

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • n. 190 • t. 2  
Abril/junho – 2011

## Novo Código de Processo Civil

Organizador: Bruno Dantas  
Consultor Legislativo do Senado Federal

# Ensaio sobre o duplo grau de jurisdição obrigatório

O necessário (e adequado) reexame

Mirna Cianci

O Direito, na pós-modernidade, ingressa numa fase que tem por marca a “necessidade de procedimentalização”, como modo de manifestação, na lição de Willis Santiago Guerra Filho (2007, p. 1001).

Significa afirmar que, no impasse entre a situação anterior, de mínima intervenção estatal, e a seguinte, de onipresença, resultam vantagens e prejuízos de ambas as partes, a sugerir estratégias de conforto entre direitos constitucionalmente garantidos, na conta da relevância dos interesses envolvidos.

Essa evolução tem como moldura a passagem do concretismo para o total abstracionismo, aquele colocando o direito material ao centro, do que o processo se realizava tão somente como uma sucessão de ritos; e este na direção da autonomia totalmente desvinculada, num estado de autoafirmação em busca de identidade.

O indispensável amálgama que se estabelece decorre muito mais da íntima relação que travam os planos do direito material e processual do que das razões em que se escudam os defensores da desnecessária dicotomia, posto que aquele serve de inspiração a este, na busca da tutela adequada e, acima de tudo, no papel instrumental do processo.

Mais adequado ao tema a *teoria circular dos planos*, onde o processo serve ao direito material ao tempo em que por ele é servido.

Mirna Cianci é Procuradora do Estado. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Coordenadora e Professora da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado – Área de Direito Processual Civil.

Trata-se da adequação do processo não só ao direito material como à sua conformação constitucional, tudo a viabilizar, numa visão de conjunto, a prestação jurisdicional, posto que como poderia atuar o processo em favor do direito material dele abstraindo?<sup>1</sup>

Nesse cenário de modernidade, que bem se ajusta à exegese constitucional do processo, temos a instrumentalidade, que, deixando no passado a teoria concretista, revela também evolução da teoria abstrata, num saudável meio-termo, porque reconhece a autonomia do direito processual ao tempo em que estabelece um ponto de contato com o direito material, muito diverso da sugerida fissura no conceito de ação, mas apta a dar atendimento ao princípio da efetividade, posto que demonstra preocupação com a afeição da ação à natureza do direito reclamado.

A dignidade do direito processual e do direito material resultam incólumes, porque não perdem o espaço que ocupam no cenário do direito; muito ao contrário, nele tomam assento adequado e cumprem seu papel, sem deixar de admitir a interdependência com que se situam nesse panorama, no sentido teleológico, respeitados os contornos próprios de cada qual no sistema.

A lição de Willis Santiago trilha a solução para o impasse entre os direitos individuais e da coletividade, ao afirmar que, “(...) transpondo os termos do dilema com que então nos deparamos para o plano do direito constitucional, tem-se como resultado o aparecimento de uma tensão entre aqueles direitos fundamentais que se pode chamar tradicionais, voltados para a

proteção de uma esfera de liberdades civis dos indivíduos, e, de outro lado, os direitos fundamentais previstos para assegurar a concretização dos objetivos da coletividade”. E ainda que “a decisão sobre qual dos dois deverá prevalecer não é possível de ser tomada antes de verificadas as situações em que se conflitam, do que decorre a inadequação de normas gerais e abstratas para regulá-las”, para finalizar afirmando que “o que se precisa – e se pode –, então, fazer é estabelecer procedimentos para que se chegue a essas decisões, procedimentos esses que, naturalmente, deverão ser dotados de determinadas características para cumprir a função sócio-política que assumem nesse contexto”, o que a seguir menciona como a adoção da tese luhmanniana da “legitimidade pelo procedimento” (GUERRA FILHO, 2007, p. 1002).

Nesse cenário situa-se hoje o novo desenho do processo civil brasileiro, modernamente sintonizado com a utilidade, ciente de que o direito subjetivo pode sofrer volatilização em razão do tempo, do que a celeridade fundada na razoável duração do processo, a simplificação dos procedimentos e a efetividade são coroas básicas.

Assim, não basta ao processo instrumentalizar o acesso à justiça, mas o acesso ao justo, de modo a banir do sistema métodos capazes de retardar a fruição do direito material, no sentido do que Cappelletti (1988, p. 9), muito oportuno, mencionou ao concluir que “o acesso formal, mas não efetivo à justiça, corresponde à igualdade apenas formal, mas não efetiva”.

O processo, na moderna versão instrumental, deve, portanto, caminhar ao lado dos direitos substantivos consagrados, armados a favor das diversas categorias, servindo-se de técnicas adequadas e condizentes com a prestação da tutela jurisdicional<sup>2</sup>, resultando daí que a relativização

<sup>1</sup> Hermes Zanetti Junior, criador da teoria em debate, menciona que “leva em consideração a norma material afirmada, mas não pressupõe sua veracidade e incidência fora e antes do processo. Pelo contrário, possibilita a construção de uma solução pelo processo ‘prospectivo’, voltada a criar a norma material (no sentido de defini-la melhor como direito subjetivo, mas também universalizável) em uma metodologia tópica (sem distanciamento do problema)” (ZANETTI JUNIOR, 2006, p. 190).

<sup>2</sup> Cappelletti (1988, p. 69) afirma que, “entre outras coisas, não aprendemos agora que esses novos direitos freqüentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis”. Menciona

do acesso à justiça torna ao mesmo tempo o princípio absoluto, na conta de que sua otimização proporciona a verdadeira justiça a que todos têm direito.

Nessa perspectiva, a evolução dos institutos processuais, em plena era da nova codificação, ostenta relevo de especial importância, de sorte que a adequação do atual ordenamento, nesse ambiente renovado, traduz tema de enorme interesse da comunidade jurídica.

As regras de interpretação e sua acomodação sistemática resultam, portanto, numa tarefa cuja teleologia leva em conta não apenas a integração do texto constitucional e as garantias que traduz para a área do processo civil, como também o direcionamento a um processo justo, na medida da fruição do direito subjetivo.

O propósito reformador tomou cena na concorrência da agilização do sistema recursal com o fortalecimento do entendimento jurisprudencial. A súmula vinculante passou a integrar o ordenamento jurídico nacional, com sede constitucional (artigo 103-A, *caput*, parágrafos 1º e 2º da CF) e regulamentação legal (Lei 11.417/2006), resultado da aproximação histórica entre os sistemas da *common law* e da *civil law*<sup>3</sup> e da necessidade de uniformização da conduta jurisprudencial, que se traduziu também na ampliação dos poderes do relator, restrita às hipóteses em que o Colegiado já se tenha posicionado de forma definitiva acerca do

---

Jacob, para quem “são as regras de procedimento que insuflam vida nos direitos substantivos, são elas que os ativam, para torná-los efetivos”.

<sup>3</sup> Mancuso (2007, p. 344) afirma que, “a inserção (*rectius* ampliação) da súmula vinculante em nosso desenho constitucional permite intuir que nosso modelo jurídico-político, antes restrito ao primado da norma legal, fica agora de certo modo postado entre o regime da *civil law* (prioridade à norma legislada) e o regime da *common law* (prioridade ao precedente judiciário ou à norma julgada)”. Na verdade, há apenas inspiração, pois que o *stare decisis* americano não tem força vinculativa externa ao Judiciário e, conquanto guarde referência com a vinculação de precedentes (*binding precedents*), os juízes têm a seu alcance meios de superar os entendimentos jurisprudenciais, o denominado *overruling*.

tema recursal (CPC, art. 557); no tratamento dos recursos repetitivos (CPC, arts. 543-B e C); na súmula impeditiva de recursos (CPC, art. 588, parágrafo 1º), entre outras, bem assim na limitação do reexame necessário (CPC, art. 475, parágrafos 1º a 3º), todas medidas a favor da abreviação do tempo no processo.

Assim, a razoável duração do processo garantida pela denominada “Reforma do Judiciário” tomou sentido de disponibilização dos instrumentos processuais ao jurisdicionado e não da medida de prazo, em tempo certo e determinado.

Em outra oportunidade (CAPPELLETTI, 1988, p. 138), foi enfrentado tema que cerca a inovação constitucional, para conduzir ao asserto de que socorrem a parte institutos presentes no ordenamento processual civil. Sendo, *e.g.*, caso de urgente fruição, cabível será o pleito de antecipação de tutela (CPC, art. 273), hábil a impedir o perecimento do direito. O Superior Tribunal de Justiça bem delineou o tema ao trazer como suposição que “a tutela de urgência pressupõe a impossibilidade de cumprimento de liturgias que posterguem a prestação jurisdicional, sendo essa a *ratio* aferível na gênese do novel instituto” (REsp 834.678/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26.06.2007, DJ 23.08.2007).<sup>4</sup>

No mesmo trabalho abordamos que prazo razoável e celeridade não são sinônimos, posto que a razoabilidade pode assumir diferentes feições de acordo com a necessidade instrutória de cada processo e suas circunstâncias particulares; e o

---

<sup>4</sup> Marinoni (1998, p. 24) acompanha esse entendimento, destacando que “(...) o procedimento ordinário, como é intuitivo, não é adequado à tutela de todas as situações de direito substancial e, portanto, a sua universalização é algo impossível. Aliás, ao que hoje se assiste nos sistemas do direito romano-canônico é uma verdadeira demonstração de superação do procedimento ordinário, tendo a tutela urgente se transformado em técnica de sumarização e, em última análise, em remédio contra a ineficiência deste procedimento”.

processo dispõe de técnicas avançadas e hábeis, em sua atual versão instrumental. Claro está que o processo de conhecimento, porque visa à definição do direito, requer atos e ritos distintos daqueles exigidos para a execução, em que se cuida da realização coativa do direito declarado, assim como em relação ao processo cautelar, que busca a segurança do interesse em lide. Há adequação teleológica também quando o procedimento é adaptado aos valores preponderantes em cada caso.

Portanto, respeitados os princípios que norteiam o direito processual, mais especificamente o devido processo legal, atendido estará o preceito, posto que o conceito fluido que resulta do termo “razoável” melhor se coaduna com a sua adaptação ao cumprimento exato dos itinerários processuais, sem dilações desnecessárias ou imprestáveis,<sup>5</sup> revelando-se mais que o acesso à justiça, o acesso ao processo justo, resultado do qual às partes serão assegurados todos os meios de atuação previstos no ordenamento jurídico, hábeis à consecução do direito e ao amplo exercício da defesa, mantido o equilíbrio processual.<sup>6</sup>

Nesse cenário está inserido o duplo grau de jurisdição, que alça as causas ao reexame e suporta transformação tendente a amoldar o inconformismo recursal ao tempo da razoável duração do processo, num trato de convivência de aparente difícil superação, a um lance precipitado.

A conformação desse sistema há que levar em conta a importância do instituto sob análise e o custo de supressões indevidas, capazes de comprometer a estrutura formalística do processo, finalizando de

tudo recomendável a investigação da sua origem histórica no seio do processo civil, a ponto de traduzir a relevância de sua existência empírica e seu aproveitamento no direito processual.

Convém desde logo registrar que esse instituto convive com sistemas internacionais, *e.g.*, o português, o italiano e o francês. Ana Cândida Menezes Marcatto (*O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição e a Reforma do Código de Processo Civil*, p. 25) anota que “em todos há forte relação do duplo grau de jurisdição com a devolutividade recursal, a ser apreciada por órgão jurisdicional distinto”<sup>7</sup>.

Apesar da divergência doutrinária, o princípio não tem caráter de garantia constitucional<sup>8</sup>, a ponto de impedir o re-

<sup>7</sup> Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MILITARES. DIFERENÇA ENTRE O ÍNDICE DE 28,86% E O PERCENTUAL JÁ RECEBIDO. MP 1.704-5/98. PRESCRIÇÃO. RENÚNCIA TÁCITA. LIMITAÇÃO TEMPORAL. INOVAÇÃO. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. REEXAME DAS QUESTÕES DECIDIDAS E DAS DE ORDEM PÚBLICA. 1. *omissis*. 2. *omissis*. 3. O duplo grau de jurisdição obrigatório, como na boa doutrina, não é recurso, tem estatuto processual próprio e em nada se relaciona com o recurso voluntário, daí por que não se lhe aplicam as normas referentes à apelação, limitando-se a transferir a reapreciação da matéria suscitada, discutida e decidida na sentença, ressalvadas as questões de ordem pública, de conhecimento e julgamento obrigatórios, mesmo que não tenham sido suscitadas, em virtude, é verdade, da remessa necessária, mas por não lhe ser estranho o efeito translativo, não comportando tais questões a preclusão. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 801.069/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJe 31/03/2008).

<sup>8</sup> De fato, há na doutrina opiniões divergentes sobre o tema. Para Dinamarco (2001, p. 239), “diferentemente dos demais princípios integrantes da tutela constitucional do processo, este não é imposto pela Constituição com a exigência de ser inelutavelmente observado pela lei. Além de não explicitar exigência alguma a respeito, ela própria abre caminho para casos em que a jurisdição será exercida em grau único, sem possibilidade de recurso”; e, de outro lado, Djanira Maria Radamés de Sá (RIBEIRO, 1999, p. 99-101), para quem “o duplo grau de jurisdição é garantia constitucional, na medida em que o bem da vida que se quer resguardar quando se recorre à instância superior é

<sup>5</sup> O Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito que “o julgamento sem dilações indevidas constitui projeção do princípio do devido processo legal” (RTJ 187/933, rel. Min. Celso de Mello).

<sup>6</sup> Por óbvio que o monopólio da jurisdição gera ao jurisdicionado o direito de servir-se do processo e, como na lição de Chiovenda (2000, p. 199), “a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve se reverter em dano para quem não pode ter o seu direito satisfeito senão mediante o processo”.

gramento infraconstitucional, de caráter restritivo, tanto que presentes limitações em nosso sistema, fruto das recentes reformas do processo, sem que contra tais mudanças tenha sido lançada pecha de inconstitucionalidade.

Exemplo facundo temos no artigo 515, parágrafo 3º, do CPC<sup>9</sup>, sem que venha sendo posta em dúvida a constitucionalidade de tal restrição<sup>10</sup>, ausente nulidade que diga respeito à supressão de grau de jurisdição.

---

bem incorpóreo protegido pela cláusula do *due process of Law*; nesse sentido, o duplo grau de jurisdição erigir-se-ia a elemento essencial desta cláusula.

<sup>9</sup> Art. 515 – A apelação devolvida ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º *omissis*. § 2º *omissis*. § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. (Acrescentado pela L-0010.352-2001)

<sup>10</sup> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 515, § 3º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EFETIVIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. REQUERIMENTO DO EXECUTADO, MESMO QUE NAS CONTRA-RAZÕES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 8º, IV, DA LEF, 219, § 4º, DO CPC, E 174, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. LEI Nº 11.051/04. INAPLICABILIDADE AO CASO. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial por reconhecer caracterizada a prescrição intercorrente. 2. A necessidade de dar rápido deslinde à demanda justifica perfeitamente o julgamento da ação pelo mérito. O art. 515, § 3º, do CPC permite, desde já, que se examine a matéria de fundo, visto que a questão debatida é exclusivamente de direito, não havendo nenhum óbice formal ou pendência instrumental para que se proceda à análise do pedido meritíssimo. Não há razão lógica ou jurídica para negar ao Tribunal a faculdade prevista pelo aludido dispositivo legal. Impõe-se, para tanto, sua aplicação. Inexistência de supressão de instância. 3. “Uma vez conhecido o recurso, passa-se à aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257, RISIJ e também em observância à regra do § 3º do art. 515, CPC, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atentar para o devido processo legal” (REsp nº 469921/PR, 4ª Turma, DJ de 26/05/2003, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 4. *omissis*. 5. *omissis*. 6. *omissis*. 7. *omissis*. 8. Agravo regimental não-provido (AgRg nos EDcl no REsp 842.054/RR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/02/2007, DJ 15/02/2007 p. 220).

No tratamento da matéria, o atual regime leva em consideração, para aferição da validade das normas processuais civis, o princípio da proteção<sup>11</sup>, de acordo com o qual sem prejuízo não se decreta nulidade, desde que não renda ensejo a menoscabo, o que resulta da correta interpretação do artigo 244 do diploma processual civil. O saudoso Ovídio A. Baptista da Silva (*Teoria Geral do Processo Civil*, p. 235) afirma que essa regra (CPC, art. 244) aplica-se inclusive às nulidades absolutas, pois o contrário somente se poderia concluir mediante interpretação *contrario sensu* do dispositivo, o que considera inaceitável. Humberto Theodoro Junior (*Processo de Conhecimento*, p. 363) também a respeito admite que “as nulidades, mesmo que absolutas, não escapam à incidência dos princípios da finalidade e do prejuízo”.<sup>12</sup> Teresa Arruda

---

<sup>11</sup> Adoção – Deferimento aos requerentes com consequente extinção do pátrio poder da genitora biológica – Recurso da requerida – Busca a impropriedade da inicial. O pedido inicial foi formulado diretamente pelos requerentes, que não possuem capacidade postulatória – Posteriormente, foi-lhes nomeado procurador, que ratificou os termos da inicial – Inexistência de prejuízo para a requerida, em vista, inclusive, dos termos da contestação, ou seja, houve observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa – Princípio da instrumentalidade das formas – Ausência de prejuízo e princípio da proteção integral afastam a possibilidade de pronunciamento de nulidade. Mérito – A pretensão da requerida não merece acolhida – Provas de ordem oral e técnica indicam a procedência da inicial como a solução que atende aos interesses da menor – Abandono material e moral caracterizado – Acompanhamento e orientação da genitora não apresentaram resultados positivos – Demonstrada a inexistência de vínculos afetivos entre a recorrente e a adotanda – Presentes os pressupostos ao deferimento da adoção – Medida atende aos superiores interesses da criança – apelo improvido. (APELAÇÃO CÍVEL n. 77.007.0/0-00, da Comarca de LARANJAL PAULISTA – Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – 28 de maio de 2001 – NUNO CAMPOS – Relator (g.n.).

<sup>12</sup> O Superior Tribunal de Justiça, em fundamentada decisão, também admite a convalidação das nulidades absolutas, em razão do princípio do prejuízo e da finalidade: PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO REVISOR NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. 1.

Alvim Wambier (*Nulidades do Processo e da Sentença*, p. 196), em célebre monografia, afirma também que “parece-nos não ser exagero dizer que o sistema das nulidades processuais no direito brasileiro gira em torno da lei e, fundamentalmente, do princípio do prejuízo, visto especialmente sob este aspecto de cerceamento de defesa”<sup>13</sup>.

Embora sob o confronto de críticas e opiniões favoráveis, sobrevive robusto o princípio do duplo grau de jurisdição, posto que garante ao jurisdicionado que, diante da falibilidade humana, a decisão proferida

O defeito de forma só deve acarretar a anulação do ato processual impassível de ser aproveitado (art. 250 do CPC) e que, em princípio, cause prejuízo à defesa dos interesses das partes ou sacrifique os fins de justiça do processo. Consagração da máxima *pas des nullité sans grief*. 2. Deveras, informado que é o sistema processual pelo princípio da instrumentalidade das formas, somente a inutilidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada. 3. A doutrina e os tribunais, todavia, com todo acerto, desconsideram a aparente ressalva contida nas palavras sem cominação de nulidade, entendendo que, mesmo quando absoluta a nulidade e ainda quando esteja cominada pela lei, a radicalização das exigências formais seria tão irracional e contraproducente quanto em caso de nulidade relativa” (Cândido Rangel Dinamarco. In: *Instituições de Direito Processual Civil* v. II, 2002, São Paulo:Malheiros, p. 600-601). 4. As situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Teoria do fato consumado. Precedentes da Corte. 5. O estudante que, por força de decisão liminar, matriculou-se em instituição de ensino, e já concluiu o curso, tem o seu direito consolidado pelo decurso do tempo. Teoria do fato consumado. 6. Recurso parcialmente provido para reconhecer a aplicação do art. 462, do CPC (REsp 532577/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04.11.2003, DJ 24.11.2003, p. 227).

<sup>13</sup> O STJ, inclusive, afastou a nulidade que decorre da omissão do reexame necessário, por evidenciada a ausência de prejuízo: PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - AFASTADA A NULIDADE DO TÍTULO - REEXAME NECESSÁRIO POR VIA OBLÍQUA. 1. A ausência do exame necessário foi suprida por força da apelação, na fase de liquidação, quando o Tribunal examinou o processo por inteiro. 2. Postergação da data dos juros moratórios para a data em que há, nos autos, a certidão do trânsito em julgado da decisão. 3. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte parcialmente provido. (REsp 804.815/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 21/05/2007 p. 559).

pelo juízo venha a ser reexaminada pelo órgão *ad quem*, de sorte a ser apreciada por um Colegiado, além de estabelecer um saudável controle da atividade judicial, a que, de resto, estão também sujeitos os tribunais, quando confrontado o direito objetivo, mediante a utilização dos apelos extremos.

Mantenha-se presente que tal previsão não guarda discriminação, de sorte que se revela antes como decorrência do *due process of law*, que a todos atende, nas mais variadas oportunidades e posições em que figurem os atores da relação jurídica processual.

José Carlos Barbosa Moreira (*O futuro da justiça: alguns mitos*, p. 228) enfrentou o tema ao abordar, com costumeiro realismo, que “é pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor dos dois mundos. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa”. E conclui: “O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”.

A quem afirma que a possibilidade de revisão da sentença não se revela como benefício, na medida em que não necessariamente redundante em favorecimento a quem dela se utilize, convém alertar que está em questão não o direito material tutelado, o que levaria ao retorno da concretude de há muito relegada pelo ordenamento processual civil, mas, sim, o direito abstrato ao reexame.<sup>14</sup>

Não resulta, de outra face, em desprestígio ao julgador de primeiro grau, posto que este proporciona ao tribunal superior a cor-

<sup>14</sup> A propósito, bem lançada a lição de Cássio Scarpinella Bueno (2003, p. 25), para quem “o processo é meio, não fim”, destacando que, “quando este “fim” relaciona-se a lides regidas pelo direito público ou hipóteses regidas pelo direito material público, o “meio” precisa, necessariamente, ser calibrado e preparado para atingir aquele desiderato”.

reta cognição da causa por ele instruída e julgada, com o pleno exercício do contraditório, tudo a harmonizar a questão submetida ao reexame, devidamente municida, dando ao ato jurisdicional a indispensável certeza que nasce do saudável debate que aflora do aperfeiçoamento de ideias<sup>15</sup>.

A propósito, bem assevera Lester Marcantonio Camargo (2007, p. 655), em conclusão da defesa que faz do instituto:

“(..). Isso porque vivemos em um Estado Democrático de Direito, cujas eventuais divergências existentes devem ser analisadas sob uma ótica de aperfeiçoamento e não de insegurança. Além disso é notório que o direito não é uma ciência exata, mas dinâmica e evolutiva. Por essas razões sustentamos que a confirmação pelo Tribunal da decisão do juiz de primeiro grau gera apenas maior certeza a respeito de uma questão jurídica e, em havendo a reforma, uma consequência inerente aos Estados Democráticos de Direito e uma

<sup>15</sup> A propósito bem anota José Roberto de Moraes (2000, p. 68), em conhecida monografia, que, “no que se refere à ‘desconfiança’ que existe no juiz de 1ª instância, ela decorre do nosso próprio sistema processual, do nosso próprio sistema constitucional ao estabelecer o duplo grau de jurisdição, que, em verdade, é muito menos do que uma desconfiança e muito mais uma adequação ao inconformismo e à aproximação dentro dos dois pesos de certeza jurídica e justiça da decisão, que fundamentam todo o nosso sistema recursal, todo o princípio de apreciação recursal pelo segundo grau de jurisdição. Pode-se afirmar até que, sob determinado aspecto, o legislador parece desconfiar mais do juiz de segundo grau do que do de primeiro, já que a regra em segundo grau – embora com abrandamentos mais recentes – é da atuação colegiada dos juízos recursais: A decisão do juiz do Tribunal, assim, deve ser proferida não só a partir do seu próprio convencimento mas, também, do convencimento de seus pares, ao passo que é suficiente ao juiz de primeira instância convencer-se a si mesmo. A idéia, por se tratar de uma instância revisora, é reunir, teoricamente, juizes mais experientes e reunidos em colegiado de tal maneira que se possa garantir, tanto quanto possível, que haja justiça naquela decisão e que, portanto, a condenação da Fazenda Pública e as consequências a serem experimentadas pelo erário sejam, efetivamente, justificáveis.”

demonstração de dinamicidade do Direito”.

Numa visão realista, constata-se ainda que a demora que resulta do julgamento dos recursos não provém da adoção, pelo nosso sistema, do duplo grau de jurisdição, mas, sim, de falhas estruturais, que não são sanáveis por conta das opções legislativas, conquanto algumas das reformas do processo tenham contribuído com a aceleração de ritos que, se bem utilizados, podem proporcionar maior agilidade ao Judiciário, sem prejuízo de qualidade.

Superada a questão da prevalência (e permanência), em nosso sistema, do duplo grau de jurisdição, cabe avançar para terreno mais delicado (e candente), ao menos doutrinariamente, o do regime *obrigatório* de reexame das decisões proferidas contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público.<sup>16</sup>

A análise não prescinde de investigação histórica, capaz de trazer a lume a existência e o significado dessa noção de obrigatoriedade de que se reveste o sistema de decisões que tenham como pano de fundo o interesse público, traço comum aos beneficiários do regime sob exame.

Surgiu como recurso *ex officio* em Portugal, na era medieval, nos idos do século XIV, apropriado ao processo inquisitório penal e avançou no direito lusitano, por volta de 1355, como *appellação ex officio*, sendo incorporada às *Ordenações Afonsinas* (Liv. V,

<sup>16</sup> Artigo 475 – Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – Proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – *omissis*. Parágrafo 1º *omissis*. Parágrafo 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. Parágrafo 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.



Título 58, parágrafo 11º), tendo como objetivo o controle da atividade judicial, pelos representantes judiciais do Rei (Ouvidores).

O recurso *ex officio* às causas públicas (fazendárias) surgiu em nosso ordenamento com a Lei n. 242, de 29.11.1841, estabelecendo que caberia “ao juiz dos Feitos a obrigação de apelar da sentença contrária à Fazenda, sem o que não seria exequível nem passaria em julgado a decisão”. Era também previsto para as decisões em *habeas corpus*, por meio da Lei de 3.12.1841, sempre mediante declaração do próprio juiz, ao final da sentença, prática que persiste atualmente.

A evolução legislativa registra ainda a edição do Decreto 3.069, de 17.4.1863, que prevê a apelação *ex officio* em anulação de casamento; a Lei 2.040, de 28.9.1871, que atua no reexame necessário das causas criminais. E, a seguir, por meio do Decreto 3.084, de 5.11.1898, veio a tornar-se obrigatório o recurso oficial nas causas da Fazenda Nacional, na forma da Lei 242, de 1841. Seguiu-se a adoção do instituto em diplomas esparsos, como os Códigos do Estado da Paraíba (1910); do Distrito Federal, Sergipe, Bahia e Rio de Janeiro, em seguida. Registra-se ainda a existência do recurso extraordinário *ex officio*, da era Vargas, previsto no Decreto 23.055, de 9.8.1933.

O Decreto-lei 960, de 17.12.1938 estabeleceu a obrigatoriedade de interposição do recurso oficial nos casos de improcedência da execução fiscal.

O Decreto-lei 4.565 de 11.8.1942 introduziu no Código de Processo Civil anterior (Decreto-lei n. 1.608, de 18.9.1939) o antigo sistema de apelação *ex officio* a ser interposto pelo juiz, mediante declaração na sentença e cabível nos casos de declaração de nulidade de casamento, de homologação do desquite amigável, e de condenação da União, Estado ou Município.

A Constituição Federal de 1937 reservou à sentença em mandado de segurança o reexame obrigatório, bem como a possibilidade de interposição pelo presidente de

tribunal local ou membro do Ministério Público. As Constituições seguintes não registraram previsão do duplo grau de jurisdição obrigatório.

O Decreto-lei 3.365, de 21.6.1941, previu o duplo grau obrigatório nas causas de desapropriação por utilidade pública.

O Código de Processo Penal, Decreto-lei 3.689, de 3.10.1941, traz referências à obrigatoriedade, como no caso do reexame da sentença absolutória (art. 411); como exceção ao aspecto voluntário do recurso (art. 574) e da decisão que conceder reabilitação (art. 746).

A Lei n. 818, de 18.9.1949, trata da aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos, consagrando novo caso de reexame obrigatório.

A Lei 1.521/1951 prevê o reexame necessário nos casos de absolvição em processo crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou ainda em caso de arquivamento dos autos do inquérito policial a que se refere.

A Lei 2.664, de 3.12.1995, dispõe sobre a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição nas ações judiciais de atos das mesas das Câmaras do Congresso Nacional e da Presidência dos Tribunais Federais. A Lei 4.137, de 10.9.1962, regula o abuso de poder econômico e, no art. 57, contempla a sujeição da sentença ao duplo exame.

A revogada Lei 4.348/64, que disciplinava o mandado de segurança, em seu art. 7º previa o reexame obrigatório da decisão que conceda outorga ou adição de vencimento ou reclassificação funcional.

A Lei 4.717, de 29.6.1965, que trata da ação popular, prevê expressamente o duplo grau de jurisdição (art. 19).

O Decreto-lei n. 779, de 21.8.1969, previu o recurso ordinário no sistema processual trabalhista, sempre que se tratar de decisão contrária à União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, fundações de direito público federais, estaduais ou municipais, que não explorem atividade econômica.

No Código de Processo Civil de 1973, chegou a ser ventilada a hipótese de supressão do instituto, o que vinha capitaneado no anteprojeto pelo Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, mas houve reconsideração<sup>17</sup> e acabou sendo inserida no novo ordenamento processual, como exercício do duplo grau de jurisdição obrigatório, no retrato da letra do artigo 475, com sua redação original, e a previsão contida na lei geral conduziu à obrigatoriedade nas leis extravagantes por subsidiariedade.

A Lei 6.739, de 5.12.1979, que dispõe sobre registros públicos e imóveis rurais, a Lei 7.853, de 24.10.1989, sobre apoio à pessoas com deficiência e a Lei 9.469, de 10.7.1997, também albergaram o instituto.

A Lei Complementar 76, de 6.7.1993, refere-se às sentenças em desapropriação para fins de reforma agrária, sob critério de valor acima de cinquenta por cento sobre o valor da indenização estabelecida na inicial.

E subsiste hoje, espreado nas mais diversas disciplinas legais, como no Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172/1996, art. 145, II; Código de Processo Penal, Decreto-lei 3.689/1941, art. 574; Lei Federal n. 10.259/2001, do Juizado Especial Cível Federal, art. 13; Lei Federal 9.469/1997, sobre Autarquias e Fundações Públicas,

art. 10, e Lei Complementar 76/1993, do procedimento contraditório especial de desapropriação de imóvel rural, para fins sociais e de reforma agrária, art. 13, 1º; Lei Federal 8.437/1992, sobre medidas cautelares, art. 3º, Lei Federal 8.076/1990, sobre medidas liminares, art. 1º, parágrafo único; Lei Federal 7.853/1989, da sentença em Ação Civil Pública, art. 4º, parágrafo 1º; Lei Federal 6.830/80, sobre a dívida ativa da Fazenda Pública, art. 34, *caput*; Lei Federal 6.739/1979, sobre ação anulatória de matrícula e registro de imóveis rurais, art. 3º, parágrafo único; Decreto-lei 779/1969, sobre normas processuais trabalhistas da União Federal e demais entes públicos, art. 1º, V; Lei Federal 4.717/1965, Lei de Ação Popular, art. 19, primeira parte; Lei Federal 12.016, que regula o Mandado de Segurança; Lei Federal 2.770/1956, sobre sentenças de liquidação por arbitramento nas execuções de sentenças ilíquidas, art. 3º; Lei Federal 2.664/1955, que trata das ações judiciais decorrentes de ato das Mesas das Câmaras do Congresso Nacional, art. 1º, parágrafo 2º; Lei Federal 818/1949, que trata da aquisição e perda da nacionalidade e de direitos políticos, art. 4º, parágrafo 3º, Lei Federal 10.522/2002, sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, art. 19, parágrafo 2º, Decreto-lei 3.365/1941, sobre desapropriações por utilidade pública, art. 28, parágrafo 1º, na Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 898, quanto a sentenças proferidas em dissídio coletivo de empresas de serviço público.

A importância do esforço legislativo consiste na revelação, como traço comum, da preocupação do legislador com temas determinados, normalmente de relevância social ou de interesse público, como cenário das inúmeras regras que albergaram o duplo grau de jurisdição obrigatório, a ponto de autorizar a conclusão de que o relevo dos temas legislativos justifica (e justificou desde a era medieval) a manutenção do instituto no sistema pátrio.

<sup>17</sup> Barbosa Moreira (2007, p. 200-201) registra que “o Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, redigido pelo mesmo jurista a que acima se aludiu (Alfredo Buzaid) e publicado em 1964, pretendeu abandonar a orientação tradicional. Procurou o autor justificar a guinada no item 34 da Exposição de Motivos apresentada ao Ministro da Justiça, com argumentos que ao tempo se examinarão. Viria, contudo, a mudar de opinião ele próprio: o projeto encaminhado em 1972 ao Congresso Nacional, durante sua gestão como Ministro da Justiça, no art. 479, retomava o fio da tradição, sujeitando à revisão obrigatória em segundo grau a sentença ‘proferida contra a União, o Estado e o Município’ (inciso II) e a que julgasse ‘improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública’ (inciso III). A dicção, neste, era manifestamente atécnica, visto que não há lugar, na execução, para julgamento de improcedência: a sentença de que se queria falar era a que julgasse procedente os embargos à execução fiscal – coisa bem diversa. O defeito subsistiu no art. 475, III, do Código de 1973 (...), mas foi corrigido pela Lei n. 10.352”.

Conveniente abordar aqui – em parêntesis – o significado de interesse público que se destaca dessa inquietação legislativa, a ponto de sintonizar a adequação do instituto sob análise com o pressuposto que se considera presente no esquema normativo pátrio.

O interesse público foi especialmente delineado por José Eduardo Faria (2003, p. 79), ao mencionar que importa “(...) é pensar o interesse público dentro de uma outra perspectiva, mais sociológica, que procura de certo modo identificar no interesse público o conceito que tem por finalidade funcionar como uma espécie de princípio totalizador dos interesses tutelados pelo direito”; e prossegue sumarizando que, “em outras palavras, o interesse público tem, acima de tudo, uma função pragmática. Trata-se de um conceito que permite ao direito filtrar os diferentes valores em confronto da vida social, alcançando uma idéia de fechamento e acabamento lógico daqueles valores majoritariamente reclamados por parte da sociedade”.

Lúcia Valle Figueiredo (1993, p. 123) revela preocupação com a definição aqui buscada, ao mencionar que a expressão “interesse público” é absolutamente oca: “tudo cabe dentro do interesse público e tudo descabe dentro do interesse público, dependendo de quem vai preencher o conceito.”

Trata-se mesmo de conceito vago, a ser ocupado pelo direito objetivo, sendo presente em nosso sistema pátrio o constante dilema entre o bem tutelado pela Justiça, direcionado ao jurisdicionado, e aquele cuja vertente encaminha ao bem comum, público, universo em que estão todos inseridos, inclusive o demandante, que nesse particular enfoque ocupa ambos os polos da relação jurídica processual.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 182) bem descreve esse enlace, ao explicar:

“(...) na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto so-

cial, nada mais é do que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe de sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.”

O direito positivo resulta dessa escolha, da opção legislativa, que traz na conta a maior abrangência do resultado visado pela norma, na “totalização de interesses” aqui referida, tanto quanto possível o albergue da situação legalmente protegida.

Na autorizada lição de Donald Armelin (2003, p. 112), “em um estado democrático de direito, resultam da vontade popular as normas jurídicas que devem refletir essa aspiração dos governados, na qualidade de representados”, o que torna razoável concluir que a decisão administrativa tem legitimidade democrática e concebe o desejo do representado. No mesmo sentido, a lição de Mancuso (2007, p. 321), para quem “(...) de um modo geral as condutas administrativas são implementadas em contemplação – direta ou reflexa – da coletividade em geral, até porque a legitimidade do Administrador advém de mandato popular, que o autoriza a realizar escolhas primárias, em nome dos administrados (...)”.

Aos opositores do atual sistema de reexame obrigatório convém ainda alertar que inexistente, em nosso ordenamento *jurídico*, a equivocada divisão entre direitos individuais, coletivos (ou supraindividuais, difusos) e os gerais ou públicos, por impossibilidade de equiparação; vale dizer, no âmbito estatal, inexistente essa partilha de interesses.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Gustavo Rabay Guerra (2002) menciona como argumento a lição de Willis Santiago, que considera possível sinalizar com o reconhecimento de três planos de interesse de uma determinada comunidade política: interesses individuais, interesses coletivos (ou “supraindividuais”, em que se incluem os interesses difusos) e interesses gerais ou públicos. Somente a

Gustavo Rabay Guerra (2002, p. 66) extrai desse enganoso direcionamento que “o que impende firmar-se é o entendimento de que o interesse público nem sempre coincidirá com o interesse patrimonial do Estado, pois concentram-se os interesses públicos primários como os interesses do bem geral, afeitos a toda a coletividade e, ao passo em que os interesses da Administração Pública devem ser focalizados como interesses públicos secundários, aqueles que, ligados ao aparelho estatal unitariamente considerado, nem sempre são suscetíveis de proveito pelo bem comum...”.

Essa classificação teórica da definição de interesse tem, na verdade, caráter mais *político* do que verdadeiramente *jurídico*. A clássica lição de Alessi (*Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, p. 197-8) identifica o interesse público primário com o interesse social (da coletividade) e o secundário, onde não necessariamente resultaria o real interesse da comunidade, referindo-se, neste caso, ao que Mazzilli (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 49) identificou como “ações daninhas que não raro contrapõem governantes e governados; Estado e indivíduos”.

Analisando a lição de Alessi, conclui com extremo bom senso e juridicidade Mazzilli que, “sem negar, porém, o caráter de conflituosidade normalmente inato na discussão dos interesses transindividuais, de nossa parte cremos ainda na supremacia da noção do bem comum, ou seja, o interesse público primário”. Prossegue, referindo-se a um exemplo em que a construção de uma fábrica pode gerar empregos e poluição a um só tempo, para concluir:

“assim, nos exemplos acima, a solução exigida pelo bem geral consiste

harmonização desses três planos definitórios possibilita o melhor atendimento dos interesses individualmente considerados, bem assim daqueles interesses de toda a comunidade, “ou de parte dela”, posto que o excessivo favorecimento de interesses isolados, em contraposição aos demais, redundaria em um “desserviço para a consagração desses mesmos interesses, que se pretendia satisfazer mais que os outros” (GUERRA FILHO, 2001).

em instalar a fábrica e, ao mesmo tempo, respeitar o meio ambiente, ainda que, com isso, estejamos a não agradar integralmente, ou a desagradar preponderantemente a todos os grupos mais ativamente envolvidos na controvérsia; melhorar os serviços sociais valendo-nos de impostos que obedeçam aos parâmetros constitucionais, inclusive os da razoabilidade, é o que pede o bem geral, ainda que não se consiga, num só instante, compor todos os interesses em jogo”.

Essa a conjugação exata, porque não necessariamente a defesa de interesses do Estado em juízo diz respeito tão somente ao “erário”, o que decorre da equivocada noção do termo “Fazenda”, que abrange todo e qualquer interesse de ordem pública e não apenas aquele que revele conteúdo econômico<sup>19</sup>.

A se admitir o raciocínio ora criticado, teríamos um conceito ainda mais vago, porque ao legislador caberia regradar situações de difícil esboço, submetendo ao reexame apenas os interesses que considerasse primariamente públicos e relegando aqueles que viesse a definir como secundários, como se o *interesse público* pudesse sofrer essa medida, para o fim de vir a ser ou não reexaminada a sentença lançada contra a Fazenda Pública.

Revela-se, portanto, verdadeiramente falaz o asserto, na medida em que o interesse envolvido pela Fazenda Pública não se direciona a determinada categoria, de vez que envolve sempre a *defesa do erário* e a *administração do bem comum*, o que pode, por implícito, incorrer na tomada de decisões que necessariamente atendam ao interesse público eleito pelo Administrador.

<sup>19</sup> Esse sentido vem figurado por Gustavo Rabay Guerra (2002) em sua dissertação, ao mencionar que “é lícito supor que, semanticamente, a expressão Fazenda Pública corresponde ao significado de erário, de fisco. Entretanto, esse conceito pode sofrer mutações, para, pragmaticamente, identificar o próprio aparato de atuação estatal, especialmente no que se refere à presença da Administração Pública em juízo, como o próprio CPC sugere”.

E essa opção tem assento no campo da discricionariedade administrativa, imune ao exame jurisdicional e que, na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (1996, p. 48), compreende “a margem relativa de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao agente público para que este escolha, dentre as alternativas oferecidas, aquela que melhor atenda ao interesse público específico”. Prossegue afirmando que tem o Administrador “espaço livre na avaliação do motivo e na eleição do objeto por juízo de conveniência e oportunidade” e passa a definir que “discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto”, sendo sua finalidade a de “(...) cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação” (MELLO, 1996, p. 48).

Além disso, o Estado age costumeiramente ora como sujeito a regras de direito público, ora sob o direito privado e, ainda assim, sem perder o elo com o interesse público. Apenas para exemplificar, no julgamento da matéria, o extinto II Tribunal de Alçada Civil, conquanto considerasse que o Estado atua como particular e encontra-se sujeito às regras de direito privado nas relações locatícias, ordenou sistematicamente a aplicação do artigo 475 às ações de despejo.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Tal como constou do despacho inicial, é dos princípios que, por se submeter a necessário duplo grau de jurisdição, a sentença proferida contra a Fazenda Pública só produz efeitos depois de confirmada pelo tribunal (CPC, art. 475, II). Por seu caráter e finalidade, a regra geral do duplo grau prevalece sobre a exceção do artigo 58, V, da Lei n. 8245/91. Precedente: AI 470.558, de 20.11.96”. E ainda: “A hipótese é de provisória execução de sentença enquanto pendente obrigatório reexame (artigo 475, II, do Código de

A Fazenda Pública – aqui utilizado o termo em sentido lato, que engloba todos os destinatários do regime do duplo grau de jurisdição obrigatório (CPC, art. 475, *caput*) – dispõe de garantias processuais sintonizadas com esse interesse que aqui se descreve, na exata medida em que direcionadas ao bem comum que representa uma massa populacional íntegra.

Tais garantias não se descrevem como privilégios, porque privilégio conceitua-se como “direito ou vantagem concedido a alguém, com exclusão de outros” (DICIONÁRIO..., 2011) e, no caso, o fundamento do interesse público protegido busca justamente o efeito “totalizador”, que aqui não se apresenta demasiado reforçar, porque reflete o verdadeiro caráter das regras que albergam a conduta fazendária.

Convém ressaltar ainda que essas garantias convivem harmoniosamente com o princípio da isonomia constitucionalmente consagrado no artigo 5º, *caput*, e inciso I da Magna Carta<sup>21</sup>, se examinado em consonância com o adequado conceito de igualdade acolhido pelo texto constitucional.

Nelson Nery Junior (2001, p. 45), ao tratar do tema, afirma que o que o princípio constitucional quer significar é a proteção da igualdade substancial e não a isonomia meramente formal. Trata-se da igualdade efetiva, de fato, e não apenas e tão somente a igualdade jurídica como trata o Autor, na lição de Fritz Baur (1980, p. 16). Na mesma

Processo Civil). Se a eficácia da r.sentença é incerta frente ao efeito meramente devolutivo estabelecido na lei inquilinária, somado ao recurso oficial previsto na lei de rito quando a decisão é proferida contra o Estado, seguro reconhecer a presença dos requisitos ensejadores da liminar perseguida. Frente ao interesse público, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, defiro a liminar para suspender a execução do despejo até o reexame obrigatório, de ampla devolutividade”

<sup>21</sup> Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

linha, adverte Barbosa Moreira, ao tratar exatamente da *vexata questio*, que “já é cediça e dispensa demonstração a tese de que isonomia não significa tratamento sempre absolutamente igual, mas tratamento igual na medida da igualdade e desigual, na medida da desigualdade. Em suma: o critério decisivo é o da igualdade substancial, e não o da igualdade formal”.

Prossegue indicando que “(...) à Fazenda Pública atribuem-se prerrogativas, como a de prazos mais longos (ex: art. 188 do CPC), em obediência ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, a fim de se atingir a igualdade substancial”, menção que faz à lição de Ada Pellegrini Grinover (1975, p. 42) para concluir que “ela não pode ser equiparada a um litigante qualquer, dada a natureza dos interesses que representa” (*Temas*, p. 203).

Cai a lume a exata medida trazida por Juarez de Freitas (1999, p. 53), para quem surge relação entre “(...) o princípio do interesse público e da correlata subordinação das ações estatais ao princípio da dignidade humana”, situação de confronto que tem solução na preponderância entre “a vontade geral legítima sobre a vontade egoisticamente articulada”.

Nesse espectro, inúmeras passagens no *Codex* e em outros textos legais revelam a preocupação do legislador, como, *e.g.*, no caso do parágrafo 4º do artigo 20, que exclui a Fazenda, na condenação, do limite mínimo na fixação dos honorários advocatícios ou ainda nos casos em que dilata prazos, como os da contestação e dos recursos (art. 188); de ineficácia da sentença sujeita ao reexame necessário (art. 475) e da sujeição da execução ao rito dos artigos 730 do CPC e 100 da CF; do procedimento para a execução fiscal (Lei 6.830/1980), do arresto independente de justificação judicial (art. 816, I); da reintegração de posse (art. 928); entre outras.

Acrescenta ao tema a retórica afirmação, conhecida na lição de Nelson Nery Junior

albergada por Francisco Barros Dias (2000, p. 329), para quem o duplo grau obrigatório seria medida oriunda do processo inquisitório no sistema medieval, quando os magistrados eram dotados de ilimitados poderes.

Também não tem esfera de aceitação o argumento de ter sido concebido o instituto num momento político ditatorial (getulista), de sorte que seria fruto do autoritarismo ou mesmo ao tempo da era medieval e inquisitorial, num contexto que parte da doutrina considera capaz de macular, em sua origem, o milenar instituto.

Por evidente que o raciocínio não sobrevive a uma análise técnica, posto que, a se assim considerar, qualquer instituto jurídico nascido na antiguidade ou mesmo sob o signo de regimes absolutos deveria ser expurgado do mundo jurídico, como, *e.g.*, a prescrição, reconhecida garantia milenar de segurança jurídica. Barbosa Moreira (2007, p. 207) bem adverte a respeito que o reexame necessário “vem de muito mais longe: do início da quarta década do século XIX!”. E prossegue argumentando que, “além disso, é falsa a premissa de que tem feição autoritária toda e qualquer medida legislativa tomada em período ditatorial ou semiditatorial. Não tiveram necessariamente tal caráter as reformas da ZPO alemã posteriores à ascensão dos nazistas ao poder (...).

O mesmo Autor rechaça, com veemência, a referência que se faz aos “visíveis moldes fascistas” da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública, ao mencionar que o instituto nada tem a ver com esse antecedente, sob o falso argumento de que tais “moldes” seriam fascistas porque “obsessivamente voltados à tutela do Estado”, para concluir de modo diverso, afirmando que “mais correto, parece-nos, é ver no dispositivo em foco instrumento de tutela do *patrimônio público*”<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Colocando o argumento no *todo* deste estudo, com precisão localizamos a tese aqui exposta no que foi afirmado na introdução, na alusão feita à tese

Esse o ponto nodal da questão: não se pode separar a figura da Fazenda Pública, a figura estatal, do conjunto que ela representa, do seu significado corpóreo. Não é o Estado (*lato sensu*) que estaria sendo beneficiado com essa garantia, mas a sociedade civil que lhe dá definição epistemológica.

Nem constitui peculiaridade do direito brasileiro, como bem anota Barbosa Moreira (*Temas*, p. 204-5) ao afirmar que “é certo que não a consagram as mais conhecidas legislações processuais civis europeias. Mas parece supérfluo obtemperar que um instituto não pode ser condenado apenas por o não adotarem essas legislações: do contrário teríamos que expurgar de nosso sistema jurídico, por exemplo, o mandado de segurança, sem correspondente exato em nenhuma delas”. Prossegue afirmando que “mais de um código estrangeiro torna necessária a revisão das sentenças contrárias aos entes públicos; entre elas figura o colombiano, de 1970 (art. 386, 1ª parte), reconhecidamente um dos mais bem feitos e progressistas da América Latina”. Argumenta ainda que, “por outro lado, a inexistência de disposição análoga à do art. 475 pátrio nas leis processuais europeias de maneira alguma significa que aqueles ordenamentos dêem ao Poder Público, quando litiga, tratamento igual ao de outro litigante”.

Em seguida conclui que “a verdade é bem outra: o tratamento varia, sim, conquanto por formas diferentes, algumas até mais radicais que a visada pela crítica”, exemplificando que “basta ver que diversos ordenamentos europeus indubitavelmente de ‘primeira linha’, chegam a subtrair à Justiça comum, em regra, os litígios em que seja parte a Administração Pública, para confiá-los a outro conjunto de órgãos,

luhmanniana da “legitimidade pelo procedimento” ao referir-se a procedimentos que, naturalmente, deverão ser dotados de determinadas características para cumprir a função sociopolítica que assumem nesse contexto, o que aproxima o concerto que aqui se faz acerca do fundamento socioempírico do duplo grau de jurisdição obrigatório.

que não integram necessariamente o mecanismo judicial e podem fazer parte do próprio aparelho administrativo”, o que faz referindo-se ao sistema de contencioso administrativo, como no direito francês, em que registram-se vários atributos próprios da presença da Administração Pública na lide, como no caso da forma de intimação e publicidade dos atos, francamente diferenciada em relação aos processos judiciais.

Não é demais registrar aqui, num retrato histórico do processo civil brasileiro, o destaque de Jônatas Luiz Moreira de Paula (2002, p. 352), ao mencionar que, “assim como o povo brasileiro é produto de multirraças, portanto multiculturas, a ciência processual brasileira também é produto de várias escolas europeias, que ainda não se definiram em perfis distintos que caracterizam um grupo do outro”. Prossegue, afirmando que: “Portanto, não seria errôneo dizer que no Brasil ainda não se tem escolas de processo, mas tendências processuais, que variam conforme seus adeptos abordam o direito processual”, para em seguida extrair que, “todavia, face ao desenvolvimento científico do processo dos últimos 50 anos, não seria exagero afirmar que existe uma maneira própria de se pensar o processo brasileiro, possibilitando construir o tronco comum dos pensadores nacionais”.

Os argumentos contrários ao duplo grau de jurisdição obrigatório coincidem, não raro, com aqueles que cabem como luva contra o duplo grau de jurisdição voluntário e nem por isso será restringido ou expurgado do ordenamento processual civil esse consagrado direito, por conta dos anseios de efetividade.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Gustavo Rabay Guerra (2002) exemplifica, em sua argumentação contrária ao reexame necessário, o caso do servidor público arbitrariamente exonerado da função que ocupava e que propôs ação judicial de anulação do ato administrativo, obtendo vitória sobre a Fazenda Pública. Como cedo, a decisão de primeiro grau deverá ser submetida ao crivo do duplo grau, obrigatoriamente, em nome do interesse geral, respaldo indiscutível da defesa do erário. Mas e o in-

Ainda, a quem venha a taxar de inconstitucional a regra de obrigatoriedade do reexame, convém destacar que de melhor técnica seria considerá-la não albergada pelo texto constitucional, posto que sua vigência transcende a atual Carta. Mas, mesmo que sob esse enfoque, não subsiste o ataque, tanto que, analisando de modo crítico, Barbosa Moreira (2007, p. 204) conclui ser “puramente acadêmica a increpação: antes e depois da Carta de 1988, os tribunais brasileiros têm aplicado tranquilamente, com certeza, milhares de vezes, as disposições em foco”, sendo oportuno recordar que há, no Superior Tribunal de Justiça, súmulas tratando da matéria.<sup>24</sup>

Outro aspecto que merece enfrentamento diz respeito à equiparação do reexame necessário à possibilidade de falibilidade humana, ou seja, que tivesse sido o instituto criado para suprir a omissão recursal do advogado público, por desídia ou por qualquer outro motivo, ainda que justificável, o que colocaria a Fazenda do Estado em situação de extrema vantagem nesse duelo, tornando ainda mais odioso o desequilíbrio de forças.

O asserto não sobrevive a uma análise da natureza jurídica do instituto, que, por orientação pacífica, não tem caráter recursal<sup>25</sup>.

teresse da família, que deverá suportar a insuficiência econômica e social de seu provedor, obstaculizada em meses, quem sabe em anos? Não estaria havendo excesso de proteção dos interesses da Fazenda, que conta ainda com outras prerrogativas na disputa judicial? Ora, ainda que não houvesse o reexame necessário, por certo que essa condenação geraria a atividade recursal da Fazenda, de sorte que a necessidade de espera da decisão definitiva não decorre, necessariamente, do reexame obrigatório.

<sup>24</sup> Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes. (Súmula 390, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/09/2009, DJe 09/09/2009). O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário. (Súmula 253, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/06/2001, DJ 15/08/2001 p. 264). No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública (Súmula 45, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 16/06/1992, DJ 26/06/1992 p. 10156).

<sup>25</sup> 25 PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. REMESSA

A doutrina, de modo reiterado, admite essa conclusão, porque não se encontra o instituto topologicamente previsto no artigo 496 do CPC<sup>26</sup> ou em leis especiais,

NECESSÁRIA. DECISÃO NÃO UNÂNIME. EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 530, DO CPC. DESCABIMENTO. 1. A remessa *ex officio* não é recurso, ao revés, condição suspensiva da eficácia da decisão, por isso que não desafia Embargos Infringentes a decisão que, por maioria, aprecia a remessa necessária. Precedentes do STJ: EREsp 168.837/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 05.03.2001; REsp 226.253/RN, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 05.03.2001; AgRg no Ag 185.889/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 01.08.2000. 2. Sob esse enfoque esta Corte já assentou: “Há que se fazer distinção entre a apelação e o reexame necessário. A primeira é recurso, propriamente dito, reveste-se da voluntariedade ao ser interposta, enquanto o segundo é mero ‘complemento ao julgado’, ou medida acautelatória para evitar um desgaste culposo ou doloso do erário público ou da coisa pública. O legislador soube entender que o privilégio dos entes públicos tem limites, sendo defeso dar ao artigo 530 do Código de Processo Civil um elastério que a lei não ousou dar. Assim, só são cabíveis os embargos infringentes contra acórdãos em apelação ou ação rescisória. Esta é a letra da lei” (REsp 402.970/RS, Rel. p/ acórdão, Min. GILSON DIPP, DJ 01.07.2004). 3. A nova reforma processual, inspirada no princípio da efetividade da tutela jurisdicional, visou a agilização da prestação da justiça, excluindo alguns casos da submissão ao duplo grau e dissipando divergência que lavrara na jurisprudência acerca da necessidade de se sustar a eficácia de certas decisões proferidas contra pessoas jurídicas não consideradas, textualmente, como integrantes da Fazenda Pública. 4. A ótica da efetividade conjurou algumas questões que se agitavam outrora, sendo certo que, considerando que o escopo da reforma dirige-se à celeridade da prestação jurisdicional, não mais se justifica admitir embargos infringentes da decisão não unânime de remessa necessária. 5. A eventual divergência, quanto ao percentual de juros moratórios, instaurada entre o acórdão embargado, proferido pela 5ª Turma, e o julgado paradigma, oriundo da 6ª Turma, deverá, posteriormente, ser submetida à análise da Terceira Seção desta Corte Superior, nos termos do art. 266, do RISTJ. 6. Embargos de divergência rejeitados quanto à questão do cabimento dos embargos infringentes em remessa necessária, enviando-se os autos à 3ª Seção para o julgamento da divergência quanto aos juros (EResp 823.905/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/03/2009, DJe 30/03/2009).

<sup>26</sup> Artigo 496 – São cabíveis os seguintes recursos: I – apelação; II – agravo; III – embargos infringentes; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário; VIII – embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.



mas, sim, plantado no tópicos relativo à coisa julgada.

Reforça o argumento a constatação de que inexistente inconformismo recursal ou a sucumbência do julgador, a quem incumbe a iniciativa do recurso *ex officio* e, ainda, não há prazo previsto para a remessa, nem preclusão a respeito. Não há legitimado, nem tampouco voluntariedade, de sorte que atua sem provocação das partes.

Sintomático do que se afirma, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “o reexame necessário devolve ao Tribunal a matéria decidida na sentença e não qualquer alegação que a Fazenda Pública poderia ter deduzido no processo e não o fez”. (REsp 775.663/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2005, DJ 24/10/2005 p. 301), tendo a extensão bem aquilatada por Marcelo Bonício (*Capítulos da sentença e efeitos dos recursos*. ps. 187-8), ao abordar esse efeito, quando afirma que “com isso, por força de lei, mesmo quando a Fazenda Pública não se manifestar, no apelo, irresignação em relação a todos os capítulos da sentença, e mesmo que não existam capítulos dependentes daqueles que foram impugnados, mesmo assim o tribunal poderá conhecer e julgar todos os capítulos da sentença”.

Forçoso discordar apenas do ilustre Autor ao afirmar que “trata-se de uma exceção à regra de que a apelação devolve ao tribunal apenas a matéria impugnada (...)”, porque de exceção propriamente dita não se trata, já que o reexame necessário não está submetido ao regime recursal, justamente por ter natureza jurídica diversa.

Resumindo, apenas o conteúdo da sentença sofre revisão por força do duplo grau de jurisdição obrigatório e não o conteúdo do inconformismo fazendário, que, *e.g.*, tenha sido destilado na defesa, ou mesmo que poderia tê-lo sido e não o foi, sujeitando o tema à preclusão.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REEXAME NECESSÁRIO. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE OPORTUNA ALEGAÇÃO. MATÉRIA QUE NÃO PODE SER CONHECIDA DE OFÍCIO. ART. 219, § 5º, DO CPC, EM SUA REDAÇÃO ANTERIOR. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado no sentido de que, em se tratando de acórdão proferido anteriormente à vigência da Lei 11.280/2006, que deu nova redação ao art. 219, § 5º, do CPC, não cabe o reconhecimento da prescrição de ofício, mesmo em sede de reexame necessário, por se referir a direitos patrimoniais, devendo a parte interessada invocá-la por intermédio dos meios processuais adequados, e não por meio de embargos de declaração. 2. Na hipótese dos autos, o TRF da 4ª Região, na via do reexame necessário, não analisou o tema relativo ao implemento do prazo prescricional, porquanto este não foi objeto da sentença, bem assim não se tratava de matéria impugnada, oportunamente, na petição de contestação, motivo pelo qual foi considerada matéria nova e, portanto, insuscetível de ser apreciada. Além disso, nos termos do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, na redação anterior à edição da Lei 11.280/2006, não era devido o reconhecimento de ofício da prescrição pelo julgador. 3. Não merece ser conhecida a alegada violação do art. 1º do Decreto 20.910/32, porquanto o efetivo implemento do prazo prescricional não foi objeto de debate e decisão no acórdão recorrido. Esse tema, inclusive, encontra-se prejudicado, tendo em vista o reconhecimento da ausência de vulneração dos arts. 475 e 535 do Código de Processo Civil. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido (REsp 823.486/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008).

Aliás, admitir o reexame necessário como recurso implicaria negar o princípio da taxatividade dos recursos e da unicidade recursal<sup>28</sup>, sem contar os aspectos a que se refere Jorge Tosta (2005, p. 152), por considerar da natureza do recurso “a discursividade ou dialeticidade, traduzida na necessidade de fundamentação do inconformismo, a fim de que a outra parte possa contrariá-lo, à luz do processo do contraditório, e o órgão *ad quem* possa definir e decidir os limites da contrové-

ÇÃO. AUSÊNCIA DE OPORTUNA ALEGAÇÃO. MATÉRIA QUE NÃO PODE SER CONHECIDA DE OFÍCIO. ART. 219, § 5º, DO CPC, EM SUA REDAÇÃO ANTERIOR. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado no sentido de que, em se tratando de acórdão proferido anteriormente à vigência da Lei 11.280/2006, que deu nova redação ao art. 219, § 5º, do CPC, não cabe o reconhecimento da prescrição de ofício, mesmo em sede de reexame necessário, por se referir a direitos patrimoniais, devendo a parte interessada invocá-la por intermédio dos meios processuais adequados, e não por meio de embargos de declaração. 2. Na hipótese dos autos, o TRF da 4ª Região, na via do reexame necessário, não analisou o tema relativo ao implemento do prazo prescricional, porquanto este não foi objeto da sentença, bem assim não se tratava de matéria impugnada, oportunamente, na petição de contestação, motivo pelo qual foi considerada matéria nova e, portanto, insuscetível de ser apreciada. Além disso, nos termos do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, na redação anterior à edição da Lei 11.280/2006, não era devido o reconhecimento de ofício da prescrição pelo julgador. 3. Não merece ser conhecida a alegada violação do art. 1º do Decreto 20.910/32, porquanto o efetivo implemento do prazo prescricional não foi objeto de debate e decisão no acórdão recorrido. Esse tema, inclusive, encontra-se prejudicado, tendo em vista o reconhecimento da ausência de vulneração dos arts. 475 e 535 do Código de Processo Civil. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido (REsp 823.486/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008).

<sup>28</sup> Jorge Tosta (2005, p. 158) argumenta a respeito que “parece-nos incorreta, também, a afirmação de que, na hipótese de a Fazenda ingressar com recurso de apelação, a sentença estaria sendo impugnada por dois recursos, afrontando o princípio da singularidade. Primeiramente é preciso ressaltar que o reexame necessário, segundo nosso entendimento, não é recurso. Assim, é absolutamente impróprio afirmar que a sentença está sendo impugnada por dois recursos, em afronta ao princípio da singularidade”.

sia". Conclui o Autor que "no reexame necessário tal não ocorre, porque inexistente manifestação formal do inconformismo, a fim de que outra parte possa contrariá-lo, à luz do princípio do contraditório, e o órgão *ad quem* possa definir e decidir os limites da controvérsia".

Reforça o argumento a consolidação da jurisprudência, que, no tratamento do tema, resultou na edição dos seguintes verbetes:

- Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes<sup>29</sup>.

Ora, justamente por ausência de "recurso", exigência referida no artigo 530 do Código de Processo Civil<sup>30</sup> que trata dos embargos infringentes, não tem sítio o recurso que poderia ser detonado em caso de decisão não unânime das Cortes.

Um dos acórdãos que serviu de precedente à uniformização da jurisprudência fez constar, no voto do Relator, que "a lei restringe, pois, a possibilidade de uso dos infringentes aos julgados, por maioria, proferidos em apelação e em ação rescisória; silencia quando se trata de decisões proferidas em reexame necessário".<sup>31</sup> Essa argumentação que se repete em todos os demais precedentes que acabaram culminando com a edição do verbete.

Resulta claro desse entendimento a consequência da diferença entre o reexame necessário e o recurso, a ponto de sofrer tratamento particular, que afasta sua con-

figuração como recurso, mesmo que por equiparação ou analogia.

Ou seja, fica restrito ao caráter apropriado – e não de recurso – inclusive para fins de interposição dos embargos infringentes.

- No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.<sup>32</sup>

Também mais uma vez por ausência da natureza recursal, não pode o reexame necessário implicar agravamento da situação fazendária, não só porque posto em seu benefício, mas porque ausentes razões de inconformismo, de sorte que cabe apenas como medida de reexame de *improcedência*.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Súmula 45, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 16/06/1992, DJ 26/06/1992 p. 10156.

<sup>30</sup> PROCESSUAL CIVIL. REFORMATIO IN PEJUS EM REMESSA OFICIAL. O instituto da remessa *ex officio* consulta precipuamente o interesse do Estado ou da pessoa jurídica de direito público interno, quando sucumbente, para que a lide seja reavaliada por um colegiado e expurgadas imprecisões ou excessos danosos ao interesse público. Fere a proibição de *reformatio in pejus* a decisão que, na remessa de ofício, agrava a condenação impingida à Fazenda Pública, sabendo-se que o duplo grau de jurisdição só a ela aproveita. Se a parte vencedora no primeiro grau de jurisdição deixou de recorrer, conclui-se que se conformou, *in totum*, com o julgamento, não se lhe podendo beneficiar mediante um recurso cujo interesse a tutelar não é o seu. Recurso provido, por unanimidade (REsp 14238/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/1992, DJ 21/09/1992 p. 15657).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. PETIÇÃO INICIAL. ADEQUAÇÃO. POSSIBILIDADE. SENTENÇA. LIMITE. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. AGRAVAMENTO DA CONDENAÇÃO À FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A teor da jurisprudência desta Casa, não se configura julgamento *extra* ou *ultra petita* quando o julgador, nas ações de natureza acidentária, atento aos requisitos legais, deferir benefício diverso do pleiteado na exordial, haja vista a natureza da demanda e a relevância da questão social envolvida. 2. A compreensão de adequação ao pleito inicial encontra limite na prestação jurisdicional entregue pelo órgão de primeiro grau ao prolatar a sentença, diante das regras contidas nos artigos 475, I, e 515, ambos do CPC, que prevêm a sujeição da sentença proferida contra a Fazenda Pública à confirmação pelo Tribunal e o efeito devolutivo da matéria impugnada na apelação. 3. A jurisprudência

<sup>29</sup> Súmula 390, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/09/2009, DJe 09/09/2009.

<sup>30</sup> Art. 530 – Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado precedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

<sup>31</sup> PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. DECISÃO DADA POR MAIORIA. EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO CABIMENTO. 1. Não são cabíveis Embargos Infringentes contra decisão dada por maioria, em remessa necessária. 2. Agravo Regimental conhecido e não provido (AgRg no Ag 185889/RS, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 08/06/2000, DJ 01/08/2000 p. 292).

Esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça revela-se firme e incontestado em nosso ordenamento, mercê de inúmeros julgados que acabaram resultando na edição da Súmula 45/STJ e que dão base ao argumento negativo em relação ao caráter recursal do instituto.

Rita Ganesini (1999, p. 918) afirma que o duplo grau de jurisdição necessário tem

---

pacífica desta Corte confirma ser defeso agravar a situação da Fazenda Pública em sede de remessa oficial. Incidência do óbice da Súmula n. 45/STJ. 4. Recurso especial provido (REsp 1083643/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 03/08/2009).

Mas *deve* esgotar a matéria desfiada na sentença, por força do efeito translativo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. OMISSÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE EXAME DO MÉRITO DA LIDE, POR FORÇA DA REMESSA OFICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 475, II, DO CPC. NECESSIDADE DE EXAME DAS QUESTÕES PLEITEADAS PELA PARTE. ANULAÇÃO. 1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao Especial da parte agravante. 2. O acórdão *a quo*, tendo em vista restar incólume a liquidez e certeza da dívida, considerou válida a CDA. 3. Questão referente ao mérito da ação (excesso de execução, falta de liquidez e certeza da CDA) apreciada e decidida na sentença e não analisada por forma da remessa oficial (art. 475, II, do CPC) quando do julgamento pelo Tribunal *a quo*, não obstante a oposição de embargos de declaração para tal finalidade. 4. Tal tema deve ser examinado em face do duplo grau de jurisdição obrigatório pelo Tribunal recorrido. O exame da sentença, em virtude da remessa necessária, independe de pedido explícito da Fazenda Pública, por ser dever imposto por lei (art. 475, II, do CPC), e não por mera liberalidade recursal da parte sucumbente. 5. A parte tem direito a que haja manifestação direta sobre as suas pretensões. A omissão constitui negativa de entrega da prestação jurisdicional. A prestação jurisdicional há que ser entregue em sua plenitude. É dever do magistrado apreciar as questões que lhe são impostas nos autos, assim como à parte ter analisado os fatos postos ao exame do Poder Judiciário. Caracterização de omissão no julgamento do *v. decisum a quo*. 6. Agravo regimental provido para, na seqüência, prover o recurso especial por violação dos arts. 475, II, e 535, II, do CPC, a fim de anular a decisão impugnada, com o retorno dos autos ao egrégio Tribunal *a quo* para que, desta feita, profira nova decisão com a análise do mérito da lide (anulação da CDA por excesso de execução e falta de liquidez e certeza) (AgRg no REsp 839.405/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ 14/09/2006 p. 283).

a natureza jurídica de condição de eficácia da sentença, o que admite acompanhada de larga doutrina<sup>34</sup> e baseada em especial na Súmula 423 do STF, segundo a qual não transita em julgado a sentença que houver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.

Essa a orientação predominante na doutrina e na jurisprudência, sendo todavia de extrema juridicidade o argumento de que, “não raras vezes, a sentença produz efeito, ainda que não tenha sido confirmada pelo tribunal. É o que ocorre, *v.g.*, com relação à sentença que confirma a antecipação de tutela ou a concede nesse ato jurisdicional”, como ensina Fabiano Carvalho (2009), afirmando ainda que “o reexame necessário pode não estar relacionado propriamente à eficácia da sentença, mas, sim, ao trânsito em julgado e, conseqüentemente, à coisa julgada”, recordando que o Verbete 423 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, editado desde o Código de 1939, mas ainda em vigor, estabelece que “não transita em julgado a sentença que houver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*”, para concluir tratar-se de tema ligado à coisa julgada, mais especificamente.

De todo recomendável, convém dar destaque, que não se associe essa condição à *inexistência* da sentença, mas, sim, à sua ineficácia, posto que padece de requisito hábil à sua consecução no mundo empírico, sendo verdadeira exceção a execução antecipada.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier (2002, p. 189), “como todo ato jurídico, a sentença comporta exame sob *tríplice* as-

---

<sup>34</sup> A Autora menciona Alcides Mendonça Lima (1976, p. 181-188), que conclui ser condição de eficácia da sentença. Nelson Nery Junior (2001, p. 44) afirma que a eficácia da sentença fica condicionada ao reexame pelo órgão imediatamente superior. Orestes Nestor de Souza Laspro esclarece tratar-se de uma condição de eficácia da sentença, ou seja, a existência de duplo grau de jurisdição é requisito indispensável para que se possa ser considerada decidida a questão (*Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, p.170).

pecto: a existência jurídica em si mesma, a validade e a eficácia”.

A relevância dessa distinção conduz ao acerto da conclusão que se possa dar a tema em exame. Dinamarco (2001, p. 268) bem registra que “só quanto a uma sentença que exista, obviamente, se pode cogitar da produção de efeitos”. E, ausente o reexame, pode vir a ser suprida a falha, de sorte que a mesma sentença, que sempre existiu e permanecerá existente, venha também a aperfeiçoar-se, com a produção dos efeitos e consequente eficácia apropriada, aqui entendido *eficácia* como *produção de efeitos* (WAMBIER, 2007, p. 473).

Enfatiza o tema a noção de Couture (1999, p. 302) acerca do ato inexistente, ao afirmar que “não é necessário a seu respeito um ato posterior que o prive de validade, nem tampouco é possível que atos posteriores o confirmem ou homologuem, conferindo-lhe eficácia”.

De fato, sentença existe, apenas não tem habilidade para ser executada, posto que pendente a condição, o que levou Tosta a adiantar-se em considerar o reexame necessário como instituto que tem natureza de *condição suspensiva ex lege* (2005, p. 151).

Essa afinação de conceito justifica-se na opinião do Autor por não ocorrer o trânsito em julgado da sentença enquanto não cumprido esse *iter* a que está sujeita nos casos previstos em lei, e por considerar que tratar o tema como condição de eficácia acabaria por lhe retirar o caráter teórico geral, posto que alguma sentenças podem perfeitamente ser executadas, ainda que sob reexame necessário<sup>35</sup>.

Ora, conquanto correto o asserto, verdade é que a definição trazida pelo Autor em nada difere da dificuldade encontrada pela mesma conclusão; vale dizer, seja condição de eficácia, seja condição suspensiva, em ambos os casos acaba por ser transposta a

<sup>35</sup> Vide a propósito o que dispõe a Lei de Mandado de Segurança, que desde a anterior edição já previa a possibilidade de execução imediata do *writ*. (Lei 12.016/2009, art. 14).

eficácia e a suspensividade, pela possibilidade, em alguns raros casos, de execução.

De todo modo, o trânsito em julgado não opera em qualquer caso, posto que pendente a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, o que serve de respaldo à consideração da teoria dominante.

Resulta desse entendimento que, por tudo, a preocupação do legislador processual foi a de impedir, em regra, a execução provisória contra a Fazenda Pública enquanto uma decisão desfavorável não tiver sido *afirmada e reafirmada* pelo Judiciário e transitada em julgado, como indubitável forma de garantia do interesse público.

Em regra, a especialidade da execução impõe-se nas ações contra a Fazenda Pública, consequência do peculiar tratamento constitucional do sistema de pagamentos de débitos judiciais, o que inviabiliza a execução provisória, por conta da exigência de previsão orçamentária<sup>36</sup>.

No atual sistema e no vindouro (conforme proposta apresentada pela Comissão de Juristas/Senado<sup>37</sup>), a execução contra a Fazenda Pública deve seguir o rito do disposto no atual artigo 730 do CPC, escrito sob o molde constitucional e em obediência aos princípios que regem a atividade estatal e o regime do pagamento pela via do precatório.

<sup>36</sup> Nos termos do § 1º do artigo 100 da Constituição Federal, “é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

<sup>37</sup> No Anteprojeto, a matéria está assim regradada: Art. 834. Na execução fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública, a devedora será citada para opor embargos em um mês. § 1º Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição da República. § 2º O processamento dos embargos, dos precatórios e das requisições de pequeno valor observará o disposto neste Código sobre o cumprimento da sentença que reconhecer obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública.

Atento a esse questionamento, inviável a execução provisória contra a Fazenda Pública. A propósito, menciona Humberto Theodoro Junior (1997) a necessidade de trânsito em julgado para iniciar-se a execução, concluindo que, “quanto à necessidade, ou não, de aguardar-se o trânsito em julgado da sentença dos embargos para expedir-se o ofício requisitório, penso que, a rigor, a execução provisória contra a Fazenda Pública, por meio do precatório ‘condicional’, não se coaduna com o procedimento dos artigos 730 e 731 do CPC”. É que a Fazenda Pública, enquanto não tem contra si a coisa julgada, não está sujeita a pagar a obrigação liquidada em juízo, não havendo, por isso, como “requisitar-lhe judicialmente” um pagamento ainda não exigível.

Marcelo Abelha Rodrigues (2008, p. 414) aborda com propriedade o tema, ao reconhecer não ser possível a execução provisória contra a Fazenda. Considera o autor que o pagamento será feito por precatórios judiciais, que deverão constar de dotação orçamentária expressa e previamente prevista em lei para isso, não se admitindo, portanto, um tipo diferente de “precatório provisório”. E questiona o autor: “considerando-se ainda que não existe penhora de bens públicos, questionar-se-ia: qual a vantagem de uma execução provisória, se não há necessidade de garantia do juízo?”

Sendo assim, impossível a execução provisória uma vez que, se a norma constitucional exige o trânsito em julgado para o pagamento dos precatórios, tal exigência se revela como obstáculo à execução provisória.

Prevalece na jurisprudência esse entendimento conforme se infere de decisão monocrática proferida pela Ministra Ellen Gracie, em medida cautelar, *in verbis*:

“As razões articuladas pelo requerente demonstram existir plausibilidade jurídica no pedido cautelar, tendo em vista que a EC 30/2000, ao dar nova redação ao § 1º do art. 100 da CF,

explicitou a necessidade de trânsito em julgado da sentença para que o pagamento de débito dela decorrente seja feito por meio de precatório, após a inclusão da correspondente verba no orçamento da entidade de direito público. Parece, numa análise preliminar, mostrar-se contrária a essa nova ordem constitucional a execução provisória contra a Fazenda Pública, para pagamento de quantia decorrente de decisão que ainda pode vir a ser reformada por meio de recurso, sendo contrário ao princípio da razoabilidade esse pagamento em detrimento de credores titulares de precatórios oriundos de sentenças transitadas em julgado”. (Pet. 2.390/SP, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 16.08.2001)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de modo taxativo, da mesma forma reconheceu a total impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública. Este entendimento está consubstanciado em ementa de recente julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. Execução provisória contra a Fazenda Pública. IMPOSSIBILIDADE. Inteligência do art. 100, par. 3º, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 30/00. Necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da decisão proferida nos embargos.” (TJSP – Sexta Câmara de Direito Público. AI n. 907.551,5/5-00, Rel. Des. Oliveira Santos: 22.6.2009)

E não seria coerente admitir a ausência de devolutividade do recurso de apelação oposto pela Fazenda Pública se, ao mesmo tempo, há óbice à execução provisória.

Portanto, nada tem a ver o reexame necessário com o resguardo da possibilidade de omissão recursal ou atividade desidiosa do advogado público (por não se tratar de recurso, não é demais reafirmar), mas, muito além, com a necessidade de evitar dano irreparável ou de incerta reparação

que decorre de decisões a respeito das quais não se estabeleceu o indispensável debate jurídico, sendo de notório saber a dificuldade (*rectitus* impossibilidade) de restabelecimento do *statu quo ante*, nos casos de reversão do julgado.

Conquanto possa sensibilizar o argumento da efetividade consagrada em nossa Carta Magna, capaz de afastar a submissão dos litigantes à longa espera pelo *bem da vida*, o reexame necessário e, de resto, a atividade recursal não são os vilões da modernização do processo civil brasileiro, mas, sim, a estrutura do Judiciário, incapaz de dar albergue imediato às tensões sociais.<sup>38</sup>

Assim, quimérico esperar da pena da lei a panaceia; é o que resulta dessa inter-

---

<sup>38</sup> Recente pesquisa levada a efeito pela Fundação Getúlio Vargas traz conclusão que não soa estranha a quem milita no foro: “Os cartórios judiciais produzem grande impacto na morosidade do processo e no acesso à Justiça. Esta é a conclusão de pesquisa inédita, divulgada pela Secretaria da Reforma do Judiciário, órgão do Ministério da Justiça, na última semana, em Brasília. De acordo com estudo encomendado à Fundação Getúlio Vargas, outros aspectos contribuem para o mau desempenho dos cartórios, entre eles o fato de eles não serem vistos como co-responsáveis do sistema de Justiça, dos funcionários não estarem motivados e do quadro organizacional e de funcionamento em vigor serem ineficientes. O chefe de gabinete da Secretaria da Reforma do Judiciário, Vinícius Wu, explicou que o estudo envolveu a análise de quatro diferentes cartórios de São Paulo, durante período de seis meses. Duas dessas instâncias situam-se na Capital, sendo que uma funciona há algumas décadas e a outra há mais de 100 anos. Os outros dois cartórios são do interior, um de uma comarca onde o juiz está lotado há mais de dez anos e o outro de localidade onde o magistrado responsável atua a menos de um ano. Fatores como o acervo processual, a relação de processos por escrevente e o relacionamento dos responsáveis com os funcionários foram levados em consideração. Uma das constatações foi de que o tempo em que o processo fica no cartório é alto, se comparado ao tempo total de tramitação. Descontados os casos em que os autos são levados ao juiz para alguma decisão ou retirados por advogados para vista e manifestação, eles ficam nos cartórios por cerca de 80% a 95% do tempo total de processamento. Segundo o estudo, no período em que estão sob o domínio do cartório, as ações estão aguardando alguma providência a ser realizada pelo funcionário ou o cumprimento de prazo pelos advogados”. (Disponível em: <<http://www.refad.com.br/viewnot.php?id=55>>. Acesso em: 23 maio 2008).

pretação que se traduz em imediatidade, sem preocupação com a verdadeira problemática que envolve a máquina judiciária.

Esse retrato bem se verifica na reforma que sofreu o reexame necessário, introduzida pela Lei 10.352 de 26.12.2001, em vigor desde 26.03.2002, e que modificou o artigo 475 do Código de Processo Civil e está mantido na proposta da Comissão de Juristas ao Congresso Nacional e no Projeto aprovado pelo Senado Federal.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> “A Comissão de Juristas responsável pela apresentação de anteprojeto do novo Código de Processo Civil (CPC) manteve no texto final a figura do ‘reexame necessário’ de ações contra a fazenda pública, mas restrito a causas de alto valor. A ideia é que ações com valor acima de mil salários mínimos (R\$ 510 mil) tenham necessariamente um segundo julgamento, desta vez pelo tribunal da instância imediatamente superior à decisão do juiz original. A obrigatoriedade estava sendo revista pela Comissão, mas opiniões em contrário colhidas durante audiências públicas deixaram clara a necessidade do reexame. Atualmente, o CPC prevê o reexame necessário para causas acima de 60 salários mínimos (R\$ 30,6 mil). – Nós nos sensibilizamos com isso e mantivemos o reexame necessário nas causas contra a Fazenda, muito embora tenhamos modulado o valor das causas diante de uma nova realidade – afirmou o presidente da comissão Luiz Fux, ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ)”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/agencia/verNoticia.aspx?codNoticia=100943>>. Acesso em: 8 jun. 2010. Em seguida, apresentado o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, dele constou o novo tratamento proposto, com a seguinte redação: Art. 478. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública. § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a mil salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, em súmula desse Tribunal ou de tribunal superior competente, bem como em orientação adotada em recurso 139 representativo da controvérsia ou incidente de resolução de demandas repetitivas. §

Conforme antes mencionado, vinham os tribunais interpretando a regra de duplo grau de jurisdição obrigatório com caráter extensivo, tendo sido ali mencionado exemplos tais como o da aplicação do reexame necessário em causas de despejo, mesmo que considerada a atuação de direito privado; à ação cautelar e à fase de execução (e não apenas de conhecimento).

Na esfera legislativa, foi a garantia estendida às autarquias e fundações de direito público (Lei 9.469/1997, art. 10).

Justamente nesse cenário e assumindo corrente contrária à evolução do instituto e ampliação de seu campo de incidência, sobreveio a Lei 10.352/2001 e os parágrafos 3º e 4º acrescentados ao artigo 475 do CPC.

Especialmente em razão dos parágrafos 2º e 3º que foram acrescentados, cabem importantes considerações, tendo em conta

---

4º Quando na sentença não se houver fixado valor, o reexame necessário, se for o caso, ocorrerá na fase de liquidação. Veio, todavia, a ser aprovado pelo Senado, com a seguinte redação: Art. 483. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública; III - que, proferida contra os entes elencados no inciso I, não puder indicar, desde logo, o valor da condenação. § 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 respectivo tribunal avocá-los. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica em discussão for de valor certo inferior a: I - mil salários mínimos para União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - quinhentos salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem assim para as capitais dos Estados; III - cem salários mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

a profunda alteração que deles resulta no sistema de garantias processuais da Fazenda Pública.

A limitação do reexame necessário às causas de valor superior ao inscrito no texto atual ou no Projeto 166/2010 deixa sem solução o dano irreparável que possa advir de decisões singulares proferidas em causas que, conquanto não sejam expressão de valor, refiram-se a temas de grande interesse para o Poder Público.

A respeito, convém ressaltar que a expressão *valor certo* a que se referiu o legislador, por vir acompanhada de limite quantitativo, significa *valor líquido*, pois *certeza* diz respeito a existência e não a valor, de sorte que deveriam ser desde logo afastadas da incidência da norma as condenações que dependam de apuração decorrente da iliquidez. Todavia, não raro decidiu o Superior Tribunal de Justiça pela sua aplicação a sentenças ilíquidas, considerado como parâmetro o valor da causa<sup>40</sup>, o que torna preocupante a hipótese quando aplicada a causas que não têm o conteúdo econômico como principal objetivo, sem que isso lhe retire a importância política ou estratégica.

---

<sup>40</sup> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. ARTIGO 475 DO CPC. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. O artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, autoriza o relator a negar seguimento a recurso contrário à jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. 2. O STJ já firmou o entendimento de que o instante da prolação da sentença é o próprio para se verificar a necessidade de sua sujeição ao duplo grau, daí porque, quando se tratar de sentença ilíquida, deve ser considerado o valor da causa atualizado. 3. Em se tratando especificamente de prestação continuada, para efeito do disposto no art. 475, § 2º, do CPC, a remessa necessária será incabível, também, se o valor das prestações vencidas, quando da prolação da sentença, somado ao das doze prestações seguintes não exceder a sessenta salários mínimos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 922.375/PR, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2007, DJ 10/12/2007 p. 464)

É bem de se notar que o mesmo Superior Tribunal de Justiça ora tem considerado que a iliquidez impede a aplicação da exceção<sup>41</sup>, ora tem admitido que, ausente conteúdo econômico, descabe o critério legal<sup>42, 43</sup>.

Nem fica superado o quadro problemático com a introdução do parágrafo 4º

<sup>41</sup> PROCESSO CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. SENTENÇA ILÍQUIDA. A sentença ilíquida proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; a exceção contemplada no § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil supõe, primeiro, que a condenação ou o direito controvertido tenham valor certo e, segundo, que o respectivo montante não exceda de 60 (sessenta) salários mínimos. Embargos de divergência conhecidos e providos. (REsp 1103025/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/04/2010, DJe 10/05/2010).

<sup>42</sup> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REEXAME NECESSÁRIO. INTELIGÊNCIA DO § 2º DO ART. 475 DO CPC, COM A REDAÇÃO DA LEI 10.352/01. 1. Nos termos do art. 475, § 2º, do CPC, a sentença não está sujeita a reexame necessário quando “a condenação, ou o direito o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos”. Considera-se “valor certo”, para esse efeito, o que decorre de uma sentença líquida, tal como prevê o art. 459 e seu parágrafo, combinado com o art. 286 do CPC. 2. Os pressupostos normativos para a dispensa do reexame têm natureza estritamente econômica e são aferidos, não pelos elementos da demanda (petição inicial ou valor da causa), e sim pelos que decorrem da sentença que a julga. 3. A norma do art. 475, § 2º, é incompatível com sentenças sobre relações litigiosas sem natureza econômica, com sentenças declaratórias e com sentenças constitutivas ou desconstitutivas insuscetíveis de produzir condenação de valor certo ou de definir o valor certo do objeto litigioso. 4. No caso, a ação tem por objeto a averbação de tempo de serviço de atividade rural para fins de aposentadoria, sendo que a sentença não contém “condenação” e nem define o valor do objeto litigioso. 5. Embargos de divergência providos. (REsp 600.596/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/11/2009, DJe 23/11/2009)

<sup>43</sup> Registra Leonardo José Carneiro da Cunha (2009, p. 348) que “a 5ª Turma do STJ, contrariamente ao entendimento firmado por sua 1ª Turma, vem consolidando jurisprudência no sentido de que ‘tratando-se de sentença ilíquida, o cabimento ou não do reexame necessário deve ser aferido pelo valor da causa, devidamente atualizado’ (AC. Um., da 5ª Turma do STJ – AgRg no REsp 600.596/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 14/6/2005, p. 348)”.

ao artigo 478 do anteprojeto do Código de Processo Civil, que relega para a fase de liquidação o reexame necessário, quando ilíquida a sentença, porque permanece em aberto a questão da ausência de expressão patrimonial (mas não de expressão política e social) capaz de ensejar a aplicação do valor da causa como critério de exclusão de submissão ao instituto ou o inciso III do art. 483 do Projeto 166/2010, que mantém o reexame necessário da decisão que, proferida contra os entes elencados no inciso I, não puder indicar, desde logo, o valor da condenação, porque esse critério – valor – não expressa a importância de demandas de vulto diverso do econômico.

A inquietação tem plena justificação. Melhor exemplificando, nos casos de desestatização, que envolvem interesse público de alto relevo<sup>44</sup>, inexistente conteúdo econômico imediato, ausente pleito condenatório, no mais das vezes, meramente declaratório de nulidade dos editais.

O prejuízo do interesse público na supressão do duplo grau de jurisdição obrigatório às sentenças de eficácia declaratória ou constitutiva acabou passando despercebido às críticas de Francisco Glauber Pessoa Alves (2003) ao afirmar que tais demandas “(...) não dispõem do condão de financeiramente atingir os cofres fazendários”, abstraindo o fato de que nem sempre apenas a supressão financeira direta do erário representa menoscabo ao interesse público.

A possibilidade de subtração do reexame necessário a essas demandas (e a outras) capazes de traduzir verdadeiro e irreparável prejuízo ao interesse público envolvido, gerando travamento de planos de governo, de ordem social, bem demonstra o desacerto do critério trazido pela inova-

<sup>44</sup> Há, em andamento na Justiça Federal no Estado de São Paulo, ações visando a anulação da venda do Banespa, cujo valor dado à causa representa o mínimo exigido pela tabela de custas, sendo, todavia, indubitosa a relevância dessas causas que, sob o atual critério (e o do anteprojeto), estariam subtraídas ao reexame obrigatório.



ção que não merece servir de base ao novo ordenamento processual civil em estudo pelo Senado Federal.

Se a intenção do legislador atual foi a de “evitar a discussão de valores de pouca expressão econômica para o Poder Público, que, em última análise, tutela o patrimônio de todos os cidadãos, o qual teria maiores gastos com a continuidade do feito, que serviria apenas para abarrotar os tribunais”, como afirma Rogério Coelho (Reexame necessário e uniformização de jurisprudência, *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, p. 565), fica evidenciada a frustração desse objetivo, diante de demandas incapazes de valoração sob tal critério.

Outro aspecto que resultou da mesma reforma legislativa, mercê do acréscimo do parágrafo 3º do art. 475 do Código de Processo Civil, foi nova restrição do espectro do reexame necessário, em confronto com a evolução interpretativa que vinha sendo conferida ao tema.

Permite-se agora a imediata eficácia da decisão singular, quando o prolator a considere consonante com a jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou com súmula do mesmo Tribunal ou do tribunal superior competente<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Leonardo José Carneiro da Cunha (2009, p. 216) indica, numa interpretação sistemática do artigo 475 c.c. artigo 557, parágrafo 1º, do CPC que “há, na verdade, uma gradação legal a respeito da matéria. Realmente, confrontando-se o art. 557 e seu parágrafo 1º-A com o parágrafo 3º do art. 475 do CPC, chega-se à seguinte conclusão: a) para que o relator, por decisão isolada, possa negar seguimento ao recurso ou ao reexame necessário, deve haver *súmula* ou *jurisprudência dominante* do próprio tribunal ou de Tribunal Superior; b) para que o relator, por decisão singular, possa dar provimento ao recurso ou ao reexame necessário, deve haver *súmula* ou *jurisprudência dominante* apenas do Tribunal Superior; c) para que o juiz de primeira instância possa dispensar o reexame necessário, é preciso que haja *súmula* de Tribunal Superior ou *jurisprudência do pleno* do STF. A propósito: PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL. INVOCAÇÃO DE PRECEDENTE DO STF. INTELIGÊNCIA DO ART. 475, § 3º, DO CPC. 1. A Lei n. 10.352/2001 acrescentou o § 3º ao art. 475 do CPC, para dispensar o reexame necessário quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou de Tribunal

Bom anotar, de modo crítico, que a disposição cede à tendência de adoção da uniformização da jurisprudência, mas, convém a crítica, de modo inadequado, posto que impede o reexame em vez de permitir que o tribunal *ad quem*, pelos meios legais hoje vigorantes, venha a decidir a causa, ainda que no juízo monocrático, fazendo prevalecer justamente o que o *caput* do artigo 475 buscou evitar, ao consagrar o duplo grau de jurisdição em regime obrigatório.

Assim mantido, vem corroborar, às avessas, o que se assemelha a uma certa tendência doutrinária à adoção da súmula vinculante, já vigorante em matéria constitucional, mas que ainda encontra plena resistência de extensão a matéria de lei federal, certo que adesão irrestrita vem enfrentando sérios posicionamentos desfavoráveis. Portanto, quando da reforma, encontrava-se (e ainda se encontra) em pleno debate o tema, resultando que a inovação figurada pela nova restrição apresentou-se no mínimo inoportuna, em face da precocidade.

E, na verdade, não se tratando de súmula vinculante, porque o dispositivo não limita a sua extensão a esses casos, mas a todos em que se verifique, apenas e tão somente, contrariedade a “jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”, vem a lume a advertência do Ministro Celso de Mello (Adin 594-DF/92, in *Revista Trimestral de Jurisprudencial* vol. 151, p. 44), ao mencionar que “os precedentes e as súmulas, desprovidos do conteúdo eficaz do ato legislativo, (...) não passam de indicações úteis para uniformizar-se a jurisprudência, a que, entretanto, juízes e tribunais não se encontram presos”, especialmente

Superior. 2. Cabível a remessa oficial em relação à pretensão julgada procedente sem amparo em decisão do plenário da Corte Suprema ou de súmula de Tribunal Superior. 3. Recurso especial provido. (REsp 866.925/RN, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 03/08/2009).

por questão de competência, reservada ao Supremo Tribunal Federal em termos de vinculação, o que melhor demonstra a absoluta incompatibilidade que resulta da solução adotada.

Saudável a expectativa que tem o jurisdicionado, de posicionamento uniforme acerca de matérias que revelam idêntico tratamento, o que se espera, por aceitável, possa surgir do bom senso na análise individual do Judiciário, tendência que se registra em praticamente todo o sistema processual reformado, não sem submeter, todavia, ao consagrado *due process of Law* que resulta do duplo grau de jurisdição adotado de modo diferenciado quando sob o tema do interesse público.

Incompreensível, na mesma feição, qualquer limitação intelectual aos operadores do direito, sejam eles advogados, promotores ou juízes. O próprio Judiciário não admite a cristalização de entendimento e constantemente vem modificando posicionamentos que eram considerados definitivos.

De fato, a doutrina admite que o entendimento sumulado sofre constantes evoluções. Rodolfo Camargo Mancuso (2007, p. 376) afirmou na ocasião que os dois agora extintos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo editaram expressivo número de súmulas e alerta para o fato de que várias delas foram depois alteradas, revogadas ou substituídas, revelando-se uma “constante predisposição dos tribunais em se manterem alertas quanto à preservação da atualidade dos assentos que emitem”.<sup>46</sup>

Pois bem: justamente com base nesse argumento doutrinário, que considera o direito sumular adequado, porque sensível às evoluções exegéticas, é que se deve inadmitir a apregoada vinculação. Anota a respeito José Rogério Cruz e Tucci (2004,

p. 248) que “(...) o padrão de concordância ou discordância é transitório. *Ex abrupto*, aquilo que parecia incontestável passa a ser criticado, e uma nova interpretação é desenvolvida e aceita por uma minoria *progressista*. Os paradigmas são rompidos, dando lugar a novos *precedentes*”.

O Poder Judiciário atua por provocação. A exigência que se traduz na sedimentação do pensamento inibe a manifestação jurisprudencial e provoca a cristalização do pensamento, porque não se pode atingir qualquer evolução senão por conta da liberdade jurisprudencial. As mudanças de postura resultam inconciliáveis com o atrelamento à vinculação.

Oportuna a respeito a lição de Mancuso (2007, p. 376), para quem “embora a divergência jurisprudencial não seja em si mesma um mal – e, em certa medida, revela-se importante para a renovação do pensamento jurídico – (...)”, o que considera plausível apenas quando não se trate de temas repetitivos e idênticos.

Há outros aspectos: Luiz Flávio Gomes (1997, p. 739) traz a lume o exemplo de duas súmulas, as de números 171 e 174 do STJ, que dizem respeito ao direito penal, tratam de temas ainda bastante controvertidos e que foram precocemente sumulados, pois existiam ainda várias interpretações a respeito. Afirma o Autor que “nem sequer existe a garantia de que foi eleita a melhor. Se fossem vinculantes, estaríamos diante de um dirigismo judicial sem precedentes”.

Ainda exemplificando: O Supremo Tribunal Federal manteve a coexistência de duas Súmulas – 121 e 596 – ambas a respeito do mesmo tema, o anatocismo. Foi necessário o *labor interpretativo* a que se referiu Mancuso (*Divergência*, p. 387).

Portanto, tal qual a lei, a súmula ou o entendimento dominante dos tribunais superiores dependem de interpretação, o que demonstra não só que a vinculação não será a experiência apropriada para a garantia perseguida, como não pode ser absoluta a convicção trazida pela sentença.

<sup>46</sup> O II TAC Civil de São Paulo deu o exemplo, passando em revista o rol de suas súmulas: de um total de 26 enunciados, devidamente examinados pelos juízes relatores, resultou que 12 súmulas receberam proposta de *revogação*, 12 de *manutenção* e duas de *modificação*.

Ainda, “só após a tramitação da controvérsia por todos os graus de jurisdição e esgotados todos os recursos se chegará ao resultado sobre sua aplicação”, argumenta João Carlos Pestana de Aguiar Silva *apud* Mancuso (2007, p. 357) com o que dificilmente a adoção desse sistema viria a atingir o objetivo de desafogar a plethora de demandas judiciais.

De outro lado, o entendimento dominante também não será, necessariamente, o mais acertado, porque posições intermediárias podem melhor atender à correta exegese da norma. Ou seja, revela-se quase maniqueísta a intenção do legislador, a separar o bem do mal, como se na casuística fosse possível revelar tal condição com a generalidade que encerra o dispositivo.

Melhor ilustrando, temos hoje em vigor a Súmula 227/STJ, que admite a indenização por dano moral quando beneficiária a pessoa jurídica. Esse tema comporta melhor interpretação, sabido e consabido que o tema restringe-se à proteção à imagem da pessoa jurídica, ou seja, à sua honra objetiva. A se admitir, todavia, a literalidade do texto, a discussão sobre o campo de incidência seria obstada, de plano, pelo juízo singular, impedindo que, por exemplo, em sede de reexame necessário, viesse a ser revisto o assunto, num flagrante prejuízo ao interesse público, especialmente tendo em conta que, na proposta recentemente apresentada ao Congresso Nacional, causas de expressivo valor econômico, por exemplo, ainda que pouco inferiores a mil salários mínimos, portanto hoje nos expressivos valores de R\$ 250 (Estados) a 500 mil (União), serão igualmente privadas do duplo grau de jurisdição obrigatório.

Há quem afirme que o nosso sistema convive harmoniosamente com essa técnica, mercê da adoção do dissídio jurisprudencial. Na prática, é sabido que esse fundamento muito pouco ou quase nada tem sido admitido no conhecimento do recurso especial.

Também a respeito podemos relembrar a Súmula 400 do STF, segundo a qual de-

veria ser inadmitido recurso a propósito de decisão proferida com base em *razoável entendimento*. Foi sepultada pelo próprio Judiciário. De há muito não vem sendo esse óbice invocado no juízo de admissibilidade.<sup>47</sup>

A simples existência de Súmula ou de entendimento dominante, na verdade, funciona como elemento inibidor de aventuras jurídicas, pois não será razoável supor que alguém tenha disposição para uma batalha judicial fundado em tema superado e contra o qual não possa lançar argumentos renovadores, sendo de todo razoável a compreensão do efeito persuasivo dos entendimentos jurisprudenciais sumulados ou não.

Cumprido, portanto, ao Judiciário manter essa postura em vez de esperar do jurisdicionado o controle da atividade recursal, pois está na origem o problema: patente a persuasão que advém da simples repetição de julgados, já se tem por inibida a multiplicação de recursos, o que não ocorre quando as Cortes se dividem em julgamentos diferenciados.

Moreira Alves (1966, p. 404) bem destacou esse ponto ao afirmar que “entre nós, por esta ou aquela razão, durante decênios se controverte sobre um tema, e não chega a termo o dissenso”, o que afirma ilustrando o tema, para concluir que “o princípio da utilidade tem de se fazer sentir, ainda que se importe, aqui ou ali, em certas situações menos confortáveis, mas é como o limite de recursos; esgotados os recursos, o feito tem de ter fim e com ele as divergências. É um princípio de utilidade jurídica, social, política, utilidade no seu sentido mais amplo”.

<sup>47</sup> A respeito, anota Theotônio Negrão (BRASIL, 2008) que “a súmula 400 perdeu quase todo o seu prestígio e raramente é invocada no STJ para o não conhecimento do recurso especial” (nota 3 ao artigo 255 do RISTJ - p. 1201). A propósito ainda a jurisprudência: “O enunciado n. 400 da Súmula do STF é incompatível com a teleologia do sistema recursal introduzido pela Constituição de 1988” (STJ - 4ª Turma - REsp 5936-PR, DJU 7.10.91, 13.971).

Convém ainda advertir – *o que não tem sido prática no exercício do impedimento de recursos, seja em nível de primeiro grau, seja no exercício do juízo monocrático, motivando a irresignação do jurisdicionado* – que não deveria bastar a afirmação de que se encontra a decisão em consonância com o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ou súmula das Cortes Superiores. Deveria o juiz demonstrar a relação do caso concreto com a orientação adotada naqueles Tribunais, revelando os precedentes que inspiraram a denegação.<sup>48</sup>

A respeito anota Nery Junior (2001, p. 173) que “a motivação das decisões judiciais surge como manifestação do estado de direito, mesmo antes de ser constitucionalmente prevista”. Mas a omissão que se verifica amiúde revela que as decisões que afastam o direito recursal são antecedidas pura e simplesmente de textos *padrão*, sem qualquer fundamento explícito.

Ou seja, depende muito mais do Judiciário a diminuição da atividade recursal – e isso poderia ser facilmente constatado fosse utilizado o raro manejo do estudo estatístico – do que do jurisdicionado, que insiste no debate do tema justamente porque contempla, a seu favor e contra,

<sup>48</sup> E, seja pela falta de fundamentação, seja pela discordância quanto à sua relação com o caso em exame, caberá recurso de agravo de instrumento previsto no artigo 523, parágrafo 4º do CPC, com a redação dada pela Lei 10.532/01, desde que demonstrada a possibilidade de dano irreparável ou de incerta reparação. De fato, a decisão que omite o recurso *ex officio* deve ser considerada posterior à sentença – exigência do mencionado artigo 523, parágrafo 4º –, na medida em que aquela se esgota na parte dispositiva e tudo que se decida em seguida lhe sucede. Luis Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (2002, p. 111) afirmam a respeito que “o lapso temporal que mediará a interposição do recurso de agravo sob o regime da retenção e o julgamento da apelação (única oportunidade em que poderá ser apreciado o agravo retido aos autos) cediçamente ânua (ou superior) nesta Corte – por contingências certamente alheias à vontade de seus ilustres dirigentes – tornará absolutamente irreparáveis os prejuízos que se colima evitar via do vertente recurso de agravo, que se pretende ver processado sob o regime de instrumento, único apto a ensejar tutela imediata da pretensão manifestada.”

teses de idêntico grau ou sem a devida (e indispensável) motivação.

De todo modo, tocante ao reexame necessário essa restrição toma maior impacto, por todo o exposto neste estudo, acerca dos fundamentos do instituto e porque essa solução inibitória não se revela como o melhor resultado, nem para os temas similares, nem para os repetitivos, o que melhor resulta exposto na proposta apresentada ao tema, em item adiante exposto.

De todos os males de que sofre a questão da utilização do precedente como fonte de direito, a inovação albergada pelo parágrafo 3º do artigo 475 do CPC não só resulta na adoção de sistema ainda não pacificado, como restringe o reexame obrigatório, colocando em risco o sistema de garantias processuais da Fazenda Pública e, portanto, o interesse público.

E a exposição de todas as vicissitudes do instituto conduz à opção pelo adequado tratamento, capaz de manter a garantia processual da Fazenda Pública, tal como concebida, sem prejuízo de sua evolução consentânea com a modernização do processo civil brasileiro, porém, sob ótica revisitada.

Essa análise não prescinde da investigação apropriada da atividade do advogado público, na condução da atividade recursal da Fazenda Pública, sendo de todo oportuno desde logo demonstrar que, na seara dos apelos extremos, não raro são formuladas representações internas, devidamente fundamentadas, em que fica demonstrado o desacerto da interposição dos recursos especial e/ou extraordinário, o que requer a dispensa dessa providência, mediante autorização hierárquica, tudo concretizado na seara interna da Administração Pública.

Conquanto comum essa prática, o mesmo não ocorre quando pretendida autorização para omissão do recurso de apelação, posto que sua ausência pura e simples não se revela capaz de impedir a remessa dos autos ao Tribunal competente, por força do reexame necessário.

*Diante desse quadro, de maior eficiência seria a permissão legal para a não submissão ao reexame necessário das decisões a respeito das quais haja expressa autorização da Administração, para a omissão do recurso, de sorte que, uma vez obtida a autorização interna para dispensa do recurso de apelação, tal seria encaminhado ao juízo da causa, evitando com isso a remessa obrigatória, ainda que determinada na sentença.*

Bom recordar – em parêntesis –, consoante antes mencionado, que o exercício do duplo grau de jurisdição obrigatório não tem o juiz como legitimado, posto sequer se tratar de recurso, muito menos *ex officio*, como exaustivamente demonstrado, de sorte que não tem ele a titularidade do reexame, sendo-lhe exclusivo apenas o ato de determinar a remessa.

Tanto assim que por lei lhe é vedado, em algumas das exceções contempladas pela mesma norma, tomar a providência, o que não poderia ocorrer em se tratando de poder-dever. Logo, inexistente impedimento a que seja concretizada a exceção, por parte do beneficiário, ao dito reexame.

Tão legítima a sugestão que vigora esse expediente no que toca à União Federal, “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 do recurso voluntário” (art. 12 da MP 2.180/2001).

A respeito anota Hélio do Valle Pereira (2008, p. 57) que “se trata de regra limitada à órbita federal, e que não pode ser reiterada pelos demais entes federados, que não dispõem de competência legislativa processual”. Acrescenta ainda: “Veja-se também que não se cuida de liberação do reexame por ato editado pelos órgãos de representação processual, mas de consequência reflexa, resultante da dispensa de utilização do recurso (ato exclusivamente voluntário).” E finaliza, estreme de dúvida, que, “portanto, achando-se o procurador público federal desonerado de recorrer, por orientação administrativa superior, o juiz

estará dispensado de encaminhar os autos para reexame”.

Anota ainda o Autor que, “no mesmo sentido, a Lei 10.522/2002, quanto à esfera federal, dispensa o reexame necessário nos iguais casos em que os procuradores da Fazenda Nacional estejam dispensados de recorrer (art. 19, parágrafo 2º).<sup>49</sup>

<sup>49</sup> A propósito, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MP 2.176/2001. DESINTERESSE EM RECORRER E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 475 DO CPC. SÚMULA 211/STJ. 1. Havendo manifestação expressa de desinteresse em recorrer pela Fazenda Nacional, na forma do § 1º do art. 19 da MP 2.176-79/2001 (regra especial que prevalece em face da regra geral contida no art. 475 do CPC), a sentença não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório, como estabelecido no § 2º do mesmo artigo. 2. A despeito da interposição de embargos de declaração perante o Tribunal *a quo*, este deixou de pronunciar-se, de forma explícita, sobre a aplicação do art. 475 do CPC ao caso em análise, faltando o indispensável prequestionamento desse dispositivo legal. Aplica-se o entendimento consignado na Súmula 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”. 3. Recurso especial desprovido. (REsp 615.737/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2006, DJ 12/06/2006 p. 440). Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistia outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004) I – matérias de que trata o art. 18; II – matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda. § 1º Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente, reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, hipótese em que não haverá condenação em honorários, ou manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial. (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004) § 2º A sentença, ocorrendo a hipótese do § 1º, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório. § 3º Encontrando-se o processo no Tribunal, poderá o relator da remessa negar-lhe seguimento, desde que, intimado o Procurador da Fazenda Nacional, haja manifestação de desinteresse. § 4º A Secretaria da Receita Federal não constituirá os créditos tributários relativos às matérias de que trata o inciso II do *caput*

O que se propõe representa, portanto, um passo adiante e mais adequado no atual tratamento legislativo da matéria: (i) Em todas as esferas administrativas, seria válida a orientação. (ii) Não apenas nos casos sumulados administrativamente (mas também nestes) seria possível a mesma dispensa, desde que se ostente a autorização administrativa.

Vale dizer – como rotineiramente ocorre nas hipóteses de dispensa de interposição de recursos extremos –, caso a caso seria possível a análise dessa dispensa, pois se verificam, apenas para ilustrar, aspectos pontuais. Também aqui seria de grande utilidade o expediente da análise estatística, a melhor demonstrar a legitimidade da proposta, dando conta de que a prática ocorre, de fato, na seara administrativa.

Agora exemplificando e ao mesmo tempo demonstrando a utilidade da proposta, temos hipóteses em que o recurso viria a perder o objeto em razão do tempo, e não obstante são submetidos ao duplo grau de jurisdição. É o caso em que o demandante pretende o cumprimento de obrigação de fazer consistente no fornecimento de medicamento por prazo determinado, cujo lapso se afigura muito inferior ao que resultará do processamento do recurso pelo tribunal; ou em que se discutem imposições administrativas relativas a licenciamento de veículos, cujo período de validade não supera um ano, ao passo que o recurso, por certo, será julgado em período muito maior; enfim, diz respeito a casos em que a perda de interesse recursal superveniente torna absolutamente desarrazoado o recurso e, de resto, o reexame necessário e que, no sistema atual, são remetidos inutilmente ao tribunal *ad quem*.

Seria viável ainda a dispensa quando demonstrada, pelo procurador responsável

---

deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004) § 5º Na hipótese de créditos tributários já constituídos, a autoridade lançadora deverá rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso. (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004).

pela causa, a total inviabilidade de reforma da decisão, por força de entendimento jurisprudencial firme e predominante a respeito do tema sob debate, mediante representação interna.

Essa conduta revela-se muito mais protetora do interesse público, na medida em que parte da Fazenda Pública o reconhecimento da conformação da sentença ao entendimento jurisprudencial, caso em que não mais lhe caberá discutir a adequação entre ambas as hipóteses em confronto – a sentença e a jurisprudência, o que, não é demais repetir, tem sido prática comum nos casos de recursos especial e extraordinário, que diuturnamente são objeto de representação interna (justificada), para fins de autorização de dispensa de interposição.

Assim colocado, reverte em diminuição da atividade recursal e do manejo irresponsável dos apelos, tão perseguida pelas reformas do processo, não só pela menor interposição de recursos por autorização administrativa, como porque, uma vez assim reconhecido pela própria Administração, cessa o inconformismo, o que não ocorre quando seja de iniciativa do Judiciário o enquadramento da hipótese ao disposto no atual parágrafo 3º do art. 475 do CPC, pois poderá reverter em reexame, voluntário ou obrigatório, uma vez facultado à Fazenda Pública o recurso a propósito dessa decisão judicial.

Em conclusão, os atuais critérios – seja do CPC em vigor, seja do projeto – revelam-se inábeis à sua própria teleologia, de diminuição (e desafogo) da atividade jurisdicional, pois, no primeiro caso (critério valor), subtrai importantes causas do reexame necessário, em detrimento do interesse público, e, no segundo caso (critério orientação jurisprudencial), acaba por multiplicar recursos, sendo de todo mais adequada a proposta apresentada, que mantém as causas de grande importância social e política sob a garantia processual e, ao mesmo tempo, permite à Administra-

ção a opção de retirar da esfera do duplo grau de jurisdição aquelas que venha a considerar de baixo relevo, o que resulta em agilização das máquinas judiciária e administrativa.

De todo o exposto, resulta que o instituto do duplo grau de jurisdição obrigatório traduz garantia que merece preservação, por seu indiscutível papel de preservação do interesse público, sem descurar de sua evolução, sintonizada com o progresso científico do processo e sua nova conformação constitucional.

O reexame necessário não destoaria da concepção defendida, de racional condução do processo, pois que perfeitamente engastado no sistema de garantias apto à satisfação do interesse público, sem desonra ao direito subjetivo, senão por conta de uma percepção egoística, incapaz de vislumbrar o todo como prevalente sobre o individual.

Precisa a lição de Barbosa Moreira (2007, p. 210), que tem merecimento em figurar com destaque neste estudo, por sua autoridade e veemência:

“(…) Um ponto, a nosso ver, resta firme: a inconveniência de eliminar o art. 475 em qualquer reforma futura do estatuto processual. Restrições podem ser admissíveis, e eventualmente dignas de aplauso, desde que justificadas no plano da razoabilidade. A supressão pura e simples, em que pese a críticos muito qualificados, constituiria grave erro”.

Nesse contexto, tem justa razão a manutenção do instituto, sem prejuízo da evolução do tema em harmonia com o atual estágio de progresso do direito, carregando a todos a responsabilidade individual – cada qual em sua seara –, pela justa aplicação do direito, sem contornos egoísticos, na mira do bem-estar geral.

Essa a proposta que se encerra no presente trabalho: de manutenção do duplo grau de jurisdição obrigatório, viabilizada a hipótese de não submissão a esse regime,

em todas as esferas a ele subordinadas, desde que presente autorização administrativa.

O alvitre sugere conduta responsável das Fazendas, como partes na condução do processo, restringindo não apenas o reexame necessário das sentenças quando tal seja de todo dispensável, mas com espectro mais amplo, para abranger toda a atividade recursal, afastado o critério inadequado que atualmente vigora, conectado ao conteúdo econômico da demanda (valor da causa ou da condenação líquida), para levar em conta aspecto de maior relevo – o interesse público subjacente.

E reconhecer que, a exemplo da Lei 20.352/2001, algumas das modificações que foram implantadas nas reformas antecedentes revelam-se inócuas (ou inadequadas) implica admitir os pontos nevrálgicos (críticas que aqui são feitas, como de resto ecoa a doutrina), o que deve servir de proveitoso incentivo ao aperfeiçoamento do sistema em construção.

De tudo, o processo civil brasileiro, submetido a esse intenso poder reformador, ainda que muitas vezes imperfeito ou insuficiente diante da falha estrutural, revela a preocupação da contemporaneidade e coloca-se não apenas na direção da tendência mundial, mas muitas vezes na vanguarda, do que resulta a sua nova face, agora própria e auspiciosa.

Não será demais repetir o que foi afirmado em outra oportunidade (CAPPELLETTI, 1988, p. 232): significa dizer que são respeitáveis e muito bem-vindas quaisquer iniciativas capazes de abreviar ritos, dispensar formalismos inúteis, ainda que não seja esse o único foco comprometedor do acesso à justiça no sentido aqui figurado.

A busca da efetividade não se esgota, todavia, com as modificações legislativas. Uma nova mentalidade, seja das partes, seja dos integrantes da justiça, deve ser adotada, com a consciência do verdadeiro papel que cumprem na atuação da jurisdição, posto que a morosidade e a injustiça que

decorrem da atuação irresponsável atinge a todos, de modo indiscriminado.

A utilização inadequada, pelas partes, dos recursos e meios processuais, ainda que disponíveis para a preservação da ampla defesa constitucionalmente assegurada, reclama conduta comprometida com a mudança de postura na condução do processo.

A valorização da jurisprudência, presença constante nas reformas, deve vir também acompanhada de uma nova atitude do Judiciário, mais preocupada com a uniformidade e com a fundamentação adequada dos provimentos emitidos, conduta aliada à percepção das consequências de suas decisões no contexto sócio-empírico.

O julgamento massificado e vinculante deve também andar no limite de evitar o comprometimento da evolução do pensamento jurídico, inquietação dos operadores do direito, resultado da atividade generalizada e incapaz de detectar argumentos capazes de lançar novas luzes a temas pacificados.

Cabe ainda à administração do Judiciário a árdua tarefa de localizar as causas internas de enredo das demandas judiciais, eliminar as etapas “mortas” do processo, enfim, modernizar o aparelho, pois não há na seara do Legislativo aptidão para, pelo meio normativo, ainda que com autoridade constitucional, reduzir o tempo no processo ou o volume de demandas que hoje atulham os escaninhos<sup>50</sup>.

Nessa empreitada, tenha-se em mira que o acesso à justiça, na modernidade, não comporta leitura isolada, mas pressupõe a efetividade em todas as suas acepções, cercada de todas as garantias constitucionais, num exercício que prestigia o valor

<sup>50</sup> No sítio de notícias do Superior Tribunal de Justiça, relata o conselheiro Jirair Meguerian que “o principal e o mais difícil desafio a ser suplantado pelo CNJ é o da morosidade da Justiça”. Afirma que “a lentidão é fruto mais da legislação processual e da exagerada possibilidade de recursos do que do mau funcionamento do próprio Judiciário”. (Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?>>. Acesso em: 23 maio 2008).

“justiça”, traduzido como meio de acesso à ordem jurídica justa, aqui concebida como a ordem eficaz, tempestiva e legal, da qual não prescinde, sob nenhum argumento, o interesse público.

## Referências

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milano:Giuffrè, 1960.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A remessa necessária e suas mudanças: Leis 10.259/2001 e 10.352/2001. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 810, abr. 2003.

ALVES, Moreira. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*: n. 1. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 157, p. 404, 1966.

ARMELIN, Donaldo. A ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Associação Paulista do Ministério Público, 2003.

BAUR, Fritz. *La socialización del proceso*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1980. 24 p. (Serie Conferencias Academicas, n. 5).

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos da sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RCS, 2006. 253 p.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor*. 40. ed. Organização Theotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. Processo Civil de interesse público: uma proposta de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo Civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAMARGO, Lester Marcantonio. O princípio do duplo grau de jurisdição e a efetividade do processo civil. In: ABREU, Pedro Manuel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). *Direito e Processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito, Fundação Boiteux, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, Fabiano. Ausência de apelação da Fazenda Pública, acórdão proferido em julgamento do reexame necessário e o cabimento de recurso especial.



*Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 169, mar. 2009. p. 315-330.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 2.

CIANCI, Mirna. *Acesso à justiça e às reformas do processo*. São Paulo: Saraiva 2009.

COELHO, Rogério. Reexame necessário e uniformização de jurisprudência. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; SOUZA, André Pagani de. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COUTURE, J. Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Trad. Benedicto Giacobini. Campinas: RedLivros, 1999.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética 2009.

DIAS, Francisco Barros. A busca da efetividade do processo. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (Coord.). *Direito Processual: Civil, Penal, Trabalhista e Administrativo*. Recife: Litoral, 2000. v.1.

DICIONÁRIO Priberam da Língua portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 2011. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/Default.aspx>>. Acesso em: 22 maio 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros 2001. v.1.

\_\_\_\_\_. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIA, José Eduardo. A definição do Interesse Público. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo Civil e Interesse Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Princípios constitucionais do processo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 118-126, 1993.

FREITAS, Juarez de. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GANESINI, Rita. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. Súmulas Vinculantes e Independência Judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.86, n.739, p. 11-42, maio 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1975. 177 p.

GUERRA, Gustavo Rabay. *O Caráter Retórico do Duplo Grau de Jurisdição Obrigatório*. Dissertação (Mestrado

em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma leitura processual do Direito. In: Didier JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

\_\_\_\_\_. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: C. Bastos, 2001. 174 p.

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

LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. 426 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição e a Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Grandes Temas de Direito Administrativo: a noção jurídica de interesse público*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, José Roberto de; COSTA, Regina Helena. Prerrogativas processuais da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público: Malheiros, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, p. 228-238, 2001.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007. 423 p.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Consolidação Federal*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Manole, 2002.

PEREIRA, Helio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em Juízo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIBEIRO, Djanira Maria Radamés de Sá. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. 132 p.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Embargos à execução contra a Fazenda Pública: Extensão da Matéria Argüível: Princípios Constitucionais em Conflito - Proporcionalidade ou Razoabilidade: Coisa Julgada e Justa Indenização - Princípio de justiça e Moralidade. Parecer*. Belo Horizonte, ago. 1997. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/regulariza2/doutrina912.html>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. *Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

TOSTA, Jorge. *Do Reexame Necessário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUPYNAMBÁ, José Paulo. *Anteprojeto deve manter "reexame necessário" de ações contra a Fazenda Pública*. Brasília: Senado Federal, Agência Senado, 12 abr. 2010.

Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/anteprojeto-deve-manter-reexame-necessario-de-acoas-contra-a-fazenda-publica.aspx>>. Acesso em: 08 jun. 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 295 p.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Das Nulidades do Processo e da Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZANETTI JUNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos: direito material e direito processual. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

### Sítios

<<http://priberam.pr/dlpo/default.aspx>>, acesso em 22 maio 2010.

<<http://www.refad.com.br/viewnot.php?id=55>>, acesso em 23 maio 2008.

<<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?>>, acesso em 23 maio 2008.