

O MANEJO DA MEDIDA CAUTELAR E A BUSCA DO EFEITO SUSPENSIVO A RECURSOS CONSTITUCIONAIS

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA

A questão do empréstimo de efeito suspensivo aos recursos constitucionais (Especial e Extraordinário), a despeito de receber tratamento bastante favorável na doutrina, encontra alguma dificuldade imposta pelos Tribunais Superiores.

Como cediço, somente em casos excepcionais, o Excelso Pretório, bem como o Superior Tribunal de Justiça, vêm admitindo o manejo da medida cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso extraordinário e a recurso especial, respectivamente, a fim de obstar a ocorrência de danos vultosos e verdadeiramente irreparáveis ao demandante.

No seio do Superior Tribunal de Justiça a matéria vem disciplinada no art. 34, incisos V e VI, dando atribuição ao relator para exame de medidas cautelares, ainda que *ad referendum* da Corte Especial, da Seção ou da Turma respectiva. Tais dispositivos são complementados pela norma do art. 288 do RISTJ, que assim dispõe:

“Admitir-se-ão medidas cautelares nas hipóteses e na forma da lei processual.

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

§ 2º O relator poderá deferir liminarmente a medida “ad referendum” do órgão julgador competente”

Adite-se a tais dispositivos procedimentais, a nova redação do art. 558 do CPC, aplicável aos recursos constitucionais:

“Art. 558. 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. (grifos nossos)

Discorrendo sobre o tema, comenta ARRUDA ALVIM (Inovações Sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência, Forense, 2003, p. 141):

“.....forçoso reconhecer que o requisito do periculum in mora, indispensável, ao lado do fumus boni iuris, para o deferimento da medida cautelar, tem contemplado a hipótese de garantia de “eficácia da ulterior decisão da causa”.

Cuida-se, como observa com percuciência Humberto Theodoro Júnior, de uma aplicação particular do poder geral de cautela. Está-se, pois, diante de um expediente cujo objetivo é o de evitar a inutilização do processo principal como instrumento de justa composição dos litígios. Assim, na verdade, a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a especial, responde não só ao interesse do demandante de ver seu provável direito resguardado, mas, também, ao próprio interesse da Justiça, propiciando a utilidade da decisão a ser proferida no recurso especial e/ou extraordinário (grifos nossos).

Destarte, conclui o processualista mineiro: *“A tutela jurídica prometida pelo Estado de Direito aos indivíduos compreende não só processo jurisdicional de reparação das lesões aos direitos individuais, como também a repressão ao perigo de lesão: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – assegura o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal”.*

Nesse *jaez*, identifica-se a possibilidade de se suspender os efeitos da decisão recorrida como aplicação especial do poder geral de cautela, sobre o qual dispõe de forma expressa o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, e, uma vez demonstrada a presença dos requisitos necessários ao deferimento liminar da medida, de rigor a sua concessão.

Vale lembrar o entendimento do Ministro José Delgado, no julgamento da medida cautelar 2.475/RJ:

“O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeiro, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares inaudita altera pars) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico. (...) Em casos tais, pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo em que mediar o julgamento no tribunal a quo e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância. (...) A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas direito público.”

Aliás, o artigo 497 do Código de Processo Civil, na redação que foi dada pela Lei nº 8.038/90, estabelece:

“O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei”

A Jurisprudência da Corte Superior é categórica em admitir a medida cautelar para dar efeito suspensivo ao Recurso Especial:

“Para obter efeito suspensivo a recurso especial – ou seja, suspensão do cumprimento do acórdão objeto do recurso especial – a medida específica é a prevista no art. 288, e não o mandado de segurança ao STJ (STJ, 3ª Seção, MS 2.2221-8- PR, rel. Min. Assis Toledo, j. 5.8.93, não conheceram, v.u. DJU 30.8.93, p. 17.262)

“Interposto o recurso especial, a cautelar incidental será ajuizada diretamente no STJ, ainda que o Presidente do tribunal a quo não tenha proferido juízo de admissibilidade” (RSTJ 99/101)

“A atribuição de efeito suspensivo a recurso especial supõe probabilidade de êxito, bem assim prejuízo irreversível para o interesse de quem recorre” (STJ, 2ª T., Med. Caut. 988-PA-AgRG, rel. Min. Ari Pargendler, j. 23.9.97, negaram provimento, v.u., DJU 13.10.97, p. 51.553)

No âmbito penal, o entendimento dessa Corte não é dissonante sobre o tema:

“AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. ESTUPRO (ART. 214, CAPUT, C.C. ART. 224, ALÍNEAS A E B, E ART. 226, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL). CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. DEFERIMENTO DE LIMINAR PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL ADMITIDO NA ORIGEM. PRESSUPOSTOS AUTORIZATIVOS PRESENTES.

1. Liminar deferida para, emprestando efeito suspensivo ao recurso especial já admitido na origem, impedir que condenado por crime hediondo possa ter acesso à progressão de regime em frontal ofensa ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.

2. De um lado, a questão há muito resta assentada neste Superior Tribunal de Justiça, reforçando com clareza a plausibilidade da tese recursal do Ministério Público Gaúcho. De outro lado, quanto ao perigo na demora, o efeito suspensivo deferido tem, por óbvio, evitar a concessão de benefício inadmitido pela lei, antes mesmo de se julgar o recurso especial. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido. AgRg na MC 7822/RS AGRADO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR 2004/0017144-3 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ. Órgão Julgador 5ª Turma. Julgamento : 23/06/2004 : Data da Publicação/Fonte DJ 23/08/2004 p. 252 ”

“CRIMINAL. MEDIDA CAUTELAR. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. QUESTÃO CONTROVERTIDA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO

PARA O PARQUET. VERIFICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA. MANUTENÇÃO DO EFEITO SUSPENSIVO CONCEDIDO AO RECURSO ESPECIAL ATÉ O SEU TRÂNSITO EM JULGADO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. Considerando-se que a imediata execução do acórdão recorrido – que substituiu a pena privativa de liberdade imposta a condenada por tráfico ilícito de entorpecentes, por pena restritiva de direitos – poderia ensejar a extinção da punibilidade até mesmo antes do julgamento do apelo especial interposto pelo Parquet, procede o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial, com o fim de obstar a execução provisória da decisão. Evidenciada a inocorrência de trânsito em julgado da decisão condenatória para o Ministério Público, torna-se incabível a execução provisória do decism. Persistindo os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, impõe-se a manutenção do efeito suspensivo concedido em liminar a recurso especial, até o seu trânsito em julgado. Pedido julgado procedente para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial n.º 347.505/GO, até o seu julgamento definitivo. MC 2471 / GO MEDIDA CAUTELAR. 2000/0012451-6 . Relator Ministro GILSON DIPP. Órgão Julgador : 5ª TURMA. Data do Julgamento: 06/06/2002. Data da Publicação/Fonte: DJ 02/09/2002 p. 202 “

A orientação da Corte Superior é no sentido de que o manejo da “chamada medida cautelar” destinada a pedir efeito suspensivo (ou, se for o caso, a antecipação de tutela) em recurso especial ou extraordinário não tem natureza de ação cautelar autônoma, constituindo-se em verdade, em simples incidente processual” (STJ- 1ª T. Med. Caut. 12.428-AgRg, Min. Teori Zavascki, j. 20.3.07, DJU 12.4.07).

Ademais, o E. Superior Tribunal de Justiça reconhece como de sua competência, para o processo e julgamento de medida cautelar, mesmo antes da interposição e admissão do recurso especial, nas hipóteses em que fica caracterizada:

1- a plausibilidade do direito suscitado pela parte; 2- urgência da prestação jurisdicional; e 3- a teratologia ou ilegalidade patente da decisão recorrida” (STJ, 3ª T., Med. Caut. 12.112- Ag Rg, Min. Nancy Andrigh, j. 14.12.06, DJU 05.2.07).

Todavia, a Jurisprudência do Excelso Pretório inclina-se, de forma majoritária a restringir a atribuição do efeito suspensivo ao recurso extraordinário, exigindo para a atribuição de tal efeito, ainda que em caráter de

excepcionalidade, concomitantemente, o juízo positivo de sua admissibilidade, a sua viabilidade processual devido à presença dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos do referido recurso, a plausibilidade jurídica da pretensão de direito material nele deduzida e a comprovação da urgência da pretensão cautelar. Nesse sentido, a Pet 2.6786-QO/MS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.12.2005 e a Pet 1.859-AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 28.04.2000. Vale transcrever, a propósito, **excerto do Voto da Min. ELLEN GRACIE, na Quest.Ord. em Med. Caut. em Ação Cautelar 2.177-4-Pernambuco, J. em 12.11.2008**, apreciando a questão da competência do Pretório Excelso para apreciação de ação cautelar em virtude da aplicação do regime da repercussão geral, onde transcreve trecho do voto do no último julgado acima listado, quanto a tais exigências precisamente enumeradas:

“ (...) (a) que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal (existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, consubstanciado em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem), (b) 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, (c) que a postulação de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica e (d) que se demonstre, objetivamente, a ocorrência de situação configuradora do periculum in mora”

A Jurisprudência do Pretório Excelso, de forma consolidada, só admite a **instauração da Jurisdição cautelar daquela Corte, para a outorga de efeito suspensivo ou tutela recursal ao recurso extraordinário, seja com o juízo de admissibilidade positivo pelo tribunal de origem, seja pelo provimento de agravo de instrumento interposto do despacho denegatório do processamento e seguimento do recurso extraordinário.**

Confira-se:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO A MEDIDA CAUTELAR DESTINADA À ATRIBUIÇÃO DE TUTELA RECURSAL AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO INADMITIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONHECIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO DE DECISÃO QUE NÃO ADMITE O SEGUIMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MEDIDA CAUTELAR AJUIZADA PARA CONFERIR TUTELA RECURSAL AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO. IMPOSSIBILIDADE. A outorga de efeito suspensivo ou tutela recursal ao recurso extraordinário pressupõe, em regra, a instauração da jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal, seja com o juízo de admissibilidade positivo pelo tribunal de origem, seja pelo

providimento de agravo de instrumento interposto de despacho denegatório do processamento e seguimento do recurso extraordinário. Circunstâncias ausentes do caso em exame. PROCESSO CIVIL. REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR DESTINADA AO EMPRÉSTIMO DE EFEITO SUSPENSIVO OU TUTELA RECURSAL A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO AO PEDIDO, CONTRAPOSTO À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE. A atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário é medida que se exaure em si mesma, na medida em que não demanda citação, tampouco contestação. Possibilidade de o relator negar seguimento a pedido contrário à orientação predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(AC 1317 MC-ED, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 10/10/2006, DJ 01-12-2006 PP-00097 EMENT VOL-02258-01 PP-00041)

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Efeito suspensivo. Medida cautelar ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. Competência não instaurada. Recurso ainda pendente de juízo de admissibilidade no tribunal de origem. Pedido não conhecido. Agravo regimental improvido. Aplicação das súmulas 634 e 635. Enquanto não admitido o recurso extraordinário, ou provido agravo contra decisão que o não admite, não se instaura a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar pedido de tutela cautelar tendente a atribuir efeito suspensivo ao extraordinário

(AC 491 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 17-12-2004 PP-00036 EMENT VOL-02177-01 PP-00035 RT v. 94, n. 835, 2005, p. 137-140 RTJ VOL 00192-02 PP-00411)

No seio do E. Superior Tribunal de Justiça, vem também prevalecendo esse ponto de vista, exigindo-se o juízo positivo de admissibilidade do recurso especial interposto pelo Tribunal de origem, para que se instaure a Jurisdição naquela Corte Superior.

Portanto, a competência para apreciar a medida cautelar ora manejada, **como regra geral**, é efetivamente da Corte local (Tribunal de Justiça do Estado ou Tribunal Regional Federal), conforme se vê dos julgados ora trazidos à baila:

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO INTERPOSTO. HIPÓTESES EXCEPCIONALÍSSIMAS.

CABIMENTO.

1. *“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.” (Súmula do STF, Enunciado nº 634).*

2. *Esta Corte tem admitido a concessão de efeito suspensivo a recurso especial já interposto, mas pendente do juízo de admissibilidade, ou até mesmo àqueles ainda não interpostos, mas somente para situações excepcionalíssimas, onde se constata, de pronto, o “manifesto risco de dano irreparável e inquestionável a relevância do direito, ou seja, o alto grau de probabilidade de êxito do recurso, tornando indispensável a concessão da providência pleiteada para assegurar a eficácia do resultado do recurso a ser apreciado por este Tribunal” (AgRgMC nº 8.101/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, in DJ 24/5/2004), ou, ainda, em decisões manifestamente teratológicas. Precedentes.*

3. *Em restando demonstrados o periculum in mora e o fumus boni iuris, aliado ao fato de tratar-se de situação excepcionalíssima a exigir a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, é de ser concedida a medida cautelar.*

4. *Agravo regimental improvido.*

(AgRg na MC 15.794/GO, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 20/10/2009)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO - MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL PROPOSTA APÓS A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL, MAS ANTES DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - DECISÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DESTA CORTE - NÃO OCORRÊNCIA - RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA - AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1 - *Consoante disposição do art. 105, inciso I, alínea “f” da Constituição Federal, “Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.*

2 - *A competência para análise de pedidos cautelares no período entre a interposição do recurso e a prolação do juízo de admissibilidade é do Presidente do Colegiado de Justiça Estadual e não das Cortes Superiores - Precedentes do Supremo Tribunal Federal - Súmulas 635 e 634 do STF.*

3 - *A ausência da necessidade de preservação da competência ou de garantia de decisão deste Superior Tribunal de Justiça impõe o não conhecimento da Reclamação Constitucional, pela inexistência de qualquer decisão desta Corte.*

4 - Agravo Regimental não Conhecido.

(AgRg na Rcl 3.595/RN, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 16/09/2009) (grifos nossos)

CONCLUSÃO

1. Demonstrado o *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, e ressaltada a plausibilidade do direito da parte – Estado-Sociedade, apresentada pelo Ministério Público –, é perfeitamente cabível e acertado o ajuizamento de medida cautelar dirigida à Presidência do Tribunal de Justiça (ou Tribunal Regional Federal), com o fim de buscar o efeito suspensivo aos recursos constitucionais interpostos contra acórdão do órgão fracionário da Corte local, até que se examine o mérito desses recursos.

2. Tal medida cautelar, a ser **manejada diretamente na Corte local**, como sugere a Jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores, **competente em razão da ausência do juízo positivo de admissibilidade** – que normalmente demanda tempo considerável da Presidência da Corte local – tem por finalidade imediata impedir a execução do Acórdão recorrido, diante da ausência de efeito suspensivo dos recursos constitucionais, e objetiva, ademais, conferir efetiva eficácia aqueles recursos, evitando o próprio perecimento do direito.

3. Todavia, o eventual insucesso quanto ao deferimento da medida cautelar junto a Corte local, não impede a renovação do pleito cautelar, agora diretamente ao Tribunal Superior, de acordo com a hipótese concreta, ultrapassado o óbice jurisprudencial da ausência do juízo positivo de admissibilidade no Tribunal de origem, ou após o provimento do respectivo agravo interposto da decisão denegatória de admissibilidade recursal.

Rio de Janeiro, 18 de novembro de 2009.

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA

Procurador de Justiça

Assistente da Assessoria de Recursos Constitucionais