

Considerações sobre o destrancamento de recursos extraordinário e especial retidos

Com o objetivo de minimizar a acumulação de recursos nos tribunais superiores, somando esforços à propalada busca de maior efetividade da prestação jurisdicional, o legislador ordinário editou a Lei 9.756/98, que trouxe inovação à sistemática processual civil ao prever a modalidade retida dos recursos extraordinário e especial.

Deste modo, atualmente, o direito brasileiro prevê duas modalidades de recursos extremos¹: a de devolução imediata, forma padrão de processamento, e a forma retida, pela qual o recurso somente será processado se a parte o reiterar no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final ou para contrarrazões, conforme disposição do art. 542, §3º, do CPC².

Em certos casos, porém, como as liminares em geral e, especificamente, as do processo cautelar e as de antecipação de tutela, a doutrina e a jurisprudência pátrias têm obtemperado a regra que determina a retenção obrigatória do recurso extremo, diante de casos em que a falta de um julgamento possa resultar à parte dano irreparável ou de difícil reparação ou mesmo a perda do seu objeto.

Na precisa lição de Athos Gusmão Carneiro: “A norma que elenca as hipóteses em que o recurso especial deve ficar retido na origem comporta naturalmente exceções e temperamentos. Em certos casos, a retenção tornaria, pelo decurso do tempo, absolutamente sem objeto o recurso”.³

Desse entendimento não discrepa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “Revela-se incompatível ‘reter’ recurso contra decisão, ainda que interlocutória, quando ensejadora de dano de difícil e incerta reparação, uma vez que a *ratio essendi* da regra inserta no § 3º, do art. 542, do CPC, deve ser aferida em consonância com o § 4º do art. 522, do mesmo diploma legal, posto introduzida no sistema processual *a posteriori* (Lei nº 10.352/01)”⁴.

Enfim, constatada a possibilidade de sua excepcional desretenção, indagar-se-ia: qual instrumento processual deve ser utilizado para solicitar a subida imediata do recurso retido?

Diversos são os apelos apontados: mandado de segurança, agravo de instrumento, agravo interno, medida cautelar, reclamação ou simples peticionamento.

i. Há quem pugne pela adequação do **mandado de segurança** (MS), sob o fundamento de ter a parte o direito líquido e certo à análise de seu recurso quando ele for condição de efetividade da prestação jurisdicional.

Todavia, há julgados no STJ não o admitindo, sob o fundamento de que a situação em tela não se amolda à previsão constitucional (art. 105, I, CR/88), que impõe admissibilidade restrita do MS no âmbito desta Corte Superior. Por sua clareza, confira-se trecho do voto do Ministro Waldemar Sweiter, no julgamento da Medida Cautelar nº 2.411/RJ⁵: “Quando a Constituição Federal definiu a competência originária desta Corte estabeleceu somente duas hipóteses de mandado de segurança: impetração do *mandamus* contra ato de Ministro de Estado e contra ato de Ministro do próprio Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I da CF). Descartada, pois, a possibilidade mandado de segurança contra ato de Presidente de tribunal local que retém indevidamente o recurso especial”.

ii. Outrossim, o STJ, em vários precedentes, tem admitido, por aplicação analógica, o **agravo de instrumento** do art. 544 do CPC⁶.

Há doutrinadores, entretanto, que não encampam a tese.

Freddie Didier Jr. anota que, embora ausente previsão de recurso contra a decisão que determina a retenção do recurso extraordinário/especial, não há que se falar em aplicação, por analogia, do agravo do art. 544, em razão da taxatividade dos recursos⁷.

iii. Pode-se cogitar ainda do **agravo interno** ou regimental para o Tribunal de Segunda Instância em face da decisão monocrática que determinou a retenção do recurso. Assim sendo, do acórdão que mantivesse a retenção caberia outro recurso especial, agora com base em ofensa ao art. 542, §3º, do CPC⁸.

iv. Ainda, para obter a subida imediata do Recurso Extraordinário ou Especial retido, há firme corrente doutrinária e jurisprudencial admitindo o uso da **medida cautelar**⁹.

Já se utiliza a medida cautelar para agregar efeito suspensivo ao recurso extremo. Para tanto, fundamenta-se no art. 288, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que admite seu manejo nos moldes previstos na legislação processual civil. Por analogia, tem-se lançado mão da medida para reforma da decisão de retenção, nos casos em que verificados os pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*.

Outrossim, entende Humberto Theodoro Jr. ser a medida cautelar o meio mais técnico para o pedido de destrancamento de recurso retido quando houver perigo na demora da prestação jurisdicional¹⁰. É que, conforme também anotado pela Ministra do STJ Laurita Vaz, “tendo em conta a própria natureza do pedido, qual seja, a de resguardar a efetividade do processo, o feito, por se apresentar com feições de medida cautelar, deve ser assim processado, preferencialmente”¹¹.

v. Para desobstrução do recurso retido, outra alternativa utilizada é a **Reclamação**, diretamente dirigida ao Tribunal Superior. Como é de sabença comum, a reclamação, tal como definida na Constituição, presta-se a garantir a autoridade das decisões do Tribunal Superior ou a preservar sua competência. Assim, seria admitido o manejo da reclamação para preservar a competência do Tribunal de decidir quanto ao acerto ou não da retenção do recurso.

Nesse sentido, no Supremo Tribunal Federal, encontram-se julgados amparando a reclamação como meio idôneo ao pedido de subida imediata do recurso extraordinário retido¹².

De modo diverso, no STJ, conquanto ainda vacilante a jurisprudência, a Segunda Seção já se pronunciou pela não adequação da reclamação, pois o Presidente do Tribunal *a quo*, nesses casos, pratica ato próprio de suas atribuições, sem ofender a autoridade do Superior Tribunal de Justiça¹³.

Também, pelo não cabimento da reclamação, leciona Humberto Theodoro Jr., para quem esta via apenas seria cabível nos casos de não admissão, pelo Presidente do Tribunal *a quo*, do **agravo** contra a determinação de retenção¹⁴.

vi. Em remate, há ainda precedentes que aduzem ser a determinação de retenção mero expediente administrativo e, portanto, suscetível de impugnação por **simples petição**, sem prazo específico¹⁵.

De modo adverso, há doutrina que postula a impossibilidade desta via para combater a retenção, por vislumbrar nítida matiz judicial à determinação em comento¹⁶.

Anote-se que, no STJ, tem prevalecido o entendimento de que a medida cautelar é o instrumento processual mais adequado para promover a subida imediata do recurso retido¹⁷, também consignada por setores da doutrina como o meio mais técnico.

De toda sorte, considerando a atual inexistência de uniformidade na doutrina ou na jurisprudência, apresenta-se consentânea a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, como de fato se encontra na jurisprudência dos Tribunais Superiores¹⁸, felizmente.

Referências Bibliográficas

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno: Exposição Didática: Área do Processo Civil, com Invocação à Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2008, v.3.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo, RT, 2008.

THEODORO JR., Humberto. **O recurso especial retido**. Disponível em: <<http://xoomer.alice.it/direitosp/curso/humberto2.htm>> Acesso em: 14 out. 2008.

Notas

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo, RT, 2008, p. 580.

² **Art. 542** - Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões. [...] § 3º - O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interposto 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.

³ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno: Exposição Didática: Área do Processo Civil, com Invocação à Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 117.

⁴ STJ - MC 9.529/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2006, DJ 30/10/2006 p. 245.

⁵ STJ, Medida Cautelar nº 2.411/RJ, Relator Ministro Waldemar Zweiter, de 4.5.2000, DJU de 12.6.2000, pág. 102.

⁶ Cita-se: AgRg no Ag 759.908/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/09/2006, DJ 28/09/2006 p. 209.

⁷ DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2008, v.3, p. 271.

⁸ Encontra-se menção a esta tese na MC 2.411/RJ.

⁹ MC 11.348/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 26/09/2007 p. 199. Nesse sentido: MC 12856/RJ, MC 10470/RJ, MC 8356/DF.

¹⁰ THEODORO JR., Humberto. **O recurso especial retido**. Disponível em: <<http://xoomer.alice.it/direitosp/curso/humberto2.htm>> Acesso em: 14 out. 2008.

¹¹ STJ - AgRg na Pet 3.154/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJ 14/05/2007 p. 331.

¹² STF - AC-MC 212 / RJ - Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgamento em 01/06/2004, DJ 10-09-2004 PP-00045.

¹³ Nesse sentido: AgRg na Rcl 1.845/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/06/2007, DJ 30/08/2007 p. 212.

¹⁴ THEODORO JR., Humberto. **O recurso especial retido**. Disponível em: <<http://xoomer.alice.it/direitosp/curso/humberto2.htm>> Acesso em: 14 out. 2008.

¹⁵ Confira-se o seguinte julgado do STJ: AgRg na Rcl 2.402/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2007, DJ 23/04/2007 p. 230.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2008, v.3, p. 272.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2008, v.3, p. 272.

¹⁸ STJ - AgRg no Ag 778.950/RS; STF - Rcl-AgR 3268/SP.