

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**PUC - SP**

**Daniel Carvalho Oliveira**

**A IMPOSSIBILIDADE DE RECURSO  
EXTRAORDINÁRIO OU ESPECIAL EM REEXAME  
NECESSÁRIO**

Especialização em Direito Processual Civil

Aracaju/SE

2011

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**PUC - SP**

**Daniel Carvalho Oliveira**

**A IMPOSSIBILIDADE DE RECURSO  
EXTRAORDINÁRIO OU ESPECIAL EM REEXAME  
NECESSÁRIO**

Especialização em Direito Processual Civil

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil sob a orientação da Prof<sup>a</sup> Msc Kátia Mangone.

Aracaju/SE

2011

**Banca Examinadora**

---

---

---

A meus pais e minha irmã, que eu amo e admiro.

Aos meus familiares que sempre me apoiaram nas minhas decisões.

A todos meus amigos que me acompanharam nessa longa estrada que é a vida.

## **Agradecimentos**

Uma variedade relativamente grande de pessoas contribuiu, de maneira direta ou indireta, para a feitura não apenas da presente monografia como também do desenvolvimento da minha vida acadêmica. Desse modo nada mais justo que demonstrar minha gratidão por tudo. De conseguinte, agradeço:

A Deus por ter me dado todas as possibilidades de obter sucesso na minha empreitada acadêmica.

Aos meus pais pela paciência e pelo amor dispensados durante todo transcorrer da minha vida, além do constante auxílio na minha vida acadêmica.

Aos meus amigos, pelos momentos de sorrisos francos, rostos serenos e palavras soltas. Momentos esses de essencial importância para a manutenção da produtividade do trabalho monográfico.

A minha orientadora de monografia, Professora Kátia Mangone, que efetivamente me ajudou muito no labor monográfico, estando sempre disposto para responder dúvidas, incentivar, elogiar e fazer críticas construtivas, no intuito único de ser feita uma monografia de qualidade.

Por fim, agradeço de forma geral a todos que contribuíram de alguma maneira para a confecção do presente trabalho monográfico e para a minha evolução acadêmica.

*A lei não esgota o Direito, como a partitura  
não exaure a música.*

Mário Moacyr Porto

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo examinar o tema da impossibilidade da interposição de recursos especial e extraordinário em face de decisão proferida em reexame necessário. Serão analisados, de forma aprofundada, os princípios fundamentais para a necessária compreensão do tema, especialmente a igualdade, o acesso à justiça e a confiança. Além disso, serão também examinados os recursos de natureza extraordinária e o instituto do reexame necessário. Explicitar-se-á o entendimento adotado pelo presente trabalho com a exposição de argumentos favoráveis ao entendimento sobre a impossibilidade da interposição de recursos especial e extraordinário em face de decisão proferida em reexame necessário. Far-se-á um cotejo entre o posicionamento adotado e o entendimento da doutrina e dos Tribunais sobre o assunto.

**PALAVRAS-CHAVE:** reexame necessário, princípios fundamentais, recurso especial, recurso extraordinário, jurisprudência, isonomia, acesso à justiça.

## ABSTRACT

This study aims to examine the theme of the impossibility of bringing special and extraordinary resources against a decision on “reexame necessário”. Will be analyzed, in depth, the basics principles that are necessary to the understanding of the subject, especially access to jurisdiction, equality and confidence. In addition, will also be examined the extraordinary resource and the institute of “reexame necessário”. Will be exposed the understanding used by the present study with the exposition of arguments for the understanding of the impossibility of bringing special and extraordinary resources against a decision on “reexame necessário. It will be a collation between the positions taken and the understanding of doctrine and the Courts on the subject.

**KEYWORDS:** “reexame necessário”, basics principles, special resource, extraordinary resource, jurisprudence, equality, access to jurisdiction.

## SUMÁRIO

Resumo.....	VI
Abstract.....	VII
Introdução.....	10
1- O reexame necessário e os princípios constitucionais.....	13
1.1- Da isonomia.....	13
1.2- Da duração razoável do processo.....	15
1.3- Do Devido Processo Legal.....	18
1.4- Do acesso à justiça.....	21
1.5- Do princípio da confiança e da boa-fé objetiva.....	23
2- Os recursos de natureza extraordinária.....	26
2.1- Conceito de recursos.....	26
2.2- Requisitos para a interposição dos recursos em geral.....	29
2.3- O recurso extraordinário.....	36
2.4- O recurso especial.....	41
3- O reexame necessário.....	47
3.1- Evolução histórica.....	47
3.2- Conceito e natureza jurídica do reexame necessário.....	52
3.3- O reexame necessário como uma exceção dentro do sistema processual e a discussão sobre sua constitucionalidade.....	59

3.4- Das hipóteses do reexame necessário.....	65
3.5- Das hipóteses de dispensa do reexame necessário.....	71
3.6- O reexame necessário no projeto do novo Código de Processo Civil.....	74
4- A impossibilidade de se manejar recurso extraordinário ou especial contra decisão em reexame necessário.....	78
4.1- A proibição da <i>reformatio in pejus</i> e a impossibilidade de interposição de recurso extraordinário ou especial em reexame necessário.....	78
4.2- A deficiência de armas como critério para concessão de privilégios à Fazenda Pública e o princípio da efetividade.....	85
4.3- O princípio da confiança e da boa-fé objetiva como óbices ao manejo dos recursos de natureza excepcional em reexame necessário.....	89
4.4- A preclusão lógica e a falta de interesse recursal, com empecilhos ao recurso especial e extraordinário em reexame necessário.....	95
Conclusão.....	104
Referências Bibliográficas.....	106

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o Direito Processual Civil passa por um momento único, de grande transformação. Institutos e regras antes consideradas intocáveis e imprescindíveis paulatinamente vêm sendo revistos e reformulados, a fim de atender ao disposto na Constituição Cidadã de 1988.

Aperceberam-se, tanto o legislador, como os intérpretes do direito, que o processo civil não pode simplesmente ignorar o Texto Constitucional, pelo contrário deve estar em sintonia com ele. Seria o “modelo constitucional do direito processual civil”<sup>1</sup>.

Por conseguinte, deverão os preceitos de natureza infraconstitucional, a exemplo daqueles concernentes ao reexame necessário, respeitar o arcabouço principiológico existente na Carta Magna de 1988, sobretudo aqueles expressos no art. 5º do citado diploma fundamental.

Deverão, assim, as regras do processo civil - e as interpretações feitas a partir delas - estar em consonância com os preceitos fundamentais, entre os quais podendo se destacar os princípios do acesso à justiça, igualdade, do devido processo legal e da duração razoável do processo e da confiança.

Dentro desse contexto, é que será analisado de maneira ampla o tema principal desse trabalho monográfico: a impossibilidade da interposição de recurso extraordinário ou especial em reexame necessário.

---

<sup>1</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações.* Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>>. Acesso em 20/07/2011>, às 15h25min.

O citado tema é bastante polêmico, cercado de debates no campo doutrinário e grandes divergências jurisprudenciais. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem, inclusive, oscilado seu entendimento sobre o tema, ora se manifestando contrário à aludida interposição de recursos especial ou extraordinário em reexame necessário, ora se mostrando favorável à indigitada interposição.

A escolha do tema monográfico está intimamente interligada à atualidade da matéria e grande importância do debate da matéria do ponto de vista prático, uma vez que a Fazenda Pública é notoriamente o maior litigante em nossos Tribunais<sup>2</sup>.

A depender do posicionamento adotado favorável ou não à interposição de recursos de natureza excepcional em remessa obrigatória, as conseqüências serão bastante distintas para as partes e o destino do processo será diverso. Dessa forma, diante da freqüência de demandas dessa espécie, necessário se formar um entendimento adequado da matéria com base no citado “modelo constitucional do direito processual civil”.

Nesse ínterim, este trabalho tem o objetivo de demonstrar a impossibilidade de interposição de recurso especial ou extraordinário em face de decisão prolatada em sede de reexame necessário.

Na presente monografia, o método utilizado foi o hipotético-dedutivo, porquanto se parte da existência de um impasse doutrinário e principalmente jurisprudencial no que tange à possibilidade de interposição de recurso especial e extraordinário em face de decisão proferida em reexame necessário, comprovando-se, através da dedução, as

---

<sup>2</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os 100 maiores litigantes*. Disponível em <[www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em 24/07/2011, às 16h34min.

hipóteses levantadas relacionadas à impossibilidade da interposição dos aludidos recursos de especial e extraordinário por parte da Fazenda Pública em remessa obrigatória.

No intento de comprovar as hipóteses levantadas foi dividida a monografia em quatro partes principais, as quais são: 1. O reexame necessário e os princípios constitucionais; 2. Os recursos de natureza extraordinária; 3. O reexame necessário; 4. A impossibilidade de se manejar recurso extraordinário ou especial contra decisão em reexame necessário.

No primeiro capítulo, serão analisados princípios constitucionais indispensáveis à discussão do tema da presente monografia, entre eles o da isonomia, da duração razoável do processo, do devido processo legal, do acesso à justiça e, por fim, dos princípios da confiança e da boa-fé objetiva.

No segundo capítulo da monografia, deter-se-á o trabalho na análise dos recursos de natureza extraordinária, a fim de se descobrir o real papel deles em nosso ordenamento jurídico e se saber as hipóteses em que eles poderão ser manejados, ou não.

Na terceira parte, o estudo se voltará à análise do instituto do reexame necessário, no intuito de se descobrir seus contornos atuais, a partir do exame da origem do aludido instituto e sua evolução no transcorrer do tempo.

Por derradeiro, no último capítulo, será abordado o tema da impossibilidade da interposição de recurso especial e extraordinário em face de decisão em remessa necessária, Serão, neste capítulo, expostas as fundamentações jurídicas para corroborar como a aludida impossibilidade de interposição dos aludidos recursos, bem como serão desconstruídos e afastados os principais argumentos contrários a esse entendimento.

## 1- O REEXAME NECESSÁRIO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

### 1.1- Da isonomia.

O estudo sobre o reexame necessário está intrinsecamente ligado ao princípio da isonomia. Isso porque este princípio, insculpido no art. 5º, *caput*, da *Lex Major* de 1988, é a pedra de toque para análise da constitucionalidade do aludido instituto processual.

Por meio dele, poderá o intérprete inferir se uma distinção entre o particular e o ente público decorrente da remessa obrigatória seria uma violação da regra de que todos são iguais perante a lei ou, ao contrário, seria uma reafirmação da isonomia, ao igualar os desiguais.

Segundo o doutrinador Nelson Nery Junior, o princípio da isonomia deve ser observado não somente sobre o ponto de vista formal, mas também sob a perspectiva material. Dessa forma, o citado jurista delinea o conteúdo do aludido princípio:

A CF 5º *caput* e I estabelece que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verificamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Assim, a norma do art. 125 I teve recepção integral em face do novo texto constitucional. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 99.

Com base nessa perspectiva material - e não somente formal - do princípio da igualdade, considera-se legítima a criação, por meio da lei, de prerrogativas processuais a determinada categoria de sujeitos processuais a fim que tenham estes maior possibilidade de defender seus direitos em Juízo.

Assim, sob essa perspectiva, as prerrogativas dadas à Fazenda Pública em dispositivos legais, como, por exemplo, o art. 188 do CPC, seriam, para doutrina majoritária<sup>4</sup>, constitucionais, uma vez que fazem na maioria dos casos uma discriminação razoável a favor da isonomia material.

Válido se socorrer mais uma vez nas lições de Nelson Nery Junior sobre o assunto:

Por isso é que são constitucionais dispositivos legais discriminadores, quando desigalam corretamente os desiguais, dando-lhes tratamento distinto; e são inconstitucionais os dispositivos legais discriminadores, quando desigalam incorretamente os iguais, dando-lhes tratamentos distintos. Deve buscar-se na norma ou texto legal a razão: se justa, o dispositivo é constitucional; se injusta, é inconstitucional.<sup>5</sup>

A indagação que surge, *prima facie*, é se os dispositivos legais correspondentes ao próprio instituto do reexame necessário seriam constitucionais, por respeito ao princípio da isonomia material, ou inconstitucionais, por afronta a princípios caros à Carta Magna de 1988 como, *v.g.*, o do devido legal, do acesso à justiça e da razoável duração do processo.

Considerados inconstitucionais os aludidos preceitos legais, chegar-se-ia inexoravelmente à conclusão de que quaisquer efeitos ou interpretações decorrentes do reexame necessário também seriam inválidos. Isto é, nesse caso sequer caberia se perquirir

---

<sup>4</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo* – 8 ed. – São Paulo: Dialética, 2010, p. 31.

<sup>5</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 99.

sobre a possibilidade ou não de recurso especial ou extraordinário em face da decisão em remessa obrigatória.

No entanto, se o intérprete concluir que não há vício de inconstitucionalidade no reexame necessário, que há na verdade uma regra de clara conotação de igualdade material, ainda assim deverá se analisar a possibilidade da Fazenda Pública interpor empachos extraordinários em remessa obrigatória.

Isso porque surgirá novamente a questão concernente ao respeito, ou não, ao princípio da igualdade. Seria possível interpretar o instituto do reexame necessário a ponto de permitir interposição de recurso especial e extraordinário ou estaria impossibilitada tal interpretação diante da própria excepcionalidade do reexame necessário em nosso ordenamento jurídico?

## **1.2- Da duração razoável do processo.**

O princípio da duração razoável do processo, também conhecido com princípio da celeridade, foi incorporado expressamente ao rol de direitos fundamentais da Carta Magna de 1988 através da emenda constitucional n° 45/2004, com a seguinte redação:

**Art. 5º, LXXVIII-** a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Malgrado somente tenha sido expresso como um direito fundamental com a emenda n° 45/2004, a referida garantia é uma decorrência do próprio direito de ação e do princípio do devido processo legal, este último em sua faceta material. Não há, portanto, um pleno

exercício do direito de ação e um efetivo processo legal se a prestação jurisdicional é tardia e, muitas vezes, inócua.

A celeridade é inerente à própria visão do processo em uma perspectiva constitucional e, por isso, o jurisdicionado, que bate às portas do Poder Judiciário ávido por defender seus direitos, não deve ser punido em face da demora do processo.

O pacto de San José da Costa Rica, de 1969, já colocava como direito de todos a duração razoável do processo<sup>6</sup>. Observe-se a redação dos arts. 8º, 1, e 25, 1, da aludida Convenção:

**Artigo 8º - Garantias judiciais**

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (*grifo aditado*)

**Artigo 25 - Proteção judicial**

1. Toda pessoa tem direito a um recurso **simples e rápido** ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (*grifo aditado*).

Os referidos dispositivos, assim como o art. 5º da Constituição Federal, evidenciam a importância de um processo célere como uma garantia do cidadão e, conseqüentemente, uma proteção da dignidade humana. Evita-se que o homem seja transformado em um simples objeto do processo<sup>7</sup>, impede-se uma coisificação do homem decorrente de um processo com duração indefinida e resultado incerto.

<sup>6</sup> O Pacto de San José da Costa Rica só foi incorporado efetivamente ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992, por meio do decreto legislativo de nº 27/1992 e o decreto nº 678/1992.

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*- 4 edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 545.

O princípio da duração razoável do processo não é definido legalmente, ele possui um conteúdo indeterminado, cabendo tanto ao legislador como ao intérprete preencher seu conteúdo e determinar seu alcance. Isso se deve à amplitude e maleabilidade inerentes ao indigitado princípio, o que faz com que não se possa engessar o sistema e vincular o intérprete através de uma conceituação legal deveras restritiva.

Não se discute doutrinariamente, no entanto, sobre a incidência do princípio da duração razoável em todo o processo judicial, ou seja, desde o início da demanda, com o ingresso com a ação (art. 263 do CPC), até o seu trânsito em julgado, quando se esgotaram todos os recursos possíveis.

Diante disso, inevitável a conclusão de que o princípio da duração razoável do processo deve permear não somente o processo em primeiro grau ou na execução, mas também nas demais fases, incluindo a recursal.

Dois atores sociais são de essencial importância na efetivação do princípio e são a eles principalmente que a determinação legal do art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna de 1988, é dirigida: o legislador e o intérprete.

O primeiro deles, o legislador, deverá envidar esforços para abreviar o máximo possível os percalços recursais, ao, entre coisas, simplificar o sistema recursal e conseqüentemente o tornar mais rápido. Por óbvio, essa simplificação respeitará os demais cânones constitucionais, não infringindo outros valores principiológicos tão importantes no nosso Ordenamento Jurídico.

Importante trazer rol exemplificativos, apontado por Nelson Nery Junior, da atuação do legislador na busca de um processo mais efetivo e célere:

Pense-se nos exemplos dos juizados especiais cíveis e criminais (CF 98; LJE; LJEFed), nos meios alternativos de solução de conflitos, onde avulta a arbitragem (LArb), na ação monitória (CPC 1102-A), na simplificação do procedimento do recurso de agravo (CPC 522), na extinção da liquidação por cálculo do contador (ex-CPC 604), no processo eletrônico (LPE), na tutela antecipada do mérito da ação e do recurso (CPC 273), no incremento das tutelas de urgência, entre outras medidas.<sup>8</sup>

Por seu turno, caberá ao intérprete buscar, através das normas legais disponíveis, maneiras de agilizar a prestação jurisdicional e evitar expedientes necessários - e muitas vezes protelatórios. Interpretações de preceitos legais que, sem justificativa, prejudiquem a celeridade da prestação jurisdicional devem ser evitados ao máximo, pois, em última análise, somente trazem prejuízo a um dos litigantes em detrimento do outro.

É sob o prisma da celeridade e duração razoável do processo que também deverá ser analisada a possibilidade ou não do recurso especial e extraordinário em face de decisão proferida em reexame necessário.

### **1.3- Do devido processo legal.**

O devido processo legal é considerado, por parte da doutrina, como um super-princípio, vez que os demais princípios e direitos fundamentais positivados na Constituição Federal decorreriam necessariamente dele. Assim, princípios como o da isonomia, o da legalidade, do juiz natural, entre outros, seriam desdobramento do princípio do devido processo legal.<sup>9</sup>

Em virtude deste *status* de super-princípio alguns doutrinadores chegam ao ponto de afirmar que seria desnecessária a referência expressa na Constituição à grande parte dos

---

<sup>8</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 322.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 79.

princípios, visto que o devido processo legal já os englobaria. Nesse sentido discorre Daniel Amorim Assumpção Neves, *in verbis*:

Tratando-se de um princípio-base, com conceito indeterminado, bastaria ao legislador constituinte, no tocante aos princípios processuais, se limitar a prever o devido processo legal, que na prática os valores essenciais à sociedade e ao ideal do justo dariam elementos suficientes para o juiz no caso concreto perceber outros princípios derivados do devido processo legal.<sup>10</sup>

O princípio do devido processo legal pode ser visto sob duas perspectivas: a formal e a material. A primeira delas parte de uma concepção vinculada, e restrita, ao processo e à regularidade no processamento dele.<sup>11</sup> Fredie Didier Junior traz o conceito do que viria ser o devido processo legal do ponto de vista formal:

Segundo a doutrina, o devido processo legal em sentido formal é, basicamente, o direito de ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas cujo processo de produção também deve respeitar aquele princípio.<sup>12</sup>

Nesse aspecto formal, não há maiores dúvidas sobre o respeito do reexame necessário ao indigitado cânone principiológico. Isso porque, entre outras coisas, foi a *remessa ex officio* criado por meio de lei, com um fim específico, à época, de facilitar a acessibilidade da Fazenda Pública ao processo e, em consequência, viabilizar sua defesa.

<sup>10</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2ª Ed. –São Paulo: Método, 2010, p. 59.

<sup>11</sup> Em virtude desse caráter, por vezes, restrito concernente ao aspecto formal do devido processo legal é que o doutrinador Nelson Nery Junior afirma que a terminologia mais compatível seria “devido processo” ao se indicar o aludido princípio sob a perspectiva apenas formal. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 86.

<sup>12</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil- Teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. 1*. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 38.

Não fere, portanto, o reexame necessário as demais normas legais e nem inviabilizaria o impulso oficial do processo. O reexame necessário seria uma dentre tantas opções legislativas no que tange ao caminhar do processo.

De outro giro, o princípio do devido processo legal sob a perspectiva material possui outra faceta, mais ampla, que não se circunscreve apenas ao processo. Conceitua Daniel Amorim Assumpção Neves essa faceta substancial do super-princípio do devido processo legal, *litteris*:

No sentido substancial, o devido processo legal diz respeito ao campo da elaboração e interpretação das normas jurídicas, evitando-se a atividade legislativa abusiva e irrazoável e ditando a interpretação razoável quando da aplicação concreta das normas jurídicas.<sup>13</sup>

Ou seja, não bastará a regularidade formal do processo e das decisões proferidas nele, deverá haver razoabilidade e proporcionalidade na própria elaboração e interpretação da norma jurídica.

É nesse ponto que se torna fundamental analisar não somente o instituto do reexame necessário em si, como também as interpretações decorrentes dele, no intuito de se verificar a proporcionalidade e razoabilidade de entendimentos em que se alargue o espectro de abrangência da remessa de ofício.

Atualmente já se começa a questionar a própria existência do instituto do reexame necessário. Estar-se-ia diante de prerrogativa ou de verdadeiro privilégio indevido em detrimento da parte contrária?

---

<sup>13</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2ª Ed. –São Paulo: Método, 2010, p. 59.

Noutro falar, há um processo contínuo de indagação sobre o a verdadeira função da remessa *ex officio* no âmbito do ordenamento jurídico, se a sua existência não feriria valores maiores insculpidos na Carta Magna de 1988 como, *v.g.*, o princípio da isonomia e do devido processo legal em seu sentido material.

Nessa mesma esteira, é questionada também a razoabilidade da interpretação dada por parte da doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade de interposição de recurso especial e extraordinário em face de decisão em reexame necessário.

Na hipótese de se entender razoável esse posicionamento, respeitado estará o princípio do devido processo legal como um todo. Por outro lado, caso se entenda irrazoável e abusiva tal interpretação, inevitavelmente estar-se-á diante de uma afronta do aludido princípio do *due process*.

Assim, seguindo essa linha, deve se investigar se possibilitar a interposição de recursos de natureza excepcional em face de decisão proferida em reexame necessário mostra-se razoável e em conformidade com o devido processo legal substancial.

#### **1.4- Do acesso à justiça.**

Com o surgimento da figura do Estado em nossa sociedade, a utilização da tutela privada, antes comum para fins de resolução de conflitos de interesse, cedeu espaço para a assunção pelo Poder Público do papel dirimente de litígios. Noutro falar, os conflitos entre particulares passaram a ser decididos pelo Estado, devendo os envolvidos se submeterem as citadas decisões.

A instituição de Estados Democráticos de Direito a partir da Revolução Francesa ressaltou ainda mais esse papel do Poder Público. Ao particular caberia, portanto, ao ver violado um direito seu, bater às portas do Estado-juiz no intuito de resguardar seus interesses por meio de ingresso com ação própria.

Em um primeiro momento pós-Revolução Francesa, em virtude do Liberalismo predominante na época, somente quem possuía recursos financeiros tinha condições de propor uma ação e recorrer ao Poder Judiciário, pois as despesas e encargos eram bastantes altos no transcorrer de uma demanda.

No entanto, com o posterior desenvolvimento dos próprios direitos sociais, percebeu-se que o sistema de acesso ao Estado e à própria Justiça pelos cidadãos não era satisfatória, uma vez que reproduzia as desigualdades econômicas e sociais existentes na sociedade.

Ou seja, somente uma parcela ínfima da sociedade teria efetivo acesso ao Poder Público para garantir seus direitos e manter os custos da própria manutenção do processo.

Justamente a partir dessa compreensão da desigualdade inerente ao direito de ação é que começou o Estado a criar mecanismos que contribuíssem para um maior acesso ao Poder Judiciário, como, *verbi gratia*, a justiça gratuita.

Aduz Luiz Guilherme Marinoni sobre a importância do direito de acesso à justiça, *litteris*:

Na verdade, a realização do direito de acesso à justiça é indispensável à própria configuração de Estado, uma vez que não há como pensar em proibição da tutela privada, e, assim, em Estado, sem se viabilizar a todos a possibilidade de efetivo

acesso ao Poder Judiciário. Por outro lado, para se garantir a participação dos cidadãos na sociedade, e desta forma a igualdade, é imprescindível que o exercício da ação não seja obstacularizado, até porque ter direitos e não poder tutelá-los certamente é o mesmo do que não os ter.<sup>14</sup>

Ocorre que para se garantir o acesso à justiça não é suficiente apenas assegurar os meios para que o cidadão possa ingressar em Juízo. O princípio do acesso à Justiça é mais amplo, pois deve abranger a garantia de uma prestação jurisdicional adequada<sup>15</sup>, o englobaria necessariamente uma prestação célere.

Com base nas assertivas acima e no fato de que não é somente dever do legislador, mas também do intérprete-julgador garantir o respeito ao direito fundamental de acesso à justiça, é que se deve analisar a possibilidade de recurso especial e extraordinário em face de decisão proferida em reexame necessário.

### **1.5- Do princípio da confiança e da boa-fé objetiva.**

Embora não esteja previsto expressamente na Carta Magna de 1988, o princípio da confiança nela está implicitamente inserido, tendo em vista se tratar de uma faceta do Estado Democrático de Direito e do princípio da segurança jurídica.

O supracitado princípio possui um campo de atuação muito amplo ao incidir tanto nas relações concernentes ao Direito Privado como naqueles relacionadas ao Direito Público.

---

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo- Curso de Processo Civil v. 1.* – 3. Ed. rev. e atual.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 186.

<sup>15</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.* 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 316/325.

Assim, não é de estranhar a sua forte presença, a título de exemplo, em institutos típicos de direito civil e processual civil e, ao mesmo tempo, influir crescentemente no Direito Administrativo no intuito de evitar excessos da Administração Pública.

No campo do Direito Administrativo, em específico, o enfoque maior dados pelos doutrinadores se dá na relação de estabilidade e confiança entre particular e Estado, primando-se pela segurança jurídica e pela proteção do cidadão contra abusos. Nesse sentido, preceitua José dos Santos Carvalho Filho:

Como já foi sublinhado em estudos modernos sobre o tema, o princípio em tela comporta dois vetores básicos quanto às perspectivas do cidadão. De um lado, a perspectiva de certeza, que indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas, e de outro, a perspectiva de estabilidade, mediante a qual se difunde a idéia de consolidação das ações administrativas e se oferece a criação de mecanismos de defesa por parte do administrado, inclusive alguns deles, como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, de uso mais constante no direito privado.<sup>16</sup>

Por seu turno, no âmbito Processo Civil, sobressai-se o princípio da confiança no trato das partes no decorrer do processo. Há de existir condutas previsíveis e coerentes de cada um dos sujeitos processuais, não podendo uma das partes ser surpreendida por atos incoerentes da outra que rompam com a confiança e estabilidade, as quais deve pautar o desenvolvimento do processo.

Por seu turno, o princípio da boa-fé objetiva preceitua tanto a necessidade de uma conduta das partes baseada na lealdade e confiança, como também a importância de se atender as justas expectativas das partes dentro de um processo que respeite todo trâmite previsto legalmente.

---

<sup>16</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* - 24ª Edição revista, Ampliada e atualizada - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 33.

A boa-fé objetiva tem como base a cláusula geral de tutela da pessoa humana, interpretada sob o ponto de vista Constitucional, sendo possível, segundo Teresa Negreiros:

[...] reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica.<sup>17</sup>

De grande valia o asseverado pela doutrinadora Mariana Almeida de Souza no que toca à relação entre o princípio da confiança e o da boa-fé, *in verbis*:

Originário do Direito Romano, o princípio da confiança mantém analogia com a proteção da confiança depositada pelos sujeitos no tráfego jurídico. A relação entre o princípio da confiança e a boa fé é deveras estreita. Aquele se mostra como princípio fundamental para a concretização deste, ao passo que, nas relações jurídicas deve-se ter a certeza de que há veracidade nos atos dos indivíduos. Ou seja, o princípio da confiança promove a previsibilidade do Direito a ser cumprido, assegurando que a fé na palavra dada não é infundada.<sup>18</sup>

É com base no princípio da confiança, e da boa-fé objetiva, que foram previstos legalmente institutos como o da preclusão e coisa julgada, que prezam pela estabilização da lide - e das relações entre os sujeitos processuais - e evitam a eternização das demandas judiciais.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 117.

<sup>18</sup> SOUZA, Mariana Almeida de. *O princípio da confiança do Direito Constitucional e sua aplicação nos municípios*, Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1531>, acesso em 06/06/2011, às 17h.

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*- 4 edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 564.

Caso uma das partes, portanto, aja de maneira a criar expectativa na parte contrária a respeito de uma atitude processual, nada mais natural que cumpra essa previsão. Feriria a confiança e previsibilidade se uma das partes praticasse posteriormente um ato no processo oposto ao primeiro. Surge daí a vedação ao *venire contra factum proprium* (agir contra ato próprio), brocardo latino este plenamente aplicável nas relações processuais.

À guisa de exemplo, se uma parte deixar de recorrer em uma determinada ação, gerar-se-á uma expectativa na parte contrária de conformação e aceitação da decisão e, conseqüentemente, de um possível fim próximo da lide.

Da mesma forma ocorre no que toca ao reexame necessário. E não será o fato da Fazenda Pública estar em Juízo que mudará algo. Deverá se analisar se a permissão de interpor recursos de natureza excepcional, por parte da Fazenda Pública, em reexame necessário afrontaria princípios como os da confiança e da boa-fé objetiva.

Noutro falar, há de se indagar se existe justificativa para aceitar a tese de que a Fazenda Pública, após optar por não recorrer da sentença, possa reavivar seu interesse na lide através da interposição de um recurso.

Portanto, será fundamental a análise dos princípios da confiança e da boa-fé objetiva para se entender se é possível ou não a interposição de recurso extraordinário ou especial em face de decisão proferida em reexame necessário.

## **2- OS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.**

### **2.1- Conceito de recursos.**

No ordenamento jurídico brasileiro não houve, por parte do legislador, uma conceituação do que viria a ser recurso. Deixou-se aos intérpretes e aplicadores do Direito a tarefa de, a partir das características presentes na lei inerentes aos recursos, trazer uma definição do aludido instituto processual. Assim preceitua Flávio Cheim Jorge, *litteris*:

O Código de Processo Civil, ao contrário do que fez com outros institutos, não trouxe propositadamente um conceito de recurso, pois conforme consta da Exposição de Motivos do atual Código de Processo Civil, “passou à categoria de adágio jurídico o conselho das fontes romanas, segundo o qual *omnis definitio in jure civile periculosa est* (D. 50.17.202)”. Limitou-se o Estatuto Processual a trazer, no art. 496, a enumeração dos recursos existentes em nosso ordenamento jurídico: apelação; agravo; embargos infringentes; embargos de declaração; recurso ordinário; recurso especial; recurso extraordinário; embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.<sup>20</sup>

Não há na doutrina pátria cizânia relevante sobre a conceituação de recurso. Socorrem-se, grande parte dos doutrinadores<sup>21</sup>, do conceito dado por José Carlos Barbosa Moreira, o qual sustenta, *in verbis*:

[...] pode-se conceituar recurso, no direito processual civil brasileiro, como 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.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis* - 4. Ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

<sup>21</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil, 5: recursos ,processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais:técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 10; DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil, volume 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. -6 ed.- Salvador: Jus Podivm, 2009, p.19.

<sup>22</sup> 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. -13ª Ed.* - Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 233.

Vê-se que o aludido conceito dá ênfase a determinados aspectos mais relevantes inerentes ao recurso. O primeiro deles a ser apontado é a voluntariedade do recurso, ou seja, a necessidade da parte de forma espontânea se irresignar contra a decisão proferida, impugnando-a no intuito de vê-la reformada ou anulada.<sup>23</sup>

Não existe, de conseguinte, a figura do recurso de ofício “interposto” pelo próprio juiz da causa ou qualquer outra pessoa. Deverá ser interposto o recurso pelas partes, pelo Ministério Público – na atuação com parte ou como *custos legis* – ou pelo terceiro prejudicado.

Explica-se, a partir desse aspecto do recurso, a impossibilidade de se incluir o reexame necessário como um recurso, visto que o magistrado não expressa qualquer vontade de recorrer ao remeter os autos a uma instância superior em cumprimento ao preceituado no art. 475 do CPC.<sup>24</sup>

Outro aspecto em destaque no que concerne ao recurso é a sua função de reforma, invalidação ou integração da decisão judicial. Noutro falar, a parte recorrente deve ter o intuito de ver revista de alguma forma a decisão, demonstrando seu inconformismo em relação a determinado aspecto do *decisum*, mesmo que essa insatisfação seja mínima.

Por derradeiro, deve-se ressaltar o fato do recurso ser interposto obrigatoriamente no mesmo processo. Não se pode confundi-lo, portanto, com outros institutos que por vezes possuem características semelhantes ao recurso, como, por exemplo, os sucedâneos recursais e algumas modalidades de ações autônomas.

---

<sup>23</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos* - 6 ed. atual. ampl. e reform.- São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 179. Aduz o citado autor: “O recurso de compõe de duas partes distintas sob o aspecto de conteúdo: a) declaração expressa sobre a insatisfação com a decisão (elemento volitivo); b) os motivos dessa insatisfação (elemento de razão ou descritivo)”.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 179.

## 2.2- Requisitos para a interposição dos recursos em geral.

Para que uma parte possa interpor um determinado recurso, insurgindo-se contra uma decisão proferida, não basta apenas apresentar uma mera petição a demonstrar seu inconformismo e as razões de sua irresignação. Será necessário o preenchimento de uma série de requisitos a fim de ver seu recurso apreciado pelo Juízo competente.

De forma didática, parte da doutrina subdivide os supracitados requisitos em dois grupos: intrínsecos e extrínsecos. Os primeiros se relacionam à existência do poder de recorrer em si, enquanto que os requisitos extrínsecos guardam correspondência com o exercício - com o modo - de exercer o aludido direito de recorrer.

Entre os requisitos intrínsecos estão, segundo parte doutrina: o cabimento, a legitimidade, o interesse recursal e a inexistência de ato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer. Por seu turno, são requisitos extrínsecos: a tempestividade, o preparo e a regularidade formal.<sup>25</sup>

O preenchimento do requisito do cabimento relaciona-se com a recorribilidade da decisão e com a utilização do recurso adequado. Ou seja, em um primeiro momento se indagará: essa decisão é recorrível? Caso seja positiva a resposta à citada pergunta, se fará um novo questionamento: qual o recurso cabível em face dessa decisão?

Ao se verificar que a decisão é recorrível e, além disso, que a parte recorrente manejou o recurso correto, estará preenchido o requisito do cabimento. Nesse sentido preleciona Flávio Cheim Jorge, *in verbis*:

---

<sup>25</sup> Há divergências, na doutrina, no que toca à classificação dos pressupostos em intrínsecos e extrínsecos, havendo pressupostos que, a depender do doutrinador, são classificados em um ou em outro grupo. Desse modo, adotamos a classificação de Daniel Amorim Assumpção Batista, para fins de estudo. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2ª Ed. –São Paulo: Método, 2010, p. 571/591.

Este requisito está ligado intrinsecamente a duas circunstâncias: a primeira, concernente à necessidade de o pronunciamento judicial ser recorrível e a segunda deriva do fato de o recurso utilizado ser correto para o reexame da decisão.<sup>26</sup>

Frise-se que o citado requisito é por vezes relativizado pela doutrina e jurisprudência através da aplicação da fungibilidade recursal<sup>27</sup>. Nestes casos, a incorreção na escolha do recurso adequado não se mostrará como empecilho para apreciação da matéria recursal, desde que haja dúvida objetiva, inexista erro grosseiro e seja observado o prazo daquele recurso que deveria ser corretamente interposto.<sup>28</sup>

O segundo requisito intrínseco a ser observado é a legitimidade. O recurso somente poderá ser interposto por uma das partes do processo, pelo Ministério Público ou pelo terceiro prejudicado, é o que se extrai da leitura contextualizada do art. 499 do CPC.

O conceito de partes abrangerá não somente o autor e o réu, mas também os terceiros intervenientes (assistente, denunciado, oposto, entre outros) e o Ministério Público, quando este último atua propriamente como parte.

De outro giro, a referência ao *Parquet* no art. 499 do CPC se circunscreve apenas às hipóteses em que ele atua como *custos legis*, uma vez que, nos demais casos, estará ele englobado pelo conceito de parte.

---

<sup>26</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*- 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 100.

<sup>27</sup> Ressalte-se que no Código de Processo Civil de 1973 a infungibilidade é a regra. Somente em casos excepcionais nossos tribunais têm relativizado essa regra, desde que haja dúvida objetiva, inexista erro grosseiro e seja observado o prazo do recurso que deveria ser corretamente interposto. Nessa matéria o CPC de 1973 se distancia do seu antecessor, o CPC de 1939, no qual a regra seria a fungibilidade recursal.

<sup>28</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil, volume 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais* - 6 ed.-Salvador: Jus Podivm, 2009, p.46.

O terceiro prejudicado é aquele que não faz parte do processo, mas tem sua relação jurídica afetada por decisão proferida no bojo da lide. Dito de outra forma, o essencial para análise do preenchimento do requisito da legitimidade é se demonstrar a afetação da relação jurídica. A aferição de eventual prejuízo decorrente pertencerá ao campo do interesse recursal.

Daniel Amorim corrobora com esse entendimento, *litteris*:

Sempre que o terceiro tiver uma relação jurídica que pode ser afetada pela decisão judicial terá legitimidade como terceiro prejudicado, mas para ter interesse recursal, é indispensável no caso concreto que tenha sofrido um efetivo prejuízo na relação jurídica da qual figura como titular.<sup>29</sup>

A análise da legitimidade deve ser feita *in abstracto*, nesse campo não será relevante a análise do preenchimento do requisito através de um cotejo *in concreto* entre a decisão prolatada e a legitimidade, sob pena de se entrar na esfera concernente a outro requisito recursal, o interesse de recorrer.

Pelo requisito do interesse de recorrer, a parte obrigatoriamente deverá demonstrar a configuração do binômio necessidade-utilidade para ver ao menos conhecido seu recurso.<sup>30</sup> Ausente a demonstração do preenchimento do aludido binômio, não se conhecerá do recurso.

A indigitada utilidade se circunscreve a analisar se o recurso - genericamente falando - tem condições de proporcionar ao recorrente uma situação mais vantajosa do que aquela já

---

<sup>29</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* - 2.ed.- ; São Paulo: Método, 2010, p. 575.

<sup>30</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis* - 4. Ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 122.

obtida anteriormente na decisão da qual se recorre, enquanto que a necessidade se relaciona à imperatividade de se manejar o recurso para se obter a já citada situação mais benéfica.

Alguns autores, a exemplo de Daniel Amorim Assumpção Neves, acrescentam ainda a adequação como elemento pertencente ao interesse de recorrer. De acordo com aludido elemento, “o recurso deve ser apto a melhorar a situação prática do recorrente”<sup>31 32</sup>.

A comprovação do interesse de recorrer perpassa, de conseguinte, pela demonstração da existência de sucumbência da parte recorrente, tanto do ponto de vista formal como na perspectiva material.

Quanto à primeira modalidade de sucumbência, a formal, não há maiores dúvidas e cizânias doutrinárias. Ela é amplamente admitida como conteúdo inerente ao interesse de recorrer. A configuração da sucumbência formal ocorreria com a demonstração do prejuízo para parte causado pela decisão recorrida.

Existe na sucumbência formal um eminente cunho negativo, no sentido de que o essencial para demonstração do interesse recursal seria comprovar o que a parte recorrente deixou de ganhar, comprovar o prejuízo ou gravame sofrido em termos processuais.

Assim, à guisa de exemplo, se na petição inicial o autor apresentou três pedidos e a decisão proferida pelo Juízo *a quo* apenas julgou procedente a ação em relação à apenas um deles, poderá o autor recorrer em relação aos outros dois pedidos julgados a seu desfavor.

---

<sup>31</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* - 2.ed.- ; São Paulo: Método, 2010, p. 580.

<sup>32</sup> Entendemos que a adequação é englobada pelo elemento utilidade, tendo em vista que a interposição de uma medida judicial inadequada inevitavelmente será um procedimento inútil, não preenchendo o interesse de recorrer. Autores como Nelson Nery Junior não apontam a adequação como elemento do interesse de recorrer. NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos* - 6 ed. atual. ampl. e reform.- São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 315/338.

Por outro lado, a sucumbência material possui um enfoque preeminente positivo, o recorrente não demonstrará o que deixou de ganhar, mas sim o que poderá obter por meio do recurso. Dar-se-á ênfase ao bem da vida requerido pela parte no processo e a busca pela melhor situação fática possível a ser obtida através da ação.

É o caso, *verbi gratia*, de pleitos subsidiários existentes por vezes nas ações. Caso o julgador rejeite o pedido principal e julgue favorável ao autor o requerimento subsidiário, o julgamento, como um todo, será procedente. Não existiria sucumbência formal.

No entanto, o demandante poderia, por meio de um recurso, conseguir uma situação mais favorável, qual seja o deferimento do pedido principal. Verificar-se-ia nesse exemplo a existência de sucumbência material e, conseqüentemente, estaria demonstrado o interesse recursal.

Em suma, para o preenchimento do requisito do interesse recursal deverá haver a sucumbência material, seja ela concomitantemente com a formal ou não. A sucumbência formal não é suficiente, hodiernamente, para se analisar o espectro de incidência do interesse recursal, segundo doutrina majoritária.<sup>33</sup>

A inexistência de ato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer é o último requisito intrínseco para interposição do recurso<sup>34</sup>. Tais atos obstam a própria interposição do recurso e são respectivamente: a renúncia, o reconhecimento jurídico do pedido e a desistência do recurso ou da ação.

A renúncia é um ato impeditivo para interposição do recurso. Ela poderá ser expressa ou tácita. No primeiro caso, a parte expressamente declara que não pretende recorrer, já na

---

<sup>33</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*- 4.. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 578.

<sup>34</sup> Autores de renome como Nelson Nery Junior (*Teoria Geral dos Recursos* - 6 ed. atual. ampl. e reform.- São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 395) e Cassio Scarpinella Bueno (*Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais sucedâneos : técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67) entendem que o citado requisito seria extrínseco.

segunda hipótese o sujeito processual pratica atos – ou deixa de praticá-los – que demonstram a abdicação do direito de recorrer.

O reconhecimento jurídico do pedido, por seu turno, é um ato extintivo do direito de recorrer. Se uma das partes reconhece o pleito da outra parte e se conforma com ele, logicamente falta-lhe interesse em interpor algum recurso, pois se perde a finalidade de se prolongar a discussão da questão.

A desistência do recurso extingue também o direito potestativo da parte recorrer. Caso o recorrente tenha desistido dos empachos já interpostos, não haveria mais razão para apreciá-lo, pois haveria uma incompatibilidade lógica<sup>35</sup>. O próprio Código de Processo Civil concede a faculdade da parte recorrente desistir do recurso interposto, sem o aval da parte contrária, a teor do que dispõe o art. 501 do Código de Ritos Cíveis.

O mesmo raciocínio deve ser utilizado no que tange à desistência da ação em si. A parte ao desistir da ação estará impedida de interpor o recurso, tendo em vista a incompatibilidade inerente à situação fático-jurídica posta.

A diferença entre a desistência da ação - ou de algum dos pedidos existentes nela - e a do recurso se restringe ao fato de que, para se desistir da ação, necessária aquiescência da parte contrária, caso esta já tenha sido citada, *ex vi* art. 264 do CPC.

Finalizados os pressupostos intrínsecos, devem ser analisados os extrínsecos. O primeiro deles é a tempestividade. Os recursos possuem prazos determinados por lei para sua interposição. Não interpostos, ocorrerá a preclusão temporal do direito de recorrer, haja vista a inércia da parte.

---

<sup>35</sup> Termo utilizado por Flávio Cheim Jorge (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis* - 4.. Ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 137).

Assim, se o recorrente interpõe sua apelação no décimo sétimo dia após sua intimação, o seu recurso não será conhecido, tendo em vista sua intempestividade em razão do prazo peremptório concedido pela lei para apresentar o aludido recurso ser de quinze dias.

Quanto ao termo *a quo* para se interpor o recurso, ele será, em regra, a data de juntada da intimação aos autos, é o que se infere da leitura conjunta dos arts. 241 e 506, ambos do CPC. Somente não se aplicará essa regra quando houver a leitura de sentença em audiência ou a publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial (nos termos do art. 506, I e III).

Conforme o art. 184 c/c art. 506 do CPC, ainda, na contagem do prazo para recurso, não se computará o dia do começo do prazo, mas incluirá o dia do vencimento na contabilização do prazo para as partes interpirem o recurso.

Outro requisito extrínseco de admissibilidade do recurso é o preparo. Este seria o pagamento antecipado pela parte recorrente das despesas concernentes ao processamento do próprio recurso. A falta da quitação desse valor resulta na inadmissibilidade do recurso, tendo em vista a configuração da deserção.

Ressalte que, malgrado extremamente formalista, o art. 511 do Código de Ritos Cíveis dispõe que a comprovação do preparo deve, obrigatoriamente, ser feita no ato de interposição do recurso.

Noutro falar, na hipótese do recorrente no décimo dia do seu prazo interpor a apelação, não poderá posteriormente comprovar o pagamento do preparo, mesmo que não tenha ainda esgotado o prazo de quinze dias que a lei lhe concede para a interposição do empacho apelatório.

Nos casos em que for concedido o benefício da justiça gratuita, a parte recorrente estará dispensada de realizar o aludido preparo, a teor do que dispõe expressamente o art. 3º da lei nº 1060/50, em virtude da hipossuficiência financeira da parte.

O derradeiro requisito extrínseco a ser comentado é a regularidade formal. Deverá o recorrente, ao interpor o recurso, preencher determinados requisitos específicos inerentes à forma do recurso previsto em lei. É a “escorreita exteriorização da manifestação do inconformismo do recorrente”, nos dizeres de Cassio Scarpinella Bueno.<sup>36</sup>

Algumas condicionantes no tocante à forma são aplicáveis a todos os recursos, a exemplo da obrigatoriedade de assinatura da peça recursal, a demonstração do pagamento do preparo, a regular representação processual da parte.

Outras dessas condicionantes são específicas, como por exemplo: a) juntar, em recurso especial fulcrado em divergência jurisprudencial, a prova da divergência; b) alegar, em tópico ou item preliminar do recurso extraordinário, a existência de repercussão geral; c) juntar de peças obrigatórias correspondentes ao agravo de instrumento.<sup>37</sup>

### **2.3- O recurso extraordinário.**

O recurso extraordinário surgiu, no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Constituição Republicana de 1891. Deve-se, em parte, o seu surgimento e seu formato à forte influência do direito norte-americano na elaboração da aludida Carta Magna.

---

<sup>36</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil, 5:recursos , processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais:técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 60.

<sup>37</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil, volume 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais* -6 ed.-Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 61.

A partir da indigitada Constituição de 1891 até o texto constitucional atualmente vigente, o recurso extraordinário manteve-se invariavelmente no Ordenamento Jurídico brasileiro. Não houve algum período entre as aludidas constituições em que ele deixou de existir no Texto Maior.

Da mesma forma, a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para julgá-lo foi contínua, somente havendo mudanças no que toca aos casos em que seria possível a interposição do indigitado empacho.

Uma dessas mudanças - e uma das mais significativas - ocorreu com a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), através da Constituição Cidadã de 1988. Isso porque parte das matérias de competências do STF passaram a pertencer à alçada do STJ.

Assim, a competência do STF que antes abrangia a proteção do ordenamento jurídico como um todo, a incluir tanto a defesa e interpretação da Constituição Federal, como também das leis federais em geral, foi restringida. Nesse sentido, válidas as lições de José Carlos Barbosa Moreira, *litteris*:

A história do recurso extraordinário divide-se agora em duas fases nitidamente distintas: a anterior e a posterior à Constituição de 1988. Na primeira, conforme se disse em expressiva síntese, a finalidade do remédio, na sistemática constitucional brasileira, era de assegurar a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformização da Constituição e das leis federais.

[...]

A vigente Carta da República cindiu a matéria antes abrangida pelo recurso extraordinário: a este ficou reservada a suscitação de questões relativas à própria Constituição Federal (art. 102, III, letras a, b e c), enquanto as restantes passaram a ser suscitáveis pro meio de recurso especial, cujo julgamento se incluiu na competência do então criado Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III, a, b e c).<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565- 13ª Ed.* - Rio de Janeiro:Forense, 2005, p. 580/581.

Restringiu-se o âmbito de incidência do recurso extraordinário para casos em que há a análise de questões relacionadas à Constituição Federal. Reuniu-se, assim, o recurso extraordinário à ação de direta de constitucionalidade, à ação declaratória de constitucionalidade, à arguição de descumprimento de preceito fundamental, à ação de direta de inconstitucionalidade por omissão e ao mandado de injunção, como o núcleo do “sistema de controle de constitucionalidade e legitimidade de leis ou atos normativos”<sup>39</sup>.

A Carta Magna de 1988, em seu art. 102, inciso III, traz os casos específicos em que cabe o recurso extraordinário:

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

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

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

Na hipótese de cabimento na alínea “a”, é cabível recurso extraordinário das decisões - prolatadas em última ou única instância - que contrariarem preceito constitucional. O ato de contrariar é mais abrangente do que “negar vigência” e, justamente por isso, é pacífico na doutrina<sup>40</sup> e jurisprudência<sup>41</sup> que, não obstante, o Texto

<sup>39</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco* – 4. Ed. rev. e atual. – São Paulo:Saraiva, 2009, p. 994.

<sup>40</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e recurso especial*. 9 ed. rev., ampl. e atual.- São Paulo - Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 221. Aduz o citado autor: “Pensamos que “contrariar” um texto é mais do que negar-lhe vigência. Em primeiro lugar, a extensão daquele termo é maior, chegando mesmo a abarcar, em certa medida do outro; segundo, a compreensão dessas locuções é diversa: “contrariar” tem uma conotação mais difusa, menos contundente, já “negar vigência” sugere algo mais restrito, mais

Constitucional apenas se utilize do termo contrariar, inevitavelmente se refere tacitamente à negativa de vigência como caso de recurso extraordinário.

A segunda hipótese de cabimento de recurso extraordinário está na alínea “b” do aludido dispositivo constitucional, no qual se dispõe que caberá o manejo do recurso quando decisão - de última ou única instância - declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Assim, se houve a declaração incidental da inconstitucionalidade de lei federal, caberá ao Supremo, como intérprete maior da Carta Magna decidir se há realmente inconstitucionalidade de determinada lei federal ou tratado, em sede de controle difuso de constitucionalidade da norma.

Julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição é a terceira possibilidade de se manejar recurso extraordinário. Nela, a decisão prolatada da qual se recorre, prestigia de forma incorreta, lei estadual ou municipal ou ato normativo editado por quaisquer dos poderes, em face do texto constitucional, afrontando este último.

O último caso de cabimento do recurso extraordinário é aquele previsto na alínea “d” do art. 102, III, da Constituição Federal, qual seja: julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Malgrado pareça, à primeira vista, uma hipótese estranha de cabimento de recurso extraordinária, tendo em vista que a função precípua do STF é a guarda da Constituição Federal, há razão de ser na aludida hipótese acrescida pela emenda constitucional nº 45.

---

rígido”.

<sup>41</sup> RE 45.255/GO, citado em: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e recurso especial*. 9 ed. rev., ampl. e atual.- São Paulo - Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 223

Isso se deve ao fato de que, ao se discutir a validade de uma lei local em face de uma lei federal, estar-se-á diante de um verdadeiro conflito de competência entre preceitos legais criados por diferentes esferas da Federação.

Deste modo, se é a Constituição Federal que dispõe em seu texto sobre a competência legislativa dos entes federativos, será, em última análise, uma questão constitucional a discussão sobre a validade de lei local em face de lei federal. Aduz Daniel Amorim:

Ocorre, entretanto, que sempre que uma decisão julgar válida uma lei municipal ou estadual contestada em face de lei federal, a questão imediata a ser enfrentada não é exatamente o desrespeito à lei federal, mas o conflito de competência legislativa entre Municípios e Estados de um lado e a União de outro, pano de fundo e fundamento indispensável para a verificação do acerto ou erro da decisão impugnada. Como se sabe, a questão da competência legislativa é matéria constitucional, devendo ser enfrentada em último grau pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sido, nesse sentido, perfeita a modificação realizada pela Emenda Constitucional 45/2004.<sup>42</sup>

Além do enquadramento nas aludidas hipóteses, deverá o recorrente preencher não somente os requisitos inerentes aos recursos em gerais – vistos anteriormente –, mas também alguns pressupostos específicos, quais sejam: a) prequestionamento; e b) repercussão geral.

O primeiro deles, o prequestionamento, tem objetivo de evitar que sejam conhecidos pelo STF recursos extraordinários com matérias alegadas pelo recorrente de forma originária, ou seja, causas ainda não decididas pelo órgão hierarquicamente inferior a ele – causas não decididas em única ou última instância, *ex vi* 102, III, da Constituição Federal.

Válidas as palavras de Cassio Scarpinella Bueno, *in verbis*:

---

<sup>42</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil - 2.ed.-* ; São Paulo: Método, 2010, p. 703.

Para que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desempenhem adequadamente a sua missão constitucional, de uniformizar a interpretação e aplicação do direito federal em todo território brasileiro, é mister que eles julguem, em sede de recurso extraordinário e em sede de recurso especial, o que já foi decidido. É das decisões proferidas por outros órgãos jurisdicionais que decorrem, ou não, violações e contrariedades às normas federais e à jurisprudência de outros tribunais.<sup>43</sup>

Por seu turno, a repercussão geral é o segundo pressuposto para o conhecimento do recurso extraordinário. Ela foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da emenda constitucional n° 45/2004 e surgiu da necessidade de se restringir o grande número de questões de pouca relevância levadas ao STF por meio de recurso extraordinário.

Consiste a sistemática da repercussão geral na obrigatoriedade da parte recorrente demonstrar a relevância e transcendência da questão constitucional a ser discutida, a teor do que dispõe o art. 102, §3º, da Constituição Federal. O STF apreciará o caráter transcendental da questão e somente poderá rejeitar o recurso pelo voto de dois terços dos seus membros.

Percebe-se através das hipóteses de cabimento e dos pressupostos anteriormente vistos a natureza eminentemente excepcional do recurso extraordinário. Somente casos específicos e desde que preenchidos alguns requisitos - mais rigorosos que os empachos de cunho ordinário - justificam a utilização dessa via recursal restritiva.

## **2.4- O recurso especial.**

---

<sup>43</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil, 5:recursos ,processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais:técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo:Saraiva, 2008, p. 241.

O recurso especial, ao contrário do extraordinário, somente surgiu no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Carta Magna de 1988, quando foi criado o Superior Tribunal de Justiça.

Grande parte das matérias anteriormente de competência do STF, as quais eram julgadas através de recurso extraordinário, passaram a ser apreciadas pelo STJ, por meio do recurso especial.

Enquanto questões de natureza constitucional, como a defesa, interpretação e uniformização de entendimentos sobre a Carta Magna continuaram a ser apreciadas pelo STF, coube ao STJ a competência para decidir sobre questões ligadas à legislação federal, garantindo a unidade do ordenamento jurídico pátrio através da uniformização de entendimentos em questões dessa natureza.

Preleciona Barbosa Moreira sobre a importância dos recursos de natureza excepcional, incluindo neste caso o Recurso Especial, *in verbis*:

Nesses limites, e somente neles, é que se põe o problema da uniformização da jurisprudência. Não se trata, nem seria concebível aos órgãos judicantes uma camisa-de-força, que lhe tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre que a anteriormente adotada já não corresponda às necessidades cambiantes do convívio social. Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão.<sup>44</sup>

A Carta Magna de 1988 trouxe o rol de hipóteses de cabimento do recurso especial no seu art. 105, III, não podendo o legislador ordinário modificá-lo, seja para restringir o aludido rol, seja para ampliá-lo:

---

<sup>44</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 13ªEd. - Rio de Janeiro:Forense, 2005, p. 5.

**Art. 105- Compete ao Superior Tribunal de Justiça:**

**III** - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Na primeira hipótese de cabimento de recurso especial - prevista na alínea “a” - o ato de “contrariar” é mais amplo do que se “negar vigência” a lei federal ou tratado, segundo doutrina autorizada. Deste modo, bastaria o texto constitucional se referir à possibilidade de recurso especial quando tratado ou lei federal for contrariado para englobar a negativa de vigência.<sup>45</sup>

Quando o dispositivo constitucional em análise se refere à lei federal, adota o termo “lei” em sentido amplo, o que incluiria as leis ordinárias, complementares, medidas provisórias, leis delegadas, decreto-lei, decreto autônomo. Assim já decidiu o STJ em diversas oportunidades<sup>46</sup>.

Em relação à contrariedade a tratados, deve-se ter em mente que houve a inclusão, através da emenda constitucional nº 45/2004, do § 3º ao art. 5º da Carta Magna. Dessa

---

<sup>45</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – 2.ed.- ; São Paulo: Método, 2010, p.689. Aduz Daniel Amorim: “Entende a melhor doutrina que o termo “contrariar” é mais amplo do que “negar vigência”, mas a nítida distinção entre esses dois termos é absolutamente inútil, considerando-se que tanto num caso como noutro será cabível o recurso especial. Para alguns, inclusive, devem ser tratados como sinônimos”.

<sup>46</sup> STJ, 1ª turma, REsp 879.221/RS, relator ministro Albino Zavascki, julgamento em 18/09/2007, DJ 11/10/2007, p. 306.

forma, quando tratados e convenções internacionais versarem sobre direitos humanos - e forem aprovadas pela Câmara dos Deputados e Senado em dois turnos com três quintos dos votos dos deputados e senadores respectivamente - o tratado internacional terá a mesma força de emenda constitucional.

Nessa hipótese, não caberá recurso especial, mas sim extraordinário, tendo em vista que optou o constituinte em elevar à matéria em questão a nível constitucional, o que inviabiliza a interposição de empachos ao STJ.

A segunda hipótese de cabimento é aquela em que a decisão recorrida julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal. O aludido ato, segundo doutrina autorizada, deve ser de natureza administrativa<sup>47</sup>.

Isso porque o conflito entre atos normativos federais e estaduais ou municipais é uma questão vinculada à discussão da competência normativa de cada unidade federativa, matéria eminentemente constitucional da qual cabe recurso extraordinário nos termos do art. 102, III, d, da Carta Magna de 1988.

Tendo em vista sua função precípua de uniformizar o entendimento jurisprudencial sobre a legislação federal, previu o constituinte como a terceira hipótese de cabimento do recurso especial os casos em que tribunais interpretam de maneira divergente determinada lei federal.

Note-se que não poderão ser decisões ou divergências dentro do mesmo tribunal, caso estas existam devem ser decididas dentro no próprio tribunal, através, v.g., de incidente de uniformização de jurisprudência, e não por meio de recurso especial<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil, volume 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. -6 ed.-Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 308. Entendendo que tal hipótese de cabimento engloba não somente os atos de natureza administrativa como também os de caráter normativo: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. - 2.ed.- ; São Paulo: Método, 2010, p. 690.

Deverá ser a cizânia jurisprudencial atual, *ex-vi* enunciado da súmula n° 83 do STJ, e, para o cabimento de recurso especial com base na alínea c do art. 105, III, da Constituição Federal, deverá a divergência ocorrer necessariamente entre Tribunais de 2° grau. Exclui-se, assim, a divergência entre tribunais em que um deles seja o STJ, para fins de configuração dessa hipótese.

Da mesma forma que no recurso extraordinário, o recorrente além de enquadrar seu empacho em uma hipótese de cabimento do recurso especial, deverá preencher o pressuposto específico do prequestionamento.

Ou seja, em sede de recurso especial, também se exige que a matéria a ser apreciada pelo STJ já tenha sido objeto de apreciação prévia pelo tribunal inferior. Não incumbe ao Superior Tribunal de Justiça se deter sobre matérias de forma originária, mas sim rever decisões já tomadas que afrontem efetivamente a unidade do ordenamento jurídico.

O segundo pressuposto específico é que a decisão recorrida seja proferida necessariamente por um tribunal (Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios) – art. 105, *caput*, da CF. Tal decisão recorrida não precisa ser necessariamente em grau recursal, poderá ser em caráter originário.

Com base nesse pressuposto, o STJ entende que as turmas recursais não podem ser consideradas “tribunais” para fins de recurso especial. Não será cabível de suas decisões a interposição de recurso especial. É o que dispõe o enunciado da súmula n° 203 do STJ. Nesse sentido Daniel Amorim:

---

<sup>48</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e recurso especial*. 9 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo -Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 313. Preleciona o citado autor: “Também é incabível o recurso especial por essa alínea c quando a divergência trazida à colação se estabeleceu dentre os órgãos fracionários do Tribunal *a quo*. É que não se trata de incidente voltado à uniformização da jurisprudência, nem embargos de divergência, destinados à superação da divergência interna de uma Corte (...)”.

Essa exigência impede a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas em julgamento de recurso inominado nos Juizados Especiais. O de revisão da sentença nos Juizados Especiais é o Colégio Recursal, composto por juízes de primeiro grau de jurisdição, não tendo natureza de Tribunal.<sup>49</sup>

A excepcionalidade do recurso especial, assim como do extraordinário, no sistema recursal brasileiro depreende-se da análise das hipóteses de cabimento bastante limitada e vinculadas a determinadas matérias de interesse maior.

Diante ainda do aludido caráter excepcional dos recursos extraordinário e especial, também não poderão ser apreciadas matérias fáticas e concernentes à prova, mas apenas questões de direito, nos termos dos enunciados das súmulas n° 7 do STJ e n° 279 do STF.

Isso porque a função do STJ e STF, através dos recursos de natureza excepcional, é a de garantir a função precípua de defesa da unidade do ordenamento jurídico, seja do ponto de vista legal (recurso especial), seja com enfoque constitucional (recurso extraordinário)

Além disso, a fim de garantir o cumprimento da citada função, foram colocados pressupostos específicos, não existentes em outros recursos, a exemplo da repercussão geral e o prequestionamento, a fim de evitar o excessivo número de recursos.

Não se trata do STF ou STJ rever simplesmente decisões tomadas em última ou única instância, tendo em vista a irrisignação do recorrente em um caso concreto, mas sim a busca da uniformização de entendimentos jurisprudenciais em prol da unidade do sistema jurídico pátrio. Preleciona Mancuso sobre a matéria, *litteris*:

---

<sup>49</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. – 2.ed.- ; São Paulo: Método, 2010, p. 686.

À semelhança do que sucede com a admissibilidade da ação, também a admissibilidade dos recursos está sujeita a certos requisitos, formais e sucumbenciais. Naturalmente, esses requisitos são mais rigorosos nos casos dos recursos excepcionais, ou de direito estrito, do que nos recursos ordinários, como a apelação, onde se pode discutir matéria de fato e de direito e protestar pela injustiça da decisão.<sup>50</sup>

Portanto, a reforma da decisão em prol de uma das partes, beneficiando-a em um caso concreto, fica em segundo plano, assim como a injustiça ou não da decisão. O objetivo mor será a defesa do ordenamento jurídico, seja através do recurso especial seja pro meio do recurso extraordinário.

### **3- O REEXAME NECESSÁRIO.**

#### **3.1- Evolução histórica.**

O reexame necessário não é um instituto recente, ele possui origens no Direito Medieval. No entanto, somente se consolidou a partir das Ordenações Afonsinas, em Portugal. Preleciona Gisele Mazzoni Welsch sobre a origem histórica do reexame necessário, *litteris*:

O reexame necessário, originalmente chamado de recurso de ofício, possui suas origens mais remotas no Direito Medieval, porém apresenta estruturas mais sólidas e delineadas em Portugal, em meados do século XIV. O instituto foi

---

<sup>50</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e recurso especial*. 9 ed. rev., ampl. e atual.- São Paulo -Editora Revista dos Tribunais, p. 120.

introduzido no processo penal, sob a influência do Direito Canônico, como uma forma de proteção ao réu, condenado à pena de morte no processo inquisitório.<sup>51</sup>

Em suas origens, o reexame necessário foi criado com objetivo de servir como um contrapeso ao excessivo poder exercido pelo juiz em um processo que tinha, à época, caráter eminentemente inquisitório no campo penal.<sup>52</sup>

Tal instituto processual, da “apelação ex-offício”, manteve-se nas Ordenações Manuelina e Filipinas, sobretudo no processo penal, somente posteriormente vindo a incidir em algumas hipóteses concernentes ao processo civil.<sup>53</sup>

Devido à notória influência do direito português na construção do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo em seu início, o reexame necessário foi incorporado ao direito brasileiro, preliminarmente, por meio da lei de 4.10.1831.

Mister ressaltar que o reexame necessário surge no ordenamento jurídico pátrio predominantemente na defesa do interesse da Fazenda Pública. Ou seja, em matéria eminentemente de processual civil, o que se distancia da sua origem lusitana ligada umbilicalmente a matérias penais.

Nos anos seguintes, continuou a ser previsto o reexame necessário na legislação pátria, seja no âmbito federal, seja por meio de leis estaduais. Isso ocorreu, por exemplo, através da lei nacional n° 242/1841 e de códigos de processo civil estaduais<sup>54</sup>, como o do Estado da Bahia – lei n° 1121/1915 – e o do Estado de São Paulo – lei n° 2421/1930<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 19.

<sup>52</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993, p. 262.

<sup>53</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo* – 8 ed. – São Paulo: Dialética, 2010, p. 197.

<sup>54</sup> Na época, era competência dos Estados legislar sobre o processo civil e, por esse motivo, o instituto do reexame necessário foi previsto por meio de leis estaduais, o que não ocorre atualmente, já que a matéria é de

O Código de Processual Civil de 1939 (decreto nº 1608/1939)<sup>56</sup> unificou o sistema processual no direito pátrio e, conseqüentemente, a matéria concernente ao reexame necessário, a qual estava antes esparsadas nas diversas leis estaduais.

Nota-se que o Código de 1939 - assim como as leis anteriores a ele - se utilizava do termo “apelação necessária ou ex-officio”, o que gerou cizânia doutrinária sobre a natureza jurídica do reexame necessário durante muito tempo.

Devido à nomenclatura existente, e à própria disposição topológica da matéria no Código de 1939, discutia-se se o reexame necessário seria um verdadeiro recurso interposto pelo juiz ou apenas um procedimento *sui generis* a ser seguido antes de se efetivar a decisão prolatada.

Das três hipóteses de reexame necessário trazidas no parágrafo único do citado art. 822, percebe-se que os incisos I e II tratavam de matérias consideradas de interesse público à época, relacionadas ao direito de família. Por seu turno, o inciso III se referia à defesa da Fazenda Pública naquelas questões em que for proferida sentença contra União, Estado ou Município.

Isto é, a justificativa para o reexame necessário não residiria apenas na defesa dos interesses da Fazenda Pública - nos moldes em que havia surgido no direito brasileiro -, mas sim na proteção do interesse público, como no caso da matéria concernente à nulidade do casamento.

---

competência federal, a teor do que dispõe o art. 22, I, da Carta Magna de 1988.

<sup>55</sup> WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 23/24.

<sup>56</sup> 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 declarem a nulidade do casamento; II – das que homologam o desquite amigável; III – das proferidas contra a União, o Estado ou o Município;

O Código de Processo Civil de 1973 (lei nº 5.869/1973) não alterou de maneira significativa as referidas hipóteses de incidência e matérias abarcadas pelo reexame necessário<sup>57</sup>.

Note-se que o aludido dispositivo legal apenas eliminou a menção à homologação do desquite amigável, por considerar o legislador desnecessário a reapreciação obrigatória dessa matéria pelo Juízo *ad quem*. Entrementes, manteve o instituto em relação às sentenças que anulassem o casamento ou que fossem proferidas contra a União, os Estados ou os Municípios.

Acresceu o legislador ordinário ainda mais uma hipótese para incidência do reexame necessário: sentenças que julgassem improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (inciso III).

Uma das mudanças mais significativas, em relação ao Código de 1939, foi a alteração da disposição topológica do instituto do reexame necessário para capítulo concernente à coisa julgada, atendendo-se a reivindicações de parte da doutrina pátria.

Também houve a mudança na nomenclatura, não se utilizando mais o termo “apelação necessária ou *ex officio*”. Preferiu o legislador, no art. 475 do CPC, falar somente em sujeição ao duplo grau de jurisdição ao se referir ao reexame necessário.

A lei nº 9.469/1997 estendeu o benefício do reexame necessário, antes prerrogativa apenas dos entes federativos, às autarquias e fundações públicas vinculados àqueles.

---

<sup>57</sup> Art. 475- 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 de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, número VI).

Excluiu dessa extensão, no entanto, as empresas públicas e sociedade de economia mista<sup>58</sup>, estas de natureza jurídica de direito privado<sup>59</sup>.

Por meio da lei n° 10.352/2001, foi modificado profundamente o art. 475 do CPC, principalmente em dois aspectos: a) a extinção da hipótese de reexame necessário em sentença que anula casamento; b) a colocação de alguns limites à hipótese de remessa obrigatória em caso de decisão desfavorável à Fazenda Pública - §2° e 3° do art. 475.

No tocante à impossibilidade do reexame necessário em face de sentença de anulação de casamento, ela resultou da perda paulatina da importância e do eminente interesse público, pois não haveria maiores justificativas para se utilizar da remessa oficiosa da matéria para reapreciação. Além disso, a intervenção do Ministério Público já seria o bastante em tais lides relacionadas ao direito de família.

Tal esvaziamento do instituto, no que toca à aludida hipótese, se justificaria, entre outras coisas, pelo advento no ordenamento jurídico brasileiro do divórcio. Os efeitos jurídicos provenientes da nulidade em muitos aspectos se assemelhariam com o do divórcio, o que tinha como consequência o (quase) desaparecimento fático de ações em que se discutia a questão. Preleciona nesse sentido Leonardo José Carneiro da Cunha, *in verbis*:

A disposição que submetia a sentença anulatória do casamento ao duplo grau obrigatório vinha, a bem verdade, revelando-se ineficaz, porquanto, com o advento da lei n° 6.515/1977 – que passou a permitir o divórcio no Brasil –,

---

<sup>58</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos recursos* – 6 ed, atual., ampl. e reform. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 84; e SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória* – 6 ed. atual. de acordo com as leis n. 11672 e 11.697, 2008 – São Paulo, Saraiva, 2009, p. 345.

<sup>59</sup> Também podem ter citadas como modificações na temática da remessa obrigatória: a) o decreto-lei 779/1969, que instituiu o reexame necessário na Justiça do Trabalho; b) a lei n° 10259/01 que, em seu artigo 13, excluiu a incidência do reexame necessário nos juizados especiais federais; e c) a medida provisória 2180-35/2001 que, em seu art. 12, dispensou o reexame necessário 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, isso nas sentenças proferidas contra a União.

esvaziaram-se, para não dizer que se nulificaram, as ações anulatórias de casamento. Além do mais, a sentença que decreta o divórcio produz, praticamente, os efeitos da anulação do casamento. Assim, em termos de interesse público e proteção à família, se a sentença que anula o casamento deve ser reexaminada, a do divórcio também deveria ser, exatamente porque as duas põem termo ao laço matrimonial.<sup>60</sup>

Em relação às restrições das hipóteses do art. 475 do CPC, o legislador através do §§ 2º e 3º do indigitado artigo impôs algumas limitações aos casos de reexame necessário. Assim, preleciona o §2º que a remessa *ex officio* não será aplicada quando a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo que não exceda sessenta salários mínimos, assim como na hipótese de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

Por seu turno, o § 3º dispõe que não haverá reexame quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula deste ou de outro tribunal superior competente para apreciar a matéria discutida.

Malgrado existam projetos de lei tramitando no Congresso Nacional no intuito de modificar a legislação pátria no que tange ao reexame necessário<sup>61</sup> - o que inclui o projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto de lei nº 166/2010) -, não houve relevantes alterações no instituto desde a lei nº 10.352/2001.

### **3.2 – Conceito e natureza jurídica do reexame necessário.**

<sup>60</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo* – 8 ed. – São Paulo: Dialética, 2010, p. 199.

<sup>61</sup> BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais sucedâneos : técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 421. O citado autor cita em seu livro duas dessas propostas, quais sejam: o projeto de lei nº 3.615/2004, proveniente da Câmara dos Deputados, e o projeto de lei nº 11/2005, de iniciativa do Senado Federal. Atualmente, o primeiro dos citados projetos (nº 3.615/2004) encontra arquivado. Por seu turno, o segundo projeto (nº 11/2005) teve sua análise prejudicada, tendo em vista a existência do Projeto de lei do novo código de processo civil, o qual possuiria redação similar.

Nos contornos atuais dados pela legislação brasileira, pode-se conceituar o reexame necessário como um procedimento em que as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública ficam, salvo exceções existentes, sujeitas obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição, havendo uma reapreciação da matéria pelo Tribunal competente. Nesse sentido se posiciona Cassio Scarpinella Bueno, *in verbis*:

O chamado reexame necessário é instituto pelo qual as sentenças proferidas contra os interesses da Fazenda Pública ficam submetidas à revisão perante o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, independentemente de interposição de apelação pelo ente público.<sup>62</sup>

Desde que houve a inserção do reexame necessário no ordenamento jurídico brasileiro, há uma cizânia doutrinária sobre a sua natureza jurídica. Como já dito anteriormente, a nomenclatura dada – apelação necessária – e a própria posição topológica da remessa *ex officio* no capítulo concernente aos recursos no CPC de 1939 contribuíram para, por muito tempo, ser predominante o entendimento de que o reexame necessário seria um recurso.

Além disso, a existência de algumas características comuns entre o reexame necessário e os recursos em geral, a exemplo do efeito devolutivo, contribuíram para o prolongamento dessa discussão sobre a natureza jurídica do instituto em epígrafe<sup>63</sup>. Válidas as preleções de Giselli Mazzoni Wesch sobre essa cizânia:

---

<sup>62</sup> BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais sucedâneos : técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 411.

<sup>63</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos recursos* – 6 ed, atual., ampl. e reform. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 79.

Sendo assim, o universo dos institutos jurídicos semelhantes ao reexame necessário é aquele no qual se encontra os recursos. Aliás, a primeira idéia que se tem acerca do reexame necessário é a de que se trata de uma espécie recursal. E isto é inevitável haja vista o tradicional tratamento dado ao referido instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem assim pelo seu próprio objeto, consistente na reanálise do julgado pelo órgão revisor, objeto este muito peculiar aos dos recursos.<sup>64</sup>

Aqueles que defendem a natureza recursal do reexame necessário se apóiam na existência de características coincidentes entre ele e demais recursos. Em ambos os casos haveria a remessa dos autos a um Juízo superior para reapreciação da questão antes decidida por meio de sentença.

Igualmente aos recursos em geral, a remessa *ex officio* possuiria os efeitos devolutivo, suspensivo e translativo. Ademais, da mesma forma que na apreciação de outros recursos, o acórdão proferido em sede de reexame necessário substituiria a sentença.

Para os doutrinadores que defendem essa corrente, a voluntariedade não seria a característica essencial para se determinar a inclusão do reexame necessário como recurso. A característica mais relevante seria o ato de devolução da matéria para revisão. Gisele Mazzoni Welsch, com base nas lições de Araken de Assis, explana o posicionamento dessa parte da doutrina, *litteris*:

Tal corrente doutrinária ainda sustenta a necessidade de e alargar a necessidade de se alargar o conceito de recurso, a fim de relativizar o requisito da voluntariedade. A referida parcela da doutrina ainda defende o argumento de que, ao julgar o reexame necessário, o tribunal irá proferir um acórdão que, necessariamente, deve substituir a sentença (CPC, art. 512), seja para mantê-la, seja para modificá-la. Tais circunstâncias já eram suficientes para conferir ao reexame necessário a natureza de recurso, sendo irrelevante a ausência de voluntariedade e de outros requisitos de admissibilidade recursal.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 40.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 42

No entanto, a doutrina amplamente majoritária tem pensamento contrário ao exposto anteriormente e elenca uma série de justificativas para não se considerar o reexame necessário como uma espécie de recurso.

Um dos primeiros motivos para se afastar a classificação do reexame necessário como recurso seria a sua não inclusão no rol taxativo existentes no CPC, nem a sua menção como recurso por nenhuma lei esparsa.

O Código de Processo Civil, em seu art. 496, enumera os recursos existentes, não incluindo o reexame necessário, o qual somente é mencionado no capítulo do Código correspondente à sentença e coisa julgada. Não atenderia, portanto, ao princípio da taxatividade.<sup>66</sup>

O deslocamento topológico feito pelo legislador do instituto do reexame necessário para o capítulo correspondente à sentença e coisa julgada significou, entre outras coisas, a afirmação de que o reexame necessário não seria efetivamente um recurso. Preleciona Flávio Cheim Jorge, *in verbis*:

O Código de Processo Civil de 1973 não cogitou mais dessa figura da apelação necessária ou ex officio. O diploma atual, corrigindo a falha do anterior transportou para a sede apropriada, qual seja a que diz respeito à projeção da eficácia da sentença, a regra determinante da sujeição da sentença, em dadas circunstâncias, ao duplo grau de jurisdição.<sup>67</sup>

A ausência de prazo para sua interposição é outro argumento para não se considerar o reexame necessário um recurso. Conforme se vislumbra no capítulo do CPC concernente

---

<sup>66</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil, volume 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. -6 ed.-Salvador:Jus Podivm, 2009, p. 481.

<sup>67</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*- 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 226.

aos recursos, todos os empachos mencionados possuem um prazo predefinido para interposição.

Com base no princípio da segurança jurídica, não se poderia permitir a uma das partes recorrer a qualquer tempo no intuito de modificar decisão proferida anteriormente. Há um limite temporal e um prazo preclusivo.

Tal regra, no entanto, não se aplica ao reexame necessário. Enquanto não houver a remessa obrigatória, não ocorrerá o trânsito em julgado da sentença e, conseqüentemente, esta última ficará desprovida de eficácia. Inexiste preclusão ou prazo para que o Juízo *a quo* remeta os autos para o Tribunal para reapreciar a matéria.

O reexame necessário é uma etapa obrigatória nas hipóteses do art. 475 do CPC e, por isso, não se pode simplesmente deixar de ocorrer, até mesmo porque não depende de algum ato das partes, mas sim de uma ação vinculada do magistrado em remeter o processo para o Tribunal.

O terceiro aspecto que, segundo a doutrina majoritária, faz com que o reexame necessário não seja considerado recurso é a ausência de dialeticidade e de pleito de revisão de sentença ou declaração de sua nulidade. Ou seja, não haveria a motivação do recurso com apresentação das razões para revisão da sentença, bem como inexistiria ainda qualquer pedido nesse sentido. Nelson Nery Junior conceitua o princípio da dialeticidade no que tange aos recursos, *in verbis*:

Vige, no tocante aos recursos, o princípio da dialeticidade. Segundo este, o recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão. Só assim a parte contrária poderá contra-arrazoá-la, formando-se o imprescindível contraditório em sede recursal.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos recursos* – 6 ed, atual., ampl. e reform. – São Paulo: Editora dos

Em decorrência da ausência de dialeticidade, não há incidência também do princípio do contraditório<sup>69</sup>, tendo em vista que não serão apresentadas razões ou argumentos a serem combatidas pelas partes. Simplesmente o juiz remeterá o processo ao Tribunal para revisão com base no art. 475, §1º, do CPC<sup>70</sup>.

A ausência de voluntariedade é a justificativa mais frequentemente usada pelos doutrinadores para não enquadrar o reexame necessário como recurso. A provocação do Judiciário pela parte sucumbente, por meio da interposição de recurso, a fim de reformar ou anular a decisão é fundamental para que a matéria discutida seja reapreciada por uma instância superior.

Caso a parte sucumbente simplesmente não interponha eventual recurso cabível haverá o trânsito em julgado da decisão, não podendo mais se discutir a questão, tendo em vista a preclusão.

No reexame necessário, todavia, a vontade das partes não tem relevância, uma vez que, mesmo que a parte prejudicada com a sentença não interponha algum recurso ou demonstre sua resignação com o resultado da demanda, o processo deverá subir para que seja revisado pelo Tribunal. Manifesta-se Daniel Amorim sobre o tema, *in verbis*:

---

Tribunais, 2004, p. 79.

<sup>69</sup> Em sentido contrário, entendendo que há a aplicação do princípio do contraditório no reexame necessário: BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais sucedâneos : técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 415.

<sup>70</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos recursos* – 6 ed, atual., ampl. e reform. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 77. Aduz o autor: “(...) o juiz, quando remete o julgado em atendimento ao CPC 475, não deduz nenhuma argumentação em contrário à decisão. Isto seria ilógico e paradoxal. Como poderia o prolator da sentença submetida ao duplo grau obrigatório assinalar as razões de seu “inconformismo” com o dispositivo contido no próprio decreto judicial? Por falta de dialeticidade, não vemos a remessa obrigatória como recurso.”

O recurso é um ônus processual, sendo que a sua existência depende de expressa manifestação de vontade da parte, por meio de sua interposição. A vontade da parte, portanto, é determinante, sendo a voluntariedade um princípio recursal, derivado do princípio dispositivo. O reexame necessário, conforme se depreende do próprio nome, nada tem de voluntário, porque sua existência decorre da expressa manifestação da lei, sendo irrelevante a vontade das partes e mesmo do juiz, que será obrigado a ordenar a remessa dos autos ao tribunal e, não o fazendo, proporcionará a avocação dos autos por seu presidente (art. 475, §1º, do CPC).<sup>71</sup>

Ademais, justamente por o reexame necessário não ser interposto espontaneamente por uma das partes, *Parquet* ou terceiro prejudicado, inexistente o preenchimento do requisito para interposição de recursos da legitimidade recursal. O juiz não recorre da sua própria decisão, simplesmente remete o processo ao Tribunal em decorrência do que impõe a lei.

A doutrina majoritária entende que, na verdade, a remessa obrigatória seria uma condição de eficácia da sentença. Enquanto não revisada a sentença pelo tribunal, não haveria o trânsito em julgado da decisão, esta ficaria em um “estado de latência”<sup>72</sup>, esperando o implemento de condição (reexame necessário) para poder produzir seus efeitos jurídicos. Seria uma verdadeira condição suspensiva de eficácia.

Leonardo José Carneiro da Cunha traz à baila entendimento em sentido semelhante,

*litteris:*

O reexame necessário condiciona a eficácia da sentença à sua reapreciação pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz que a proferiu. Enquanto não for procedida a reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não contenta plena eficácia. Desse modo, não havendo o reexame e, conseqüentemente, não transitando em julgado a sentença, será incabível a ação rescisória. Eis mais uma razão pela qual o reexame necessário não pode ser tido como recurso.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – 2. Ed. – São Paulo: Método, 2010, p. 524.

<sup>72</sup> SIMARDI, Claudia Aparecida. *Remessa obrigatória*. In: Nery Junior, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, vol. 6. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p.127.

<sup>73</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo* – 8 ed. – São Paulo: Dialética, 2010, p. 201.

O posicionamento topológico do reexame necessário no CPC em capítulo concernente à sentença e à coisa julgada corrobora com esse entendimento. Além disso, as próprias mudanças legislativas ocorridas com o advento do CPC de 1973 deixaram notória a opção do legislador pelo entendimento de que o reexame necessário não é recurso, mas sim uma condição imposta para eficácia da sentença proferida contra a Fazenda Pública.

### **3.3- O reexame necessário como uma exceção dentro do sistema processual e a discussão sobre sua constitucionalidade.**

Desde a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, em 1831, o reexame necessário esteve envolto em discussões sobre a necessidade, ou não, de sua utilização no sistema processual pátrio.

Além disso, debateu-se bastante sobre a sua constitucionalidade<sup>74</sup>, tendo em vista a afronta que o manejo do reexame necessário poderia ocasionar a direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, a exemplo dos direitos à igualdade, à celeridade e à duração razoável do processo.

A principal justificativa usada, no passado e também hodiernamente para se defender a constitucionalidade - e a própria existência da remessa obrigatória nos tempos hodiernos - é a proteção dos interesses públicos.

---

<sup>74</sup> Conforme informa Cassio Scarpinella Bueno (BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais sucedâneos : técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008, P. 442) e Gisele Mazzoni Welsch (WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 115), Alfredo Buzaid idealizador do atual Código de Processo Civil, em seu livro “Da apelação ex officio no sistema do Código de Processo Civil”, de 1951, já discorria sobre a duvidosa constitucionalidade do instituto do reexame necessário.

Parte-se, muitas vezes, da premissa de que haveria deficiência no aparelhamento da Fazenda Pública, o que dificultaria o exercício pleno da defesa dos interesses ditos públicos.

Alega-se, ainda, que o reexame necessário seria uma forma de evitar fraudes e atos lesivos à Fazenda Pública, em claro prejuízo ao erário público, no transcorrer de demandas judiciais<sup>75</sup>.

Gisele Mazzoni Welsch traz a lume o pensamento de Jorge Tosta, defensor da constitucionalidade do reexame necessário, *in verbis*:

Conforme Jorge Tosta, a finalidade da norma prevista no reexame necessário tem amparo constitucional que, em diversos dispositivos tutela o patrimônio público de modo diferenciado. A proteção do patrimônio estatal é condição para o pleno desenvolvimento das suas atividades essenciais e a dilapidação de tal patrimônio põe em risco a organização do Estado.<sup>76</sup>

Também concluem, alguns de seus defensores, que se evitaria, por meio do reexame necessário, decisões precipitadas – e em alguns casos teratológicas –, sem a devida reflexão, e dissonantes de entendimentos, muitas vezes, já consagrados a favor da Fazenda Pública em algumas matérias. Assim se pronuncia Hélio do Valle Pereira:

Entre as vontades pessoais dos litigantes e a conveniência de maior meditação sobre a causa deve preponderar o segundo valor. Nada há de irracional nessa conclusão nem se ofende o princípio constitucional. Não há, em conseqüência, fraude à isonomia.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> SPALDING, Mauro. *Execução contra a fazenda pública federal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 131.

<sup>76</sup> WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 177.

<sup>77</sup> PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da fazenda pública em juízo* – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 136.

Não haveria ainda para essa corrente a afronta, do reexame necessário, ao princípio da igualdade e ao preceituado pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Pelo contrário, estar-se-ia explicitado o respeito ao princípio da igualdade em sua faceta material<sup>78</sup>, ao tratar desigualmente aqueles que não têm as mesmas condições de atuar no processo. Obter-se-ia assim uma maior proteção e defesa do erário público por meio da remessa obrigatória.

Por outro lado, aqueles que pregam a inconstitucionalidade do reexame necessário vêm em tal instituto uma clara afronta ao princípio da igualdade e ao próprio Estado Democrático de Direito. Não haveria justificativa em se conceder este verdadeiro privilégio à Fazenda Pública em detrimento de direitos pertencentes aos cidadãos.

Sustenta Cristiane Flores Soares Rolin, *in verbis*:

Parece duvidoso, nos dias atuais, que o duplo grau obrigatório é demais. Na medida em que privilegiou uma parte, afronta o princípio informativo jurídico da igualdade. Contando o Estado com cada vez melhores advogados e o Ministério Público se fazendo cada vez mais atuante e prestigiado, há uma afronta ao princípio da economia processual. Diante disso, não há razão para subtrair ao julgador e aos advogados a confiança em suas condutas.<sup>79</sup>

Em outras palavras, não haveria, para os defensores da inconstitucionalidade, efetiva disparidade de armas em desfavor da Fazenda Pública para que se pudesse justificar a permanência do aludido instituto hodiernamente.

---

<sup>78</sup> WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 116.

<sup>79</sup> ROLIN, Cristiane Flores Soares. *A garantia da igualdade das partes frente ao interesse público*. In: WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 24.

Ademais, não se poderia, a fim de abonar a existência do reexame necessário, aduzir de forma simplista que a defesa do erário público coincidiria obrigatoriamente com a proteção do interesse público e da coletividade<sup>80</sup>.

Dever-se-á ter em mente a clássica distinção feita por Celso Antonio Bandeira de Mello entre o interesse público primário e o secundário<sup>81</sup>. O primeiro se refere ao interesse da coletividade, o que independe muitas vezes da afetação ou não do erário público, enquanto que o segundo é relacionado à pessoa jurídica pública em si e à proteção dos seus interesses particulares - como, por exemplo, seu patrimônio -, que em alguns momentos estão em claro confronto com o interesse coletivo<sup>82</sup>.

Ou seja, para autores como Cassio Scarpinella Bueno, o reexame necessário somente viria a proteger a “interesses públicos secundários” e puramente patrimoniais da Fazenda Pública, em detrimento de preceitos de natureza constitucional e dos próprios anseios da coletividade. Preleciona o citado autor, *in verbis*:

O “interesse público”, contudo, com o qual se pretende se adequar o “reexame necessário” ao “modelo constitucional do direito processual civil” não é “o” interesse público tutelado pela Constituição e que se afina às pretensões legítimas dos cidadãos e à finalidade que justifica o Estado Democrático de Direito, o chamado, pelos administrativas (sic), de “interesse público primário”. Trata-se da salvaguarda do interesse que de “público” só tem o nome, porque coincidente com os interesses das pessoas jurídicas de direito público enquanto entes capazes

<sup>80</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador, Coimbra: Coimbra, 1994, p. 1142-1143. In: SARMENTO, Daniel (organizador). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 91.

<sup>81</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 57.

<sup>82</sup> STJ, Resp. 904885/SP, 2ª turma, relatora: ministra Eliana Calmon, DJ: 09/12/2008. Aduz a ministra Eliana Calmon: “A ilação de que fraudes e conluios contra a fazenda pública ocorrem principalmente no primeiro grau de jurisdição, levando à não-impugnação da sentença no momento processual oportuno pelos procuradores em suas diversas esferas do Poder Executivo, por si só, não tem o condão de afastar a indispensável busca pela efetividade da tutela jurisdicional, que envolve maior interesse público e não se confunde com o interesse puramente patrimonial da União, dos Estados, do Distrito Federal e de suas respectivas autarquias e fundações. Ademais, o ordenamento jurídico possui instrumentos próprios, inclusive na seara penal, eficazes para a repressão de tais desvios de conduta dos funcionários públicos”.

de ter direitos e deveres na esfera jurídica, o chamado “interesse público secundário”.<sup>83</sup>

Os doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade do reexame necessário aduzem ainda que, além da afronta ao princípio da igualdade, há uma ofensa nítida à duração razoável do processo e à efetividade da prestação jurisdicional, não se podendo considerar a remessa obrigatória um mal necessário em prol do interesse coletivo.

Não obstante tais discussões relevantes sobre a constitucionalidade do reexame necessário, o entendimento prevalecente é de que ele é constitucional e que não ofenderia a princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, como o da igualdade. Deste modo, o reexame necessário continua plenamente em vigor, sendo aplicado diariamente por nossos tribunais<sup>84</sup>.

Outra questão que surge no tocante ao reexame necessário é a amplitude em sua interpretação. Deverá o intérprete fazer uma interpretação ampliativa ou restritiva dos casos de remessa obrigatória previstos em lei?

Diante do entendimento pacífico dos tribunais sobre a constitucionalidade da remessa *ex officio*, aqueles que vêm com ressalva o aludido instituto afirmam que qualquer interpretação sobre o reexame deverá ser a mais restritiva possível.

Isso porque a remessa obrigatória em si é uma restrição de direitos do cidadão inerentes ao processo e uma excepcionalidade em relação à isonomia. Não haveria de se ampliar a interpretação do aludido instituto em detrimento de direitos de nível constitucional e em colisão com o princípio da igualdade.

---

<sup>83</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais sucedâneos : técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 412.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 313.

Dessa forma, para os adeptos da interpretação restritiva, por exemplo, estaria incorreto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado do enunciado da sua súmula nº 45 do STJ<sup>85</sup>, de que no reexame necessário há a impossibilidade da *reforma in pejus*, no que toca à Fazenda Pública.

Os dispositivos normativos correspondentes ao reexame necessário não mencionam tal restrição ao poder de revisão da decisão pelo Tribunal. No entanto, o STJ preferiu adotar a interpretação de que somente se poderia reformar a decisão em favor da Fazenda Pública, por mais que a lei seja omissa sobre o assunto.

Noutro falar, o Tribunal Especial se utilizou de um entendimento ampliativo do instituto, ao aplicar a regra da vedação da *reformatio in pejus* na apreciação do reexame necessário. Por esse motivo, doutrinadores como Nelson Nery Junior<sup>86</sup> entendem que a aplicação do princípio da proibição da *reformatio in pejus* não é possível por falta previsão legal.

Outro exemplo de interpretação ampliativa dada por parte da doutrina ao reexame necessário concerne à defesa da possibilidade de interposição de recurso especial ou extraordinário em relação à decisão proferida em sede de remessa obrigatória.<sup>87</sup>

Para aqueles que partem de uma interpretação restritiva, no entanto, impossibilitada estar-se-á a aludida interposição de recursos excepcionais. A uma, porque, conforme consolidado na doutrina, o reexame necessário não é recurso. A duas, não há disposição legal expressa autorizando tal interposição de empachos.

---

<sup>85</sup> Súmula nº 45 do STJ: Reexame Necessário - Agravar Condenação - Fazenda Pública. No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.

<sup>86</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos recursos* – 6 ed, atual., ampl. e reform. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 79.

<sup>87</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo* – 8 ed. – São Paulo: Dialética, 2010, p. 224/225.

Nelson Nery Junior discorre sobre a cizânia concernente à interpretação do reexame necessário, deixando evidente seu posicionamento em favor de uma interpretação restritiva do aludido instituto processual, *in verbis*:

Como se pode perceber, a impertinente figura da remessa necessária tem sido prestigiada pelos tribunais brasileiros, com interpretação ampliativa de seu regime jurídico, quando, ao contrário, a ela se deve dar interpretação restritiva por medida de exceção e, mais corretamente, tem de ser abolida do sistema jurídico brasileiro.<sup>88</sup>

Depreende-se, portanto, que há relevante discussão sobre a constitucionalidade e interpretação do reexame necessário, o que possibilita muitas vezes posicionamentos divergentes na doutrina e decisões conflitantes em nossos tribunais, sobretudo no que toca à amplitude dada à interpretação da remessa obrigatória.

### **3.4- Das hipóteses do reexame necessário.**

Malgrado existam leis esparsas que tragam outras hipóteses de reexame necessário, o Código de Processo Civil, no seu art. 475, traz as principais hipóteses em que ele incidirá. Dispõe o citado preceito legal, com a redação dada pela lei nº 10.352/2001:

**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;

---

<sup>88</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos recursos* – 6 ed, atual., ampl. e reform. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 85.

**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.

O primeiro aspecto a ser ressaltado no que toca à dicção do art. 475 do CPC concerne ao fato de o citado dispositivo, em seu *caput*, aduzir que o reexame necessário somente é cabível em face de sentença. Não é cabível, assim, a remessa obrigatória em face de decisões interlocutórias e despachos<sup>89</sup>. Nesse sentido Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha, *in verbis*:

A exigência do reexame necessário alcança apenas as sentenças, não atingindo as decisões interlocutórias proferidas contra as pessoas jurídicas de direito público. Com efeito, não se sujeitam ao reexame necessário as decisões interlocutórias proferidas contra a Fazenda Pública; não há, pois, reexame necessário em relação à tutela antecipada concedida em face da Fazenda Pública. Mas se a decisão interlocutória resolver definitivamente parte do mérito da causa, o que é possível em face da nova redação do art. 269 do CPC, sendo apta a ficar imune pela coisa julgada material, é possível defender a necessidade do reexame compulsório pelo tribunal.<sup>90</sup>

<sup>89</sup> Esse, aliás, é o entendimento já esposado pelo STJ sobre a matéria: STJ, 5ª turma, REsp. 505.022/MG, Relator: ministro José Arnaldo da Fonseca, julgamento: 15/06/2004 DJ 23/08/2004 p. 264.

<sup>90</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil, volume 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. -6 ed.-Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 483.

Além disso, ao se utilizar expressamente o termo “sentença”, o *caput* do art. 475 do CPC exclui do âmbito do reexame necessário os acórdãos e decisões proferidas por órgãos colegiados e Tribunais.<sup>91</sup>

A primeira hipótese de reexame necessário (inciso I) ocorre quando há sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, ou as respectivas autarquias e fundações de direito público<sup>92</sup>.

O entendimento majoritário é que o dispositivo legal em epígrafe, ao se referir à sentença prolatada “contra” a Fazenda Pública, necessariamente vinculou o reexame necessário às demandas em que ela figura como ré. Isso porque, em termos, a sentença não é proferida contra o autor, mas sim em face do réu. Leonardo José Carneiro se pronuncia sobre a questão, *in verbis*:

Na hipótese de a Fazenda Pública figurar como autora da demanda, não haveria, segundo esse entendimento, sentença proferida contra o ente público, eis que somente se profere sentença contra o ré. De fato, “essa sentença não é proferida ‘contra’ o autor, não estando sujeita à remessa necessária quando o autor for uma das entidades mencionadas no CPC 475”. A jurisprudência do STJ acompanha esse entendimento, não admitindo o reexame necessário relativamente às sentenças terminativas.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 73.

<sup>92</sup> A lei nº 10.352/2001 incorporou à sua redação a obrigatoriedade do reexame necessário em face de sentenças proferidas contra autarquias e fundações públicas, o que já era previsto pela lei nº 9.469/1997. A lei nº 10.352/2001, ainda, mencionou de maneira expressa o Distrito Federal como beneficiário da remessa obrigatória, entendimento este pacificado na doutrina e jurisprudência pátria que, há muito tempo, reconheciam que esse benefício aplicava-se ao Distrito Federal, inobstante a omissão do art. 475 do CPC em sua redação originária.

<sup>93</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo* – 8 ed. – São Paulo: Dialética, 2010, p. 204.

O termo “contra”, portanto, não poderia ser interpretado de maneira ampla a fim de que em qualquer demanda na qual a sentença fosse desfavorável à Fazenda Pública devesse haver o reexame necessário, inclusive naqueles casos em que ela fosse autora da ação.<sup>94</sup>

Nessa mesma linha de pensamento, também não incidiria o reexame necessário nas sentenças terminativas, por dois motivos: a) caso seja ré na demanda, na verdade, a Fazenda Pública sairia beneficiada pela sentença; b) na hipótese de ser autora da demanda, por não ter sido julgado o mérito, não haveria de se falar em uma sentença “contra” a Fazenda Pública, nem haveria sucumbência a ser suportada.

Válidas as lições de Nelson Nery Junior nesse mesmo sentido, *litteris*:

Quando a sentença for de extinção do processo sem julgamento de mérito, não se pode dizer que proferida “contra” a Fazenda Pública ou a autarquia, já que haveria apenas o reconhecimento judicial de que não se poderia examinar a questão a fundo, motivo pelo qual essa sentença não é passível de remessa obrigatória.<sup>95</sup>

Esse também é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. Dessarte, segundo doutrina e jurisprudência amplamente majoritárias, somente sentença de mérito proferida contra a Fazenda Pública - quando esta estiver em pólo passivo - serão passíveis de reexame necessário.

A segunda hipótese prevista pelo art. 475 do CPC concerne à sentença que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

---

<sup>94</sup> Em sentido contrário: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno, tomo I* - 3.ed. - São Paulo: Malheiros, 2000, p. 213.

<sup>95</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos recursos* – 6 ed, atual., ampl. e reform. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 82.

No tocante à redação originária do supracitado dispositivo houve uma correção técnica, tendo em vista que, incorretamente, se dispunha que da sentença que julgasse improcedente a execução seria cabível o reexame necessário.

Em verdade, não se pode falar em improcedência da execução, mas sim em sua extinção. Além disso, o que ocasiona o fim da execução é a decisão procedente prolatada em sede embargos, em favor do executado-embargante e contra a pretensão formulada pela Fazenda Pública.

O legislador, por meio da lei nº 10.352/2011, fez a aludida correção, atendendo a reclames da doutrina e jurisprudência, as quais já interpretavam de forma remansosa que o indigitado dispositivo se referia especificamente às decisões proferidas em sede de embargos.<sup>96</sup>

Depreende-se ainda, da dicção do art. 475, II, do CPC, que somente aplicar-se-á o mencionado dispositivo nos casos de embargos em execução fiscal<sup>97</sup>. Não se poderia assim, com base neste preceito legal, serem apreciadas as sentenças nos embargos previstos nos arts. 736 e seguintes do Diploma Processual Cível.

<sup>96</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória – 6 ed. atual. de acordo com as leis n. 11.672 e 11.697,2008 – São Paulo, Saraiva, 2009 , p. 346. Aduz o indigitado doutrinador: “Ainda no tocante ao vigente inciso II do art. 475, a redação atual está em harmonia com a linguagem técnica. Ao contrário do anterior inciso III, que previa o reexame de sentença “que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública”, o atual inciso II cuida do duplo grau de jurisdição da sentença “que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa”. Realmente, só os embargos são efetivamente marcados por juízo de cognição de mérito, já que verdadeira ação de conhecimento, com julgamento de procedência, ou não. Portanto, sob o enfoque científico, a atual redação é superior em relação ao antigo inciso III do original Código de 1973”.

<sup>97</sup> Esse aliás é o entendimento do STJ sobre a matéria, conforme o seguinte ementário: “EMBARGOS DA EXECUTADA. SENTENÇA QUE OS REJEITA. REMESSA EX OFFICIO. DESCABIMENTO. ALCANCE DOS ARTS. 475, II E 520, V, DO CPC. **I - A sentença que rejeita ou julga improcedentes os embargos à execução opostos pela Fazenda Pública não está sujeita ao reexame necessário (art. 475, II, do CPC).** Precedentes: EREsp nº 254.920/SP, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, CORTE ESPECIAL, DJ de 02/08/2004; EREsp nº 234.319/SC, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, DJ de 12/11/2001; EREsp nº 250.555/SC, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, DJ de 17/09/2001.II - Agravo regimental improvido. (STJ, 1ª turma, AgRg no REsp 1079310/SP, relator: ministro Francisco Falcão, DJ 17/11/2008)”. (*grifo aditado*)

Leonardo José Carneiro da Cunha corrobora com esse entendimento, acrescentando que os embargos do devedor também não podem ser inseridos na hipótese do art. 475, I, do CPC, uma vez que o aludido inciso I somente incide em processos de conhecimento e não na execução. Aduz o autor, *in verbis*:

Significa que o reexame necessário previsto no inciso I do art. 475 do CPC refere-se apenas, ao processo de conhecimento, não se estendendo para embargos do devedor opostos em execução movida contra ou pela Fazenda Pública, salvo se a execução for fundada em dívida ativa. Neste último caso, não mais se aplica o referido inciso I do art. 475 do CPC, atraindo, isto sim, a incidência do seu inciso II.<sup>98</sup>

Ao se interpretar ampliativamente o inciso I e II do CPC para incluir a decisão de embargos do devedor como passível de reexame necessário, estar-se-ia possibilitando a existência de uma dupla remessa necessária, o que afrontaria a regra do art. 520, V, do CPC<sup>99</sup>, além de desrespeitar princípios de natureza constitucional como os da igualdade, da celeridade e da efetividade da prestação jurisdicional.<sup>100</sup>

Mister se ressaltar que, não obstante o art. 475, II, do CPC não se refira expressamente à sentença proferida em exceção de pré-executividade, haverá reexame necessário em face da aludida decisão, tendo em vista que equivale ao julgamento procedente dos embargos em execução fiscal, conforme doutrina majoritária.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo* – 8 ed. – São Paulo: Dialética, 2010, p. 208.

<sup>99</sup> "PROCESSUAL CIVIL. FAZENDA PÚBLICA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. CPC, ART. 520, V.1. A sentença que rejeita os Embargos à Execução de título judicial, opostos pela Fazenda Pública não está sujeita ao reexame necessário, entendimento este compatível com a regra do CPC, Art. 520, V, que impõe o recebimento da Apelação apenas no efeito devolutivo. 2. Recurso não conhecido." (STJ, 5ª turma, REsp 232.753/SC, relator: ministro Edson Vidigal, DJ 08.03.2000).

<sup>100</sup> STJ, Corte Especial, EREsp nº 258.616/PR, Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ: 12/11/2011.

<sup>101</sup> WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre:

Válido registra, por fim, outras hipóteses pontuais de reexame necessário localizadas em leis esparsas, que se afastam dos casos previstos no art. 475 do CPC: a) Lei nº 8437/1992, que dispõe sobre o reexame necessário em face de decisões em processo cautelar contra a Fazenda Pública; b) decreto-lei nº 3.365/1941, no que tange à remessa obrigatória em ação de desapropriação; c) lei nº 4.717/1965, no que toca à ação popular que for julgada improcedente; d) lei nº 12.016/2009, concernente ao reexame necessário em mandado de segurança.

### **3.5- Das hipóteses de dispensa do reexame necessário.**

As hipóteses de incidência do reexame necessário vistas anteriormente sofrem restrições feitas pelo próprio art. 475, em seus parágrafos 2º e 3º, quais sejam: a) quando 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; b) quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

No primeiro caso, mesmo que haja sentença proferida contra a Fazenda Pública, não haverá reexame necessário, pois o valor da condenação ou direito controvertido não excede sessenta salários mínimos. O mesmo ocorre em decisões proferidas em embargos à execução fiscal, devendo ser respeitado igualmente o teto fixado de sessenta salários mínimos para fins de dispensa do reexame necessário.

No que toca à sentença contrária à Fazenda Pública, quando a decisão for líquida, deverá ser utilizado o valor da condenação existente na sentença – devidamente atualizado – para se aferir a submissão da decisão ao reexame necessário.

Todavia, quando a sentença for ilíquida, dever-se-á ter como base para fins de reexame necessário o valor da causa devidamente atualizado até a data da prolação da sentença. Caso este não ultrapasse sessenta salários mínimos, incabível a remessa obrigatória.<sup>102</sup>

Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha não concordam com a citada interpretação do dispositivo, *litteris*:

Bem, por isso, para evitar malícias e no intuito de preservar o interesse público, impedindo prejuízos para a Fazenda Pública, o § 2º do art. 475 do CPC faz expressa menção a valor certo. Em outras palavras, somente se poderá dispensar o reexame necessário, com fundamento no § 2º do art. 475 do CPC, caso a sentença seja líquida e o valor nela quantificado não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos, ou caso ela se refira a direito, de valor certo que não supere aquele montante. Fora dessa hipótese, não há como se aplicar a regra, sob pena de prejudicar a Fazenda Pública que poderá vir a ser surpreendida numa futura execução ou, até mesmo, num processo de liquidação, no qual se constate ser elevado o valor cobrado ou o montante que envolva o direito discutido.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> Esse era o entendimento da 3ª Seção do STJ. No entanto, por meio do EREsp 934.642/PR, relator: ARI PARGENDLER, DJ:26/11/2009, a Corte Especial pacificou o entendimento em sentido contrário, a admitir o reexame necessário mesmo nos casos de sentenças ilíquidas em que o valor da causa corrigido seja maior que sessenta salários mínimos.

<sup>103</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil, volume 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. -6 ed.-Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 489.

No caso da decisão de procedência dos embargos à execução fiscal, por seu turno, dever-se-á ser utilizado sempre o valor da execução iniciada pela Fazenda Pública. Não terá relevância eventuais vantagens auferidas pelo executado em sede de embargos.<sup>104</sup>

O § 3º do art. 475 traz à baila a restrição concernente aos casos em que a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, em súmula deste Tribunal ou de tribunal superior competente.

Considerou o legislador não ser razoável haver o reexame necessário quando já houver entendimento sumulado nos tribunais superiores sobre a matéria. Isso porque a aludida decisão seria, muito provavelmente, mantida, por estar de acordo com o entendimento daqueles tribunais.

Noutro falar, ao invés de proteger o suposto interesse público da Fazenda Pública, estar-se-ia apenas protelando a prestação jurisdicional, que viria inevitavelmente mais tarde, a partir do acórdão proferido em reexame necessário ou, em último caso, por meio de decisão proferida pelos Tribunais Superiores.

Válidas as lições de Cassio Scarpinella Bueno sobre a plausibilidade do §3º do art. 475, *in verbis*:

Se o reexame necessário significa vedar a produção de efeitos da sentença antes de sua análise pelo Tribunal competente, nada mais coerente do que admitir que

---

<sup>104</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais sucedâneos : técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 417.

estes efeitos sejam sentidos desde logo, quando a sentença se mostrar afinada a jurisprudência sumulada ou predominante<sup>105</sup>.

Portanto, através da inserção dos §2º e 3º do art. 475, o legislador teve clara opção por limitar o âmbito de incidência das hipóteses de reexame necessário previstas no Código de Processo Civil. Manteve-se a tendência das últimas décadas em limitar os casos de reexame necessário em prol de princípios caros ao ordenamento jurídico brasileiro, como o da igualdade.

### **3.6- O reexame necessário no projeto do novo Código de Processo Civil.**

Hodiernamente, uma das preocupações maiores do legislador e do próprio Poder Judiciário, no tocante aos processos nos tribunais, é a morosidade da prestação jurisdicional e a falta de efetividade das decisões prolatadas.

Iniciativas como o Pacto Republicano, assinada pelos três poderes da federação – Executivo, Legislativo e Judiciário –, demonstraram essa vontade política em dar celeridade ao processo e retirar obstáculos que contribuíssem para a morosidade.

Antes mesmo do aludido Pacto já vinha o legislador criando mecanismos a fim de agilizar a prestação jurisdicional. E a restrição ao reexame necessário, conforme feita pela lei nº 10.352/2001, foi uma das formas de dar maior celeridade ao processo, uma vez que impediria a remessa ao tribunal em alguns casos.

---

<sup>105</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais sucedâneos : técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 418.

Assim, sempre que a condenação da Fazenda Pública fosse de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, assim como na hipótese de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo montante, não haveria remessa necessária. Também não existiria o reexame quando a sentença estivesse fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Outra restrição, proveniente na aludida lei, foi a exclusão ainda da remessa necessária nos processos em que se declarasse a nulidade do casamento. Mais uma medida considerada pelo legislador desnecessária e que apenas resultaria em uma procrastinação inútil da demanda, ao invés de se resguardar o interesse público.

Justamente com esse mesmo espírito de dar celeridade ao processo e efetividade à prestação jurisdicional é que vem sendo discutido o projeto do novo Código de Processo Civil<sup>106</sup>.

A discussão sobre o reexame necessário e sua necessidade inevitavelmente voltou à tona, havendo sido noticiado inicialmente, inclusive, que o projeto do novo CPC haveria excluído esse instituto. Assim Preleciona Átila Da Rold Roesler, *litteris*:

Sobre o tema em debate, é certo que as informações iniciais davam conta da extinção do reexame necessário no texto do anteprojeto sob a justificativa de se priorizar a celeridade processual e a efetividade do processo.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> BRASIL. Projeto de lei n. 166, de 18 de maio de 2010. Assunto: Jurídico - Direito civil e processual civil. Ementa: Reforma do Código de Processo Civil. Data de apresentação: 08/06/2010. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=97249](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249)>. Acesso em: 20/07/2011, às 14h30min.

<sup>107</sup> ROESLER, Átila Da Rold. *O reexame necessário no anteprojeto do novo CPC*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2546, 21 jun. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/15062>. Acesso em: 05 jul. 2011, às 15h50min.

No entanto, essa expectativa de extinção da remessa obrigatória, defendida por doutrinadores importantes, como Nelson Nery Junior<sup>108</sup>, Cassio Scarpinella Bueno<sup>109</sup> e Marcus Vinicius Rios Gonçalves<sup>110</sup>, não foi concretizada. O anteprojeto do novo Código de Processo Civil previu o reexame necessário, trazendo, no entanto, nova restrição.

Preferiu o legislador manter o instituto, mas restringindo ainda mais o âmbito de incidência, como aduz Átila Da Rold Roesler:

Ao final, o anteprojeto do novo Código acolheu sugestão no sentido de contemplar com temperamentos o duplo grau de jurisdição obrigatório, sob a denominação de "remessa necessária."<sup>111</sup>

A mais relevante mudança trazida pelo anteprojeto foi a dispensa do reexame necessário nas sentenças contra a Fazenda Pública não excedentes a mil salários mínimos, limite este que foi aumentado na mesma proporção nas hipóteses de procedência de embargos à execução fiscal.

Dessa forma, aumentou-se de maneira considerável o limite que antes era de apenas sessenta salários, o que diminuirá de maneira considerável o número de processos submetidos ao reexame necessário.

Outra inovação do aludido anteprojeto é a previsão de dispensa reexame necessário em virtude de orientação adotada em recurso representativo da controvérsia ou incidente de

---

<sup>108</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Teoria Geral dos recursos – 6 ed, atual., ampl. e reform. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 85.

<sup>109</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais sucedâneos : técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 412/413.

<sup>110</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil v. 2*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 59.

<sup>111</sup> ROESLER, Átila Da Rold. *ibidem*.

resolução de demandas repetitivas. Válido ressaltar que na atual redação do art. 475, § 3º, do CPC somente é prevista a dispensa se houver entendimento sumulado sobre a matéria.

Por derradeiro, merece destaque o disciplinado pelo §4º do art. 478 do Anteprojeto do novo CPC, o qual dispõe que “quando na sentença não se houver fixado valor, o reexame necessário, se for o caso, ocorrerá na fase de liquidação”.

Tal dispositivo elimina discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o reexame necessário em sentenças ilíquidas, o que favorece a restrição dos casos de remessa obrigatória, que ocorrerá somente após a liquidação da sentença, caso esta deságue em um valor certo maior que mil salários mínimos.

Percebe-se que, não obstante permaneça no ordenamento jurídico brasileiro, tem havido um paulatino abrandamento do reexame necessário, o qual incide a cada nova reforma em suas bases estruturais em menos demandas.

O questionamento sobre a sua utilidade e “necessidade” a cada dia ganha mais força no campo doutrinário, tendo em vista, entre outras coisas, a visão moderna do processo civil sob uma perspectiva constitucional, na qual se busca uma maior celeridade processual e efetividade da tutela jurisdicional.

Registre-se que o citado projeto de lei, de iniciativa do Senado Federal, foi aprovado nesta casa legislativa e enviado à Câmara dos Deputados para deliberação. Na Câmara, foi determinada a criação de uma Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto do novo Código de Processo Civil, aguardando-se, até a presente data, a criação da citada comissão.<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> O projeto de lei 166/2010, ao ingressar na Câmara dos deputados, recebeu o nº 8046/2010. E a situação atual dele é: “Aguardando constituição de Comissão Temporária na Seção de Registro de Comissões (SERCO(SGM)); Aguardando criação de Comissão Temporária na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados

#### **4- A IMPOSSIBILIDADE DE SE MANEJAR RECURSO EXTRAORDINÁRIO OU ESPECIAL CONTRA DECISÃO EM REEXAME NECESSÁRIO.**

##### **4.1- A proibição da *reformatio in pejus* e a impossibilidade de interposição de recurso extraordinário ou especial em reexame necessário.**

A regra da vedação da *reformatio in pejus* consiste na impossibilidade de, no julgamento de um recurso, a decisão prolatada prejudicar aquele sujeito processual que recorre, piorando a sua situação. É uma decorrência lógica do princípio dispositivo, uma vez que o juízo *ad quem* somente analisará a matéria que foi, por meio da interposição de recurso, objeto de irresignação.<sup>113</sup>

Outras matérias estranhas ao recurso interposto permanecerão imodificáveis, caso não haja empachos interpostos pela outra parte objetivando também a reforma da decisão. É a incidência do efeito devolutivo no tocante aos recursos.

Deste modo, na hipótese de uma sentença proferida em uma ação julgar procedentes três dos quatro pedidos feitos pelo autor em sua exordial, poderá o demandante interpor recurso em relação ao único pedido julgado improcedente.

---

(MESA); Aguardando Encaminhamento na COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP)”. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em 25/07/2011, às 13h45min.

<sup>113</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*- 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 246.

Caso o réu se mantenha inerte, não interpondo qualquer empacho, o juízo *ad quem* apreciará o recurso do autor, restringindo sua análise à irresignação do demandante em relação a apenas um dos pedidos, os demais pleitos transitarão em julgado<sup>114</sup>.

Pensamento em contrário resultaria em uma solução afrontosa ao princípio dispositivo. Punir-se-ia o recorrente em virtude de seu ato de tentar melhorar sua situação no processo, o que se mostraria ilógico.

Com base nesse entendimento é que se torna plenamente aplicável a vedação da *reformatio in pejus* no campo recursal<sup>115</sup>. De conseguinte, somente serão devolvidas ao tribunal as matérias objeto do recurso e não as concernentes à demanda como um todo.<sup>116</sup>

Por seu turno, o reexame necessário surgiu no direito brasileiro em 1831 com o objetivo de proteger o erário público de eventuais julgamentos incorretos contra a Fazenda Pública, que poderiam decorrer de fraudes ou da falta de estrutura dos entes federativos.

Malgrado existam intensas discussões sobre seu papel na moderna processualística, não se põe em dúvida qual seria o beneficiário direto da inserção deste instituto no direito pátrio: a Fazenda Pública.

Assim, o legislador, ao impor a remessa obrigatória como uma condição de eficácia da sentença, visou colocar aos cuidados dos Tribunais os processos em que há sentença contrária à Fazenda Pública. Objetivou o reexame da matéria, seja para confirmar a

---

<sup>114</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos recursos* – 6 ed, atual., ampl. e reform. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 185. Aduz o citado autor: “Em certa medida, o sistema processual vigente entre nós rompeu com as tradições do direito luso-brasileiro, que adotava francamente o instituto do *beneficium commune* relativamente ao recurso de apelação. Era permitido ao tribunal reformar a sentença como bem quisesse, ainda que contra aquele que, sozinho, o interpusera”.

<sup>115</sup> 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 - 13ª Ed.* - Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 439.

<sup>116</sup> Não se aplica esse entendimento em relação às matérias de ordem pública, as quais podem ser conhecidas pelo juízo *ad quem* independentemente do recurso abordá-las ou não. Assim, basta existir o recurso em relação a uma matéria da decisão para que as demais estejam sujeitas à apreciação do Tribunal no que toca às matérias de ordem pública, as quais não são limitadas pela vedação da *reformatio in pejus*.

correção da sentença, seja para reformá-la, em favor do ente público, e adequá-la ao entendimento do Juízo *ad quem*. Aduz Flávio Cheim Jorge, *litteris*:

De fato, é inquestionável que a remessa necessária está relacionada e pode ser apontada como uma das prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo. Objetiva-se atingir a segurança de que a sentença proferida contra a Fazenda Pública foi correta. Existe a certeza de que há insuficiência no aparelhamento estatal para defender o interesse público. Diante disso, o legislador determinou que nos casos em que a Fazenda Pública ficasse vencida, a decisão seria novamente revista, pois poderia haver situações em que, devido às dificuldades que o Estado encontra (e o particular não), a mesa pudesse ser prejudicada injustamente.<sup>117</sup>

Ao se partir da interpretação teleológica - e histórica - da remessa obrigatória, conclui-se que ela não poderia se afastar de sua finalidade de proteger o patrimônio público. Não seria plausível, por meio do reexame necessário, aumentar a condenação a ser suportada pela Fazenda Pública.

Não se está discutindo as vantagens e desvantagens do reexame necessário no ordenamento pátrio, nem a sua constitucionalidade. O que é posto em relevo é que o legislador de forma sensata - ou insensata - quis nitidamente beneficiar a Fazenda Pública com a inserção da remessa *ex officio*.

A partir das citadas ilações concernentes à finalidade do reexame necessário, surge o questionamento sobre a aplicação da regra processual da vedação da *reformatio in pejus* na remessa obrigatória.

Para alguns doutrinadores, a exemplo de Nelson Nery Junior, não seria aplicável tal vedação ao reexame necessário, tendo em vista que a indigitada proibição incide no campo eminentemente recursal, em face do princípio dispositivo.

Logo, ao se partir do pressuposto de que a remessa *ex officio* não é realmente um recurso, mas apenas uma condição de eficácia de sentença, não haveria qualquer empecilho

---

<sup>117</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*- 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 225/226.

para a *reformatio in pejus* ocorrer no reexame necessário, já que a sua vedação restringir-se-ia ao campo recursal. Assim se pronuncia Nelson Nery Junior:

[...] o problema do conteúdo da atividade do tribunal no reexame necessário não é de natureza recursal estrita (efeito devolutivo, *reformatio in pejus* etc.), mas de eficácia da sentença. É impertinente o raciocínio de que o tribunal não pode agravar a situação da Fazenda Pública, a pretexto de que a) a parte contrária, que não apelou, teria-se (*sic*) conformado com a sentença com a sentença ou que b) haveria *reformatio in pejus* proibida, em desfavor da Fazenda Pública.<sup>118</sup>

Deve-se ter em mente, no entanto, que a proibição da *reformatio in pejus* não é de exclusiva aplicação aos recursos, podendo incidir em outras ocasiões. Podem existir outros fundamentos para sua utilização estranhos aos princípios da voluntariedade, da devolutividade e o dispositivo. É o que ocorre em relação ao reexame necessário.

Conforme visto anteriormente, umas das características da remessa obrigatória é a ausência de manifestação das partes, não há um ato voluntário de uma das partes, ou até mesmo do juiz, em remeter o processo para revisão pelo Tribunal. A aludida remessa é decorrente de lei e condiciona a eficácia da sentença proferida, nos termos do art. 475 do CPC.

Assim, o fundamento para a aplicação da proibição da *reformatio in pejus* em reexame necessário não tem como foco a atividade desempenhada pelas partes. A justificativa se circunscreve ao objetivo primordial, e razão de ser, do reexame necessário: proteger o patrimônio público. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni:

---

<sup>118</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos recursos* – 6 ed, atual., ampl. e reform. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 84.

O reexame necessário, exatamente pelo fato de que é instituído para preservar a esfera jurídica da parte vencida, não pode gerar a piora de sua situação, ou mesmo seu agravamento. É nesse sentido a súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça.<sup>119</sup>

Seria ilógico um instituto que visa, em primeira análise, proteger os interesses da Fazenda Pública prejudicá-la ainda mais, por meio de um procedimento *ex officio*, sem a participação da outra parte.<sup>120</sup>

Com esse fundamento o STJ, por meio do enunciado da súmula n° 45, consolidou o entendimento<sup>121</sup> de que no reexame necessário é vedada a *reformatio in pejus* em face da Fazenda Pública.

Entendeu a Corte Superior que permitir a revisão da sentença em prejuízo à Fazenda Pública destoaria da própria razão de ser do reexame necessário<sup>122 123</sup>. Ao invés de proteger o patrimônio da Fazenda Pública, estar-se-ia elevando o prejuízo sofrido pelo beneficiário

<sup>119</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume 2: processo de conhecimento/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*- 6. Ed. Ver. Atual. E ampl. Da obra Manual do Processo do conhecimento- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 623.

<sup>120</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*- 4.. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 249.

<sup>121</sup> PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE RECURSO VOLUNTÁRIO DO CONTRIBUINTE. REMESSA NECESSÁRIA. REFORMATIO IN PEJUS. SÚMULA N. 45/STJ. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que, não havendo a interposição de apelação do particular, o Tribunal de origem não pode tornar mais grave a condenação imposta à Fazenda Pública, mesmo que em sede de reexame necessário, nos termos da Súmula 45/STJ. 2. Precedentes: REsp 1242130/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.5.2011; AgRg no REsp 1200278/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 7.10.2010; REsp 1187187/BA, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 2.6.2010; REsp 1149216/ES, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 18.3.2010; EREsp 1188198/BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 4.6.2010. 3. No caso concreto, apesar de a contribuinte não haver recorrido da sentença, a situação da Fazenda Nacional foi agravada pela Corte de origem, ao afastar os limites da compensação do tributo, previstos no artigo 89, § 3º da Lei 8212/91, sob fundamento de revogação pela MP 449/2008, bem como ao incluir expurgo inflacionário não previsto na sentença no cálculo de liquidação. 4. Recurso especial provido. (STJ, 2ª turma, REsp 1252821/MG, ministro relator: Mauro Campbell Marques, DJ 14/06/2011).

<sup>122</sup> Entendendo correto o posicionamento do STJ através da súmula n° 45: WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 82.

<sup>123</sup> Em sentido contrário, entendendo pela inconstitucionalidade da súmula n° 45 do STJ: AVARES, Gustavo Machado. *O instituto da remessa necessária e a Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 402, 13 ago. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5584>. Acesso em: 03 jul. 2011, às 15h30min.

direto do instituto da remessa necessária, o que seria um contrassenso.<sup>124</sup> Preleciona Gisele Mazzoni Welsch, com base nos ensinamentos de Jorge Tosta sobre a matéria:

Portanto, toda vez que o tribunal, no julgamento do reexame necessário, impuser à Fazenda Pública situação menos favorável que a estabelecida na sentença, sem que exista recurso da outra parte, tal fato implicará em extrapolação do âmbito de translaticidade da remessa, o que configura vício grave que pode ser corrigido por simples petição, não transitando em julgado o acórdão que pode ser corrigido naquilo que prejudicou a Fazenda Pública. É como se o julgado ferisse a vontade da lei.<sup>125</sup>

A aplicação da proibição da reforma *in pejus* ao reexame necessário se mostra de grande valia para se entender o porquê de não ser possível a interposição, por parte do réu, de recurso extraordinário ou especial em face de decisão em reexame necessário.

A remessa obrigatória, segundo entendimento jurisprudencial, não pode piorar a situação da Fazenda Pública criada pela sentença. Na pior das hipóteses haverá uma manutenção do que já decidido pelo Juízo *a quo*, decisão da qual a Fazenda Pública deixou de interpor eventual apelação.

A não interposição de recurso em relação à sentença, somada com a proibição da *reformatio in pejus*, tem como consequência a ausência de interesse recursal da Fazenda Pública em se buscar a modificação da decisão proferida em reexame necessário.

Logo, não modificando para pior a situação da Administração Pública, não haverá sucumbência que justifique a interposição de recurso especial ou extraordinário, uma vez que precluiu a oportunidade de impugnar a sentença do Juízo de 1º grau e a decisão

---

<sup>124</sup> Inobstante a matéria ter natureza eminentemente infraconstitucional, o STF já se pronunciou pela aplicação da vedação da *reformatio in pejus* no reexame necessário: RE 635655/DF, 1ª turma, Relatora: ministra Cármen Lúcia, DJ: 04/05/2011; RE 396989/GO, 1ª turma, relator: ministro Marco Aurélio, DJ: 03/03/2006; RE 100034, 1ª turma, relator: ministro. RAFAEL MAYER, DJ: 10/02/1984.

<sup>125</sup> WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 83.

prolatada pelo Tribunal não gerará uma nova sucumbência, já que não reformará a decisão em prejuízo da Fazenda Pública.

Nesse sentido que se manifestou a Ministra Eliana Calmon no seu voto proferido no recurso especial n° 904.885/SP:

À luz do entendimento consolidado na Súmula 45/STJ [*No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública* ], chega a ser incoerente e até mesmo de constitucionalidade duvidosa, por violar o princípio da igualdade das partes no processo, permitir que a Fazenda Pública, sabedora de que os reflexos jurídicos da sentença em sua esfera jurídica não poderiam ser agravados, e com eles já tendo concordado tacitamente, possa reabrir a discussão em sede de recurso especial, muitas vezes apenas para retardar a entrega da prestação jurisdicional, que envolve maior interesse público e não se confunde com o interesse puramente patrimonial da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações. Isso sem perder de vista a prerrogativa de prazo em dobro para recorrer de que desfrutam, que indiscutivelmente lhes proporciona tempo suficiente para avaliarem todos os reflexos da sentença.<sup>126</sup>

Entender que a Fazenda Pública poderá recorrer mesmo diante da regra da vedação da *reformatio in pejus*, a fim se discutir novamente questões já decididas e sobre as quais já ocorreu a preclusão lógica, afronta o princípio da igualdade.

Isso porque, ao admitir os recursos excepcionais em face da remessa obrigatória, dá-se uma amplitude indevida ao reexame necessário. Cria-se privilégios à Fazenda Pública em detrimento do direito da parte contrária, a qual se vê alijada de célere prestação jurisdicional.

O reexame necessário, por ser uma exceção ao princípio da igualdade, deve ter interpretação restritiva. Por isso, seria indevido entender que o ente público poderia novamente se insurgir sobre uma decisão que somente foi remetida ao Tribunal como condição de eficácia da sentença.

---

<sup>126</sup> STJ, 2ª turma, Resp. 904.885/SP, relatora: ministra Eliana Calmon, DJ: 09/12/2008.

Não é plausível admitir interpretações extensivas, não prevista em lei, sobre a matéria em epígrafe, sob pena de se ferir o próprio Estado de Direito. Há limites aos privilégios da Fazenda Pública, os quais são previstos pelas leis e, sobretudo, pela Constituição Federal.<sup>127</sup>

#### **4.2- A deficiência de armas como critério para concessão de privilégios à Fazenda Pública e o princípio da efetividade.**

Conforme visto anteriormente, o reexame necessário surgiu no ordenamento jurídico brasileiro não somente como uma forma de evitar fraudes e conluíus em prejuízo ao erário público, mas também com a finalidade de minimizar os efeitos da deficiência da máquina pública.

A ausência de funcionários e mecanismos para proteção do erário público foram utilizados por muito tempo para justificar a existência do reexame necessário em nosso ordenamento.<sup>128</sup>

Era, segundo seus defensores, plenamente constitucional e legítimo este instituto, tendo em vista que primaria pelo respeito à igualdade em sua faceta material. Noutro falar, igualar-se-iam as partes, sendo a existência de prerrogativas como o reexame necessário de suma importância para minimizar a desvantagem da Fazenda Pública perante o particular.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO. REEXAME DAS QUESTÕES DECIDIDAS E AS DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. MULTA. INCABIMENTO.1. (...). 2. **As normas de reexame necessário, por óbvio, 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, o que não é menos grave, a aprofundamentos intoleráveis de privilégios, denegatórios do direito à tutela jurisdicional.**(...) 4. Recurso parcialmente provido."(STJ, 6ª turma, REsp 445.171/AL, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ: 09/02/2004). (*grifo aditado*)

<sup>128</sup> SPALDING, Mauro. *Execução contra a fazenda pública federal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 131.

<sup>129</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o processo civil*. São Paulo: José Bushatsky,

Nos tempos atuais, discute-se, tanto doutrinariamente como na jurisprudência, sobre a robusteza desses argumentos como legitimadores do reexame necessário. E mais, debate-se sobre a forma de se interpretar o reexame necessário sobre esse prisma da hipossuficiência da Fazenda Pública. Nessa toada se manifesta Flávio Cheim Jorge, *in verbis*:

Existe a certeza de que há insuficiência no aparelhamento estatal para defender o interesse público. Diante disso, o legislador determinou que nos casos em que a Fazenda ficasse vencida, a decisão seria novamente revista, pois poderia haver situações em que, devido às dificuldades que o Estado encontra (e o particular não), a mesma pudesse ser prejudicada injustamente. Funda-se, pois, no princípio da igualdade e no reconhecimento da situação de inferioridade da Fazenda Pública, quando em juízo.<sup>130</sup>

Como é sabido, a máquina estatal mudou profundamente desde o advento do reexame necessário em 1831. Em sua origem, o aludido instituto foi gestado em um Estado ainda imperialista, autoritário, no qual os desmandos e arbitrariedades eram freqüentes e o corpo de funcionários públicos era ínfimo.

Hodiernamente, sobretudo após o advento da Constituição Cidadã de 1988, o reexame necessário se encontra em outro contexto histórico, em um momento no qual a eficácia e a moralidade se tornaram princípios fundamentais expressos que devem guiar as práticas administrativas (art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

Sustenta Cassio Scarpinella Bueno, *in verbis*:

De resto, a justificativa histórica do reexame necessário conspira contra os ideais do sistema processual civil hoje vigente, na medida em que parte do pressuposto de que, contra os interesses da Fazenda Pública, as sentenças não podem produzir

---

1975, p. 42. In: WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 116.

<sup>130</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*- 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 226.

seus efeitos senão depois de confirmadas pelo Tribunal respectivo, o que colide frontalmente com a compreensão que se deve dar às funções essenciais à Justiça. De resto, qualquer pressuposição da ausência de tutela adequada dos interesses públicos agride o caput do art. 37 da Constituição, que, dentre os princípios regentes da Administração Pública, prevê expressamente a “eficiência”.<sup>131</sup>

Além disso, paulatinamente se viu os entes da administração pública melhor aparelhados no intuito de proteger seus direitos. Não raramente possui a Fazenda Pública recursos técnicos e financeiros bem maiores do que o particular a fim de proteger seus interesses.

Houve uma inversão de valores. A desigualdade, agora em favor da Fazenda Pública, acaba, em alguns casos, tornando a remessa obrigatória um privilégio indevido ao invés de ser uma prerrogativa do Poder Público para defender interesses de índole coletiva. Assim, os beneficiários da remessa obrigatória passariam à posição de “hipersuficiente”, o que afrontaria o direito fundamental à igualdade.

Nesse contexto é que deve ser interpretado o reexame necessário atualmente. A remessa *ex officio*, não obstante se mantenha no ordenamento jurídico por uma opção do legislador, deve ser interpretada de maneira restritiva, no intuito de evitar uma exagerada prevalência da Fazenda Pública em detrimento do particular.

Nesse sentido a 3ª Seção do STJ julgou o EREsp nº 168.837/RJ. No citado julgamento constou expressamente a necessidade de interpretação restritiva da remessa obrigatória para fins de interposição de recurso em face de sua decisão.<sup>132</sup>

<sup>131</sup> BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais sucedâneos : técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 412/413.

<sup>132</sup> 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**

De mais a mais, não cabe ao Poder Judiciário, com base em interpretações extensivas, tutelar interesses patrimoniais da Fazenda Pública, quando esta, por infração de dever constitucional, deixa de prestar adequadamente e de maneira eficaz a sua atividade fim.

Externou entendimento similar o ministro Mauro Campbell Marques no julgamento do REsp 1052615/SP:

1. O Superior Tribunal de Justiça não pode avocar para si e para o Poder Judiciário o encargo de suprir as fragilidades e a incipiência dos órgãos de representação judicial das Fazendas Públicas Federal, Estaduais ou Municipais. Cabe aos respectivos Poderes Públicos instituir e bem aparelhar os órgãos representativos das Funções Essenciais à Justiça, de modo a dar efetividade material ao disposto nos artigos 131 a 135, da Constituição Federal de 1988.
2. De outro giro, quando provocado, cabe ao Poder Judiciário, exigir do Poder Público que mantenha adequadamente os seus órgãos jurídicos consultivos e de representação judicial, já que representam garantia do administrado, pois atuam na defesa do patrimônio público e da legalidade.<sup>133</sup>

No citado julgado, considerou o ministro - acompanhando o voto vencedor da ministra relatora Eliana Calmon - que não é cabível a interposição de recurso especial em face de decisão proferida em sede de reexame necessário.

Não se mostra plausível a interpretação extensiva da remessa obrigatória, escudada em uma suposta hipossuficiência, no intuito de permitir que possa a Fazenda Pública interpor recurso de decisão proferida em sede de reexame necessário.

---

**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, 3ª Seção, EREsp 168.837/RJ, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 05.03.2001). *(grifo aditado)*

<sup>133</sup> STJ, 1ª Seção, REsp 1052615/SP, relatora: ministra Eliana Calmon, julgamento: 14/10/2009, DJ: 18/12/2009.

Pensamento em contrário teria conseqüências danosas. A primeira delas seria o desprestígio ao texto constitucional, ao permitir que os entes da administração descumpram a Carta Magna e mesmo assim tenham o aval do Judiciário para usufruir de benesses decorrentes de interpretações favoráveis à Fazenda Pública.

A segunda conseqüência negativa se relaciona ao próprio desenvolvimento do processo. Ao se permitir a interposição de recurso especial e extraordinário em face da decisão proferida em reexame necessário, estar-se-á tornando o processo ainda mais moroso, o que contraria a própria noção de celeridade processual e eficácia da prestação jurisdicional.

Não se pode esquecer que o recurso especial e o extraordinário têm caráter excepcional, ou seja, estes empachos restringem-se à apreciação de matérias específicas, em casos particulares. A Constituição, de forma implícita, garante apenas o duplo grau de jurisdição, deixando para situações singulares a faculdade da parte interpor o recurso especial e o extraordinário.

Logo, não é razoável permitir à Fazenda Pública se utilizar de um recurso excepcional, no intuito de reaver uma decisão da qual não foi sucumbente, sob a justificativa de haver hipossuficiência dos entes administrativos.

O reexame necessário em si, sem interpretações extensivas ao favor da Fazenda Pública, já se mostra suficiente para corrigir eventuais irregularidades e afastar questionamentos relacionados à deficiência da máquina pública.

#### **4.3- O princípio da confiança e da boa-fé objetiva como óbices ao manejo dos recursos de natureza excepcional em reexame necessário.**

De acordo como o exposto em tópico próprio, o princípio da confiança tem uma profunda relação com a boa-fé na sua faceta objetiva<sup>134</sup>. Isso porque a confiança entre as partes perpassa pela existência de condutas leais e escorreitas entre os sujeitos de direito, seja no campo das relações materiais, seja no âmbito das relações processuais.

Tanto o princípio da confiança como o da boa-fé objetiva incidem amplamente em todos os ramos do direito, tendo em vista se tratarem de princípios gerais. Dessa forma, o processo civil é um ramo propício para a incidência dos aludidos princípios.

Na esfera recursal, em especial, os indigitados princípios tem grande importância, tanto para servir de guia na interpretação do direito adjetivo pelo magistrado, como também para inibir atitudes das partes que afrontem, direta ou indiretamente, direitos ditos fundamentais.

Os princípios da confiança e da boa-fé objetiva se tornam, assim, verdadeiros obstáculos a atos das partes que denotem a afronta à efetividade da prestação jurisdicional, à igualdade e à celeridade da prestação jurisdicional.

Não há de se admitir, com base nesses princípios, atos processuais das partes contraditórios, em que um dos sujeitos do processo assumam determinada postura e, em um momento posterior, aja de forma completamente diferente<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 95.

<sup>135</sup> É a aplicação da regra do *venire contra factum proprium*, cujo conceito é dado por Flávio Cheim Jorge nos seguintes termos: "Por este princípio, o indivíduo que na sociedade adota certa postura, e que por sua vez, proporciona o surgimento de efeitos fáticos, jurídicos e econômicos, carece de interesse processual de ir ao Judiciário e adotar uma postura completamente diferente daquela até então assumida. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*- 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 133.

Essas condutas contraditórias, além de serem incompatíveis do ponto de vista lógico, quebram as expectativas e a confiança da parte adversa, que é surpreendida diante de um ato inesperado e destoante de atitudes praticadas anteriormente.

Pronuncia-se nesse sentido Flávio Tartuce, com base no entendimento de Anderson Schreiber, *in verbis*:

Nos dizeres de Anderson Schreiber, “a tutela da confiança atribui ao venire um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência”. Em suma, segundo o autor fluminense, o fundamento da vedação do comportamento contraditório é, justamente, a tutela da confiança, que mantém relação íntima com a boa-fé objetiva.<sup>136</sup>

Justamente por isso, conforme entendimento do STJ<sup>137</sup>, não é admissível dar efeito à conduta contraditória posterior em detrimento de um ato praticado antes, que já produziu efeitos jurídicos, fáticos e, quiçá, econômicos. Seria um ato contrário aos princípios da boa-fé objetiva e ao princípio da confiança e, por isso, são vedados.

No que concerne à interposição de recurso especial e extraordinário em face de decisões proferidas em sede de reexame necessário também deverão ser aplicados os aludidos princípios pelo julgador ao interpretar a remessa *ex officio*.

Tendo em vista que o reexame necessário é mera condição de eficácia da sentença, conforme doutrina majoritária<sup>138</sup>, não há participação das partes na remessa da demanda ao Tribunal competente para a devida reapreciação.

<sup>136</sup> TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e os amendoins: um ensaio sobre a vedação do comportamento contraditório*. (“*venire contra factum proprium non potest*”). Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1171, 15 set. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8925>. Acesso em: 03 jul. 2011, às 15h30min.

<sup>137</sup> STJ, 4ª turma, REsp 95539/SP, relator: ministro: Ruy Rosado de Aguiar, DJ: 14/10/1996.

<sup>138</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil, volume 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. -6 ed.-Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 481.

Caso o processo suba ao Tribunal apenas para fins de reexame necessário, sem, no entanto, existir a interposição de recurso apelatório de algumas das partes em relação à sentença prolatada, há uma presunção que as partes se conformaram e aquiesceram com o que foi decidido<sup>139</sup>.

As expectativas que surgem a partir da inação das partes ao não interpor recurso se circunscrevem a esperar pela apreciação do conteúdo da sentença em reexame necessário para, a partir daí, iniciar a execução do julgado.

Deve-se lembrar, ainda, que, conforme jurisprudência remansosa e doutrina amplamente majoritária, em remessa obrigatória não será possível piorar a situação da Fazenda Pública nos autos, em virtude da incidência da vedação da *reformatio in pejus*, conforme súmula nº 45 do STJ.

Noutro falar, o Tribunal somente poderá em reexame necessário manter o que já foi decidido em sentença ou então reformá-la em favor da Fazenda Pública. Não haverá sucumbência da Fazenda Pública, nem prejuízo, o que reflete diretamente na falta de interesse recursal.

Com base no fato de inexistir recurso voluntário da Fazenda Pública em relação à sentença sujeita a reexame necessário e na vedação da *reformatio in pejus*, por conseguinte, seria ilógico e incongruente o ente público beneficiário da remessa interpor um recurso em face dessa decisão.

A omissão da Fazenda Pública, ao não interpor temporaneamente o recurso apelatório em face da sentença, cria uma expectativa de conformação com o *decisum* por

---

<sup>139</sup> Nesse sentido: STJ, 2ª turma, AgRg no REsp 1058778/SP, relator: ministro Humberto Martins, DJ 09/11/2009.

parte daquela. E mais, cria-se a certeza na parte contrária que, após o reexame, poderá dar encaminhamento na demanda para sua efetivação, por meio da execução.

Praticar tardiamente o ato de interpor algum recurso em face da decisão em reexame necessário resultaria em uma quebra da confiança e uma afronta à boa-fé, através de uma conduta fora daquelas que podem ser consideradas exigíveis dos sujeitos do processo<sup>140</sup>.

São nesse sentido as palavras do desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Sidnei Beneti, no Agravo regimental n° 560.4 83-5/8-01<sup>141</sup>:

31. Em atenção ao princípio da boa-fé processual, predominante no Direito Moderno, considerando o comportamento prévio da agravante, descabe agora a utilização de instrumento jurídico diverso, para que, de modo indireto, seja reformada a sentença.

32. Importa constatar que o duplo grau obrigatório, que leva ao chamado reexame necessário, impropriamente chamado de "*recurso de ofício*" trata de instituto jurídico estabelecido em atenção à legalidade, à natureza do interesse público envolvido no litígio, e não em favor da pessoa de direito público integrante da relação jurídica.<sup>142</sup>

Depreende-se do citado julgado que a não interposição de recurso voluntário pela Fazenda Pública tem como consequência sua aceitação tácita da decisão. A citada aceitação somada à vedação da *reformatio in pejus* resultará em uma ausência de interesse processual

---

<sup>140</sup> AGRAVO REGIMENTAL - Mandado de segurança - Duplo grau de jurisdição - Inexistência de recurso voluntário da pessoa jurídica sucumbente - Decisão que remeteu os autos à origem por estarem presentes os requisitos previstos nos parágrafos 2º e 3º, do artigo 475 do Código de Processo Civil, tornando desnecessário o reexame necessário - Preliminar de não conhecimento do agravo regimental - **Instituto jurídico do duplo grau de jurisdição instituído em atenção ao interesse público e não em favor da pessoa de direito público, inviabilizando seu uso indireto para fins de reforma do julgado - Observância do artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil e do princípio da boa-fé objetiva - Agravante que se conformou com o teor da sentença, mesmo sofrendo de imediato seus efeitos** - Recurso não conhecido. (TJSP, Agravo Regimental n. 167.892-5/9 - São Vicente - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Vallim Bellocchi DJ: 17/03/2003). (*grifo aditado*)

<sup>141</sup> TJSP, Agravo regimental n° 560.4 83-5/8-01, relator: desembargador Sidnei Beneti, DJ: 31/10/2006.

em provocar o Poder Judiciário através de eventual interposição de recurso extraordinário ou especial. Corrobora com esse entendimento César Augusto Luiz Leonardo, *in verbis*:

Vale consignar que o fato de ter se conformado com a sentença, constitui aceitação tácita, o que impede o exercício do direito ao recurso, conforme preconiza o artigo 503, parágrafo único, do Código de Processo Civil. E, neste particular, é evidente a tutela da confiança, que vem ao encontro da regra do “*nemo potest venire contra factum proprium*”, derivação do princípio da boa-fé objetiva.<sup>143</sup>

Assim, deve-se prestigiar os princípios da boa-fé objetiva e da confiança na análise e interpretação do instituto do reexame necessário e não facultar à Fazenda Pública a possibilidade de interpor recurso especial ou extraordinário em face da decisão em remessa *ex officio*<sup>144</sup>.

#### **4.4- A preclusão lógica e a falta de interesse recursal, com empecilhos ao recurso especial e extraordinário em reexame necessário.**

As maiores discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a possibilidade ou não de recurso especial ou extraordinário em reexame necessário se circunscrevem ao campo da preclusão lógica. Haveria interesse da Fazenda Pública em interpor um empacho em face da decisão em remessa *ex officio* ou se operaria a preclusão do seu direito?

---

<sup>143</sup> LEONARDO, César Augusto Luiz. *A boa-fé objetiva no processo civil*. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/452/445>. Acesso em: 05/07/2011, às 19h35min.

<sup>144</sup> Note-se que a proibição da *reforma in pejus* é de grande relevância para esse entendimento. Tanto é assim, que não há empecilho para a parte contrária à Fazenda Pública interpor recurso, caso sua situação seja piorada em sede de reexame necessário.

A interposição de um recurso é uma faculdade da parte decorrente do princípio da voluntariedade. A não interposição cria um ônus<sup>145</sup> resultante da conformação com a decisão: o trânsito em julgado da sentença<sup>146</sup>. No caso de reexame necessário, não é possível o trânsito em julgado imediato, mesmo que inexistia recurso voluntário das partes, art. 475 do CPC.

Assim, na hipótese de remessa obrigatória, o ônus a ser suportado pela parte que não interpõe o recurso é a preclusão do seu direito de recorrer da sentença. Presume-se que o sujeito do processo se resignou com a decisão e não tem interesse em manter o litígio, caso não seja piorada sua situação no processo. Há verdadeira preclusão lógica, a qual é conceituada por Arruda Alvim nos seguintes termos, *litteris*:

Diz-se lógica a preclusão quando um ato não mais pode ser praticado, pelo fato de se ter praticado outro ato que, pela lei, é definido como incompatível com o já realizado, ou que esta circunstância deflua inequivocamente do sistema. A aceitação da sentença envolve uma preclusão lógica de não recorrer.<sup>147</sup>

Dito de outra maneira, a omissão da parte que não recorre é eloqüente. Externa sua manifestação de vontade em não prosseguir na discussão jurídica sobre a correção, ou não, da decisão. Ao não recorrer, haverá uma aquiescência tácita em relação à decisão, nos termos do art. 503 do CPC.

---

<sup>145</sup> Válidas a explanação de Paulo Lucon sobre ônus no processo: Os sujeitos parciais do processo têm o ônus de praticar todos os atos destinados à defesa e ao ataque. O ônus, considerado como imperativo do próprio interesse, tem estreita relação com a *possibilidade processual* de fazer valer suas razões, pois toda possibilidade impõe à parte o ônus de ser diligente. Nesse quadro, estão as preclusões e o ônus de afirmar e provar. Abuso do exercício do direito de recorrer<sup>145</sup>. LUCON, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS. Abuso do exercício do direito de recorrer, Disponível em: <<http://novo.direitoprocessual.org.br/content/blocos/100/1>>, acesso em 06/07/2011, às 17h.

<sup>146</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos recursos* – 6 ed, atual., ampl. e reform. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 79.

<sup>147</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil, Volume I, Parte Geral* - 8ª Ed., revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 536.

Mister ressaltar que, com base na preclusão lógica decorrente da não interposição de recurso, até pouco tempo atrás, vinha entendendo o STJ<sup>148</sup>, na maioria de seus julgados, pela impossibilidade da Fazenda Pública interpor recurso especial em reexame necessário. Tal entendimento, inclusive, foi unificado pela 1ª Seção daquela Corte Especial, no julgamento do REsp 904.885/SP<sup>149</sup>.

Tal posicionamento tinha azo na omissão do ente público em não recorrer, juntamente com a inexistência da *reformatio in pejus*, para Fazenda Pública, em sede de reexame necessário. Além disso, realçou-se, no indigitado julgado, a incidência dos princípios da confiança e lealdade processual como razão para aplicação da preclusão lógica.

Ocorre que, em virtude de existirem algumas decisões<sup>150</sup> em sentido contrário ao posicionamento pacificado pela 1ª Seção do STJ, foi levado recentemente à Corte Especial o tema para nova discussão. No julgamento do REsp 905.771/CE, houve uma mudança de entendimento do STJ sobre a matéria, passando a prevalecer a possibilidade de interposição de recurso especial em face de decisão prolatada em reexame necessário<sup>151</sup>.

<sup>148</sup> RESP 1.052.615/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, 1ª seção, DJ 18/12/2009.

<sup>149</sup> PROCESSUAL CIVIL – REEXAME NECESSÁRIO – AUSÊNCIA DE APELAÇÃO DO ENTE PÚBLICO – INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL – PRECLUSÃO LÓGICA.(...) 3. Diante disso, e da impossibilidade de agravamento da condenação imposta à fazenda pública, nos termos da Súmula 45/STJ, chega a ser incoerente e até mesmo de constitucionalidade duvidosa, a permissão de que os entes públicos rediscutam os fundamentos da sentença não impugnada no momento processual oportuno, por intermédio da interposição de recurso especial contra o acórdão que a manteve em sede de reexame necessário, devendo ser prestigiada a *preclusão lógica* ocorrida na espécie, regra que, segundo a doutrina, tem como razão de ser o respeito ao *princípio da confiança*, que orienta a *lealdade processual* (proibição do *venire contra factum proprium*).(...) 6.Recurso especial não conhecido em razão da existência de fato *impeditivo do poder de recorrer* (preclusão lógica). (STJ, 1ª Seção, REsp 904.885/SP, relatora: Ministra Eliana Calmon, DJ: 09/12/2008).

<sup>150</sup> STJ, AgRg no REsp 944.427/SP, 1ª turma, relator: ministro Luiz Fux, DJ 25/05/2009.

<sup>151</sup> 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 JUDICANDO*, RELATIVAMENTE À MATÉRIA PRÓPRIA DO REEXAME NECESSÁRIO, O RECURSO ESPECIAL ALEGA VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL POR *ERROR IN PROCEDENDO*, OCORRIDO NO PRÓPRIO

Alinhou-se, assim, o STJ ao posicionamento esposado esparsamente em algumas oportunidades pelo STF<sup>152</sup>, em relação à possibilidade de interposição de recurso em reexame necessário. Válido transcrever trecho da decisão ocorrida no Recurso Extraordinário 396989/GO, de relatoria do ministro Marco Aurélio<sup>153</sup>:

Esclareça-se que a circunstância de o acórdão proferido haver resultado da remessa obrigatória prevista no artigo 475 do Código de Processo Civil não obstaculiza a interposição, contra ele, de recursos. Há de se distinguir a postura do Estado, deixando de protocolar apelação, ante a citada remessa, do exame interesse, uma vez verificada a confirmação do que decidido. O ato omissivo não implica a aceitação do que decidido. O ato omissivo primeiro não implica não implica a aceitação do pronunciamento confirmando a sentença, mas simples estratégia, não se interpondo a apelação e, assim, deixando-se de arrazoar no sentido da reforma do que assentado na origem. É esse o enfoque que mais se coaduna com a organicidade própria ao Direito e a consideração de fases diversas. Em síntese, uma coisa é, ante a revisão obrigatória, instituir a beneficiar a Fazenda, não ser interposta apelação. Algo diverso segue-se à confirmação do que decidido pelo órgão revisor.”

Embora tenha se consolidado tanto no STJ como no STF - com base na existência da preclusão lógica - o entendimento de que é possível a interposição de recurso especial e extraordinário em face de decisão em reexame necessário, não parece ser este, *data venia*, o melhor posicionamento.

Com o devido respeito ao entendimento atual dos Tribunais Superiores, o posicionamento anteriormente adotado pelo STJ - em que se havia se entendido pela impossibilidade de recurso especial em face de decisão em reexame necessário - mostra-se

---

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, Corte especial, REsp 905.771-CE, RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ: 19/08/2010).

<sup>152</sup>CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ANISTIA. MILITAR. PROMOÇÃO. ART. 8º ADCT/88. REMESSA NECESSÁRIA. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO. 1. Não há que falar em preclusão porquanto o recurso de ofício devolve à instância superior o conhecimento integral da causa, impedindo a preclusão do que decidido na sentença. Precedentes. 2. Recurso extraordinário provido com fundamento em entendimento do Plenário da Suprema Corte: RE 165.438/DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 23.08.2002. 3. Agravo regimental improvido. (STF, 2ª turma, RE 540508/RJ, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, DJ 28/11/2008).

<sup>153</sup> STF, 1ª turma, RE 396989/GO, relator: ministro Marco Aurélio, DJ de 03/03/2006.

mais condizente com o instituto da preclusão e com os princípios fundamentais que norteiam o processo civil.

Não se pode admitir que o instituto da preclusão lógica seja aplicado de maneira tópica, fragmentando a sua utilização a depender do sujeito processual a ser beneficiado por ela. Deve sua aplicação ser uniforme e se correlacionar com as excludentes do interesse em recorrer quais sejam: renúncia, aquiescência e desistência.

Na ausência de recurso por uma das partes, em específico, a preclusão lógica decorre da aquiescência do sujeito processual com a decisão prolatada. Nesse caso, enquadrar-se-ia a inexistência de recurso na disposição legal do art. 503 do CPC, que dispõe:

**Art. 503-** A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer.

**Parágrafo único-** Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer.

Conforme se percebe da própria dicção do citado preceito legal, a aceitação ou aquiescência se dirige à própria sentença e tem como consequência o trancamento das vias recursais.<sup>154</sup>

Para que se possa incidir a citada regra do art. 503 do Código de Ritos Cíveis, a aquiescência não precisará ser expressa, podendo ser, inclusive, tácita. É o que ocorre no campo recursal.

A não interposição de recurso importa na concordância com a decisão, o silêncio das partes tem consequências jurídicas, há um ônus a ser suportado: a impossibilidade de,

---

<sup>154</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*- 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 141.

através de recurso, se insurgir posteriormente contra a decisão, caso esta não seja modificada a seu desfavor.

Com supedâneo na supracitada aquiescência tácita, decorrente da inexistência de empachos interpostos, é que se conclui que o simples fato de existir reexame necessário não tem como conseqüência a ausência de preclusão.

O fato de haver reapreciação da matéria em sede remessa necessária é mera condição de eficácia da sentença, não tendo o condão de reabrir oportunidade para as partes - que não interpuseram recurso - se insurgirem em face da sentença e, assim, evitar a preclusão lógica.

Também não há a possibilidade da Fazenda Pública se insurgir contra o acórdão proferido em reexame necessário, uma vez que inexistirá a *reformatio in pejus* e, por conseguinte, não haverá sucumbência<sup>155</sup>.

Ou seja, preclusa a discussão sobre a sentença e não podendo haver piora na situação do ente público, impossibilitados os recursos de natureza excepcional em face da decisão em remessa *ex officio*.<sup>156</sup>

Em sentido contrário se manifestam Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro<sup>157</sup>, *in verbis*:

A falta de interposição do recurso é um ato-fato processual, ou seja, a análise da vontade é irrelevante [...]. A parte pode deixar de recorrer por diversos motivos,

<sup>155</sup> Em sentido em contrário, considerando a sucumbência irrelevante para se discutir a preclusão lógica no que toca a interposição de recurso especial e extraordinário em face de reexame necessário: SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória* – 6 ed. atual. de acordo com as leis n. 11.672 e 11.697, 2008 – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 350.

<sup>156</sup> A regra do art. 499 do CPC corrobora com esse entendimento ao ser expressa ao aduzir que os recursos somente podem ser interpostos pela parte vencida, terceiro prejudicado e Ministério Público. Não havendo sucumbência da Fazenda Pública, não se pode considerá-la vencida para fins recursais.

<sup>157</sup> Os doutrinadores Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro são dois dos poucos doutrinadores que se manifestaram sobre o tema. A maioria dos juristas pátrios não o enfrentam. Assim, as discussões sobre a impossibilidade de recurso especial e extraordinário em reexame necessário se restringe, na maioria das vezes, ao campo jurisprudencial.

não importando qual foi ou se existiu vontade. Não há nenhum ato incompatível com a possibilidade futura de interpor recurso especial. Não se pode nem se precisa saber qual a vontade da Fazenda Pública.<sup>158</sup>

Para os citados autores, não poderia haver preclusão, tendo em vista ser irrelevante a vontade das partes em recorrer. Reapreciada a sentença em reexame necessário, desta decisão caberia recurso da Fazenda Pública, facultando a ela decidir sobre a conveniência, ou não, em se interpor o aludido recurso. A regra da vedação *reformatio in pejus* não poderia, para eles, ser usada para justificar essa proibição de interposição de empachos.

Com o devido respeito, não merece guarida o posicionamento dos citados doutrinadores. A vontade das partes se mostra relevante para todo o desenvolvimento do processo, havendo limites para o impulso oficial.

É a incidência do princípio dispositivo, previsto em diversas passagens do Código de Processo Civil, a exemplo dos artigos 2º e 500 do CPC. De acordo com o citado princípio, as partes, salvo as exceções legalmente prescritas, não poderão se manter inertes no processo, sob pena de arcar com o ônus de sua inação.

Entender que a Fazenda Pública pode se beneficiar de sua omissão, tendo o privilégio de recorrer de matéria da qual não se insurgiu anteriormente, significa, antes de tudo, um privilégio injustificado.

Ao se admitir tal privilégio, estar-se-á criando uma exceção ao instituto da preclusão, o que não coaduna com a interpretação restritiva que se deve ser dada ao reexame necessário, haja vista que este deve ser interpretado de acordo com a Constituição Federal e os princípios fundamentais.

---

<sup>158</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil, Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, v. 3. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 314.

*Data maxima venia*, também não concordamos com o entendimento esposado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, no já citado REsp 905.771/CE, o qual sustenta:

À luz desses parâmetros, não há como afirmar configurada a preclusão lógica na situação aqui debatida. Em primeiro lugar porque a falta de interposição do recurso de apelação, pela Fazenda, foi um comportamento omissivo, e não a “*prática de um ato*”. Ademais, não se pode ver nessa omissão um comportamento que indique, inequivocamente, a concordância com a sentença contrária aos interesses da Fazenda e, portanto, a vontade de não recorrer. É que o reexame necessário tem o efeito de devolver ao Tribunal toda a matéria em que sucumbiu a Fazenda Pública.<sup>159</sup>

Baseia-se o citado ministro do STJ na dicção do art. 503, parágrafo único, do CPC, o qual é expresso ao falar em “prática [...] de um ato incompatível”, ao se referir à aceitação da sentença.

Sustenta, o aludido julgador, que a aplicação do preceito legal, pressupõe um ato comissivo de aceitação da decisão. Para ele, não poderia se presumir a resignação com a sentença em virtude da não interposição do recurso, um ato omissivo. Seria necessário a prática de um ato, uma ação da Fazenda Pública.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho, com base nas lições de Marcelo Caetano, que “a noção da expressão [ato administrativo] traduz uma ação concluída, ‘uma vontade que se manifestou ou pelo menos se revelou nem que seja por omissão’ ”.<sup>160</sup>

A omissão, dessarte, pode ser considerada equivalente a um ato da Fazenda Pública no processo. Da citada omissão pode-se extrair a vontade do ente administrativo em não recorrer.

---

<sup>159</sup> STJ, Corte especial, REsp 905.771/CE, relator: ministro Teori Albino Zavascki, DJ: 19/08/2010.

<sup>160</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* - 24ª edição revista, ampliada e atualizada até 31/12/2010 - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89.

Dessa forma, correto o entendimento do ministro do STJ Mauro Campbell Marques, para o qual não há empecilho para se entender que a omissão, ao não interpor o recurso, pode gerar preclusão lógica, *litteris*:

Decerto, como bem explanado pelo Min. Teori, o art. 503, parágrafo único, do CPC, exige um ato comissivo para a caracterização da preclusão lógica. Contudo, peço vênia, não vejo mácula ao instituto desde que se entenda **que a omissão pode gerar preclusão lógica quando dela se puder extrair manifestação inequívoca de vontade que caminhe em sentido oposto à prática do ato processual tido por precluso.** A questão é saber se estamos diante de uma omissão de tal espécie.<sup>161</sup> (*Grifo aditado*)

Por derradeiro, há de se afastar a argumentação de que os representantes judiciais da Fazenda Pública necessitam de poderes específicos que importem disposição ou comprometimento de direitos e, por isso, não poderia ser interpretada a omissão da Fazenda Pública como um ato voluntário de aquiescência com a decisão.

Importante notar que, pela teoria do órgão<sup>162</sup>, de importante aplicação no direito administrativo, os agentes públicos são parte integrante da estrutura do ente público. Os atos daqueles agentes nada mais são que uma manifestação de “vontade” maior da Fazenda Pública.

Não importa, portanto, se houve negligência do agente público em não recorrer, ou que ele praticou um ato que em tese não refletisse o real interesse público. Importa, ao contrário, a atuação do agente na investidura nas funções a ele imputadas pelo Estado.

---

<sup>161</sup> STJ, 1ª Seção, REsp 1052615/SP, relatora: ministra Eliana Calmon, julgamento: 14/10/2009, DJ: 18/12/2009.

<sup>162</sup> A teoria do órgão, de Otto Gierke, é conceituada por José dos Santos Carvalho Filho nos seguintes termos: “[...] segundo ela a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõem, sendo eles mesmos, os órgãos, compostos de agentes.”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* - 24ª edição revista, ampliada e atualizada até 31/12/2010 - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 12.

Assim, se o representante judicial da Fazenda Pública foi regularmente constituído para atuar no processo, deverá o ente público arcar com os ônus existentes na lei processual decorrentes dos atos ou omissões de seu representante.

O ônus, a consequência da omissão da Fazenda Pública, para os casos de não recorrer tem previsão legal: o art. 503 do CPC. Haverá preclusão lógica do seu direito de recorrer. Não poderá se concluir, portanto, que o silêncio do ente público não tenha nenhuma consequência tanto no campo jurídico como no fático.

Acertado, assim, o entendimento do ministro Mauro Campbell Marques, exposto no já citado REsp 1052615/SP, *litteris*:

Para o caso, observo, com a devida vênia dos que pensam de modo diverso, que o art. 503, caput, do CPC, autoriza a interpretação no sentido de que a que a Fazenda Pública omissa aceita tacitamente a sentença, razão pela qual não pode interpor recurso especial para discutir os pontos dela confirmados em remessa necessária.<sup>163</sup> (*grifo aditado*)

Não há dúvidas, assim, que há aplicação da preclusão lógica, nos termos do art. 503 do CPC, à Fazenda Pública. A omissão do ente público na apresentação, em um primeiro momento, de recurso em face da sentença, gera uma preclusão que impede que seja interposto futuramente recurso especial ou extraordinário em face de decisão em reexame necessário.

---

<sup>163</sup> STJ, 1ª Seção, REsp 1052615/SP, relatora: ministra Eliana Calmon, julgamento: 14/10/2009, DJ: 18/12/2009.

## CONCLUSÃO.

Através do presente trabalho bibliográfico, foi constatada a impossibilidade da interposição de recurso especial e extraordinário em face de decisão proferida em reexame necessário.

Conforme visto, diante do seu caráter excepcional no ordenamento jurídico, deve ser interpretado o reexame necessário de forma restritiva. Não cabe ao intérprete, com base em uma interpretação extensiva do aludido instituto, afrontar princípios fundamentais como o da igualdade, do acesso à justiça, devido processo legal, da confiança e da boa-fé.

Pelo contrário, os indigitados princípios deverão prevalecer, restringindo o âmbito de incidência da remessa necessária naqueles casos em que puder existir afronta à Constituição Cidadã de 1988.

É o que ocorre no questionamento sobre a possibilidade de interposição de recurso especial e extraordinário. De acordo com o que foi delineado, a evidente afronta aos aludidos princípios fundamentais impede que seja admitida tal possibilidade.

Além disso, a falta de interesse recursal e a preclusão lógica incidem normalmente ao caso, impedindo que a Fazenda Pública deixe de recorrer da sentença e somente depois de encerrado o reexame necessário decida se insurgir contra a decisão.

Assim, o posicionamento atual dos Tribunais Superiores não se mostra condizente com as características do instituto do reexame necessário, um instituto que paulatinamente tem perdido espaço no ordenamento jurídico brasileiro nos últimos anos.

Também, não está o entendimento atual dos aludidos tribunais em conformidade com a nova sistemática do processo civil, na qual este é interpretado sobre uma perspectiva constitucional.

Dessa forma, a interpretação mais consentânea com o “modelo constitucional do direito processual civil” é aquela que considera impossibilitada a interposição de recursos especial ou extraordinário em face da decisão proferida em sede de reexame necessário, uma vez que a remessa *ex officio* deve ser sempre interpretada de forma restritiva, em homenagem ao Texto Constitucional e os princípios fundamentais insertos expressamente nesta.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AVARES, Gustavo Machado. *O instituto da remessa necessária e a Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 402, 13 ago. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5584>. Acesso em: 03 jul. 2011, às 15h30min.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os 100 maiores litigantes*. Disponível em <[www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em 24/07/2011, às 16h34min.

BRASIL. Projeto de lei n. 166, de 18 de maio de 2010. Assunto: Jurídico - Direito civil e processual civil. Ementa: Reforma do Código de Processo Civil. Data de apresentação: 08/06/2010. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=97249](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249)>. Acesso em: 20/07/2011, às 14h30min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1052615/SP. 1ª sessão. Relator: ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 05 junho de 2011 às 8h27min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 505.022/MG. 5ª turma. Relator: ministro Jose Arnaldo da Fonseca. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06 junho de 2011 às 8h37min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 905.771/CE. Corte Especial. Relator: Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06 junho de 2011 às 10h47min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 904885/SP. 2ª turma. Relator: ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06 junho de 2011 às 10h50min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 95539/SP. 4ª turma. Relator: ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06 junho de 2011 às 15h50min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1058778/SP. 2ª turma. Relator: ministro Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06 junho de 2011 às 14h50min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 879.221/RS. Relator: ministro Albino Zavascki. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 10 junho de 2011 às 14h40min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 944.427/SP. 1ª turma Relator: ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 10 junho de 2011 às

14h40min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 934.642/PR. Corte Especial. Relator: ministro Ari Pargendler. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 11 junho de 2011 às 14h40min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 168.837/RJ. 3ª Seção. Relator: ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 junho de 2011 às 14h50min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 445.171/AL. 6ª turma. Relator: ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 junho de 2011 às 14h34min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1252821/MG. 2ª turma. Relator: ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 junho de 2011 às 14h58min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1079310/SP. 1ª turma. Relator: ministro Francisco Falcão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 junho de 2011 às 15h53min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 232.753/SC. 5ª turma. Relator: ministro Edson Vidigal. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 junho de 2011 às 16h26min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 258.616/PR. Corte Especial. Relator: ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 junho de 2011 às 16h39min.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 396989/GO. 1ª turma. Relator: ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 06 mai 2011 às 8h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário RE 396989/GO. 1ª turma. Relator: ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 mai 2011 às 8h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº RE 540508/RJ. 2ª turma. Relator: ministra Ellen Gracie. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 06 mai 2011 às 8h30min.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº RE635655/DF. 1ª turma. Relator: ministra Cármen Lúcia. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 06 mai 2011 às 8h30min.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil, 5: recursos , processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais:técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>>. Acesso em 20/07/2011>, às 15h25min.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo - 24ª edição revista, ampliada e atualizada até 31/12/2010 - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.*

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San José da Costa Rica . San José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www2.idh.org.br/casdh.htm>>. Acesso em: 31 julho de 2011, às 20h.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo – 8 ed. – São Paulo: Dialética, 2010.*

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil- Teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. 1*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil, volume 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. -6 ed.-Salvador:Jus Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno, tomo I - 3.ed. - São Paulo: Malheiros, 2000.*

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil v. 2*, São Paulo: Saraiva, 2005.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis - 4. Ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.*

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 14ª edição rev. atual. e ampl. São Paulo:Saraiva, 2010.

LEONARDO, César Augusto Luiz. *A boa-fé objetiva no processo civil*. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/452/445>. Acesso em: 05/07/2011, às 19h35min.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo- Curso de Processo Civil v. 1. – 3. Ed. rev. e atual.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.*

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e recurso especial*. 9 ed. rev., ampl. e atual.- São Paulo -Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do Juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

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.- 13ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco- 4 edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

\_\_\_\_\_ *Teoria Geral dos Recursos* - 6 ed. atual. ampl. e reform.- São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito administrativo*. 2ª Ed. -São Paulo: Método, 2010.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da fazenda pública em juízo* – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROESLER, Átila Da Rold. *O reexame necessário no anteprojeto do novo CPC*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2546, 21 jun. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/15062>. Acesso em: 05 jul. 2011, às 15h50min.

SARMENTO, Daniel (organizador). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SIMARDI, Claudia Aparecida. *Remessa obrigatória*. In: Nery Junior, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, vol. 6*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória – 6 ed. atual. de acordo com as leis n. 11672 e 11.697, 2008 – São Paulo, Saraiva, 2009 , p. 345.

SOUZA, Mariana Almeida de. O princípio da confiança do Direito Constitucional e sua aplicação nos municípios, Disponível em:

<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1531>, acesso em 06/06/2011, às 17h.

SPALDING, Mauro. *Execução contra a fazenda pública federal*. Curitiba: Juruá, 2008.

TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e os amendoins: um ensaio sobre a vedação do comportamento contraditório. ("venire contra factum proprium non potest")*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1171, 15 set. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8925>. Acesso em: 03 jul. 2011, às 15h30min.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.