



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
DÁCIO JOSÉ SOUZA SANTOS

**O REEXAME NECESSÁRIO DAS SENTENÇAS EM FACE DA FAZENDA
PÚBLICA E A EFETIVIDADE DO PROCESSO**

Palhoça
2010

DÁCIO JOSÉ SOUZA SANTOS

**O REEXAME NECESSÁRIO DAS SENTENÇAS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA
E A EFETIVIDADE DO PROCESSO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Zênio Ventura

Palhoça

2010

DÁCIO JOSÉ SOUZA SANTOS

**O REEXAME NECESSÁRIO DAS SENTENÇAS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA
E A EFETIVIDADE DO PROCESSO**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 14 de junho de 2010.

Prof. e Orientador Msc. Zênio Ventura
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Nome do Professor, Título.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Nome do Professor, Título.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

O REEXAME NECESSÁRIO DAS SENTENÇAS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 14 de junho de 2010.

DÁCIO JOSÉ SOUZA SANTOS

Dedico esta Monografia à minha mãe, Simony Simon Souza Santos, pois foi por sua causa que essa imprescindível etapa foi superada e que por todos os momentos da minha vida batalhou para que momentos como esse se realizassem.

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo infindável apoio e extrema confiança na minha capacidade, apoio o qual foi essencial no decorrer da graduação e possibilitou minha formação no nível superior, crescimento intelectual e humano. Em especial, à minha mãe, exemplo de dedicação familiar, altruísmo, força de vontade e amor infinito.

Ao meu orientador, Professor Doutor Zênio Ventura, que a todo o momento esteve presente para dirimir dúvidas, demonstrar o trajeto a ser percorrido, por ter incentivado a apreciação do tema e ter conferido relevância a presente monografia.

À cortês Procuradora do Estado de Santa Catarina Doutora Francis Lilian Torrecillas Silveira, por me incentivar, ensinar, compartilhar de seu inalcançável conhecimento e experiência, o que possibilitou o andamento do referido trabalho e, por conseguinte, a minha graduação. À especialíssima doutora Kátia Regina dos Anjos, que me demonstrou sua paixão pelo Direito, sempre me motivando e acreditando em mim como profissional.

Especialmente, ao carismático Doutor Alexandre Beck Monguilhott, por sua amizade, companheirismo, sagacidade, entre outras infindáveis qualidades, que me possibilitaram diversas experiências de ampla atuação na esfera jurídica. Sempre será, presente ou não, meu grande mentor na vida profissional e pessoal.

Aos excelentes amigos Caio Veríssimo, Edson Senna, Fellipe Thomaz Ferreira e Felipe Flores, por tudo.

Aos professores Gisele Martins, Alexandre Russi, Gustavo Lovato, Gustavo Ávila, por terem acreditado em mim.

Por fim, à linda e maravilhosa Taiana Marina Kislanov, pelo amor, apoio e suporte incondicional.

“O Direito é mais que um agregado de leis. É o que torna as leis instrumentos vivos da Justiça”. (Nathan Roscoe Pound)

RESUMO

A presente monografia trata do reexame necessário das decisões em face da Fazenda Pública e a sua efetividade no processo. Instituto aparentemente oneroso para os cofres públicos, que possivelmente viola diversos princípios constitucionais previstos no artigo quinto, cuja aplicação é inerente ao Direito Processual. Destarte, a Constituição Federal não contempla expressamente o duplo grau de jurisdição obrigatório, o que resulta na sua possível mitigação, visando maior aperfeiçoamento da efetividade do processo. Afinal, o tal princípio não visa a efetividade do processo e sua celeridade, apenas é mais uma das ferramentas processuais protecionistas da Fazenda Pública. Tendo-se em vista que os entes públicos são os maiores litigantes do Poder Judiciário e quase todas as sentenças contrárias a eles estão sujeitas ao reexame necessário, torna-se importante analisar o conceito de Fazenda Pública que abrange a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas. Estão excluídas do conceito as sociedades de economia mista e as empresas públicas, por estarem sujeitas ao regime geral das pessoas jurídicas de direito privado. A Fazenda Pública em juízo possui diversos benefícios processuais. Muitas vezes, esses benefícios se mostram excessivos e acabam gerando uma desigualdade entre os litigantes, transformando-se em verdadeiros privilégios da Fazenda Pública em juízo. Passa-se, portanto, ao estudo do reexame necessário e de seu histórico, sendo que muitas questões abraçadas pelo reexame necessário continuam controvertidas no direito brasileiro atual. Por fim, analisa-se as limitações introduzidas no reexame necessário pela Lei nº 10.352/2001, e chega-se à conclusão de que as mitigações foram muito tímidas e que o instituto parece não ter mais espaço no Processo Civil do Século XXI.

Palavras-chave: Reexame Necessário. Remessa Obrigatória. Duplo Grau de Jurisdição. Recursos Voluntários. Efetividade do Processo. Princípio da Isonomia. Processo Civil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DO REEXAME NECESSÁRIO	12
2.1 CONCEITO HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DO REEXAME NECESSÁRIO	12
2.2 NATUREZA JURÍDICA	15
2.2.1 Duplo grau de jurisdição e o reexame necessário	15
2.2.2 Duplo grau de jurisdição: distinção entre recursos e o reexame necessário	17
2.2.3 Natureza jurídica do reexame necessário	19
2.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO	21
2.3.1 Codex Processual Civil e legislação esparsa	22
2.3.2 Reexame necessário na legislação esparsa	25
2.3.3 Casos de dispensa do reexame necessário	27
3 PRECEITOS FUNDAMENTAIS E O REEXAME NECESSÁRIO	29
3.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	30
3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE DAS PARTES NO PROCESSO CIVIL.....	31
3.2.1 Histórico e conceito	31
3.2.2 Princípio da isonomia processual e a fazenda pública	33
3.2.3 Princípio da isonomia processual e o reexame necessário	35
3.3 PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL.....	37
3.4 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO	39
3.5 PRINCÍPIO DA INÉRCIA DAS PARTES.....	40
4 REEXAME NECESSÁRIO NO CONTEXTO JURÍDICO ATUAL	42
4.1 DO PROCEDIMENTO DO REEXAME NECESSÁRIO	42

4.1.1 Procedimento.....	42
4.1.2 Preclusão lógica no recurso especial em sede de remessa necessária	43
4.1.3 Embargos infringentes	44
4.1.4 Da proibição do <i>reformatio in pejus</i>	46
4.2 SENTENÇA DO JUÍZO A <i>QUO</i>.....	47
4.2.1 Histórico no Código de Processo Civil atual.....	47
4.2.2 Sentença terminativa e sentença definitiva	49
4.3 EFICÁCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU	50
4.3.1 Validade da função jurisdicional	50
4.3.2 Necessidade de convalidação da sentença pelo Tribunal <i>ad quem</i>.....	51
4.4 Jurisprudência ministerial pátria acerca do reexame necessário.....	53
5 CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

A monografia tem o propósito de realizar um ensaio acadêmico sobre o “Reexame Necessário”, instituto o qual confere prerrogativas que assistem a Fazenda Pública em juízo. O referido instituto, originário do direito português, é analisado sobre a temática da sua atualidade, eficácia e necessidade, consoante a evolução do direito processual atual. Ressalta-se que o presente trabalho dá ênfase as prerrogativas processuais constitucionais e infraconstitucionais.

A relevância da pesquisa, por seu turno, consiste na análise de um tema ainda bastante polêmico e que, por conseqüência, precisa ser amplamente discutido por toda sociedade, considerando a necessidade de reflexão por parte de todas as pessoas acerca dos deveres inerentes ao reexame necessário e sua efetividade na prestação jurisdicional.

Ressalta-se que o tipo de pesquisa utilizada na construção desta consiste na técnica bibliográfica exploratória, baseada no levantamento doutrinário e jurisprudencial e no estudo da legislação vigente. No que se refere aos procedimentos metodológicos, partiu-se do método de abordagem dedutivo, sistema que se baseia em teorias e leis gerais para a análise de fenômenos particulares.

Para análise do tema, sublinha-se que o presente trabalho foi estruturado em cinco capítulos, a saber:

A presente introdução, oportunidade destinada à apresentação do tema, objetivos, metodologia da pesquisa e estrutura do trabalho.

No segundo capítulo, será analisada a evolução histórica do reexame necessário, sua evolução na legislação até sua consolidação atual, presente no art. 475 do Código de Processo Civil. Salienta-se a natureza jurídica do instituto, quando será demonstrada a diferença entre o segundo grau de jurisdição obrigatório e o segundo grau de jurisdição voluntário, pois apesar de sua aparente similaridade, os institutos são distintos no que tange a eficácia de ambos os procedimentos na prestação da jurisdição.

Continuando a parte no que concerne ao desenvolvimento textual do instituto na presente monografia, o capítulo terceiro deste trabalho ampara-se avaliação dos preceitos constitucionais e seus princípios, instrumento fulcral na convalidação das normas processuais, e sua compatibilidade ou não com o reexame necessário, complementado com a abordagem de argumentos favoráveis e não favoráveis a respeito da recepção do instituto pela Constituição Federal. Destaca-se a apreciação de direitos processuais fundamentais, tais como

princípio do devido processo legal, princípio da igualdade das partes, princípio da isonomia processual e a fazenda pública, princípio da celeridade processual, princípio da ampla defesa e do contraditório, e princípio da inércia das partes.

Por fim, ainda no que concerne ao desenvolvimento, será abordado o reexame necessário e o contexto jurídico atual, cujo capítulo é o terceiro. O procedimento do reexame necessário é descrito, e seus efeitos relevantes e úteis no processo como a preclusão lógica no Recurso Especial em sede de remessa necessária, impossibilidade da reforma em prejuízo da Fazenda Pública. A necessidade e efetividade do reexame necessário por fim é abordada, cujo cotejo sobre a possibilidade ou não do cabimento é demonstrada de acordo com a prática real, com fundamento em parecer ministerial de representante do Ministério Público do Estado da Paraíba, e na ampla jurisprudência acerca do tema proposto, cujo propósito é demonstrar a visão dos membros do poder judiciário, quais sejam, Ministério Público, Advogados, públicos ou não, e Magistrados.

Ao final, apresentam-se a conclusão do presente texto jurídico, cujo propósito foi voltado a demonstrar os posicionamentos pátrios, práticos e doutrinários, acerca do Reexame Necessário e sua efetividade no processo. Observa-se que o reexame necessário de extensa análise por parte da jurisprudência, é pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já havendo súmulas jurisprudências acerca da matéria, como instituto prático e válido na função jurisdicional. Ocorre que, o feito carece de maior profundidade referente ao debate acerca da constitucionalidade nas cortes brasileiras.

2 DO REEXAME NECESSÁRIO

Neste capítulo será analisada a evolução histórica do reexame necessário, sua evolução na legislação até sua consolidação atual, como o vemos no art. 475 do Código de Processo Civil.

2.1 CONCEITO HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DO REEXAME NECESSÁRIO

O Reexame necessário, instituto originário do direito português, surgiu no Século XIV, com o advento da Lei 12.3.1355. Em um primeiro momento, o instituto foi utilizado apenas no âmbito processual penal, com o fim de impedir eventuais excessos cometidos pelos magistrados portugueses.¹ Depois, vieram sucessivamente: Ordenações Afonsinas, Livro V, Título LIX, 11; Ordenações Manuelinas Livro V, Título XLII, 3; Ordenações Filipinas, Livro V, CXXII, 11; sendo então chamada de “apelação *ex officio*”.²

Tais ordenamentos deram ao reexame necessário o fundamento de controle aos amplos poderes dos magistrados no processo civil com feições marcadamente inquisitórias, na qual a ausência do devido processo legal tornavam necessárias.

No Brasil, a primeira norma jurídica a consagrar o referido instituto é datada de 04/10/1831 (Lei nº 04/1831, art. 90), a qual determinou que o magistrado deveria apelar, nas causas que restassem vencidas a fazenda pública, de ofício. O juiz, neste caso assumindo função semelhante a do advogado, buscava a eventual reforma do julgado. Não havia simples revisão pelo Tribunal imediatamente superior, nos moldes atuais.³

¹ BARROS, 1976 apud CUNHA, Leonardo José Carneiro. **A fazenda pública em juízo**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 188.

² BUZAID, 1951 apud CUNHA, loc. cit.

³ BARROS, Clemilton da Silva. Considerações sobre o reexame necessário no processo civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1770, 6 mai. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11235>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

O reexame necessário integrou o Código de Processo Civil de 1939, no art. 822, que assim dispunha: “Art. 822 – A apelação necessária ou ex officio será interposta pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença”.⁴

Observa-se que, no primeiro grande diploma processual brasileiro, a influência da realidade social da época, eminentemente inquisitória, na qual a evidente confusão entre estado e ente religioso se tornava flagrante, com relação às sentenças envolvendo direito de família.⁵ Entanto, mais importante que tais questões, eram a preservação do erário público. A evolução legislativa pátria seguia o mesmo princípio, sempre voltada para proteção do erário público, com a prolação de diversas leis esparsas, com destaque a Lei nº 2.664, de 03/12/1955, que dispõe sobre ações judiciais decorrentes de atos das Mesas das Câmaras do Congresso Nacional e da Presidência dos Tribunais Federais; a Lei nº 6.014, de 27/12/1973, que inseriu a previsão do duplo grau obrigatório na Lei nº 1.533, de 31/12/1951 (antiga Lei do Mandado de Segurança) e na Lei nº 4.717, de 29/07/1965 (Lei da Ação Popular); a Lei nº 6.071, de 03/07/1974, que inseriu a previsão do duplo grau obrigatório no Decreto-Lei nº 3.365, de 21/07/1941 (Lei Geral das desapropriações), e a Lei nº 8.437, de 30/06/1992 (que dispõe sobre medidas cautelares contra atos do Poder Público). O Decreto nº 3.069 de 1963 viria a incluir o reexame necessário as causas matrimoniais.⁶

Em 1973, com o advento de um novo Código de Processo Civil, o qual vigora até a presente data, foi mantido o reexame necessário, alterando sua nomenclatura de apelação *ex officio* para reexame necessário.

A alteração da nomenclatura foi em razão da discussão que girava em torno da expressão apelação, visto que, não é possível o magistrado impugnar suas próprias sentenças, inconformado com as mesmas, postulando ao Tribunal imediatamente superior sua reforma. Neste sentido, leciona Candido Rangel Dinamarco:

O Código de Processo Civil de 1939 falava, bem como várias leis especiais e o Código de Processo Penal, em ‘recurso ex-officio’, como se fosse possível um juiz impugnar suas próprias sentenças, manifestando-se inconformado com elas e postulando dos Tribunais a sua substituição por outra que afirma ser melhor (tais são as características e objetivos dos recursos, conforme entendimento geral). Sensível a essas observações a sua insatisfação ante o mal denominado ‘recurso ex-officio’, o autor do Anteprojeto pretendeu eliminá-lo do direito processual civil brasileiro. Na Exposição de Motivos ao Ministro da Justiça, disse que ‘a missão do Judiciário é declarar relações jurídicas e não suprir deficiências dos representantes da Fazenda

⁴⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1937-1946/De1608.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

⁵ TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário**. São Paulo: RT, 2005. p. 105.

⁶ CUNHA, 2008, p. 189.

ou do Ministério Público' e, como substituto do recurso oficial, o Anteprojeto incluiu a obrigatoriedade da apelação pelo órgão do Ministério Público contra as sentenças anulatórias de casamento. Como a nova técnica, porém, não foi do agrado da crítica, o Projeto enviado à Câmara dos Deputados buscou seu aperfeiçoamento, dizendo que certas sentenças estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmadas pelo tribunal (art. 475 do Código).⁷

O novo Código não atribuiu uma nomenclatura ao instituto, que comumente é chamado de reexame necessário, remessa necessária, reexame obrigatório, entre outros. Porém, a expressão mais utilizada é: “reexame necessário”.

Faz-se mister ressaltar que referido Código ainda manteve a influencia religiosa no processo civil brasileiro, entanto, a Lei 10.353/2001, em consonância com a Constituição Federal – a qual determinou que o Estado brasileiro é laico – tratou de excluir tal questão.⁸

Atualmente, vigora o reexame necessário no art. 475 e incisos do *codex* processual, verba *legis*:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001);

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001);

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

§ 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 (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).⁹

Ora, pode ser observada a gradativa evolução do instituto, aparentemente, adequado a realidade judiciária do país.

⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. p. 211.

⁸ CUNHA, 2008, p. 190.

⁹ BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 02 mar. 2010.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

Nesta parte, aborda-se a diferença entre o reexame necessário e as espécies de recursos presentes em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista sua relativa similaridade no resultado de sua utilização no processo, porém, completamente distintos no que tange a eficácia de ambos no referido procedimento.

2.2.1 Duplo grau de jurisdição e o reexame necessário

O reexame necessário se funda no princípio do duplo grau de jurisdição, que consiste em se admitir, como regra, o conhecimento e a decisão dos feitos por dois órgãos jurisdicionais, sendo o segundo hierarquicamente superior ao primeiro.

Por este princípio – do duplo grau de jurisdição – se coloca à disposição da parte vencida o direito de recorrer ao órgão de jurisdição superior daquele na qual foi proferida a decisão, com a finalidade de ter novamente julgada a questão decidida.

Este princípio, do duplo grau de jurisdição, é decorrente da regra contida no art. 5º, LV, da CF: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.¹⁰

Embora não exista de forma expressa, a doutrina reconhece a existência tácita do instituto no ordenamento jurídico pátrio. Não é outro senão o entendimento de Humberto Theodoro Junior “a doutrina ensina que o duplo grau de jurisdição está ínsito em nosso sistema constitucional”.¹¹

Ainda acerca do duplo grau de jurisdição constitucional:

¹⁰ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 mai. 2010.

¹¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1. p. 628.

O princípio não é garantido constitucionalmente de modo expreso, entre nós, desde a República; mas a própria Constituição incumbe-se de atribuir a competência recursal a vários órgãos de jurisdição, prevendo expressamente, sob a denominação de tribunais, órgãos judiciários de segundo grau. [...] Casos há, porém, em que inexistente o duplo grau de jurisdição: assim, v.g., nas hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal, especificada no art.102, inc. I, da Constituição. Mas trata-se de exceções constitucionais ao princípio, também constitucional. A Lei Maior pode excepcionar suas regras.¹²

Entanto, a jurisprudência não é pacífica, conseguinte o entendimento de Marinoni e outros:

Porém, dúvidas existem se o duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional. Aqueles favoráveis à dupla revisão como princípio fundamental de justiça partem do pressuposto que este é fundamental para o controle da atividade dos juizes de primeiro grau. Afirmam, ainda, que os juizes de segundo grau de jurisdição possuem mais experiências, tendo maior possibilidade de fazer surgir soluções adequadas aos diversos casos concretos.¹³

Ocorre que, em que pese pequena parcela doutrinária, o órgão de grau superior possui, por sua experiência mais extensa, habilidade para examinar uma segunda vez a causa e apreciar a sentença do órgão jurisdicional imediatamente inferior.

O exercício do duplo grau de jurisdição no ordenamento jurídico, em regra, depende exclusivamente da vontade da parte vencida em se submeter a causa ao reexame do órgão jurisdicional hierarquicamente superior, ou seja, juízo ad quem, cuja atuação está limitada, nos termos do art. 512 do CPC, no sentido que a sentença recorrida será substituída, somente no que tiver sido objeto de recurso.

Não obstante, existem casos em que deve prevalecer a proteção dos interesses da ordem pública e não os do indivíduo, hipóteses nas quais a lei prescreve deva ser observado o duplo grau de jurisdição, mesmo quando a parte não tenha interesse de recorrer ao referido instituto constitucional. Para Moacyr Amaral Santos:

O princípio do duplo grau de jurisdição estabelece a regra pela qual o reexame da causa se faça por órgão jurisdicional de categoria superior ao que proferiu a sentença recorrida. A possibilidade do reexame recomenda ao juiz inferior maior cuidado na elaboração da sentença e o estímulo ao aprimoramento de suas aptidões funcionais, como título para sua ascensão nos quadros da magistratura. O órgão de grau superior, pela sua maior experiência, acha-se mais habilitado para reexaminar a

¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 77.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 515.

causa e apreciar a sentença anterior, a qual, por sua vez, funciona como elemento e freio à nova decisão que se vier a proferir.¹⁴

É o caso das sentenças desfavoráveis à Fazenda Pública, que é beneficiada com o instituto do reexame obrigatório, ou seja, o duplo grau de jurisdição é compulsório. Tal elemento surge como meio de proteger o interesse público.

2.2.2 Duplo grau de jurisdição: distinção entre recursos e o reexame necessário

Observa-se que o reexame necessário é muito semelhante a outro instituto inerente ao duplo grau de jurisdição, os recursos.

Para tanto, somente é possível conceituar o reexame necessário, se distingui-lo do instituto jurídico do recurso, visto que ambos resultam do acesso ao segundo grau de jurisdição.

A palavra “recurso” é proveniente do latim, e enseja a idéia de voltar atrás, retroagir, alterar o curso, recuar, retornar, ou seja, recurso significa retornar pelo caminho por onde se veio. Na doutrina de Orione Neto: “Dentro de uma concepção *lata*, o recurso é todo o remédio jurídico-processual que pode ser utilizado para proteger direito que se supõe existir. Nessa acepção, a ação, a contestação, a reconvenção, as exceções, as medidas preventivas são recursos”.¹⁵

Entanto, o referido autor analisa diferente quando se aborda de uma forma estrita o recurso, fazendo-se mister destacar:

Já em sentido estrito e à luz do direito brasileiro, o recurso pode ser definido nesses termos: “é o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada.”¹⁶

Para Humberto Theodoro Junior o recurso é:

Em linguagem jurídica a palavra recurso é usualmente empregada num sentido lato para denominar ‘todo meio empregado pela parte litigante a fim de defender o seu direito’, como, por exemplo, a ação, a contestação, a exceção, a reconvenção, as

¹⁴ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 3. p. 84.

¹⁵ ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4.

¹⁶ ORIONE NETO, loc. cit.

medidas preventivas. Nesse sentido diz-se que a parte deve recorrer às vias ordinárias, ou deve recorrer ao processo cautelar, ou deve recorrer à ação reivindicatória etc.

Mas, além do sentido lato, o recurso em direito processual tem uma acepção técnica e restrita, podendo ser definido como o meio ou remédio impugnativo apto para provocar, dentro da relação processual ainda em curso, o reexame de decisão judicial, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter-lhe a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração.¹⁷

Ainda conceituando sobre recursos, Nelson Nery Junior entende que recurso é “o remédio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público ou de um terceiro, a fim de que a decisão judicial possa ser submetida a novo julgamento, por órgão de jurisdição hierarquicamente superior, em regra, àquele que a proferiu”.¹⁸ Na mesma esteira, leciona Ovídio Baptista: “procedimento através do qual a parte, ou quem esteja legitimado a intervir na causa, provoca o reexame das decisões judiciais, a fim de que elas sejam invalidadas ou reformadas pelo próprio magistrado que as proferiu ou por algum órgão de jurisdição superior”.¹⁹

O Código de Processo Civil traz um rol taxativo dos recursos existentes no ordenamento jurídico – a exceção dos agravos regimentais previstos nos Regimentos Internos dos Tribunais de Segundo Grau, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal –, previsto no art. 496, conforme segue:

Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: (Redação dada pela Lei nº 8.038, de 1990).

I - apelação;

II - agravo; (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 1994);

III - embargos infringentes;

IV - embargos de declaração;

V - recurso ordinário;

VI - recurso especial; (Incluído pela Lei nº 8.038, de 1990);

VII - recurso extraordinário; (Incluído pela Lei nº 8.038, de 1990);

VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário. (Incluído pela Lei nº 8.950, de 1994).²⁰

O recurso para ser considerado como tal deve estar expressamente previsto no CPC ou em lei federal extravagante. Para tanto, a natureza jurídica do recurso é muito específica, sendo unânime na doutrina considerá-la como uma ação autônoma relativamente

¹⁷ THEODORO JUNIOR, 2006, p. 620.

¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 204.

¹⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 388.

²⁰ BRASIL, 1973.

àquela que lhe deu origem, ação essa que possuía natureza constitutiva, sendo que o recurso é a continuação do direito de ação, porém, em fase posterior do procedimento. Funcionando assim como extensão do próprio direito exercido no processo, em regra, com escopo de impugnar o conteúdo constitutivo negativo prolatado em decisão terminativa ou não, com relevância para o processo.

Ademais, os recursos, em regra, são um ato voluntário da parte, que para almejar seu protocolo com sucesso, devem estar calcados de legitimidade para recorrer.

No entendimento de Humberto Theodoro Junior são pressupostos do recurso: a **recorribilidade da decisão** – nenhum recurso será interposto dos despachos (art. 504) –; **tempestividade** – esgotado o prazo estipulado pela lei torna-se precluso o direito de recorrer –; **singularidade do recurso** – princípio da unirecorribilidade, o qual impossibilita a interposição de recursos simultâneos –; **adequação do recurso** – existe um recurso próprio para cada espécie de decisão guerreada –; **preparo** – pagamento das despesas processuais correspondentes ao processamento do recurso interposto, que compreenderão o pagamento das custas e do porte de remessa e retorno –; **motivação** – a parte deve demonstrar a necessidade de reforma do julgado *a quo* sob pena de não se conhecer o recurso –; e, **forma** – para o mesmo ser admitido, há de ser proposta na forma da lei –.²¹ [sem grifo no original].

Consoante leciona Nelson Nery Junior, vislumbra-se que, como o reexame necessário não se encontra descrito no Código de Processo Civil como recurso, falta-lhe a tipicidade, pois os recursos estão enumerados na lei em *numerus clausus*.²² Ademais, este sequer possui alguma das características inerentes a natureza jurídica do recurso.

2.2.3 Natureza jurídica do reexame necessário

Dessarte, o reexame necessário, conforme observado, é completamente diferente no que tange aos seus requisitos e tipicidade. Não depende de provocação da parte (cabe ao juízo *a quo* remeter o processo ou o *ad quem* requisitar os autos), não existe prazo para que ocorra forma específica de manifestação da Fazenda vencida concordando com a decisão ou

²¹ THEODORO JUNIOR, 2006, p. 630.

²² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 58.

desistindo de eventual recurso interposto, bem como de preparo. Ora, não se lhe aplica nenhum dos princípios recursais.

Observa-se que a natureza jurídica do recurso não é semelhante a do reexame necessário, apesar da aparência ser de relativa igualdade, ambos os institutos são completamente distintos. Enquanto o recurso, em sentido estrito, busca a impugnação do conteúdo constitutivo negativo prolatado, sendo calcado de diversos pressupostos cuja não existência enseja sua não apreciação e invalidade, o reexame necessário visa submeter à análise o órgão jurisdicional imediatamente superior a sentença terminativa de direito ou hipóteses previstas na lei, resultando em uma das condições de validade e eficácia das decisões submetidas ao instituto. Por isso tudo que se passou a entender que o reexame necessário “não é propriamente um recurso, mas uma reapreciação da sentença, condicionada à liberação de seus efeitos para a formação da coisa julgada”.²³

Em síntese, nas causas de interesse da União, dos Estados, dos Municípios e da Fazenda Pública, a sentença necessariamente dependerá para transitar em julgado e produzir coisa julgada (seus efeitos), deve ser reexaminada a causa e novamente julgada pelo tribunal competente, sendo que, será este segundo julgamento que produzirá coisa julgada. Daí que se tira o conceito de que o reexame necessário é condição de eficácia da sentença em face da Fazenda Pública.

Neste sentido, Nelson Nery, sobre a natureza jurídica do segundo grau de jurisdição, entende que é de condição de eficácia, ante a sua manifesta diferença com o recurso voluntário, conforme segue:

[...] condição de eficácia da sentença que, embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo Tribunal. Não é recurso por lhe faltar: tipicidade, voluntariedade, tempestividade, dialeticidade, legitimidade, interesse em recorrer e preparo, características próprias dos recursos. Enquanto não reexaminada a sentença pelo tribunal, não haverá trânsito em julgado e, conseqüentemente, será ela ineficaz.²⁴

Acerca da natureza jurídica do reexame necessário, Nelson Nery Junior ainda ressaltou que a sentença do juízo *a quo* em face da Fazenda Pública: “[...] embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo tribunal. Enquanto não

²³ PINTO, 1996 apud ZIMMERMANN, Dagma. **Atos jurisdicionais. Obrigatoriedade do reexame necessário. Natureza jurídica do reexame necessário.** Disponível em:

<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Dagma%20Zimmermann.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2010.

²⁴ NERY JUNIOR, 2004, p. 65.

reexaminada a sentença pelo tribunal, não haverá trânsito em julgado e, conseqüentemente, ela será ineficaz”.²⁵

Para Araújo Cintra:

[...] uma simples ordem de remessa dos autos ao tribunal competente, ou avocação pelo próprio tribunal, tudo sem maiores formalidades, não estando sujeito a preparo ou a prazo, não comportando razões das partes, nem recurso adesivo, apesar de submeter a sentença proferida em primeiro grau a reexame pela superior instancia, como se fosse recurso, com a conseqüente substituição da sentença pelo acórdão, na medida em que o tribunal proceder ao novo julgamento com o mesmo objeto da sentença.²⁶

Ainda neste sentido, leciona Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que a hipótese contida na norma nada tem a ver com recurso, trata-se de condição para a eficácia da sentença, inclusive, a norma deixa claro que, em certos casos, a sentença válida não produz efeito senão depois de sua confirmação pelo tribunal *ad quem*.²⁷

Ante a esmagadora doutrina, resta evidenciada sua condição como elemento cuja função é tornar eficaz sentença desfavorável a Fazenda Pública, nos termos da lei, pois é somente depois de proferido o julgamento pelo tribunal *ad quem* é que passará a decisão a produzir os seus efeitos.

Portanto, como elemento do segundo grau de jurisdição, ao contrário do recurso, o reexame necessário é condição cogente de validação, eficácia e manifestação no mundo fático dos efeitos da sentença de primeiro grau.

2.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO

Nesta parte, serão abordadas as hipóteses na quais as sentenças em desfavor da Fazenda Pública deverão ser reexaminadas pelo órgão jurisdicional imediatamente superior ao prolator da referida *decisum*.

Seja no Código de Processo Civil ou na legislação esparsa, as situações jurídicas que ensejam a utilização do duplo grau de jurisdição obrigatório serão expostas.

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2002 apud ZIMMERMANN, loc. cit.

²⁶ CINTRA, 2000 apud ZIMMERMANN, 2010.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 633.

2.3.1 *Codex* Processual Civil e legislação esparsa

Conforme já exposto no presente trabalho, com o objetivo de conceituar o instituto do reexame necessário, indispensável repetir o dispositivo que prevê esse instituto, qual seja: o artigo 475 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 2001).

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 2001);

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 2001)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 2001);

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 2001);

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 2001).²⁸

O inciso I do referido artigo trata das sentenças proferidas em face dos entes de representantes da administração pública, seja direta ou indireta. Basicamente, toda sentença que seja desfavorável a algum dos entes da administração pública, deverão passar pelo crivo do reexame necessário. Salienta-se que o *caput* do artigo examinado é claro ao determinar que somente as sentenças serão objeto de reexame necessário, portanto, o instituto não é aplicado nas decisões interlocutórias, e por conseguinte, nos despachos de mero expediente.

Em caso de existir litisconsórcio, independentemente se facultativo ou necessário e ativo ou passivo, deve-se observar individualmente as relações das partes, restando sujeito ao duplo grau de jurisdição, apenas, o que for decidido acerca dos litisconsortes membros da Fazenda Pública.

²⁸ BRASIL, 1973.

O último inciso do art. 475, o II, traz a lume a hipótese na qual será obrigatório o reexame necessário, quando os embargos à execução fiscal forem julgados procedentes, no todo ou em parte. Por óbvio, não deixa de ser uma sentença desfavorável a Fazenda Pública, o que enquadraria a sentença que defere os embargos à execução fiscal na hipótese prevista no primeiro inciso em análise, entanto, achou por bem o legislador, de forma expressa, acrescentar tal inciso. Porém não é tal fato que torna o inciso II curioso, e sim o suposto esquecimento do legislador com as demais hipóteses de eventos que podem ocorrer com o ajuizamento da execução fiscal. Dessa forma, essa evidente lacuna acaba por ser submetida ao tipificado no inciso I do art. 475, não resultando em prejuízo para Fazenda Pública o aparente desleixo do legislador pátrio.²⁹

Portanto, exegese do inciso I do art. 475, devem ser submetidas ao reexame obrigatório as sentenças de extinção da execução (com ou sem a satisfação do crédito da Fazenda Pública), extinção da execução por falha processual, com exceção de pré-executividade acolhida ou, ainda, de ofício ou a requerimento simples da parte quando prescrita a dívida ativa do absolutamente incapaz (art. 194 CC 2002) e na hipótese de ser, por norma legal, classificada a execução como antieconômica. Conclui José Rubens Costa que “Se terminar a execução fiscal por qualquer causa, processual ou de mérito, desfavorável à Fazenda, haverá o duplo grau obrigatório”.³⁰

Porém, o posicionamento doutrinário da questão não é pacífico. O renomado doutrinador Nelson Nery Junior esclarece, em contrário, que se a sentença acabar por julgar o processo sem resolução do mérito, não cabe reexame necessário, visto que não podia o tribunal *ad quem* examinar a questão, pois haveria, apenas, o reconhecimento judicial da impossibilidade do julgamento da lide, portanto, não foi proferida em desfavor da Fazenda Pública, não houve negativa.³¹

Sendo exclusivamente processual a questão que acabou por encerrar à lide, sem julgamento do seu mérito, não cabe o reexame necessário, pois essa hipótese caracteriza extinção do processo sem resolução da lide, que apenas obrigará a Fazenda Pública ao pagamento de honorários à parte contrária. O que enseja a aplicação do duplo grau de jurisdição é o julgamento de mérito desfavorável à Fazenda. Extinto o processo sem julgamento de mérito, o juiz deve impor-lhe o pagamento de honorários à Fazenda Pública, e,

²⁹ BRASIL, 1973.

³⁰ COSTA, José Rubens. **Tratado de processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 975.

³¹ NERY JÚNIOR, 2004, p. 78.

a sucumbência nesta questão decorre do princípio da causalidade. Sobre o princípio da causalidade, Cândido Rangel Dinamarco expõe que:

Só por comodidade de exposição alude-se à sucumbência como critério para atribuir o custo final do processo a uma das partes, sabendo-se no entanto que essa é apenas uma regra aproximativa, ou mero indicador do verdadeiro critério a prevalecer, que é o da causalidade: deve responder pelo custo do processo, sempre, aquele que houver dado causa a ele ao propor uma demanda improcedente ou sem necessidade, ou ao resistir a ela sem ter razão.³²

As sentenças terminativas que extinguem o processo sem resolver a lide, em tese, não são sentenças em desfavor da Fazenda Pública, uma vez que a sucumbência não a atinge, se a mesma ocupar o pólo passivo. Porém, por força da Súmula 325 do Superior Tribunal de Justiça, se a Fazenda for condenada em honorários, é aplicável o reexame necessário, conforme segue: “Súmula: 325: A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado”.³³

Extraí-se da referida súmula que, se diante de uma sentença terminativa, e a Fazenda Pública for condenada em honorários advocatícios, porém, a verba deve ultrapassar o valor sessenta salários-mínimos.

Ocorre que, por disposição do § 2º do artigo 475, somente questões cujo valor certo for superior a sessenta salários mínimos serão sujeitas ao duplo grau de jurisdição. Faz-se mister citar que a sentença obrigatória deve ser líquida para haver a dispensa do reexame por questão de valor da causa.³⁴

Uma segunda ordem restritiva ao reexame necessário decorre do disposto no §3º do mesmo artigo, o qual a aplicação do referido instituto é vedada quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário ou súmula do Supremo Tribunal Federal, e ou súmula do tribunal superior.³⁵

Luiz Guilherme Marinoni ressalva que “nesse caso, como é óbvio, a súmula, ou mesmo a jurisprudência invocada, deve ser atual, e não defasada ou ultrapassada”.³⁶

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 92-93.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 325**. Data de julgamento: 03/05/2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=124>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

³⁴ BRASIL, 1973.

³⁵ Ibid.

³⁶ MARINONI; ARENHART; 2003, p. 633.

Destaca-se que a Fazenda Pública, em caso de sentença desfavorável que se enquadre nas hipóteses previstas nos parágrafos do referido artigo, não está impedida de recorrer. Apenas o instituto de proteção à Fazenda não será aplicado, sendo possível recorrer ao duplo grau de jurisdição voluntário.

2.3.2 Reexame necessário na legislação esparsa

O reexame necessário está expressamente previsto na Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016, de 7/8/2009 — "Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências"), na Lei da Ação Popular, Lei nº 4717/65, no Decreto-lei 3365/41 e na Lei 8437, de 1992.

Na nova Lei do Mandado de Segurança, ocorreu uma substancial alteração no regulamento da fase do segundo grau de jurisdição. Assim dispunha a antiga Lei 1.533/51, no parágrafo único do art. 12, quando trata da sentença em sede de mandado de segurança:

Art. 12 - Da sentença, negando ou concedendo o mandado cabe apelação.
Parágrafo único. A sentença, que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente. (Redação dada pela Lei nº 6.071, de 1974).³⁷

Com a redação da antiga lei, era possível requerer a execução, provisória, da sentença desfavorável à Fazenda Pública, na forma do parágrafo único do referido artigo. Entanto, a nova Lei trouxe uma redação mais extensa, a qual restringiu tal aplicabilidade extensa consoante disposição dos §§ 1º e 3º do art. 14, *in verbis*:

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.
§1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.
[...]
§3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.³⁸

³⁷ BRASIL. Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. **Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm>. Acesso em: 13 jun. 2010.

³⁸ Id., Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. **Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm>. Acesso em: 13 jun. 2010.

Ex positus, com a nova redação somente é possível requerer a execução provisória da sentença sujeita ao reexame necessário, se não for vedada expressamente a concessão de medida liminar, restando restrita, assim, a aplicação da execução antecipada. Destaca-se que não incide a exclusão do reexame necessário referente a valor da causa do art. 475, considerando a natureza mandamental do remédio constitucional.

O reexame necessário está previsto no art. 19 da lei da ação popular, lei n. 4717/65:

Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)
 § 1º Das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)
 § 2º Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer cidadão e também o Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973).³⁹

O duplo grau de jurisdição obrigatório na ação popular decorre de sua natureza jurídica, instituto processual previsto na Constituição Federal, o mesmo é garantia fundamental do cidadão, assentindo o direito à proteção do patrimônio público. Da proteção do erário público que decorre o reexame necessário na ação popular, visto que, sua finalidade é anular ato lesivo ao referido patrimônio.

A incidência do parágrafo segundo do artigo 475 do Código de Processo Civil não se configura neste caso, visto que o bem tutelado não é o valor da causa, e sim a proteção do erário público mediante manifestação constitucional do cidadão pátrio.

A famigerada Lei Geral das Desapropriações, o Decreto-lei 3365 de 1941 contemplou remessa necessária no §1º do artigo 28:

Art. 28. Da sentença que fixar o preço da indenização caberá apelação com efeito simplesmente devolutivo, quando interposta pelo expropriado, e com ambos os efeitos, quando o for pelo expropriante.
 § 1º A sentença que condenar a Fazenda Pública em quantia superior ao dobro da oferecida fica sujeita ao duplo grau de jurisdição. (Redação dada pela Lei nº 6.071, de 1974)
 [...].⁴⁰

³⁹ BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. **Regula a ação popular**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L4717.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

⁴⁰ Id., Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. **Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3365.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

Em que pese sua relativa idade, a inconstitucionalidade do instituto não foi reconhecida pela ordem jurisdicional pátria e o mesmo continua a vigorar. Novamente, tal qual se observou da função do instituto do reexame necessário anteriormente, resta evidente que se trata de mais um meio de proteção ao erário público, neste caso específico, evitando o aviltamento das desapropriações públicas, sendo qualquer proposta de indenização superior ao dobro da oferecida pela Fazenda Pública deverá ser obrigatória sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Salienta-se que neste caso incide o § 2º do art. 475, visto que, o valor da causa é fundamental para aplicação do reexame necessário, ou seja, seu critério de aplicação é o valor da causa, sendo assim, dispensado se o valor da causa não ultrapassar 60 (sessenta salários mínimos).

Por fim, a remessa obrigatória encontra mais um reforço legal, visto que está presente também na Lei nº 8437/1992, que trata da concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências, no art. 3º, dispondo que o reexame necessário de “sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”.⁴¹

2.3.3 Casos de dispensa do reexame necessário

O reexame necessário pode vir a ser dispensado caso a sentença desfavorável se adéque nos seguintes casos: §§ 2º e 3º do art. 475 do Código de Processo Civil, Lei dos Juizados Especiais Federais nº 10259/01, art. 13 verba, “Nas causas de que trata esta Lei, não haverá reexame necessário”⁴², e mais recentemente, art. 11, in verbis, “Nas causas de que trata esta Lei, não haverá reexame necessário”⁴³, da Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de

⁴¹ BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. **Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8437.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

⁴² Id., Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. **Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 13 jun. 2010.

⁴³ Id., Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. **Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 13 jun. 2010.

2009, que trata dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

O § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil trata das causas cujo valor de alçada não ultrapassa o montante de 60 (sessenta) salários mínimos vigentes. Essa restrição a hipótese de cabimento do reexame necessário não é aplicável as causas na qual o fato controverso, origem do litígio, não é líquido.

Já o § 3º do referido artigo traz a lume o impedimento referente à jurisprudência dominante do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Os outros casos legais fazem referência aos Juizados Especiais Federais, Estaduais ou do Distrito Federal, visto que, quando as sentenças em face da Fazenda Pública, caso negativas, não gozarão dos benefícios do segundo grau de jurisdição obrigatório.

3 PRECEITOS FUNDAMENTAIS E O REEXAME NECESSÁRIO

A Constituição é fulcral no ordenamento jurídico pátrio como condição de validade das normas. Porém, a relevância da influência da carta magna não se aplica somente na legislatura, sendo que os preceitos constitucionais influem na práxis da atividade jurisdicional.

Leciona J. J. Calmon de Passos:

Se quisermos identificar o que, na segunda metade do século XX, representou novidade no campo do direito processual, concluiremos por identificá-la na denominada constitucionalização do processo. Decorrência necessária, a meu sentir, dos ganhos democráticos obtidos em termos de cidadania, que se traduziram em mais significativa participação nas decisões políticas de um maior número de instituições e pessoas. A noção de devido processo legal, já anteriormente trabalhada pela doutrina, ganhou dimensão nova, revestindo-se do caráter mais abrangente de garantia do devido processo constitucional. Compreendido o direito como algo não dado aos homens pela natureza mas por eles produzido, revelou-se fundamental entender-se o processo de sua produção, que se percebeu ter matrizes políticas, devendo, portanto, para legitimar-se, adequar-se a quanto estabelecido constitucionalmente para sua produção, em qualquer de seus níveis. Disso resultou, por exemplo, e para mencionar apenas uma das mais significativas conseqüências no âmbito do processo, erigir-se o direito de ação, cuja autonomia fora teorizada no século XIX, à categoria de direito fundamental, cujo objeto passou a ser o dever do Estado-juiz de prestar sua atividade jurisdicional com vistas a produzir o direito aplicável ao caso concreto, fazendo-o não de modo arbitrário ou pretensamente racional, sim com obediência irrestrita a quanto disposto como devido processo constitucional. Destarte, antes de desqualificar o saber anterior, a nova dogmática processual incorporou-o e buscou superá-lo, ajustando-o às novas realidades. Precisamente esta ótica constitucional do processo foi que fundamentou o passo adiante, dado nas últimas décadas, no sentido de se considerar como indissociáveis não só o enunciar o direito, como também o organizar democraticamente as funções vinculadas a sua produção e aplicação.⁴⁴

Para tanto, neste capítulo será analisada a aplicação dos preceitos constitucionais em face do reexame necessário, objetivando demonstrar-se sua eficácia considerando as garantias processuais cíveis previstas na Constituição Federal.

⁴⁴ PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em: 22 abri. 2010.

3.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Ab initio, o princípio está previsto expressamente no inciso LIV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.⁴⁵

Historicamente, o instituto tem origem no direito anglo-saxão, cujo tem em inglês é “due process of law”, Leciona Luís Roberto Barroso, que o referido princípio surgiu, em primeiro plano, na cláusula “law of the land” da Carta Magna do Rei inglês John Lackland, cujo direito constitucional atual é originado. Por fim, restou consagração na Constituição norte-americana por meio da 5ª e 14ª emendas à Constituição norte-americana.⁴⁶

O princípio em análise resulta em diversas garantias da tutela jurisdicional, englobando os princípios da isonomia no processo, do contraditório e da ampla defesa, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da fundamentação das decisões judiciais, do duplo grau de jurisdição, do juízo natural, entre outros.

Abordando o princípio do devido processo e sua amplitude, Nelson Nery Junior salienta que:

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do due process of law para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.⁴⁷

Portanto, apesar de aparecer apenas expressamente no inciso LIV, do art. 5º, da Constituição Federal, não extenuasse o preceito, mas demonstra apenas uma parcelas das garantias processuais presentes no art. 5º Norma Máxima como os incisos XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), XXXVII (“não haverá juízo ou tribunal de exceção”, LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”), LV (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a

⁴⁵ BRASIL, 1988.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicabilidade da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 209.

⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 31.

ela inerentes”), LVI (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”), e LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”).⁴⁸

Ocorre que o devido processo legal não tutela somente o direito das partes, mas também tutela a própria jurisdição.

Para tanto, o referido princípio se apresenta de maneira implícita na Constituição da República, norteando a atividade jurisdicional pátria, possuindo diversas esferas de aplicação dependendo do ângulo abordado na relação processual. Em decorrência desse princípio que serão analisados os demais princípios do processo civil previstos na Constituição, que desafiam o reexame necessário.

3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE DAS PARTES NO PROCESSO CIVIL

3.2.1 Histórico e conceito

A humanidade lida há muitos séculos com o problema das desigualdades inerentes ao seu ser e à estrutura social no qual resta inserido. Com resultado desde debate constante surgiu a noção de igualdade, que diz respeito à igualdade de fruição de direitos e sujeito a deveres semelhantes. Essa noção, contudo, apesar do trabalho humanitário e ideológico envolvido, nunca se concretizou em qualquer sociedade humana, visto que, são diversos os fatores que obstaculizam sua implementação.

Disso, nasceu o conceito de igualdade material e igualdade formal. A igualdade formal resulta do direito de todo cidadão ser igual perante a lei, ou seja, uma questão de prevalência da lei. A igualdade material é muito mais ampla, pois culmina num tratamento uniforme a todos os homens não somente na esfera do direito. Entende Celso Ribeiro Bastos:

É o valor da igualdade um dos de mais difícil tratamento jurídico. Isto em razão do entrelaçamento existente no seu bojo de ingredientes de direito e elementos metajurídicos. A igualdade substancial postula o tratamento uniforme de todos os

⁴⁸ BRASIL, 1988.

homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.⁴⁹

Nas democracias atuais, o referido princípio não é desconhecido, sendo, em regra, aplicado nas normas constitucionais tendentes a planificar desigualdades muito acentuadas. Destarte, encontramos atualmente regras jurídicas voltadas a nivelar as camadas da sociedade, tal qual o direito ao acesso à instrução, à saúde, e a alimentação, entre outros.

Historicamente, a proclamação fática da igualdade de todos perante a lei data da época da Revolução Francesa. Naquela ocasião o preceito tinha objetivo de extirpar da sociedade os privilégios erigidos a partir da inserção do indivíduo em determinada classe social. O sistema de valores vigente foi contestado na sua legitimidade e legalidade. Desta forma, o objetivo era impedir que alguém se beneficiasse, sob fundamento de ser nobre ou do clero, de um tratamento mais benévolo.⁵⁰

No Brasil, na Constituição de 1967 o § 1º do art. 150 tinha a seguinte expressão: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credor religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”.⁵¹

A Constituição da República de 1988 trata do referido princípio, no *caput* do artigo 5º, *in verbis*: “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: [...]”.⁵²

Mais sucinto que na Constituição anterior, o texto atual demonstra que ao não especificar critérios de igualdade resulta que são amplos, com fim de condicionar todo o restante do direito. Com efeito, a igualdade não assegura nenhum direito, mas veda a má utilização que possa ser feita da ordem jurídica. A carta magna ainda prevê o referido princípio no art. 3º, III, 5º, I, 150, II e 226, § 5º.

Tal relação de igualdade se estenda para esfera judicial, resultando em severos reflexos procedimentais na atuação jurisdicional dos magistrados.

⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; GANDRA, Ives Martins. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5.

⁵⁰ A revolução francesa, de 1789, foi uma revolução política apoiada num conjunto de idéias que norteou as transformações societárias ocorridas no Ocidente, desde o final do século XVIII. Entre os princípios norteadores da Constituição Francesa (liberdade, igualdade e justiça), o princípio da igualdade, nas palavras de Saint-Just, revelava que: O espírito da igualdade não consiste em poder o homem dizer ao homem: sou tão poderoso quanto você. Não existe poder legítimo; nem a lei nem o próprio Deus são poderes mas somente a teoria do bem. O espírito da igualdade consiste em que cada indivíduo seja uma porção igual da soberania, isto é, do todo. (SAINT-JUST, Louis Antoine Léon. **O espírito da revolução e da constituição na França**. Trad. Lídia Fachin e Maria Letícia G. Alcorofado. São Paulo: UNESP, 1989.)

⁵¹ BRASIL. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 14 mai. 2010.

⁵² BRASIL, 1988.

José Roberto dos Santos Bedaque entende que: “A garantia constitucional da isonomia deve, evidentemente, refletir-se no processo. Vários são os princípios proclamados pela doutrina moderna e adotados pela quase totalidade das legislações, visando a garantir a igualdade das partes”.⁵³

Neste sentido, leciona Rui Portanova que princípio da igualdade é um princípio supraconstitucional, no sentido de que outras disposições da Constituição lhe devem obediência.⁵⁴

Para Eduardo Couture: “O princípio da igualdade domina todo o processo civil e, por força da isonomia constitucional de todos perante a lei, impõe que ambas as partes da lide possam desfrutar, na relação processual, de iguais faculdades e devam se sujeitar a iguais ônus e deveres”.⁵⁵

Conceitualmente, o princípio da isonomia processual, do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, resume-se em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, que resulta na busca da igualdade substancial entre os litigantes.

3.2.2 Princípio da isonomia processual e a fazenda pública

Os reflexos do princípio da isonomia no processo civil confrontam-se diretamente com os benefícios processuais concedidos a Fazenda Pública. A questão pertinente a ser analisada é até qual ponto tal tratamento é justificado no direito, observando-se se de fato existem mais favorável à Fazenda Pública, em detrimento do princípio da igualdade das partes.

Veja-se o art. 188 do Código de Processo Civil, que prevê que os entes da Fazenda Pública possuirão prazo diferenciado para opor contestações ou semelhante, e para interpor recursos voluntários.⁵⁶

⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 96.

⁵⁴ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 37.

⁵⁵ COUTURE, Eduardo, [s/d] apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais de direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 6, n. 23, 1981, p. 182.

⁵⁶ BRASIL, 1988.

Nelson Nery Junior advoga pela constitucionalidade do art. 188 do CPC. Na verdade, o princípio constitucional da isonomia deve ser entendido em relação à Fazenda Pública e ao Ministério Público em seu sentido substancial. Assim, deve-se conceder tratamento desigual aos desiguais, na exata medida das suas desigualdades.⁵⁷

Ainda na doutrina de Nelson Nery Junior:

Quem litiga com a Fazenda Pública ou com o Ministério Público não está enfrentando outro particular, mas sim o próprio povo, razão para o legislador beneficiar aquelas duas entidades com prazos especiais, atendendo ao princípio da igualdade real das partes no processo.⁵⁸

A doutrina diverge acerca da constitucionalidade do instituto. Sustenta Regina Helena Costa que entende não caber tal privilégio: “[...] o desequilíbrio entre a Fazenda e o Particular, em juízo, é profundo, absurdo e injustificável, onerando demais o cidadão, na medida em que este não logra suportar o ônus dessas prerrogativas, ou pelo menos, de algumas delas”.⁵⁹

Arremata Nelson Nery Júnior, que o fundamento para tais desigualdades seria o fato de que se tratam de interesses públicos, portanto, com supremacia sobre o interesse privado. Na mesma fundamentação, diz que os advogados têm a faculdade de escolher as causas que pretendam patrocinar, ao passo que o Ministério Público deve funcionar em todas as causas que houver a necessidade de sua intervenção.⁶⁰

O efetivo benefício em favor da Fazenda Pública ocorre com a fundamentação que a mesma tutela o interesse público, está representando a população em juízo (verdadeira supremacia do interesse público sobre o privado)⁶¹. Como defensor do interesse público é que a Fazenda Pública goza dessas vantagens processuais, entanto, até qual ponto a própria vantagem processual dos entes públicos não fere o próprio interesse público. Ao criar diversas benesses processuais, o interesse público resta violado ante a dificuldade da população se impor perante atos contrários a lei, que somente a tutela jurisdicional seria capaz de resolver.

⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 42-50.

⁵⁸ Ibid., p. 48.

⁵⁹ COSTA, Regina Helena, [s/d] apud BUENO, Cássio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito processual público**: a fazenda pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 84.

⁶⁰ NERY JUNIOR, op. cit., p. 47.

⁶¹ O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 93.)

3.2.3 Princípio da isonomia processual e o reexame necessário

A doutrina não é pacífica quanto à possibilidade do reexame necessário se adequar ao ordenamento Constitucional atual. Sob o argumento o princípio da isonomia substancial (muito mais ampla, pois culmina num tratamento uniforme a todos os homens não somente na esfera do direito, ao contrário da formal, que iguala todos perante a lei), o benefício não se justifica. Com efeito, não se confere eficácia à decisão proferida pelo magistrado *a quo* se ela for contrária à Fazenda Pública, o que não se adéqua aos preceitos constitucionais vigentes.⁶² Coadunando-se com o exposto acerca do princípio da isonomia processual, deve-se analisar as desvantagens processuais que acometem a Fazenda Pública, para que a mesma receba tratamento desigual em face da outra parte quando litigar. Imperiosa é a apreciação dos critérios que demonstrem a necessidade da aplicação do princípio da igualdade, neste caso, na tutela jurisdicional.

Na lição do professor Celso Antonio Bandeira de Mello:

O reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discriminação e a disparidade e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. [...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.⁶³

O objetivo imperioso do reexame necessário e sua justificativa é a proteção ao erário público, que resulta na proteção ao interesse público. Porém, o interesse público não necessariamente é idêntico ao interesse patrimonial do Estado. O interesse público é primário, tutela o bem geral, afeito a coletividade. Já os interesses da Administração Pública devem ser

⁶² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 121.

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1993. p. 21-22.

secundários, ligados ao aparelho estatal unitariamente considerado, nem sempre são suscetíveis de proveito pelo bem comum. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello é preciso reconhecer que eventuais individualidades podem acometer o Estado no exercício do interesse público, tal qual ocorre com o particular, portanto, o interesse público pode vir a se assemelhar ao interesse de qualquer outra pessoa - com a diferença que o particular poderá agir conforma seu interesse individual, desde que não seja defeso em lei, o Estado deverá promover o seu interesse particular, que se trata do interesse secundário, entanto, se entrar em confronto com o interesse primário, que é o interesse público geral, o interesse secundário não sobrepujará o interesse particular.⁶⁴

Da complexidade do interesse público conceitual, resulta a verificação que o reexame necessário é um meio oneroso em excesso para o cidadão, e quiçá, para o Ente Estatal propriamente dito. Isto, pois existe a possibilidade de ser ver congestionado as pautas de julgamento dos tribunais com o exclusivo reexame de sentenças proferidas pelo juízo *a quo* que condenaram a Fazenda Pública.

Consubstanciando o ora exposta, se analisada a aplicação do princípio da isonomia na exigência do reexame necessário na ordem processual atual, não se vislumbra nenhum benefício na sua aplicação. Pela ordem constitucional, não existe necessidade que impulse o judiciário a reapreciar de ofício, matéria sob o qual ele mesmo se pronunciou, visto que, a Fazenda Pública é oportunizada toda sorte de recurso voluntário.

Tampouco pode se observar qualquer desequilíbrio entre as partes para o duplo grau de jurisdição ser obrigatório. Pelo contrario, a existência do duplo grau de jurisdição apenas torna desigual o tratamento recebido pela parte vencedora em demanda contra Fazenda Pública, cuja sentença enquadrar-se em alguma hipótese do art. 475 do *Codex* Processual ou outra prevista na legislação esparsa.

Não haveria qualquer razão para ser considerado constitucional o reexame necessário, considerando o princípio da isonomia processual, que determina que deve ser dado as partes um tratamento igualitário, nos moldes de igualdade substancial.

Para registrar posicionamento em contrário, Vicente Greco Filho alegou ser o reexame necessário um privilégio da Fazenda Pública, que se justifica em razão das

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001. p. 63.

“dificuldades burocráticas na formulação de sua defesa”, desta forma, tratamento diferenciado, é merecido, pois sua sucumbência poderia prejudicar toda a coletividade.⁶⁵

3.3 PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, em 8 de dezembro de 2004, foi acrescentado no art. 5º o inciso LXXVIII, *verba legis*: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.⁶⁶

Trata-se do princípio da celeridade processual, cuja inovação faz-se presente em nosso ordenamento jurídico como norma constitucional, que norteia toda norma inferior, impulsionando as no sentido de resolver a morosidade presente nos procedimentos administrativos ou judiciais, problema flagrante em nosso País. Acerca do assunto, Álvaro Couri Antunes Sousa, ensina:

Importa aos processualistas a questão da efetividade do processo como meio adequado e útil de tutela dos direitos violados, pois, consoante Vincenzo Vigoriti o ‘binômio custo-duração’ representa o mal contemporâneo do processo. Daí a imperiosa urgência de se obter uma prestação jurisdicional em tempo razoável, através de um processo sem dilações, o que tem conduzido os estudiosos a uma observação fundamental, qual seja, a de que o processo não pode ser tido como um fim em si mesmo, mas deve constituir-se sim em instrumento eficaz de realização do direito material.⁶⁷

Apesar da atual configuração expressa do princípio da celeridade processual na Constituição Federal, o mesma já restava presente na a Lei nº 9.099/95, que concretizou o a norma contida no art. 98, I, da Carta Magna, que instituiu os órgãos jurisdicionais especiais, determinando as questões processuais e de julgamento das causas.

⁶⁵ GRECO FILHO, Vicente. **A tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 138.

⁶⁶ BRASIL, 1988.

⁶⁷ SOUSA, Álvaro Couri Antunes. **Juizados especiais federais cíveis: aspectos relevantes e o sistema recursal da lei n. 10.259/01**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 109-110.

A Lei 9.099/05, à época inovou, senão vejamos, no art. 2º: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.⁶⁸

Sobre a referida lei, destaca André Ramos Tavares destaca:

Assim, por meio desse novo conceito de justiça, permite-se um fácil e amplo acesso ao Judiciário, buscando-se ainda eliminar a lentidão da Justiça comum, pelo acolhimento completo dos modernos conflitos, que constituem, nas palavras de Kazuo Watanabe, uma ‘litigiosidade contida’, ou, como quer Ovídio Baptista, identificados como ‘conflitos urbanos de massa’.⁶⁹

A Lei nº 10.259/01, posterior, incluiu os Juizados Especiais na Justiça Federal. A mesma, no art. 13 dispõe que “Nas causas de que trata esta Lei, não haverá reexame necessário”.⁷⁰ Observa-se que, nesse caso, a dispensa do reexame necessário veio antes da Lei Federal 10.352/01, que incluiu, entre outros, a dispensa ao reexame obrigatório de sentença cujo valor de alçada for inferior a sessenta salários mínimos.

Na esteira da evolução legislativa, foi sancionada a Lei 12.153/2009, que trata dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. No art. 11º da referida Lei, foi criada uma hipótese de dispensa do reexame necessário, *in verbis*: “Art. 11. Nas causas de que trata esta Lei, não haverá reexame necessário”.⁷¹

Destarte, consoante o princípio da celeridade processual, o reexame necessário já foi deixado de lado nos Juizados Especiais. Essa evolução foi consubstanciada pela Lei 10.352/2001, conforme já citado, cuja dispensa coaduna a aplicação do supracitado princípio.

Ora, se a Fazenda Pública deixar de opor o recurso voluntário nas sentenças desfavoráveis, por óbvio, a remessa obrigatória é um enorme óbice a célere e efetiva prestação jurisdicional. Dessarte, nos Juizados Especiais, o referido instituto já foi excluído, e nas causas, aparentemente, de pequeno valor para a Fazenda Pública (inferior a sessenta salários mínimos) o mesmo é dispensado. Existe o reconhecimento tácito que o instituto do reexame necessário é contrário a célere prestação jurisdicional, atualmente, cláusula prevista na Constituição da República, cujo preceito não pode ser ignorado.

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

⁶⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio.** São Paulo: Saraiva, 2000. p. 185.

⁷⁰ BRASIL, 2001.

⁷¹ BRASIL, 2009.

3.4 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Constante do inciso LV, artigo 5.º, reza o princípio da ampla defesa e do contraditório: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”.⁷²

O princípio do contraditório versa que todos os atos processuais serão revestidos pela bilateralidade da atuação das partes, existindo assim, a possibilidade de cada parte contestar os atos da outra, mediante alegações de ordem processual e dilações probatórias.

Contextualiza Vicente Greco Filho acerca do princípio do contraditório:

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.⁷³

O princípio do contraditório é um dos princípios norteadores do processo civil previsto na Constituição Federal, quiçá, norteador do próprio conceito da função jurisdicional. Faz-se mister citar que o texto da Carta Magna também consignou o alcance do princípio para fora direito processual civil, sendo necessária a aplicação da bilateralidade dos atos também nos procedimentos administrativos.

Depreende-se ainda da leitura do referido inciso o princípio da ampla defesa, cujo significado é que no processo, administrativo ou judicial, será oportunizada as partes a defesa de seus interesses, mediante alegação de fatos e propositura de provas.

Rui Portanova entende que a Ampla Defesa “[...] não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático”.⁷⁴

Enfim, proclama a base democrática pátria que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido, portanto, o processo deve exaurir o contraditório e a ampla defesa. Se a parte solicita ao juiz certas diligências, como requerer os autos, certidões, informações em geral, entre

⁷² BRASIL, 1988.

⁷³ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2. p. 90.

⁷⁴ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 125.

outros, e elas são denegadas pelo juiz, há cerceamento de defesa. O contraditório e a ampla defesa são elementos processuais sempre necessários sob pena de nulidade dos atos já realizados.

Com efeito, a aplicação do reexame necessário resulta em uma ofensa a tais princípios, visto que a sucumbência da Fazenda Pública pode ser reformada, de ofício, sem possibilidade de a parte exaurir o contraditório, sequer podendo apresentar contra-razões, como de fato ocorreria se a Fazenda Pública fizesse uso de algum recurso voluntário. Devendo, se vier a ser reformado seu direito consignado na sentença de primeiro grau pelo duplo grau de jurisdição obrigatória, tentar recorrer aos Tribunais Superiores. Enxerga-se, no presente caso, com clareza solar a ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório previstos na Constituição Federal.

3.5 PRINCÍPIO DA INÉRCIA DAS PARTES

O princípio da inércia das partes, originário dos princípios supra abordados, parte do pressuposto que não há juiz sem autor e que o juiz não pode proceder sem a provocação da parte, o princípio da inércia das partes consubstancia a inércia dos órgãos jurisdicionais ante a abstenção de qualquer das partes de agir no mesmo.

Se a inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio garantido pela Constituição Federal, garantia formal ao direito de ação, de nada valeria se o sistema não assegurasse a independência dos juízes, a fim de preservar a sua imparcialidade, significando afirmar, ainda, que não se devem imiscuir onde não foram provocados a atuar, além de dispensar a igualdade de tratamento para os envolvidos no processo (isonomia).

Ada Pellegrini Grinover disse:

A imparcialidade do juiz, mais do que um simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial; e, em decorrência disso, a imanência do juiz no processo, pela simples jurisdicionalização deste, leva à re-elaboração do princípio do juiz natural, não mais identificado como um atributo do juiz, mas visto como pressuposto para a sua própria existência. Eis, assim, a naturalidade do juiz erigida em qualificação substancial, em núcleo essencial da função jurisdicional.⁷⁵

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo e sua unidade - II**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p. 3-4.

Ocorre que, o judiciário somente poderá aplicar a lei ao caso concreto, se provocado pela parte interessada, no tocante a existência de alguma pretensão resistida ou insatisfeita, desde, aparentemente, seja prevista normas legais. Cintra, Grinover e Dinamarco lecionam sobre o princípio da inércia:

O exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos a casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes.⁷⁶

Para tanto, o órgão jurisdicional, via de regra, não deveria ter interesse e ser imparcial, características essenciais da prestação jurisdicional. Objetivando a evitar a parcialidade na resolução do litígio, o Estado só deveria intervir quando provocado pela parte. Neste sentido, cita-se novamente Cintra, Grinover e Dinamarco: “A experiência ensina que quando o próprio juiz toma a iniciativa do processo, ele se liga psicologicamente de tal maneira à idéia contida no ato de iniciativa, que dificilmente teria condições de julgar imparcialmente”.⁷⁷

Para tanto, como poderia o juiz, de ofício, remeter de ofício sentença própria, com o fim de ser reexaminada pelo órgão jurisdicional imediatamente superior, quando a Fazenda Pública, sucumbente, deixou de interpor o recurso voluntário oportuno. Por óbvio, trata-se de uma violação ao referido princípio.

⁷⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 135.

⁷⁷ Ibid., p. 136.

4 REEXAME NECESSÁRIO NO CONTEXTO JURÍDICO ATUAL

4.1 DO PROCEDIMENTO DO REEXAME NECESSÁRIO

4.1.1 Procedimento

Quando, em um processo no qual a Fazenda Pública consta como uma das partes, e o magistrado proferir sentença condenatória negativa, que se adéqüe às hipóteses de cabimento do duplo grau de jurisdição obrigatória, deverá o mesmo no próprio corpo da *decisum*, determinar que sejam os autos, caso a Fazenda decida propor o recurso cabível ao caso ou não, remetidos ao órgão jurisdicional imediatamente superior.

Por se tratar de requisito para configuração do transitu julgado, a ausência de tal determinação resulta no impedimento da configuração da sentença não recorrível. Inclusive, a omissão da remessa necessária não gera preclusão, podendo ser realizada a qualquer tempo. Neste sentido, leciona Nelson Nery Jr., sobre a preclusão no que tange o reexame necessário: “Não há prazo previsto na lei para que o juiz remeta a sentença ao tribunal superior, em atenção ao comando contido no CPC 475. Isso pode ser feito a qualquer tempo, pois, se não houver a confirmação pelo tribunal, a decisão não produzirá efeitos”.⁷⁸

Dessarte, o Tribunal ad quem, pode determinar a remessa necessária ex officio, consoante o disposto no § 1º do art. 475. Ressalta-se que, caso interposta apelação ou outro recurso adequado, o Tribunal ainda poderá avocar os autos para gerar os efeitos da remessa obrigatória, entanto, deverá aguardar o regular processamento do recurso em testilha.

Após sua devida determinação, seja pelo juízo de primeiro grau ou tribunal *ad quem*, reexame necessário segue o deslinde da apelação, aplicando-se, inclusive, o instituto do art. 552 e §§ do Código de Processo Civil. Com efeito, ainda aplica-se ao reexame necessário o disposto no art. 557 do codex processual, forte na Súmula 253 do Superior Tribunal de

⁷⁸ NERY JÚNIOR, 2004, p. 54-55.

Justiça, a qual dispõe que “O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário.”⁷⁹

Tal fato objetiva evitar mero exercício de direito manifestamente improcedente na forma da lei e jurisprudência, o que resultaria na prestação jurisdicional praticamente inútil, visto que de plano veria negado seu provimento pelo Desembargador relator.

Quanto à abrangência do reexame necessário, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula jurisprudência nº 325, a qual determinou que deverá ser abrangido na análise da remessa de ofício todo ônus suportado pela Fazenda Pública, resultantes da condenação no processo.

Faz-se mister salientar que somente o ônus suportado pela Fazenda Pública é sujeito ao reexame necessário, desta forma, não havendo sentença negativa ou condenatória, não restará sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, ou seja, não existe *reformatio in pejus*.

Por fim, caberá qualquer recurso do julgamento do reexame necessário, presentes os requisitos necessários para seu conhecimento.

4.1.2 Preclusão lógica no recurso especial em sede de remessa necessária

Em face do acórdão que tratou do reexame necessário, juntamente com recurso voluntário da Fazenda Pública, são aplicáveis todos os recursos cabíveis no Código de Processo Civil.

Porém, quando a Fazenda Pública deixa de interpor recurso voluntário, surge o instituto da preclusão lógica em face do recurso interposto contra acórdão que apreciou a remessa obrigatória, visto que, trata-se de um ato incompatível com o anteriormente já praticado pela parte.

No que tange o Recurso especial, com base no Informativo de Jurisprudência nº 380 do Superior Tribunal de Justiça, observa-se que:

É certo que as reformas implementadas na legislação processual no decorrer destes últimos anos objetivavam dar efetividade ao acesso à Justiça, garantia constitucional por excelência (art. 5º, XXXV, da CF/1988). Daí, por exemplo, a dispensa de

⁷⁹ BRASIL, 1973.

reexame necessário nas causas oriundas do Juizado Especial Federal (art. 13 da Lei n. 10.259/2001), além das causas discriminadas no art. 475, §§ 2º e 3º, do CPC, na redação que lhes deu a Lei n. 10.352/2001. Cabe, então, ao STJ harmonizar os benefícios concedidos à Fazenda Pública com os valores constitucionais, tais como o referido acesso à Justiça. Nesse panorama, e diante da constatação da impossibilidade de agravamento da condenação imposta à Fazenda Pública (Súm. n. 45-STJ), chega a ser incoerente e de duvidosa constitucionalidade a permissão de que entes públicos rediscutam os fundamentos da sentença, não no momento oportuno, mas mediante a interposição de recurso especial contra o acórdão que manteve a sentença em sede de reexame necessário. Assim, há que se prestigiar a ocorrência de preclusão lógica na espécie, que tem como razão de ser o respeito ao princípio da confiança, o qual disciplina a lealdade processual (a proibição de *venire contra factum proprium*). A ilação de que há fraudes e conluíus contra a Fazenda Pública concentrados no primeiro grau, que levariam a não se recorrer das sentenças, por si só, não tem o condão de afastar a almejada efetividade da tutela jurisdicional, pois essa encarna um interesse público maior e não pode ser confundida com o simples interesse puramente patrimonial dos entes públicos, quanto mais se, no ordenamento jurídico, há instrumentos próprios, notadamente na seara penal, para a repressão de tais desvios de conduta que possam ser atribuídos aos funcionários públicos. Vê-se, também, que o REsp tem que preencher requisitos genéricos de admissibilidade, os quais não estão previstos na CF/1988 (tais como o preparo e a tempestividade), mostrando-se irrelevante a alegação de que o art. 105, III, da CF/1988 não faz distinção quanto à origem da “causa decidida”, se de reexame necessário ou não. Anote-se, por último, já haver precedente da Primeira Seção nesse mesmo sentido. Com esse entendimento, a Turma, por maioria e com a ressalva do Min. Mauro Campbell Marques, não conheceu do recurso, devido a existir fato impeditivo do poder de recorrer (a preclusão lógica). Precedente citado: REsp 904.885-SP, DJ 9/12/2008. REsp 1.085.257-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 9/12/2008 (ver Informativo n. 364).⁸⁰

Consoante o ora exposto, a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça vem decidindo por determinar a ocorrência de preclusão lógica na espécie, que tem como razão de ser o respeito ao princípio da confiança, o qual disciplina a lealdade processual.

4.1.3 Embargos infringentes

No mesmo sentido, a jurisprudência e doutrina divergiam acerca da possibilidade de serem interpostos embargos infringentes, guerreando acórdão que, de forma não unanime, reformou sentença em sede de reexame necessário.

Os doutrinadores pátrios, com base no princípio da analogia, entendiam ser possível a interposição de embargos infringentes. Destaca-se o doutrinador Araken de Assis:

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência n° 380**. 8 a 12 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

No julgamento do reexame obrigatório, até em virtude da omissão de regime específico, tudo se passa como se existisse apelação voluntária. A devolução é integral e o Tribunal reexamina a sentença para depois confirmá-la ou reformá-la, dos fundamentos ao dispositivo, seja em capítulo acessório ou principal do ato decisório de primeiro grau. E, principalmente, o acórdão emanado do Tribunal "ad quem" é suscetível de impugnação ou recurso, conforme o caso, tal como se estivesse decorrido de procedimento recursal voluntariamente instaurado.⁸¹

No mesmo sentido, leciona Vicente Greco Filho, que: “Apesar da omissão da lei, têm sido admitidos embargos infringentes em casos de reexame obrigatório (art.475), que não é apelação, mas tem o mesmo objetivo prático em favor da Fazenda Pública [...]”⁸²

Ademais, o extinto Tribunal Federal de Recurso, na súmula jurisprudencial nº 77 previa a possibilidade de interposição de embargos infringentes.

Porém, hodiernamente, a jurisprudência evoluiu e em que pese posição em contrário, consolidou-se no sentido de não mais admitir o referido recurso em sede de acórdão que julgou a remessa obrigatória. Finalmente, em 2009, o Superior Tribunal de Justiça, no Informativo de Jurisprudência nº 385, de 2 a 6 de março de 2009, rejeitou a tese do cabimento dos embargos infringentes, conforme segue:

Discutem-se, em embargos de divergência, duas matérias, uma processual, se são cabíveis embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, reforma sentença de mérito em sede de remessa necessária, e outra, de eventual divergência quanto a percentual de juros moratórios. Aponta o embargante, na matéria processual, dissídio entre acórdãos da Quinta e da Primeira Turma e, quanto às divergências no percentual de juros moratórios, dissídio entre acórdãos das Quinta e Sexta Turmas, todas deste Superior Tribunal. Explica o Min. Luiz Fux, o relator, que a remessa *ex officio* não é recurso, ao revés, é condição suspensiva da eficácia da decisão e, por isso, não comporta interposição de embargos infringentes a decisão que, por maioria, aprecia a remessa necessária. Ressalta que, nesse sentido, existe acórdão de relatoria do Min. Gilson Dipp já assentando que há necessidade de fazer distinção entre a apelação e o reexame necessário. A apelação, recurso propriamente dito, reveste-se de voluntariedade ao ser interposta, enquanto o reexame necessário é mero complemento do julgado ou medida acautelatória para evitar um desgaste culposo ou doloso do erário ou da coisa pública. Naquele acórdão, observa-se que o legislador entendeu que o privilégio dos entes públicos tem limites, sendo defeso dar ao art. 530 do CPC um elastério que a lei não ousou dar. Assim, só são cabíveis os embargos infringentes contra acórdãos em apelação ou ação rescisória. Destaca o Min. Luiz Fux que a reforma do CPC (Lei n. 10.352/2001), inspirada no princípio da celeridade da prestação jurisdicional, exclui alguns casos de submissão ao duplo grau e dissipa divergências jurisprudenciais quanto a sustar a eficácia de certas decisões proferidas contra pessoas jurídicas não consideradas textualmente como integrantes da Fazenda Pública, logo não se justificaria admitir embargos

⁸¹ ASSIS, Araken de. [s/d] apud NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords).

Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001. v. 4. p. 131-132.

⁸² GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2. p. 305.

infringentes de decisão não unânime de remessa necessária. Com esse entendimento, a Corte Especial rejeitou a tese do cabimento dos embargos infringentes em remessa necessária e enviou os autos à Terceira Seção para o julgamento da divergência quanto ao percentual de juros. Precedentes citados: REsp 402.970-RS, DJ 1º/7/2004; EREsp 168.837-RJ, DJ 5/3/2001; REsp 226.253-RN, DJ 5/3/2001, e AgRg no Ag 185.889-RS, DJ 1º/8/2000. EREsp 823.905-SC, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 4/3/2009.⁸³

Para tanto, o entendimento consolidado excluiu a possibilidade de interposição de embargos infringentes, visto que, o reexame necessário não é meio recursal, ademais, vai defronte com o próprio objetivo do instituto em cotejo.

4.1.4 Da proibição do *reformatio in pejus*

Novamente o embate doutrinário diverge acerca da possibilidade ou não de existir reforma da sentença em sede de reexame necessário, cujo acórdão reforme de forma negativa a referida *decisum*. Favorável a possibilidade, Nelson Nery Junior colaciona:

Não há falar-se em *reformatio in pejus* no reexame obrigatório. A proibição da reforma para pior é consequência direta do princípio dispositivo, aplicável aos recursos: se o recorrido dispôs de seu direito de impugnar a sentença, não pode receber benefício do tribunal em detrimento do recorrente. Isso não acontece na remessa necessária, que não é recurso nem é informada pelo princípio dispositivo, mas pelo inquisitório, onde ressalta a incidência do interesse público do reexame integral da sentença. É o que se denomina de efeito translativo a que se sujeitam as questões de ordem pública e a remessa necessária (Nery, Recursos, 408 ss). O agravamento da situação da Fazenda Pública pelo tribunal não é reforma para pior, mas consequência natural do reexame integral da sentença, sendo, portanto, possível. No mesmo sentido: TRF-3.^a, JSTJ 35/468. Contra: STJ 45.⁸⁴

Em que pese à posição doutrinária que diverge, a evolução jurisprudencial consolidou seu posicionamento com a Súmula 45 do STJ, na qual: “No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”.⁸⁵ Resta

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência n.º 385**. 2 a 6 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

⁸⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor**. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003. p. 929.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 45**. Data de julgamento: 16/06/1992. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?processo=45&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

impossibilitada a aplicação da reforma negativa neste caso. No informativo jurisprudencial nº 325, foi exposto:

COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO. SENTENÇA.

[...]

Por outro lado, a apelação não poderia agravar a condenação da sentença (art. 515 do CPC) sob pena de reformatio in pejus, esses acréscimos também são inviáveis em reexame necessário (Súm. n. 45-STJ). Com esse entendimento, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu provimento ao recurso da União para restabelecer integralmente a sentença de primeiro grau. REsp 873.371-DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 26/6/2007.⁸⁶

Desta forma, extrai-se que o art. 475 do CPC, cujo condão é a proteção do interesse público, não pode ser utilizado como forma de agravar a situação da Fazenda Pública. Para ver a sentença agravada em face da Fazenda Pública, a parte contrária, obrigatoriamente, deve recorrer voluntariamente.

4.2 SENTENÇA DO JUÍZO A *QUO*

O titular do interesse em conflito tem o direito subjetivo à prestação jurisdicional, a que corresponde a um dever do Estado, ante a submissão da sociedade à tutela jurisdicional. O doutrinador Pontes de Miranda definia que a sentença: “É emitida como prestação do Estado, em virtude de obrigação assumida na relação jurídico processual (processo), quando a parte ou as partes vierem a juízo, isto é, exercerem a pretensão à tutela jurídica”.⁸⁷

Por meio da sentença é que satisfaz esse direito e cumpre a prestação jurisdicional da parte suscitante.

4.2.1 Histórico no Código de Processo Civil atual

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência n.º 325**. 25 a 29 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

⁸⁷ MIRANDA, Pontes 1974 apud THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 260.

O Código de Processo Civil, antes da reforma, no art. 162, § 1º definia sentença da seguinte forma: “O ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”.⁸⁸

No antigo Código, qualquer decisão que resulta em terminação do processo era considerada sentença.

A Lei 8.952/1994 veio reformar o Código de Processo Civil, alterando substancialmente as sentenças que decidem acerca do direito obrigacional, visto que, procedente a ação, a fase executiva dessa obrigação passa a integrar a mesma lide. É o que se chama de processo sincrético.

Primeira substancial alteração no processo civil, o sincretismo prestigia o princípio da efetividade e celeridade processual. Ocorre que, o procedimento não mais se encerrava com a sentença, e sim o oposto, iniciava-se nova fase no cumprimento da obrigação, agora, já reconhecida em sentença. Com isso não as partes não precisam ser citadas e não é gerado novo processo para adimplemento do decidido na esfera jurisdicional.

A segunda substancial alteração do Código de Processo Civil veio a lume com o advento da Lei 10.444/02, que, conforme já foi observado, trata do reexame necessário. Foi acrescentado ao *codex* processual civil o artigo 461-A, que dispõe sobre as ações que tenham por objeto a obrigação de entrega de coisa certa ou incerta. Com base no referido artigo, houve a aplicação do sincretismo ao processo de execução em face do demandado condenado ao cumprimento da obrigação de entrega de coisa certa ou incerta, acompanhando assim, as mudanças ocorridas na alteração anterior.

Conceitualmente, a sentença, em razão das modificações legislativas, deixou de ser mero ato encerra o procedimento judicial, em coerência com o sincretismo processual.

Finalmente, a Lei 11.232/2005⁸⁹ mudou a redação do art. 162, § 1º do Código de Processo Civil, cuja redação restou da seguinte forma: “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.⁹⁰ Com isso, o ato judicial sentença deve ser definido em análise conjunta dos artigos 267 e 269 do Código Processual Civil.

⁸⁸ BRASIL, 1973.

⁸⁹ BRASIL. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. **Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm>. Acesso em: 14 mai. 2010.

⁹⁰ BRASIL, 1973.

Para tanto, o conceito de sentença terminativa e de sentença definitiva da ordem processual atuais foram alterados.

4.2.2 Sentença terminativa e sentença definitiva

Tradicionalmente as sentenças são classificadas como terminativas ou definitivas de direito.

Considera-se sentença terminativa aquela cujo mérito não foi decidido, em razão de ausência de pressuposto processual ou de condição da ação. Neste caso, o magistrado finaliza o processo sem adentrar no mérito da questão, pois a restou impossível prestar a tutela jurisdicional ante a falta de pressuposto processual. Ocorre que a deliberação permanece no plano formal, e o juiz não pode antecipar, nem mesmo a título exemplificativo, qualquer comentário ou apreciação em torno da lide, pois, a composição da prestação jurisdicional só é permitida quando reunidos no processo todos os pressupostos e condições necessários para validade e plena eficácia da relação processual. A sentença terminativa está prevista no art. 267 do Código de Processo Civil.

Já a sentença definitiva são aquelas que decidem o mérito da causa, no todo ou em parte, sendo que, o magistrado efetivamente adentra no mérito da causa sobre a qual o litígio versa.

Destarte, sentença é o provimento com que o órgão judicial enfrenta a pretensão do autor, seja em seu mérito, decidindo no todo ou em partes, seja recusando-se a enfrentá-la por falta de condições técnicas. É o ato que encerra o debate acerca da pretensão que constitui o objeto da causa.

A sentença definitiva, por analisar o mérito, resulta em coisa julgada material, exaure a instância por meio da definição do juízo, dá solução ao litígio. Na doutrina de Humberto Theodoro Junior:

Em todo esse casuismo legal, o que se dá é a composição definitiva da lide, que corresponde ao mérito da causa, muito embora, em alguma das hipóteses arroladas, o juiz apenas chancela a solução encontrada pelos próprios litigantes (autocomposição). Mas o que é evidente é que em todas elas desaparece definitivamente o conflito que havia provocado o surgimento do processo. (...)

Como toda regra contém um imperativo, este mesmo comando não pode faltar a sentença, já que, segundo Chiovenda, esta não é outra senão 'a afirmação da vontade da lei aplicada ao caso concreto'.⁹¹

Portanto a função da sentença definitiva é a de declarar o direito aplicável a espécie, visto que, traduz a vontade da lei reguladora do caso concreto. Com isso, o direito preexistente se manifesta, se concretiza com a declaração jurisdicional.

4.3 EFICÁCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU

Nesta parte será tratada a eficácia das decisões proferidas no primeiro grau de jurisdição. As decisões são monocráticas proferidas nesse juízo que são objeto, em regra, do duplo grau de jurisdição obrigatório.

4.3.1 Validade da função jurisdicional

A função jurisdicional, em qualquer grau, para ser válida, necessita de vários requisitos jurídicos. O juiz precisa ter jurisdicionalidade, isto é, deve estar revestido do poder da jurisdição; competência, deve estar dentro da faixa de atribuições que a lei lhes assegura; imparcialidade, deve ficar alheio em relação as partes interessadas; independência, não possui subordinação jurídica aos tribunais superiores, ou outro membro da tripartição dos poderes; processualidade, devem obedecer à ordem processual instituída por lei, a fim de evitar a arbitrariedade, o tumulto, a inconseqüência e a contradição desordenada.

Munido desses requisitos, está possibilitado o juiz de primeiro grau a proferir qualquer decisão referente às causas litigiosas que estiverem sob sua guarda. A entrega da prestação jurisdicional se finaliza, consoante o ora exposto, quando passa a transitar em julgado.

Enquanto pender prazo para recurso, a sentença não possa de uma situação jurídica, sujeita a eventual mudança. Nos dizeres de Humberto Theodoro Junior, a sentença é

⁹¹ THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 554.

a vontade concreta da lei⁹², após, esgotada a possibilidade de alteração da mesma. Amaral dos Santos, no mesmo sentido: “[...] somente pelo esgotamento dos prazos de recursos, excluída a possibilidade de nova formulação, é que a sentença, de simples ato do magistrado, passará a ser reconhecida pela ordem jurídica como a emanção da vontade da lei”⁹³.

Ora, a sentença é a vontade concreta da lei, sujeita a anulação, confirmação, reforma, rescisão e suspensão dos seus efeitos, pelo Tribunal *ad quem*. Após essa sujeição que a mesma está passível a transitar em julgado, e fazer a chamada coisa julgada. Ocorrerá, portanto, o transito em julgado, tornando o decisório imutável e indiscutível (art. 467).⁹⁴

4.3.2 Necessidade de convalidação da sentença pelo Tribunal *ad quem*

Das causas decididas pelos juízos do primeiro grau, vigora no nosso País, o princípio do duplo grau de jurisdição, sendo que, as referidas causas decididas pelos juízes de direito são passíveis de reexame e novo julgamento pelos Tribunais de segundo grau, mediante provocação. O duplo grau de jurisdição involuntário é, em nosso ordenamento, exceção, conforme exposto anteriormente.

Porém, questiona-se se faz necessária a referida convalidação da sentença pelos Tribunais imediatamente superiores, em razão do reexame necessário. Em regra, a sentença, transitada em julgado, gera todos os seus efeitos normalmente, fazendo-se imperiosa a vontade da lei prolatada pelo juiz de primeiro grau, dotado de todos os requisitos para exercer sua função.

A necessidade da convalidação do tribunal de decisão do magistrado de primeiro grau, em face das querelas nas quais a Fazenda Pública litiga, resultando sucumbente parece ir defronte toda explanação jurídica processual em vigência em nosso País. A ordem constitucional atual estabeleceu diversos princípios norteados do processo civil. Além de todos expostos, observa-se a falta de consideração com juízo de primeiro grau, tendo que ver como condição de eficácia de sua sentença regular a atual do Tribunal *ad quem*, para ver surtir os efeitos do representante do judiciário, que mais atua em contato direto com a sociedade. O juiz de primeiro grau é responsável por toda instrução processual, pode fazer diligências de

⁹² THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 584.

⁹³ SANTOS, Amaral dos, [s/d] apud THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 584.

⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, loc. cit.

ofício, e no final, prolata sua decisão diante do fato efetivamente concreto. O Tribunal, em regra, não atua nestas questões e não deve inovar na decisão, ademais, nem todo recurso voluntário possui requisitos para ser conhecido pelo Tribunal, e posteriormente, analisado seu mérito. O duplo grau de jurisdição não, não possui condição que resulte no seu não recebimento pelo Tribunal, devendo ser julgado de ofício, por suscitação do juízo de primeiro grau o por imposição do Tribunal.

Neste sentido, destaca-se o Parecer Ministerial da Promotoria de Justiça do Estado da Paraíba, Maria Edlúgia Chaves Leite, em sede de Reexame Necessário em Mandado de Segurança, autos nº 0732002001306-3, Relator Desembargador Leôncio Teixeira Câmara:

Nas sentenças de mérito, coisas julgadas formal e material se concretizam no mesmo instante, uma vez que estão umbilicalmente ligadas, e o resto é pura invenção. Obrigar, hodiernamente, o Juiz de Direito a remeter os autos ao Tribunal de Justiça para reexame da matéria, quando não há recurso da parte vencida, caracterizado o evidente conformismo, é ofender a própria jurisdição e a independência de cada julgador comarcação. E não se venha aqui defender que o art. 475, I, do CPC, e o parágrafo único, do art. 12, da Lei nº 1.533/51, encontram guarida no art. 262, do CPC. É que o impulso oficial, de responsabilidade do Juiz, serve para o desenvolvimento do processo, mediante iniciativa antecedente das partes, mas não para provocação de um novo julgamento, muitas vezes confirmatório do que já foi decidido. O lamentável instituto não tem amparo constitucional. Constitui-se, tão-somente, numa norma de burocratização do Poder Judiciário, a qual atenta contra o princípio da celeridade processual.⁹⁵

Conclui a eminente Promotora de Justiça, com embasamento semelhante ao do presente trabalho:

ANTE O EXPOSTO, e por tudo que dos autos consta, o Ministério Público espera do Tribunal de Justiça, por essa Câmara Cível competente, seja declarada a inconstitucionalidade do art. 475, do CPC, e do parágrafo único, do art. 12, da Lei nº 1.533/64 (que não foram recepcionados pela CF), por ferir vários dispositivos da Constituição Federal, devidamente citados anteriormente, mas, se assim não entender, não reaprecie a matéria por força do § 2º, do art. 475, do CPC, ou, no mérito, mantenha em todos os seus termos a sentença submetida ao reexame necessário.⁹⁶

Observa-se que, aparentemente, não é função do Tribunal de segundo grau conferir eficácia a regular decisão proferida no primeiro grau de jurisdição. Isto não seria possível diante da nova formatação constitucional. Quem concede eficácia a uma sentença é o

⁹⁵ PARAÍBA. Ministério Público Estadual. **Parecer ministerial em Reexame Necessário em Mandado de Segurança, autos nº 0732002001306-3**. Rel. Des. Leôncio Teixeira Câmara. 2005. Disponível em: <<http://www.apmp.org.br/index.php/pecas-juridicas/mandado-de-seguranca/212-reexame-necessario-violacao-de-direito-liquido-e-certo-parte-i>>. Acesso em: 12 mai. 2010.

⁹⁶ Ibid.

transito em julgado ou a preclusão. Dessarte, o § 3º, do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, recepcionado pela Constituição, dispõe há coisa julgada ou caso julgado quando da decisão não cabe mais recurso para o Tribunal. Obrigar, atualmente, o juízo de primeiro grau a enviar o processo sentenciado ao Tribunal *ad quem* para passar pelo crivo do duplo grau de jurisdição obrigatório, sem recurso voluntário da parte sucumbente, é incorrer em confronto com os princípios presentes na Constituição Federal, violar a própria jurisdição e ofender o princípio da independência do juízo de primeiro grau, maculando assim as decisões da primeira instância.

4.4 JURISPRUDÊNCIA MINISTERIAL PÁTRIA ACERCA DO REEXAME NECESSÁRIO

A jurisprudência pátria, acerca do reexame necessário, está consolidado, sendo o mesmo amplamente recepcionado, inclusive, estando às matérias controversas já sumuladas pelo Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, e ainda, pelo antigo Tribunal Federal de Recursos, senão, vejamos:

Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto ex lege.⁹⁷

No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.⁹⁸

O duplo grau de jurisdição (Código de Processo Civil, art. 475, II) é aplicável quando se trata de sentença proferida contra a União, o Estado e o Município, só incidindo, em relação às autarquias, quando estas forem sucumbentes na execução da dívida ativa (Código de Processo Civil, art. 475, III).⁹⁹

Cabem embargos infringentes a acórdão não unânime proferido em remessa ex officio (Código de Processo Civil, art. 475).¹⁰⁰

Conforme já exposto, ocorre que a Súmula 77 do extinto TFR foi revogada considerando o novo posicionamento admitido pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 423**. Data de julgamento: 01/06/1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=423.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

⁹⁸ Id., 1992.

⁹⁹ Id., Tribunal Federal de Recursos. **Súmula 34**. Data de julgamento: 17/04/1980. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/sumula_tfr/tfr__034.htm>. Acesso em: 13 jun. 2010.

¹⁰⁰ Id., Tribunal Federal de Recursos. **Súmula 77**. Data de julgamento: 19/03/1981. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/sumula_tfr/tfr__077.htm>. Acesso em: 13 jun. 2010.

disposição do Informativo de Jurisprudência nº 385, de 2 a 6 de março de 2009, rejeitou a tese do cabimento dos embargos infringentes.

De outra feita, destaca-se ainda acórdão do Superior Tribunal de Justiça o qual decidiu que em sede de liquidação de sentença, é permitida a execução provisória da condenação em face da Fazenda Pública, em que pese à ocorrência do reexame necessário, que não impede seja executada provisoriamente a condenação contra a Fazenda Pública:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. IMPROPRIEDADE.

- A remessa ex officio, prevista no art. 475, II, do Código de Processo Civil, providência imperativa na fase de conhecimento, sem a qual não ocorre trânsito em julgado da sentença, é descabida em fase de execução de sentença. - É de rigor o recebimento da apelação interposta contra sentença que julgou improcedentes embargos à execução apenas em seu efeito devolutivo, ex vi do artigo 520, V, do CPC, prosseguindo-se a execução provisória contra a Fazenda Pública nos termos do artigo 730. - Recurso especial não conhecido.¹⁰¹

Recentemente, o Superior Tribunal Justiça, tratando da preclusão lógica em sede de reexame necessário assim decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REMESSANECESSÁRIA. PRECLUSÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. DESAPROPRIAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. LEI VIGENTE À ÉPOCA DA SENTENÇA.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Ibitaré contra decisão denegatória de recurso especial por entender que não é cabível a interposição daquele apelo contra acórdão proferido em remessa necessária, quando evidente a conformação da parte em relação à sentença que lhe foi desfavorável, ocorrendo, na hipótese, a preclusão lógica. 2. Decisão agravada que deve ser reformada, uma vez que a preclusão suscitada refere-se, tão-somente, ao particular vencido quando prolatada a sentença e não ao ente público, ao qual cabe insurgir-se pela via especial contra o julgado proferido em sede de remessa necessária, ainda que não tenha sido interposta apelação voluntária. 3. Não houve a alegada violação do art. 535, II, do CPC, porquanto o Tribunal de origem, embora adotando tese contrária à parte, decidiu com fundamentos claros e suficientes para o desate da lide, nos limites em que foi desenhada. 4. A jurisprudência majoritária desta Corte Superior guia-se no sentido de aplicar-se, na fixação dos honorários de sucumbência em ações desapropriatórias, a lei vigente à prolação da sentença, em homenagem ao princípio tempus regit actum. 5. Na espécie, a sentença foi proferida na data de 29.11.2005, período no qual vigia o Decreto-Lei n. 3.365/41 que em seu art. 27, §1º limita em até 5% a condenação relativa à verba honorária. 6. Agravo de instrumento provido para, desde logo, dar provimento ao recurso especial do Município de Ibitaré e fixar a verba honorária em 5% (cinco por cento) da diferença entre o valor da condenação e o valor oferecido a título de indenização na desapropriação em tela,

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 162.548/SP, REG. 98.0005982-2**. Rel. Min. Vicente Leal. Data julgamento: 14.04.98. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2010.

nos termos do art. 27, § 1º, do DL 3.365/41 (redação dada pela MP 2.183-56/2001), vigente à época da sentença (art. 544, § 3º, do CPC).¹⁰²

Observa-se que o reexame necessário já foi objeto de extensa análise por parte do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já havendo súmulas jurisprudências acerca da matéria. Ademais, o Supremo Tribunal Federal já ilidiu questões acerca do reexame necessário.

Por fim, em que pese a extensa doutrina reconhecendo a regularidade do reexame necessário, ajustando a medida da sua aplicação, anexa-se acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que se posicionou de maneira bastante peculiar a respeito do instituto apreciado, conforme segue:

REABILITAÇÃO. RECURSO DE OFÍCIO. INCONSTITUCIONALIDADE. O recurso de ofício, em qualquer hipótese, viola os princípios da inércia jurisdicional, da dignidade do cidadão e da ampla defesa. Nada mais é do que resquício medieval do sistema inquisitório, a que estão afeito espíritos autoritários, incompatível com a vocação da Constituição de 1988. Resíduo de poluição antidemocrática varrida para baixo do tapete do estado, que, vez por outra, e levantado por alguns juristas, a mostrar que ela não foi totalmente eliminada pela nova ordem constitucional, resistindo ainda agora, como aconteceu ao longo da história jurídica e política brasileira.¹⁰³

Observa-se que o referido acórdão reconheceu a inconstitucionalidade do instituto do reexame necessário, ante a vasta jurisprudência pátria, inclusive conforme visto acima com matéria definida em súmulas jurisprudências dos Tribunais Superiores.

Infelizmente trata-se de um fato isolado na jurisprudência pátria.

¹⁰² Id., Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 894.003/ MG, D. 34011934**. Rel. Min. José Delgado. Data julgamento: 27.09.07. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2010.

¹⁰³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **ROF nº 698142767-RS**. Rel. Des. Aramis Nassif. Data julgamento: 02.09.1998. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2010.

5 CONCLUSÃO

O reexame necessário foi incluído no ordenamento pátrio seguindo a influência do direito português, denominando o instituto de recurso *ex officio*. Sua principal função, desenvolvida ao longo do tempo, é proteger o erário público de eventuais excessos cometidos pelos juízes de primeiro grau de jurisdição. Atualmente chamado de reexame necessário – que já foi alvo de diversas alterações –, suas hipóteses de incidência estão previstas no art. 475 do Código de Processo Civil, sendo condição *sine qua non* que a sentença objeto do duplo grau de jurisdição seja desfavorável a Fazenda Pública.

As últimas alterações no atual Código de Processo Civil acabaram por alcançar o instituto do reexame necessário, modificando-o e inserindo diversas questões pontuais que se adequam a prestação jurisdicional moderna, abraçando hipóteses de dispensa da remessa necessária semelhantes aos processos cuja alçada tramitam nos juizados especiais. Também se excluiu as questões consideradas manifestamente antiquadas, como o reexame necessário da sentença resultante de procedimento de anulação de casamento quando julgado procedente o pedido. Isto tudo buscou aproximar o instituto à disposição constitucional atual.

Ocorre que a efetividade do processo judicial está em evidência com a inclusão do inciso LXXVIII, art. 5º, pela Emenda 45º na Constituição Federal de 1988, o que resulta na menor duração temporal possível do processo. Com isso, a discussão acerca da necessidade de existência do reexame parece começar a definir seu rumo, e considerando a atual posição doutrinária exposta no presente trabalho acadêmico, aparentemente o instituto está se aproximando do seu fim, visto que discute-se a efetividade da aplicação do reexame necessário e sua necessidade de existência no provimento jurisdicional.

Consoante o ora exposto, *prima facie*, o referido instituto deveria ser mitigado por completo, excluindo-se essa benesse não isonômica a favor da Fazenda Pública.

Outrossim, doutrinadores e muitos profissionais, com uma visão menos conservadora, vislumbram que o reexame necessário da sentença na qual a Fazenda Pública é sucumbente resulta em um tratamento diferenciado, manifestamente não isonômico. O duplo grau de jurisdição obrigatório, em confronto com o princípio da igualdade, não pode ser considerado recepcionado pela Constituição Federal, conforme indica a referida evolução da doutrina. Ainda existe omissão ao princípio do contraditório e da ampla defesa, outra

garantida prevista no art. 5º da Constituição Federal, cujo efeito resulta na paridade de prerrogativas das partes no processo, seja judicial ou administrativo.

Apesar desses argumentos, a corrente favorável sustenta que a existência do reexame necessário não acarreta em ofensa ao princípio da igualdade, e apesar de aparentemente ofender outros institutos constitucionais, sua existência resulta na efetiva proteção ao erário público.

Desta forma, a sociedade está sendo protegida de eventuais fraudes cometidas no processo de conhecimento ou outro, pois a mesma será descoberta e desmantelada pelo órgão jurisdicional imediatamente superior no momento que reapreciar a questão. Assim, a sociedade deixará de arcar com o ônus decorrente de uma atividade danosa desenvolvida contra o Estado, parecendo, sobre esta ótica, justificável a existência do referido instituto no direito processual hodierno.

Sem pretensão de se fazer um juízo de valor a respeito do reexame necessário, a efetiva necessidade de utilização do instituto, ante a manifestação desposada pela ampla doutrina atachada, resta inócua, sendo imperiosa sua mitigação total do *Codex* Processual e Legislação esparsa.

Medida que imobiliza o processo, visto que é condição de eficácia da sentença *ad quem*, causa a demora na prestação jurisdicional, também cerceando a defesa de quem litigar em face da Fazenda Pública, pois não se manifestará acerca do reexame necessário, medida não isonômica, pois concede privilégio que a parte contrária não possui, sendo a Fazenda Pública, ainda por cima, já desigual na relação jurídica – pois possui extenso rol de procuradores altamente capacitados e recursos dispensados na defesa jurídica do erário público – sem a existência do reexame necessário ou qualquer prerrogativa processual. Todos estes fatos demonstram que o referido instituto é arcaico, não se adequando as prerrogativas processuais concedidas pela Constituição Federal.

A manifestação dos tribunais pátrios demonstrou que sua existência é amplamente aceita, sendo pacificadas várias situações conflitantes, existindo, inclusive, diversas súmulas jurisprudências a respeito do assunto. Porém, alguns órgãos do poder judiciário, como o Ministério Público da Paraíba e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já declararam oficialmente sua posição desfavorável a aplicação do reexame necessário, em que pese se tratar de um fato isolado.

Por fim, do ponto de vista da pesquisa, estes foram os elementos essenciais cuja finalidade é demonstrar a efetividade ou não para o processo civil do reexame necessário. Em que pese à suposta ausência de doutrina específica sobre o assunto, pois se trata de um

elemento processual diversas vezes relegado a menor destaque em livros de teoria geral do processo, tendo destaque apenas em livros que tratam da Fazenda Pública em juízo, a vasta amplitude dogmática a respeito das normas processuais em acordo com a Constituição Federal não deixam dúvidas sobre a relevância da extensão do debate acerca da matéria, sendo urgente maior definição sobre o tema, considerando a realidade do Poder Judiciário, que manifestamente está sobrecarregado de serviços.

Eterna fonte de controvérsia, antes a respeito da sua nomenclatura e natureza jurídica, posteriormente, sobre sua efetiva necessidade, o reexame necessário é um instituto que, aparentemente, está com seus dias contados, apesar de, enquanto existir, prestar relevantes serviços a sociedade, protegendo o erário público de eventuais fraudes, e conseqüentemente, sendo mais um elemento de salvaguarda da qualidade da prestação jurisdicional, resultando em uma sociedade mais protegida, apesar de questionável tal excesso de zelo.

REFERÊNCIAS

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 3.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARROS, Clemilton da Silva. Considerações sobre o reexame necessário no processo civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1770, 6 mai. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11235>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicabilidade da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; GANDRA, Ives Martins. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____.; TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 14 mai. 2010.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 mai. 2010.

_____. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. **Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3365.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 02 mar. 2010.

_____. Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. **Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. **Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. **Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm>. Acesso em: 14 mai. 2010.

_____. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. **Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. **Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. **Regula a ação popular**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L4717.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. **Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8437.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 894.003/ MG, D. 34011934.** Rel. Min. José Delgado. Data julgamento: 27.09.07. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência nº 380.** 8 a 12 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência n.º 385.** 2 a 6 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência n.º 325.** 25 a 29 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 162.548/SP, REG. 98.0005982-2.** Rel. Min. Vicente Leal. Data julgamento: 14.04.98. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 325.** Data de julgamento: 03/05/2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=124>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 45.** Data de julgamento: 16/06/1992. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?processo=45&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 423**. Data de julgamento: 01/06/1964.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=423.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Tribunal Federal de Recursos. **Súmula 34**. Data de julgamento: 17/04/1980.

Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/sumula_tfr/tfr__034.htm>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Tribunal Federal de Recursos. **Súmula 77**. Data de julgamento: 19/03/1981.

Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/sumula_tfr/tfr__077.htm>. Acesso em: 13 jun. 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito processual público: a fazenda pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

____.; ____.; _____. _____. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, José Rubens. **Tratado de processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. **A fazenda pública em juízo**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **A tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Direito processual civil brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2.

_____. **Direito processual civil brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo e sua unidade - II**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____.; _____. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

_____. _____. 24. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (Coords). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001. v. 4.

_____. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____.; NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor**. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PARAÍBA. Ministério Público Estadual. **Parecer ministerial em Reexame Necessário em Mandado de Segurança, autos nº 0732002001306-3**. Rel. Des. Leôncio Teixeira Câmara. 2005. Disponível em: <<http://www.apmp.org.br/index.php/pecas-juridicas/mandado-de-seguranca/212-reexame-necessario-violacao-de-direito-liquido-e-certo-parte-i>>. Acesso em: 12 mai. 2010.

PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em: 22 abri. 2010.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

_____._____. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **ROF nº 698142767-RS**. Rel. Des. Aramis Nassif. Data julgamento: 02.09.1998. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2010.

SAINT-JUST, Louis Antoine Léon. **O espírito da revolução e da constituição na França**. Trad. Lúcia Fachin e Maria Letícia G. Alcorofado. São Paulo: UNESP, 1989.

SOUSA, Álvaro Couri Antunes. **Juizados especiais federais cíveis: aspectos relevantes e o sistema recursal da lei n. 10.259/01.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

_____. Princípios gerais de direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 6, n. 23, 1981.

TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário.** São Paulo: RT, 2005.

ZIMMERMANN, Dagma. **Atos jurisdicionais. Obrigatoriedade do reexame necessário. Natureza jurídica do reexame necessário.** Disponível em:
<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Dagma%20Zimmermann.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2010.