

A REMESSA DE OFÍCIO E O MANDADO DE SEGURANÇA

MELISSA PEREIRA GUARÁ

Assessora de Desembargador do TRF da 5ª Região

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - A exigência do duplo grau obrigatório. 3 - A função do duplo grau obrigatório. 4 - O duplo grau obrigatório e o Mandado de Segurança ((inadmissibilidade da remessa obrigatória nos MS impetrados contra autoridade delegatária do Poder Público). 5 - Conclusões. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Uma das questões que vem assimilando notável interesse para os estudiosos do direito processual civil é o da obrigatoriedade do reexame de algumas decisões, quais aquelas em que a Fazenda Pública é sucumbente, propondo alguns autores o problema de saber qual a natureza do provimento judicial, antes do seu reexame necessário pelo grau superior.

A prática judiciária traz muitos casos interessantes envolvendo as reapreciações de decisões, o que provoca algumas reconsiderações sobre os fundamentos e as funções dos recursos, a persistência da estrutura dúplice da jurisdição, quando a tendência da legislação parece ser no sentido de, em nome da desejável brevidade da eficácia definitiva dos decisórios, reduzir os casos de nova decisão sobre a mesma causa.

Como exemplos dessa tendência, poder-se-ia citar a Lei 9.756/99 que permite que o Relator, em decisão monocrática, resolva o recurso, se ocorrerem determinados requisitos ali previstas.

Outra questão bastante estimulante e ainda pouco apreciada pelos Tribunais diz respeito à admissibilidade da remessa oficial contra sentenças

concessivas da ordem de segurança, *quando se trata de autoridade impenetrada privada delegatária do Poder Público.*

A princípio não se destacam muitas dúvidas, mas, analisando-se com cuidado o instituto do Mandado de Segurança e a sua conseqüente finalidade, verifica-se que a possível admissão da remessa oficial pode até mesmo confrontar teleologicamente com o instituto do *writ*.

Assim, tentar-se-á dissertar, no presente trabalho, sobre algumas destas breves reflexões sobre do duplo grau obrigatório, tendo sempre como princípio fundamentante a almejada coerência do sistema jurídico, analisando-o, necessariamente, como um todo harmônico.

2 A EXIGÊNCIA DO DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO

A origem do duplo grau obrigatório remonta ao velho Direito Lusitano, através da denominada apelação *ex-offício*, tendo como finalidade o controle de poderes quase onipotentes que então tinha o Juiz, quando da vigência do sistema inquisitorial, não se tendo notícia de similar instituto no Direito Comparado; no Brasil, a prática teve mais eco do que em Portugal, tanto que nas terras lusitanas restringiu-se o seu cabimento às lides penais e, aqui, estendeu-se também a algumas causas cíveis.

Esta figura, segundo preciosa informação do Professor ALFREDO BUZAID, “*na realidade, originou-se com a consagração do processo inquisitorial penal, segundo o qual o Juiz tinha a faculdade de iniciativa, de colheita de provas e do julgamento, motivo pelo qual sua decisão tinha que ser revista por outro órgão judicante, a fim de evitar a utilização do processo como um perigoso instrumento de perseguição a inocentes.*” (Da apelação *ex-offício* no sistema do Código de Processo Civil, Saraiva, São Paulo, p. 23).

No nosso sistema jurídico, a remessa oficial surgiu com a Lei de 04.10.1831, art. 90. No CPC de 1939, localizava-se no capítulo dos recursos (art. 822), com a denominação, hoje rechaçada, de apelação *ex-offício*, daí porque muitos doutrinadores da época admitiam sua natureza recursal, posicionamento este hoje minoritário, tendo em vista a atual concepção de tê-la como um ato condicionante da formação da coisa julgada, tanto que no atual Código de Processo Civil a sua previsão está localizada no capítulo que trata da sentença e da coisa julgada, mais precisamente no art. 475.

Essa medida, no autorizado dizer de NELSON NERY JÚNIOR, “*não tem natureza jurídica recursal. Faltam-lhe a voluntariedade, a tipicidade,*

a dialeticidade, o interesse em recorrer, a legitimidade, a tempestividade e o preparo, características e pressupostos de admissibilidade dos recursos.” (Princípios Fundamentais — Teoria Geral dos Recursos, RT, São Paulo, p. 58).

A sua natureza jurídica, concordando com o eminente Professor ACIDES DE MENDONÇA LIMA, não é recursal, apesar de algumas semelhanças, tendo, ao meu ver, respeitando os entendimentos em contrário, natureza de ato condicional da eficácia da sentença, daí porque a sua falta não acarreta nulidade daquela, e sim apenas a inocorrência da coisa julgada:

“A apelação necessária ou ex-offício não é propriamente um recurso. Não tem os característicos do recurso. Trata-se, antes, de uma providência imposta por lei, em casos excepcionais, dada a natureza do objeto da causa, para que a decisão do Juiz de primeira instância seja revista obrigatoriamente, por motivo de interesse de ordem pública.” (Introdução aos Recursos Cíveis, RT, São Paulo, 1976, p. 185).

Assim, no nosso atual sistema jurídico, a remessa obrigatória é uma realidade que, para alguns, deveria desaparecer e que, para outros, guarda coerência com os ditames do Direito Público e do interesse primário do Estado.

3 FINALIDADE DO DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO

O exame da finalidade do duplo grau obrigatório, remonta, necessariamente, à análise da suas origens e à possibilidade de sua permanência no Direito Processual brasileiro nos tempos atuais.

Como já analisado no item anterior, o remessa obrigatória do direito pátrio é derivada de semelhante instituto do Direito Lusitano. Lá surgiu para os feitos das injúrias, na Lei de 12.3.1355, quando os Magistrados podiam agir *ex-offício* na instauração daquelas causas criminais.

Em nossa Pátria, como bem observa o Professor ALCIDES MENDONÇA LIMA, *“a medida foi perdendo seu característico criminal, para tornar-se, sobretudo, um ato de maior garantia do Erário, pela natureza da maioria das causas em que se tornou exigível.”* (Introdução aos Recursos Cíveis, RT, São Paulo, 1976, p. 185).

A finalidade principal do instituto, foi, em nosso meio, a de conceder privilégio ao fisco, quando vencido. A sua necessidade nas causas matrimoniais somente surgiu posteriormente. Neste ponto, portanto, separamo-nos da orientação portuguesa, ainda que sufragando o instituto, mas como outras variantes bem diferentes de sua gênese.

Os processualistas que trataram do assunto da remessa obrigatória, no Brasil, dividem-se em três categorias: a) os que a apoiam; b) os que a entendem desnecessária na atual conjuntura jurídica brasileira; c) os que a ignoram.

Realmente, sob uma primeira análise, poder-se-ia concluir, corroborando com o insigne JOÃO MONTEIRO, processualista brasileiro pioneiro em rechaçar o duplo grau obrigatório no nosso Sistema Jurídico, que a remessa oficial é um instituto descartável do ordenamento pátrio, tendo em vista até a forte tendência do direito processual moderno em abreviar a efetividade dos provimentos jurisdicionais.

No entanto, o estudo aprofundado do instituto e a sua respectiva finalidade nos permite concordar com aqueles que a apoiam, porque, com as previsões atuais de seu cabimento, percebe-se, até com certa facilidade, que se trata de questões materiais de extrema importância, quais sejam as relativas ao matrimônio e aquelas em que o Poder Público tem direto interesse.

Nas causas matrimoniais, os interesses em debate são muito sérios e graves, sempre tocando profundamente os litigantes, sobretudo no lado moral, provocando a natural reação do vencido. É verdade que o conluio nas ações que versam sobre o casamento são facilmente identificáveis, sendo, no entanto, o fim do cabimento da remessa obrigatória nesse tipo de ação justamente o alto grau de relevância dos interesses em questão.

No que se refere à Fazenda Pública, a percepção do conluio é bem mais dificultosa, porque, na maioria dos casos, se trata de questões puramente de direito. Entretanto, a finalidade do duplo grau obrigatório nessa espécie de causa se justifica pelo interesse público e porque o interesse do seu representante judicial é indireto. A possível vitória ou derrota, em princípio, não o atinge. Qualquer influência externa poderá obstar a interposição do recurso voluntário.

Sugestão feliz para a adaptação da remessa oficial para a atual finalidade do processo civil foi a da Comissão de Reforma do CPC que, no anteprojeto de Lei no. 15, previu alteração para o atual art. 475 do CPC, que passará a ter a seguinte redação:

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

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

II – que julgar procedente os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI), com julgamento de mérito.

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

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

§ 3o. – Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver ajustada a súmula ou jurisprudência dominante no tribunal de destino ou no tribunal superior.

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

Concordando com CLÁUDIA SIMARDI que, em excelente artigo sobre a remessa obrigatória, afirma que *“esta é a principal alteração que pode advir com a aprovação do anteprojeto referido, eis que possibilitará a nova redação do art. 475 a produção de efeitos da sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, e desde que expressamente requerido e deferido pelo juízo sentenciante. A remessa obrigatória, por conseguinte, apenas obstaculizará a coisa julgada, que somente poderá se formar após a análise pelo órgão jurisdicional superior.”* (Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos, RT, São Paulo, p. 137).

4 O DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO E A AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA

O que se estuda neste item é a possibilidade de exclusão da remessa obrigatória na ação de mandado de segurança, naturalmente nos casos de

concessão da ordem, quando no seu pólo passivo se acha o dirigente e entidade privada delegatária do Poder Público.

A Lei do Mandado de Segurança prevê, em seu art. 12, parág. único, o duplo grau obrigatório das sentenças concessivas da ordem de segurança, neste termos:

“Art. 12 – (...).

Parág. único - A sentença, que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.”

A Lei 4.348/64 que alterou alguns dispositivos da LMS previu, em seu art. 7o., que “*o recurso voluntário ou ex-offício, interposto da decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo*”, o que evidencia a persistência do instituto da remessa oficial, na ação de mandado de segurança.

Realmente, é consentâneo com a finalidade do duplo grau obrigatório a sua previsão para o Mandado de Segurança, tendo em vista que, no *writ*, são travadas questões eminentemente públicas e estão, no pólo passivo, quase sempre, autoridades públicas.

No entanto, a jurisprudência construiu o feliz entendimento, hoje sumulado, de que, em algumas situações, cabe também o Mandado de Segurança, mesmo quando se encontra no pólo passivo representante de entidades particulares, desde que delegatárias do Poder Público. É o que se depreende da leitura da Súmula 510 do STF:

“Súmula 510 – Praticado o ato por autoridade no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.”

O exame do duplo grau obrigatório em sede de Mandado de Segurança será valorizado com um estudo sobre a própria finalidade do *mandamus*, a sua origem e o objeto jurídico que visa tutelar.

Não se olvide que o objetivo principal do *writ* é a proteção do indivíduo em face dos atos ilegais ou abusivos provenientes, em princípio, dos agentes do Poder Público.

A idéia de controle dos atos do poder estatal é uma idéia tenaz na história das sociedades humanas e se pode mesmo dizer que, em certa medida, sempre esteve presente onde quer que se tenha implantado uma estrutura governante ou desde os primeiros momentos da cultura humana.

Dessa forma, a finalidade do Mandado de Segurança é justamente esta: proteção dos indivíduos contra os desmandos do poder estatal que, na história da humanidade, sempre necessitou de limitações e controle, especialmente na era do chamado Estado de Direito, posto sob o império da Constituição.

No afã de imprimir maior eficácia a tais limitações e controles e de se alargar as possibilidades de cabimento do Mandado de Segurança, foi que se consagrou o entendimento de que seriam legitimados passivos, ou seja, estariam *assemelhados* à posição de autoridade pública, para fins de sujeição mandamental, as pessoas no exercício de função delegada, incluindo-se nesse conceito, por exemplo, os dirigentes de companhias estaduais de telecomunicações, das Juntas Comerciais Estaduais *e de estabelecimentos particulares de ensino superior, dentre outros*.

Em casos assim, o dirigente da entidade particular, no exercício da função pública delegada, *não fica na mesma posição de uma autoridade pública*, mas está fora de dúvida consistente a sua qualificação como legitimado passivo para efeito da ação mandamental.

Ressalte-se que a *finalidade* de inserção dos dirigentes de entidades privadas delegatárias do Poder Público, no pólo passivo da ação de segurança, foi maximizar a proteção aos indivíduos e imprimir maior eficácia ao princípio da legalidade, não devendo tal interpretação produzir o efeito de equiparar essas entidades a pessoas estatais e reconhecer-lhes prerrogativas inerentes aos órgãos públicos *stricto sensu*.

Poder-se-ia dizer, em oposição a esse raciocínio, que a sugestão de afastamento da aplicação da remessa oficial nesses casos afrontaria clara determinação legal, uma vez que a Lei do Mandado de Segurança expressamente prevê o instituto do duplo grau obrigatório (art. 12, parág. único).

No entanto, toda norma jurídica, apesar de válida e eficaz isoladamente, tem que receber a chancela do sistema, devendo neste ser incluída e conforme ele ser interpretada.

O argumento impressiona, mas, analogicamente, merece destaque o fato de que a suspensão da segurança, instituto também peculiar do *writ*, igualmente expressamente previsto na Lei, teve a sua aplicação desreco-

mendada nos casos de segurança contra atos de dirigentes de instituições privadas delegatárias de função pública. Assim entenderam o extinto TFR e o Tribunal Regional Federal da 3a. Região, conforme se vê nos seguintes paradigmáticos acórdãos:

“SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. De acordo com o disposto no art. 4o. da Lei 4.384/64, somente a pessoa jurídica de Direito Público tem a faculdade de requerer a suspensão da execução de liminar ou de sentença.” (AgReg na SS 8123/DF, Rel. Min. GUEIROS LEITE, DJU 15.05.89, p. 7.899).

“O art. 4o. da Lei 4.348/64, oriundo de legislação excepcional, merece interpretação restritiva, sempre que o pedido de suspensão se refira a decisão prolatada nas ações constitucionais. Nos termos do referido dispositivo, só a pessoa jurídica de Direito Público tem legitimidade ativa para formular o pedido de suspensão. À pessoa jurídica de Direito Privado, ainda que exercente de atividade delegada do Poder Público, falta autoridade para falar em nome da ordem, da saúde, da segurança e da economia públicas.” (AgReg na SS 1.372, Rel. Min. MÁRCIO MORAES, RevTRF 3a. R., vol. 17, p. 74).

É verdade que há norma expressa prevendo o duplo grau obrigatório nas ações de segurança, como já citado, mas a previsão, além de genérica, foi posta *quando o Mandado de Segurança era cabível apenas contra atos de autoridades públicas propriamente ditas*, não se tendo, à época, formado o entendimento, hoje consagrado, de que as pessoas exercentes de função pública delegada teriam, *também*, seus atos controlados pela via do *mandamus*.

Conclui-se, portanto, que a simples previsão genérica, na LMS, do duplo grau obrigatório *não vincula a sua adoção incondicional*, máxime quando confrontar com a própria finalidade do instituto e com a melhor interpretação constitucional que confere maior eficácia às garantias do indivíduo, *contra as demasias do Poder Público*.

A remessa oficial não é um dogma que esteja enraizado de forma definitiva no sistema jurídico brasileiro, tanto que não há previsão de seu cabimento nas Ações Cautelares decididas contra o Poder Público e o co-

lendo STJ já firmou entendimento no sentido de descabimento do duplo grau obrigatório nos Embargos de Devedor em que a Fazenda Pública é sucumbente.

A interpretação teleológica, assim, é rotineiramente utilizada pelos Magistrados, especialmente quando se trata de tornar mais efetivas as normas constitucionais. Tanto é assim que, apenas a título de exemplo, o colendo STJ já firmou entendimento no sentido de ser incabível os embargos infringentes contra apelação em mandado de segurança, tendo em vista a finalidade do *writ* e o seu rito célere (Súmula 169 do STJ).

Dest'arte, em termos de mandado de segurança, em que a autoridade impetrada é dirigente de entidade particular delegatária do Poder Público, o eventual provimento da Remessa de Ofício, na ausência de recurso voluntário, cometeria o desatino de preservar o interesse da instituição privada, em detrimento do interesse do impetrante, quando ambos se acham em situação de pacificação; em tal hipótese, a jurisdição, assim exercida, desatenderia ao seu escopo fundamental, *plantando discórdia onde não há, semeando lide onde há tranqüilidade e vulnerando direitos subjetivos onde há conformação e paz.*

Seria cabível argumentar com a possibilidade de ter havido conluio entre a parte impetrante e a entidade particular, daí a justificativa de não interposição do recurso de apelação, cumprindo a remessa de ofício uma função acauteladora desse indesejável efeito.

No entanto, tal argumento mereceria maior reflexão, no meu entender, porque a presença do Ministério Público, nas ações mandamentais, impediria que tal eventual colusão frutificasse; não existindo qualquer pronunciamento do *Parquet* sobre a possível existência de acerto entre as partes, visando a obtenção de resultados ilícitos, não seria o caso de pressupô-lo.

Não se deve admitir que a *probabilidade de fraude, a eventualidade de ilicitudes ou a simples impressão da ocorrência de ilícitos* sirvam para subsidiar elementos de convicção do Julgador, pois esses eventos deturpadores, quando alegados, devem ser submetidos à rigorosa verificação de efetividade, não sendo de se aceitar a sua presença apriorística e sem comprovação.

A egrégia 4a. Turma do TRF da 5a. Região já teve oportunidade de se pronunciar sobre casos em que a autoridade impetrada do Mandado de Segurança, sendo representante de entidade particular delegatária do Poder Público, deixou de interpor o recurso de apelação e aquele Órgão Julgador

não conheceu da remessa de ofício, conforme se vê neste paradigmático acórdão:

“1. O objetivo do mandamus é a proteção jurídica do indivíduo contra as demasias de agentes estatais que, na história da humanidade, sempre necessitaram de limitações. O proceder desses mesmos agentes, sendo uma das macro-características do Estado de Direito, impõe a implantação de tais limites. 2. O objetivo da inserção dos atos dos dirigentes de entidades privadas, delegatárias do Poder Público, no controle por via do Mandado de Segurança, foi maximizar a proteção aos indivíduos e imprimir maior eficácia ao princípio da legalidade, não podendo a sua interpretação produzir o efeito de equiparar essas entidades a pessoas estatais e reconhecer-lhes prerrogativas inerentes aos órgãos públicos stricto sensu. 3. Quando a Instituição de Ensino Superior particular deixa de recorrer de decisão que lhe impôs a matrícula de aluno, entende-se que o absorveu e não há razão jurídica que recomende o desfazimento desse ato. 4. Não conhecimento da Remessa de Ofício.” (REOMS 66907/CE, Rel. Des. Federal. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 13.02.2001).

Nessas situações, *não há interesse público direto ou imediato a proteger*, o que haveria seria apenas uma orientação judicial de excessiva proteção ao ente privado, como se coubesse ao Juiz o dever de lhe preservar os interesses, suprimindo as deficiências dos seus procuradores, quando isso não existe na função judicial, nem mesmo quando a parte é pública.

5 CONCLUSÕES

1. A origem do duplo grau obrigatório remonta ao Direito Lusitano, tendo como finalidade o controle de poderes quase onipotentes que tinha o Juiz, quando da vigência do sistema inquisitorial, denominada apelação ex-offício, não se tendo notícia de similar instituto no Direito Comparado; destaque-se que, no Brasil, o instituto teve mais eco do que em Portugal, tanto que nas terras lusitanas restringiu-se o seu cabimento às lides penais e, aqui, estendeu-se às causas cíveis.

2. *A natureza jurídica da remessa de ofício,, concordando com o Professor ALCIDES MENDONÇA LIMA, não é recursal, apesar de reais semelhanças, tendo, ao meu ver, respeitando os entendimentos em contrário, natureza de ato condicional da eficácia da sentença, daí porque a sua falta não acarreta nulidade daquela, e sim apenas a inocorrência da coisa julgada.*
3. *A finalidade principal do instituto foi, em nosso meio, a de conceder privilégio ao fisco, quando vencido. A sua necessidade nas causas matrimoniais somente surgiu posteriormente. Neste ponto, portanto, separamo-nos da orientação portuguesa, ainda que sufragando o instituto, mas como outras variantes bem diferentes de sua gênese.*
4. *No afã de imprimir maior eficácia à Constituição e de se alargar as possibilidades de cabimento do Mandado de Segurança, foi que se consagrou o entendimento de que seriam legitimados passivos, ou seja, estariam assemelhados à posição de autoridade pública, para fins de sujeição mandamental, as pessoas no exercício de função delegada, incluindo-se nesse conceito, por exemplo, os dirigentes de companhias estaduais de telecomunicações, das Juntas Comerciais Estaduais e de estabelecimentos particulares de ensino superior, dentre outros.*
5. *É verdade que há norma expressa prevendo o duplo grau obrigatório nas ações de segurança, mas a previsão, além de genérica, foi posta quando o Mandado de Segurança era cabível apenas contra atos de autoridades públicas propriamente ditas, não se tendo, à época, formado o entendimento, hoje consagrado, de que as pessoas exercentes de função pública delegada teriam, também, seus atos controlados pela via do mandamus.*
6. *A simples previsão genérica, na LMS, do duplo grau obrigatório não vincula a sua adoção incondicional, máxime quando confrontar com a própria finalidade do instituto e com a melhor interpretação constitucional que confere maior eficácia às garantias do indivíduo, contra as demasias do Poder Público.*

6. BIBLIOGRAFIA

- BUENO, Cássio Scarpinella, *Liminar em Mandado de Segurança*, RT, São Paulo, 1994.
- LIMA, Alcides Mendonça. *Introdução aos Recursos Cíveis*, RT, São Paulo, 1976.
- NERY JÚNIOR, Nelson, *Princípios Fundamentais — Teoria Geral dos Recursos*, RT, São Paulo.
- ROCHA, José Albuquerque, *Teoria Gel do Processo*, Malheiros, São Paulo, 1996.
- SIMARDI, Cláudia. *Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos*, RT, São Paulo.