

O RECURSO ESPECIAL RETIDO E A TUTELA CAUTELAR DO RECORRENTE

Sergio Bermudes

Advogado.

Professor de Direito Processual Civil da PUC-RJ.

1. **O recurso especial retido** – O art. 1º da Lei nº 9.756, de 17.12.98, acrescentou ao art. 542 do Código de Processo Civil este § 3º: “O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões”.

A lei criou, então, ao lado do recurso extraordinário retido, do qual não cuidam estas observações, o recurso especial retido. O instituto tem por fonte próxima o agravo retido do art. 522 do CPC, que deita as suas origens no seiscentista agravo no auto do processo lusitano, fruto da *supplicatio* romana, mãe de todos os agravos. Inspirou o § 3º do art. 542 do CPC o empenho, de manifestação omnimoda, de se aliviar a formidável carga de trabalho dos tribunais superiores. Essas cortes, entretanto, continuarão assoberbadíssimas, enquanto não se adotar a súmula vinculante, como solução eficaz para a crise da administração da justiça brasileira, tanto mais acentuada quanto se considerar a má qualidade da postulação e da prestação jurisdicionais no país.

2. **Pressupostos específicos** – O § 3º do art. 542 enumera os pressupostos específicos do recurso especial retido, sem fazer alusão, de todo descabida, às condições gerais da sua admissibilidade, como a sucumbência e a legitimidade do recorrente, a tempestividade, a adequação e o preparo, a ser comprovado no ato da interposição, conforme o art. 511.

Colhem-se, no texto do parágrafo, os pressupostos do recurso especial retido, que são requisitos de um juízo positivo da sua admissibilidade, indispensável ao julgamento do mérito do recurso, traduzido no seu provimento ou no seu desprovimento, conforme se acolha ou se rejeite o pedido do recorrente.

O primeiro desses pressupostos será, como se extrai do parágrafo, a existência de uma decisão interlocutória. O Código define essa espécie de decisão, no § 2º do art. 162, onde ela aparece identificada como "o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente". Parece que, tal como ocorre no *caput* do art. 522, também no § 3º do art. 542 a expressão decisão interlocutória abrange os despachos que não sejam de mero expediente (estes, irrecuráveis — art. 504), ou traduz o entendimento, errôneo a meu juízo, de que todos os despachos seriam de mero expediente e, por isso, insuscetíveis de impugnação, e todos os demais atos decisórios, tirante os tais despachos, as sentenças e os acórdãos, seriam interlocutórias.

Na verdade, o § 3º do art. 542 fez impugnáveis pelo recurso especial retido todas as decisões relativas a incidentes processuais e não aquelas que, efetivamente, para repetir a dicção do § 2º do art. 162, resolvam questões incidentais. Assim, será suscetível de impugnação pelo recurso especial retido, não só a decisão que julgue o mérito da exceção de incompetência relativa (arts. 112 e 304), como também aquela que não a admita por intempestiva, ou manifestamente improcedente (arts. 305 e 310). Mesmo o acórdão que não conhecer (*rectius*, não admitir) agravo de decisão interlocutória será, também, tanto quanto o aresto que julgar o recurso, substituindo a decisão recorrida (art. 512), impugnável pelo recurso especial retido. Para que não se deixe fora do regime do recurso especial retido uma expressiva parcela de recursos especiais — que, contrariamente à vontade da lei, expressa no § 3º, ficariam, então, submetidas às regras do recurso especial de imediato processamento — impõe-se uma interpretação ampliativa do § 3º do art. 542, a fim de que ele compreenda, mais que decisões interlocutórias, no rigor da definição, também os pronunciamentos relativos a decisões interlocutórias.

A adoção do recurso especial retido torna-se obrigatória, sem que se permita o outro modo de interposição dele, quando o julgado recorrido for decisão interlocutória, ou relativo à interlocutória, proferida em processo de conhecimento, cautelar, ou em embargos à execução. Das três espécies do processo civil contencioso, o § 3º só excluiu o processo de execução, a fim de que as interlocutórias nele proferidas fiquem impugnáveis pelo recurso especial comum (afaste-se, por absurda, a idéia da inexistência das interlocutórias no processo executivo, onde abundam decisões desse feitio, e, ao contrário do que com afoiteza se apregoou, também existem sentenças definitivas, como as do art. 795, e terminativas, como as do art. 616, *in fine*). O processo de jurisdição voluntária

cabe no conceito de processo cognitivo e a ele se estende a norma de que agora se trata, salvo na execução da respectiva sentença, que fica na categoria dos processos executivos. Embora também cognitivo o processo dos embargos à execução, a lei terá aludido a ele para afastar perplexidades acerca da sujeição das interlocutórias nele proferidas ao regime que ela instituiu. Os embargos do réu da ação monitória (art. 1.102c) a restrição também os alcança, não porque tenham a natureza de embargos à execução, mas porque processo de conhecimento, emergente de uma ação constitutiva, proposta para tornar ineficaz a condenação condicional, contida no mandado previsto no art. 1.102b. Na mesma situação se encontra a liquidação de sentença, que, processo cognitivo complementar daquele no qual se formou o título ilíquido e preparatório da execução, não escapa da restrição do § 3º do art. 542.

Outro requisito objetivo do recurso especial retido será a sua reiteração pelo recorrente, “no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões”, consoante reza, literalmente, o § 3º, acrescentado ao art. 542 do Código de Processo Civil pelo art. 1º da Lei nº 9.756, de 17.12.98.

A reiteração é pressuposto recursal objetivo. Sem ela, não se processará o recurso especial retido que, então, é ato de eficácia quase que totalmente contida. Como todos os recursos, ele, ato da parte, consubstanciador de declaração unilateral de vontade (art. 158), produz, imediatamente, desde a interposição, o efeito de obstar ao trânsito em julgado da decisão recorrida (art. 158 e art. 587, 2ª parte, combinado com o § 2º do art. 542). Todavia, a reiteração é condição de processamento e de julgamento do recurso, tornando-o apto para os fins de um juízo quanto às demais condições de admissibilidade e, positivo este, para um juízo de mérito. Faltante a reiteração, não se deve presumir que o recorrente desistiu do recurso, ou renunciou a ele. Deverá o órgão de origem deixar de processá-lo, ou o próprio Superior Tribunal de Justiça, se, por descuido, for ele processado, deixar de admiti-lo porque não implementada a condição suspensiva de admissibilidade e, conseqüentemente, de julgamento. Será o caso de não se conhecer do recurso, consoante a fórmula consagrada pelos tribunais e adotada na vigente redação do § 1º do art. 523, relativo ao agravo retido.

“Somente será processado se o reiterar a parte”, diz o § 3º do art. 542. Portanto, interposto o recurso, ele ficará retido nos autos, como acontece na hipótese do art. 498, sem qualquer processamento. A reiteração é que o impulsionará, provocando inclusive a resposta do recorrido, prevista no *caput* do art. 542.

Confrontando-se o § 1º do art. 523 com o § 3º do art. 542, logo se percebe uma diferença nada sutil na redação dos dois dispositivos. O § 1º do art. 523 estatui que não se conhecerá do agravo retido, “se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal” (não reprimo o riso diante desse tribunal com letra maiúscula...). Já o § 3º do art. 542 dispõe que o recurso extraordinário ou o recurso especial “somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou [no prazo] para as contra-razões”. *Obiter dictum*: no § 3º, fala-se, simultaneamente, em recurso extraordinário, ou recurso especial interpostos, levando-se ao plural, como se permite o verbo de dois sujeitos ligados pela alternativa ou. Logo adiante, contudo, deixou-se no singular o verbo ficará e a locução será processado. Não há dúvida de que, existindo dois sujeitos, ligados pela conjunção coordenativa alternativa ou, pode o verbo ficar tanto no singular quanto no plural. Curioso é que, num mesmo período, se haja posto um verbo no plural (interpostos), e outros no singular (ficará e será processado), numa demonstração de descaso pela sintaxe.

A nítida diferença da redação dos dois parágrafos — normas da mesma lei, reguladoras ambas de recursos retidos — torna necessário concluir que, enquanto o agravo retido tem o seu julgamento no tribunal (não no juízo *a quo*; — vd. o § 2º do art. 523) condicionado à interposição da apelação da sentença, tanto assim que ele se reitera nas razões ou na resposta da apelação, a admissibilidade e-conseqüente julgamento do recurso especial retido não se condicionam à interposição de recurso da decisão final, nem à resposta a este último. Bastará que, no prazo para a interposição do recurso especial contra a decisão final, o recorrente reiterar o recurso especial anteriormente interposto, ou que o faça no prazo da resposta ao recurso da outra parte, ainda que ele decida não apresentar tal resposta. Se não houver oportunidade para a resposta ao recurso da parte contrária (v.g., ela não interpôs o recurso, ou ele foi de plano indeferido), tendo sido interposto o recurso especial retido, deverá abrir-se vista dos autos, findo o prazo do recurso da parte contrária, para que o recorrente reiterar a sua impugnação.

Parece que, consagrando, quanto à reiteração do recurso especial retido, um modo de manifestação distinto daquele que reservou ao agravo retido, a lei quis compensar a limitação interposta ao recurso especial, permitindo que o recorrente o transforme na sua única impugnação. Ressalte-se, ainda, o fato de que a decisão final pode, simplesmente, não comportar recurso especial,

ao contrário da interlocutória impugnada pelo recurso retido. Eis por que a lei dispensa o recorrente da efetiva interposição do recurso especial contra a decisão final, ou da resposta ao recurso que a outra parte interpuser. Se decidir não recorrer da decisão final, ou não responder ao recurso do adversário, bastará que o autor do recurso especial retido o reitere, por simples petição, no prazo da interposição ou da resposta ao recurso da decisão final. Ao expor a opinião aqui manifestada a JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA fui por ele advertido de que ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (Requisitos Específicos de Admissibilidade do Recurso Especial, in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*, Ed. RT, S. Paulo, 1999, p. 125), já perfilhara o mesmo entendimento. Adiro, então, ao parecer do notável processualista, cujo substancial trabalho eu ainda não lera.

Tanto mais se compreende a diferença de tratamento quanto se considerar que, enquanto o agravante, salvo nas reduzidas hipóteses do § 4º do art. 523, pode escolher entre deixar o agravo retido, ou oferecê-lo por meio de instrumento (art. 522), o recorrente que impugnar as decisões referidas no § 3º do art. 542 não tem opção: o recurso especial retido é obrigatório e não há como fazê-lo processar imediatamente. Aliás, cabe dizer aqui que o recurso especial retido só se admite nos casos do § 3º do art. 542. Fora deles, não pode o recorrente optar por essa modalidade de impugnação, como faria se requeresse a retenção de recurso especial de decisão interlocutória proferida em processo de execução. Não se pode esquecer que, destinado a resguardar a inteireza positiva do direito federal, consoante a expressão de PONTES DE MIRANDA, o recurso especial é instrumento pelo qual o Estado protege a ordem jurídica, justificando-se que ele dite o modo do seu processamento.

Obviamente, o provimento do recurso especial retido, no caso em que não se haja recorrido da decisão final, acarretará a nulidade de todos os atos decisórios posteriores (inclusive daquela decisão), se incompatíveis com a substância deles porque são condicionais todos os julgamentos que têm por pressuposto a preclusão de pronunciamentos anteriores, dos quais sejam dependentes (por exemplo: se por maioria de votos se conheceu da apelação, julgada intempestiva pelo voto vencido, e se se opuseram embargos infringentes a esse capítulo do aresto, ele será nulo na parte que julgou a apelação, ainda que irrecorrida, caso se acolham os embargos para considerar intempestivo o recurso).

Observe-se, por último, que o § 3º do art. 542, objeto destas ligeiras considerações, preferiu falar em decisão, em vez de acórdão, para se harmonizar com o inciso III do art. 105 da Constituição Federal. Será, então, na interpretação desse dispositivo constitucional, e não na exegese da lei ordinária, que se definirá a admissibilidade do recurso especial retido das decisões interlocutórias proferidas naqueles processos cujos pronunciamento finais só se impugnam mediante recurso para o mesmo juízo, como é o caso do art. 34 da Lei nº 6.830, de 22.9.80, das execuções fiscais, ou do art. 41 da Lei nº 9.099, de 26.9.95, dos juizados especiais.

Limito-me a estas considerações quanto aos pressupostos do recurso especial retido, mas concordando com BARBOSA MOREIRA (op. cit., p. 326), quando ele diz que a questão atinente aos recursos referidos no § 3º do art. 542 reclamaria só por si um estudo específico, parte significativa do qual, acrescento, teria de tratar do juízo de admissibilidade deles.

3. Proteção cautelar do recorrente – O recurso especial, tanto quanto o recurso extraordinário, é recebido no efeito devolutivo, como está no § 2º do art. 542 do CPC. A natureza extraordinária desses recursos, destinados muito mais à proteção do direito objetivo do que do direito das partes, justifica a falta de efeito suspensivo.

Não se deve, no entanto, fazer abstração daqueles casos, registrados nos anais forenses, em que a decisão objeto do recurso especial retido seja teratológica, sujeitando a parte contra a qual se proferiu (menos um jurisdicionado do que uma vítima de um simulacro de jurisdição) a prejuízos irreparáveis, ou de difícilíssima reparação (imaginem-se a decisão que, contra a norma expressa e inequívoca do § 1º do art. 739, negasse efeito suspensivo aos embargos do devedor, para permitir o prosseguimento de uma execução deletéria). Os louváveis propósitos do § 3º do art. 542, exaltados com propriedade por SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (op. cit., p. 544) não podem levar a exacerbações das quais redundariam gravames ignominiosos.

Não se admite, em casos como o figurado (e quantos exemplos medonhos oferece a preocupante quadra da história judiciária do Brasil, onde as compreensíveis restrições à admissibilidade dos recursos extraordinários deixam as partes sob o guante das maiores atrocidades), que o recorrente possa quedar vítima do recurso especial que dormitará no processo. A ordem jurídica, que con-

sagra providências destinadas a resguardar o direito das partes, negaria a si mesma, se não oferecesse às partes e aos terceiros juridicamente interessados alguma espécie de proteção, nesses casos escabrosos.

No inciso V do art. 34, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça declara ser atribuição do relator "submeter à Corte Especial, à Seção ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa", permitindo a ele próprio, no inciso VI, "determinar, em casos de urgência, as medidas do inciso anterior, 'ad referendum' da Corte Especial, da Seção ou da Turma".

Como se vê, esses dispositivos admitem a outorga, pelos órgãos da Corte ou pelo relator, de medidas cautelares, nos processos da competência do STJ, tanto as necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, quanto as destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa.

Na interpretação do texto regimental, deve-se tomar o substantivo processos, não apenas na acepção exclusiva de feitos da competência originária do tribunal, o que esvaziaria sobremodo a norma do seu conteúdo, como ainda no sentido de qualquer recurso destinado ao seu julgamento, ainda quando, pendente de processamento, esse recurso não haja subido até o Tribunal. Assim, aliás, tem sido entendido e praticado no STJ, como documentam os repositórios da sua jurisprudência.

Para a outorga de medidas de cautela, na pendência do recurso especial retido, desde a respectiva interposição no juízo de origem, será competente o Superior Tribunal de Justiça, e, nele, o órgão de julgamento do recurso, conforme as regras regimentais de competência funcional, ali se sorteando um relator que processará o incidente, inclusive para conceder, nos casos de urgência, a proteção liminar.

A competência do STJ para tais medidas, que são providências cautelares preparatórias do recurso, decorre do princípio da competência do juízo do feito principal para o acessório, consagrado nos arts. 108, 109 e 800 do CPC. Também não se exclui a competência do presidente do tribunal onde se interpôs o recurso especial retido, que é o juiz do recurso, até que, deferido, ele vá ao

Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de caso singular de competência simultânea de dois órgãos jurisdicionais, determinada a do tribunal da mais alta hierarquia por antecipação e definida a do tribunal inferior pelo fato de ser ele o juiz atual da causa.

Conquanto freqüente o seu emprego para esse fim, o mandado de segurança, acaso impetrado para se obter a sustação da eficácia do ato impugnado por meio do recurso especial retido, merecerá as reservas já feitas pela doutrina e pela jurisprudência ao seu uso como sucedâneo de recurso.