



Universidade de Brasília

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

**A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO E A TENDÊNCIA DE
DESAPARECIMENTO DO REEXAME NECESSÁRIO**

PAULO CÉSAR DE SALES JÚNIOR

BRASÍLIA
2011



Universidade de Brasília

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO E A TENDÊNCIA DE DESAPARECIMENTO DO REEXAME NECESSÁRIO

Monografia apresentada pelo graduando Paulo César de Sales Júnior como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, sob orientação do Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira.

BRASÍLIA
2011



PAULO CÉSAR DE SALES JÚNIOR

**A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO E A TENDÊNCIA DE
DESAPARECIMENTO DO REEXAME NECESSÁRIO**

Monografia apresentada pelo graduando Paulo César de Sales Júnior como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, sob orientação do Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira (Orientador)
Universidade de Brasília

Prof. Dr. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes
Universidade de Brasília

Prof. Tarcísio Vieira Carvalho Neto
Universidade de Brasília

BRASÍLIA

2011

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Paulo e Édina, por toda paciência e confiança com que guiaram meus passos.

Aos colegas e amigos, por renovarem diariamente minha alegria em viver e aprender.

Aos professores da Universidade de Brasília, e especialmente ao Prof. Vallisney, pelo constante incentivo ao estudo e à pesquisa.

À bela Ludmilla, pela companhia sempre agradável e alegria cativante.

RESUMO

Com o presente estudo, busca-se investigar a origem histórica e o desenvolvimento do instituto do reexame necessário no direito processual civil brasileiro, com ênfase em sua natureza jurídica, e, ao final, avaliar a constitucionalidade e a conveniência do instituto no contexto normativo e social atual. O presente trabalho nos remete, em momento inicial, ao sistema inquisitório do processo penal lusitano do período medieval, em que teria surgido sob a denominação de “recurso *ex officio*”. Sob tal perspectiva, a introdução do instituto no sistema processual civil brasileiro, já em meados do século XIX, é analisada com especial atenção aos interesses sobrelevados com tal instrumento processual. São avaliados, ainda, os aspectos processuais de maior relevo da aplicação do instituto nos tribunais pátrios. Por fim, ante as observações traçadas acerca da constitucionalidade e da conveniência do reexame obrigatório, estuda-se a tendência de desaparecimento do instituto observada em recentes reformas processuais, inclusive no Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil em tramitação no Congresso. A tendência é também objeto de análise em cotejo com as alternativas propostas pela doutrina para a substituição do instituto processual herdado de Portugal, sendo obtida, ao final, a conclusão de que melhor andaria o legislador pátrio ao substituir o instituto por ferramenta processual igualmente hábil à defesa dos interesses da coletividade, sem que a prerrogativa seja simplesmente extinta.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito Processual Civil; prerrogativas processuais da Fazenda Pública; reexame necessário; constitucionalidade; conveniência; tendência de desaparecimento.

ABSTRACT

With the present study, it is aimed to investigate the historical origin and the development of the necessary re-examination institute into the Brazilian civil procedural law, with emphasis in its juridical nature, and, at the end, assess the institute's constitutionality and convenience in the current normative and social context. The present study remind us, at baseline, about the inquisitor system of the Lusitanian penal procedural from the medieval period which would had appeared under the name "*ex officio* appeal". Under this perspective, the institute's introduction into Brazilian penal procedural system, by mid-nineteenth century, is analyzed with a special attention to the most relevant procedural aspects of the institute's application in the patriotic courts. Finally, in view of the drawn observations about the constitutionality and the convenience of the obligatory re-examination, it is studied the institute's tendency to disappearance that was observed in recent procedural reforms, including at the New Code's Draft of the Civil Procedural which is going through the procedure at the National Congress. The tendency is also an object of analysis in comparison to the proposed alternatives by the doctrine for procedural institute's replacement which was inherit from Portugal, been obtained, at the end, the conclusion that better would be the national legislator by replacing the institute by procedural tool equally skilful to the collective interests defense, without simply extinguishing the prerogative.

KEY WORDS:

Civil Procedural Law; Public Treasury procedure prerogatives; necessary re-examination; constitutionality; advisability; disappearing tendency.

SUMÁRIO

I.	INTRODUÇÃO	1
II.	A ORIGEM HISTÓRICA E O DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO DA REMESSA NECESSÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO	5
III.	A REMESSA NECESSÁRIA E AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA	16
IV.	NATUREZA JURÍDICA DA REMESSA NECESSÁRIA E SUAS IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS.....	32
1.	NATUREZA JURÍDICA	32
2.	EFEITOS.....	47
3.	ASPECTOS PROCESSUAIS RELEVANTES.....	53
A.	<i>REFORMATIO IN PEJUS</i>	53
B.	RECURSO ESPECIAL EM REEXAME NECESSÁRIO	56
C.	APLICABILIDADE DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	59
D.	EMBARGOS INFRINGENTES EM REEXAME NECESSÁRIO	61
V.	A CONSTITUCIONALIDADE E A CONVENIÊNCIA DO REEXAME OBRIGATÓRIO	66
1.	CONSTITUCIONALIDADE E ADEQUAÇÃO.....	67
A.	À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	69
B.	À LUZ DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	75
C.	A NECESSIDADE E A CONVENIÊNCIA	79
2.	ALTERNATIVAS PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DOS INTERESSES COLETIVOS .	82
VI.	PROPOSTAS LEGISLATIVAS DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TENDÊNCIA DE DESAPARECIMENTO DO REEXAME NECESSÁRIO	88
VII.	CONCLUSÕES	97
VIII.	REFERÊNCIAS	100

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico objetiva a análise histórica do instituto da remessa necessária e a avaliação de suas peculiaridades no direito processual brasileiro, com especial ênfase na avaliação da constitucionalidade do instituto e de sua necessidade no contexto processual atual. Para tanto, são avaliados a constitucionalidade das prerrogativas processuais concedidas à Fazenda Pública, os fundamentos jurídicos e sociais vinculados ao surgimento do reexame necessário, as alterações legislativas a que este fora submetido até o Anteprojeto de Código de Processo Civil em tramitação e o cenário judiciário em que é aplicado o instituto atualmente.

Ao voltarmos nossos olhos para a origem do instituto no direito lusitano (adotando-se, aqui, a doutrina que identifica em Portugal a origem própria do instituto transplantado em terras tupiniquins), chegaremos à conclusão de que se trata de criação da Corte portuguesa voltada à mitigação dos rigores do sistema inquisitivo de instauração e julgamento das lides penais nos séculos seguintes à recepção do Direito Romano e do Direito Canônico em Portugal (a partir do século XIII). Denominada inicialmente de apelação *ex officio*, foi prevista a remessa necessária como a apelação que o próprio juiz deveria firmar no bojo de sua sentença para que da causa tivesse conhecimento o segundo grau de jurisdição, nos casos em que referida obrigação estivesse prevista em lei.

Com atenção à origem do instituto no sistema penal português, há que se levantar, então, o questionamento acerca de qual o interesse jurídico ou social que fundamentou a transposição do instituto, em terras brasileiras, para a seara civil, notadamente nas hipóteses em que a Fazenda Pública integra a relação jurídica processual.

A resposta demandará, como deve restar claro, não só uma análise do sistema processual civil vigente à época, mas uma avaliação do próprio ambiente social em que se deu o surgimento da nova figura no processo civil.

Referido estudo também subsidiará, em páginas seguintes, a discussão centrada no questionamento se se mantêm ou não no contexto atual os fundamentos que levaram ao surgimento da inicialmente denominada apelação *ex officio*.

No mesmo sentido, a discussão acerca da aplicação do instituto e de sua evolução juntamente com o sistema processual civil brasileiro não prescindiria do estudo analítico acerca da sucessão de diplomas normativos que disciplinaram o instituto e do caminho tomado pela Jurisprudência dos Tribunais quando de sua aplicação concreta.

De início, portanto, cumpre tratar da própria definição de Fazenda Pública, o que se faz tendo em vista a crescente generalização da expressão. A noção já consagrada da expressão, conforme reconhece a doutrina focada no tema ¹, centra-se na ideia de personificação do Estado. Em sentido tradicional, portanto, a designação passou a corresponder, de forma abstrata, à noção de poder público em juízo.

Como rememora Nelson Nery Júnior, porém, a expressão tem sua origem estreitamente vinculada ao perfil econômico dos entes públicos, tanto assim que em sentido amplo corresponderia a sinônimo de patrimônio, finanças públicas ².

Embora tecnicamente a locução *Fazenda Pública* devesse indicar apenas e tão somente o Estado em juízo com seu perfil financeiro, na verdade se tem denominado dessa forma, tradicionalmente, a administração pública por qualquer das suas entidades da administração direta (União, Estado e Município) e autárquica, irrelevante o tipo de demanda em que a entidade se vê envolvida. (NERY JÚNIOR, 2010, p. 111).

A designação como aqui a empregamos segue a linha que se cristalizou, no sentido de indicar não somente o perfil financeiro do Estado em juízo, mas o poder público em todas as demandas judiciais em que se fizer presente ³. Com a concepção adotada, a expressão poderá ser utilizada também para as ações de mandado de segurança, oportunamente estudadas, nas quais o pedido não necessariamente será de condenação do ente público ao pagamento de alguma quantia devida.

O fenômeno de agigantamento do aparato estatal nos impõe, porém, outra relevante indagação, referente à abrangência do conceito em análise. Como

¹ É o que se extrai das obras de referência dos autores Leonardo Carneiro (2011) e Hélio do Valle Pereira (2003).

² Do Dicionário Aurélio, destaca-se: “**Fazenda**. [Do lat. Vulg. lusitano *facenda, ‘coisas que devem ser feitas’, gerundivo do lat. facere.] (...) 2. Conjunto de bens; haveres: “O pai (em tempo de guerra) não tem seguro o filho, o rico não tem segura a fazenda, o pobre não tem seguro o seu suor” (P^o Antônio Vieira, *Sermões*, XIV, p. 9). (...) 5. As finanças públicas: ministro da Fazenda”. FERREIRA (1975, p. 616, grifos do autor).

³ Segundo esclarece CUNHA (2011, p. 15), assim também seria empregada a expressão em diversos dispositivos do Código de Processo Civil, com exemplo nos artigos 20, § 4º, 27, 188, 277, caput, 988, IX, 999, 1.002 e 1.007.

relevado nos manuais de história brasileira, a matriz política herdada em terras tupiniquins é rígida na previsão de instrumentos de intervenção estatal nos domínios social e econômico. Com roupagens modernas, porém, o aparato administrativo com que nos deparamos atualmente não foge ao traço histórico que o definiu, configurando imponente e assustador Leviatã.

A ampliação da máquina estatal não se fez, no entanto, somente com a multiplicação de órgãos e recursos do núcleo rígido do Estado. Nesse contexto, “*diante da ampliação da intervenção estatal, que não mais se restringe às tarefas previstas em tempos mais remotos, tornou-se inviável a reunião de todas essas missões em um único ente jurídico*”. A consequência imediata da inviabilidade, em sequência ao raciocínio, foi “*a vulgarização da criação de outras pessoas, dividindo, com aquela principal, o desempenho das atividades pública*”. (PEREIRA, 2003, p. 8).

Após o surgimento das autarquias e das fundações públicas (DI PIETRO, 2008, *passim*), essencialmente vinculadas às finalidades próprias da Administração Direta e detentoras de personalidade jurídica de direito público, proliferaram diversas figuras de entes personalizados dotados de regimes em maior ou menor medida afetados pela ordem pública. No caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, figuras também tradicionais no modelo administrativo adotado no Brasil, tem-se uma situação *sui generis*, conforme anota Hélio do Valle Pereira:

As empresas públicas e as sociedades de economia mista não ficam completamente desatreladas do regime original (*e.g.*, estão sujeitas a licitação, devem contratar servidores após concurso público, sofrem controle dos Tribunais de Contas), mas atuam, em suas relações com terceiros, em identidade com os demais entes particulares ordinários. Sua essência, nos seus vínculos jurídicos com terceiros, é de direito privado, sujeitando-se às mesmas obrigações e deveres. O Estado, por decorrência, ao criar sociedades de economia mista e empresas públicas, permite a sua equiparação aos demais agentes econômicos. (*Ibidem*, p. 13).

Na mesma linha, os regimes aplicáveis aos concessionários, permissionários, autorizatários, serviços sociais autônomos, terceirizados, franqueados e às demais figuras porventura existentes não se revestirá das mesmas características do regime aplicável às pessoas jurídicas de direito público. É o que se extrai dos artigos 173 e 175 da Constituição Federal, a reservarem a prestação de serviços públicos ao poder público e somente a este permitirem a intervenção no domínio econômico em casos excepcionais, em equiparação de tratamento aos agentes privados.

Tais apontamentos levarão, enfim, à conclusão de que a designação Fazenda Pública limitar-se-á, no que toca ao estudo das prerrogativas processuais do poder público (especialmente, neste estudo, ao estudo do reexame necessário), às pessoas jurídicas de direito público; União, Estado, Distrito Federal, Município, autarquia e fundação de direito público.

Nesse particular, a Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, segundo abordagem mais detalhada em momento oportuno, somente veio confirmar entendimento há muito consolidado nos Tribunais pátrios, no sentido de que o art. 475 do Código de Processo Civil, ao instituir a prerrogativa do reexame necessário à Fazenda Pública, abrange não só a administração direta, mas também as autarquias e as fundações de direito público.

Traçada preambularmente a definição de Fazenda Pública, destaca-se que o reexame necessário, após integrar-se ao direito processual civil, essencialmente como forma de proteção ao Estado em juízo, passou a compor o rol de prerrogativas processuais concedidas ao poder público. Não foram poucas, porém, as críticas ao instituto, o qual teria contribuído para o abarrotamento do Poder Judiciário e o alargamento temporal das lides.

Hélio do Valle, em poucas palavras, assim resume o quadro de sintomático da atuação da Fazenda Pública em juízo:

Como demandada, a maciça participação fazendária traz eloqüente indicativo da falta de sintonia entre o seu agir e as determinações legais, mormente constitucionais. Tudo isso se reflete no estrangulamento da máquina judiciária, bem assim na edição de normas processuais peculiares, com sintomáticos conflitos interpretativos. Já a reiterada atuação do poder público no pólo ativo da ação demonstra a ineficiência do regime extrajudicial de solução de conflitos, em que pese o comum reconhecimento da auto-executoriedade dos atos administrativos e de mecanismos destacados de cobrança extrajudicial de seus créditos. (PEREIRA, 2003, p. 1).

A par desse cenário, merece maior aprofundamento o contexto histórico do surgimento do reexame necessário no direito brasileiro e o seu desenvolvimento até o panorama atual, em que tanto se discute a efetividade dos provimentos jurisdicionais e o aprimoramento das ferramentas processuais.

II. A ORIGEM HISTÓRICA E O DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO DA REMESSA NECESSÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO

A pesquisa histórica acerca das origens do instituto originariamente denominado “apelação *ex officio*”, a despeito de opiniões doutrinárias divergentes, parece convergir à percepção de que o fenômeno teve origem no direito medieval, no âmbito do processo penal português.

As lições de que nos utilizamos no presente capítulo foram extraídas notadamente dos apontamentos de Alfredo Buzaid (1951), na obra “*Da apelação ex officio*”. O trabalho do emérito processualista seguiu o desenvolvimento histórico do sistema processual penal desde a contribuição romana (com destaque à origem do recurso de apelação na época imperial romana), passando pelos rigores do Direito Canônico, até a recepção das heranças romana e medieval no direito lusitano.

De acordo com Buzaid, “*o processo penal romano não conheceu, pelo menos até a República, a iniciativa da ação penal pelo magistrado*” (BUZOID, 1951, p. 14). Segundo o processualista, a criação e a sistematização do processo regido pelo princípio inquisitório devem-se ao Direito Canônico. O sistema processual penal canônico admitiria, nesse sentido, três formas de iniciativa, quais sejam: a acusação (já existente no direito romano, por meio da qual chegava ao conhecimento do magistrado informação acerca do delito, com pedido de aplicação de pena); a denúncia (também levada ao conhecimento do juiz como uma espécie de delação privada, sem inclusão do pedido de pena); e a inquirição (terceiro meio de impulso processual, desta vez de iniciativa do próprio magistrado).

No Direito Português, a recepção do Direito Romano e do Direito Canônico ocorrera, segundo Alfredo Buzaid, a partir do século XIII, incrustando no direito lusitano elementos de ordem tanto acusatória como inquisitória⁴. Foram definidas, então, três formas de iniciativa da investigação judicial dos delitos: a devassa,

⁴ Moacyr Amaral Santos, a seu turno, ao discorrer acerca do processo português até a independência do Brasil, afirma que mesmo as Ordenações Afonsinas, do início do século XVII, teriam forte influência da herança romana-canônica. “*Subindo ao trono português Filipe II, da Espanha, com o título de Filipe I, de Portugal, deu-se pressa em ordenar a reforma da legislação portuguesa, através de um novo Código, cuja elaboração foi confiada a JORGE CABEDO, PEDRO BARBOSA, PAULO AFONSO e DAMIÃO DE AGUIAR, obra completada alguns anos depois, já no reinado do sucessor daquele, Filipe III, da Espanha, e II, de Portugal, que a promulgou em 11 de janeiro de 1603. São as chamadas Ordenações Filipinas, também conhecidas simplesmente por Ordenações do Reino, que se compunham também de cinco livros, o terceiro dos quais destinado ao processo civil, de fundo romano-canônico, mas com acentuada preponderância do direito canônico.*” (SANTOS, 2007, p. 51-51).

a denúncia e a querela. Ao magistrado foi reconhecido o direito de devassa, por meio do qual o processo poderia ser “*iniciado, instruído e julgado pelo próprio juiz*” (BUZOID, 1951, p. 21). O fundamento para o afloramento e o amplo desenvolvimento do sistema inquisitório no processo penal português, segundo Buzaid, seria de natureza, sobretudo, sociológica.

À luz desses novos princípios, o processo acusatório mostrou-se insuficiente, ao passo que a experiência, as necessidades sociais e o interesse público aconselharam a ampliação dos poderes de que estava investido o magistrado não só para a instauração como também para a instrução criminal. Ficou êle com função soberana na averiguação dos delitos públicos. (*Ibidem*, p. 22).

A exposição da matriz inquisitória em que se nutriu o processo penal lusitano no período medieval nos é por demais relevante em razão de o surgimento da apelação *ex officio*, em meados do século XIV, ter por fundamento justamente os rigores do sistema inquisitório então instalado em Portugal.

Como hoje nos parece claro, a concessão de poderes soberanos ao magistrado na condução dos feitos criminais representa evidente risco à imparcialidade com que este deveria conduzir a marcha processual. O feito criminal, “*no qual o acusado era tratado como objeto do processo*” (PACELLI, 2009, p. 9), seguia, assim, sob completa ausência de contraditório e de publicidade dos atos jurisdicionais.

Como forma de criar freios à onipotência do magistrado, foram editadas leis gerais prevendo liberdades e garantias à população, de modo a evitar a utilização do aparato estatal como ferramenta de perseguição. Com efeito, observa Buzaid: “*Foi aí então que repontou mais uma vez o gênio lusitano para corrigir o rigor do princípio dominante e os exageros introduzidos no processo inquisitório. Fê-lo criando a figura da apelação ex-officio*” (BUZOID, 1951, p. 23-24).

Atribui-se à lei de 12 de março de 1355 a criação do dever de o juiz apelar da própria sentença “*polla justiça*” aos *Ouvidores do Crime*, nos casos em que houver “*acusado por morte de homem ou de mulher, ou que pertença a Fidalgos*” (BUZOID, 1951, p. 24 *apud* BARROS, 1934, v. III, p. 267). A previsão da apelação oficiosa nos casos de delito de natureza pública teria subsistido nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, inclusive com a previsão de sanções ao magistrado que descumprisse a ordem de apelação (privação do ofício). Igual obrigação não foi, porém, visualizada no processo civil lusitano. Com isso, conclui Leonardo Carneiro da Cunha:

Já se vê que, historicamente, o então chamado *recurso de ofício* originou-se do Direito Processual Penal português, com o objetivo de servir como um contrapeso, a fim de minimizar eventuais desvios do processo inquisitório, cujas regras não se estenderam ao processo civil, sempre fincado no princípio dispositivo. (CUNHA, 2011, p. 202).

No direito brasileiro, a apelação de ofício teria sido transposta para o direito processual civil por força da Lei de 4 de outubro de 1831, como recurso que o magistrado deveria interpor em face da sentença proferida contra a Fazenda Nacional (BUZAID, 1951, p. 32). Transcreva-se, por oportuno, o teor do art. 90 da lei citada:

Art. 90. Fica extinto o actual Erario, e o Conselho da Fazenda. As justificações, que até agora se faziam neste Tribunal, serão feitas perante os Juizes Territoriaes, com audiencia do Procurador Fiscal; e as sentenças, que nelle se proferirem a favor dos justitantes, serão sempre appelladas *ex-officio* para a Relação do districto, sob pena de nullidade. Os processos ultimados dos justitantes lhes serão entregues, sem dependencia de traslados.

No Brasil, portanto, após três séculos de vigência das Ordenações Filipinas, a independência da colônia deu origem a um movimento de revisão da legislação até então aplicada e criação de novos diplomas normativos. Nesse processo, foi replicado o recurso de ofício para o sistema de processo civil, voltado, em princípio, à proteção do tesouro nacional. De mais a mais, após sua introdução no processo civil, a apelação oficiosa teria ainda sido ampliada a uma gama de outras sentenças, não limitando-se àquelas proferidas em desfavor da Fazenda Pública⁵.

A medida foi prevista posteriormente na Lei nº 242, de 29 de novembro 1841, decretada sob a regência de Dom Pedro Segundo. O ato, em sua redação, “*Restabelece o privilegio do fôro para as causas da Fazenda Nacional, e crea hum Juizo Privativo dos Feitos da Fazenda de Primeira Instancia*”. Quanto à apelação do magistrado, assim dispunha o art. 13 da Lei:

Art. 13. Serão appelladas *ex-officio* para as Relações do Districto todas as Sentenças que forem proferidas contra a Fazenda Nacional em Primeira Instancia, qualquer que seja a natureza dellas, e o valor excedente a cem mil

⁵ Segundo a sistematização feita na obra de Alfredo Buzaid, a doutrina dominante à época indicava ao menos seis hipóteses de cabimento da apelação *ex officio*, quais sejam: a) nas sentenças proferidas pelos juízes de defuntos e ausentes em favor de habilitantes e de credores, quando o valor da herança ou da dívida exceda de dois contos (...); b) nas proferidas contra a Fazenda Nacional, que excederem a alçada do juiz (Lei de 4 de outubro de 1831, art. 90 e lei 242 de 29 de novembro de 1941, art. 13); c) nas proferidas em justificações, para tenças e pensões, que passarem de pessoa a pessoa (Ord. N.º 102 de 23 de abril de 1849); d) nas habilitações de herdeiros, sucessores e cessionários, de credores do Estado, quando a estes forem favoráveis (Prov. De 8 de maio de 1838 e lei de 28 de novembro de 1841, art. 13); e) nas causas de liberdade, quando as decisões foram a ela contrárias (Lei 2.040 de 28 de setembro de 1871, art. 7, par. 2 e Reg. 5.135 de 13 de novembro de 1872, art. 80, par. 2); f) nas causas de nulidade de casamentos de pessoas, que professam religião diferente da do Estado, quando as sentenças os anularem (Decreto 3.069 de 17 de abril de 1863, art. 12). (BUZAID, 1951, p. 32-34).

réis, compreendendo-se nesta disposição as justificações, e habilitações de que trata o artigo noventa da Lei de quatro de Outubro de 1831: não se entendendo contra a Fazenda Nacional as Sentenças que se proferirem em causas de particulares, a que os Procuradores da Fazenda Nacional sómente tenham assistido, porque destas só se appellará por parte da Fazenda, se os Procuradores della o julgarem preciso.

Conforme se extrai das citações de Alfredo Buzaid às sessões em que se discutia o projeto de origem da Lei nº 242, não poderíamos supor que a instituição da prerrogativa processual do recurso de ofício foi imune a críticas. Dos “*Anais do Parlamento Brasileiro – sessão de 1838, Rio, 1886, tomo segundo*”, o processualista destaca a crítica do deputado Gomes de Campos, no sentido de que “*não era justo instituir um privilégio em favor da Fazenda e impor aos demais litigantes uma condição inferior*”⁶.

Em sentido diverso, registre-se a defesa de Clemente Ferreira, no ano de 1938:

A melhor maneira de verificar a responsabilidade dos empregados que não são vitalícios é uma incansável e nunca interrompida vigilância das autoridades superiores sobre sua conducta e a sua admissão, logo que ha suspeitas vehementes de que são prevaricadores. Mas nem por isso o corpo legislativo deve deixar de prevenir os abusos conhecidos, fazendo leis oportunas que fação cessar a sua causa: e é o que faz o artigo em discussão: está conhecido que os procuradores fiscaes prevaricão, deixando de apellar de sentenças injustas contra a fazenda nacional: o remedio é obrigar os juizes a apellar de officio e ficará cessando a occasião de um tal abuso.⁷

Somente após o advento da República foram revogadas definitivamente as Ordenações Filipinas no Brasil, por meio do Decreto nº 763, já em 1890. A Constituição de 1891 (*Constituição Política do Império do Brazil*), por sua vez, abriu as portas para o processo de codificação estadual, nos termos dos artigos 34 e 63 do diploma constitucional.

TÍTULO I
Da Organização Federal

SEÇÃO I
Do Poder Legislativo

CAPÍTULO IV
Das Atribuições do Congresso

⁶ BUZOID, 1951, p. 34, em citação aos Anais do Parlamento Brasileiro, Sessão de 1838, Rio, 1886, Tomo II, página 490.

⁷ BUZOID, *loc. cit.*, em citação à página 491 dos mesmos Anais.

Art 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional:

(...)

23º) legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal;

TÍTULO II
Dos Estados

Art 63 - Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar respeitadas os princípios constitucionais da União.

O movimento de codificação legislativa sob competência dos Estados-membros, porém, não se distanciou dos moldes fixados na legislação federal. À exceção de diplomas inovadores, como o baiano e o paulista, segundo registram Cintra, Dinamarco e Grinover, os demais códigos estaduais ficaram presos ao padrão legislativo federal.

Com a Constituição de 1891 consagrou-se, a par da dualidade de Justiça – Justiça Federal e Justiças Estaduais – a dualidade de processos, com a divisão do poder de legislar sobre direito processual entre a União Federal e os Estados. Elaborou-se, portanto, de um lado, a legislação federal de processo, cuja consolidação, preparada por José Higinio Duarte Pereira, foi aprovada pelo dec. n. 3.084, de 5 de novembro de 1898; de outro lado, iniciaram-se aos poucos os trabalhos de preparação dos Códigos de Processo Civil e dos Códigos de Processo Criminal estaduais, na maioria presos ao figurino federal. (CINTRA; PELEGRINI; GRINOVER, 2008, p. 114).

Ao que percebemos, o mencionado Decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1899, não mereceu a devida atenção da doutrina e dos estudos relativos à remessa necessária. De nossa parte, porém, visualizamos no diploma normativo objeto de estudo valioso, que, como ponderado no trecho supratranscrito, representou o pilar essencial de grande parte da legislação processual local editada pelos Estados-membros após a promulgação da Constituição republicana de 1891.

No Decreto, a remessa necessária foi prevista na denominada “*Parte Quinta*”, referente ao “*Processo nas Causas Cíveis de Ordem Pública ou Administrativa*”. Ressalte-se, nesse sentido, a redação do art. 40 do diploma sob comento:

Art. 40. Das sentenças proferidas contra a Fazenda deve o juiz appellar ex-officio para o Supremo Tribunal Federal, qualquer que seja a natureza dellas, excedendo o valor de 2:000\$000, compreendendo-se nesta disposição as justificações e habilitações de que trata o art. 149, sem o que serão inexequíveis.

Não se entendem porém contra a Fazenda as sentenças que se proferirem em causas particulares, a que os procuradores da Fazenda sómente tenham assistido, porquanto destas só se appellará por parte da Fazenda, si os procuradores della o julgarem preciso.

(...)

Art. 149. Sendo necessaria a habilitação judicial de herdeiros e cessionarios de credores da Fazenda Nacional, para a cobrança das dividas passivas desta, deve o interessado promovela no juizo seccional, com citação do procurador da Fazenda, juntando desde logo:

- a) documento authenticico da respectiva repartição de Fazenda, que demonstre a existencia da divida de quantia certa, devidamente liquidada;
- b) certidão de obito do credor da Fazenda.

A prova da legitimidade e identidade de pessoa deve ser feita por meio de documentos originaes e authenticicos e por testemunhas fidedignas.

Excedendo a divida de 2:000\$ ha appellação ex-officio da sentença que julgar provada a habilitação.

Os processos ultimados dos habilitantes lhes serão entregues independentemente de traslado.

No próprio rodapé da edição original do Decreto nº 3.084, é incluída referência ao art. 13 da já citada Lei nº 242, de 20 de novembro de 1841, e ao art. 90 da Lei de 4 de outubro de 1831. À guisa de comparação, novamente destacamos referido dispositivo:

Art. 13. Serão appelladas ex-officio para as Relações do Districto todas as Sentenças que forem proferidas contra a Fazenda Nacional em Primeira Instancia, qualquer que seja a natureza dellas, e o valor excedente a cem mil réis, comprehendendo-se nesta disposição as justificações, e habilitações de que trata o artigo noventa da Lei de quatro de Outubro de 1831: não se entendendo contra a Fazenda Nacional as Sentenças que se proferirem em causas de particulares, a que os Procuradores da Fazenda Nacional sómente tenham assistido, porque destas só se appellará por parte da Fazenda, se os Procuradores della o julgarem preciso.

Tem-se, portanto, que as alterações no regime da apelação necessária, com a aprovação do Decreto nº 3.084, de 1898, somente atingiram a competência para o julgamento do apelo de ofício e o valor de alçada estabelecido (eis que a legislação restringia-se à Justiça Federal).

Segundo afirma Jorge Tosta ⁸, o reexame foi adotado em praticamente todos os códigos estaduais. Na ressalva de Alcides de Mendonça Lima ⁹, o Código do

⁸ Na obra “*Do reexame necessário*” (TOSTA, 2005, p. 110-114), o autor exemplifica a previsão do reexame necessário nos Códigos de Processo Civil de Minas Gerais, Santa Catarina, Pará, Ceará, Rio Grande do Norte e Pernambuco. Já os Códigos do Distrito Federal, de São Paulo e da Bahia apenas se referiam ao instituto, sem apresentar as hipóteses específicas em que seria cabível.

⁹ Na obra “*Introdução aos Recursos Cíveis*” (LIMA, 1976, p. 179), o renomado autor também informa a adoção do reexame necessário (ainda sob a designação de recurso *ex officio*) em diversos diplomas locais.

Rio Grande do Sul seria um dos exemplos em que a legislação estadual não acolheu referida herança da legislação federal.

Observe-se, ademais, que o instituto fora inclusive objeto de norma constitucional. Segundo Araken de Assis, “*o instituto mereceu previsão explícita na CF/1934 (art. 76, parágrafo único, e art. 144, parágrafo único) e na CF/1937 (art. 101, parágrafo único)*” (ASSIS, 2007, p. 844).

Na Constituição de 1934 (*Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*), a medida era prevista para a hipótese de recurso extraordinário em face de divergência na interpretação de lei federal (art. 76) e para as hipóteses de desquite e anulação do casamento (art. 144).

Art 76 - A Corte Suprema compete:

(...)

2) julgar:

(...)

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

(...)

d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal;

(...)

Parágrafo único - Nos casos do nº 2, III, letra *d*, o recurso poderá também ser interposto pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público.

Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

Com a carta constitucional de 1937 (*Constituição dos Estados Unidos do Brasil*), a apelação *ex officio* foi limitada aos casos de decisões denegatórias de *habeas corpus*.

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

II - julgar:

(...)

2º) em recurso ordinário:

(...)

b) as decisões de última ou única instância denegatórias de *habeas corpus* ;

(...)

Parágrafo único - Nos casos do nº II, nº 2, letra *b*, poderá o recurso também ser interposto pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público.

Nas hipóteses de recursos de competência do Supremo Tribunal Federal, como foi possível observar, a remessa apresentava caráter facultativo, sujeita à discricionariedade dos Presidentes dos Tribunais ou do Ministério Público.

Por força do Código de Processo Civil de 1939, foi unificado o sistema processual, mantendo-se a obrigação de o juiz apelar de sua própria sentença conforme as hipóteses previstas no art. 822.

LIVRO VII Dos recursos

TÍTULO I Disposições gerais

(...)

Art. 814. O direito de recorrer da sentença competirá a quem for parte na causa, ou quando expresso em lei, ao órgão do Ministério Público. Si o recurso for interposto pelo órgão do Ministério Público ou pelo juiz, *ex-officio*, os autos subirão independentemente de preparo.

TÍTULO II Da apelação

(...)

Art. 822. A apelação necessária ou “*ex-officio*” será interposta pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença.

Parágrafo único. Haverá apelação necessária:

- I – das sentenças que declaram a nulidade do casamento;
- II – das que homologam o desquite amigável;
- III – das proferidas contra a União, o Estado ou o Município.

Com a nova centralização da competência para a edição de leis processuais, foram também extintas as disparidades conferidas pelos diversos ordenamentos locais à situação das Fazendas Estaduais em juízo.

25 anos após a promulgação do Decreto-Lei nº 1.608/1939 (Código de Processo Civil de 1939), no ano de 1964, foi apresentado pelo Professor Alfredo Buzaid a primeira versão do Anteprojeto do Código de Processo Civil atualmente em vigor. Buzaid, sob o reconhecimento de que a antiga apelação *ex officio* representaria um contrassenso jurídico (sendo esta a conclusão de sua obra intitulada “*Da apelação ex-officio*”, de 1951), extingui referida denominação, mas manteve a ordem de transferência ao tribunal. Nesse sentido, cite-se a redação do art. 515 do anteprojeto:

Art. 515. A sentença que declara a nulidade de casamento está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo Tribunal de Justiça.

No anteprojeto, não foi incluída a previsão da remessa necessária nos casos de sucumbência da Fazenda Pública. A omissão foi fundamentada pelo processualista na exposição de motivos do anteprojeto, em que assim se manifesta:

Ora, os argumentos utilizados pelos defensores do recurso *ex officio* não lhe justificam a necessidade, nem sequer a utilidade prática como meio de impugnação de sentenças; procuram explicar a sua manutenção unicamente pelo receio de conluio entre pessoas que figuram na relação processual ou por deficiente tutela dos interesses públicos. (BUZAID, 1964, p. 36)

Ao próprio autor do anteprojeto do Código de Processo Civil em vigor o reexame de sentenças desfavoráveis à Fazenda seria considerado infundado, uma vez que transferiria ao Judiciário a missão de suprir as deficiências da representação jurídicas dos entes políticos.

O anteprojeto foi, porém, revisto por uma comissão composta pelos professores José Frederico Marques e Luís Machado Guimarães e pelo Desembargador Luís Antônio de Andrade, segundo informam Cintra, Dinamarco e Grinover (2008, p. 115). Após a revisão realizada pelos destacados juristas, foi apresentado novo projeto, sob a forma de Projeto de Lei (Projeto de Lei nº 810, apresentado em 7 de agosto de 1972). O projeto revitalizou o reexame necessário das sentenças contrárias à Fazenda Pública, mantendo-o, porém, sob a fórmula criada por Alfredo Buzaid, em sessão destinada à coisa julgada.

No Projeto, o instituto foi fixado no artigo 479, cuja redação segue transcrita.

Art. 479. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença:

I – que anular o casamento;

II – proferida contra a União, o Estado e o Município;

III – que julgar improcedente a execução da dívida ativa da Fazenda Pública (art. 597, VI).

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o Presidente do Tribunal avocar o processo.

Após numerosas emendas, o projeto foi aprovado e promulgado, na forma da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. As alterações sofridas pelo projeto mantiveram a redação acima transcrita, porém sob o número de artigo 475.

Assim, a despeito do pensamento do ilustre professor Alfredo Buzaid, no sentido de que “*convém, portanto, a jure constituendo, estirpá-lo do Código como um remédio de energia terapêutica negativa*” (BUZAID, 1951, p. 58), o instituto foi mantido de forma bastante ampla, já sob pesadas críticas de processualistas de renome.

No processo penal brasileiro, igualmente, permanece a previsão do reexame, ainda sob a designação de “recurso *ex officio*”. Relevante observar que, a despeito de a origem do instituto repousar no processo penal medieval de Portugal, como instrumento de contrapeso ao rigor dos poderes do magistrado na condução da investigação criminal, o instituto no processo penal brasileiro contemporâneo é aplicado em exata inversão à sua origem história, sendo cabível nas hipóteses de sentença que concede a reabilitação (art. 746¹⁰) ou habeas corpus (art. 574¹¹, I), ou que absolve desde logo o réu, com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do artigo 411 também do Código de Processo Penal (art. 574, II).

No processo trabalhista, a seu turno, a mesma prerrogativa da Fazenda Pública foi introduzida no ano de 1969, por força do Decreto-Lei nº 779¹². Observe-se, nesse sentido, que a CLT inclui hipótese de recurso de ofício, porém de natureza facultativa. Cuida-se do art. 898, que dispõe da seguinte redação:

Art. 898 - Das decisões proferidas em dissídio coletivo que afete empresa de serviço público, ou, em qualquer caso, das proferidas em revisão, poderão recorrer, além dos interessados, o Presidente do Tribunal e a Procuradoria da Justiça do Trabalho.

¹⁰ Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal): art. 746. “Da decisão que conceder a reabilitação haverá recurso de ofício.”

¹¹ Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal): art. 574. “Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:

I - da sentença que conceder habeas corpus;

II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411.”

¹² Decreto-Lei nº 779, de 21 de agosto de 1969: art. 1º. “Nos processos perante a Justiça do Trabalho, constituem privilégio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias ou fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica:

I - a presunção relativa de validade dos recibos de quitação ou pedidos de demissão de seus empregados ainda que não homologados nem submetidos à assistência mencionada nos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 477 da Consolidação das Leis do Trabalho;

II - o quádruplo do prazo fixado no artigo 841, “in fine”, da Consolidação das Leis do Trabalho;

III - o prazo em dobro para recurso;

IV - a dispensa de depósito para interposição de recurso;

V - o recurso ordinário “ex officio” das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias;

VI - o pagamento de custas a final salva quanto à União Federal, que não as pagará.”

O TST, por meio do Enunciado de Súmula nº 303¹³, confirmando a jurisprudência que se consolidou acerca da aplicabilidade dos parágrafos do art. 475 ao reexame necessário nas causas trabalhistas.

De todo o exposto, constata-se que, da origem do instituto na legislação penal medieval, em Portugal, até sua aplicação atual nos ramos do direito processual civil, penal e trabalhista, preponderou a tendência de transformar a remessa necessária em instrumento de defesa do patrimônio público ou dos interesses da administração pública, sob clara influência do receio do legislador nacional face aos agentes públicos, especialmente aos magistrados e advogados públicos.

¹³ TST Enunciado nº 303 - Res. 1/1992, DJ 05.11.1992 - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003 - Incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 9, 71, 72 e 73 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

Duplo Grau de Jurisdição - Decisão Trabalhista - Fazenda Pública. I - Em dissídio individual, está sujeita ao duplo grau de jurisdição, mesmo na vigência da CF/1988, decisão contrária à Fazenda Pública, salvo: a) quando a condenação não ultrapassar o valor correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos; (ex-OJ nº 09 da SBDI-1 - incorporada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

b) quando a decisão estiver em consonância com decisão plenária do Supremo Tribunal Federal ou com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho. (ex-Súmula nº 303 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003) II - Em ação rescisória, a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório quando desfavorável ao ente público, exceto nas hipóteses das alíneas "a" e "b" do inciso anterior. (ex-OJ nº 71 da SBDI-1 - inserida em 03.06.1996)

III - Em mandado de segurança, somente cabe remessa "ex officio" se, na relação processual, figurar pessoa jurídica de direito público como parte prejudicada pela concessão da ordem. Tal situação não ocorre na hipótese de figurar no feito como impetrante e terceiro interessado pessoa de direito privado, ressalvada a hipótese de matéria administrativa. (ex-OJs nºs 72 e 73 da SBDI-1 - inseridas, respectivamente, em 25.11.1996 e 03.06.1996)

III. A REMESSA NECESSÁRIA E AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Inserta no rol de prerrogativas processuais da Fazenda Pública, a remessa necessária deve inicialmente ser avaliada à luz do princípio da igualdade, refletido no processo civil sob o foco da noção de paridade de armas, e da extensão dos efeitos do princípio da prevalência do interesse público sobre os interesses particulares.

Nesse sentido, autores como Leonardo Carneiro da Cunha sugerem, de início, que seja feita a necessária distinção entre os termos prerrogativa e privilégio, nos seguintes moldes:

Não se trata, a bem da verdade, de *privilégios*. Estes – os privilégios – consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As “vantagens” processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de *prerrogativas*, eis que contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. (CUNHA, 2011, p. 33).

A observação, como informa José Roberto de Moraes, também foi feita por Jorge Miranda, que, “*com muita propriedade, dizia que a lei, quando cria um privilégio, faz surgir uma situação de vantagem não fundada, sem fundamento e, quando ela cria uma discriminação, cria situações de desvantagem*”. A ausência de fundamento legal transformaria o *discrímen*, portanto, em privilégio. Assim, continua José Roberto Moraes, “*o fato de discriminar e criar situações de desvantagem não provoca necessariamente privilégios, a não ser que esta situação de vantagem seja uma situação de vantagem não fundada, não fundamentada*” (MORAES, 2003, p. 68).

Não nos parece, porém, suficiente a constatação de que as situações de vantagem criadas pela lei sejam fundamentadas. Exige-se, outrossim, fundamento razoável, apto a tornar aceitável, ou mesmo louvável, a situação de vantagem criada.

O rol de situações vantajosas destinadas à Fazenda Pública, como estudado em reiterados trabalhos doutrinários, compõe-se de extensa lista de prerrogativas previstas nos códigos processuais e em leis esparsas. Na síntese de Eduardo Talamini, são listadas as seguintes prerrogativas:

Assim, (i) não se dá o efeito principal da revelia quando estiver envolvido o interesse público (CPC, art. 320); (ii) o Poder Público não tem o ônus de impugnar especificadamente fato a fato da inicial para que estes não se presumam verdadeiros (CPC, art. 302, I, c/c 351); (iii) não se concebe a confissão do Poder Público (CPC, art. 351); (iv) em certos casos, há o reexame necessário de decisões contrárias à Fazenda Pública e suas autarquias e fundações (CPC, art. 475, II e III) – e assim por diante.

Ao lado dessas prerrogativas de indisponibilidade, põem-se ainda outras em favor da Fazenda, também destinadas a eliminar dificuldades de sua atuação em juízo: (v) a prerrogativa dos prazos dilatados (prazos em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar – CPC, art. 188); (vi) o regime de execução por precatórios (CF, art. 100, e CPC, arts. 730 e 731); (vii) o poder para a formação unilateral de títulos executivos, mediante inscrição em dívida ativa – executável mediante via própria, a execução fiscal (Lei 6.830/80); (viii) dispensa de caução em ação rescisória (CPC, art. 488, parágrafo único); (ix) dispensa de adiantamento de custas (CPC, art. 27) etc. (TALAMINI, 2005, p. 63-64).

Maior atenção recebem os benefícios dos prazos em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar (art. 188 do CPC), das intimações pessoais (Leis nº 6.830/80, nº 11.910/04, nº 9.028/95), e do regime especial de cautelares e liminares (Leis nº 8.437/92, nº 9.494/97, nº 12.016/09).

Em todos os casos, contudo, o que se destaca é a eleição do interesse público como elemento justificador para a instituição da prerrogativa processual concedida ao ente público.

A discussão encontrará, portanto, seu sustentáculo último na aplicação do princípio da prevalência do interesse público. Com referência à obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, diz-se que “*o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*” MELLO (2010, p. 61).

Referido princípio, a despeito de sua notória polissemia e das críticas quanto ao falso antagonismo entre os interesses individuais e o interesse do todo, revelaria verdadeiro pressuposto lógico do convívio social, permitindo o desenvolvimento do regime jurídico administrativo. Destacam-se, nesse sentido, as lições da Maria Sylvia Zanella di Pietro:

(...) pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a idéia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em

todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais. (DI PIETRO, 2008, p. 64).

Ligado, portanto, à ideia de bem-estar coletivo, o interesse público garantiria que a Administração Pública, na qualidade de sua representante e guardiã natural, dispusesse de instrumentos privativos que lhe permitissem defender de modo mais eficaz e em maior extensão os interesses da coletividade.

Sob esse mesmo fundamento, argumenta-se que a utilidade pública é que irá informar o conteúdo e a finalidade dos atos administrativos. As prerrogativas decorrentes dessa supremacia, como há muito reconhece a doutrina do Direito Administrativo, não seriam, assim, manejáveis como simples poderes do agente público, ao sabor de suas concepções íntimas. Daí a afirmação de que mais adequada seria a expressão “poderes-deveres” da Administração

Com a maestria de sempre, Celso Antônio Bandeira de Mello nos traz a observação de que, a despeito de atuar a Administração Pública como legítima guardiã do acima conceituado interesse público, os interesses por ela defendidos nem sempre corresponderão aos da coletividade. Cuida-se, na oportunidade, da distinção entre os denominados interesses públicos primários e os secundários, nos termos do magistério do emérito jurista:

Aliás, exatamente porque são discerníveis o interesse público e o interesse meramente das pessoas estatais (ora coincidentes, ora antagônicos), os autores italianos fazem aceção (...) entre interesse público propriamente dito, também denominado interesse primário, e interesse secundário. Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a *lei* consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário. (MELLO, 2010, p. 98-99).

A distinção tem especial relevo no que toca às prerrogativas processuais da Fazenda Pública, encarregando-se a doutrina de perquirir quais seriam os limites das prerrogativas e qual deveria ser a solução do conflito abstrato entre tais prerrogativas e os princípios da isonomia e da razoável duração dos instrumentos processuais, princípios estes também decorrentes do interesse coletivo na solução mais eficiente das controvérsias levadas ao conhecimento do Judiciário.

Permanecem, assim, as indagações da seguinte ordem: em que medida determinada prerrogativa atende a uma finalidade pública, servindo como meio necessário a um fim almejado pela coletividade? Em outro plano: como não vislumbrar em determinada prerrogativa outra finalidade senão a de puramente beneficiar o aparato estatal, sem correspondente benefício à ordem processual ou ao bem-estar coletivo?

A busca por uma resposta razoável a tais indagações não afasta, porém, a percepção de que, em termos abstratos, a Administração Pública apresenta-se como a guardiã dos interesses públicos, merecendo regime jurídico diferenciado do aplicável aos particulares.

A Fazenda Pública, nesses termos, por corresponder à ideia de personificação do Estado, representaria o corpo administrativo na defesa do interesse público. Daí a conclusão de Leonardo Carneiro da Cunha:

Com efeito, a Fazenda Pública revela-se como fautor do interesse público, devendo atender à finalidade da lei de consecução do bem comum, a fim de alcançar as metas de manter a boa convivência dos indivíduos que compõem a sociedade. Não que a Fazenda Pública seja titular do interesse público, mas se apresenta como o ente destinado a preservá-lo. Diferentemente das pessoas jurídicas de direito privado, a Fazenda Pública não consiste num aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo a mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública. Daí ter se tornado jargão próprio a afirmativa de que o Estado são todos, e não um ente destacado com vida própria. (CUNHA, 2011, p. 34).

No mesmo sentido, Ivana Ganem Costa resume o entendimento também adotado por Leonardo Carneiro acerca da inexistência de violação, em linhas gerais, ao princípio da isonomia, com a seguinte lição:

Contudo, este não parece ser o melhor posicionamento, posto que, levando-se em consideração a função protetiva da que a Fazenda Pública exerce sobre o interesse público, nada mais justificável de que tenha em seu favor mecanismos que a auxiliem na defesa e garantia da supremacia desse interesse. (COSTA, 2011, p. 61).

A fundamentação destacada acima revela-se o ponto de partida para a confecção de argumentos favoráveis à constitucionalidade e à própria necessidade de que a Fazenda ostente regime jurídico diferenciado quando integrante da relação jurídica processual. Afirma-se, assim, que pelo simples fato de atuar na defesa do interesse público, seria adequada a concessão à Fazenda das maneiras mais amplas possíveis para o exercício de sua defesa em juízo.

Noutro passo, argumenta-se que a própria burocracia inerente à atividade administrativa deveria também ser levada em consideração na fundamentação das prerrogativas processuais concedidas à Fazenda Pública. Destaque-se, nesse sentido, a seguinte passagem da obra de Leonardo Carneiro da Cunha:

Ora, a Fazenda Pública, que é representada em juízo por seus procuradores, não reúne as mesmas condições que um particular para defender seus interesses em juízo. Além de estar defendendo o interesse público, a Fazenda Pública mantém uma burocracia inerente à sua atividade, tendo dificuldade de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa. O volume de Trabalho que cerca os advogados públicos impede, de igual modo, o desempenho de suas atividades nos prazos fixados para os particulares. CUNHA (2011, p. 35).

No âmbito da presente pesquisa, o argumento supracitado será amplamente percorrido no que diz respeito à sua utilização como fundamento para a previsão da remessa das decisões concedidas em desfavor da Fazenda Pública ao Tribunal competente, independentemente da existência de recurso interposto pelos procuradores da Fazenda. No que toca às demais prerrogativas processuais da Fazenda Pública, nos afigura cabível tal embasamento empírico, considerando, ademais, as condições administrativas dos órgãos de representação judicial na evolução do Estado brasileiro.

Quando considerada, porém, a estrutura estatal contemporânea deve surgir, no entanto, o questionamento acerca da extensão dessas prerrogativas e a sua adequação ao panorama constitucional e administrativo vigente. No que toca às prerrogativas referentes aos prazos processuais estendidos, nos parece que os argumentos acerca da estrutura administrativa e do volume de demandas ajuizadas em face da Fazenda Pública são procedentes.

A previsão do cômputo em quádruplo para as contestações e em dobro para os recursos da Fazenda Pública e do Ministério Público, conforme disposto no art. 188 do Código de Processo Civil, cumpre destacar, não tem origem no anteprojeto do código processual em vigor. Apesar de a prerrogativa já existir no sistema processual brasileiro, como disposto no art. 32 do Código de Processo Civil de 1939¹⁴, o anteprojeto previa, em seu artigo 207, a regra segundo a qual “*para falar nos autos*

¹⁴ Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 (Código de Processo Civil de 1939), art. 32. “Aos representantes da Fazenda Pública contar-se-ão em quádruplo os prazos para a contestação e em dobro para a interposição de recurso.”

terão o representante da Fazenda Pública e o órgão do Ministério Público prazo igual ao das partes” (BUZOID, 1968, p. 67). Segundo José Roberto de Moraes, referida previsão teria sido sustentada por Alfredo Buzaid em razão de o ilustre professor entender que a previsão de prazos diferenciados somente existia “*para privilegiar o servidor público nem sempre eficiente e nem sempre diligente*”, o que se afigura a José Roberto “*uma falta de perspectiva ou, pelo menos, uma visão distorcida do problema*” (MORAES, 2003, p. 69).

No ponto, concordamos com José Roberto de Moraes quanto ao fato de não ser possível responsabilizar os prazos elásticos da Fazenda Pública e do Ministério Público pela duração pouco razoável dos processos no Judiciário brasileiro. Segundo o Procurador do Estado de São Paulo, “*prazo de advogado não atrasa processo e isto já está comprovado*”. E continua: “*Por exemplo, a Lei n. 6.830/80 – lei que regula a execução fiscal – aumenta o prazo para pagamento de vinte quatro horas para cinco dias; o prazo dos embargos de dez para trinta dias e assim por diante. Mesmo assim a execução fiscal consegue ser mais rápida do que a execução normal*” (Ibidem, p. 89).

De outro modo, a despeito de considerarmos razoável o discrimen nos prazos da Fazenda Pública, julgamos pertinente o estudo do sistema processual instituído pelas Leis nº 9.099/95, nº 10.259/01 e nº 12.153/09, as quais regulam, respectivamente, os Juizados Especiais Estaduais e os Juizados Especiais Federais e os Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Nos termos do art. 9º da segunda Lei, “*não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias*”.

A mesma redação do dispositivo supracitado possui o artigo 7º da Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública¹⁵. Processualistas de renome, como J. E. Carreira Alvim¹⁶, tratam de tais dispositivos como alguns dos maiores avanços do

¹⁵ Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, art. 7º. “Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para a audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.”

¹⁶ ALVIM, 2002, p. 85 *apud* MENDONÇA, 2007, p. 81. Segundo as lições de Carreira Alvim, “*um dos maiores avanços dos juizados especiais federais é sem dúvida a supressão de prazos diferenciados em favor das pessoas jurídicas de direito público, consagrada no art. 9º da Lei nº 10.259/01, pois preserva um dos mais importantes princípios processuais que é o princípio da democratização do processo, tratando de forma igualitárias as partes, sem qualquer privilégio a uma em detrimento da outra*”.

sistema dos juizados especiais, ao preservarem o denominado princípio da democratização do processo. No mesmo sentido, afirma Jorge André de Carvalho Mendonça:

Além disso, com a edição da Lei 10.259/01 a Fazenda Pública Federal, a que tem maior volume de serviço, perdeu tal benefício nas causas cíveis de menor complexidade, as de competência dos JEFs. E tais causas equivalem justamente à maioria, tanto no que se refere ao montante total pago, como, principalmente, no que diz respeito à quantidade de feitos. E mesmo assim, já com mais de 5 anos de vigência da Lei, ninguém nunca se atreveu a sustentar que a concessão de idêntico prazo para todas as partes fosse inconstitucional, por ofensa à igualdade material, o que evidencia, em inteligência a *contrario sensu*, que é esta a sistemática que melhor atende aos interesses defendidos pelo constituinte originário. (MENDONÇA, 2007, p. 80-81).

A constatação prática é de que a atuação das procuradorias federais e locais não sofreu gravames com a extinção do benefício dos prazos processuais dilatados, tanto assim que não temos conhecimentos de maiores questionamentos acerca da (in)justiça dos dispositivos em apreço.

Cumprido, então, indagar se os procedimentos regidos pelo Código de Processo Civil exigem uma atuação em muito distinta daquela dos advogados públicos no sistema dos juizados especiais, de modo que ainda permaneçam fundamentos razoáveis para a previsão de prazos dilatados para a manifestação da Fazenda Pública.

Em primeiro plano, diz-se que o microsistema dos juizados especiais é regido pelos princípios da simplicidade, informalidade, celeridade, economia processual e oralidade¹⁷. O fenômeno que se observa nos juizados envolve, de fato, a multiplicação de feitos de menor complexidade, tanto no que toca à matéria de direito como no que se refere à matéria de fato, feitos estes que, em grande medida, vinculam-se a matérias repetitivas, usualmente denominadas “*demandas de massa*”.

Sob aspecto diverso, a despeito da simplicidade das demandas em geral, como a própria denominação dada ao fenômeno revela, o quantitativo de

¹⁷ O reconhecimento jurisdicional de tais princípios é invocado comumente para afastar da competência dos juizados especiais demandas em que seja considerada complexa a matéria *sub judice*, assim como nos casos em que a sentença a ser prolatada será claramente ilíquida ou será exigível a realização de complexas perícias, ainda que o valor de alçada dos juizados não seja ultrapassado. Cite-se, nesse sentido, o acórdão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios prolatado nos autos do Conflito de Competência nº 2011.00.2.014298-0, julgado em 5 de setembro de 2011 e disponibilizado no DJe de 8 de setembro do mesmo ano. Do voto do Ilma. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito, destaca-se: “A rigor, o microsistema dos juizados é regido pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando-se, quando possível, a conciliação ou a transação, conforme artigo 2º, parágrafo segundo, da Lei 9099/99. A impossibilidade de sentença ilíquida nos juizados especiais é consequência lógica dos princípios supra, conforme artigo 38 da Lei 9.099/95. Com efeito, no caso dos autos, a complexidade da causa, a necessidade de maior dilação probatória, a impossibilidade de produção de prova pericial e a vedação de prolação de sentença ilíquida, impedem o processamento do feito de revisão contratual, envolvendo diversos empréstimos, contra o BRB nos Juizados Especiais de Fazenda Pública.”

“demandas de massa” é impactante, a exigir da estrutura dos órgãos de advocacia pública elevados esforços.

Ante a ausência de alteração do art. 188 do CPC, no entanto, infere-se que o legislador pátrio julgou haver relevante disparidade entre as atribuições funcionais e o volume de demandas dos procuradores que atuam perante os juizados e os encargos dos procuradores que atuam perante os demais juízos. Haveria, nesse sentido, fundamento razoável para a disparidade hoje existente entre o regime do Código de Processo Civil para os procedimentos ordinário e sumário e os microssistemas dos juizados.

De nossa parte, não identificamos traço claro de inconstitucionalidade na previsão de prazos diferenciados para manifestação do ente público em juízo em relação aos prazos impostos aos particulares. Consideramos, assim como José Roberto de Moraes, que a estrutura burocrática inerente ao aparato estatal legitima o discrimen de prazos¹⁸.

A desequiparação que se nos afigura ilegítima é aquela existente entre os prazos previstos no Código de Processo Civil e aqueles dispostos nas leis dos juizados, uma vez que também quanto às lides sob julgamento nos juizados há dificuldade na obtenção de informações das repartições públicas (subsídios quanto à matéria de fato), ao que se acresce o número igualmente elevado de demandas judiciais em trâmite envolvendo o Estado¹⁹.

O novo anteprojeto de Código de Processo Civil, mantendo o discrimen quanto aos prazos da Fazenda Pública, trouxe inovação que reduz a disparidade de prazos, mas que certamente não afastará as tradicionais críticas à prerrogativa processual ainda mantida²⁰. Cuida-se do artigo 95 do anteprojeto, abaixo transcrito.

¹⁸ No plano prático, argumenta referido autor: “Cada vez que alguém entra com uma ação contra a Fazenda Pública, aquele advogado público terá que se dirigir ao órgão que deu origem àquela ação para dele colher as informações necessárias sobre a matéria de fato para que possa fazer a contestação. Quem já viveu na administração pública sabe o quanto é difícil, em face dos escaninhos burocráticos a serem preenchidos ou percorridos. A pessoa procurada não é a pessoa certa. Quantas vezes, no curso do prazo para contestar, encontra-se a seguinte resposta: ‘Não, o senhor pediu para fulano; fulano não sabia; tinha que ter pedido para sicrano etc.’. E aí chega o sexagésimo dia, às 10 horas da manhã, e o procurador afirma, pasmo: ‘- Eu tenho que terminar a contestação e não chego informação nenhuma’”. (MORAES, 2003, p. 71).

¹⁹ O entendimento ora firmada decorre da fundamentação de José Roberto de Moraes quanto à necessidade de tratamento diferenciado ao advogado público, o qual não teria oportunidade de escolha quanto às causas patrocinadas, não teria, também, condições iguais para obter informações acerca da matéria de fato, além de atuar em expressivo número de causas. Com isso, se o legislador houve por bem excluir a prerrogativa dos prazos dilatados nas causas dos juizados especiais, seria de se supor que a prerrogativa também não seria mantida no sistema processual do CPC, eis que as dificuldades operacionais nos dois sistemas (o do CPC e o dos juizados especiais) não seriam absolutas.

²⁰ Como alerta Ivana Ganem Costa, “em que pese a redução do prazo para contestar, há quem entenda que o Projeto de Lei nº 166/2010 [Anteprojeto de novo Código de Processo Civil], assim como o vigente CPC de 1973, seria inconstitucional por ferir o

Art. 95. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da vista pessoal dos autos, mediante carga ou remessa.

Discute-se, ainda, se a exigência de intimação pessoal do “*presentantes*” da Fazenda Pública seria incompatível com os princípios constitucionais informadores do sistema processual. A Lei Complementar nº 73/93, ao instituir a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, estabeleceu a prerrogativa em seu art. 38²¹. Igual previsão contém a Lei nº 9.028/95, em seu art. 6º²², estabelecendo a prerrogativa de intimação pessoal dos procuradores e advogados da União. O benefício, por força da Lei nº 10.910/2004 (artigo 17²³), foi estendido aos procuradores federais que atuam na defesa de autarquias e fundações públicas. Na execução fiscal, a prerrogativa já é prevista desde o texto original da Lei nº 6.830/80 (artigo 25²⁴).

Quanto ao benefício processual, manifesta-se Sérgio Ferraz:

Daí termos como aberrante e teratológico o *favor*, i. e., *privilégio* de intimação pessoal, conferido pela Lei Complementar nº 73/93 (art. 38) aos Advogados da União e aos Procuradores da Fazenda Nacional. Incidem aqui todas as meditações expostas no segmento anterior, seja com referência à inadmissibilidade de se eleger o *tempo* como fator discriminatório, seja por força da imperatividade do princípio constitucional da eficácia. (FERRAZ, 2004, p. 176).

Como salienta Regina Helena Costa, a adequada avaliação da prerrogativa de intimação pessoal dos presentantes da Fazenda Pública depende também de localizarmos a discussão no tempo, no sentido de avaliarmos “*se este regime processual (...) realmente se justifica no presente contexto normativo e social*” (COSTA, 2003, p. 83).

princípio da isonomia, além de configurar afronta ao art. 7º do próprio projeto”. (COSTA, 2011, p. 64). Entende a autora, porém que inconstitucionalidade não há, ante os seguintes fundamentos: “*Assim, equiparar, em todas as situações, o particular à Fazenda Pública, além de ser pretensão fadada ao insucesso, poderia trazer consequências desastrosas à Administração, enquanto protetora do interesse público, motivo por que o tratamento desigual, que vise ao equilíbrio de partes desiguais, não deve ser considerado inconstitucional. Pelo contrário, é medida que se justifica desde que aplicada com cautela e em observância ao princípio da isonomia, valendo, uma vez mais, ponderar que isonomia não é tratar a todos de maneira idêntica, mas evitar que diferenciações injustas e infundadas sejam cometidas*”. (Ibidem, p. 65).

²¹ Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Art. 38: “As intimações e notificações são feitas nas pessoas do Advogado da União ou do Procurador da Fazenda Nacional que officie nos respectivos autos”.

²² Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995. Art. 6º. “A intimação de membro da Advocacia-Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente”.

²³ Lei nº 10.910, de 15 de julho de 2004, art. 17. “Nos processos em que atuem em razão das atribuições de seus cargos, os ocupantes dos cargos das carreiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil serão intimados e notificados pessoalmente”.

²⁴ Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 25. “Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente.”

A Lei nº 10.259/01 (que regulamenta os Juizados Especiais Federais), em seu art. 8º, § 2º²⁵, será relevante parâmetro para o estudo do contexto normativo e social atual. Com o dispositivo, permite-se que as intimações sejam realizadas por meio eletrônico, independentemente de “aviso de recebimento em mão própria”, publicação ou notificação pessoal.

No âmbito do Juizado Especial Federal do Distrito Federal, foi criado o sistema denominado *e-Cint*²⁶, exclusivo para processos virtuais, por meio do qual as partes são citadas e intimadas por meio da internet. O sistema garante inequívoca efetividade às intimações e citações nos processos de competência do JEF-DF, aplicando-se indistintamente aos particulares e aos procuradores e advogados públicos.

Conclui-se, assim, que a disponibilidade de meios eletrônicos eficazes para a intimação dos advogados públicos, ao que se soma a exigência de garantir maior efetividade e celeridade, torna evidente o descompasso da prerrogativa processual de intimação pessoal em face do contexto normativo e social atual.

Outro ponto de destaque referente ao regime processual aplicável à Fazenda Pública diz respeito ao regime diferenciado de concessão de liminares e medida cautelares em face do Poder Público.

A Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, disciplina a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, prevendo uma série de limitações à tutela cautelar no âmbito do denominado “*direito processual público*”²⁷.

Na visão de Cassio Scarponella Bueno, cuida-se de um diploma normativo contendo “*regras agressivas ao ‘modelo constitucional do processo civil’, até porque rompem também com o ‘princípio da isonomia’ (...).*”, que, igualmente, “*tende a apequenar o alcance do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal optando, de forma clara muitas vezes, por excluir, da apreciação do Estado-juíz, situações de ameaça a afirmações de direito*” (BUENO, 2009, p. 235).

²⁵ Art. 8º “As partes serão intimadas da sentença, quando não proferida esta na audiência em que estiver presente seu representante, por ARMP (aviso de recebimento em mão própria). § 1º As demais intimações das partes serão feitas na pessoa dos advogados ou dos Procuradores que oficiem nos respectivos autos, pessoalmente ou por via postal. § 2º Os tribunais poderão organizar serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico.”

²⁶ Na cartilha do JEF-DF, disponível no Link <http://www.jfdf.jus.br/juizadosEspeciaisFederais/cartilha/cartilha.pdf>, é resumido o sistema: “24. Em que consiste o sistema denominado *e-Cint* utilizado no JEF-DF? É um sistema exclusivo para processos virtuais cujo objetivo é citar e intimar as partes e advogados por meio da internet. É mais fácil, mais rápido e mais seguro para ambas as partes. Para cadastro no *e-Cint*, é necessário que o interessado compareça à sede dos juizados portando seu CPF, devendo assinar um termo de adesão a essa forma de comunicação processual.”

²⁷ Designação utilizada em trabalhos da Sociedade Brasileira de Direito Público, definida como a “*parte do Direito Processual que regula os processos judiciais que tenham ou como objeto o Direito Público ou como parte a Administração Pública*”. Definição extraída da obra “*Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo*”. – São Paulo, Malheiros, 2000.

No que toca à concessão de liminares em face da Fazenda Pública, a matéria é regulada pela Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, na qual, na mesma linha da Lei nº 8.437/92, são estabelecidas limitações para a concessão das medidas de urgência em desfavor do ente público.

Em mandado de segurança, ademais, a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, estabelece limitações à possibilidade de o magistrado conceder liminares que tenham por objeto “*a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza*”²⁸.

Leonardo Carneiro da Cunha, refutando os argumentos pela inconstitucionalidade do dispositivo, assim conclui:

À evidência, não parece haver ofensa à garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional. O legislador, em exame prévio, já descartou a possibilidade de concessão de liminar para situações em que não se revela presente o risco de dano de grave lesão ou de difícil reparação. (CARNEIRO, 2011, p. 240).

Segundo o mesmo autor, em razão da instrumentalidade e da fungibilidade dos provimentos de urgência, com fulcro no art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil, teria ocorrido a unificação do sistema de tutelas de urgência, com a aplicação das regras restritivas das liminares e cautelares contra a Fazenda Pública também à tutela antecipada.

O sistema processual pátrio cuidou de *unificar* os provimentos de urgência, confinando-os numa ordem única. Assim, seja a tutela antecipada, seja a *medida* cautelar, seja a *ação* cautelar, todas se subordinam às mesmas regras, inclusive no que respeita às vedações inscritas na Lei nº 8.437/1992, tanto que as Leis nº 9.494/1997 e 12.016//2009 as estendem, irrestritamente, para a tutela antecipada. (*Ibidem*, p. 264).

Referido sistema de tutelas de urgência em face da Fazenda Pública, ainda que unificado, não deverá ficar alheio às tendências atuais de restrição à suspensão dos efeitos dos provimentos de primeira instância, refletida nos provimentos de urgência na perspectiva de que somente sejam mantidas as vedações em situações

²⁸ Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, art. 7º, § 2º: “Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

nas quais haja efetivo receio de difícil reparação dos efeitos do provimento cautelar ou liminar.

Andou bem a jurisprudência pátria, nesse âmbito, ao firmar interpretação restritiva sobre as normas de exceção quanto à concessão de tutelas de urgência, somente aplicando, assim, a vedação a tais medidas de urgência quando fielmente prevista a impossibilidade na lei processual. Destaca-se na oportunidade o teor do acórdão proferido pelo STJ nos autos do Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 908 / PE ²⁹.

Por fim, regra em que não identificamos qualquer traço de inconstitucionalidade diz respeito à constante do inciso II do artigo 320 ³⁰ do Código de Processo Civil quando aplicada à situação da Fazenda Pública como ré. Doutrina e jurisprudência, sob o reconhecimento da indisponibilidade do interesse público, firmaram o entendimento de que haveria afronta direta à regra do art. 320, II, do CPC e ao próprio regime de prerrogativas processuais delineado na lei processual caso se admitisse o reconhecimento ficto sobre a veracidade dos fatos aduzidos pelo particular ante a simples omissão da Advocacia Pública. Veja-se, nesse sentido, o conteúdo da súmula nº 256 ³¹ do extinto Tribunal Federal de Recursos, a estender a vedação dos efeitos da revelia também em relação à ausência de impugnação aos “embargos do devedor”.

De todo o exposto, em atenção à noção de defesa de interesses da coletividade e, de modo subsidiário, à percepção das dificuldades administrativas enfrentadas no cenário brasileiro, as prerrogativas processuais de que dispõe a Fazenda Pública, em termos genéricos, não representariam discrimen desarrazoado ou desproporcional, observadas os apontamentos acima tecidos.

²⁹ Nos termos da ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA AUTARQUIA FEDERAL. REAJUSTES DE 28,86%. MP Nº 1.570/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.474/97. INAPLICABILIDADE.

1. A MP nº 1.570/97, convertida na Lei nº 9.474/97, por ser uma norma de exceção quanto à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, deve ser interpretada de forma restrita.

2. Conforme a interpretação dada pelo STF, bem como pelos precedentes desta Corte, o reajuste de 28,86%, relativo às Leis nº 8.622 e 8.627/93, refere-se à revisão geral da remuneração dos servidores públicos. Pelo que, não se enquadrando a hipótese dos autos dentre aquelas estipuladas pela Lei nº 9.474/97, há que se reconhecer sua inaplicabilidade.

(STJ, AgRg na MC nº 908/PE, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 22 de setembro de 1997, disponibilizado no DJ de 13 de outubro de 1997).

³⁰ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), art. 320. “A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.”

³¹ Tribunal Federal de Recursos. Súmula nº 256: A falta de impugnação dos embargos do devedor não produz, em relação à Fazenda Pública, os efeitos da revelia.

Noutra linha, porém, é inegável a tendência de mitigação de referidas prerrogativas, fenômeno, ao que tudo indica, vinculado ao aprimoramento das ferramentas de comunicação e de controle interno no âmbito da Administração Pública. A observação, com propriedade, é feita por Eduardo Talamini.

Atualmente, há uma tendência de crítica e mitigação desses mecanismos. A idéia é de que tais regras estão se tornando anacrônicas, na medida em que a Fazenda Pública hoje desfruta de adequados quadros incumbidos de sua defesa em juízo, estando eles sujeitos a suficientes mecanismos internos de fiscalização e controle. O regime de prerrogativas processuais perdura como um voto de desconfiança do Poder Público em seus próprios agentes. (TALAMINI, 2005, p. 64).

Grande passo na direção da mitigação das prerrogativas em comento deu-se com a criação do sistema dos juizados especiais, como mencionado há pouco. Relativamente aos juizados especiais da fazenda pública, salienta Milton Delgado Soares:

Por fim, ainda com relação ao princípio da especialidade e excluindo prerrogativas tradicionais da fazenda pública, em prol dos princípios da simplicidade, celeridade e efetividade que norteiam o sistema dos juizados especiais, os artigos 7º e 11, da Lei 12.153/09, não deixam qualquer dúvida de que as regras gerais de prazo diferenciado para a fazenda e reexame necessário não serão observadas em sede de juizados fazendários, sendo esta uma importante inovação dada por tal diploma legal. (SOARES, 2010, p. 79).

Destaque-se, ainda no que toca à tendência de redução das prerrogativas processuais da Fazenda, que por meio de sucessivas medidas provisórias buscou-se ampliar o prazo para o ajuizamento de ação rescisória por parte da Fazenda Pública, criando-se, ademais, novas hipóteses de cabimento da ação desconstitutiva. Na Medida Provisória nº 1632-11, o benefício apresentava-se no seguinte formato:

O direito de propor ação rescisória por parte da União, dos Estados do Distrito Federal, dos Municípios, bem como das autarquias e das fundações instituídas pelo Poder Público extingue-se em cinco anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Parágrafo único. Além das hipóteses referidas no art. 485 do Código de Processo Civil, será cabível ação rescisória quando a indenização fixada em ação de desapropriação, em ação ordinária de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, e também em ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, for flagrantemente superior ao preço de mercado do bem objeto da ação judicial.

Em sede de cautelar, foi suspensa a Medida Provisória, sob o fundamento de que a criação de uma nova hipótese de rescindibilidade é pacificamente inadmissível e de que a ampliação do prazo de decadência da ação, por não visar a compensar dificuldades da defesa das entidades públicas em juízo, mostra-se, assim, um favor legal contrário à razoabilidade e à proporcionalidade ³².

Um mês após a concessão da cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.753-2 – DF, foi revogada a Medida Provisória nº 1632-11, por meio da Medida Provisória nº 1658-12, que passou a prever, dentre as hipóteses de elastecimento de prazos constantes do art. 188 do CPC, a ação rescisória. São os termos do art. 4º da Medida Provisória:

Art. 4º. Os arts. 188 e 485 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 188. O Ministério Público, a União, os Estados o Distrito Federal, os Municípios, bem como suas autarquias e fundações, gozarão do prazo:

I – em dobro para recorrer e ajuizar ação rescisória; e

II – em quádruplo para contestar.”

“Art. 485.
.....

X – a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado do objeto da ação judicial.”

A reedição da Medida Provisória, sem alteração de conteúdo, fora também objeto de suspensão ³³ pelo Supremo Tribunal Federal, não restando dúvidas

³² Destaque-se, por oportuno, trecho da ementa da decisão do plenário do STF acerca da ADI nº 1.753-2 / DF em que são apresentados os fundamentos para a suspensão da medida provisória sob ataque:

(...) 2. A igualdade das partes é imanente ao **procedural due of law**; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo. (STF, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 16 de abril de 1998, grifos da ementa).

³³ Nesse sentido, julgou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA PARA PROPOSITURA DA AÇÃO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.658-12/98. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

1. Proposta a rescisória após decorrido o prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda, operou-se a decadência do direito ao ajuizamento da ação, conforme disposto no art. 495 do Código de Processo Civil.

2. Suspensão, pelo Plenário da Suprema Corte, em medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, da eficácia de disposição inscrita em provimento provisório com força de lei que, alteração a redação do art. 188 do Código de Processo Civil, outorgou prazo em dobro para a propositura de ação rescisória em favor das pessoas jurídicas de direito público, disposição, inclusive, a respeito da qual não houve reedição.

(...)

(Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Primeira Seção, Rel. Sr. Juiz Luciano Tolentino Amaral, julgado em 16 de fevereiro de 2000. Disponibilização no D.J. de 8 de junho de 2000).

acerca de sua incompatibilidade com o regime das demais prerrogativas da Fazenda Pública e o princípio constitucional da isonomia.

Nos juizados especiais, como afirma o juiz Agapito Machado, a eliminação das prerrogativas tornou-se realidade com a introdução do microsistema dos juizados especiais, nos quais não haveria o desmedido peso do conservadorismo impregnado nos Tribunais. Assim, observa:

Já é realidade a eliminação de privilégios processuais às pessoas jurídicas de direito público no Brasil para as causas cíveis que não ultrapassem a 60 (sessenta) salários mínimos que tratam nos Juizados Federais. É que pela Lei nº 10.259/01 que dispõe sobre os Juizados Especiais Federais referidas pessoas não têm prazo em quádruplo para contestar (60 dias), nem em dobro para recorrer (30 dias), as decisões contra elas não estão sujeitas ao duplo grau/recurso “ex officio”, o pagamento não se faz pela via perversa e demorada do precatório, mas sim através do chamado RPV (requisição de pequeno valor) em até sessenta dias após o trânsito em julgado da decisão, não tem ação rescisória, entre outros. (MACHADO, 2011, p. 3).

Em conclusão, a despeito da irrefutável disparidade entre particulares e o Estado em juízo, a legitimar a existência de um regime jurídico material e processual diferenciado, mostra-se também inegável a tendência de mitigação das prerrogativas processuais concedidas à Fazenda Pública, seja sob o fundamento da evolução do aparato burocrático estatal, no qual se destaca o aprimoramento da estrutura dos órgãos da Advocacia Pública, seja sob a perspectiva da exigência de reduzir o desnivelamento entre particulares e o Poder Público em juízo.

A defesa da extinção de determinadas prerrogativas da Fazenda Pública não deve partir, contudo, de observações abstratas acerca do tratamento anti-isonômico por elas instituído ou dos entraves processuais delas decorrentes. Na mesma linha argumentativa que será traçada mais adiante, especificamente quanto ao reexame necessário, julgamos necessária uma avaliação mais aprofundada acerca do cenário social e jurídico em que se insere cada prerrogativa para que, somente então, se discuta sua necessidade ou conveniência.

Em termos gerais, como já afirmado, legitima-se a concessão de prerrogativas processuais quando calcadas em interesse público legítimo, cuja defesa se beneficie sem ser criado desproporcional gravame aos interesses do pólo contrário ao do ente público. A conclusão parcial ora extraída, portanto, é de que o avanço da estrutura estatal e dos instrumentos processuais dispostos na legislação pátria serão o fio condutor

para a graduação mitigação do regime processual diferenciado da Fazenda Pública, sem que se possa, de plano, afirmar que tal regime já não se legitime no ordenamento jurídico brasileiro.

IV. NATUREZA JURÍDICA DA REMESSA NECESSÁRIA E SUAS IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS

1. NATUREZA JURÍDICA

A despeito da origem do instituto sob a designação de apelação *ex officio*, a doutrina é farta em argumentos suficientes para negar-lhe a natureza de recurso. As críticas repercutiram, inclusive, no tratamento dispensado ao instituto no Código de Processo Civil de 1973, que, ao contrário do Código de 1939, passou a prevê-lo em seção referente à coisa julgada, sob a seguinte regência:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

No intuito de averiguar a natureza do instituto da remessa necessária, voltemos nossa atenção, inicialmente, ao duplo grau de jurisdição e à teoria geral dos recursos.

Com as demonstrações de inadequação do sistema recursal brasileiro às crescentes exigências de celeridade e efetividade das medidas jurisdicionais, doutrinadores e estudiosos voltaram seu foco ao tema do duplo grau de jurisdição. A noção de duplo grau de jurisdição, como nos esclarece Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, a despeito da possibilidade de eventual equívoco na interpretação do termo jurisdição, diz respeito a um duplo grau de cognição, com referência à competência para o conhecimento e o julgamento das lides. Nesse sentido, conclui:

Assim, em relação à acepção do vocábulo jurisdição, na expressão duplo grau de jurisdição, é possível se indicar que a noção de unidade e indivisibilidade da jurisdição, para o fim aqui colimado, afasta os elementos material e formal da jurisdição, pois o duplo grau de jurisdição, na sua essência, em nada modifica os poderes de julgar e executar os seus julgados, nem, tampouco, o

processo e a coisa julgada, implicando, todavia, em uma outra consideração sobre o modo pelo qual o elemento orgânico (o Poder Judiciário) haverá de, no caso concreto, exercer o poder de julgar e executar os seu julgados (elemento material), através do processo, para se alcançar a coisa julgada (elemento formal). (MENDES, 2008, p. 11).

O fundamento para o princípio do duplo grau de jurisdição, como amplamente reconhecido, repousa na possibilidade de a decisão do juízo de primeiro grau mostrar-se incorreta ou injusta. Com isso, a previsão de um segundo exame sobre a matéria permitiria um aperfeiçoamento do provimento jurisdicional, na medida em que o órgão colegiado de jurisdição superior reuniria condições mais aprimoradas de proferir uma decisão correta e justa.

Não são poucas, porém, as críticas que se levantam em face da afirmação de que os magistrados do segundo grau, por pressuposto, apresentariam melhores recursos para proferir uma decisão mais consentânea com o ordenamento jurídico. São muitas vezes postos em xeque os argumentos de que se cuida de magistrados com maior experiência e de que a reunião destes em colegiado ofereceria maior segurança. Em defesa do juízo de valoração entre juízos singulares e colegiados, chega-se a afirmar que a possibilidade de reexame do pronunciamento do primeiro grau de jurisdição, como espécie de controle psicológico, levaria os magistrados da primeira instância a se cercarem de maiores cuidados no julgamento, eis que seu ofício estaria sob supervisão.

Noutra linha, observam A. C. de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de *natureza política*: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários *controles*. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimam as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2008, p. 81, grifos dos autores).

Considerando, ademais, que se trata de princípio de grande relevo na grande maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais contemporâneos, há que se ressaltar que o duplo conhecimento sobre as demandas judiciais não se opera de modo

automático, ao menos em regra, exigindo provocação da parte vencida para que se possa efetivar.

Afirma-se, assim, que “*não se pode ignorar a profunda vinculação que se verifica entre o duplo grau de jurisdição e o recurso*” (MENDES, 2008, p. 29-30). E prossegue I’*talo Fioravanti*:

E nem poderia ser diferente, pois se constitui o recurso no meio processual adequado e natural para se submeter a decisão judicial impugnada à apreciação de órgão jurisdicional diferente daquele que, originariamente, a prolatou, o que, de resto, irá concretizar o próprio duplo grau de jurisdição. (MENDES, loc. cit.)

A própria essência, portanto, do princípio do duplo grau de jurisdição se sustenta na possibilidade de impugnação das decisões desfavoráveis à parte recorrente, eis que o recurso se lhe apresenta como o elemento desencadeador por natureza.

De volta ao objeto específico do presente estudo, verificamos que a aproximação entre as noções de duplo grau de jurisdição e de recurso talvez seja um dos principais fundamentos para a previsão do reexame necessário inicialmente sob a designação de recurso (*ex officio*).

A remessa necessária apresenta-se, assim, como ordem de reexame da causa em segundo grau de jurisdição, não, porém, ante a existência de recurso interposto pela parte sucumbente, mas por disposição da própria lei processual. Com tal definição preliminar, questiona-se: poderia a lei processual, ao prever uma ordem de reexame do feito, instituir uma espécie de recurso *ex officio*?

Parte-se, então, para a teoria geral dos recursos, com vistas a avaliar se o fenômeno do reexame necessário se amolda à natureza dos instrumentos recursais.

De acordo com as lições de Nelson Nery Júnior, em sentido amplo, “*recurso é o remédio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público ou de um terceiro, a fim de que a decisão judicial possa ser submetida a novo julgamento, por órgão de jurisdição hierarquicamente superior, em regra, àquele que a proferiu*” (1997, p. 173-174). Como assevera, porém, o emérito processualista, cada ordenamento jurídico poderá dar contornos dos mais diversos ao remédio processual, tornando a tarefa de definir quais remédios serão denominados recursos ou não exclusiva do direito positivo.

Com essas considerações, o autor extrai do Código de Processo Civil a seguinte definição:

(...) é o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada. (NERY JÚNIOR, 1997, p. 181).

O conceito, mesmo amplo, permite concluir que ações próprias, ainda que destinadas à reforma ou à invalidação de ato decisório, como o mandado de segurança e o *habeas corpus*, não integram a categoria de recurso, por constituírem relação jurídica processual própria.

É excluída da categoria também a ação rescisória, ajuizada com vistas à desconstituição de sentenças, a qual, além de constituir meio impugnativo aviado em ação própria, não impede a formação da coisa julgada.

A definição, como observado, é extraída do Código de Processo Civil, de modo que aqui é revelado o princípio da taxatividade, a tornar a própria existência do recurso dependente de expressa previsão legal.

São as conclusões também obtidas por Araken de Assis, como se observa no trecho abaixo transcrito:

Em geral, porque o CPC de 1973, tão pródigo em definições, omitiu-se de enunciar conceito explícito de recurso, à semelhança do CPC de 1939, retiram-se do art. 496 duas características comuns: em primeiro lugar, os remédios aí catalogados não instauram novo processo, mas prolongam, simplesmente, o processo pendente, nos mesmos autos (v.g., a apelação) ou em autos distintos (v.g., o agravo de instrumento); ademais, os remédios do art. 496 nascem da iniciativa de alguém interessado em impugnar a decisão. Formulou-se, a partir daí, a clássica definição haurida dos dados do direito positivo, estimando recurso “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna”.³⁴ (ASSIS, 2007, p. 34).

A definição extraída dos estudos doutrinários clássicos é tida por Araken de Assis, porém, como insuficiente. Para o autor, no mesmo sentido, seria inadequado o relevo emprestado à voluntariedade. Em verdade, segundo afirma, o elemento comum às espécies recursais seria a “devolução” do julgamento proferido pelo juízo singular ao órgão *ad quem*. Seria preciosismo, então, afastar o reexame da noção

³⁴ Quanto à transcrição do conceito clássico de recurso, é feita menção aos “Comentários ao Código de Processo Civil”, de José Carlos Barbosa Moreira.

de recurso processual. Novamente, merecem destaque os apontamentos do renomado processualista.

Em relação à figura do art. 475, só há uma conclusão segura. Ao contrário do que faria supor sua localização geográfica no CPC de 1973, resultante de concessão referencial ao autor do anteprojeto, independentemente da *mens legislatoris* o art. 475, *caput*, manteve a velha e incompreendida apelação *ex officio*. Demonstrava a *mens legis* a versão original do parágrafo único, prevendo a remessa “haja ou não apelação voluntária da parte vencida”, tornando “implícita a referência, uma vez que se adjetivou a ‘outra’ espécie de apelação (apelação voluntária)”. A Lei 10.352/2001 corrigiu tal ponto, estimando simples cochilo do legislador; porém, subsistem outras referências no mesmo sentido (art. 3.º da Lei 8.437, de 30.06.1992). O elemento comum dessas espécies recursais “é a devolução ao juízo *ad quem* do julgamento proferido em primeira instância”, devolução voluntária ou necessária conforme se dê por iniciativa do vencido ou mediante impulso oficial.³⁵ (ASSIS, 2007, p. 852).

De nossa parte, porém, ante a própria origem histórica do recurso como consequência direta da irrisignação e do inconformismo próprios ao gênero humano, a exigirem interesse processual na impugnação, concordamos com a doutrina tradicional no que toca à fixação da voluntariedade como um dos requisitos centrais dos recursos. A ideia converge, ainda, com a noção de interesse recursal, conforme bem argumenta Alcides de Mendonça Lima, *in verbis*:

A idéia do recurso, portanto, está visceralmente ligada à idéia de o recorrente pugnar pela reforma da decisão impugnada. Sem esse objetivo fundamental, o recurso perde seu sentido lógico, ético e processual. Quem recorre, sempre quer mais do que obteve, por menor que seja a perda em sua pretensão.
(...)

A interposição *ex officio* era inconcebível do ponto-de-vista *estritamente teórico ou doutrinário*, pois no ensinamento de Carnelutti, “a renovação do procedimento não pode nunca operar-se de ofício, não só porque não *interest rei publicae* a comprovação da justiça da sentença, senão porque a conformidade das partes é sinal de justiça ou da tolerabilidade da injustiça no sentido de que a reparação não compensa o custo da renovação do processo”.³⁶ (LIMA, 1976, p. 182).

Para os fins do presente trabalho, importa destacar, então, que a remessa oficial, prevista no artigo 475 do Código de Processo Civil, à evidência, resta excluída da categoria de recurso³⁷. Em primeiro (e mais relevante) plano, o instituto do

³⁵ Nos trechos de citação, Araken de Assis se utiliza dos argumentos, respectivamente, de Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*) e José Frederico Marques (*Manual de direito processual civil*).

³⁶ A referência aos ensinamentos de Francesco Carnelutti nos remete à obra “*Instituciones Del Nuevo Proceso Civil*”: trad. Espanhola, Buenos Aires, 1944.

³⁷ Nos parece, nesse sentido, um tanto frágil a anotação de Clemilton da Silva Barros, no texto “*Considerações prognósticas do reexame necessário no processo civil brasileiro*”. No trabalho, assim expõe o advogado público: “(...) a primeira norma jurídica a consagrar o referido instituto datada de 04/04/1831 (Lei nº 04/1831, art. 90), impondo ao juiz a obrigação de apelar nas causas em que restasse vencida a Fazenda Pública. Nesse momento histórico, ao recorrer de ofício, o juiz operava efetivamente na defesa dos

reexame necessário não está à disposição das partes ou representa ato voluntário destas, mas requisito legal obrigatório à formação da coisa julgada sobre a decisão desfavorável à Fazenda Pública. Não só; em segundo plano, a determinação legal da remessa ao segundo grau de jurisdição não se encontra inserta no título do Código de Processo Civil destinado aos recursos, em especial no art. 496 do diploma processual.

Rita Ganesini, em densa síntese, lista ainda outras considerações a afastarem a remessa necessária da noção doutrinária de recurso, indicando, ao todo, sete argumentos, conforme a seguinte transcrição:

A uma, por não ter sido enumerado, que no art. 496 do CPC quer em lei extravagante, como tal <recurso>. Aliás, está disciplinado no Código de Processo Civil na Seção relativa à coisa julgada. A duas porque o magistrado não está entre os legitimados a recorrer – art. 499 do CPC. A três porque falta ao juiz, evidentemente, a vontade de impugnar a sentença que ele mesmo proferiu, não tem interesse algum na sua modificação. Não está inconformado com a decisão. Não é vencido ou sucumbente. A quatro, inexiste prazo para a remessa. Enquanto não for reexaminada, a sentença não produz efeito algum, não transita em julgado. A cinco, na hipótese de a Fazenda ingressar com recurso de apelação, a sentença estaria sendo, a rigor, impugnada por dois recursos, afrontando o princípio da singularidade. A seis, inexiste pedido de reforma da decisão. A sete, carece também das razões, da fundamentação, mesmo porque o magistrado não desenvolve argumentação contrária a sua própria. (GIANESINI, 2001, p. 917 *apud* CUNHA, 2011, p. 206).

Afastada, então, a caracterização da remessa necessária como recurso, de acordo com os elementos identificados pela doutrina como definidores desta categoria, cumpre identificar as demais interpretações doutrinárias acerca da natureza jurídica do instituto.

Dentre as teorias surgidas, foi formulada por Pontes de Miranda a teoria do impulso processual, segundo a qual não haveria inserção do Estado na relação jurídica processual, por intermédio do magistrado, mas mera declaração de vontade de impulso oficial determinada por lei. Na esteira da obra de Alfredo Buzaid (1951, p. 45-49), também identificamos na teoria mera explicação quanto aos mecanismos e consequências práticas da remessa, sem que sejam desvendados sua natureza e seus efeitos.

interesses da Fazenda Pública, assemelhando-se a uma espécie de causídico desta, o que se buscava objetivamente era a reforma do julgado, e não a sua simples revisão pelo Tribunal no sentido de aperfeiçoamento da sentença, como é hoje”. (BARROS, 2007, p. 62-63). Ora, não há sentido algum em afirmar que o objetivo do magistrado seria a reforma da sentença, pois se considerasse que a Fazenda não merecesse condenação, o magistrado teria prolatado uma sentença favorável ao ente público.

Em seguida, ainda sob condução das lições de Buzaid, merece análise a doutrina que identifica a sentença submetida ao reexame necessário como ato complexo. Seria, na denominação de seu expositor, José Frederico Marques, uma decisão com caráter de “sentença complexa”. Segundo Jorge Tosta, o posicionamento de Frederico Marques teria sido reconsiderado posteriormente, na obra “*Instituições de direito processual civil*”, a despeito de restarem doutrinadores ainda adeptos à teoria. O próprio Superior Tribunal de Justiça, segundo Tosta, acolheria a teoria em alguns de seus julgados sobre o tema³⁸.

Segundo Alfredo Buzaid, a teoria se utiliza da noção de sentença subjetivamente complexa, extraída das lições de Calamandrei, no sentido de que a sentença sujeita a recurso necessário seria uma “sentença complexa”, “*em virtude de nela intervir mais de um órgão jurisdicional, nascendo o julgado exatamente dessa cooperação de dois órgãos do Estado para a construção de um único ato jurisdicional*” (BUZOID, 1951, p. 46-47).

Haveria, em referida teoria, inequívoca inspiração na noção de ato complexo, extraída do Direito Administrativo. Cumpre, nesse sentido, destacar a definição de ato complexo exposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, nos seguintes termos:

Atos complexos – os que resultam da conjugação de vontade de órgãos diferentes. Exemplo: a nomeação, procedida por autoridade de um dado órgão, que deve recair sobre pessoa cujo nome consta da lista tríplice elaborada por outro órgão. (MELLO, 2011, p. 428).

Parece-nos, também, que a rejeição da teoria ora em destaque não apresenta dificuldades. Em especial, o ato complexo depende, para sua existência e validade, da coincidência de duas manifestações, as quais se reúnem para o aperfeiçoamento de um ato único. No reexame necessário, porém, não há exatamente cooperação entre os órgãos jurisdicionais para a conclusão de um ato jurisdicional

³⁸ Nesse sentido, Jorge Tosta (2005, p. 149) cita, a título de exemplo da aplicação da teoria da “sentença complexa”, destaca a decisão proferida nos autos do REsp 100.715-BA, de Relatoria do Min. Humberto Gomes de Barros. Disponibilizado no DJ de 14 de abril de 1997, com a seguinte Ementa:

PROCESSUAL – DECISÃO CONTRÁRIA AO ESTADO – REMESSA EX OFFICIO – NATUREZA DO FENÔMENO – CPC ART. 475 – APELAÇÃO – TEMPESTIVIDADE – DISCUSSÃO INÚTIL – AGRAVO RETIDO – CONHECIMENTO.

1. A decisão de primeiro grau, contrária ao Estado, constitui o primeiro dos momentos de um ato judicial complexo, cujo aperfeiçoamento requer manifestação do Tribunal.

2. Quando aprecia remessa ex-officio, o Tribunal não decide apelação: simplesmente complementa o ato complexo.

3. Não faz sentido discutir-se a tempestividade de apelação manifestada pelo Estado, contra decisão de primeiro grau. É que tal decisão será necessariamente apreciada pelo Tribunal ad quem.

4. O agravo retido deve ser apreciado pelo Tribunal, na assentada em que fizer a revisão ex officio (CPC, Art. 475). O Art. 523 do CPC deve ser interpretado de modo a não tornar inútil o art. 522.

único. De acordo com a argumentação de Jorge Tosta, “*o acórdão proferido no reexame necessário não é a aprovação do projeto inicial, mas a própria obra final que substitui a anterior*” (TOSTA, 2005, p. 160).

Não há, assim, integração do provimento jurisdicional do juízo singular pelo provimento do órgão de jurisdição superior. Há propriamente a substituição daquele primeiro, ante o exercício do controle de legalidade exercido pelo juízo *ad quem*.

Araken de Assis, ao listar argumentos em desfavor da teoria da sentença complexa, afirma ainda a necessidade de serem distinguidos os conceitos de ato complexo e de ato composto. Nessa segunda categoria não haveria concurso de duas manifestações autônomas, existindo, em verdade, mera aparência de duplicidade de vontades. No ato composto, segundo assevera o processualista, “*uma delas se limita a agregar fator de eficácia ao ato, como acontece na apreciação da legalidade de alguns atos (...) da Administração pelo Tribunal de Contas (art. 71, III, da CF/1988)*” (ASSIS, 2007, p. 851).

Para o renomado autor, o art. 475 do Código de Processo Civil nos induz à convicção de que a sentença sujeita ao reexame necessário seria uma espécie de ato composto, na medida em que não produzirá efeitos senão após sua confirmação pelo tribunal. Araken de Assis afasta, porém, de modo muito objetivo essa primeira impressão gerada pela análise do mencionado dispositivo, nos seguintes termos:

Entretanto, o tribunal não se limita a confirmar ou a rejeitar o ato decisório, conferindo-lhe, no primeiro caso, plena eficácia, como sucede no controle de legalidade realizado pelo Tribunal de Contas. Vai bem mais longe, porquanto retocará e modificará tudo quanto lhe aprouver, da fundamentação ao dispositivo. O novo julgamento substituirá, integralmente, o primeiro. Por isso, impõem-se duas conclusões: em primeiro lugar, a manifestação do tribunal não constitui fator de eficácia da sentença, e, portanto, o fenômeno é diferente daquele examinado no ato composto; ademais, o tribunal só “coopera” com o juiz de primeiro grau em sentido amplíssimo e pedagógico – na verdade, a atividade do tribunal consiste em “verificar o acerto do seu julgamento, que pode manter ou reformar”, afastando toda consideração relativa ao ato complexo.³⁹ (*Ibidem*, p. 851-852).

³⁹ No trecho, Alcides de Mendonça Lima destaca trecho da obra “*Da apelação ex officio*”, de Alfredo Buzaid. Na conclusão de Buzaid, a despeito de afastadas as teorias do impulso processual, da sentença complexa e da condição de eficácia, o douto processualista defende a aproximação da natureza do reexame necessária à natureza dos recursos, o que faz por meio de crítica ao excessivo valor emprestado à voluntariedade dos meios impugnativos. Em síntese, aduz o autor: “*A inutilidade dos esforços doutrinários para encontrar a esquiva natureza jurídica do reexame, há pouco passados a limpe e reavaliados, autoriza um bom palpite. Foi vã a tentativa de dissociá-lo, tratando-o como parente rejeitado, dos laços de sangue com a família dos remédios impugnativos às resoluções judiciais. A repulsa elitista a instituto que sobreviveu a séculos prejudica o emprego quotidiano desse meio impugnativo. Ela conduz a contradições invencíveis, a exemplo da tese que admite, contra a letra do art. 530, os embargos infringentes em julgamento não unânime de “remessa” em vez de apelação ex officio.*” (ASSIS, 2007, p. 852).

Vê-se, portanto, que os mesmos fundamentos a afastarem a definição da sentença sujeita ao duplo grau obrigatório como ato complexo são suficientes para também lhe retirarem a natureza de ato composto.

Maior destaque e reconhecimento, porém, obteve a teoria do reexame necessário como condição de eficácia, exposta inicialmente por Eliezer Rosa. Afirma-se, por esse entendimento, que a sentença somente irá produzir efeitos após implementada a condição de ser reexaminada e confirmada pelo tribunal.

Destaque-se, nesse sentido, a definição jurídica de condição esboçada no art. 121 do Código Civil em vigor:

Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

Partindo da definição de condição prevista na legislação brasileira, Jorge Tosta (2005, p. 150) passa, então, a analisar se a condição a que se submetem as sentenças sujeitas ao duplo grau obrigatório atinge a própria existência do *decisum*, se limita sua validade ou restringe-se apenas à eficácia do provimento jurisdicional.

Para Juarez Rogério Félix, citado por Tosta, seria a remessa ao tribunal uma condição própria para a existência da decisão no universo jurídico. Segundo referida tese, “*sendo o reexame necessário integrativo da certeza da sentença de primeiro grau, não se pode dizer que ela é existente se permanece a causa sem ser submetida ao reexame*”. Diz-se, ainda, que o “*processo não foi útil para a parte em termos de futura execução, pois produziu infrutífero resultado de permanecer a questão não julgada, a impedir se possa agitar validamente execução futura*”⁴⁰ (TOSTA, loc. cit.).

De nossa parte, partimos das lições de José Maria Tesheiner (2000, *passim*) acerca dos planos da existência, validade e eficácia dos atos jurídicos para chegarmos, ao fim, à conclusão acerca da aplicabilidade ou não da teoria do reexame como condição da sentença sujeita ao duplo grau obrigatório e, se procedente a teoria, de qual o plano em que se apresenta condicionada a sentença.

⁴⁰ A menção ao entendimento de Juarez Rogério Félix diz respeito à obra “O duplo grau de jurisdição obrigatório. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis”. São Paulo : RT, 1999.

Quanto à teoria do ato jurídico inexistente, Tesheiner traça as seguintes considerações introdutórias:

As sentenças, sem embargo de quaisquer “nulidades” que possam conter, produzem efeitos, se e *enquanto* não desconstituídas. Obrigam não apenas as partes, mas quaisquer autoridades. Sentiu-se, então, a necessidade de um termo para designar as que são ainda menos sentenças do que as nulas, a ponto de poder afirmar-se que carecem de imperatividade, até mesmo para os particulares. São as sentenças ditas inexistentes. Sua inexistência pode ser declarada a qualquer tempo, sem necessidade de ação ou execução; de ofício, portanto. (TESHEINER, 2000, p. 8).

Diz-se, nesse sentido, que a inexistência do ato jurídico decorre de defeito essencial em sua formação, razão pela qual o ato não chega a adquirir significado jurídico. Daí, igualmente, afirmar-se que referido ato não poderá ter seus efeitos suprimidos, eis que nunca poderia ter qualquer efeito.

Nessa esteira, chega a argumentar Alcides de Mendonça Lima:

Entendemos que a inexecutabilidade da sentença é inerente à providência (mormente quando obrigatória, como no regime processual brasileiro, sem qualquer exceção), em qualquer caso. A sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição não tem, a rigor, existência, até que se ultime a formalidade do reexame, que lhe dará vida e vigor, independentemente até da vontade da parte vencida, que com a mesma se poderá conformar. ⁴¹ (LIMA, 1976, p. 197).

Segundo Jorge Tosta, talvez exatamente por evitar a formação da coisa julgada é que o reexame necessário seria considerado por alguns doutrinadores como uma condição para a própria existência do ato decisório. A crítica do autor, porém, é suficiente para que não prospere referido entendimento doutrinário. Destacam-se, nesse passo, os seguintes argumentos:

O equívoco dessa teoria reside na circunstância de considerar o trânsito em julgado como elemento constitutivo da sentença, quando, na verdade, é ele apenas uma qualidade dos efeitos que a sentença produz. Deixa sem explicação, outrossim, porque em determinados casos a sentença pode ser imediatamente executada, mesmo na pendência do reexame necessário, e, portanto, antes do trânsito em julgado, como acontece no mandado de segurança (art. 12, par. ún., da Lei 1.533/1951). ⁴² (TOSTA, 2005, p. 164).

⁴¹ Nos parece, contudo, que a afirmação de que a sentença não teria existência enquanto não reexaminada pelo órgão *ad quem* somente correspondeu a esforço argumentativo pontual, uma vez que em diversas outras passagens o processualista nos apresenta a conclusão de que a previsão legal da remessa ao Tribunal seria verdadeira condição da validade e da eficácia da sentença. Nesse sentido, destaque-se: “*O instituto antigo, apesar da nomenclatura, era apenas um complemento insubstituível para a validade e a eficácia da sentença, que não vigiria por si mesma, ainda que o recurso hábil não houvesse sido interposto pela parte vencida. Sem o controle superior, a sentença não produziria efeitos.*” Trecho retirado da pág. 187 da mesma obra sob comento.

⁴² Com a promulgação da Lei n.º. 12.016, de 7 de agosto de 2009, foi revogada a Lei n.º. 1533/51, mas mantida a eficácia imediata da sentença concessiva da ordem, nos termos do art. 14, § 3º, da nova lei.

O entendimento em destaque nos parece absolutamente claro. No mesmo sentido das lições de José Maria Tesheiner, se um ato jurídico apresenta-se apto à produção de efeitos na ordem jurídica, não há como dizer tratar-se de um ato jurídico inexistente.

Noutro plano, há que avaliar a validade da sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública enquanto não submetida à reapreciação pelo Tribunal.

Quanto à definição do ato jurídico nulo, José Maria Tesheiner se utiliza das observações de Aroldo Plínio Gonçalves⁴³ acerca da distinção entre a imperfeição do ato jurídico e a sanção imposta por lei ao ato viciado.

De acordo com a diferenciação, afirma-se que a nulidade seria a “*conseqüência jurídica prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei e implica a supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir. Como conseqüência jurídica que é, enquadra-se a nulidade na categoria das sanções*”⁴⁴ (TESHEINER, 2000, p. 12). Segundo referido entendimento, o ato somente se torna nulo após o reconhecimento de sua irregularidade em juízo. Ainda segundo o autor, por se tratar de sanção a ser aplicada ao juiz, seria mais apropriado, inclusive, falar-se de decretação da nulidade, que implica na atribuição de efeitos somente futuros à sanção de nulidade, afastando a utilização do termo declaração. O reconhecimento judicial da nulidade configuraria, assim, ato constitutivo.

A sentença sujeita ao reexame necessário, de modo contrário, não se submete a sanção quando não encaminhada ao órgão *ad quem*, não se tratando, igualmente, de ato praticado em desconformidade com a lei. O condicionamento a que se sujeita a sentença enquadrada nas hipóteses do art. 475 do Código de Processo Civil opera-se em momento posterior, quando já praticado o ato jurisdicional na forma da lei.

Veja-se que, contrariamente ao regime de nulidades delineado há pouco, a lei processual não prevê sanção de nulidade para a sentença desfavorável à Fazenda Pública enquanto esta não se sujeita ao procedimento de reexame no Tribunal.

⁴³ As referências ao jurista são extraídas da obra “*Nulidades no processo*” (GONÇALVES, 1993).

⁴⁴ Nesse particular, merecem destaque as críticas ao entendimento da nulidade como sanção, pautadas na observação de que a definição da nulidade como sanção levaria à conclusão de que somente haveria nulidade quando expressamente prevista em lei, sem se admitir a existência das denominadas nulidades virtuais. Sob argumentos diversos, há doutrinadores que também não identificam na nulidade uma espécie de sanção, tendo em vista que esta (sanção) teria como pressuposto a ocorrência de uma ilicitude. Segundo Roque Komatsu, citado por José Maria Tesheiner (2000, p. 15), o “*ato ilícito, com efeito, realiza uma fatispécie; o ato inválido não realiza nenhuma fatispécie, antes é inválido justamente por esta razão*”. Trecho destacado da obra “*Da invalidade no processo civil*” (KOMATSU, 1991, p. 182).

O disposto no art. 475, § 1º, nos parece a confirmação integral de tais apontamentos. Na mesma linha de raciocínio, defende-se que mera petição das partes interessadas será suficiente para provocar a remessa do feito pendente de reexame necessário ao Tribunal competente.

Nesse ponto, Jorge Tosta faz menção a julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no qual a corte teria admitido o cabimento da ação rescisória contra a sentença que não foi submetida ao reexame necessário. Cuida-se do Recurso Especial 29.146-3 – PR, ao qual foi atribuída a seguinte ementa:

PROCESSUAL. AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO.

- Recurso especial. Não há dizer-se violada a vigência do art. 475, II, do CPC, ou de normas processuais outras que regem a intocabilidade da coisa julgada, quando a procedência da rescisória se prestou, justamente, para reparar a falta do exame obrigatório da sentença proferida contra o Estado-membro, condicionante necessária a seu trânsito em julgado.

(STJ, REsp 29.146-3 – PR, 5ª Turma, Rel. Min. José Dantas, julgado em 15 de dezembro de 1993, disponibilizado no DJ de 21 de fevereiro de 1994).

Ocorre, porém, que a ação rescisória ajuizada na oportunidade não tivera como objeto a decisão do juízo singular. Tratava-se de feito em que a Fazenda Estadual fora condenada ao pagamento de vantagem funcional agregada aos vencimentos do servidor autor da ação. Em reexame, porém, teria o Tribunal olvidado a apreciação da matéria atinente à prescrição. Em face do acórdão (frise-se, em face do provimento do órgão *ad quem*), fora aviado pleito rescisório, julgado procedente, sob os seguintes fundamentos:

Ação rescisória – Violação de literal disposição de lei caracterizada – Ofensa ao inciso II, do artigo 475 do CPC – Tema atinente à prescrição, explicitamente tratado pela sentença *a quo*, que deveria ter sido necessariamente reexaminado pelo órgão *ad quem* – Ação procedente.

Tendo sido o tema atinente à prescrição expressamente ventilado pela sentença de primeiro grau, deveria ter sido necessariamente reexaminado pelo órgão *ad quem* (CPC, art. 475, II), ao qual se devolve toda a matéria compreendida na decisão reexaminada, independentemente da sorte ou da tempestividade do recurso voluntária.⁴⁵

A ação rescisória foi julgada procedente para rescindir o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná que manteve a sentença desfavorável ao Estado. Nesse sentido, não procede a afirmação de Jorge Tosta. A rescisória não atingira a sentença, mas o acórdão proferido pelo TJPR. Ora, uma vez transitado em julgado o

⁴⁵ Trecho transcrito do voto do Relatório do acórdão do REsp 29.146, em que o Mi. Rel. José Dantas extrai os termos do acórdão proferido na ação rescisória (Processo nº 15622-9).

acórdão proferido pelo Tribunal do Paraná, operou-se a coisa julgada e, como consequência, tornou-se cabível a ação rescisória. O exemplo não representou, portanto, exceção à regra segundo a qual as sentenças sujeitas ao reexame necessário não transitam em julgado enquanto pendente o reexame necessário.

Por fim, nos deparamos com o estudo do plano de eficácia dos atos jurídicos. Segundo o senso doutrinário comum, tem-se como eficácia do ato a aptidão para a produção de efeitos no mundo jurídico. Há atos que, embora válidos, não possuem tal aptidão. O exemplo didático utilizado por TESHEINER (2000, p. 16-19) no campo processual seria o dos editais regularmente publicados, mas ainda não juntados aos autos. Enquanto não realizado o ato posterior de juntada, o edital não operaria efeitos.

Via de regra, o reexame da sentença sujeita ao duplo grau obrigatório configura verdadeiro impedimento à produção de seus efeitos. Inadvertidamente, poderíamos assim considerá-la uma simples condição de eficácia, como também seria possível inferir da redação do *caput* do art. 475 do Código de Processo Civil.

Referido entendimento também encontra reflexos na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, como demonstra a ementa abaixo destacada.

PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OBRIGATÓRIA. SENTENÇA PUBLICADA ANTES DO ADVENTO DA LEI N.º 10.352/01. APLICAÇÃO DA NORMA DO ART. 475, COM A REDAÇÃO ORIGINAL.

1. Segundo o entendimento consolidado desta Corte Superior de Justiça, tendo sido adotado pelo Código de Processo Civil, em seu art. 1.211, o princípio "tempus regit actum", devem ser respeitados os atos praticados sob a égide da lei revogada. Assim, a modificação do art. 475, promovida pela Lei n.º 10.352, de 27/12/2001, não alcança as sentenças proferidas anteriormente a sua vigência, como no caso em apreço.

2. Nos termos do art. 475 do Estatuto Processual, o reexame necessário constitui condição de eficácia da sentença nos casos em que é cabível, devendo o juiz ordenar a remessa dos autos ao Tribunal, quer tenha sido ou não interposta apelação da parte vencida.

(STJ, REsp 625224 – SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 29 de novembro de 2007, disponibilizado no DJ de 17 de dezembro de 2007).

O problema surge, no entanto, quando nos deparamos com as hipóteses em que a sentença, ainda que sujeita ao reexame, pode produzir efeitos de imediato.

Merece destaque, por oportuno, o preciso apontamento de Barbosa Moreira acerca da distinção entre a corrente definição de “efeito suspensivo do recurso”

e a noção de estado de ineficácia natural da sentença, quando a lei processual retira-lhe a exequibilidade imediata.

Nesse sentido, argumenta Barbosa Moreira:

Aliás, a expressão “efeito suspensivo” é, de certo modo, equívoca, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recurso *passem* a ficar tolhidos os efeitos da decisão, como se *até esse momento* estivessem eles a manifestar-se normalmente. Na realidade, o contrário é que se verifica: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato *ainda* ineficaz, e a interposição ainda *prolonga* semelhante ineficácia, que *cessaria* se não se interpusesse o recurso. Cabe ressaltar que, em determinadas hipóteses (v.g., art. 558), o óbice à eficácia da decisão recorrida não nasce da previsão legal de recurso normalmente dotado de efeito suspensivo, mas de ato judicial que, no caso concreto, diante de tais ou quais circunstâncias, suspende aquela eficácia.⁴⁶ (MOREIRA, 2008, p. 258, grifos do autor).

Há sentenças, portanto, diante das quais a lei processual permite sua imediata execução, tão logo proferidas, ainda que sujeitas à impugnação recursal. Outras, porém, por sua natureza, não são dotadas de efeitos inicialmente, os quais ficam condicionados à conclusão do reexame provocado pela interposição do recurso pertinente ou, quando este não é interposto, ao encerramento do prazo previsto para sua impugnação. Daí conclui Jorge Tosta:

Dessa dicotomia de tratamento legislativo surgem os recursos que efetivamente *suspendem a eficácia* da decisão e aqueles que se limitam a *prolongar o estado natural de ineficácia* da decisão. Em relação aos primeiros há verdadeiramente o efeito suspensivo do recurso; os demais não têm efeito suspensivo, apenas estendem (prolongam) um efeito que não lhes é próprio, mas da decisão. (TOSTA, 2005, p. 92, grifos do autor).

Como regra, segundo sustentado, o recurso de apelação interposto em face das sentenças em geral (excluídas as hipóteses do art. 520, I a VII) se limitaria a prolongar o estado natural de ineficácia dessas decisões. Cuida-se, assim, de sentenças existentes e válidas, não dotadas, porém, de eficácia plena enquanto não esgotados os meios ou os prazos para sua impugnação.

⁴⁶ Não há no direito brasileiro, segundo afirma o processualista posteriormente, a distinção entre “*suspensividade do recurso e suspensividade do prazo de recurso*”, a qual ainda se mantém em ordenamentos estrangeiros, como o belga, citado por Barbosa Moreira. Ao comentar o art. 497 do Código de Processo Civil (2008, p. 284-288), José Carlos Barbosa Moreira afirma que a previsão expressa dos recursos não dotados de eficácia suspensiva, conforme o disposto no art. 497, demonstra ser a regra no sistema processual brasileiro a ausência do efeito suspensivo dos recursos. Nesse sentido, por mais que os recursos em geral, não dotados da eficácia suspensiva, não sejam interpostos, a decisão recorrida não será eficaz até que ultrapassado o prazo preclusivo para sua interposição. Ora, se não há recurso nessas hipóteses, como afirmar que a suspensividade decorre da via recursal eleita? Ante tais constatações, concordamos integralmente com as observações de Barbosa Moreira e Jorge Tosta ora mencionadas.

Com sustento no sutil *discrímen*, Jorge Tosta firma novo entendimento acerca do reexame necessário, identificando-o propriamente como uma das hipóteses de prolongamento do estado natural de ineficácia da sentença, não por força de impugnação recursal, mas por determinação legal. Nesse sentido, destaca-se:

De se registrar, por importante, que o estado de ineficácia de determinadas sentenças pode também ser prorrogado por força de lei, em face de critérios materiais (relacionados a certas matérias discutidas no processo) ou subjetivos (relativos aos *sujeitos* da relação processual). Falamos do reexame necessário. (TOSTA, 2005, p. 93).

O art. 14, § 3º, da Lei nº. 12.016/09, que instituiu o novo regulamento para o mandado de segurança, mantém relevante hipótese em que a remessa necessária não obsta a produção de efeitos pela sentença sujeita à reapreciação. O caso sugere, então, que o reexame necessário não corresponda a uma legítima condição de eficácia. Ao considerar tais elementos, conclui Jorge Tosta:

Note-se, pois, que o reexame necessário é um mero instrumento legal de prolongamento do estado natural de ineficácia de algumas sentenças. Em relação a outras sentenças que, por seu conteúdo e natureza, a lei quis dar-lhes eficácia imediata, como ocorre nos casos previstos no art. 520, I a VII, do CPC, o reexame nada mais faz senão evitar a coisa julgada. Em outras palavras, o reexame necessário não impede a execução provisória da sentença nos casos em que a lei processual deu à própria sentença eficácia imediata tão logo publicada. O reexame necessário, portanto, não passa de uma *condição suspensiva ex lege* que, repita-se, em nada difere da que também está sujeita a sentença contra a qual foi interposto recurso. (*Ibidem*, p. 167).

A suspensividade decorrente do reexame necessário, como defende o processualista, refere-se somente à formação da coisa julgada, “*isso porque o reexame necessário nada acrescenta ao regime de eficácia das sentenças*” (*Ibidem* p. 182). Somente em hipóteses expressamente previstas em lei, poderia o reexame necessário assumir a feição de elemento de prolongamento do estado natural de ineficácia da sentença, o que não afastaria sua natureza de condição suspensiva *ex lege*.

Das teses doutrinárias ora reunidas, identificamos no entendimento de Jorge Tosta o mais adequado à natureza do instituto. A conclusão do autor, além de adequada, simplifica a aplicação do instituto.

Não cuidamos no presente trabalho, portanto, de um recurso ou de uma condição de eficácia, mas de uma condição à formação da coisa julgada sobre o provimento do juízo singular, o qual poderá ter seu estado natural de ineficácia

prolongado tanto por força de impugnação recursal, como por determinação legal (no caso do reexame necessário de sentenças que não possuem aptidão para a produção imediata de efeitos).

Adotada, então, a tese da remessa necessária como condição suspensiva *ex lege*, mostra-se oportuno o estudo acerca dos efeitos de referida condição suspensiva e dos aspectos processuais de maior relevo acerca do instituto, como enfrentado nas linhas seguintes.

2. EFEITOS

Em consonância com o surgimento do instituto da remessa *ex officio* sob as vestes de recurso, a doutrina tradicionalmente sempre conferiu ao duplo grau obrigatório o mesmo tratamento da apelação, também no que toca aos seus efeitos. Nesse sentido, a remessa oficial, como as apelações em geral, apresentar-se-ia com os efeitos devolutivo e suspensivo.

De acordo com a conclusão obtida há pouco, nos casos em que a sentença sujeita ao reexame obrigatório possui aptidão para produzir efeitos de imediato, o reexame necessário não terá a capacidade de prolongar o estado natural de ineficácia da sentença, o que deve parecer claro em razão de a sentença, nessas hipóteses, não apresentar o denominado “*estado natural de ineficácia da sentença*”. Verifica-se, por conseguinte, que a remessa não dispõe sempre do efeito suspensivo (em sua conceituação corrente).

O exame da matéria, no entanto, não deve ficar circunscrito a tais observações. No que toca ao tema do efeito suspensivo do reexame necessário, reproduz-se na doutrina notável divergência quanto à compatibilidade entre os artigos 520 e 475 do Código de Processo Civil. Identificamos verdadeiro receio dos processualistas em seus comentários acerca do tema, ao que nos parece decorrente da localização topográfica do art. 520 no Código de Processo Civil (Título X – dos recursos; Capítulo II – da apelação). É que os primeiros esforços para a delimitação da

natureza jurídica do instituto nos levaram a afastar o reexame necessário da categoria dos recursos, conforme os relevantes argumentos destacados no item precedente.

Atente-se, nesse passo, para a observação de Cássio Scarpinella

Bueno:

Ora, já que o art. 475 do atual Código de Processo Civil relaciona-se ao efeito translativo dos recursos e não ao seu efeito devolutivo, evidencia-se, com isso, que o reexame necessário não guarda qualquer relação com a obrigatoriedade de efeito suspensivo. O efeito translativo, em verdade, não se contrapõe ou não se relaciona com o efeito suspensivo, mas antes, como já acentuamos precedentemente, contrapõe-se ao efeito devolutivo recursal, uma vez que é manifestação do princípio inquisitório e não do princípio dispositivo na esfera recursal. (BUENO, 1999, p. 210).

Ao relacionar a suspensão dos efeitos da decisão recorrida ao efeito devolutivo e ao princípio dispositivo, afirma o processualista que os artigos 475 e 520 do Código de Processo Civil não apresentariam qualquer relação entre si. Nesse sentido, argumenta:

Se é assim, sem norma de direito positivo que excepcione a regra do art. 520 do Código de Processo Civil e que afaste a possibilidade da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública (que é, segundo pensamos, uma das formas de se obter casuisticamente, execução provisória fora do preitado art. 520 [...]), não podemos concordar que seja da própria essência do reexame necessário a suspensividade dos efeitos da decisão jurisdicional. Não porque a natureza e a finalidade desse instituto, tal qual regulado pelo sistema de direito positivo, não nos conduzem a essa conclusão.

Dessa forma, o “efeito” de que trata o caput do art. 475 do Código de Processo Civil de 1973 não pode significar outra coisa senão formação da coisa julgada material, que, rigorosamente, não é nem pode ser confundida com efeitos da sentença, como bem acentuou Liebman. (*Ibidem*, p. 212).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao considerar a possibilidade de execução provisória da sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública ⁴⁷, não o faz sob a tese de que os artigos 475 e 520 não relacionam. Destaque-se, nesse sentido, a ementa do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 285718 / SP:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1984-15/2000. INAPLICABILIDADE.

(...)

⁴⁷ A ementa do acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 56.239-2 / PR apresenta-se, nesse particular, bastante objetiva: PROCESSUAL – EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – POSSIBILIDADE.

- O Artigo 730 do Código de Processo Civil não impede a execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública.

(STJ, REsp nº 56.239-2 / PR, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 15 de março de 1995, disponibilizado no DJ de 24 de abril de 1995.)

3. Longe de incompatíveis as disposições dos artigos 475, inciso III, e 520, inciso V, do Código de Processo Civil, ajustam-se à perfeição, na exata medida em que o reexame necessário, no processo de execução, é restringido pelo inciso III do artigo 475 do Código de Processo Civil apenas à hipótese de "sentença que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (artigo 585, inciso VI)" e o inciso V do artigo 520 do Código de Processo Civil suprime o efeito suspensivo à apelação da sentença que "rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes", exurgindo manifesta a relação norma especial - norma geral que se estabelece entre as disposições legais processuais em questão. (STJ, AgRg no REsp nº 285718 / SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 21 de novembro de 2002, disponibilizado no DJ de 10 de fevereiro de 2003.)

Há que se observar, em verdade, que o artigo 520 do Código de Processo Civil, a despeito de inscrito no capítulo referente à apelação, indicaria quais as sentenças detentoras de executividade imediata, independentemente da pendência de recurso ou de condição suspensiva *ex lege* (reexame necessário). Com isso, afirma-se que, se a sentença possui aptidão para produzir efeitos de imediato (como disciplina o art. 520, em seus incisos), o reexame serviria apenas para evitar a formação da coisa julgada, sem impedir a produção de efeitos de imediato.

Daí, conclui Jorge Tosta:

Em tal situação também é impróprio falar-se em *efeito suspensivo* do reexame necessário. A rigor, a *suspensividade* dos efeitos do *decisum* decorre de *ineficácia inerente à própria sentença* como, de resto, acontece com a maioria das sentenças. Sucede que, em casos taxativamente previstos em lei, esse estado de ineficiência da sentença é prolongado *ex lege*, como manifestação do princípio inquisitório. Aqui reside a sutil diferença entre as sentenças impugnadas por *recurso com efeito suspensivo* e aquelas sujeitas ao reexame necessário. Ambas estão sujeitas à *condição suspensiva*, isto é, os efeitos do provimento judicial ficam suspensos até o pronunciamento do tribunal, ou seja, tem a *ineficácia prolongada*. Todavia, enquanto em uma isso ocorre *voluntariamente*, na outra *ex lege*. (TOSTA, 2005, p. 93-94, grifos do autor).

O efeito devolutivo, por sua vez, é definido como o “*efeito do recurso consistente em transferir ao órgão ad quem o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição*” (MOREIRA, 2008, p. 259). A noção surge umbilicalmente ligada às consequências e aos limites da impugnação recursal. Da consagrada expressão “*tantum devolutum quantum appellatum*” é possível extrair que a impugnação apresenta-se como elemento de definição dos limites da matéria devolvida⁴⁸. Cuida-se

⁴⁸ O termo, a despeito de consagrado, mostra-se incompatível com o sistema de repartição de competências consagrado nas nações contemporâneas. A doutrina já não diverge quanto à origem da expressão, identificada na sistema antigo de delegação do poder de julgar pelo soberano. Nesse sentido, afirma Araken de Assis: “A terminologia – efeito ‘devolutivo’ – explica-se por força da

de consequência direta do princípio dispositivo, eis que a parte não impugnada não se submeterá ao reexame, restando acobertada pelos efeitos da coisa julgada (quando não se trate, destarte, de matérias cognoscíveis de ofício ou sujeitas ao reexame necessário)⁴⁹.

As observações acerca da natureza da remessa necessária afastaram do instituto toda a carga de voluntariedade anteriormente identificada. Não se tratando de recurso, nem havendo interesse propriamente dito (do magistrado) na remessa dos autos ao Tribunal pelo juízo *a quo*, resta claro que a reapreciação se desenvolve por determinação legal. Daí enxergarmos o instituto como manifestação do princípio inquisitório.

Com referidas observações, há que se distinguir também o fenômeno de transferência operada por impugnação recursal daquele referente à transferência por ordem legal.

Nos passos de Jorge Tosta, sustenta-se que o fenômeno deve ser observado por foco diverso, no seguinte sentido:

Entendida a devolutividade como decorrência do princípio devolutivo (*tantum devolutum quantum appellatum*), não se poderia conceber que a possibilidade de o Tribunal julgar *aquém, fora* ou *além* da impugnação, e até mesmo sem ela, fosse consequência do efeito devolutivo. É certo de que não se trata de *devolução*. Na realidade, o que acontece nesses casos é a manifestação do princípio inquisitório, o qual autoriza o Tribunal a reexaminar a decisão prolatada pelo juiz de primeiro grau, nos casos taxativamente previstos em lei, independentemente de impugnação do recorrente. (TOSTA, 2010, p. 96-97).

O entendimento sustentado pelo jurista encontra alicerce nas lições de Nelson Nery Júnior, segundo o qual o efeito devolutivo não seria apto a fundamentar a remessa das matérias de ordem pública, ou quaisquer outras previstas em lei, ao Tribunal competente.

O efeito devolutivo do recurso tem sua gênese no princípio dispositivo, não podendo o órgão *ad quem* julgar além do que lhe foi pedido na esfera recursal.

(...)

Há casos, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em

tradição. Ela se prende à figura do juiz como delegado do Príncipe. Recebido o apelo, o juiz devolve a jurisdição ao delegado imediatamente anterior. A flagrante impropriedade da palavra, no Estado constitucional, sugeriu o emprego da expressão 'efeito de transferência' (rectius: remessa)". (ASSIS, 2007, p. 221-222).

⁴⁹ Quanto à vinculação do reexame à impugnação, observe-se a lição de Araken de Assis: "A impugnação (art. 515, caput) delimita o objeto do novo julgamento. O efeito devolutivo do recurso, neste limite voluntário, transfere toda a matéria, relativa a tal objeto, 'suscitada e discutida' no processo (art. 515 §1º)." ASSIS (2007, p. 225).

que não se pode falar em julgamento *extra, ultra* ou *infra petita*. Isto ocorre normalmente com as *questões de ordem pública*, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (...). (NERY JÚNIOR, 1997, p. 409).

O fenômeno parece aplicar-se perfeitamente ao instituto do reexame necessário. Independentemente de impugnação, o Tribunal será provocado a reapreciar o feito decidido em desfavor da Fazenda Pública e a verificar a procedência do pronunciamento do órgão *a quo*.

Não há falar-se, portanto, em efeito devolutivo da remessa necessária, mas efeito translativo, que seria aplicável a todos os casos em que, independentemente de impugnação, determinadas questões poderão ser reconhecidas de ofício pelo Tribunal. O reconhecimento de referido efeito, distinto da devolutividade própria dos recursos, teria surgido no sentido de explicar a possibilidade de reexame das matérias de ordem pública, independentemente de terem sido referidas matérias objeto de impugnação.

O fenômeno, porém, toma feições amplas, abrangendo diversas hipóteses de matérias cognoscíveis pelo juízo *ad quem* externas ao objeto da impugnação. Destacamos, nesse particular, as lições de Jorge Tosta, que assim resume o tema.

O *efeito translativo* ocorre, portanto, em relação às questões discutidas no processo, porém não decididas (arts. 515, § 1.º e 516 do CPC), aos fundamentos não acolhidos expressamente pelo juiz (art. 515, § 2.º), às questões exclusivamente de direito, quando extinto o processo sem exame de mérito (art. 515, § 3.º), e às questões de ordem pública (arts. 267, § 3.º; 301, § 4.º). Em todas essas hipóteses a translação se dá em consequência de ato *voluntário* da parte recorrente, ainda que não suscitadas no recurso. Assim, se ninguém apelar da sentença, o Tribunal não terá conhecimento de tais questões, as quais ficarão acobertadas pela autoridade da coisa julgada, por força do que dispõe o art. 474 do CPC, ou pela coisa julgada formal. (TOSTA, 2005, p. 97).

Quanto ao reexame necessário, porém, a translação decorreria da própria lei. Veja-se que Jorge Tosta extrai da teoria geral dos recursos a noção de efeito translativo e a estende ao plano do duplo grau obrigatório. Grande parte dos autores restringe o fenômeno, porém, ao plano dos recursos, como Rogério Licastro Torres de Mello. Segundo o jurista, o efeito translativo seria um efeito peculiar aos recursos cíveis, marcadamente vinculado à atuação de ofício em grau recursal, especialmente no que se refere às matérias de ordem pública.

Há, em outros termos, atenuação do princípio dispositivo no que tange ao efeito translativo dos recursos, na medida em que, a despeito de arguição da parte recorrente (*rectius*, a despeito de não haver o recorrente feito constar, como causa de pedir e como pedido recursais, a matéria passível de cognição de ofício), franqueia-se ao órgão jurisdicional atuação *sponte propria*, e tal se dá por conta do interesse público imanente a determinados assuntos jurídicos (ordem pública), porque assim o quis o legislador, por força de política legislativa, como se dá com a prescrição em geral (...). (MELLO, 2010, p. 197).

Ao questionarmos a compatibilidade entre a noção de translatividade exposta acima, extraída da moderna teoria geral dos recursos, e a natureza do reexame necessário, constataremos que não há disparidade entre seus fundamentos. O reexame também revela uma hipótese de cognição *ex officio* franqueada ao órgão de jurisdição superior por conta do interesse público imanente à matéria, notadamente no que toca à proteção do erário nacional.

Defendida, assim, a tese de que o reexame necessário dispõe propriamente de efeito translativo, há que se indagar a extensão da translação da matéria julgada em primeira instância. Para Nelson Nery Júnior, a translatividade operada pelo duplo grau obrigatório seria plena, nos seguintes moldes:

De outra parte, o simples fato de a sentença haver sido proferida contra a fazenda pública faz com que seja obstada a preclusão, não só com relação àquela, mas também às demais partes, transferindo-se toda a matéria suscitada e discutida no processo ao conhecimento do tribunal *ad quem*. Assim, a remessa obrigatória tem *devolutividade (rectius: translatividade) plena*, podendo o tribunal modificar a sentença no que entender correto. É como se houvesse apelação de todas as partes. Não há, para o tribunal, limitação ao reexame. (NERY JÚNIOR, 1997, p. 160).

Tais argumentos pressupõem, porém, a defesa de que o reexame se presta a “atingir a segurança de que a sentença desfavorável à fazenda pública haja sido *escorreitamente proferida*” (*Ibidem*, p. 161). Como afirmado nos capítulos anteriores, não nos filiamos a tal entendimento. Da própria origem histórica do instituto no direito processual civil brasileiro, verifica-se que o escopo imediato do reexame necessário é a proteção do patrimônio público em face de eventual incorreção ou injustiça na condenação sofrida pela fazenda pública, restando ainda aberta ao interessado, caso assim considere de seu interesse, a possibilidade de interposição do recurso cabível para ver sua situação processual, já prevalecente, melhorada.

Ante tais observações, defendemos, na mesma esteira das lições de Jorge Tosta, que a translatividade da remessa necessária restringe-se aos exatos limites da sucumbência da Fazenda Pública, eis que somente em face destes será o feito remetido ao Tribunal.

Ressalte-se, no entanto, que a translação no caso do reexame necessário não é plena, como tem afirmado irrefletidamente parte da doutrina. Ela é restrita às questões julgadas contrariamente à Fazenda, por força do próprio fundamento histórico do surgimento do reexame necessário, não tendo incidência nas questões de natureza disponível já decididas anteriormente pelo Tribunal em sede de agravo de instrumento. (TOSTA, 2005, p. 98).

Com a adoção do entendimento de que um dos principais efeitos⁵⁰ do reexame necessário repousa na translação da matéria ao Tribunal, nos limites da sucumbência do poder público, será possível avaliar com maior maturidade alguns aspectos processuais relevantes, como se segue.

3. ASPECTOS PROCESSUAIS RELEVANTES

a. REFORMATIO IN PEJUS

Dentre as questões mais controvertidas do reexame necessário, discute-se a possibilidade de reforma da decisão sujeita ao duplo grau obrigatório com agravamento da condenação da Fazenda Pública.

Renomados doutrinadores, como Nelson Nery Júnior, consideram equivocado o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça na Súmula nº 45⁵¹, no sentido de vedar-se o agravamento da situação da Fazenda em reexame necessário. Segundo aduz o processualista:

Da forma como tem sido interpretado o instituto da remessa obrigatória do CPC 475 pelos nossos tribunais, notadamente pelo STJ, sua inconstitucionalidade é flagrante porque ofende o dogma constitucional da isonomia. Mais correta se nos afigura a jurisprudência do TRF-3.^a, que

⁵⁰ Juntamente com o efeito translativo, decorreria igualmente da essência do instituto do reexame necessário a suspensividade dos efeitos definitivos do julgado, no sentido de impedir a formação da coisa julgada sobre a sentença desfavorável à Fazenda Pública, ainda que não haja suspensão dos efeitos imediatos da decisão, podendo esta ser executada de modo preliminar ainda que pendente de reexame o feito.

⁵¹ Superior Tribunal de Justiça. Súmula 45: “No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”.

entende possível, por exemplo, a majoração dos honorários de advogado em remessa necessária, cuja translação é amplíssima, comportando verdadeiro reexame da sentença e não apenas proteção aos interesses e direitos da Fazenda. (NERY JÚNIOR, 2010, p. 120).

Referidas observações, como já exposto inicialmente, partem do equivocado pressuposto de que o reexame serviria ao puro aprimoramento do provimento jurisdicional de primeira instância. É o que se extrai da seguinte passagem da obra do ilustre professor:

O escopo final da remessa obrigatória é atingir a segurança de que a sentença desfavorável à Fazenda Pública haja sido escorreitamente proferida. Não se trata, portanto, de atribuir-se ao Judiciário uma espécie de tutela à Fazenda Pública, a todos os títulos impertinente e tolerável. Conferir-se à remessa necessária efeito translativo ‘pleno’ porém *secundum eventum* afigura-se-nos contraditório e inconstitucional. Contraditório porque, se há translação ‘ampla’, não pode ser restringida à reforma em favor da Fazenda; inconstitucional porque, se *secundum eventum*, fere a isonomia das partes no processo. (*Ibidem*, p. 120-121).

Em verdade, por se tratar de prerrogativa processual, a remessa obrigatória será voltada para a garantia de que a Fazenda Pública não seja submetida a gravames ilegais ou desproporcionais em face do entendimento consolidado nos tribunais pátrios. Daí concordarmos com os argumentos de que o efeito translativo operado por força do art. 475 do Código de Processo Civil encontra limites na própria extensão da sucumbência da Fazenda Pública.

Em segundo lugar, o efeito translativo que ocorre no reexame necessário não é amplo ou pleno, porquanto não devolve ao Tribunal a parte da sentença que tenha favorecido a Fazenda Pública, mas apenas a parte que a prejudicou. Logo, importará em *extrapolação do efeito translativo* em prejuízo da Fazenda qualquer decisão do Tribunal que, em reexame necessário, impuser a ela situação menos favorável que a estabelecida na sentença. (TOSTA, 2005, p. 101).

Sob tal entendimento, como também sustenta Clemilton da Silva Barros, seria um contrassenso extrair consequências prejudiciais ao Estado se o instituto tem o exato escopo de ampliar-lhe a tutela.

Em suma, seja nas hipóteses do art. 475 do Código de Processo Civil (CPC), em que a remessa necessária busca proteger o interesse da Fazenda Pública, seja nas demais hipóteses previstas nas diversas normas citadas, em que a remessa necessária busca proteger não exatamente a Fazenda Pública, mas o interesse público, é amplamente majoritário o entendimento pela incidência do princípio *non reformatio in pejus*, igualmente como se dá nas espécies recursos. (BARROS, 2007, p. 79).

Não há falar-se, portanto, em translatividade plena⁵² da remessa necessária, nem em possibilidade de agravamento da condenação da Fazenda, eis que a remessa ao tribunal encontra limites na extensão da sucumbência do ente público. Tratando-se de prerrogativa processual voltada à defesa do interesse público, há que se afirmar que o Tribunal somente será provocado a examinar aquilo que for contrário ao mencionado interesse público. Às partes, igualmente, será permitido levar ao conhecimento do tribunal sua irresignação, o que deverá ser feito por meio recursal próprio. Daí concordarmos com a redação da Súmula nº 45 do Superior Tribunal de Justiça e com a jurisprudência amplamente dominante no cenário nacional.

Nas hipóteses de sentença *citra petita*, ante os mesmos fundamentos, considera-se vedado o afastamento da omissão por meio de decisão desfavorável à Fazenda. São as precisas lições de Jorge Tosta:

Denota-se, pois, que a translatividade no reexame necessário não é ampla, conforme se costuma afirmar. Ao contrário, ela está restrita ao que tenha sido decidido desfavoravelmente ao interesse público. Em relação às questões não decididas pelo juízo *a quo* na sentença, o Tribunal está impedido de julgá-las em desfavor do ente público, como ocorre no caso de decisão *citra petita* proferida em mandado de segurança, da qual não tenha havido recurso do impretrante (...).⁵³ (TOSTA, 2005, p. 231).

Em hipóteses excepcionais, no entanto, poderá ocorrer o agravamento da situação da Fazenda Pública decorrente do reconhecimento de questões de ordem pública⁵⁴, também alçadas à esfera do denominado interesse público.

Observe-se, por derradeiro, que não se trata de situação em que à Fazenda Pública é concedida prerrogativa processual e deixado o particular alheio à

⁵² Referido entendimento foi especialmente defendido por Nelson Nery Júnior, nos seguintes termos: “*De outra parte, o simples fato de a sentença haver sido proferida contra a fazenda pública faz com que seja obstada a preclusão, não só com relação àquela, mas também às demais partes, transferindo-se toda a matéria suscitada e discutida no processo ao conhecimento do tribunal ad quem. Assim, a remessa necessária tem devolutividade (rectius: translatividade) plena, podendo o tribunal modificar a sentença no que entender correto. É como se houvesse apelação de todas as partes. Não há, para o tribunal, limitação ao reexame*”. (NERY JÚNIOR, 1997, p. 159-160).

⁵³ A título de exemplo, o autor cita a ementa do julgamento do Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp 209.341-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, de 5 de agosto de 1999.

⁵⁴ A hipótese é também trabalhada por Jorge Tosta, nos seguintes termos: “Admite-se, todavia, que as questões de ordem pública sejam conhecidas e acolhidas pelo Tribunal em sede de reexame necessário, mesmo que em prejuízo da Fazenda Pública, pois em relação a elas também vige o princípio inquisitório. Tal ocorrerá sempre que o Tribunal, no julgamento do reexame necessário, reformar a sentença de procedência parcial da ação movida pela Fazenda, reconhecendo a existência de alguma matéria de ordem pública, v.g. a falta de interesse processual, extinguindo-se o processo sem exame de mérito”. E ainda prossegue o processualista: “*No exemplo acima citado há, em certa medida, extrapolação do efeito translativo do reexame necessário, mas ela é autorizada pelo efeito expansivo, que também existe no reexame necessário, como se verá a seguir, e pelo próprio princípio inquisitório, que permite ao tribunal conhecer ex officio das matérias de ordem pública (arts. 267, § 3º; 301, § 4º, do CPC). Ambas as situações (reexame necessário e análise ex officio das questões de ordem pública) são informadas pelo princípio inquisitório, nada havendo de paradoxal no acolhimento de uma (v.g. reconhecimento da ausência de uma das condições da ação) em prejuízo da outra (reexame necessário em benefício da Fazenda)*”. (TOSTA, 2010, p. 101-102).

possibilidade de ter o objeto de sua sucumbência também remetido ao tribunal para reexame. Como deve restar claro, ao particular que contende com a Fazenda Pública, ainda que não beneficiado pelo reexame provocado pela remessa obrigatória, encontra-se aberta a possibilidade de interpor o recurso de apelação. Referido recurso, como, afinal, ocorre com todos os demais recursos no sistema processual, dispõe de efeito devolutivo. Sua consequência prática será a mesma do efeito translativo, remetendo ao tribunal o conhecimento de toda a matéria impugnada.

b. RECURSO ESPECIAL EM REEXAME NECESSÁRIO

Diante da peculiaridade do reexame necessário, discute-se a possibilidade de interposição de recurso especial em face de acórdão proferido em reexame necessário.

Após vacilar a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, afirma Leonardo Carneiro da Cunha que a orientação atual da corte é de ser cabível o apelo especial em reexame necessário. Tal entendimento seria extraído da decisão da Corte Especial do STJ nos autos do Recurso Especial nº 505771, para a qual foi atribuída a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. Recurso interposto pela fazenda pública contra acórdão que negou provimento a reexame necessário. Preliminar de preclusão lógica (por aquiescência tácita) contra a recorrente, que não apelou da sentença: improcedência. Precedentes do STJ e do STF. No caso, ademais, além de *error in iudicando*, relativamente à matéria própria do reexame necessário, o Recurso Especial alega violação de lei federal por *error in procedendo*, ocorrido no próprio julgamento de segundo grau, matéria a cujo respeito a falta de anterior apelação não operou, nem poderia operar, qualquer efeito preclusivo. Preliminar de preclusão afastada, com retorno dos autos à 1ª. Turma, para prosseguir no julgamento do recurso especial. (STJ, REsp nº 905.771 – CE, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 29 de junho de 2010, disponibilizado no DJ de 16 de dezembro de 2010.)

Ao debruçar-se sobre a teoria da preclusão, o Ministro Relator para o julgamento ponderou que a preclusão lógica, segundo lições extraídas da obra de Barbosa Moreira, depende de alguma espécie de manifestação de vontade em conformar-se à decisão desfavorável. Sob tal foco, a omissão quanto à interposição do

recurso de apelação não poderia amoldar-se ao requisito da prática de algum ato incompatível com a vontade de recorrer.

No julgamento, considerou-se, destarte, que o recurso de apelação interposto em face da condenação da Fazenda Pública não teria o condão de ampliar “*o âmbito de cognição ou os efeitos do julgamento do segundo grau*”.

Tecendo comentários acerca do tema, Leonardo da Cunha Carneiro manifesta-se favorável ao entendimento então firmado no STJ, sob os seguintes fundamentos:

Não há qualquer tipo de preclusão na ausência de apelação, não havendo óbice à interposição de recurso especial contra o acórdão que julga o reexame necessário. É possível, ainda, que o erro de procedimento ou de julgamento surja no acórdão que apreciou o reexame necessário, não havendo, portanto, óbice à interposição do recurso especial.

A falta de interposição do recurso é um *ato-fato*, ou seja, *independe da vontade*. Não se avalia a vontade. (CUNHA, 2011, p. 231).

Em primeiro plano, afirma o autor que a situação sob exame seria a mesma da interposição de recurso pelo réu revel, a qual não é vedada. Argumenta, ademais, que a omissão da Fazenda não configura conduta desleal ou contraditória, pois, como já existe a remessa necessária, seria legítimo não ser interposto recurso, haja vista que o caso seria invariavelmente revisto pelo Tribunal. E, enfim, em face da substituição do julgado da primeira instância pelo acórdão proferido no reexame necessário, haverá novo provimento jurisdicional, o qual desafiará os recursos previstos na lei processual.

Segundo Noroara de Souza Moreira Gomes, ainda que sopesada a relevância da celeridade no sistema processual vigente, não há como afastar a possibilidade de interposição do apelo especial.

Nesse contexto, ainda que o direito processual moderno venha primando pela celeridade e eficiência da prestação jurisdicional e, muito embora o legislador pátrio tenha realizado modificações à letra do art. 475, do CPC (a fim de relativizar os benefícios concedidos aos entes públicos), infere-se que o fato de a Fazenda Pública deixar de apelar de sentença que lhe tenha sido desfavorável não acarreta a inadmissibilidade de eventual recurso especial por ela interposto. (GOMES, 2011, p. 5).

Não identificamos razões para a obtenção de conclusões contrárias às da autora. Ainda que sob a forte tendência de mitigação das prerrogativas da Fazenda,

dentre elas o reexame necessário, não há afastar o cabimento de recurso quando a lei processual assim permitir.

De outro modo, não há que se argumentar que a remessa necessária seria um substituto para a apelação e que, nesse sentido, seria legítima a omissão da Advocacia Pública na interposição da apelação por considerar que a remessa necessária, por si, já seria suficiente para transferir o conhecimento da matéria ao Tribunal.

A interpretação, como já afirmado por Leonardo Carneiro, não deve buscar a avaliação do estado psíquico da parte no que toca à não interposição do recurso cabível. Em verdade, justamente por se tratar de um fenômeno próprio, independente da esfera recursal, o reexame necessário desafiará decisão do órgão *ad quem* e esta decisão se sujeitará aos recursos previstos na lei processual, independentemente de impugnação da decisão do juízo *a quo*.

Quanto à possibilidade de interposição de recurso especial pelo particular, há que se observar que tal possibilidade somente surgirá no caso de provimento da remessa necessária, eis que não haveria julgamento da remessa necessária caso a Fazenda Pública fosse vencedora na sentença e, de outra sorte, não haveria interesse do particular na interposição do recurso caso a sentença fosse mantida no julgamento do reexame necessário.

Nesse sentido, com o provimento do reexame necessário em favor da Fazenda Pública, com consequente inversão da sucumbência, nascerá o interesse do particular na interposição do recurso especial. Frise-se, ademais, que a redação abrangente do art. 105, III, da Constituição Federal não limita o apelo especial aos julgamentos de apelação, somente fazendo menção às “*causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios*”. Não haverá óbice, portanto, à interposição de recurso especial, seja pelo particular, seja pela Fazenda Pública, havendo ou não recurso da Fazenda em face da sentença.

C. APLICABILIDADE DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Também foi objeto de divergência dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de o relator da remessa necessária negar-lhe seguimento sob aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil ⁵⁵.

Veio a lume, então, a Súmula nº 253, com a seguinte redação:

O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário.

Na visão de Jorge Tosta (2005, p. 239-243), a aplicação do artigo se legitima em face dos seguintes argumentos: a) “*o tribunal a que se refere o caput do art. 475 do CPC não se restringe ao órgão colegiado*”; b) “*o objetivo presente no reexame necessário de evitar que o interesse público possa sofrer algum prejuízo, pela possibilidade de erro no decisum de primeiro grau, não é desvirtuado com a incidência do art. 557 do CPC*”; c) a análise pura e simples da sentença permitiria ao relator a verificação da admissibilidade do reexame necessário, que se restringe à avaliação “*estrita da subsunção da sentença às hipóteses legais em que se exige o duplo grau de jurisdição obrigatório*”; d) o permissivo coaduna-se com o objetivo da Lei nº 10.352/2002, de “*desobstruir as pautas dos tribunais, livrando-as de lides cuja solução já se encontra pacificada no STF e no STJ*”; e e) “*sendo o processamento do reexame necessário em tudo e por tudo igual à apelação, não há razão para se negar àquele a incidência da norma prevista no citado artigo*”.

Quanto ao julgamento monocrático na instância recursal, cumpre, em ligeira abordagem, avaliar o tratamento do duplo grau de jurisdição no direito processual brasileiro, especialmente no que toca aos fundamentos do princípio e à sua extensão.

Há, nesse âmbito, interessante discussão na doutrina e nos tribunais superiores acerca da existência ou não de fundamento constitucional para o princípio do duplo grau de jurisdição. Na linha dos que entendem tratar-se de princípio constitucional, diz-se que a previsão de uma estrutura recursal, com órgãos de

⁵⁵ Quanto à divergência, Jorge Tosta cita julgados da 1ª e da 2ª Turma admitindo a aplicação do dispositivo (REsp 226.724 / RS, REsp 156.311 / BA e REsp 228.824 / CE), aos quais se contrapunha o entendimento sedimentado na 6ª Turma, não admitindo tal aplicação (REsp 153.300 / AL).

hierarquia diferenciada e competência para reapreciação das matérias julgadas na instância inferior, juntamente com a previsão de instrumentos recursais, seriam suficientes para inferir o alicerce constitucional do princípio⁵⁶. Há inclusive afirmação de que a expressão “*com os meios e recursos a ela inerentes*”, constante do art. 5º, LV, da Constituição Federal poderia ser utilizada como previsão expressa do princípio.

Noutra linha, há juristas que afirmam não ser possível extrair da Constituição de 1988 norma que acolha, ainda que implicitamente, o princípio do duplo grau de jurisdição. São as lições de I’ talo Fioravanti:

Assim, pelo fato de poder *in tesse* o modelo clássico, puro e amplo do duplo grau de jurisdição, na linha do que tem sido vislumbrado e eventualmente aplicado no âmbito do direito brasileiro, violar a concepção atual do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (acesso à justiça), além do próprio princípio da razoável duração do processo, não se pode falar, com a necessária segurança, que o referido duplo grau de jurisdição decorra, efetivamente, do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal de 1988, circunstância essa que, naturalmente, tem o condão de afastar a sua condição de garantia constitucional implícita, na forma do que admite o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

E tal constatação, convém anotar, faz com que, em resumo, o modelo jurídico do duplo grau de jurisdição não se constitua nem em uma garantia constitucional expressa, como já indicado anteriormente, nem, tampouco, como visto agora, em uma garantia constitucional implícita. (MENDES, 2008, p. 333).

As constatações de que o princípio não encontra fundamento constitucional direto e de que não há falar em duplo grau irrestrito no sistema processual brasileiro permitem concluir, com reforço na tendência de reforma da legislação processual brasileira, que o legislador poderá excepcionar a possibilidade de interposição de recursos ou mesmo a necessidade de julgamento por órgão colegiado. É o que se dá com o art. 557 do Código de Processo Civil. Sobre o tema, Nelson Nery Júnior lança os seguintes comentários:

De outra parte, os dispositivos legais que conferem poderes ao relator para decidir sobre a admissibilidade e o próprio mérito dos recursos extraordinário e especial (...) não são inconstitucionais, já que não ferem os princípios do direito de ação e do duplo grau de jurisdição. Quando o constituinte cometeu ao STF e ao STJ o julgamento dos recursos extraordinário e especial, respectivamente, não disse que o julgamento desses recursos fosse tomado por órgão colegiado, em atendimento ao duplo grau de jurisdição. Com isso, a lei ordinária conferiu poderes ao relator para, em decisão singular, indeferir, dar ou negar provimento a recurso, em atendimento ao princípio da economia

⁵⁶ Nesse sentido, destaque-se a observação de A. C. Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: “*O duplo grau de jurisdição é, assim, acolhido pela generalidade dos sistemas processuais contemporâneos, inclusive pelo brasileiro. O princípio não é garantido constitucionalmente de modo expresso, entre nós, desde a República; mas a própria Constituição incumbe-se de atribuir a competência recursal a vários órgãos de jurisdição (art. 102...)*”. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2008, p. 81).

processual. Caso o interessado não concorde com a decisão monocrática do relator, pode interpor agravo interno para o órgão colegiado. Também o CPC 557, com a redação que lhe foi dada pela L9756 (...), atribui ao relator poderes para indeferir e julgar prejudicado (admissibilidade), bem como julgar improcedente (mérito), dar ou negar provimento a recurso comum, que não seja recurso excepcional (RE e REsp), manifestamente inadmissível ou contrário à súmula do tribunal ou de tribunal superior. (NERY JÚNIOR, 2010, p. 287).

O entendimento deve permitir, igualmente, que a ferramenta do julgamento monocrático do art. 557 do Código de Processo Civil seja aplicada ao reexame necessário, cujo processamento perante os tribunais assemelha-se ao do recurso de apelação. Veja-se, nesse sentido, que tal aplicação segue exatamente a locomotiva de restrição ao cabimento da remessa necessária, conforme abordagem posterior, permitindo que o relator, ao visualizar a correção do julgado de primeira instância, mantenha de plano a sentença sob condição suspensiva *ex lege*. As próprias hipóteses do art. 557 se assemelham às dos parágrafos acrescentados pela Lei nº 10.352/01.

d. EMBARGOS INFRINGENTES EM REEXAME NECESSÁRIO

Segundo nos informa Jorge Tosta (2005, p. 194-196), enquanto a matéria federal submetia-se à competência do Supremo Tribunal Federal, o entendimento firmava-se no sentido de serem cabíveis os embargos infringentes. O entendimento também prevalecia no extinto Tribunal Federal de Recursos. Os argumentos circulavam em torno da afirmação de que o processamento do reexame em tudo se assemelhava ao da apelação, no âmbito da qual eram cabíveis os embargos (juntamente com a ação rescisória).

No Superior Tribunal de Justiça, a questão tomou novos rumos. Destaca-se, nesse sentido, o acórdão proferido pela Terceira Seção da corte nos autos dos Embargos relativos ao Recurso Especial nº 168 .837 / RJ, com a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE.

1. Sucumbente o Poder Público, não lhe suprime o reexame obrigatório a apelação voluntária, apta a ensejar-lhe os embargos infringentes, como foi sempre comum da defesa dos interesses dos entes públicos em geral, aplicando-se, à espécie, o adágio latino *dormientibus non succurrit ius*.

2. As normas do reexame necessário, pela sua afinidade com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente, em obséquio dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, até porque, ao menor desaviso, submeter-se-á o processo a tempos sociais prescritivos ou a aprofundamentos intoleráveis de privilégios, denegatórios do direito à tutela jurisdicional.

3. Inaplicabilidade da Súmula nº 77/TFR.

4. Embargos de divergência acolhidos.

(STJ, EREsp nº 168837 / RJ, Terceira Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 8 de novembro de 2000, disponibilizado no DJ de 5 de março de 2001.)

Veja-se, nesse sentido, que à data da prolação do acórdão supramencionado, vigia o art. 530 com a seguinte redação:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Em 27 de março de 2002, a partir de quando teve vigência a Lei nº 10.352, o dispositivo assumiu nova redação, segundo a qual “*Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência*”.

Com a alteração, ficaram restritas as hipóteses de divergência quanto ao entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, na medida em que somente seriam oponíveis os embargos de divergência pelo particular, pois a reforma não unânime da decisão em sede de remessa necessária somente poderia beneficiar a Fazenda Pública.

Na nova sistemática, a discussão perde parte de seu fundamento. De nossa parte, porém, discordamos frontalmente do entendimento exposto por Jorge Tosta, de que “*o melhor entendimento é aquele que não admite os embargos infringentes em sede de reexame necessário, seja da Fazenda Pública seja da parte contrária que não apresentou recurso voluntário*” (TOSTA, 2005, p. 198).

Ao fundamentar a aplicabilidade do art. 557 do Código de Processo Civil ao reexame necessário, o autor alude à unidade de tratamento dado ao processamento da apelação e ao da remessa necessária. No tema dos embargos de divergência, o mesmo autor se utiliza do argumento contrário, no sentido de que o

reexame necessário não é apelação e, por consequência, não daria azo à oposição dos embargos.

Julgamos, em sentido diverso, que não só o regime assemelhado de processamento da apelação e do reexame permitirá a oposição dos embargos de divergência, mas também a consequência prática da decisão do Tribunal no julgamento do reexame (reformando a decisão de primeira instância) será a mesma do acolhimento da apelação, invertendo a sucumbência no segundo grau.

Ora, se o objeto dos embargos infringentes é justamente a inversão da sucumbência no segundo grau, sob decisão dividida dos desembargadores (“*acórdão não unânime*”, na redação do art. 530), não há como afastar o cabimento de referido recurso, observando-se, ademais, que para a parte embargante (o particular) os efeitos da decisão sobre a remessa serão os mesmos de uma eventual decisão sobre recurso de apelação.

No Superior Tribunal de Justiça, porém, referidos argumentos não foram sopesados, sendo editada a Súmula nº 390, segundo a qual, “*Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes*”.

Dentre os precedentes que fundamentaram a edição da súmula, destaca-se:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. REMESSA NECESSÁRIA. DECISÃO NÃO UNÂNIME. EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 530, DO CPC. DESCABIMENTO.

1. A remessa *ex officio* não é recurso, ao revés, condição suspensiva da eficácia da decisão, por isso que não desafia Embargos Infringentes a decisão que, por maioria, aprecia a remessa necessária. Precedentes do STJ: EREsp 168.837/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 05.03.2001; REsp 226.253/RN, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 05.03.2001; AgRg no Ag 185.889/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 01.08.2000.

2. Sob esse enfoque esta Corte já assentou: "Há que se fazer distinção entre a apelação e o reexame necessário. A primeira é recurso, propriamente dito, reveste-se da voluntariedade ao ser interposta, enquanto o segundo é mero 'complemento ao julgado', ou medida acautelatória para evitar um desgaste culposo ou doloso do erário público ou da coisa pública. O legislador soube entender que o privilégio dos entes públicos têm limites, sendo defeso dar ao artigo 530 do Código de Processo Civil um elastério que a lei não ousou dar. Assim, só são cabíveis os embargos infringentes contra acórdãos em apelação ou ação rescisória. Esta é a letra da lei." (REsp 402.970/RS, Rel. p/ acórdão, Min. GILSON DIPP, DJ 01.07.2004)

3. A nova reforma processual, inspirada no princípio da efetividade da tutela jurisdicional, visou a agilização da prestação da justiça, excluindo alguns casos da submissão ao duplo grau e dissipando divergência que lavrara na jurisprudência acerca da necessidade de se sustar a eficácia de certas decisões

proferidas contra pessoas jurídicas não consideradas, textualmente, como integrantes da Fazenda Pública.

4. A ótica da efetividade conjurou algumas questões que se agitavam outrora, sendo certo que, considerando que o escopo da reforma dirigem-se à celeridade da prestação jurisdicional, não mais se justifica admitir embargos infringentes da decisão não unânime de remessa necessária.

5. A eventual divergência, quanto ao percentual de juros moratórios, instaurada entre o acórdão embargado, proferido pela 5ª Turma, e o julgado paradigma, oriundo da 6ª Turma, deverá, posteriormente, ser submetido à análise da Terceira Seção desta Corte Superior, nos termos do art. 266, do RISTJ.

6. Embargos de divergência rejeitados quanto à questão do cabimento dos embargos infringentes em remessa necessária, enviando-se os autos à 3.ª Seção para o julgamento da divergência quanto aos juros.

(STJ, REsp nº EREsp nº 823905-SC, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 4 de março de 2009, disponibilizado no DJe de 30 de março de 2009).

O fundamento do entendimento, como bem demonstra a extensa ementa supratranscrita, não ultrapassa a simples alusão ao movimento de reforma processual no intuito de dar celeridade à prestação jurisdicional. De nossa parte, no entanto, julgamos que a solução da questão processual em apreço não pode ser obtida de modo tão simplista, sob a linha unívoca da celeridade.

Uma breve comparação poderá, nesse passo, demonstrar que o tema merece maior aprofundamento. Quando no pólo passivo sucumbe um particular lhe é garantida a reapreciação do feito por meio do recurso de apelação, que será responsável por “*devolver*” a matéria ao conhecimento do órgão *ad quem*. Com a reforma por decisão não unânime, nos termos do art. 530 do CPC, tornar-se-á cabível o recurso de embargos de infringentes, a ser oposto pela parte vencedora em primeira instância, a qual nada provocou para que o feito fosse reexaminado no órgão *ad quem*.

Com a substituição do particular no pólo passivo pela Fazenda Pública, verifica-se que, ainda que esta não interponha o recurso de apelação em face da sentença que lhe foi desfavorável, será o feito reapreciado no Tribunal por força do reexame necessário. Em comparação com a hipótese acima sugerida, verifica-se que o particular autor da ação, do mesmo modo, nada provocou para que o feito fosse remetido ao órgão *ad quem*. Com a reforma da decisão no julgamento do reexame necessário, igualmente, será invertida a sucumbência em prejuízo do autor e será imposto gravame à situação processual deste.

Há, então, que se indagar: qual a diferença prática das duas hipóteses? Parece inegável que o fundamento para oposição dos embargos infringentes permaneceu o mesmo.

Em conclusão, verifica-se que a não admissão dos embargos infringentes no reexame necessária acaba por fazer emergir um segundo benefício à Fazenda Pública. Além de ter a prerrogativa de submissão das sentenças que lhe são desfavoráveis ao reexame pelo órgão *ad quem*, independentemente de apelação, a Fazenda será poupada de uma nova apreciação sobre o feito caso se inverta a situação processual em seu favor. Há, assim, flagrante violação ao preceito da isonomia no entendimento consolidado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que não encontra fundamento sólido para seja estabelecida tal desequiparação.

Do exposto no presente capítulo, a avaliação da natureza jurídica do reexame necessário e dos aspectos processuais em pauta na doutrina e nos tribunais pátrios nos permitirá constatar que o instituto herdado da sistemática processual penal lusitana exigiu, e continua exigindo, uma série de esforços dos juristas brasileiros para sua adequação ao sistema processual civil vigente, ora aproximando-o da teoria geral dos recursos e das regras processuais previstas no CPC para os recursos, ora concedendo-lhe regime especial, como espécie *sui generis* de submissão de provimentos de primeiro grau ao reexame pelo Tribunal.

Referido panorama revelará, ainda, a necessidade de serem reavaliadas a constitucionalidade e a conveniência do instituto no direito processual vigente, o que se fará nos capítulos seguintes.

V. A CONSTITUCIONALIDADE E A CONVENIÊNCIA DO REEXAME OBRIGATÓRIO

O tema da constitucionalidade e da manutenção do reexame obrigatório provoca opiniões e posicionamentos das mais diversas ordens. Não só por se tratar de uma questão fática relevante, que inclusive invoca elementos de nossa convicção íntima acerca da prevalência do interesse público e do patrimônio coletivo, a própria natureza jurídica do instituto sob análise merece maior atenção do hermenauta.

Nesse sentido, um dos principais fatores que se nos afigura curioso quanto à remessa necessária é a própria defesa de sua extinção feita pelo autor do anteprojeto do Código de Processo Civil em vigor. Alfredo Buzaid, na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, ao fundamentar a omissão do texto original do anteprojeto quanto ao reexame de decisões desfavoráveis à Fazenda Pública, assim se manifestou:

Acerca do recurso *ex officio*, as opiniões divergem. Alguns eminentes autores não lhe regateiam louvores. «É êle», escreve JOSÉ FREDERICO MARQUES, «instrumento eficaz para evitar conluíus pouco decentes entre juízes fracos e indignos dêsse nome e funcionários relapsos da administração pública. E ainda meio e modo para suprir a ação, nem sempre eficaz e enérgica do Ministério Público, em processos em que está afeta a tutela ativa e militante de interêsses indisponíveis».

Salvo os casos de sentença que decreta a nulidade de casamento e da que homologa desquite amigável (Código de Processo Civil, art. 822), todos os demais se referem a pleitos de que é parte a União, o Estado ou o Município. Ora, os argumentos utilizados pelos defensores do recurso *ex officio* não lhe justificam a necessidade, nem sequer a utilidade prática como meio de impugnação de sentenças; procuram explicar a sua manutenção unicamente pelo receio de conluio entre pessoas que figuram na relação processual ou por deficiente tutela dos interêsses públicos.

Ora, o argumento de que os representantes do poder público podem agir com incúria não revela um defeito da função, mas do órgão, cuja inexação no cumprimento do dever merece ser punida pelos meio regulares de direito e não por transferência ao Judiciário do contrôle de seu comportamento irregular. A missão do Judiciário é declarar relações jurídicas e não suprir as deficiências dos representantes da Fazenda ou do Ministério Público. Por outro lado, para obstar à formação do conluio entre as partes, no processo, confere o Código meios eficazes. (BUZOID, 1964, p. 35-36).

Em consonância com o pensamento de Alfredo Buzaid, levantaram-se diversos doutrinadores em ataque ao instituto de origem lusitana, em grande parte das

vezes sob a ótica do desnível criado na relação jurídica processual e dos gravames causados à economia processual. Este o objeto das considerações delineadas abaixo.

1. CONSTITUCIONALIDADE E ADEQUAÇÃO

Do minucioso exame do instituto da remessa necessária feito acima, inclusive em cotejo com as demais prerrogativas processuais de que dispõe a Fazenda Pública, faz-se possível extrair algumas constatações.

Em primeiro plano, atentos à abrangência obtida pelo instituto desde a sua introdução no sistema processual brasileiro, em 1831, verificamos que há forte carga de receio do legislador quanto ao cuidado de seus magistrados e advogados públicos no trato do interesse público.

Com efeito, também no que toca aos quadros administrativos em geral, o legislador estabeleceu elevado degrau na distinção entre o regime jurídico material e processual aplicável aos particulares e aquele reservado à figura estatal. Nesse sentido, as diversas prerrogativas concedidas à Fazenda Pública representaram esforço no intuito de municiar o Estado de melhores ferramentas de defesa do interesse público em juízo. Como desvio desse fenômeno, porém, foram igualmente alçados no bojo das prerrogativas interesses personalizados da estrutura administrativa, definidos como interesses públicos secundários.

Cuida-se, nesse passo, da perpetuação do obeso aparato burocrático do Estado brasileiro, o qual, em diversas oportunidades, fundamentou o desnivelamento de ônus e poderes entre o particular e o público.

Não só na carga de discriminação criada pelo reexame necessária recaem as críticas doutrinárias. A própria via eleita para o resguardo do interesse público representaria atecnia do legislador brasileiro.

Cite-se, por oportuno, as considerações feitas por Oreste Nestor de Souza Laspro acerca do duplo grau de jurisdição:

Do quanto exposto, conclui-se que o duplo grau de jurisdição não é um direito constitucional e que sua simples supressão não levaria ao afastamento das garantias fundamentais das partes, em especial ao que se refere ao devido processo legal.

Por outro lado, se comparadas as vantagens e desvantagens do duplo grau de jurisdição, extrai-se que os elementos que levariam à sua adoção não são suficientes, nem tampouco trazem uma garantia concreta de que o juízo de segundo grau é melhor do que aquele de primeiro. (LASPRO, 1995, p. 182).

José de Albuquerque Rocha, também no que toca à formação da estrutura judiciária brasileira, considera necessária uma reavaliação do princípio do duplo grau, acabando por tecer severas críticas ao sistema de revisão em segunda instância. Merecem transcrição, no ponto, as seguintes observações do autor:

Com efeito, a forma de organização do Judiciário vigente entre nós é ainda uma reprodução do modelo napoleônico, concebido para fazer face à conjuntura de crise política da facção dominante da burguesia em sua luta contra as tendências democráticas e populares da Revolução Francesa liderada por Robespierre. Daí sua configuração hierárquica, permitindo seu controle por uma cúpula da confiança do chefe do Poder Executivo. Outro fator relevante na forma de estruturação do Judiciário foi a formação militar de Napoleão, levando-o a articular o Judiciário em escalões de magistrados tal como ocorre nas organizações militares.

(...)

Essa férrea hierarquização e distribuição dos magistrados em classes, explicável na organização dos funcionários administrativos civis ou militares, no entanto, aplicada à magistratura é um contra-senso e humilhação que conduz, necessariamente, à aniquilação de sua independência, apanágio da função jurisdicional e garantia fundamental das pessoas e dos grupos sociais. Mas isto não é o único efeito pernicioso do sistema burocrático do Judiciário. Há outros. Cria, por exemplo, a consciência, nos juízes, da pouca importância de suas decisões, inclusive de seus erros e omissões, já que seriam revogáveis pelas decisões superiores que lhes sanariam esses erros e omissões. Por outro lado, isto induz os usuários da justiça a considerar mais importante e com maiores garantias e possibilidades de acerto as decisões dos tribunais, acarretando o desprestígio da justiça de primeiro grau, indiscutivelmente, dotada de maiores condições de proceder à indispensável adaptação do direito às mutáveis realidades sociais, já que toma contato direto e imediato com o conflito através dos depoimentos orais de testemunhas, partes e outros participantes da atividade processual. (ROCHA, 1993, p. 134-144).

O pequeno aparte vale como mero elemento preliminar de consideração, a instigar nosso questionamento acerca da tradicional estrutura hierárquica do Judiciário e das instâncias recursais.

De toda sorte, o ponto de partida para as considerações que se farão acerca da constitucionalidade e da conveniência do reexame necessário deve ser, assim parece bastante razoável, a análise de tal instituto à luz da isonomia.

a. À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Quanto à divergência doutrinária acerca da legitimidade e da constitucionalidade do reexame necessário à luz do princípio da igualdade, Jorge Tosta parte das noções de igualdade formal e igualdade material para, enfim, concluir que o instituto não ofende o princípio da igualdade.

A igualdade formal, como afirmado, corresponde à ideia de atribuir-se tratamento igual aos que se encontram em condição formal e substancialmente igual e, de modo diverso, imprimir tratamento desigual aos materialmente desiguais. A partir dessa noção, o processualista investiga se o tratamento legal desigual concedido à Fazenda Pública por meio do instituto da remessa necessária encontra correspondente desigualdade no plano fático.

Com adoção dos critérios utilizados por José de Albuquerque Rocha, Jorge Tosta verifica se a prerrogativa se justifica “*ante a diversidade de fato entre as situações ou sujeitos, finalidade, constitucionalidade dos fins, racionalidade e proporcionalidade*” (TOSTA, 2005, p. 132). Referidos critérios foram aplicados por José de Albuquerque Rocha como requisitos justificadores de um tratamento normativo desigual considerado legítimo.

A diversidade de fato, primeiro critério, seria clara para o autor em face de a Fazenda representar a personificação do Estado e de suas reservas patrimoniais, a qual atuaria em juízo na defesa de interesses públicos indisponíveis e, em especial, do patrimônio estatal. Já o particular que contende com a Fazenda Pública, por sua vez, defenderia interesses puramente privados, de ordem disponível.

Ocorre que a função da lei, como é de costume afirmar, seria justamente de estabelecer distinções, no intuito de garantir tratamento específico para cada situação específica que se mostre merecedora de tratamento diferenciado. Nesse âmbito, servem como valiosa baliza as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que assevera:

(...) as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*. O alcance desta ressalva, contudo, para ser bem compreendido,

depende de esclarecimentos ulteriores, procedidos muito além. (MELLO, 2008, p. 17).

A par dessas observações, o tratamento desigual somente será considerado legítimo caso fielmente alicerçado em desigualdade material relevante. Novamente merecem destaque as lições do Ilustre Bandeira de Mello:

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas parra os atingidos. (*Ibidem*, p. 18).

As desequiparações justificáveis e, portanto, compatíveis com o ordenamento jurídico deveriam passar, na visão do eminente jurista, pelo crivo da compatibilidade entre três elementos da diferenciação: a) o fator de desigualação adotado; b) a correlação lógica abstrata entre o critério de desequiparação e a disparidade legalmente estabelecida; c) a consonância da correlação lógica estabelecida no item b) e os ditos “interesses absorvidos no sistema constitucional”.

Significa avaliar, assim, se a desigualdade instituída encontra fundamento racional no fator de desequiparação adotado e, ao final, se a correlação entre o *discrímén* e o critério discriminatório mostra-se compatível, concretamente, com os valores eleitos pela Constituição como dignos de tratamento privilegiado. Exige-se, segundo C. A. Bandeira de Mello, não só a fundamentação lógica do *discrímén* no plano abstrato, mas, sim, que “*haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função de interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição*” (MELLO, 2008, p. 22).

Ao que nos remete o *emérito professor*, o fator central assenta-se na plausibilidade, na adequação do nexó entre o fator de diferenciação e o *discrímén* dele resultante. São as palavras do mesmo jurista:

Cabe, por isso mesmo, quanto a este aspecto, concluir: o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras

palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia. (MELLO, 2008, p. 38-39).

Enfim, toda a discussão parece voltar-se à questão da proporcionalidade e da razoabilidade da medida, estudo este que, não negamos, tornou-se praxe nas disciplinas jurídicas em todo o país, buscando-se a avaliação de tais critérios para aferição dos mínimos fenômenos sociais que se apresentam ao mundo jurídico.

A aplicação de referidos preceitos ao reexame obrigatório nos conduzirá, em primeiro momento, à avaliação do elemento tomado como fator de discriminação entre a Fazenda Pública e o particular. Nesse particular, a reduzida doutrina que se atém ao instituto elenca argumentos de variadas ordens, atribuindo especial relevo à estrutura burocrática da Administração Pública e ao bem protegido pelo Estado em juízo, qual seja; o patrimônio público, ao qual se associa a noção abstrata de interesse público.

Em segundo momento, será oportuna a avaliação da pertinência lógica entre a situação desigual tomada como fator diferencial e o benefício concedido ao ente público na relação jurídica processual. Vale, no ponto, expor a imprescindível observação feita por Bandeira de Mello quanto à relatividade da correlação lógica acima discutida, a qual estaria sujeita aos “*ingredientes próprios das concepções da época*”, conforme argumenta:

Basta considerar que em determinado momento histórico parecerá perfeitamente lógico vedar às mulheres o acesso a certas funções públicas, e, em outras épocas, pelo contrário, entender-se-á inexistir motivo racionalmente subsistente que convalide a vedação. Em um caso terá prevalecido a tese de que a proibição, isto é, a desigualdade no tratamento jurídico se *correlaciona juridicamente* com as condições do sexo feminino, tidas como inconvenientes com certa atividade ou profissão pública, ao passo que em outra época, a propósito de igual mister, a resposta será inversa. Por conseqüência, a mesma lei, ora surgirá como ofensiva da isonomia, ora como compatível com o princípio da igualdade. (*Ibidem*, p. 39-40).

A ressalva parece-nos aplicável integralmente à evolução histórica do instituto da remessa necessária, na medida em que tal prerrogativa poderia mostrar-se

perfeitamente consentânea com o contexto normativo e social do início do século XIX. Ao final, avaliaremos se é mantida tal consonância ante as concepções atuais.

Não só no que toca ao interesse público, a diversidade de fato entre a Fazenda Pública e o particular também estaria fundamentada em diferenças estruturais e funcionais. Nesse sentido, também justificariam o tratamento legal desigual o vasto aparato burocrático estatal, regido por normas de direito público e norteado pela legalidade estrita, ao que se soma a funcionalidade das prerrogativas e competências aplicadas ao Poder Público, todas voltadas à realização de serviços essenciais e a concretização de interesses da comunidade.

O segundo requisito (finalidade da desigualdade normativa) resta também atendido, de acordo com as lições de Jorge Tosta. A proteção do patrimônio público seria uma finalidade constitucionalmente tutelada, como se extrai de diversos dispositivos do texto constitucional⁵⁷. Daí o argumento de que a finalidade do instituto da remessa necessária seria compatível com os bens e valores açambarcados pelas garantias constitucionais.

Por fim cumpre avaliar compatibilidade do instituto com os princípios da racionalidade e da proporcionalidade. O primeiro princípio exige coerência entre o tratamento desigual criado, os meios utilizados para a diferenciação e a finalidade almejada com o *discrímén*. Registre-se a conclusão do processualista, *in verbis*:

A correlação lógica entre o reexame necessário e a proteção do interesse público reside exatamente no aperfeiçoamento da atividade jurisdicional. A finalidade é evitar ou reduzir os riscos resultantes de uma sentença que eventualmente não tenha apreciado, de forma adequada, a lei aplicável ao caso ou os fatos levados à causa. (TOSTA, 2010, p. 139).

Em outros termos, tendo em vista as particularidades funcionais e estruturais da Fazenda Pública (diferenças entre os sujeitos), a criação de uma “condição suspensiva *ex lege*” para a sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública (meio empregado) seria coerente com a finalidade de proteção do patrimônio público (finalidade), na medida em que corresponderia a um aperfeiçoamento da atividade jurisdicional, como defendido. O fundamento seria, portanto, a redução dos riscos de transitarem em julgado sentenças impositivas de gravames à Fazenda Pública incompatíveis com a legislação aplicável ou com as especificidades da causa.

⁵⁷ Como exemplos de tratamentos diferenciados instituído em favor do patrimônio público no próprio texto constitucional são citados os artigos 23, I, 37, XXI, e 100 da Constituição Federal. TOSTA, 2005, p. 133-135.

Por fim, deverá o tratamento desigual pautar-se pelo requisito da proporcionalidade, atendido quando o *discrímen* criado mostra-se estritamente necessário e suficiente à realização do fim proposto.

Nesse passo, a argumentação de Jorge Tosta resume-se à afirmativa de que a finalidade de defesa do interesse pública é cumprida quando da submissão do *decisum* ao órgão hierarquicamente superior, para extirpação de eventual erro, não identificando o autor qualquer desproporção no instituto.

Observa-se, porém, que o ponto de maior fragilidade do instituto repousa em sua necessidade e adequação. Nesse âmbito, muito se discute sobre as consequências práticas do reexame, no qual não são lançados argumentos para a reforma, mas simplesmente remetido o feito ao Tribunal, bem como sobre as alternativas possíveis igualmente protetoras do interesse público, porém menos gravosas à ordem processual, como será avaliado em linhas seguintes.

Ao final de seu estudo, assim conclui Jorge Tosta acerca da adequação do instituto da remessa necessária à matriz constitucional brasileira:

Assim, os poderes processuais diferenciados dispensados ao Estado em juízo, longe de determinar um privilégio, realizam, ao contrário, uma situação de substancial paridade material, já que, em tese, são instrumentos indispensáveis ao seu adequado aparelhamento para a defesa do interesse público, qualificado pela Constituição como prioritário, justamente, por exprimir interesses abrangentes da sociedade, ao contrário do privado que, de regra, só leva em conta conveniências particulares, segmentadas e dependentes. (TOSTA, 2005, p. 144).

O raciocínio também prevalece na obra de José Roberto de Moraes, para o qual se legitimam as prerrogativas, em maior ou menor medida, no fato de a Fazenda Pública representar os interesses de todos, o que revela uma desigualdade material a ser transposta ao plano jurídico. Assim, assevera:

No nosso sentir, para se falar do reexame necessário não podemos nos esquecer do que foi dito de início. Na sentença condenatória da Fazenda Pública, os verdadeiros condenados somos nós – a sociedade, e não, especificamente, o administrador. Ainda mais, como já se disse, quando inexistente uma efetiva responsabilização política no nosso caso.

No que se refere à ‘desconfiança’ que existe no juiz de 1ª instância, ela decorre do nosso próprio sistema processual, do nosso próprio sistema constitucional ao estabelecer o duplo grau de jurisdição, que, em verdade, é muito menos do que uma desconfiança e muito mais uma adequação ao inconformismo e à aproximação dentro dos dois pesos de certeza jurídica e justiça da decisão, que fundamentam todo o nosso sistema recursal, todo o princípio de apreciação recursal pelo segundo grau de jurisdição. (MORAES, 2003, p. 76).

Para outra corrente doutrinária, em sentido diverso, o reexame não se sustentaria quando posto à prova da isonomia. Transcreva-se, nesse sentido, a notável observação de Oreste Nestor de Souza Laspro:

Na verdade, somente há um caso no direito positivo brasileiro em que se impõe o reexame necessário e não padece de inconstitucionalidade: é o do art. 6º da Lei n. 5.145, de 20 de outubro de 1969, que alterou o § 3º do art. 4º da Lei n. 818, de 18 de setembro de 1949, que trata das causas de especificação da nacionalidade brasileira. Neste caso, o reexame, nascendo da matéria envolvida e não do resultado, embora criticável a manutenção do sistema, não se pode concluir pela sua inconstitucionalidade. (LASPRO, 1995, p. 171).

É que para o autor não se pode considerar o instituto inconstitucional por sua própria natureza, desde que se trate de um critério bilateral. No direito brasileiro, porém, a bilateralidade, como destacado, é excepcional, “*sendo que a regra geral é do reexame necessário ser aplicado não em razão da matéria, mas sim do resultado da demanda. Esse casuísmo se mostra incompatível com o princípio da igualdade exposto no inc. I do art. 5º da CF, que deve ser entendido como identidade de situações jurídicas*” (LASPRO, loc. cit).

Com efeito, também à luz do princípio da isonomia, Nelson Nery Júnior julga inconstitucional a aplicação dada ao instituto nos tribunais pátrios, não a condição suspensiva em si. São as lições do ilustre professor:

Se se considera preclusa a sentença para o particular, estar-se-ia estabelecendo diferença de tratamento entre as partes, o que constituiria ofensa ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, CF). A inconstitucionalidade seria patente, pois a devolutividade acarretada pela remessa obrigatória seria “parcial”: só poderia ser modificada a sentença se a reforma “favorecesse” a fazenda pública. Essa, entretanto, não foi a finalidade da instituição da referida medida excepcional no direito processual civil brasileiro. Com ela não se pretende proteger descomedidamente os entes públicos, mas fazer com que a sentença que lhes fora adversa seja obrigatoriamente reexaminada por órgão de jurisdição superior. O escopo final da remessa obrigatória é atingir a segurança de que a sentença desfavorável à fazenda pública haja sido escorreitamente proferida. (NERY JÚNIOR, 1997, p. 160-161).

A despeito das opiniões autorizadas dos renomados juristas acima mencionados, julgamos concebível a concessão de prerrogativa processual unilateral em favor da Fazenda Pública, admitindo-se a adoção de regime jurídico diferenciado em face da condição material notadamente diferenciada.

Sob a mesma fundamentação lançada quando da análise das prerrogativas processuais da Fazenda Pública em termos genéricos, não há que se exigir que o tratamento jurídico dispensado pela lei processual seja rigidamente o mesmo para todas as partes da relação jurídica processual. Considerando que o interesse da coletividade na proteção do patrimônio público encontra fundamento na ordem constitucional, a qual prevê uma série de medidas de proteção ao bem comum (como se vê na previsão de pagamento dos débitos fazendários por meio de precatório), poderá ser erigida, de modo legítimo, em termos abstratos, prerrogativa que estabeleça a submissão dos julgados desfavoráveis ao patrimônio público reexame necessário.

Na oportunidade, defendemos, portanto, que o reexame não se apresenta desproporcional e inadequado por natureza, sob a simples constatação de que estabelece tratamento anti-isonômico entre as partes. Julgamos, em sentido diverso, que muito mais apropriado seria discutir-se a conveniência do instituto, a qual, destarte, somente poderia ser avaliada quando cotejadas as condições sociais em que é aplicado o instituto e o panorama normativo em que este resta inserido

De nossa parte, enfim, ainda que não visualizemos no instituto traços de inconstitucionalidade no que respeita à isonomia processual, consideramos necessário o estudo de sua conveniência no sistema processual pátrio, conforme a análise constante do item c abaixo.

b. À LUZ DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Em trabalho voltado especificamente ao tema do reexame necessário à luz do princípio da duração razoável do processo, Rafael Sérgio Lima de Oliveira⁵⁸ (2011, *passim*) considera insuficiente, para se obter adequada conclusão acerca da constitucionalidade do instituto, a análise do duplo grau obrigatório à luz do princípio

⁵⁸ O autor lista dois argumentos ao considerar insuficiente a análise do reexame à luz da isonomia, nos seguintes termos: “Primeiramente, porque as diferenças entre o setor privado e o público são tantas que chegam, muitas vezes, a ser o suficiente para certos tratamentos diferenciados. Não se menciona aqui a diferença do bem defendido por cada uma dessas pessoas, mas as diversidades de estrutura e de funcionamento existentes entre o particular e o público. Segundo, porque se acredita que a resolução de uma possível incompatibilidade com a isonomia poderia ser resolvida com a previsão do reexame para aquelas causas nas quais a Fazenda Pública seja parte. Ou seja: nos processos nos quais as entidades públicas fossem parte, haveria a remessa ex officio independentemente de a sentença ser contra ou a favor do erário. Ter-se-ia o reexame em razão da discussão acerca do interesse público, cuja presença sempre acontece nos feitos da Fazenda Pública (...)”. (*Ibidem*, p. 196)

da isonomia. O jurista, por sua vez, se atém a linha de pesquisa diversa, na qual o reexame necessário é posto à prova da duração razoável do processo.

O problema resta assim delineado:

(...) o *dies ad quem* para a aferição da razoabilidade do tempo do feito é o momento da formação da coisa julgada. Nos casos cuja sentença necessita ser executada, o termo final só se concretiza com o trânsito em julgado e com a execução. Como o reexame necessário sempre impede a formação da coisa julgada (...), ele acarreta o retardamento do processo. Destaca-se que a coisa julgada é condição constitucionalmente exigida para a execução das condenações da Fazenda Pública [CR/88, art. 100, §§ 1º, 3º e 5º], seja para aquelas cujo pagamento ocorre por meio de precatório, seja para as que o adimplemento se realiza pela requisição de pequeno valor [RPV]. (OLIVEIRA, 2011, p. 197).

A observação do autor estende-se, inclusive, às sentenças proferidas em sede de mandado de segurança, as quais não impedem a produção imediata de efeitos. É que a execução provisória do julgado não implica o encerramento do curso processual, que ocorrerá somente após o trânsito em julgado do provimento final.

A resposta à questão não é obtida, porém, ante a mera afirmação de que o reexame necessário implica prolongamento do curso da relação jurídica processual, eis que referido prolongamento poderá ser acarretado por uma série de outros atos, sem que, nessas hipóteses, seja considerado inconstitucional o ato causador do retardo.

Inicia o autor, assim, necessária incursão na seara dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como também o fizemos há pouco.

Em primeiro plano, é investigada a adequação ou idoneidade da medida para o fomento do fim pretendido. A remessa necessária, como reconhece, tem o escopo de reduzir os riscos da prolação de uma sentença que cause lesão aos cofres públicos ou a bens coletivos tutelados com maior prestígio pela ordem jurídica. Segundo Rafael Sérgio, a despeito de não se mostrar capaz de garantir por completo a salvaguarda do interesse público, não há como negar que o instituto do reexame necessário ao menos favorece a proteção, atingindo, ainda que de modo parcial, o fim pretendido.

Em seguida, há a análise da indispensabilidade do instituto em face de outras opções que seriam igualmente eficazes à satisfação do fim pretendido. Cuida-se, portanto, de tarefa comparativa em que são avaliadas a eficiência e a carga restritiva das

medidas alternativas. A alternativa vislumbrada por Rafael Sérgio seria o fortalecimento da Advocacia Pública, tomando por norte a afirmação de que “a Seção II do Capítulo IV, do Título IV da CR/88 fixa a Advocacia Pública como o pilar central da defesa do interesse da Fazenda Pública em juízo. Outros mecanismos seriam subsidiários” (OLIVEIRA, 2011, p. 202).

Registre-se, por oportuno, que a medida alternativa sugerida por Jorge Tosta, de invocar a participação do Ministério Público na ausência de apelação do órgão de Advocacia Pública competente, mantém a intervenção de outro ator jurisdicional no feito. Na visão do jurista, seria mais adequada a restauração da obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público nos feitos julgados de modo desfavorável ao Estado quando quedasse omissa o órgão da Advocacia Pública competente.

Em linha diversa de raciocínio, assevera Rafael Sérgio:

A comparação da remessa oficial com a Advocacia Pública, no plano tocante à eficiência de cada uma dessas posturas, leva a crer que esta é mais eficiente que aquela. Tanto é assim que José Rubens Costa afirma ser justificável o reexame apenas num Estado “mal aparelhado nos serviços jurídicos”. (*Ibidem*, p. 202).

Para o autor, ao contrário de processualistas de elevado respeito, a substituição da remessa legal pela interposição de apelação não significaria manter nos mesmos níveis a restrição ao direito à duração razoável do processo. Tal constatação somente seria obtida quando partíssemos do pressuposto de que os procuradores e advogados públicos devem de tudo recorrer. Com o fortalecimento da Advocacia Pública, considera Rafael Sérgio que a representação do Estado em juízo também deverá elevar à ordem de discussão os custos da movimentação da máquina pública judiciária e do agravamento da situação do patrimônio público decorrentes da evolução dos juros moratórios. Daí conclui:

Acredita-se que o fortalecimento da *Procuratura* de Estado é capaz de não lesionar o direito à duração razoável do processo, exatamente porque essa instituição tem a capacidade de avaliar a juridicidade do pedido veiculado na ação judicial e da sentença contrária ao Estado para, assim, agir conforme as previsões dos incisos II e III, do art. 269 [reconhecimento jurídico do pedido e transação], e dos arts. 501-503 [renúncia e desistência dos recursos], todos do CPC. Não se encontra razão em subordinar os efeitos da sentença à instância superior se o agente constitucional incumbido da competência de zelar os bens públicos em juízo já examinou a sua legalidade. (OLIVEIRA, 2011, p. 204).

Com a conclusão, afirma-se que, no plano da indispensabilidade da medida, o duplo grau obrigatório já demonstraria sua inconstitucionalidade, não sendo necessário sequer buscar no terceiro plano de análise da razoabilidade outros argumentos para a conclusão obtida. Para o aperfeiçoamento do estudo, porém, o autor ainda entra no plano da proporcionalidade em sentido estrito, a qual corresponderia à vedação do excesso de proteção de um interesse por meio de uma restrição injustificável a outros valores protegidos. Para o autor, o sacrifício imposto à duração razoável do processo seria nitidamente desproporcional, excessivo, na medida em que a remessa não seria suficiente para evitar graves lesões ao patrimônio coletivo, além de coexistir com diversas outras medidas legislativas benéficas à Administração Pública.

De nossa parte, consideramos que o autor parte de pressuposto em certa medida equivocado, no sentido de que a remessa necessária seria uma espécie de substituto da atuação da Advocacia Pública, a tornar desnecessária a atuação dos órgãos de representação.

Ocorre que a remessa oficial, como prerrogativa processual da Fazenda Pública, tem a consequência própria de impedir que o provimento jurisdicional desfavorável ao Estado somente passe pelo crivo do juízo de correção dos advogados públicos. É que, nas hipóteses de sentença desfavorável à Fazenda, ainda que seja provocada a atuação de uma Advocacia Pública atuante e preparada, poderiam os ilustres procuradores ou advogados manter-se inertes em face de eventual condenação injusta do Estado.

A carga de desconfiança do legislador pátrio perante os magistrados e advogados públicos resta, com tais observações, gritante. Tal receio não será, porém, suficiente para fundamentar a tese da inconstitucionalidade do instituto. Desta feita, ainda que possam ser identificadas alternativas mais atentas à efetividade dos provimentos jurisdicionais, não será inconstitucional a remessa ante o princípio da duração razoável do processo, ainda mais sob a perspectiva prática de que o número de feitos transladados ao Tribunal desacompanhados de apelação perfaz número bastante reduzido, o que já afastaria o argumento de que a medida seria responsável por consequências desastrosas na ordem processual brasileira.

Veja-se, ademais, a observação de Pedro Dias de Araújo Júnior acerca dos argumentos de que as prerrogativas da Fazenda Pública seriam o principal elemento a atrasar a entrega da prestação jurisdicional em definitivo, nos seguintes termos:

Alguns autores insistem na retirada do reexame necessário, alegando que ele é um dos elementos que desestimula o ingresso em juízo do particular contra o Poder Público. Ouso discordar desta corrente, porque entendo que não é o reexame necessário, nem o prazo diferenciado apenas para contestar e recorrer que poderiam causar desânimo nas partes que litigam contra a Fazenda Pública. O que mais causa desgosto nos que litigam contra o Estado é o instituto do precatório judicial, elemento que posterga, em muito, a entrega da prestação judicial. A diferença de tempo de duração do processo civil de conhecimento (entre particulares) para o processo civil público não é tão significativa quanto o abismo que existe entre o início e término da execução entre particulares e o imenso hiato que há no caso símile entre o particular e a Fazenda Pública. (ARAÚJO JÚNIOR, 2003, p. 150).

No plano da duração razoável do processo, portanto, também se mostra possível a defesa da constitucionalidade do reexame obrigatório, o que se faz com ainda maior sustento do que quando avaliado o instituto à luz do princípio da isonomia.

Busquemos, enfim, a avaliação da conveniência do instituto diante das alternativas possíveis no atual panorama normativo e social brasileiro.

c. A NECESSIDADE E A CONVENIÊNCIA

Convém, por derradeiro, avaliar a conveniência da remessa necessária no sistema processual brasileiro vigente, já costurado por inúmeras reformas processuais. Logo ao primeiro contato com o instituto, seria possível questionar, como o fez Renato Vasconcelos Maia, se há justificativa lógica para a sua existência.

Ora, se são interesses públicos tão relevantes para a Fazenda Pública, por que não interpor o recurso de apelação? Qual seria a justificativa lógico-formal para esse raciocínio: - Não, não vamos interpor recurso de apelação, porque a sentença está sujeita ao reexame necessário, então o tribunal irá analisar de todo jeito a questão?!

Justificar a existência do reexame por uma possibilidade de conluio entre advogados, procuradores dos entes públicos e magistrados é dar muita relevância a uma teoria da conspiração, e, sobretudo, descrença na moral e na ética das partes envolvidas no processo. (MAIA, 2006, p. 280).

A teoria da conspiração, a despeito da perplexidade do autor, é um dos elementos que fundamentam a existência do instituto. Não há como mascarar o receio do legislador nacional em face do mister de magistrados e advogados públicos, que, nessa visão, nem sempre seriam atentos à boa técnica processual e zelosos pelo interesse público.

Como observado acima, a remessa não afasta as atribuições da Advocacia Pública, representando, em verdade, elemento de segurança na hipótese de omissão do advogado público na interposição do recurso de apelação ou descuido de seu *presentante* na interposição de recurso insuficiente ou acidentalmente parcial.

Ainda que não seja julgado inconstitucional o instituto, resta ainda avaliar a sua necessidade e conveniência no cenário atual, em que se prima pela efetividade, celeridade e economia processual.

Nesse plano, o que vem a ser tomado em consideração refere-se mais aos aspectos práticos do ordenamento jurídico nacional, à realidade vivida em nossos tribunais.

Após concluir pela constitucionalidade do instituto, Jorge Tosta, pondera a presença constante da Fazenda Pública como “cliente do Poder Judiciário”, nos seguintes termos:

O problema é que, no Brasil, o Estado é o maior “cliente” do Poder Judiciário. Levantamento estatístico realizado no Estado de São Paulo evidencia que 70% das causas que estão em trâmite em primeira instância, incluídas as execuções fiscais, e 65% em segunda são de interesse das Fazendas Públicas e suas Autarquias e Fundações. Sustentar, pois, a manutenção do reexame necessário diante dessa triste realidade parece um paradoxo, mormente em tempos difíceis como o que atualmente atravessa o Judiciário, assoberbado de causas e cada vez mais moroso. (TOSTA, 2005, p. 144).

Ao pesquisar os dados estatísticos das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco em reexame necessário, no ano de 2004, Renato Vasconcelos Maia obteve o seguinte quadro:

- i. Em 2004 foram julgados 259 processos de reexame puramente necessário (não acompanhado de recurso de apelação).
- ii. Dos 259 processos, em 195 o reexame foi julgado improcedente ou não foi conhecido.

iii. Dos 64 provimentos, 49 se vincularam a divergência jurisprudencial referente à possibilidade de reconhecimento *ex officio* da prescrição intercorrente em feitos do executivo fiscal.

iv. Excluídas os feitos de execução fiscal, apenas 15 decisões foram favoráveis à Fazenda, representando 7% das remessas, excluídas às decorrentes do executivo fiscal.

Da pesquisa do autor, constatamos, no entanto, ser possível obter duas conclusões aparentemente contrárias. Em primeiro plano, ante o percentual final de apenas 7% de provimentos favoráveis á Fazenda, poderia ser julgado pouco efetivo o instituto, que mais representaria, nessa visão, um entrave à imediata solução da lide já sentenciada.

Noutro plano, seria também possível considerar que o universo de feitos submetidos ao reexame puramente necessário é extremamente reduzido se confrontado com o total de apelações julgadas anualmente por cada tribunal estadual, o que dismantalaria o argumento de que o instituto representa pesado entrave à economia e a à celeridade processuais.

Esse cenário tende, no entanto, a mudar substancialmente com as alterações legislativas voltadas à atuação da Advocacia Pública, notadamente aquelas introduzidas pela Medida Provisória nº 2.180-35⁵⁹, de 24 de agosto de 2001, e pela Lei nº 11.941⁶⁰, de 27 de maio de 2009.

Referidas normas permitem que o Advogado-Geral da União autorize a não interposição de recursos nos casos em que os custos de administração e cobrança dos créditos sejam superiores ao montante a ser executado, além de afastar o reexame nos casos em que este edite súmula ou instrução normativa no sentido de que não deva ser interposto recurso.

Nesse contexto, a associação entre a possibilidade de autorização da não interposição de recursos e o afastamento do reexame necessário nos casos em que

⁵⁹ Art. 12. Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário.

⁶⁰ Dentre as diversas alterações da Lei nº 9.469/97, destaca-se a introdução do art. 1º-A, *in verbis*: “O Advogado-Geral da União poderá dispensar a inscrição de crédito, autorizar o não ajuizamento de ações e a não-interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos da União e das autarquias e fundações públicas federais, observados os critérios de custos de administração e cobrança”.

esta autorização seja formalizada por súmula ou instrução normativa será uma efetiva redução no número de julgamentos de reexame puramente necessário pelos tribunais.

Uma das vantagens imediatas desse sistema será a redução dos recursos meramente protelatórios eventualmente interpostos por advogados públicos, os quais, em muitas das vezes, vêm-se tolhidos à interposição do recurso diante das dificuldades de fundamentar pormenorizadamente o motivo para a não interposição do recurso cabível.

Não há que se imaginar, porém, que os inconvenientes do instituto estejam superados pelas alterações legislativas mencionadas. É que, para que isso ocorresse, deveríamos exigir do Advogado-Geral da União ou do órgão administrativo competente a edição de incontáveis súmulas e instruções normativas no sentido de evitar que matérias reconhecidamente improcedentes fossem levadas ao conhecimento dos tribunais.

A vida dinâmica da prática forense e a irreduzível diversidade fática levada ao conhecimento dos magistrados exigem, porém, nova solução.

Quando comparada a técnica processual do reexame necessária às alternativas visualizadas pela doutrina, verifica-se que o instituto não mais atende aos critérios de conveniência e necessidade do atual sistema processual.

No tópico seguinte, em conclusão, são discutidas possíveis alternativas para substituição do instituto, ponderados os interesses que o fundamentam e as exigências da presente realidade forense.

2. ALTERNATIVAS PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DOS INTERESSES COLETIVOS

As visões doutrinárias há pouco resumidas demonstram o desconforto da doutrina pátria ante o instituto originário da legislação medieval portuguesa. A opção do legislador tupiniquim ao incorporar o instituto à legislação processual civil brasileira também não se manteve infensa às críticas dos Tribunais. Com efeito, mesmo o Egrégio Superior Tribunal de Justiça teceu severas considerações acerca do art. 475 do Código de Processo Civil.

Em verdade, o instituto traduz uma deformação cultural, herdada de nossas origens: a falta de confiança do Estado em seus agentes e a leniência em sancionar quem pratica atos ilícitos em detrimento do interesse público. Se o juiz ou o advogado do Estado é desidioso ou prevaricador, outros povos civilizados o afastariam da Magistratura. Nós, não: criamos uma complicação processual, pela qual, violentando-se o princípio dispositivo, obriga-se o juiz a recorrer.⁶¹

As inconveniências do instituto, como destacado acima, poderiam ser superadas por alternativas igualmente voltadas à proteção do patrimônio público e dos interesses coletivos.

Uma das soluções propugnadas pela doutrina, afastando a necessidade de submeter ao Tribunal a sentença desfavorável à Fazenda independentemente da interposição de recurso, é a de invocar a participação do Ministério Público na ausência de apelação do órgão de Advocacia Pública competente. É o que defende Jorge Tosta, nos seguintes termos:

Parece-nos que a solução mais adequada para conciliar tais aspectos seria extinguir o reexame necessário em face da Fazenda Pública e restaurar, em certa medida, a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público nos casos em que a Fazenda ficasse vencida e decorresse o prazo para o Procurador ou o advogado apelar da sentença. Assim, se o representante do Ministério Público verificasse a existência de algum *error in iudicando* ou *in procedendo* que pudesse prejudicar o patrimônio público, interporia o respectivo recurso de apelação para que a questão fosse reexaminada pelo Tribunal. (TOSTA, 2010, p. 145).

A proposta é relevante, reduzindo o gravame processual ao exigir a manifestação do Ministério Público nos casos em que houver perda de prazo pelo advogado público ou renúncia ao direito de recorrer sem a devida fundamentação exigida pelo regime público e pelo interesse público na defesa da Fazenda, sem que haja imediata translação do julgado ao segundo grau de jurisdição.

Como salienta Rafael Sérgio Lima de Oliveira, a despeito de poder gerar efeitos benéficos à marcha processual, a proposta seria inadequada “*porque usurpa da Advocacia Pública uma missão que a Constituição atribuiu a ela*”. E mais, “*uma postura como essa fere o disposto na segunda parte do inc. IX do art. 129 da CR/88, cujo sentido é vedar ao Ministério Público a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas*” (OLIVEIRA, 2011, p. 208).

⁶¹ Termos do Voto do Min. Humberto Gomes de Barros no julgamento do REsp 29.800-7 – MS (1ª Turma, Rel. Mim. Humberto Gomes, julgado em 16 de dezembro de 1992, disponibilizado no DJ de 15 de março de 1993).

Por sua vez, Rafael Sérgio também sugere que o reexame obrigatório seja substituído pela verificação da necessidade do recurso por outro agente, mas não um agente externo à Advocacia Pública. Assim, propõe:

O melhor é manter o zelo pelo patrimônio público no processo judicial sob a responsabilidade da *Procuratura* das pessoas públicas, atribuindo a outro agente dessa instituição a missão de verificar o acerto da decisão. (OLIVEIRA, 2011, p. 208).

A alternativa, além de manter a vantagem de eliminar a remessa imediata dos autos ao Tribunal, sem o valioso recurso de apelação contendo os fundamentos para a reforma, amolda-se ao sistema de representação (*presentação*) judicial das pessoas públicas previsto no texto constitucional.

Há um paralelo, nesse sentido, com o artigo 28 do Código de Processo Penal, que prevê a remessa do inquérito ou das peças de informação ao Procurador-Geral “*se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação*” e o juiz “*considerar improcedentes as razões invocadas*”.

O dispositivo do Código de Processo Penal é alvo de inúmeras críticas, especialmente no que toca ao fato de atribuir ao magistrado uma função incompatível com o sistema acusatório contemporâneo. Relevantes ponderações são feitas pelo Procurador da República Sr. Marcus Vinícius de Viveiros Dias, no seguinte sentido:

É profundamente lamentável que alguns magistrados ainda façam uso indiscriminado do malfadado artigo 28 do Código de Processo Penal. Tal dispositivo legal encerra uma função anômala do magistrado de fiscal do princípio da obrigatoriedade.

A função anômala supracitada guarda resquícios do juizado de instrução e do sistema inquisitório que davam ao juiz poder investigatório.

No ordenamento pátrio vigora o sistema penal acusatório, onde é vedada qualquer atividade persecutória do magistrado na fase pré-processual, ressalvadas as hipóteses de medidas cautelares.

O artigo 28 do nosso Estatuto Adjetivo Penal encontra-se fora de sintonia com o sistema penal acusatório moderno, pois o juiz exerce um juízo de mérito, de natureza não cautelar, sem que tenha sido deduzida nenhuma pretensão em juízo (promovida a ação penal), arranhando por demais a sua neutralidade e imparcialidade.

Ademais, o artigo 28 do CPP é anacrônico, pois, ainda que transitoriamente, transfere a *opinio delicti*, que é exclusiva do Ministério Público (art. 129, I da Carta Magna), ao juiz da causa, mesmo que a palavra final caiba ao chefe ministerial.

Na verdade, trata-se de um “furto intelectual”, que vulnerabiliza todo sistema penal acusatório ao conceber uma invasão absolutamente indesejável do

Poder Judiciário no âmbito da esfera de atribuições ministeriais. (DIAS, 2003, p. 1).

A proposta de remessa dos autos a autoridade hierarquicamente superior do órgão de Advocacia Pública não se submeteria, porém, a juízo valorativo do magistrado prolator da sentença desfavorável à Fazenda Pública. A remessa seria prevista em lei para todos os casos de omissão do representante da Fazenda Pública em juízo quanto ao recurso de apelação cabível.

Merecem ser repisados, na oportunidade, os apontamentos lançados anteriormente acerca dos prazos dilatados da Fazenda Pública para manifestar-se nos autos. Como defendido, não há como culpar os prazos elásticos do art. 188 pela duração excessiva das lides no regime processo civil brasileiro. Com a alternativa proposta por Rafael Sérgio Lima de Oliveira, após encerrado o prazo para a interposição do recurso cabível, deverá o magistrado remeter os autos a autoridade competente do órgão de Advocacia Pública para avaliação da necessidade de ser aviado o pedido de reforma ao Tribunal, o que deveria ser feito sob o mesmo prazo do recurso, ou sob outro prazo fixado na lei processual.

No prazo, poderia a autoridade encaminhar o recurso não interposto inicialmente ou, julgando acertada a omissão do advogado público, manifestar renúncia ao direito de recorrer. Sem manifestação também da autoridade, seria de se presumir a aquiescência dos advogados públicos com o conteúdo da sentença, que transitaria em julgado independentemente de reexame no Tribunal.

A alternativa mantém elevado nível de segurança sobre os provimentos jurisdicionais nas causas de interesse da Fazenda Pública (e, por consequência, de interesse da coletividade), permitindo que grande parte das tormentosas questões processuais decorrentes do regime *sui generis* do reexame necessário sejam superadas.

Por fim, em atenção ao interesse público indissociável das lides compostas pelo Poder Público, não adotamos a tese de que as prerrogativas processuais da Fazenda Pública devem ser eliminadas por completo, assim como defendem aqueles que afirmam a necessidade de se extirpar do sistema processual brasileiro a remessa necessária.

Após todo o histórico traçado ao longo deste estudo, verifica-se que não mais se mostra conveniente a submissão ao Tribunal, por mera determinação legal, de inúmeros atos decisórios contrários à Fazenda. Longe, porém, de se defender a simples extinção de referida prerrogativa, há que se sustentar a substituição do instituto por ferramenta processual outra que se apresente compatível com as exigências, em primeiro plano, de assegurar a devida defesa do interesse público e, em segundo plano, de permitir a conquista da economia, da celeridade e da efetividade processuais.

A substituição, conforme ora propugnado, eliminaria, de plano, alguns aspectos processuais controvertidos da remessa necessária discutidos ao longo de anos nos tribunais e na doutrina. Nesse sentido, foram necessários argumentos engenhosos e diversas linhas para demonstrar a correção da Súmula nº 45 do Eg. STJ, no sentido de ser vedado o agravamento da situação processual da Fazenda Pública. Ainda que a Advocacia Pública fosse provocada a manifestar-se sobre a omissão na interposição do recurso de apelação no prazo inicial, o reexame do *decisum* desfavorável ao Poder Público somente seria provocado por recurso. Assim, não seria necessária a tese de que o efeito translativo da remessa necessária é limitado aos limites da sucumbência da Fazenda. Com a alteração sugerida, bastaria aplicar a regra geral dos recursos resumida nos princípios do *tantum devolutum quantum appellatum* e da vedação da *reformatio in pejus*.

Nos mesmos moldes, ainda que julgemos cabíveis os embargos infringentes em face de acórdão que julga o reexame necessário, com a substituição do instituto pela alternativa em comento não nos veríamos na difícil missão de seguir na contramão do entendimento do Eg. STJ e, para tanto, de lançar diversos argumentos quanto ao cabimento do recurso. Isso porque não seria possível afastar o recurso previsto no art. 530 do CPC da hipótese de reforma não unânime da decisão recorrida por apelação da Fazenda Pública.

A própria eficácia da sentença proferida em desfavor do ente público não mais seria objeto das divergências decorrentes da aplicação do art. 475 do CPC, eis que a regra geral prevista no Código de Processo Civil para as decisões sujeitas ao recurso de apelação não teria de ser, agora, ampliada para as hipóteses de reexame necessário, que deixaria de existir.

Por fim, ainda que não haja proposta legislativa que contemple alguma das alternativas acima tratadas, observa-se que toma espaço cada vez maior no cenário legislativo contemporâneo a tendência de restrição ao cabimento da remessa necessária, conforme será possível demonstrar no tópico que se segue.

VI. PROPOSTAS LEGISLATIVAS DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TENDÊNCIA DE DESAPARECIMENTO DO REEXAME NECESSÁRIO

Após o início da vigência do Código de Processo Civil de 1973, como demonstrado acima, diversos estudiosos voltaram-se contra o instituto da remessa necessária, sob alegações de violação aos princípios da isonomia, da celeridade processual, da efetividade, dentre outras incompatibilidades.

Também a jurisprudência, sob o entendimento de que se trata de medida excepcional, firmou-se no sentido de dar ao instituto interpretação restritiva, exigindo perfeita adequação da realidade fática ao preceito da lei processual que exige a remessa do feito ao Tribunal.

Já no presente tópico, o estudo se voltará a elemento mais acentuado da tendência de mitigação do instituto: as reformas legislativas e proposições que tiveram por objeto a restrição ao cabimento do reexame obrigatório.

Nesse sentido, até a promulgação da Lei nº 9.469/97, que cristalizou o entendimento já pacificado de que o reexame também seria exigível nas hipóteses de condenação das autarquias e fundações de direito público, verifica-se que no plano legal ainda não havia sido editada proposta restritiva digna de nota.

Ao início de 1999, começaram a tomar corpo as propostas de alteração do artigo 475 do Código de Processo Civil. O Anteprojeto de Lei nº 15 (CARNEIRO; TEIXEIRA, 1999), desse ano, incluiu notáveis propostas para alteração, com inclusão de previsão expressa da possibilidade de cumprimento provisória da sentença sujeita ao reexame. Com a alteração proposta, o art. 475 passaria a dispor da seguinte redação:

Art. 475 - Está sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI), *com julgamento de mérito* ;

§1º Nos casos previstos neste Artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste Artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente ao de quarenta salários mínimos, bem como nos casos de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste Artigo quando a sentença estiver *fundada em súmula* ou *jurisprudência dominante no tribunal de destino* ou no tribunal superior.

§ 4º O reexame necessário não impede o cumprimento provisório da sentença, salvo quando possa causar dano grave e de difícil reparação, caso em que, a requerimento da entidade de direito público, *formulado quando da interposição de sua apelação*, o juiz ou o relator *poderá atribuir* ao reexame também o efeito suspensivo.

A despeito da boa técnica da proposta, a alteração não chegou a ser aprovada. No ano de 2001, com a edição da Lei nº 10.352⁶², parte das alterações sugeridas no Anteprojeto de Lei nº 15 foi acatada, sendo excluído o cabimento do reexame quanto às sentenças de anulação de casamento, com alteração do *caput* do art. 475 e dos incisos restantes, além da inclusão de dois novos parágrafos.

Quanto à exclusão da sentença de anulação de casamento do regime do reexame necessária, não houve alteração na prática dos tribunais pátrios, eis que a hipótese já havia perdido sua eficácia com a admissão no ordenamento jurídico brasileiro o instituto e o desaparecimento da “*tutela absoluta ao vínculo matrimonial*” (ASSIS, 2007, p. 854).

O projeto permitiu, porém, a instituição de relevantes hipóteses de dispensa da remessa. Com isso, nas condenações sofridas pela Fazenda Pública com valor inferior a sessenta salários mínimos não mais seria exigível o reexame obrigatório do feito. Também nos casos de sentença fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula de tribunal superior, não mais seria cabível a exigência do art. 475 (incisos I e II).

O escopo da alteração enquadra-se na tendência de tornar mais efetiva a atividade jurisdicional, evitando a proliferação do reexame de matérias já pacificadas pelos tribunais superiores.

Na mesma esteira, pouco antes da promulgação da Lei nº 10.352/01, já havia sido editada a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, contendo a seguinte previsão:

⁶² Com as alterações incluídas pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2011, o art. 475 assumiu a seguinte redação:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Art. 12. Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário.

O dispositivo apresenta uma das mais significativas alterações relativas à remessa necessária no que toca ao aspecto prático da aplicação do instituto. O que se observa, nesse sentido, é que ao advogado público seria mais difícil deixar de interpor o recurso de apelação do que apresentar a peça recursal, uma vez que a omissão do recurso exigiria uma série de fundamentações perante o conselho profissional competente. Já com as súmulas ou instruções normativas permitindo a não interposição do recurso, as matérias já reconhecidas no âmbito da Advocacia-Geral da União não mais serão ventiladas nos Tribunais.

Ainda no ano de 2001, também operou-se relevante alteração no sistema processual brasileiro, pertinente à criação dos Juizados Especiais Federais, sedimentados sobre as bases do microssistema anteriormente fixado pela Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Nos termos do art. 13 da Lei nº 10.259/2001, nas causas submetidas a processamento e julgamento nos Juizados Especiais Federais, não haverá reexame necessário.

Uma vez que o mesmo valor de alçada dos juizados (sessenta salários mínimos, de acordo com o art. 3º, *caput*, da Lei nº 10.259/01) viria a ser o mesmo previsto pela Lei nº 10.352/01 e incluído no Código de Processo Civil, seria de se imaginar que a alteração da Lei nº 10.259 não teria trazido regime diferenciado para o rito sumariíssimo.

Há que se salientar, no entanto, que o valor de alçada dos juizados está sujeito a possível elevação. E elevado o valor, por exemplo, ao dobro do atual (cento e vinte salários mínimos), estaria estabelecida uma hipótese dispensa do reexame para condenações no dobro do valor da regra geral do CPC. Não há, assim, desnecessidade na regra do art. 13 da Lei nº 10.259, reproduzida no art. 11 da Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009 (dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública).

Em linha mais radical, foi apresentado pelo Deputado Maurício Rands o Projeto de Lei nº 3.615, de 2004, prevendo a revogação do art. 475 do Código de

Processo Civil, *in totum*. Cite-se, por oportuno, a justificação do projeto, da qual destacamos:

Trata-se de providência que, conforme vem demonstrando a experiência forense, provoca demora na solução definitiva da lide, institui mais um privilégio processual para as entidades de direito público e causa acumulação de processos nos Tribunais.

(...)

O projeto não pretende diminuir a capacidade de defesa da Fazenda Pública, nem impedi-la de recorrer das decisões desfavoráveis. A intenção é, tão somente, limitar os recursos às hipóteses em que haja real interesse público pela revisão do julgado. Como se encontra, a legislação propicia, injustificadamente, ao administrado-litigante, a espera, pelo menos por mais um ou dois anos, da reparação por algum dano sofrido, a ficar com o nome constando nos cartórios de distribuição como alguém que está sendo processado, a permanecer com obra embargada ou o seu comércio fechado etc.

Ademais, com a estruturação da Advocacia Geral da União e dos demais órgãos de defesa judicial dos entes públicos, não mais se justifica a obrigatoriedade de submeter ao duplo grau de jurisdição as sentenças que lhes forem desfavoráveis.

Impõe-se, pois, a imediata revogação do instituto do reexame necessário, depreciativo das atividades administrativa e judiciária.⁶³

Após o arquivamento do projeto, o Senado Federal apresentou substitutivo, já em fevereiro de 2008, alterando a proposta de revogação do art. 475 para alteração do valor de alçada estabelecido no §2º do dispositivo, que adotaria a seguinte redação:

Art. 475.....
 § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou direito controvertido, for de valor certo não excedente a 500 (quinhentos) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução da dívida ativa de valor não superior àquele limite.

A proposta segue em tramitação perante a Câmara dos Deputados, com parecer pela “*pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do Substitutivo do Senado*”.

Em 2009, por força da Lei nº 11.941, foi alterada a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, com inclusão de diversos dispositivos atinentes à possibilidade de realização de acordos e transações, bem como à permissão para o Advogado-Geral da União autorizar o não ajuizamento de ações e a não interposição de recursos quando os

⁶³ Trecho extraído do inteiro teor do projeto de lei, disponível no link: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichaDetramitacao?idProposicao=254363>, acessado em 20.10.2011.

custos para a administração e a cobrança dos créditos da União e das autarquias e fundações públicas federais se mostrarem maiores que o próprio crédito a ser cobrado.

Destacam-se, nesse sentido, os seguintes dispositivos somados à Lei nº 9.469/97:

Art. 1º-A. O Advogado-Geral da União poderá dispensar a inscrição de crédito, autorizar o não ajuizamento de ações e a não-interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos da União e das autarquias e fundações públicas federais, observados os critérios de custos de administração e cobrança.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica à Dívida Ativa da União e aos processos em que a União seja autora, ré, assistente ou oponente cuja representação judicial seja atribuída à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.”

“Art. 1º-B. Os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.

Parágrafo único. Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado neste artigo, o disposto no caput, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, excluído o caso das empresas públicas não dependentes que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo.”

“Art. 1º-C. Verificada a prescrição do crédito, o representante judicial da União, das autarquias e fundações públicas federais não efetivará a inscrição em dívida ativa dos créditos, não procederá ao ajuizamento, não recorrerá e desistirá dos recursos já interpostos.”

“Art. 2º O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal e os dirigentes máximos das empresas públicas federais e do Banco Central do Brasil poderão autorizar a realização de acordos, homologáveis pelo Juízo, nos autos do processo judicial, para o pagamento de débitos de valores não superiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em parcelas mensais e sucessivas até o máximo de 30 (trinta).

Quando constatada a prescrição do crédito fazendário ou verificado que o valor do crédito não ultrapassa o custo de movimentação do judiciário e de utilização dos recursos da Advocacia-Geral da União, poderá ser dispensada a interposição do recurso da Fazenda Pública. O estudo dos impactos financeiros de que dispõe a Lei nº 9.469/97 limita-se aos recursos financeiros despendidos pela AGU na manutenção das ações e na ocupação de seus quadros de servidores. A mesma avaliação, porém, deve ser feita em termos de ocupação dos magistrados e de utilização

dos recursos federais e estaduais na manutenção da extensa estrutura administrativa dos tribunais.

Saliente-se, ademais, que no processo administrativo fiscal, regulamentado pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, há também a previsão do reexame necessário, que, no âmbito administrativo, será de competência dos Conselhos de Contribuintes.

Na redação original do art. 34 do citado Decreto, o valor de alçada para a remessa obrigatória aos Conselhos foi fixado em 20 (vinte) salários mínimos. No ano de 1997, com as alterações introduzidas na legislação tributária federal pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, o dispositivo obteve a seguinte redação:

Art. 34. A autoridade de primeira instância recorrerá de ofício sempre que a decisão:

I - exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

II - deixar de aplicar pena de perda de mercadorias ou outros bens cominada à infração denunciada na formalização da exigência.

§ 1º O recurso será interposto mediante declaração na própria decisão.

Foi atribuída, portanto, ao Ministro de Estado de Fazenda a competência para fixar o valor mínimo diante do qual a decisão contrária à Fazenda lavrada pela autoridade administrativa julgadora de primeira instância será obrigatoriamente reexaminada. No uso dessa atribuição, o Ministério da Fazenda editou a Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008, estabelecendo que “*O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)*”⁶⁴.

Vê-se, assim, que os elevados custos envolvidos na submissão das decisões contrárias à Fazenda Pública ao reexame pelos tribunais ou pelas autoridades

⁶⁴ Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008.

“O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e tendo em vista o disposto no inciso I do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e no § 3º do art. 366 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, com a redação dada pelo art. 1º do Decreto nº 6.224, de 4 de outubro de 2007, resolve:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Parágrafo único. O valor da exoneração de que trata o caput deverá ser verificado por processo.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Fica revogada a Portaria MF nº 375, de 7 de dezembro de 2001.”

administrativas competentes passam a ser sopesados pelo legislador (e pelo próprio Poder Executivo) quando reavaliadas as prerrogativas e atualizada (e regulamentada) a legislação processual.

Tais considerações fáticas também parecem marcar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado Federal nº 166/2010⁶⁵), no qual o instituto do reexame necessário foi mantido, sendo consideravelmente elevado o valor mínimo de condenação para que a remessa se torne necessária. Do anteprojeto apresentado, destacamos:

CAPÍTULO XIII
DA SENTENÇA E DA COISA JULGADA

Seção III
Da remessa necessária

Art. 478. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a **mil salários mínimos**, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, em súmula desse Tribunal ou de tribunal superior competente, bem como em orientação adotada em recurso representativo da controvérsia ou incidente de resolução de demandas repetitivas.

§ 4º Quando na sentença não se houver fixado valor, o reexame necessário, se for o caso, ocorrerá na fase de liquidação. (grifos nossos)

O valor de 1.000 (mil) salários mínimos representa mais de 16 (dezesesseis) vezes o valor atualmente constante do § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil e o dobro da proposição contida no substitutivo do Senado Federal ao Projeto de Lei nº 3.615/2004. O dispositivo ainda inclui novas hipóteses de dispensa da remessa obrigatória, referentes aos casos de sentença fundada em orientação adotada em recurso representativo de controvérsia ou incidente de resolução de demandas

⁶⁵ Por meio do Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, foi instituída a comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de Código de Processo Civil, sob a presidência do Ministro Luiz Fux, composto pelos juristas: I - Adroaldo Furtado Fabrício; II - Bruno Dantas; III - Elpídio Donizete Nunes; IV - Humberto Theodoro Junior; V - Jansen Fialho de Almeida; VI - José Miguel Garcia Medina; VII - José Roberto dos Santos Bedaque; VIII - Marcus Vinicius Furtado Coelho; IX - Paulo Cezar Pinheiro Carneiro; e X - Teresa Arruda Alvim Wambier, como relatora-geral dos trabalhos.

repetitivas, ferramentas estas demonstrativas da tendência de otimização de julgamentos com efeito coletivo.

O anteprojeto, porém, não responde de modo definitivo à necessidade de reestruturação do regime processual diferenciado concedido à Fazenda Pública. Com a restrição do instituto do reexame necessário às causas de valor extraordinário, somente é afastada a prerrogativa no julgamento da maior parte das lides compostas pelo Estado. Referida restrição não apresenta contrapartida para a defesa do interesse público na defesa do patrimônio coletivo. Daí julgarmos insuficiente a orientação adotada no projeto sob condução do Min. Luiz Fux.

De todo o histórico lançado, ainda que não haja proposição legislativa específica no sentido de substituir o reexame por uma das alternativas visualizadas pela doutrina (conforme abordado no capítulo V), mostra-se inegável a tendência de restrição ao cabimento do instituto, tanto no que respeita ao mérito da decisão contrária à Fazenda Pública (no caso de matérias já pacificadas no âmbito dos tribunais e já reconhecidas pela Advocacia-Geral da União) quanto no que toca ao valor da condenação do Poder Público (limitando-o às causas de valores excepcionais).

A evolução legislativa do instituto passou a incorporar, assim, as crescentes preocupações no contexto social brasileiro quanto à efetividade dos provimentos jurisdicionais e aos custos de manutenção da máquina judiciária. Somadas as regras processuais acima elencadas, verifica-se, igualmente, que o próprio receio do legislador pátrio quanto à atuação dos magistrados e dos advogados públicos se submete a processo de mitigação. Tal observação se sustenta sobre a previsão da possibilidade de afastamento do reexame necessário por meio de súmula ou instrução normativa do Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente, nos termos do art. 12 da Medida Provisória nº 2.180-34/01.

Em conclusão, ainda que gradualmente restringido o cabimento do reexame necessário, os inconvenientes do instituto não são superados. Mais adequado, conforme proposto, seria a substituição do duplo grau de jurisdição obrigatório pela previsão de remessa dos autos a órgão superior da Advocacia Pública no caso de omissão do advogado público atuante no feito. Após expirado o prazo para a manifestação do órgão, ou por este expressamente dispensada a interposição de recurso,

imediatamente transitaria em julgado a decisão contrária á Fazenda Pública, independentemente de reexame pelo Tribunal.

O interesse público constantemente invocado na defesa das prerrogativas processuais da Fazenda Pública seria, como defendemos, igualmente atendido por meio da alternativa proposta, mantendo-se regime diferenciado do particular, mas inequivocamente menos oneroso à ordem processual.

VII. CONCLUSÕES

A introdução do então denominado “recurso *ex officio*” no sistema processual civil brasileiro afastou do instituto toda a fundamentação filosófica que o sustentava. Nesse sentido, de instrumento de contrapeso aos rigores do sistema inquisitório do processo penal lusitano, a remessa necessária passou à categoria de benefício processual do Estado, sob influência do princípio inquisitório, como forma de defesa dos interesses da Administração Pública.

Por sua natureza, o instituto apresenta uma série de especificidades que o tornam figura *sui generis* no sistema processual nacional. As dificuldades são multiplicadas quando nos deparamos com o quadro insustentável de morosidade e inchaço da estrutura judiciária, do qual são extraídas objeções das mais variadas ordens.

No capítulo destinado à avaliação da natureza do reexame imposto pelo art. 475 do Código de Processo Civil, traçamos aprofundados apontamentos acerca da incompatibilidade do instituto em face da teoria geral dos recursos. Verificada a inadequação, foi extraída a definição do reexame necessário como condição suspensiva *ex lege*, a impedir o trânsito em julgado da sentença contrária à Fazenda Pública enquanto pendente o reexame pelo Tribunal.

Defendida a tese do duplo grau obrigatório como condição suspensiva, deparamo-nos com diversas dificuldades enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência acerca da aplicação do instituto na diversidade da experiência forense. Em nossas observações acerca das implicações processuais do instituto, de um modo geral, lançamos mão do fundamento fático sobre o qual este se originou e se desenvolveu, bem como da semelhança entre o regime de julgamento da remessa e o de processamento e julgamento dos recursos de apelação.

No exame do instituto à luz dos princípios da isonomia e da razoável duração do processo, obtivemos a conclusão de que não há falar-se em inconstitucionalidade pelo simples fato de o reexame corresponder a tratamento jurídico processual diferenciado em favor do Poder Público. Como salientado, há severas diferenças materiais (tanto no que toca ao papel do Estado em juízo, na defesa dos interesses da coletividade quanto no que respeita à estrutura burocrática dependente de

um regime jurídico próprio) a legitimarem a previsão de regimes processuais diferenciados.

Ainda que considerada a pertinência do tratamento diferenciado concedido à Fazenda Pública em juízo, não poderíamos admitir que o instituto se mantém perfeitamente compatível com o contexto normativo e social vigente. As muitas vozes doutrinárias que se elevaram em defesa da inconstitucionalidade do instituto são mostras da inconveniência reconhecida, inclusive, pelo próprio autor do anteprojeto do atual Código de Processo Civil.

Enfim, quando consideradas as alternativas possíveis de substituição do instituto, revela-se ainda mais notável o desequilíbrio do sistema conforme observado atualmente.

Sob tal panorama, as alterações legislativas sofridas pelo Código de Processo Civil, bem como as inovações trazidas por diversas leis esparsas, tomam a clara direção de restringir o cabimento do reexame necessário, tendente a tornar-se medida excepcional aplicável a demandas restritas, envolvendo vultosos recursos financeiros retirados dos cofres públicos ou excluídos da órbita dos valores devidos pelo particular ao Estado.

Ao final, quando já observada a tendência de desaparecimento do reexame obrigatório, faz-se evidente a conclusão de que a simples extinção do instituto não seria a única, ou mesmo a melhor, alternativa legislativa para compatibilizar o regime processual aplicável Fazenda Pública com as exigências atuais de celeridade e efetividade nos provimentos jurisdicionais.

Se se legitima, assim, a previsão de um regime jurídico diferenciado para o ente público, é necessário que se busque a alternativa que torne mais compatível as especificidades do regime jurídico diferenciado com a regra geral aplicável aos particulares. Em linha diversa da adotada pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado Federal nº 166/2010), julgamos que mais conveniente do que a simples exclusão da prerrogativa do reexame necessário seria a sua substituição pela previsão de uma espécie de reexame sobre a necessidade de recorrer da sentença contrária à Fazenda Pública no âmbito da própria Advocacia Pública. Encerrado o prazo para a interposição de recurso pelo advogado público atuante no feito, seria concedido novo prazo a determinado órgão da Advocacia Pública para

manifestar-se sobre a existência de interesse na interposição do recurso não apresentado no prazo do art. 508 do Código de Processo Civil (oportunidade em que seria aviado o recurso cabível ou acatada a decisão do juízo de primeira instância, de modo expresso ou tácito).

Por mais que se torne urgente, enfim, a redução da duração do julgamento das lides levadas ao conhecimento dos tribunais pátrios, não será adequada a supressão, sob esse único fundamento, de garantias processuais voltadas à defesa de valores e interesses prestigiados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Conveniente se afigura, de outro modo, a substituição do instituto da remessa necessária por ferramenta processual diversa, que permita a defesa dos mesmos valores e interesses prestigiados pelo ordenamento jurídico brasileiro sem instituir entrave à celeridade e à efetividade dos provimentos jurisdicionais.

VIII. REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, Pedro Dias de. Aspectos cruciais na interpretação do reexame necessário após a reforma processual. **Revista da ESMESE**, nº 05, 2003, p. 135-157.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BARROS, Clemilton da Silva. Considerações prognósticas do reexame necessário no processo civil brasileiro. **Revista da AGU – Advocacia-Geral da União**. v. VI, n. 14, dezembro de 2007, p. 61-82.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. – São Paulo : Saraiva, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Execução provisória e antecipação da tutela: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória : conserto para a efetividade do processo**. – São Paulo : Saraiva, 1999.

BUZAID, Alfredo. **Da apelação ex-officio no sistema do Código de Processo Civil**. – São Paulo : Saraiva, 1951.

CARNEIRO, Athos Gusmão; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Anteprojeto de Lei (nº 15) – versão final**. In: Revista Jurídica Virtual. Brasília – v. 1, n. 2, 1999. Proposta consultada por meio do link: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/anteproj_lei_cpc15.htm. Acesso em 25.11.2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 24 Edição – São Paulo : Malheiros, 2008.

COSTA, Ivana Ganem. Princípio da isonomia quanto às prerrogativas da fazenda pública à luz do novo CPC – prazos processuais. São Paulo : **Revista Síntese Direito Administrativo**, v. 6, n. 61, jan./2011, p. 59-65.

COSTA, Regina Helena. As prerrogativas e o interesse da Justiça. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (coords.). **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em juízo**. São Paulo : Malheiros, 2003.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda em juízo**. 9ª Edição – São Paulo : Dialética, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª Edição – São Paulo : Atlas, 2008.

DIAS, Marcus Vinícius de Viveiros. **Artigo 28 do CPP: um anacronismo legalizado (caso concreto)**. Artigo publicado em 24 de agosto de 2003, na revista eletrônica Mundo Jurídico, disponível no link: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=600. Acesso em 28.11.2011.

FERRAZ, Sérgio. Privilégios processuais da fazenda pública: algumas reflexões. – Rio de Janeiro : **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 20, n. 25, jan.-jun./2004, p. 161-178.

GOMES, Noroara de Souza Moreira. O reexame necessário e o interesse recursal da fazenda pública na interposição de recursos especiais. **ADV Advocacia Dinâmica: seleções jurídicas**, jul/2011, p. 03-06.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio de Albuquerque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 1ª Edição, 14ª impressão – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. 2ª Edição, revista e atualizada – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1976.

MAIA, Renato Vasconcelos. **Inconstitucionalidade do reexame necessário face aos princípios da isonomia e da celeridade processual**. In: Revista da ESMape, v. 11, n. 23, jan.-jun./2006, p. 259-288.

MACHADO, Agapito. **O princípio da isonomia e os privilégios processuais da fazenda pública**. Artigo disponível no portal eletrônico do Juizado Especial Federal do Distrito Federal, no link: http://www.jfdf.jus.br/juizadosEspeciaisFederais/artigos/Agapito_Machado_Igualdade_e_Privil%C3%A9gios_processuais.pdf. Acesso em 20.11.2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª edição, 16ª tiragem – São Paulo : Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª Edição, revista e atualizada – São Paulo : Malheiros, 2011.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau recursal**. – São Paulo : Saraiva, 2010.

MENDES, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes. **O Duplo Grau de Jurisdição no Processo Civil: Um Exame à Luz da Constituição e da Instrumentalidade do Processo**. Trabalho apresentado como Tese de Doutorado do autor perante o Curso de Doutorado em Direito, Estado e Constituição do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito – UnB. Brasília, 2008.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. **Benefícios processuais da Fazenda Pública à luz do princípio da isonomia**. Niterói, 2007. Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização da Universidade Federal Fluminense, disponível no sítio eletrônico do Conselho da Justiça Federal, por meio do link: <http://www2.cjf.jus.br/jspui/handle/1234/43165>.

MORAES, José Roberto de. Prerrogativas processuais da fazenda pública. SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (coords.). In: **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em juízo**. São Paulo : Malheiros, 2003..

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Vol. V: arts. 476 a 565, 14ª edição – Rio de Janeiro : Forense, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10ª Edição – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O reexame necessário à luz da duração razoável do processo: uma análise baseada na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.** – Curitiba : Juruá, 2011.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo.** – Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. **Independência do Juiz e Estrutura do Judiciário.** In: Revista de Direito Alternativo, nº 2, pags. 134 a 149. – São Paulo : Editora Acadêmica, 1993.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 1º Volume. 25ª Edição – São Paulo : Saraiva, 2007.

SOARES, Milton Delgado. **A nova lei dos juizados especiais da fazenda pública: primeiras considerações e proposta para implementação.** Rio de Janeiro : Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, n. 83, abr.-jun./2010, p. 71-83.

TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória).** – São Paulo : Revista de Processo, v. 30, n. 128, out./2005, p. 59-77.

TESHEINER, José Maria. **Pressupostos processuais e Nulidades no processo civil.** – São Paulo : Saraiva, 2000.

TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário.** (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; n. 57) – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

