal de Justiça.

A interpretação adotada pelas Súmulas 634 e 635 do STF, a nosso ver, é contrária ao dispositivo legal encontrado no artigo 800, parágrafo único, do CPC que dispõe que “*interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.*”

A concessão ou não da tutela cautelar implica, s.m.j., numa análise, mesmo que superficial, das razões do recurso extraordinário para se avaliar o requisito do *fumus boni juris*. Não nos parece tenha o tribunal *a quo* competência para tanto, porquanto lhe é reservado, tão somente, um juízo de admissibilidade provisório e diferido.

No nosso sentir, a propositura da ação cautelar perante os tribunais *a quo* implicaria em sérios entraves no seguimento recursal, dificultando uma prestação jurisdicional pronta e efetiva.

Por fim, tratando-se de tutela de urgência, independentemente da discussão quanto à competência, necessário que o Supremo Tribunal Federal conheça e aprecie a medida cautelar, sob pena de deixar o jurisdicionado em situação de desabrigo.

São essas, portanto, nossas modestas ponderações, de cunho evidentemente introdutório, acerca da recente Súmula 634 do Supremo Tribunal Federal.

8 - BIBLIOGRAFIA

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. “Tutela Antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas)” in *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1996, págs. 77 usque 112;

_____. “Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo Processo Hodierno entre nós---Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela – As obrigações de fazer e de não fazer --- Valores dominantes na evolução de nossos dias”, *Revista de Processo*, vol. 97, pág. 51 usque 106;

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3^a. ed, São Paulo, Malheiros, 2003;

BUENO, Cassio Scarpinella. *Execução Provisória e Antecipação de Tutela*, São Paulo, Saraiva, 1999;

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares* (trad. Carla Roberta Andreassi Bassi), Servanda, 2000;

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, 2^a ed, trad. J. Guimarães Menegale, Saraiva, 1965;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, Malheiros, 2003;

FERREIRA, William Santos. *Tutela Antecipada no âmbito recursal*. *Revista dos Tribunais*, 2000;

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das Decisões e Execução Provisória*, RT, 2000;

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.*, 4ª edição, RT, 1999;

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada.* RT, 2002;

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos recursos.* 5ª ed., RT, 2000;

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Do processo cautelar*, 2ª ed., Forense, 1997;

SILVA RIBEIRO, Leonardo Ferres da. “Execução e Antecipação de tutela: princípios comuns e sua aplicação visando a efetividade do processo”, in *Processo de Execução*, RT, 2001, pág. 536. Coord. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier;

TALAMINI, Eduardo. “Recorribilidade das decisões sobre tutela de urgência” in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, vol.4, RT, 2001, págs. 267/298;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória” in *Aspectos Polêmicos da antecipação de tutela* (coordenadora), RT, 1997, pág. 483-555;

_____. “Fungibilidade de meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade” in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais – 4ª série.* Nelson Nery Jr. e (coords.). RT, 2000;

_____. “A tutela antecipada nos Tribunais” in *Inovações sobre o direito processual civil: Tutelas de Urgência*, Forense, 2003, págs. 543/557;

_____. “Medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso”, *Revista de Processo*, vol. 77, págs. 122/125.
