

JUSTIÇA CIDADANIA &

CONSTITUIÇÃO
REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO
NA PRESIDÊNCIA DO TSE:

**"APLICAÇÃO DA LEI
COM AUSTRERIDADE"**

Editorial: A POSSE DO PRESIDENTE DO TSE

ALERTA AOS PRETÓRIOS

Medidas de urgência na fase de admissibilidade de recurso especial ou extraordinário no tribunal *a quo* – recurso da decisão do presidente ou vice-presidente – descabimento de mandado de segurança na origem

J.E. Carreira Alvim

Vice-presidente Tribunal Regional Federal - 2ª Região



Foto: Arquivo Pessoal

“A COMPETÊNCIA PARA JULGAR O RECURSO ESPECIAL É, SABIDAMENTE, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, E PARA JULGAR O RECURSO EXTRAORDINÁRIO, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EMBORA SUJEITOS AMBOS OS RECURSOS A JUÍZO PROVISÓRIO DE ADMISSIBILIDADE PERANTE O TRIBUNAL DE ORIGEM.”

○ sistema processual brasileiro bem que poderia ser denominado “sistema recursal”, tamanho o número de recursos nominados por ele admitidos, pois, mesmo quando esgotados todos os recursos previstos em lei, a jurisprudência se inclina em admitir um “espectro de recurso” como os

embargos declaratórios com efeitos modificativos, ou até a mais extravagante teratologia recursal, concebida pelo antiprocessualismo, que é o mandado de segurança contra ato judicial.

O mandado de segurança, criado como garantia constitucional para tutela de direito líquido e certo em face

da Administração Pública, há muito foi despido da sua majestática posição de garantia da jurisdição constitucional das liberdades - *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança – transformado em recurso ordinário na Justiça do Trabalho e nos Juizados Especiais estaduais, em que o juiz é transformado de agente julgador em autoridade coatora, e seus eventuais erros de julgamento, em ilegalidade ou abuso de poder.

Recentemente, o mandado de segurança tem sido utilizado “a torto e a direito” como sucedâneo recursal, na fase de admissibilidade de recurso especial ou extraordinário, casos em que tribunais *a quo* vêm cassando, em sede mandamental, decisões do presidente ou vice-presidente, usurpando, por essa via, a competência do tribunal *ad quem* (STJ ou STF).

Recursos especial e extraordinário

Os recursos especial e extraordinário são recursos com assento na Constituição, estando o especial previsto no art. 102, III, “a” a “c”, e o extraordinário no art. 105, III, “a” a “d”, tendo por objetivo, o primeiro de preservar a uniformidade da legislação infraconstitucional em todo o território nacional, e o segundo, a supremacia dos preceitos e princípios constitucionais também sobre todo o território do País.

A competência para julgar o recurso especial é, sabidamente, do Superior Tribunal de Justiça, e para julgar o recurso extraordinário, do Supremo Tribunal Federal, embora sujeitos ambos os recursos a juízo provisório de admissibilidade perante o tribunal de origem.

Nos termos do art. 541 do CPC, o recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, são interpostos perante o presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido, em petições distintas, que devem conter os requisitos previstos nos incisos I a III, dentre os quais “a demonstração do cabimento do recurso interposto”. Se tais recursos se fundarem em dissídio jurisprudencial, deve o recorrente fazer a prova da divergência nos moldes previstos no parágrafo único do art. 541.

Reza o art. 542 do CPC que, recebida a petição recursal pela secretaria do tribunal, intima-se o recorrido para apresentar suas contra-razões - prazo este de quinze dias (art. 508)-, findo o qual os autos são conclusos ao órgão competente (presidente ou vice-presidente, conforme o regimento interno) para admissão ou não do recurso, também no prazo de quinze dias (art. 542, § 2º), em decisão fundamentada.

Se os recursos especial e extraordinário não forem admitidos, dessa decisão de inadmissão no tribunal de origem, que é uma decisão interlocutória monocrática do presidente ou vice-presidente, cabe agravo de instrumento, no prazo de dez dias, para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal, conforme o caso, observado o disposto no art. 544 do CPC, agravo este que não está sujeito a exame de admissibilidade no tribunal de origem.

Portanto, os recursos especial e extraordinário são recursos que, inobstante o juízo de admissibilidade no tribunal *a*

quo, admitidos ou não-admitidos, sobem, de qualquer jeito, ao tribunal de destino, com a única diferença de que, na primeira hipótese sobem nos próprios autos, e, na segunda, por traslado no bojo de agravo de instrumento. Por essa razão, costume dizer, que o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem faz aí o papel de verdadeira “rainha da Inglaterra”, porque se decidir que o recurso interposto sobe, ele sobe (nos próprios autos) e, se disser que não sobe, ele sobe do mesmo jeito (em agravo de instrumento) ao tribunal de destino.

Efeitos dos recursos especial e extraordinário

Os recursos especial e extraordinário são recursos dotados *ex vi legis* de efeito somente devolutivo, nos termos do § 2º do art. 542 do CPC, o que possibilita o cumprimento ou execução provisória da sentença (art. 475-O) - conforme se trate de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia certa - ou do acórdão se tiver havido recurso (art. 512), ou, ainda, da decisão monocrática (art. 557, § 1º-A).

Embora o art. 475-I fale em cumprimento da sentença e o art. 475-O em execução provisória da sentença, na verdade tal só acontece quando a sentença passa em julgado na inferior instância, porque, se houver apelação, o julgamento proferido pelo tribunal substitui a sentença recorrida no que tiver sido objeto do recurso, nos termos do art. 512, pelo que o cumprimento (ou execução) nunca será da sentença, mas do acórdão ou da decisão monocrática.

No entanto, embora providos de efeito apenas devolutivo, a jurisprudência, tanto do STJ quanto do STF, admite lhes seja outorgado também o efeito suspensivo, o que faz com que o acórdão¹ fique suspenso até que venha a transitar em julgado. Se se tratar de decisão monocrática (art. 557, § 1º-A), é preciso que seja interposto agravo interno para o órgão colegiado (turma ou câmara), para, só então, abrir-se ao recorrente a via especial ou extraordinária.

Como a competência para o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário é do presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* - conforme dispuser o respectivo regimento interno -, cabe-lhe, também, a competência para atribuir a esses recursos, no contexto de medida cautelar, o respectivo efeito suspensivo, mantendo, temporal e provisoriamente, a eficácia do acórdão recorrido, até que cheguem os autos ao tribunal de destino. O efeito suspensivo, em tais modalidades recursais, tem utilidade apenas quando a sentença for favorável ao recorrente, mas se o acórdão recorrido lhe for contrário, caso em que a suspensão da eficácia deste mantém, temporariamente, a eficácia da sentença reformada.

Efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário a ser interposto

Como a concessão de efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário tem por finalidade a suspensão de eficácia do

“(…) OS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO SÃO RECURSOS QUE, INOBTANTE O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NO TRIBUNAL A QUO, ADMITIDOS OU NÃO-ADMITIDOS, SOBEM, DE QUALQUER JEITO, AO TRIBUNAL DE DESTINO (…)”

acórdão impugnado, pode parecer uma lógica consequência do seu cabimento, que lhes venha a ser atribuído tal efeito apenas quando já efetivamente interpostos na origem. Como, no entanto, somente a decisão colegiada (acórdão) pode ser objeto de recurso especial ou extraordinário,² se assim fosse, a parte que tivesse sucumbido nesse recurso (agravo de instrumento ou apelação), por decisão monocrática proferida com base no art. 557, § 1º-A, não teria como neutralizar-lhe os efeitos, enquanto não viesse a ser julgado o eventual agravo interno interposto para o órgão colegiado do tribunal *a quo* (art. 557, § 1º).

Se, por exemplo, uma apelação vem a ser provida por decisão colegiada (turma, câmara), a parte prejudicada pelo acórdão pode valer-se do recurso especial ou extraordinário, e postular, desde logo, em cautelar incidental, a concessão do respectivo efeito suspensivo, preservando a eficácia da sentença até o seu julgamento; mas, se o julgamento da apelação for por decisão monocrática (relator), terá a parte por ela prejudicada de interpor o agravo interno e aguardar a sua decisão pelo colegiado (acórdão), para, só então, interpor o recurso especial ou extraordinário. É fácil perceber que, em se tratando de situação de urgência, essa demora pode determinar o perecimento do próprio direito material, pelo que a doutrina e a jurisprudência se apressaram em lhe dar solução adequada e compatível com a “ampla defesa” consagrada pela Constituição (art. 5º, LV). Assim, surgiu a concepção pretoriana de se conceder efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário a ser interposto, prescindindo-se de um acórdão para viabilizá-lo, bastando à parte recorrente demonstrar o eventual cabimento desse recurso, no contexto de uma medida cautelar, na qual obterá não só a concessão do efeito suspensivo desejado, como, também, a medida de urgência para a efetiva tutela do seu direito.

Suponha-se que o titular de um direito líquido e certo impetire um mandado de segurança contra o ato administrativo determinante do cancelamento de seus proventos ao largo do contraditório e do direito de defesa, vindo o juízo de primeiro grau a negar-lhe a tutela liminar; suponha-se, também, que interposto o agravo de instrumento no tribunal, o relator entenda ser tal recurso inadmissível em mandado de segurança e lhe negue seguimento; e suponha-se, por fim, que o impetrante interponha o agravo interno, caso em que não tem como obrigar o relator a levá-lo, de imediato, a julgamento do colegiado, para abrir-lhe, eventualmente, a porta do recurso especial ou extraordinário. Nessa hipótese, não tem o agravante outra alternativa, senão a de ajuizar uma medida cautelar, pleiteando a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial ou extraordinário a ser interposto, e, ao mesmo tempo, pedir a tutela antecipada no tribunal, para o restabelecimento dos seus proventos.³

Neste sentido, orienta-se a jurisprudência:

MEDIDA CAUTELAR – EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO-INTERPOSTO – VIRTUAL PROVIMENTO – SITUAÇÃO URGENTE E EXCEPCIONAL – POSSIBILIDADE – PRESENÇA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA E PERIGO NA DEMORA.

É possível o empréstimo de efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto na origem, quando presentes o perigo de lesão irreversível e a aparência do bom direito.

Liminar confirmada. (AgRg na MC 11.004/SP, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, STJ, 3ª Turma, unânime, DJ 13/3/2006, p. 315).

Medida cautelar na fase de admissibilidade de recurso especial ou extraordinário

Se, nos tribunais superiores, prevalecesse, em toda a sua extensão, a regra processual que disciplina as medidas cautelares, deveriam estas -, uma vez interposto recurso especial ou extraordinário -, ser requeridas diretamente ao tribunal de destino (art. 800, parágrafo único). No entanto, primeiramente o STF, e, depois, o STJ, firmaram o entendimento de que a sua competência, para a concessão de medidas cautelares, só se firma a partir do momento em que o recurso especial ou extraordinário é admitido no tribunal *a quo*, ou, na hipótese de não ser recebido, após a subida do agravo de instrumento dele imposto ao tribunal *ad quem*.

Daí, terem esses tribunais entendido - e, hoje, a sua jurisprudência é pacífica e uniforme a respeito -, que cabe ao órgão monocrático do tribunal de origem (presidente ou vice-presidente) a concessão de medidas de urgência, enquanto não tiver havido decisão sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade do recurso especial ou extraordinário para o tribunal de destino.

Consolidado esse entendimento pretoriano, a

possibilidade de concessão de efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário a ser interposto foi uma necessária consequência dessa diretriz, justo para não sacrificar o direito do recorrente à ampla defesa consagrada na Constituição.

A esse respeito, editou o STF a Súmula nº 635 - “ Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade” -, que veio, mais tarde, a ser agasalhada pelo STJ.

Natureza da competência para medida cautelar na pendência de juízo de admissibilidade no tribunal a quo

É sabido que a competência recursal tem natureza hierárquica ou funcional, sendo, portanto, absoluta, e como tal, não pode ser transposta, pelo que não admite, em nenhuma hipótese, modificação.

Como a competência para processar e julgar o recurso especial ou extraordinário é do STJ ou do STF, também desses tribunais é o juízo de admissibilidade desses recursos, que tem lugar por ocasião do seu julgamento, não havendo aí nenhuma novidade, porquanto, também a apelação passa pelo crivo de admissibilidade do juízo de primeiro grau, sem prejuízo do seu reexame pelo tribunal por ocasião do julgamento do apelo.

Quando se atribui ao presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* a competência para juízo de admissibilidade desses recursos, isso significa que esse órgão monocrático do tribunal de origem (segundo grau) atua como órgão delegado do tribunal de destino (superior), agindo em nome deste e não como órgão do tribunal *a quo*. Destarte, não tem o tribunal *a quo*, por nenhum de seus órgãos, nem mesmo pelo Plenário, competência (poder jurisdicional) para formular juízo de valor diverso do formulado pelo presidente ou vice-presidente, por atuarem em escala hierárquica distintas: o tribunal de origem atua como simples tribunal de segundo grau, enquanto o presidente ou vice-presidente atua como órgão delegado do tribunal superior. É como se o presidente ou vice-presidente fosse o próprio STJ ou STF a decidir sobre a matéria inserida na sua área de competência.

Descabimento de mandado de segurança na fase de admissibilidade de recurso especial ou extraordinário

Por se tratar de competência hierárquica ou funcional, repita-se a competência de rever as decisões do presidente ou vice-presidente é exclusivamente dos tribunais de destino, STJ ou STF, não podendo o tribunal de origem fazê-lo, sob pena de usurpar competência de tribunal superior.

O mandado de segurança contra ato judicial, utilizado como sucedâneo recursal, com o objetivo de neutralizar as decisões do vice-presidente do tribunal *a quo*, nas medidas

“POR SE TRATAR DE COMPETÊNCIA HIERÁRQUICA OU FUNCIONAL, REPITA-SE A COMPETÊNCIA DE REVER AS DECISÕES DO PRESIDENTE OU VICE-PRESIDENTE É EXCLUSIVAMENTE DOS TRIBUNAIS DE DESTINO, STJ OU STF (…)”

de urgência, se mostra incabível, porquanto esse remédio constitucional, para ser manejado, pressupõe que, além de um direito líquido e certo ao procedimento recursal, tenha o órgão julgador a necessária competência para julgá-lo.⁴

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça pôs uma pá de cal sobre essa questão, deferindo liminar na Medida Cautelar nº 11.448-RJ,⁵ tendo por objeto a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial a ser interposto contra o acórdão do Plenário do TRF-2ª Região, que não conhecera do agravo interno interposto contra a decisão concessiva da liminar, nos autos do Mandado de Segurança nº 8.789, ocasião em que suspendeu a execução das decisões proferidas pelo Tribunal local para restabelecer a autoridade da decisão do vice-presidente desse mesmo Tribunal.

A propósito, registra o relator que:

“Com efeito, a decisão proferida pelo Tribunal local referendou liminar concedida por seu relator, que, por sua vez, suspendera a decisão proferida pelo vice-presidente do Tribunal, de deferimento de efeito suspensivo a recurso especial. Ora, no exercício das atribuições relacionadas com o juízo de admissibilidade de recursos para as instâncias extraordinárias - previstas nos artigos 542 e 543 do CPC e nas quais se inclui também a de atribuir ou não efeito suspensivo aos referidos recursos, quando ainda pendentes de admissão (Súmula 635/STF)⁶ - o vice-presidente atua como delegado do Tribunal *ad quem*. Nessas circunstâncias, as decisões que profere não estão sujeitas a controle por qualquer dos órgãos do Tribunal local.”

E, mais adiante, conclui:

“À luz desse entendimento, evidencia-se a impropriedade da utilização do mandado de segurança como instrumento para, perante o Tribunal *a quo*, reformar ou anular a decisão do seu vice-presidente que, certa ou erradamente, conferiu efeito suspensivo a recurso especial.”

Recurso da decisão do presidente ou vice-presidente em medida cautelar perante o tribunal *a quo*

Considerando que o presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo*, enquanto na formulação de juízo de admissibilidade de recursos especial e extraordinário, age como órgão delegado dos tribunais *ad quem* (STJ ou STF) - fora, portanto, do raio de alcance da censura do respectivo tribunal -, cumpre determinar qual o recurso cabível da decisão que concede ou nega a medida cautelar na origem, seja em recurso interposto, mas ainda não-admitido, seja em recurso a ser ainda interposto. O eventual agravo interno (regimental) fica descartado, porquanto o presidente ou vice-presidente do tribunal local não atua na qualidade de relator do processo, mas como órgão delegado do STJ ou do STF, sendo, por idêntica razão, descartado, também o mandado de segurança perante o tribunal *a quo*.

O recurso cabível, em casos tais, será evidentemente da competência do tribunal de destino, mostrando-se adequado a esse desiderato o agravo de instrumento, por analogia do art. 544 do CPC, que é também o recurso destinado a fazer subir recurso não-admitido na origem. Se a situação for de extrema urgência (risco iminente de dano grave ao direito do recorrente), em que não se possa aguardar o processamento de eventual agravo de instrumento na origem, é admitida a medida cautelar no tribunal de destino, que deve ser instruída com as peças necessárias ao exame do objeto da cautelar.

Em sede doutrinária, Teori Albino Zavascki versou a matéria, que é transcrita na decisão proferida no Mandado de Segurança nº 8.786, do qual foi o relator, nestes termos:

“Questão importante é a que diz respeito ao controle, por via recursal, da decisão que, no tribunal de origem, nega ou defere a medida cautelar. Considerando que se trata de decisão sobre matéria que, no tribunal *ad quem*, está sujeita ao princípio da colegialidade, como fazem certo os regimentos internos do STF (art. 21, IV e V, e art. 317) e do STJ (art. 34, V e art. 258), não teria nenhum sentido lógico e muito menos sistemático considerá-la irrecorrível quando proferida ainda na origem. Por outro lado, considerando que se trata de decisão integrada ao juízo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, em que o presidente ou o vice-presidente do tribunal *a quo* atua como órgão delegado do STF ou do STJ (g.m.) é certo que tais decisões devem ser submetidas a controle perante o tribunal competente para o julgamento do recurso cujo efeito suspensivo foi concedido ou negado. Descarta-se, com esse entendimento, a viabilidade de agravo regimental ou de qualquer outra medida (v.g., mandado de segurança) para órgão colegiado do tribunal de origem (g.m.). Não havendo a lei previsto expressamente o recurso apropriado para a decisão incidente (aliás, o próprio incidente é fruto de construção pretoriana e não da lei, conforme se viu), há que se aplicar aqui, por analogia, a disciplina prevista para as decisões proferidas no juízo de admissibilidade. Cabível será, portanto, o agravo de instrumento previsto no art. 544 do CPC, que será

instruído com as peças adequadas ao exame, pelo tribunal, do objeto específico e peculiar do recurso: o cabimento ou não da antecipação da tutela recursal no recurso especial ou extraordinário. É possível que, em situações de excepcional urgência, o recurso de agravo, pela demora em sua tramitação na origem, não tenha a agilidade suficiente para estancar o risco iminente de dano grave ao direito da parte. Em casos tais, evidenciada a relevância jurídica das alegações e o *periculum in mora*, a única alternativa que se mostra possível é, outra vez, a medida cautelar, agora dirigida diretamente ao STF ou ao STJ, conforme o caso. (ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação da Tutela*, 4ª ed., Saraiva, 2005, pp. 150-151).”

Em sede doutrinária e jurisprudencial, o trato da competência jurisdicional exige zelo do julgador em todos os seus graus, porque se o tribunal local (intermediário) não reconhecer a competência alheia, não terá autoridade para exigir que outrem lhe reconheça a própria competência.⁷

Considerações finais

Estas considerações não têm outro propósito senão o de alertar os pretórios para a questão da “competência em juízo de admissibilidade de recursos especial e extraordinário”, sobretudo no que toca às medidas cautelares na origem, com o propósito de preservar a competência do presidente ou vice-presidente do tribunal local, que, além de ter sobre os seus ombros a difícil tarefa de prestar tutela de urgência, nessa fase do processo, não está sujeito a juízo de reprovação do seu próprio tribunal, senão do tribunal do qual é delegado.

Notas

- ¹ Ou a decisão monocrática do relator, quando for o caso (art. 457, § 1º-A).
- ² Nos termos da Súmula nº 640 do STF: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.”. Como exemplo de causa de alçada pode ser citada a hipótese prevista no art. 34 da Lei nº 6.830/80.
- ³ No TRF-2ª Região, há decisões no sentido de não admitir agravo de instrumento em mandado de segurança (Agravo Interno no A.I. 2005.02.01.003351-2-RJ), embora, majoritariamente, o venha admitindo (A.I. 2005.02.01.001877-8).
- ⁴ O Regimento Interno do TRF-2ª Região (Emenda Regimental nº 17, publicada no DOU de 25/1/2002, pp. 184-196), não outorga a qualquer de seus órgãos, e muito menos ao Plenário, competência para reexaminar as decisões do presidente ou do vice-presidente na fase de admissibilidade de recurso especial ou extraordinário.
- ⁵ A Medida Cautelar nº 11.448-RJ teria sido dispensável se o então Vice-Presidente do STJ, no exercício da Presidência, Ministro Barros Monteiro, houvesse determinado o processamento da Reclamação nº 2.138-RJ, oferecida com o propósito de preservar a competência daquela Corte, em vez de negar-lhe seguimento com fundamento nos arts. 4º da Lei n. 8.437/92 e 38 da Lei n. 8.038/90 c.c. o art. 34, XVIII, do RISTJ.
- ⁶ Súmula 635/STF: “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”.
- ⁷ Essa a razão pela qual merece reflexão a afirmativa, tantas vezes impensadamente repetida, de que a decisão judicial não se discute, cumpre-se, porquanto, quando alguém manda o que não pode (ou não deve), errado não está quem não cumpre, mas quem manda.