

O CABIMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA MEDIDAS LIMINARES¹

Ana Paula Freire Rojas²

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto analisar o cabimento de recurso extraordinário contra acórdão que trate sobre provimentos liminares. Leva-se em conta o importante papel que as decisões liminares têm desempenhado atualmente e a conseqüente relevância da revisão de tais decisões pelas Cortes Superiores. Para tanto, é realizado o estudo em separado do recurso extraordinário e, posteriormente, das medidas liminares, verificando-se suas principais características. Tendo sido concluído tal estudo, torna-se possível a junção dos dois institutos, a fim de examinar se cabível ou não a interposição de recurso extraordinário em face de medidas liminares e decisões concedidas em tutela de urgência. Parte-se da análise da Súmula 735 do Supremo Tribunal Federal, que demonstra ser o entendimento do Supremo o não cabimento do recurso. Em seguida, passa-se à apreciação das teses da parte da doutrina que critica o atual posicionamento da jurisprudência, defendendo que seria cabível o recurso, com o objetivo de se tomar uma posição a respeito da problemática.

Palavras-chave: Direito processual civil. Recurso extraordinário. Medidas liminares. Cabimento. Súmula 735 do Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

O problema referente ao acúmulo de processos no Poder Judiciário e a conseqüente demora no julgamento das causas é alvo de grande atenção dos operadores do direito, estando em constante debate no âmbito da doutrina. Boa parte das discussões que se tem travado a respeito do assunto aponta o sistema recursal como o responsável pelo crescente aumento da demanda nos órgãos judiciários. E, dentro da matéria recursal, o recurso extraordinário se destaca como um dos principais referenciais da problemática, diante do grande número de recursos interpostos perante o Supremo Tribunal Federal.

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado com grau máximo pela banca examinadora, composta pelo Prof. orientador Me. Ângelo Maraninchi Giannakos, Prof. Me. Álvaro Vinícius Paranhos Severo e Prof. Me. Flávio Cruz Prates, em 21 de junho de 2012.

² Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Contato: aninha_rojas@hotmail.com.

Milhares são os recursos extraordinários distribuídos ao Supremo, tendo esta demanda crescido cada vez mais com o passar dos anos. Tal fato, dentre outros, trouxe em questão a necessidade de se revisar a estrutura do Poder Judiciário e, mais especificamente, o modelo recursal brasileiro.

Assim, parte da doutrina acredita que os recursos são verdadeira dilação do tempo de vida do processo, havendo a necessidade de se reduzir o número de recursos à disposição das partes ou, ao menos, de se restringir suas hipóteses de cabimento, de modo que as causas encontrem o seu fim mais rapidamente.

Verifica-se, em verdade, a existência de um paradoxo, pois enquanto, por um lado, se busca a celeridade nos julgamentos, de outro lado se quer garantir a revisão das decisões judiciais, a fim de se obter maior acerto na resolução das causas.

É nesse contexto de delonga no julgamento dos processos que se assiste, atualmente, à generalização do emprego das medidas liminares, pelas quais se antecipa, total ou parcialmente, os efeitos da sentença. Tal fato é compreensível diante das contingências da vida moderna, onde buscamos que a solução para os conflitos seja dada rapidamente, bem como diante das limitações do procedimento ordinário e da estrutura judiciária, que não dá conta da quantidade de ações judiciais que são ajuizadas continuamente.

Tendo em vista a problemática mencionada, não há como discordar da necessidade de se repensar o modelo recursal brasileiro. Não obstante, levando-se em conta a importância adquirida pelas decisões liminares no contexto jurídico atual, a existência de mecanismos recursais no âmbito da atuação jurisdicional urgente, longe de afetar a sua efetividade, presta-se a incrementá-la. A revisão das decisões proferidas liminarmente, inclusive pelos Tribunais Superiores, é, assim, atividade que não pode ser suprimida tão somente para descongestionar os órgãos judiciários da enorme quantidade de recursos.

Desta forma, com o presente trabalho, pretende-se analisar o cabimento de recurso extraordinário contra acórdão que trate sobre provimentos liminares, com o fito de contribuir para o debate a respeito da questão e constatar qual parece ser o entendimento mais adequado acerca do ponto. A atualidade do assunto e a divergência entre doutrina e jurisprudência tornam impositiva a discussão sobre o tema.

2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

É possível considerar que o recurso extraordinário tenha surgido pela primeira vez no direito brasileiro através do Decreto nº 848, de outubro de 1890, que criou o Supremo Tribunal Federal, prevendo a existência de um recurso dirigido ao mesmo das sentenças definitivas proferidas por tribunais e juízes estaduais. O decreto foi

inspirado no *writ of error*³ do direito estadunidense, previsto no *Judiciary Act* de 1789, que instituiu a competência da Corte Suprema para apreciar recursos de decisões locais que violassem a ordem central. Dessa forma, é inegável a influência do direito norte-americano no surgimento do nosso “recurso extraordinário”.

Logo após, o recurso foi então previsto na Constituição de 1891, em seu artigo 59, § 1º, como sendo o recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal das decisões proferidas em última instância na Justiça dos Estados, quando se questionasse sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais.⁴ Somente na Constituição de 1934 (artigo 76), entretanto, foi que o recurso dirigido às instâncias superiores passou a ser denominado de recurso extraordinário, tendo em vista que este recurso possuía, de fato, uma circunstância diferenciada, extraordinária: sua apreciação estava adstrita à questão federal alegada pelas partes.

As Cartas Constitucionais que se sucederam (de 1937, 1946 e 1967) muito pouco alteraram o conteúdo do recurso, tendo o artigo 119 da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, tratado do recurso extraordinário nos seguintes termos:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou
- d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.⁵

Verifica-se que, até então, a competência do Supremo Tribunal Federal abrangia tanto a matéria constitucional quanto a matéria infraconstitucional federal. Dessa forma, é compreensível que cedo se tenha verificado um desmesurado acúmulo de processos na Corte Suprema, o que gerou grave crise institucional denominada pela doutrina como “a crise do Supremo”.

Diante desse contexto, a Constituição Federal de 1988 instituiu o Superior Tribunal de Justiça para exercer, através do recurso especial, a função de controle

³ Na Inglaterra, originariamente, o *writ of error* era um ato pelo qual o rei ordenava a revisão de um julgamento por causa de um erro, sendo, depois, absorvido na América do Norte, ainda antes da proclamação da independência.

⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso especial e recurso extraordinário. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**: de acordo com a Lei 10.352/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 136-7.

⁵ BRASIL. Constituição (1967). **Emenda constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 jan. 2012.

de legalidade e de correta e uniforme interpretação do direito federal.⁶ Assim, foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se deu a mais significativa alteração na sistemática do recurso extraordinário desde o seu surgimento.

Nos moldes da Constituição Federal de 1988, o recurso extraordinário foi previsto no artigo 102, inciso III, e suas alíneas, tendo cabimento quando a decisão recorrida (a) contrariasse dispositivo da Constituição, (b) declarasse a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou (c) julgasse válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.

Diante de tantas possibilidades de interposição do recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal sofreu nova crise. Essa situação trouxe de volta o debate sobre medidas capazes de diminuir a carga de serviço na via extraordinária. Por esse motivo, editou-se a Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual trouxe importante inovação no tópico dos pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário: a repercussão geral da questão constitucional.⁷

A Emenda Constitucional nº 45/2004 renovou a redação do artigo 102 da Constituição Federal, incluindo a alínea “d” e o parágrafo 3º ao dispositivo. A partir de então, o artigo passou a ter a redação atual, sendo esta a seguinte:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.⁸

2.2 PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE

Os recursos exigem o implemento de alguns pressupostos que, por serem comuns a todos os recursos, podem ser chamados de pressupostos recursais

⁶ MORENO, Márcio de Abreu. **Tutela de urgência nos recursos especial e extraordinário na perspectiva do Estado constitucional**. 2011. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 73.

⁷ USTÁRROZ, Daniel; PORTO, Sérgio Gilberto. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 247.

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2012.

genéricos. Para Nelson Nery Junior,⁹ são eles: tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer (pressupostos extrínsecos); cabimento, legitimação para recorrer e interesse em recorrer (pressupostos intrínsecos).

Todavia, em se tratando de recurso extraordinário, ao lado dos pressupostos recursais genéricos, deve o recorrente observar a presença concomitante dos pressupostos específicos de admissibilidade. São os requisitos específicos que tornam mais difícil a viabilização do recurso.

Buscando amenizar o problema referente à excessiva quantidade de recursos extraordinários, o Supremo Tribunal Federal é rígido na análise dos pressupostos de admissibilidade, proferindo a inadmissão dos recursos que não preencherem plenamente todos os requisitos. Assim, passaremos à análise de tais pressupostos.

2.2.1 Prévio exaurimento das instâncias ordinárias

Prevê o inciso III do artigo 102 que serão julgadas, mediante recurso extraordinário, “as causas decididas em única ou última instância”. Reside aí o pressuposto recursal específico do prévio exaurimento de instância, sedimentado também na Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

Isso significa que o recurso extraordinário pressupõe um julgado contra o qual já foram esgotadas todas as possibilidades de impugnação nas várias instâncias ordinárias ou na instância única, originária. A parte, antes de ascender às Cortes Superiores, deve rediscutir a decisão na instância ordinária por todos os meios autorizados pelo Direito.¹⁰

José Carlos Barbosa Moreira explica que a exigência quanto à causa ter sido decidida em única ou última instância “quer dizer, desde que já não caiba outro recurso (salvo embargos de declaração)”.¹¹ Ou seja, com a exceção dos embargos de declaração, se houve o esgotamento de todos os recursos, potencialmente será cabível o recurso extraordinário, pois fica encerrada a via ordinária e se inicia a via excepcional.

2.2.2 Vedação ao reexame de matéria fática

Nos recursos ordinários, a parte pode discutir toda a matéria do processo, seja ela de fato ou de direito, podendo tratar a respeito de lei federal ou qualquer

⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Aspectos da teoria geral dos recursos no processo civil**. São Paulo: Revista de Processo, 1988.

¹⁰ USTÁRROZ, Daniel; PORTO, Sérgio Gilberto. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 218.

¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 161.

outra. Já nos recursos de feição extraordinária, somente pode-se discutir matéria de direito, e esta terá que versar obrigatoriamente sobre legislação federal. Esta orientação se justifica na medida em que a questão de fato não repercute em outros feitos, enquanto que a de direito tem o condão de repercutir em outros processos, servindo de paradigma para a solução de casos futuros.

Em razão deste entendimento, questões que demandem reexame de questões de fato ou reavaliação do quadro probatório são prontamente excluídas da apreciação pelo Supremo. Tal entendimento se encontra estampado na Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, que prevê: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Neste ponto, imprescindível tentar traçar a distinção entre questão de fato e de direito. De acordo com Gleydson Kleber de Oliveira,¹² a questão de fato se refere à constatação do quadro fático trazido a juízo, à luz do princípio da persuasão racional do juiz, enquanto a questão de direito se refere à aplicação da norma jurídica. O autor explica que a situação fática apurada pelo órgão prolator da decisão se situa no campo da questão de fato, ao passo que a discussão acerca da incidência e do alcance da norma jurídica aplicada ao caso concreto consubstancia questão de direito.

Ocorre que nem sempre a distinção é nítida, eis que o fato é verificado em função da norma que o regula, enquanto a norma é interpretada em função do fato sob exame. Como o fenômeno jurídico deve ser analisado a partir da incidência da norma jurídica aos fatos, a doutrina defende a impossibilidade da separação absoluta das questões de fato das de direito.

Afinal, seria muito difícil caracterizar-se uma discussão puramente jurídica, pois sempre haverá fatos a considerar. Logo, o que não se admite, pela via dos recursos extraordinários, é que os tribunais superiores reavaliem o material probatório para concluir que o quadro fático seja diferente daquele entendido pelo tribunal local. Ou seja, o recurso envolverá uma matéria fática, pois se pressupõe o fato sobre qual o direito existe, mas não poderá requerer que o Supremo Tribunal Federal revise este exame do fato para dizer se essa decisão fática está correta ou não.

2.2.3 Prequestionamento

A exigência do questionamento da matéria objeto do recurso extraordinário significa que as questões levantadas pelo recorrente devem ter sido previamente discutidas pela instância ordinária. Sobre o tema, a Súmula 282 estabelece: “É

¹² OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Questão de fato e de direito para fins de admissibilidade do recurso especial. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**: de acordo com a Lei 10.352/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 308.

inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Giovanni Mansur Solha Pantuzzo define o prequestionamento da seguinte forma:

Consiste o prequestionamento na discussão, no debate, pela Corte local, das questões constitucionais ou federais que se pretende submeter aos Tribunais Superiores via recurso excepcional. Em outras palavras, considerar-se-á prequestionada determinada questão, quando esta tenha sido ventilada na decisão, isto é, quando o tribunal local tenha emitido juízo de valor explícito a seu respeito.¹³

Na hipótese da parte suscitar a questão constitucional, mas esta não for apreciada pelo tribunal local, tal omissão deve ser suprida por meio de embargos de declaração, os quais a doutrina tem chamado de “embargos prequestionadores”. A este respeito, o Supremo editou a Súmula 356, na qual dispõe que “o ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

2.2.4 Repercussão geral da questão constitucional

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe a exigência da repercussão geral da questão constitucional como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, introduzindo um terceiro parágrafo ao artigo 102 da Constituição Federal, o qual dispõe:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Tendo em vista constar do parágrafo acima transcrito a expressão “nos termos da lei”, sobreveio a Lei nº 11.418/06, que introduziu ao Código de Processo Civil os artigos 543-A e 543-B, a fim de regulamentar o tema.

O conceito de questão de repercussão geral pode ser extraído do § 1º do artigo 543-A, quando este assinala que, para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Segundo Daniel Ustároz e Sérgio Porto,¹⁴ “com tal instituto, preserva-se a

¹³ PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. **Prática dos recursos especial e extraordinário**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 81.

¹⁴ USTÁROZ, Daniel; PORTO, Sérgio Gilberto. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 247.

competência e a atuação do Supremo Tribunal Federal para a análise dos casos que efetivamente transcendam o interesse subjetivo dos litigantes”.

De qualquer sorte, a lei considera que sempre haverá repercussão geral quando o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (§ 3º do artigo 543-A). Outrossim, destaca-se que, conforme reza o artigo 102, § 3º, da Constituição Federal, apenas pelo voto de dois terços dos membros do Tribunal é que a repercussão geral poderá ser negada.

3 MEDIDAS LIMINARES

3.1 MEDIDAS LIMINARES E TUTELA DE URGÊNCIA

É comum a confusão no sentido de que liminar será sempre medida de urgência ou, ainda, de que medida liminar e medida cautelar possuem o mesmo significado. Assim, faz-se necessária a introdução ao assunto através da conceituação e diferenciação das nomenclaturas que compõem as tutelas urgentes.

A tutela de urgência representa as providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, com a finalidade de afastar situações de risco de dano grave à efetividade do processo. Contra este tipo de dano é inoperante o procedimento comum, de modo que, nesse contexto, realçam as tutelas provisórias, fundadas em cognição sumária. Boa parte da doutrina considera que o gênero “tutela de urgência” seja composto pelas medidas cautelares e pelas medidas de antecipação de tutela.

Humberto Theodoro Júnior¹⁵ explicita a diferença entre medidas cautelares e medidas de antecipação de tutela, referindo que o que, no sistema de nosso Código de Processo Civil, distingue as espécies “tutela cautelar” e “tutela antecipada”, é o terreno sobre o qual a medida irá operar. Explica o autor que as medidas cautelares são puramente processuais; preservam a utilidade e eficiência do provimento final do processo, sem, entretanto, antecipar resultados de ordem do direito material para a parte. A tutela antecipatória, por outro lado, proporciona à parte medida provisoriamente satisfativa do próprio direito material que constitui objeto da tutela definitiva a ser provavelmente alcançada no provimento jurisdicional de mérito.

Já o vocábulo “liminar”, lexicamente, significa aquilo que se situa no princípio ou à entrada; equivale a inicial, preliminar, limiar. Na linguagem jurídica, a definição genérica de liminar abarca qualquer medida tomada pelo juiz na abertura do processo (como o despacho liminar de saneamento do processo, a apreciação liminar do juiz, dentre outras). Em regra, a liminar situa-se antes da citação do réu, de modo que nesse momento ainda não há contraditório.

Há, todavia, uma tradução mais específica do vocábulo em questão, pela qual se trata da liminar como forma efetiva de revestimento instrumental de providências

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência**: medidas cautelares e antecipatórias. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 5.

cautelares. Assim, ao referir “liminar”, a melhor doutrina, na maior parte das vezes, está se referindo aos atos jurisdicionais pelos quais se adianta à parte os efeitos da tutela pretendida (ou parte deles), ou uma providência que seja pressuposto de eficácia do pedido principal.

Sob este aspecto, Eduardo da Silva Winter conceitua liminar de maneira clara e completa, de modo que é válida a transcrição do conceito:

Liminar é o ato pelo qual o julgador antecipa total ou parcialmente os efeitos da sentença pretendida (cautelar ou cognitiva) com a finalidade de conceder ao requerente a garantia de efetividade de seu direito, seja garantindo o direito (acautelamento) ou concedendo o próprio direito (satisfação), no início da lide (*initio litis*), no limiar do processo (antes da citação), daí o nome liminar.¹⁶

Sendo assim, tem-se por medida liminar um conceito tipicamente cronológico, caracterizado por sua ocorrência em determinada fase do processo, qual seja, o seu início.¹⁷

De acordo com Humberto Theodoro Júnior,¹⁸ diante do risco de dano grave à efetividade do processo, o processo cautelar corresponde ao terreno onde mais se ensejam e justificam as medidas liminares, pois a urgência natural desse processo recomenda muitas vezes a adoção da via liminar. O mesmo ocorre no processo de conhecimento, quando se realiza a antecipação de tutela. A antecipação dos efeitos da tutela pode ser dada tanto de forma liminar (na abertura do processo) quanto em qualquer outro momento antes de encerrado o processo de conhecimento; trata-se de questão referente ao momento processual.

3.2 TUTELA CAUTELAR

Ao lado da tutela de conhecimento e da tutela executiva, concebeu-se a tutela cautelar com o propósito de proteger pretensões de direito material nas quais os titulares de direitos subjetivos, reconhecidos e protegidos pelo direito, aleguem que estes direitos se encontrem sob ameaça de um dano irreparável. Assim, a tutela cautelar, prevista no Livro III do Código de Processo Civil (artigo 796 e seguintes),¹⁹ destina-se a assegurar a eficácia prática do processo de conhecimento ou de execução.

Não se concede, no processo cautelar, o próprio bem da vida almejado, mas apenas assegura-se que, uma vez reconhecido judicialmente o cabimento da

¹⁶ WINTER, Eduardo da Silva. **Medidas cautelares e antecipação de tutela**: questões atuais e relevantes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 67.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: v. 2. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 487.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência**: medidas cautelares e antecipatórias. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 8.

¹⁹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 4 mar. 2012.

pretensão da parte, o bem da vida seja entregue, tendo a eficácia prática da sentença sido protegida, acautelada.²⁰ A tutela cautelar não tem, portanto, conteúdo satisfativo. Nesse sentido é o pensamento de Ovídio Baptista da Silva²¹ quando entende “a tutela cautelar como uma forma de tutela, uma forma de proteção jurisdicional que deve assegurar, que deve proteger cautelarmente sem jamais satisfazer o direito acautelado”. Logo, a eficácia das decisões concessivas de tutela cautelar é provisória, visto que são medidas destinadas a durar apenas o tempo necessário para tutelar uma situação de urgência.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²² referem que a tutela cautelar é o “instrumento para assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso”. Ou seja, a tutela cautelar sempre se refere a uma tutela satisfativa do direito, que desde logo pode ser exigida, ou que, dependendo do acontecimento de certas circunstâncias, poderá ser exigida. Com efeito, na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado.

Devendo ser postulada em ação autônoma, a tutela cautelar pode ser deferida sob uma das formas especiais previstas a partir do artigo 813 do Código de Processo Civil (arresto, sequestro, busca e apreensão, etc.), ou de infinitas outras maneiras, sob o leque das cautelares inominadas. Entretanto, ainda que autônoma diante do processo principal, com ele guarda relação de instrumentalidade. De fato, já dizia Piero Calamandrei²³ que o processo cautelar é o “instrumento do instrumento”. Isto porque, como todo processo tem caráter instrumental com relação ao direito material, e o processo cautelar existe para garantir a eficácia do processo de conhecimento ou de execução, verifica-se nos procedimentos cautelares uma “instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado”.

3.2.1 Requisitos para a concessão da tutela cautelar

Os requisitos para se alcançar uma providência de natureza cautelar são, basicamente, os seguintes: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

O *periculum in mora* (perigo na demora) nada mais é do que o risco de decisão tardia causar dano ao interesse que a parte defende ou defenderá no processo principal. A tutela cautelar pressupõe que a situação tutelada ou tutelável esteja exposta a perigo. Desse modo, para alcançar a medida cautelar, o requerente

²⁰ FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 132.

²¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 65.

²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 23.

²³ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. p. 42.

deve alegar a possibilidade ou probabilidade de um dano que ameace suprimir seu interesse.²⁴

A expressão *fumus boni iuris* significa fumaça do bom direito. Constitui a probabilidade da existência do direito subjetivo ameaçado, de modo que o juiz venha a admitir a verossimilhança da situação jurídica retratada pela parte. É a aparência, ainda que tênue e nebulosa, de que o que o autor pleiteia (ou pleiteará) na ação principal poderá ser procedente. Ou seja, para obter a tutela cautelar, o requerente deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida.²⁵

Desse modo, no processo cautelar, com base na verificação de que há *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, preserva-se o requerente do risco de ineficácia do processo principal. Esta preservação pode ocorrer por meio de liminar ou através da sentença.

3.2.2 Concessão da tutela cautelar através de medida liminar

De acordo com o artigo 804 do Código de Processo Civil, “é lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”.

A tutela cautelar, por ser fundada na urgência, naturalmente deve contar com procedimento que viabilize a sua concessão *inaudita altera parte*.²⁶ Porém, devido ao fato de postergar o contraditório, a concessão de liminar antes da oitiva do réu deve ocorrer somente nos casos em que for absolutamente necessária a efetivação desde então da medida cautelar para preservar a efetividade da tutela do direito buscado pelo autor.

Nestes casos, o juiz deve verificar em que medida a não concessão da liminar poderá lesionar o direito do autor, concedendo-a quando houver motivo suficiente que lhe faça crer que o adiamento do seu deferimento, para depois do momento oportuno à defesa, impedirá o alcance da segurança almejada pela tutela cautelar.

3.3 TUTELA ANTECIPADA

Ao disciplinar o processo cautelar, o legislador atribuiu ao juiz o que se convencionou denominar “poder geral de cautela”, ou seja, o poder do juiz de “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência**: medidas cautelares e antecipatórias. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 82.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 28.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 129.

lesão grave e de difícil reparação” (artigo 798 do Código de Processo Civil). A interpretação desse instituto foi controvertida na doutrina, especialmente quanto ao alcance de tais “medidas provisórias adequadas”, o que acabou por refletir na jurisprudência. A ação cautelar passou a ser aceita, então, não apenas como instrumento para a obtenção de medidas para a garantia do resultado útil do processo, mas também para alcançar a própria antecipação do direito material buscado pela parte autora.

Nesse contexto, sobreveio a reforma processual de 1994. Dando nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, o legislador introduziu o instituto da tutela antecipada. O novo expediente consagrou a possibilidade de o juiz, atendidos certos requisitos, antes de completar a instrução da causa, antecipar os efeitos da tutela definitiva de mérito, no todo ou em parte. Com efeito, o referido artigo 273 dispõe que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”.

As tutelas antecipadas são concedidas no próprio processo de conhecimento, na própria ação destinada a obter a tutela definitiva, mediante decisões interlocutórias.²⁷ Através da tutela antecipatória é possível produzir o efeito que somente poderia ser produzido ao final. Um efeito que, por óbvio, não decorre de uma eficácia que tem a mesma qualidade da eficácia da sentença.

Note-se que o que se antecipa não é o provimento judicial em si, mas sim os efeitos do provimento definitivo. Ou seja, não se antecipa a eficácia declaratória, constitutiva ou condenatória da sentença; antecipa-se a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos.²⁸

De acordo com Cassio Scarpinella Bueno,²⁹ é possível pleitear a tutela antecipada até o instante em que ela naturalmente (isto é, por imposição do sistema jurídico) passar a surtir seus efeitos concretos. Logo, nos casos em que a sentença produz de imediato seus efeitos, ou seja, quando a apelação não é recebida com efeito suspensivo, a tutela será “antecipável” até o proferimento da sentença. Isto porque, como a própria sentença produzirá os efeitos desejados pelo autor, desnecessária será a antecipação dos mesmos. Já quando a apelação é recebida com efeito suspensivo, como eventual recurso especial e extraordinário não tem, *ex lege*, efeito suspensivo, será possível antecipar os efeitos da tutela até o momento em que proferido o acórdão que julgar a apelação. Há também a possibilidade de que seja atribuído efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário, hipótese em que haverá coincidência temporal entre o trânsito em julgado e a eficácia da decisão, sendo possível a antecipação até o trânsito em julgado da decisão.

²⁷ PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. 2011. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 135.

²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 49-50.

²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33-4.

Por fim, questão que merece ser destacada é a via de controle da decisão que decide acerca da tutela antecipada. Tratando-se de decisão interlocutória, o recurso a ser interposto da decisão que concede ou denega a medida é o agravo, sendo que este deve ser interposto na modalidade de instrumento. O cabimento do agravo retido é afastado devido ao fato de a urgência, própria do agravo de instrumento, ser inerente ao instituto da antecipação da tutela. Além disso, conforme dispõe o parágrafo 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil, “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. Esta disposição não quer dizer que o magistrado poderá simplesmente mudar de opinião. Para que possa ocorrer a revogação ou modificação é necessário que surjam novas circunstâncias, o que pode ocorrer pela alteração dos fatos ou do quadro probatório.

3.3.1 Requisitos para a concessão da tutela antecipada

Sendo o espectro da tutela antecipada muito mais amplo do que o da tutela cautelar, os requisitos para a sua concessão são mais rigorosos. Aqui, não basta a existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, como passaremos a verificar.

Os pressupostos legais são de duas ordens: necessários e cumulativo-alternativos. São sempre necessárias, para a concessão da tutela antecipada, a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, referidas no *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil. São cumulativo-alternativos o “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” e o “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”, previstos, respectivamente, nos incisos I e II do mesmo dispositivo de lei. Estes pressupostos são alternativos porque basta a situação descrita no inciso I ou no inciso II para a concessão da tutela antecipada, mas são cumulativos aos pressupostos necessários. Logo, sempre se há de estar diante de prova inequívoca, de verossimilhança e do requisito do inciso I *ou* do requisito do inciso II.³⁰

3.3.1.1 A prova inequívoca e a verossimilhança da alegação

Reza o *caput* do artigo 273: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, *existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação*”.

À primeira vista, parece haver contradição no dispositivo, pois prova inequívoca seria aquela que conduziria o julgador a uma certeza, e não a mera verossimilhança. No entanto, neste caso, prova inequívoca quer dizer prova robusta, contundente. É aquela que, embora no âmbito da cognição sumária, dá a maior

³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36.

margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato.

Conforme Cândido Rangel Dinamarco,³¹ “a exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar”. Logo, não basta ao requerente da tutela antecipada formular, retoricamente, seu pedido. Devem ser apresentadas provas, substratos materiais do quanto alegado. É a prova inequívoca que irá conduzir o magistrado a um estado de verossimilhança da alegação; verossimilhança no sentido de que aquilo que foi narrado e provado parece ser verdadeiro, ou seja, há aparência de verdade.

3.3.1.2 O fundado receio de dano ou o abuso de direito por parte do réu

Os incisos do artigo 273 do Código de Processo Civil estabelecem os pressupostos cumulativo-alternativos da seguinte forma:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

O inciso I prevê uma hipótese bastante semelhante ao *periculum in mora* da tutela cautelar. No dispositivo, fica clara a ideia da efetividade, princípio norteador da tutela de urgência, eis que se a antecipação não for concedida poderá ocorrer um dano irreparável ou de difícil reparação, que afetará a própria prestabilidade do provimento definitivo.

O “fundado receio” do dano será invocável com base em dados concretos, que ultrapassem o simples temor subjetivo da parte. A simples demora na solução do litígio não caracteriza, por si só, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, já que a esta circunstância (demora) deve se agregar a comprovação de qual será o dano.³²

Alternativamente, poderá a parte pedir a antecipação dos efeitos da tutela devido a abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (inciso II). Nesta hipótese, o fundamento da antecipação é coibir o retardamento do processo em decorrência de ações ou omissões da parte ré. O artigo 17 do Código de Processo Civil, ao tratar dos atos de litigância de má-fé, é um bom referencial de comportamentos a serem levados em conta para fins de antecipação da tutela com base nesse dispositivo, sem prejuízo de que outras situações não lá previstas sejam consideradas.³³

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 145.

³² FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 170.

³³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45.

Na prática, os casos de antecipação de tutela com base no inciso II acabam sendo escassos, tendo em vista que o juiz dispõe de outros meios suficientes para evitar a procrastinação do processo pela parte, podendo, dentre outras medidas, indeferir providências que julgar desnecessárias ou protelatórias.

3.3.2 Concessão da tutela antecipada através de medida liminar

Conforme já mencionado, a antecipação da tutela pode ser concedida tanto no início do processo como no seu curso. Assim, a concessão da tutela antecipada poderá ocorrer *inaudita altera parte* (sem a oitiva da parte contrária) quando tal providência se fizer necessária para a preservação do direito a ser tutelado.

Se não houver tempo hábil sequer para a citação do réu para que este se manifeste sobre a petição inicial, sobre o pedido de tutela antecipada e sobre os documentos que o embasam, a tutela antecipada deverá ser concedida liminarmente. Se, por outro lado, o grau de urgência não for suficiente para impedir a prévia ouvida do réu, deverá o juiz, em princípio, realizar o mínimo de contraditório recomendável pelas circunstâncias.

Isto é, só se deixa de ouvir o réu quando estiver configurada a possibilidade de o prejuízo do autor se consumir de imediato, frustrando, no todo ou em parte, os objetivos da sua pretensão.³⁴ Assim, ao decidir o momento em que irá antecipar a tutela, deve o juiz ter em mente o princípio da menor restrição possível, não devendo ser o momento mais antecipado do que o necessário.

4 CABIMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA MEDIDAS LIMINARES

4.1 A SÚMULA 735 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tendo sido realizado o estudo em separado das principais características do recurso extraordinário e das medidas liminares nos capítulos anteriores, cumpre agora efetuar a junção dos dois institutos, a fim de analisar se possível o cabimento de recurso extraordinário contra medidas liminares. Tal análise partirá do exame da Súmula 735 do Supremo Tribunal Federal,³⁵ como veremos a seguir.

O Supremo, na sessão plenária de 26 de novembro de 2003, sumulou o entendimento de que “não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”.

Primeiramente, a fim de apresentar uma dimensão geral do entendimento jurisprudencial sobre o assunto, colaciona-se parte de decisão monocrática lavrada

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência**: medidas cautelares e antecipatórias. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 13.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 735**. Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.

pelo Ministro Teori Albino Zavascki, que sumariza os argumentos utilizados pelas Cortes Superiores para a adoção da súmula em questão, *in verbis*:

Não é função constitucional do STF e nem do STJ, no julgamento de recursos extraordinários e recursos especiais, substituir-se às instâncias ordinárias para fazer juízo a respeito de questões constitucionais ou infraconstitucionais que, naquelas instâncias, ainda não tiveram tratamento definitivo e conclusivo. É o que ocorre com as medidas liminares de natureza cautelar ou antecipatória. [...] A natureza precária e provisória do juízo de mérito desenvolvido em sede liminar desqualifica, assim, o requisito constitucional do esgotamento das instâncias ordinárias, indispensável ao cabimento do recurso extraordinário e do especial. Com base nesse entendimento, o STF editou a Súmula 735 [...].³⁶

Verifica-se que o principal fundamento para a edição da súmula foi o de que as decisões liminares não seriam definitivas. O entendimento é de que tais decisões são provisórias e mutáveis, eis que podem ser revistas no curso do processo pelo próprio juízo de primeiro grau, ou ao final, quando da prolação da sentença julgando o mérito da causa. Assim, não se estaria diante delas atendendo ao preenchimento do requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, exigido pelo artigo 102, inciso III, da Constituição Federal, de que haja o prévio esgotamento das instâncias ordinárias.

De acordo com um dos acórdãos que ensejaram a edição da súmula, se a decisão interlocutória puder ser revista pela instância *a quo* no mesmo processo em que proferida, dela não caberá recurso extraordinário, nem recurso especial, “não porque seja interlocutória, mas por não ser definitiva”.³⁷

Outro fundamento em que se sustenta a Súmula 735 é o de que a concessão ou indeferimento de medida liminar demanda a ponderação subjetiva a respeito dos requisitos arrolados no artigo 273 do Código de Processo Civil. Ou seja, segundo a jurisprudência emanada da Suprema Corte, a verificação da presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* se situa na esfera de subjetividade do magistrado. A concessão da medida, portanto, seria ato discricionário do juiz, que não poderia ser revisto mediante recurso extraordinário, tendo em vista que este não comporta o reexame dos fatos e das provas constantes dos autos.

Conforme asseverou o ex-ministro Maurício Corrêa, a aferição dos requisitos necessários à concessão de medida liminar, por ser matéria que está situada na “esfera de avaliação subjetiva do magistrado quanto à existência do *periculum in mora*, do *fumus boni iuris* e do dano irreparável ou de difícil reparação, é insuscetível de reexame pela via do recurso extraordinário”.³⁸

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Decisão monocrática na Medida Cautelar nº 10.882/RS**. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. DJ: 01 dez. 2005.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário nº 263.038-1/PE**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado em: 28 abr. 2000.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 234.144-9/PE**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Publicado em: 11 out. 2001.

Confira-se alguns dos precedentes, dentre outros,³⁹ em que baseada a Súmula 735:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ACÓRDÃO QUE CONFIRMA INDEFERIMENTO DE LIMINAR MANDAMENTAL – ATO DESCISÓRIO QUE NÃO SE REVESTE DE DEFINITIVIDADE – MERA ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS DO “FUMUS BONI JURIS” E DO “PERICULUM IN MORA” [...] – Não cabe recurso extraordinário contra decisões que concedem ou denegam medidas cautelares ou provimentos liminares, pelo fato de que tais atos decisórios – precisamente porque fundados em mera verificação não conclusiva da ocorrência do “periculum in mora” e da relevância jurídica da pretensão deduzida pela parte interessada – não veiculam qualquer juízo definitivo de constitucionalidade, deixando de ajustar-se, em consequência, às hipóteses consubstanciadas no art. 102, III, da Constituição da República. Precedentes. (AgRg em AgIn 439.613-3, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 24.06.2003, DJ 17.10.2003).

Recurso extraordinário – Esta Corte, por ambas as suas Turmas (assim, por exemplo, no RE 234.153, nos AGRAG 252.382 e 219.053, e no AGRE 234.144), tem decidido que não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere, ou mantém, liminar por entender, em última análise, que ocorrem os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, porquanto a aferição da existência deles, além de se situar na esfera de avaliação subjetiva do magistrado, não é manifestação conclusiva de sua procedência para ocorrer a hipótese de cabimento desse recurso pela letra a do inc. III do art. 102 da Constituição, que exige, necessariamente, decisão que haja desrespeitado dispositivo constitucional, por negar-lhe vigência, ou por tê-lo interpretado erroneamente ao aplicá-lo ou ao deixar de aplicá-lo. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 232.387-1/RO, Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, publ. 17.05.2002).

Cumprido ressaltar que, ainda que a súmula mencione apenas “acórdão que defere medida liminar”, essa orientação também se aplica a acórdão que trate, mesmo que não liminarmente, de medida cautelar ou antecipação da tutela, pelos mesmos fundamentos.⁴⁰ Além disso, note-se que o entendimento adotado pelo Supremo vem sendo amplamente acolhido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que aplica a súmula por analogia.⁴¹

Assim, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, devido ao exposto, se posiciona no sentido de que não cabe recurso extraordinário contra acórdão que

³⁹ Além dos precedentes referidos, a súmula 735 do STF também tomou por base os seguintes: (a) BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 337.739/DF**. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ: 31 out. 2002. (b) BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 232.068-3/SP**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 12 mar. 2002. (c) BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 219.053/RS**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado em: 23 mar. 2001.

⁴⁰ É o que se verifica nas seguintes decisões: (a) BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 2107/GO**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado em: 07 ago. 2008. (b) BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Ação Cautelar nº 1729/PA**. Relatora: Min. Ellen Gracie. Publicado em: 02 ago. 2007.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Regimental no Agravo nº 1249105/SP**. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. DJe: 28 fev. 2012.

concede ou denega antecipação de tutela, medidas cautelares ou provimentos liminares. Com fundamento na Súmula 735, tais recursos extraordinários têm seu seguimento negado, sem que se faça qualquer análise quanto aos demais pressupostos de admissibilidade.

Por outro lado, parte da doutrina se posiciona em sentido contrário ao ora esposado, criticando o entendimento adotado pelo Supremo. Tais autores defendem que seria cabível a interposição de recurso extraordinário contra acórdão sobre medida liminar, e que tal cabimento seria de extrema relevância diante do papel representado pelas liminares atualmente, devido aos fundamentos que se passará a averiguar.

4.2 FUNDAMENTOS PARA O CABIMENTO DO RECURSO

Os autores que tratam da presente questão fundamentam sua tese em diferentes tópicos, através da contraposição com o entendido pelas Cortes Superiores. Assim, analisaremos (a) a provisoriedade das decisões liminares, (b) a suposta discricionariedade do magistrado na análise dos requisitos para a antecipação da tutela, (c) a ponderação de fatos e provas no recurso extraordinário e (d) a possibilidade de limitação do cabimento de recurso extraordinário por súmula, a fim de compreender o entendimento desta parte da doutrina que defende o cabimento do recurso.

4.2.1 A provisoriedade das decisões liminares

É corrente a opinião de que as decisões antecipatórias são fortemente marcadas pela provisoriedade. Conforme já analisado anteriormente, tais decisões são passíveis de revogação e dependem de confirmação pela sentença de mérito.

Embora não tenham caráter definitivo, a modificação ou revogação pelo juízo prolator tem sido admitida pela doutrina e jurisprudência apenas em hipóteses excepcionais nas quais haja a demonstração de alteração do quadro probatório ou da situação fática que ensejou a concessão da medida. Ainda, a decisão somente poderá ser revista mediante expressa provocação da parte. Desse modo, não seria correto afirmar que a decisão liminar é suscetível de alteração a qualquer momento do processo, eis que existem restritas hipóteses em que sua revogação ou modificação é juridicamente possível.⁴²

Assim, entende Márcia Fernandes Bezerra que não há motivos para que o recurso extraordinário tenha seu seguimento negado pela mera expectativa da eventual possibilidade de modificação da decisão originariamente prolatada; eis que,

⁴² BEZERRA, Márcia Fernandes. O cabimento do recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar e a súmula 735 do STF. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 954.

se a decisão for efetivamente alterada no curso do processo, o máximo que irá acontecer será a perda de objeto do recurso.⁴³

Além disso, ainda que inquestionável a provisoriedade das tutelas de urgência no plano normativo, existem situações em que a decisão que antecipa os efeitos da tutela assume ares de definitividade no plano fático. Tendo em vista o fato de a tutela antecipada operar diretamente sobre o direito material, muitas vezes a medida concedida em juízo provisório tem caráter irreversível. Um exemplo dado por José Roberto dos Santos Bedaque⁴⁴, no qual a antecipação dos efeitos da tutela acaba se tornando faticamente irreversível, seria o caso de intervenção cirúrgica que o pai pretende seja realizada no filho, mas encontra oposição da mulher, que prefere submetê-lo a tratamento por curandeiro.

Diante desse quadro, para Márcia Fernandes Bezerra,⁴⁵ as decisões liminares, mesmo que não tenham a definitividade processual buscada pelos acórdãos que deram origem à edição da Súmula 735, estas detêm uma definitividade fática que autoriza, por si só, que se confira interpretação diversa ao artigo 102, III, da Constituição. A autora sustenta que as questões relativas às formalidades processuais devem ser interpretadas da maneira mais favorável à parte, garantindo-se a efetividade do processo, motivo pelo qual o dispositivo mencionado poderia ser interpretado de forma a autorizar a interposição do recurso extraordinário contra as medidas liminares. Assim, entende que a expressão “causas decididas em única ou última instância” não quer significar a definitividade própria das decisões de cognição exauriente prolatadas ao final do processo, mas sim “desde que já não caiba outro recurso (salvo embargos de declaração)”.⁴⁶

Os professores Daniel Ustárroz e Sérgio Gilberto Porto também já se manifestaram sobre o tema, em sentido semelhante ao da autora supra referida. Para eles, é admissível excepcionar a incidência da Súmula 735 em casos relevantes, tendo em vista que o grande objetivo das Cortes Superiores é guiar a comunidade para as interpretações (constitucionais ou infra) a serem observadas. Importa, portanto, transcrever parte do pensamento destes autores sobre a questão:

Dentro de um cenário, no qual proliferam liminares satisfativas, que não raro se tornam definitivas pelo dano irreparável oriundo de sua concessão ou mesmo denegação, parece-nos fundamental admitir a ultrapassagem do enunciado sumular naqueles casos relevantes, nos quais se constate a

⁴³ BEZERRA, Márcia Fernandes. O cabimento do recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar e a súmula 735 do STF. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 958.

⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998. p. 324.

⁴⁵ BEZERRA, Márcia Fernandes. O cabimento do recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar e a súmula 735 do STF. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 958.

⁴⁶ Este é também o pensamento de Barbosa Moreira, já referido quando do estudo do recurso extraordinário.

incorreção na aplicação do direito, ainda que em sede de cognição provisória, para proteger a parte prejudicada.⁴⁷

Sob outro aspecto, pode-se também mencionar a Súmula 86 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece que “cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”, e o artigo 542, § 3º, do Código de Processo Civil, que reconhece o cabimento dos recursos extraordinário e especial contra decisões interlocutórias, dispondo que, no caso, o recurso deva ficar retido.

Em crítica ao referido § 3º do artigo 542, William Santos Ferreira⁴⁸ relata que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, muito se discutiu se o recurso especial caberia para impugnar decisões interlocutórias, tendo prevalecido, após muita discussão, a corrente que admitia o recurso especial contra tal tipo de decisão (Súmula 86/STJ). Porém, com o constante aumento no número de recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, procedeu-se a uma restrição na possibilidade de impugnação de decisões interlocutórias, através do chamado “regime de retenção obrigatória”. Tal regime significa que o recurso é interposto, mas não é processado de imediato, só o sendo posteriormente, se reiterado pela parte quando da análise dos eventuais recursos excepcionais interpostos contra a decisão final.

O regime de retenção, contudo, tem sido afastado pela jurisprudência quando a decisão interlocutória puder causar dano grave e de difícil reparação, “sob pena de se tornar inócua a ulterior apreciação da questão”.⁴⁹ Assim, poderíamos pensar que as decisões interlocutórias cautelares ou antecipatórias que causassem dano grave e de difícil reparação permitiriam o recurso na forma da subida imediata, mas isso não ocorre, devido ao óbice criado pela Súmula 735.

Nesse ponto, Daisson Flach⁵⁰ aduz ser desconcertante a posição dos Tribunais Superiores. Isto porque, de um lado, afirmam que não devem se submeter à retenção os recursos contra decisões interlocutórias cujo julgamento ao final da demanda possa ser ineficaz e, de outro, entendem não poder ser sequer conhecido recurso interposto contra provimentos antecipatórios fundados em cognição sumária, por serem provisórios e passíveis de revisão pelo próprio juízo.⁵¹

Por fim, assevera Márcia Fernandes Bezerra que a ofensa a dispositivos constitucionais ocorrida em decisão liminar tem o mesmo teor de ilegalidade que o

⁴⁷ USTÁRROZ, Daniel; PORTO, Sérgio Gilberto. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 231.

⁴⁸ FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 349-50.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial nº 202.740/PB**. Relator: Min. Castro Filho. DJ: 07 jun. 2004.

⁵⁰ FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 145-6.

⁵¹ Na sequência, continua o autor: “Admite-se o trânsito do recurso em homenagem à eficácia do sistema recursal, diante da necessidade de pronta tutela e, inversamente, nega-se a possibilidade de obter a tutela pretendida por não ser função do recurso especial rever ‘juízos de delibação provisórios’”.

das decisões definitivas que contrariem a Constituição Federal, tecendo a seguinte conclusão:

Mais do que isto, em se tratando de decisões liminares, a atuação imediata das instâncias superiores será tão ou mais necessária, já que o provimento estará diretamente associado aos requisitos da urgência e de eventual irreversibilidade da medida, ainda que concedida com base em cognição sumária.⁵²

4.2.2 A discricionariedade do magistrado

Os dispositivos legais que regem a tutela de urgência estão repletos de termos abertos, vagos ou indeterminados. Utilizam-se de expressões cuja exata compreensão do sentido exige a consideração das circunstâncias concretas. Veja-se, por exemplo, o artigo 273 do Código de Processo Civil, que estabelece os requisitos para a antecipação da tutela através de conceitos tais como “prova inequívoca”, “verossimilhança da alegação”, “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, “abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório”. Soma-se a isso o fato de o *caput* do mesmo artigo 273 prever que o juiz *poderá* antecipar a tutela, de modo que este estabelece aparente facultatividade de atuação. São estes os aspectos que, para a jurisprudência dos Tribunais Superiores e para parte da doutrina, outorgariam suposta discricionariedade ao juiz.

A ideia de discricionariedade foi cunhada no âmbito do direito administrativo, sendo a margem de liberdade dada ao agente público para escolher, em determinado caso concreto, segundo critérios subjetivos de conveniência e oportunidade, um entre dois ou mais comportamentos cabíveis – “todos igualmente insertos nos limites da legalidade e com o mesmo grau ótimo de atendimento à finalidade da lei”.⁵³ Sendo assim, Márcia Fernandes Bezerra⁵⁴ aduz que a feição de liberdade concedida ao juiz na apreciação dos requisitos para a concessão de medida liminar, cautelar ou antecipatória, é bastante diversa da discricionariedade atribuída ao administrador público.

⁵² BEZERRA, Márcia Fernandes. O cabimento do recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar e a súmula 735 do STF. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 958-9.

⁵³ TALAMINI, Eduardo. Recorribilidade das decisões sobre tutela de urgência. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 269-70.

⁵⁴ BEZERRA, Márcia Fernandes. O cabimento do recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar e a súmula 735 do STF. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 952.

Conforme já mencionado, as tutelas urgentes são compostas por conceitos vagos. Todavia, assevera Teresa Arruda Alvim Wambier⁵⁵ que a circunstância de haver um conceito vago no texto da lei não autoriza, por si só, que o aplicador da norma exerça poder discricionário. Se assim o fosse, quando o juiz proferisse sentença, na qual tivesse aplicado norma que contém conceito vago em sua formulação, estaria então proferindo sentença discricionária, pois a regra não poderia ser aplicável apenas às decisões liminares. Por tais motivos, afirma a autora que “o Poder Judiciário não tem discricionariedade quando interpreta (e aplica ao caso concreto) norma que contenha conceito vago, seja proferindo liminares, seja sentenças”.

Ainda, não obstante o uso da expressão “poderá” no *caput* do artigo 273, esclarece a melhor doutrina que não tem o juiz mera faculdade de antecipar a tutela, uma vez que, caso se verifiquem os pressupostos legais, é seu dever fazê-lo. Este é o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno, que resume de forma precisa a questão, como se observa da leitura do seguinte trecho:

A leitura do *caput* e dos dois incisos do art. 273 revela quais são os pressupostos que, uma vez presentes, *devem* conduzir o magistrado à concessão da tutela antecipada. Absolutamente prevalecente em doutrina é a lição de que não há “liberdade” ou “discrição” para o magistrado na concessão ou rejeição do pedido de tutela antecipada. Ou bem estão lá os pressupostos, e o juiz *deve* conceder, ou não estão, e ele *deve* rejeitar o pedido; não há meio-termo, não há uma terceira opção.⁵⁶

Presentes, pois, os requisitos para a concessão da liminar, não há que se pensar em faculdade judicial, pois a hipótese se configura, antes disso, como um direito subjetivo da parte à tutela de urgência. Logo, segundo Márcia Fernandes Bezerra,⁵⁷ essa atividade é passível de controle por meio de recurso, inclusive pelas instâncias superiores. Note-se que o conceito de discricionariedade está conectado à ideia de impossibilidade de controle, de modo que se a decisão fosse efetivamente discricionária, dela não caberia agravo de instrumento.

4.2.3 A ponderação de fatos e provas no recurso extraordinário

Conforme já analisado anteriormente, o recurso extraordinário não tem por finalidade o reexame da matéria discutida nos autos, motivo pelo qual este não pode

⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: _____. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 507-514. Neste trabalho, a autora traça importante reflexão crítica acerca da questão da discricionariedade, de modo que extremamente válida a sua leitura se o objetivo buscado for um aprofundamento sobre o tema.

⁵⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36.

⁵⁷ BEZERRA, Márcia Fernandes. O cabimento do recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar e a súmula 735 do STF. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 952-3.

ter por objeto questões de fato ou a análise das provas produzidas. Entretanto, se os fatos necessários para a verificação da afronta aos dispositivos constitucionais se encontram expostos no próprio acórdão recorrido, tornando desnecessário o revolvimento das provas produzidas nos autos, será exigida do Supremo Tribunal Federal apenas a sua requalificação jurídica, viabilizando-se o julgamento do recurso.

Assim, sugere Márcia Fernandes Bezerra⁵⁸ que, ainda que a análise da presença dos requisitos para a concessão de tutela antecipada passe pela subjetividade do magistrado na ponderação de fatos e provas, não há que se cogitar da impossibilidade generalizada do julgamento dos recursos excepcionais, especialmente quando os fatos e provas estiverem retratados com fidelidade no acórdão recorrido. Sustenta a autora que, uma vez que esta subjetividade do magistrado não se confunde com discricionariedade, a eventual inconstitucionalidade da decisão não pode escapar da análise do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o tema, José Miguel Garcia Medina⁵⁹ apresenta importante posicionamento. O autor entende que será cabível recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, “sempre que a decisão recorrida contrariar a norma jurídica, deferindo ou indeferindo incorretamente a tutela de urgência”. Neste caso, o recurso não será admissível se pleitear a reapreciação das circunstâncias fáticas que autorizam ou não a concessão da tutela. Por outro lado, quando não se coloca em dúvida como os fatos ocorreram, a atividade consistente na qualificação jurídica do fato poderá ser controlada mediante recurso excepcional.

4.2.4 A limitação ao cabimento de recurso extraordinário por súmula

Outro ponto que merece ser destacado, quando da análise da Súmula 735, é a possibilidade ou não de limitação do cabimento de recurso extraordinário através de súmula. Tal questão é apontada por Gregório Assagra de Almeida,⁶⁰ o qual defende a tese de que “o Poder Judiciário não tem competência para limitar o exercício de recurso constitucionalmente previsto, o que somente seria admissível por Emenda Constitucional”. Sob esse aspecto, sustenta ser inconstitucional a

⁵⁸ BEZERRA, Márcia Fernandes. O cabimento do recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar e a súmula 735 do STF. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 956-7.

⁵⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial: Breves considerações. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1064.

⁶⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **A inconstitucionalidade da Súmula 735 do Supremo Tribunal Federal**. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 7, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27263>>. Acesso em: 02 abr. 2012. p. 488-90.

proibição de recurso extraordinário por lei infraconstitucional ou súmula, sendo este último o caso da Súmula 735.

Corroborando com a tese do autor, ensina Nelson Nery Junior⁶¹ que não é possível haver limitação ao cabimento de recurso especial ou extraordinário, eis que a atual Constituição não estipulou nenhuma restrição. Os requisitos estão previstos na própria Constituição Federal e somente estes devem ser exigidos do recorrente para que os recursos especial e extraordinário sejam conhecidos.

O Poder Judiciário tem iniciativa das leis no tocante à organização judiciária (artigo 96, II, *b*, da Constituição).⁶² Entretanto, adverte o autor que estabelecer restrição ao cabimento de recurso especial ou extraordinário não é matéria de organização judiciária, e sim de direito processual, onde a iniciativa da lei é de atribuição do Poder Legislativo da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição.⁶³

Conclui Nery Junior que somente emenda constitucional poderia restringir o cabimento de recurso extraordinário, sendo tal restrição vedada ao legislador infraconstitucional, nestes termos:

Hoje não há nenhuma previsão constitucional ensejadora de limitação ou vedação ao cabimento quer do recurso especial, quer do extraordinário, de sorte que o legislador infraconstitucional não tem autorização para restringir o acesso ao STF e STJ, impondo barreiras ao cabimento dos recursos extraordinário e especial.

Somente por emenda constitucional é que se poderiam estabelecer restrições ao cabimento dos recursos extraordinário e especial [...].⁶⁴

Sobre este ponto, também se manifestou Diogo Ciuffo Carneiro,⁶⁵ para quem a inadmissão de recurso extraordinário ou especial com base na Súmula 735 é “criar novos requisitos de admissibilidade que não expressos na lei ou na Constituição”, o que, para o autor, além de não ser possível, viola a garantia de acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 212, 2004.

⁶² Art. 96. Compete privativamente:

[...]

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

[...]

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver.

⁶³ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 213, 2004.

⁶⁵ CARNEIRO, Diogo Ciuffo. Os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e a sua ilegítima utilização como filtros recursais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 160, p. 223, jun. 2008.

4.3 IMPORTÂNCIA DA REVISÃO DAS LIMINARES PELAS CORTES SUPERIORES

Gregório Assagra de Almeida⁶⁶ menciona algumas hipóteses de grave dano social que podem ser geradas pela aplicação literal da Súmula 735 do Supremo Tribunal Federal. Cita, como exemplos, uma decisão liminar que proíbe o acesso à justiça em determinados casos, desrespeitando a garantia constitucional do acesso à justiça, prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição;⁶⁷ ou também uma liminar que proíbe o Ministério Público de instaurar inquérito civil para apurar danos ao meio ambiente, violando assim os artigos 127, *caput*, e 129, III, da Constituição.⁶⁸ Outro exemplo seria o de uma medida liminar que impede instituições constitucionais como a OAB, o Ministério Público e a Defensoria Pública de exercerem livremente suas funções. Tendo em vista que estas entidades têm suas atribuições garantidas constitucionalmente e atuam na defesa do interesse social, não é razoável que sejam criados obstáculos ao exercício de suas funções constitucionais.

Restando configurada a afronta a dispositivos constitucionais, a criação de óbices ao regular processamento do recurso extraordinário assume ares de negativa de prestação jurisdicional, caracterizando afronta ao artigo 5º, XXXV, da Constituição, como bem ressaltou Márcia Fernandes Bezerra.⁶⁹

José Miguel Garcia Medina⁷⁰ aponta outra questão interessante. O autor atenta para o fato de que, hoje em dia, a sociedade é extremamente massificada e as informações são transmitidas muito rapidamente. Desse modo, caso as Cortes Superiores se omitam diante de uma decisão que deferiu liminar com base em interpretação jurídica incorreta, pode acabar ocorrendo o chamado “comportamento de manada”, com a proliferação de ações calcadas nesse entendimento equivocado.

Além disso, lembra o autor que muitas vezes a liminar representa, para a parte, o “auge” do processo, eis que o jurisdicionado busca que sua demanda seja acolhida rapidamente, o que nem sempre pode ser viabilizado por decisão judicial fundada em cognição exauriente. Assim, entende ele que a revisão das decisões

⁶⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **A inconstitucionalidade da Súmula 735 do Supremo Tribunal Federal**. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 7, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27263>>. Acesso em: 02 abr. 2012. p. 490-1.

⁶⁷ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁶⁸ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

⁶⁹ BEZERRA, Márcia Fernandes. O cabimento do recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar e a súmula 735 do STF. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 959.

⁷⁰ MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1065-6.

liminares é, no contexto atual, “atividade relevantíssima a ser desempenhada pelas Cortes Superiores”, para que estas possam corrigir ou certificar, conforme o caso, determinado entendimento jurídico, revelando o significado correto da norma.

Diante de todo o exposto, com razão está o autor quando tece a seguinte conclusão:

Por isso, segundo entendemos, a orientação contida na Súmula 735 do STF, rigorosamente, contraria o desiderato estabelecido nos arts. 102 e 105 da Constituição, devendo deixar de ser aplicada, sob pena de as decisões dos tribunais superiores deixarem de ser relevantes. É que, à medida que decisões tomadas incorretamente por órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores não sejam corrigidas pelo STF ou pelo STJ, conforme o caso, formam jurisprudência e criam um entendimento jurídico ‘auto-realizável’, isto é, fundado no simples fato de que a decisão incorreta não foi corrigida e, como vem sendo mantida e reiterada, pode ser tida por acertada pela comunidade jurídica, gerando expectativas entre os cidadãos, que repercutem, inevitavelmente, em novas ações judiciais.⁷¹

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa foi composta por um estudo dos recursos extraordinários e das tutelas de urgência, em vista da importância que os provimentos conferidos liminarmente têm assumido na sociedade atual e, por consequência, a igual importância que merece receber a revisão de tais decisões liminares.

Examinou-se o recurso extraordinário, com especial atenção voltada aos seus requisitos de admissibilidade. Foi constatado ser este o recurso dirigido a nossa mais alta instância do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, trata-se de recurso de interesse público, tendo como função revelar o correto significado da norma jurídica, a fim de tutelar as normas de natureza constitucional. Para que este recurso seja admitido é necessário que haja o prévio exaurimento das instâncias ordinárias, que as questões constitucionais levantadas tenham sido devidamente prequestionadas e possuam repercussão geral, e que nele se discuta apenas matéria de direito.

Durante a pesquisa, verificou-se também que a tutela jurisdicional de urgência se impõe no centro da tensão entre efetividade da jurisdição e segurança jurídica, privilegiando a efetividade para evitar que a duração temporal do processo redunde em danos graves para a relação jurídica material discutida entre os litigantes. Compreendeu-se que, para os fins do presente estudo, a doutrina utiliza o termo “medida liminar” como o adiantamento à parte dos efeitos da tutela pretendida ou de uma providência que seja pressuposto de eficácia do pedido principal. Ou seja, é a concessão da tutela antecipada ou da tutela cautelar no início da lide; de modo que foi realizada a análise destes dois institutos, bem como dos requisitos para a sua concessão.

⁷¹ MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1066.

Com base nos dados coletados, passou-se ao objetivo central do trabalho: o exame do cabimento de recurso extraordinário contra medidas liminares. A Súmula 735 do Supremo Tribunal Federal demonstra ser o entendimento do Supremo o não cabimento do recurso. Por outro lado, parte da doutrina adota posicionamento contrário ao hoje estampado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, defendendo que seria cabível a interposição de recurso extraordinário contra acórdão sobre medida liminar, com base em diversos fundamentos.

A partir do que foi verificado no presente trabalho, e principalmente diante da excessiva quantidade de recursos interpostos atualmente perante o Supremo Tribunal Federal, aparenta ser a Súmula 735 mais um mecanismo criado para aliviar a carga dos Tribunais Superiores. A orientação restritiva possibilita a redução do número de recursos a serem julgados, eliminando da apreciação pela via excepcional todo recurso que tem origem em provimentos antecipatórios.

É evidente que não se discorda da necessidade de criação de mecanismos aptos a tentar amenizar a problemática enfrentada pelo Poder Judiciário; o que se questiona, *data venia*, é a maneira utilizada para lidar com o problema.

A generalização do emprego das tutelas urgentes trás a necessidade de uma acurada revisão das decisões conferidas liminarmente, eis que quando aplicadas corretamente resultam na distribuição dos ônus de duração do processo de forma mais justa, mas, por outro lado, podem gerar situações irreversíveis, de grave dano ou de remota reparação. Assim, se o legislador criou um sistema de tutela diferenciada, que se afasta do modelo da ordinaryidade, não parece adequado se renunciar à principal via de controle dessa atividade, que é a fiscalização pelos Tribunais Superiores do exercício desse ampliado poder decisório.

Ao tratar o problema desta forma, o Supremo Tribunal Federal acaba por recusar o controle do sistema de tutelas de cognição sumária, ainda que ferida a Constituição, deixando de realizar justamente aquela que é sua função primordial: oferecer previsibilidade e segurança jurídica, mediante a declaração do correto significado da norma.

Para conferir celeridade ao julgamento dos processos, não é necessário suprimir recursos legítimos. É possível que sejam criados mecanismos claros e objetivos para tentar conter o volume de recursos, sendo a repercussão geral um exemplo de inovação positiva nesse sentido. Outros aspectos a serem explorados, na tentativa de diminuição da carga de trabalho dos tribunais, seriam, por exemplo, investimentos em infraestrutura, informatização, contratação de pessoal e sua capacitação profissional.

Sabe-se que, em muitos casos, o excesso de formalismo pode levar à injustiça. Assim, com o devido respeito ao entendimento do Supremo, acredita-se, neste momento, que a orientação dada pela Súmula 735 seja um destes casos, eis que podem estar sendo geradas situações em que a parte se depara com grave dano e fica impedida de utilizar do recurso extraordinário para assegurar o direito constitucional violado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **A inconstitucionalidade da Súmula 735 do Supremo Tribunal Federal**. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 7, p. 486-491, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27263>>. Acesso em: 02 abr. 2012.

ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso especial e recurso extraordinário. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Teresa (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**: de acordo com a Lei 10.352/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 135-68. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 5).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998. 395 p.

BEZERRA, Márcia Fernandes. O cabimento do recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar e a súmula 735 do STF. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 951-9.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 4 mar. 2012.

_____. Constituição (1967). **Emenda constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 735**. Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. 280 p.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. 245 p.

CARNEIRO, Diogo Ciuffo. Os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e a sua ilegítima utilização como filtros recursais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 160, p. 205-32, jun. 2008.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: volume 2. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. 585 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 420 p.

FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 169 p. (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 15).

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 396 p.

MEDINA, José Miguel Garcia. Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial: Breves considerações. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1050-67.

MORENO, Márcio de Abreu. **Tutela de urgência nos recursos especial e extraordinário na perspectiva do Estado constitucional**. 2011. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Aspectos da teoria geral dos recursos no processo civil**. São Paulo: Revista de Processo, 1988.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 303 p.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Questão de fato e de direito para fins de admissibilidade do recurso especial. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**: de acordo com a Lei 10.352/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 292-338. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 5).

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. 2011. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. **Prática dos recursos especial e extraordinário**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 230 p.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 394 p.

TALAMINI, Eduardo. Recorribilidade das decisões sobre tutela de urgência. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 267-98. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 4).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência**: medidas cautelares e antecipatórias. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. 264 p.

USTÁRROZ, Daniel; PORTO, Sérgio Gilberto. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 356 p.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: _____. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 483-555.

WINTER, Eduardo da Silva. **Medidas cautelares e antecipação de tutela**: questões atuais e relevantes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. 88 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 297 p.