

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

CAROLINA OLIVEIRA CAMPOS

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REEXAME NECESSÁRIO EM
RAZÃO DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

JUIZ DE FORA
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

CAROLINA OLIVEIRA CAMPOS

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REEXAME NECESSÁRIO EM
RAZÃO DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal de
Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito, sob a orientação
da professora Dr^a. Clarissa Diniz Guedes.

JUIZ DE FORA
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

CAROLINA OLIVEIRA CAMPOS

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REEXAME NECESSÁRIO EM
RAZÃO DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Dr^a. Clarissa Diniz Guedes.

Data da aprovação: 21/01/2014

Banca Examinadora:

CLARISSA DINIZ GUEDES

ISABELA GUSMAN RIBEIRO DO VALLE

MÁRCIO CARVALHO FARIA

À minha mãe, Rosimar, como forma de agradecimento pela educação, pelo investimento e pela confiança em mim depositados. Além disso, como verdadeira promessa de que outras realizações virão e todas serão dedicadas a ela.

Ao Felipe, minha combinação de amor, alegria e paciência.

AGRADECIMENTOS

Pelos ensinamentos tão valiosos que recebi durante minha formação acadêmica, agradeço aos brilhantes professores que ultrapassaram o conhecimento teórico e revelaram-se verdadeiras fontes de inspiração. Em especial, àqueles que me hipnotizavam em todas as suas aulas: Aline Araújo Passos, Isabela Gusman Ribeiro do Valle, Márcio Carvalho Faria, Raquel Bellini de Oliveira Salles e, minha querida orientadora neste trabalho, Clarissa Diniz Guedes.

Agradeço, ainda, ao Praeter – a melhor turma que eu poderia desejar – pela companhia e solidariedade nestes anos de faculdade.

RESUMO

Diante da força normativa conferida à Constituição e aos princípios nela consagrados, segundo a ótica neoconstitucionalista, todas as normas infraconstitucionais devem promover a concretização dos direitos e garantias fundamentais. Notadamente, no tocante as normas processuais, dado seu iminente aspecto instrumental, a criação legislativa e a interpretação legal não deveriam conduzir a comportamentos que se afastam do conteúdo axiológico-normativo expresso nos princípios constitucionais. Neste diapasão, o trabalho a ser desenvolvido busca analisar o instituto do reexame necessário, disposto no artigo 475 do Código de Processo Civil, a fim de apreciar a sua constitucionalidade à luz do princípio da igualdade, positivado na Constituição Federal de 1988 no *caput* de seu artigo 5º. Assim, os fundamentos pragmático e teórico que embasam tal previsão, respectivamente, a presumida hipossuficiência do Estado em Juízo e proteção do interesse público, serão investigados segundo os balizamentos propostos por Celso Antônio Bandeira de Mello em suas obras Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade (2003) e Curso de Direito Administrativo (2009). Uma vez delimitado o alcance dos princípios da isonomia e da supremacia do interesse público, concluir-se-á, ao final, que a remessa *ex officio* não se presta a tutelar a igualdade processual, tampouco o interesse público primário, consubstanciando-se, portanto, verdadeira ofensa à ordem constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Força normativa da Constituição. Reexame necessário. Princípio da Igualdade. Interesse público. Princípio da supremacia do interesse público. Ofensa à ordem constitucional.

ABSTRACT

According to the normative power conferred to the Constitution and to the principles enshrined in it, from the viewpoint neoconstitucionalista, all infra norms must promote the implementation of fundamental rights and guarantees. Especially, concerning the procedural rules, given its imminent instrumental aspect, the creation legislative and the legal interpretation should not lead to behaviors that deviate from the axiological-normative content expressed in constitutional principles. Thereby, the work to be done aims to analyze the institution of review required, article 475 of the Code of Civil Procedure, to appreciate its constitutionality in light of the principle of equality, positivado in the Federal Constitution of 1988 in the caput of article 5. Thus, the pragmatic and theoretical foundations that underlie this prediction, respectively, the presumed hipossuficiência of the State in the Court and the protection of the public interest, shall be investigated according to the proposed guideposts by Celso Antonio Bandeira de Mello in his works *Legal Content of the Principle of Equality* (2003) and *Course of Administrative Law* (2009). Once the scope of the principles of equality and the supremacy of the public interest delimited, will conclude, in the end, that the shipment ex officio does not lend itself to safeguard the procedural equality, neither the primary public interest and takes the form, so, real offense to constitutional order.

KEYWORDS: Normative force of the Constitution. Review necessary. Principle of Equality. Public interest. Principle of the supremacy of the public interest. Offense against the constitutional order.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	11
2.1 A força normativa da Constituição	11
2.2 O processo como instrumento de efetivação das garantias constitucionais	13
2.3 O princípio da igualdade	14
2.4 Igualdade processual: paridade de armas	16
2.5 O devido processo legal e a efetiva tutela jurisdicional	17
3 O INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SUA SUPREMACIA	20
3.1 A Fazenda Pública em juízo e suas prerrogativas processuais	20
3.2 O conteúdo jurídico do interesse público e sua supremacia	22
3.3 O interesse público e o princípio do contraditório	26
4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO REEXAME NECESSÁRIO	31
4.1 Histórico	31
4.2 A violação ao princípio constitucional da isonomia	33
4.2.1 O indevido direcionamento subjetivo do reexame necessário	34
4.2.2. A inexistência da alegada hipossuficiência fazendária capaz de justificar o privilégio processual do reexame necessário	35
4.2.3 O equívoco da invocação do interesse público como fator de <i>discrímen</i> a autorizar o tratamento desigual conferido à Fazenda Pública mediante o reexame necessário	37
4.3 A inconstitucionalidade da Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça	39
4.4 Argumentos favoráveis secundários e a razoável duração do processo	41
5 CONCLUSÃO	44
6 REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

À luz do neoconstitucionalismo e da manifesta força normativa da Constituição, as normas infraconstitucionais, entre as quais se encontram as normas processuais civis, não admitem que sua criação legislativa e sua interpretação se deem em desconformidade com o conteúdo axiológico-normativo dos princípios constitucionais. No presente trabalho, merece destaque a apreciação pormenorizada do princípio da igualdade, positivado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que em sua faceta processual assevera a paridade de armas entre as partes.

Ocorre que, em que pese a reafirmação do preferido princípio no artigo 125, inciso I do Código de Processo Civil, este mesmo diploma legal prevê em seu artigo 475 a remessa necessária, prerrogativa processual através da qual determinadas sentenças contra a Fazenda Pública demandam a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição como condição de eficácia.

Tal dispositivo, em tese, encontraria arrimo constitucional na medida em que restabeleceria a igualdade processual, dada a presumida hipossuficiência do Estado em Juízo; e, também, em virtude da proteção do interesse público, o qual exigiria tutela diferenciada por sua relevância para toda a coletividade. Por essas razões, vários são os doutrinadores que advogam pela manutenção da remessa *ex officio*, cuja aplicação é amplamente assegurada jurisprudencialmente, inclusive através de súmulas dos Tribunais Superiores.

Em sentido contrário, o presente trabalho tem como objetivo investigar se a remessa necessária, realmente, cumpre o seu objetivo de equiparação processual da Fazenda Pública e do particular quando em Juízo, ou melhor, se existe, de fato, desigualdade processual que ainda mereça reparo quando do momento imediatamente após à protelação da sentença. Além disso, o instituto em comento também será apreciado sob a ótica do princípio da supremacia do interesse público, com o fim de se verificar a sua eficácia na proteção do bem comum.

Com isso, pretende-se examinar se não haveria ofensa ao princípio da igualdade, visto que a previsão do reexame necessário representaria a dispensável postergação do processo, consubstanciando-se verdadeiro privilégio processual, uma vez que não se obteria a contrapartida esperada, qual seja, de paridade de armas e proteção ao interesse público.

Para tanto, a presente pesquisa científica se guiará pela investigação bibliográfica – através da revisão da produção literária sobre o tema-problema escolhido –, bem como pela consulta aos dispositivos legais pertinentes e à jurisprudência dos Tribunais Superiores, sendo que a apreciação das fontes teórico-documental se dará de maneira crítica e exegética, para que seja possível a compilação de subsídios teóricos aptos a embasarem a solução que se pretende produzir ao final.

Tendo em vista a necessidade de delimitação dos princípios constitucionais da igualdade e da supremacia do interesse público para a correta compreensão do reexame necessário, a presente pesquisa adota como marco teórico os balizamentos propostos por Celso Antônio Bandeira de Mello em suas obras *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade* (2003) e *Curso de Direito Administrativo* (2009).

Uma vez ultrapassadas as considerações iniciais acerca da atual fase constitucionalista e a sua correlação com a força normativa da Constituição, proceder-se-á investigação sobre a instrumentalidade do processo na efetivação das garantias constitucionais; o conteúdo jurídico da isonomia; a proeminência da garantia da igualdade em sua faceta processual de paridade de armas e a sua conexão com o devido legal e a prestação jurisdicional.

A seguir, uma vez sintetizado o instituto do reexame necessário, será apreciado de maneira crítica o conceito de interesse público, a fim de que sejam traçados seus limites e, também, para que seja possível a exata compreensão do princípio da supremacia do interesse público.

Ao final, valendo-se da pesquisa até então desenvolvida, buscar-se-á compreender a constitucionalidade da remessa *ex officio*, sob a ótica do princípio da igualdade, verificando-se a robustez do fundamento teórico de proteção ao interesse público e considerando-se, ainda, outras garantias processuais constitucionais que restariam, também, maculadas com a previsão do artigo 475 do Código de Processo Civil.

Por fim, a justificativa do tema escolhido, bem como do trabalho a ser desenvolvido, é o de contribuir cientificamente para o aperfeiçoamento do prestação jurisdicional, entendendo que esta melhor se configurará na medida em que maior for a observância aos princípios constitucionais da igualdade e do devido processo

legal, compatibilizados, no que for possível, com a proteção ao interesse público e as garantias processuais conferidas à Fazenda Pública.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

2.1 A força normativa da Constituição

O fim da Segunda Guerra Mundial consubstanciou relevantíssimo marco histórico do período moderno, cujos reflexos também foram observados no campo das ciências jurídicas. Ainda que, até os dias atuais, o positivismo jurídico¹ exerça grande influência, certo é que o ciclo de ascensão e queda dos regimes fascistas e nazistas representou verdadeira crise política do referido pensamento. Nesse cenário, surge o movimento pós-positivista que busca restabelecer a relação entre direito e ética, valorizando os princípios e a sua inserção nos diversos textos constitucionais promulgados a partir de então. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou a mudança teórica noticiada.

De acordo com as lições de Ávila (2008), o pós-positivismo, juntamente com a nova fase do constitucionalismo moderno – o neoconstitucionalismo –, consagraram o objetivo principal de todo o ordenamento jurídico como sendo o de concretização dos direitos e garantias assegurados constitucionalmente.²

A transmutação do paradigma teórico, evidenciada na ampla descrição de direitos nas Constituições modernas, alterou a hermenêutica constitucional. Os

¹ Sendo uma das correntes da Teoria do Direito, o positivismo jurídico procura explicar o fenômeno jurídico a partir, exclusivamente, do estudo das normas positivas, ou seja, aquelas postas pela autoridade soberana de determinada sociedade. Representa uma opção pela neutralidade do intérprete do direito, sustentando que ele não deve se posicionar relativamente aos conteúdos das normas, mas apenas descrevê-los, de modo a preservar a vontade política expressa pelo legislador. Segundo os ensinamentos de Hans Kelsen (2009), o direito deve ser entendido como puro, isto é, livre de qualquer concepção social ou valorativa. Por esta razão, a validade da norma se verifica, unicamente, através de sua ligação à denominada norma fundamental.

² Pós-positivismo e constitucionalismo reúnem várias correntes doutrinárias, que têm em comum a primazia da Constituição. Contudo, cada corrente adota uma maneira diversa de atribuir eficácia às normas constitucionais, explorando, também de forma distinta, os limites e possibilidades desta eficácia, a exemplo das diferentes concepções acerca dos princípios e das regras e sobre as formas de aplicá-los. De qualquer modo, os balizamentos teóricos e as preocupações são coincidentes, quais sejam, “a preservação da força normativa das constituições, a vinculação dos poderes públicos, a necessidade de se levar os direitos fundamentais a sério, a consolidação do regime democrático, enfim, a busca pelo aprimoramento do estado constitucional de direito” (TRINDADE; STRECK, 2012, p. 10).

princípios constitucionais – até então reduzidos a *standards* – passaram a ter força normativa, interferindo, sobremaneira, na elaboração e na aplicação do direito:

Sem perder a característica de normatividade que impera na ciência jurídica a norma passou a absorver os valores e a ideologia de uma sociedade, sobretudo através dos princípios que, como dito antes, são dotados de alto grau de abstração e possuem força vinculante potencializada pelas constituições. Assim é que valores como o da dignidade humana, a democracia, a legalidade, o julgamento segundo o devido processo legal, entre tantos outros, passaram a ser tão vinculantes quanto qualquer outro tipo de norma jurídica. Mais ainda: passaram a fundamentar e dar unidade a todo o ordenamento jurídico. (RATTACASO, 2010, p. 19)

Uma vez reconhecida a força normativa da Carta Magna, os princípios constitucionais passaram, pois, a informar todo o ordenamento jurídico, tornando-se normas de hierarquia superior que norteiam o processo de elaboração legislativa, bem como a tarefa de interpretação das leis para aplicação ao caso concreto.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 53) sintetizou, conforme abaixo transcrito, a conclusão quanto à importância dos princípios no neoconstitucionalismo:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica e lhe dá sentido harmônico. (...) Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Dessa maneira, o estudo do Direito Processual e a aplicação das respectivas normas processuais não poderão se desenvolver de forma apartada do conteúdo axiológico-normativo dos princípios constitucionais que regem o processo, visto que “os princípios não estão ‘fora’ da legalidade, entendida essa como o Direito positivo: os princípios a compõem”. (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 36)

Notadamente na seara do Direito Processual Civil, o neoconstitucionalismo avigora a faceta instrumental do processo como meio de promover o escopo do próprio Estado Democrático de Direito, qual seja, o de assegurar direitos e garantias fundamentais.

2.2 O processo como instrumento de efetivação das garantias constitucionais

De plano, cumpre ressaltar que a instrumentalidade do processo não mais se encerra na sua função de resolução de conflitos. O direito processual serve não só como um caminho procedimental para a concretização do direito material arguido na lide, mas também deve ser pensado como instrumento adequado de realização dos direitos e garantias fundamentais. Assim, “quando se fala em instrumentalidade do processo, não se quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder”. (PASSOS, 2001, p. 64)

Como forma de elucidar ambos os intentos contidos no processo, acima referidos, foram-lhe atribuídas duas dimensões: uma subjetiva, correspondente à necessária adequação à tutela dos direitos fundamentais; e outra, objetiva, segundo a qual o próprio processo deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais. (MARINONI, 2006, p. 63)

Analogicamente, confere-se ao processo o papel de co-protagonista, vez que as regras processuais devem contribuir para que garantias fundamentais assaz relevantes, como a igualdade das partes e o contraditório, sejam concretizadas. Conforme já dito, a força normativa da Constituição conforma não só a atuação do legislador, mas também a dos operadores jurídicos. Enquanto estes devem atentar para a função das regras processuais a fim de lhes dar maior efetividade, aquele deve criá-las em consonância com os direitos fundamentais. (DIDIER JÚNIOR, 2011)

No tocante ao tema a ser desenvolvido neste estudo e considerando, igualmente, o universo de direitos e garantias fundamentais estabelecidos constitucionalmente, sobrepõe-se a garantia da igualdade³, a qual informa e vincula a interpretação dos demais direitos fundamentais.

³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

2.3 O princípio da igualdade

Inegavelmente, a notória afirmação aristotélica quanto ao conteúdo do princípio da isonomia revela-se como a mais difundida, sendo um válido “ponto de partida”⁴. Segundo Aristóteles (1984, Livro V), a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Ocorre que tal assertiva carece de melhor delimitação concreta, capaz de conferir ao princípio em comento efetivo “cunho operativo seguro”⁵. Celso Antônio Bandeira de Mello debruçou-se sobre o tema na obra “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade” (2003) e advertiu que, apesar da procedência da supramencionada afirmação, é preciso, ainda, que se respondam certas indagações para que, então, seja possível “converter sua teórica proclamação em guia de uma *práxis* efetiva, reclamada pelo próprio ditame processual”. (2003, p. 11)

Imprescindivelmente, será necessário identificar aqueles indivíduos reconhecidos como iguais e, por consequência, aqueles que se encontram atrelados a algum fator de *discrímen*. Para tanto, deve ser investigada e respondida a seguinte indagação: “qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamento jurídicos diversos?”. (MELLO, 2003, p. 11)

O Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que, inicialmente, deve-se verificar o elemento tomado como fator de diferenciação. Em seguida, cumpre analisar a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado. Por fim, dever-se-á atinar para a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional. A identificação de qualquer inconsistência em alguma etapa da apreciação proposta significa, pois, afronta ao princípio constitucional da isonomia. (MELLO, 2003)

⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 11) ressalta a procedência da afirmação aristotélica, mas a considera como incompleta, pelo que reconhece sua validade como “ponto de partida”. Segundo o autor, para que se tenha a completude do conceito de igualdade é preciso, ainda, indagar quem seriam os iguais e quem seriam os desiguais.

⁵ Expressão usada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 11).

Agiganta-se a necessidade de uma profunda crítica acerca do conteúdo da igualdade em razão de sua imensurável relevância, ao ponto do Tribunal Constitucional da Alemanha ter afirmado, por diversas vezes, que o princípio da isonomia “como regra jurídica, tem um caráter suprapositivo, anterior ao Estado, e que mesmo se não constasse do texto constitucional, ainda assim teria de ser respeitado”. (COELHO, 2009, p. 180)

O Constituinte Originário de 1988 optou por prever, expressamente, a garantia da igualdade e o fez, sabidamente, em privilegiada posição topográfica. Uma vez colocado em primeiro lugar na enumeração dos direitos e garantias que a Constituição assegura, ao princípio da igualdade foi conferida, ainda que de maneira tácita, uma proeminência substancial. Dessa forma, seria responsável por reger os direitos que são enunciados em seguida.

Neste mesmo diapasão, consagra-se a isonomia como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais e assevera-se que “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”. (MELLO, 2003, p. 10)

Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 10) adverte que o legislador é o destinatário precípua da cláusula constitucional da igualdade, vez que a produção normativa, por mais discriminatórios que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações.

Sob a perspectiva processual, cuja previsão legal está contida no artigo 125, inciso I do Código de Processo Civil⁶, a garantia da isonomia impõe a criação de uma série de regras processuais adequadas às particularidades de cada sujeito do processo. Isso significa proporcionar às partes as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões:

(...) essa paridade de armas entre as partes não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e obrigações. O que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de umas das partes. (MARINONI, 1999, p. 256)

⁶ *In verbis*: “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento”.

Destarte, não basta que a lei seja igualmente aplicada a todos, eis que a igualdade formal não se mostra capaz de afastar a concreta e odiosa desigualdade substancial. Notadamente na seara processual, para além do tratamento equânime, o procedimento deve proporcionar às partes as mesmas armas no embate jurídico.

2.4 Igualdade processual: paridade de armas

Sem embargo das considerações já postas quanto à instrumentalidade do processo, a tônica da isonomia processual repousa em assegurar aos litigantes instrumentos judiciais aptos à proteção de seus direitos subjetivos materiais. A paridade de armas é entendida como garantia de que as partes tenham oportunidades iguais de influenciar a formação da convicção do juiz.

Para tanto, a igualdade processual não se encerra com a simplória e insuficiente previsão legal equânime, sendo que:

No processo civil legitimam-se normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em paridade de armas, sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face da outra. Mas é muito delicada essa tarefa de reequilíbrio substancial, a qual não deve criar desequilíbrios privilegiados a pretexto de remover desigualdades (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 60)

Ressalta-se, portanto, que decorre do próprio princípio da igualdade a permissão para que as regras processuais estabeleçam oportunidades diferenciadas dentro do processo, justamente como forma de equalizar as discrepâncias fáticas, no mais das vezes, relacionadas a aspectos técnicos e econômicos. Entretanto, há de se trabalhar com cuidado redobrado frente às prerrogativas processuais, sob pena de consubstanciarem verdadeiros privilégios, embasados em um fator de *discrímen* inidôneo juridicamente para servir como critério de desequiparação, a exemplo do instituto do reexame necessário, conforme se demonstrará.

A paridade no processo representa, de fato, o conteúdo substancial da isonomia processual, devendo ser considerada como meio concreto de proporcionar às partes o real acesso ao Judiciário e o poder de influência sobre a prestação jurisdicional, ambos corolários do, igualmente consagrado, *due process of law*.

2.5 O devido processo legal e a efetiva tutela jurisdicional

Reveste-se de importância basilar o princípio do devido processo legal, posto ser a base sobre a qual todos os outros se alicerçam, podendo ser considerado como gênero do qual os demais princípios constitucionais processuais são espécie, cuja previsão legal assenta no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal⁷.

Para Nelson Nery Júnior (2002), uma vez enunciado tal princípio na Constituição de 1988, ter-se-iam como absolutamente despiciendo os direitos e garantias processuais previstos no artigo 5ª da Constituição Federal. Contudo, argumenta que a opção do Constituinte pela previsão expressa e pormenorizada dos princípios derivados do devido processo legal afigura-se como uma forma de prestigiar a importância dessas garantias, a fim de que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário possam delas se valer de maneira mais abrangente.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 88) afirmam que tais garantias:

(...) não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

Destarte, sendo o *due process of law* a “pedra de toque” de todas as garantias processuais, este se mostra, inevitavelmente, como “um direito fundamental de conteúdo complexo” (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 48).

Conquanto possam coexistir inúmeros corolários do princípio em comento, neste ponto do trabalho será apreciado com maior minúcia o conteúdo da garantia da razoável duração do processo⁸, resguardando-se a apreciação do princípio do contraditório e da ampla defesa para o capítulo seguinte, apenas por razões didáticas.

⁷ “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁸ “Art 5º (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

É patente o consenso doutrinário quanto ao reconhecimento de um direito subjetivo a um processo de duração razoável, que nem sempre pode ser equiparado a um processo célere. Oportuno é o alerta inicial quanto aos discursos que pregam a celeridade como um valor, posto que o “processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”. (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 64)

Certo é que ao processo não pode ser imposta uma marcha procedimental demasiadamente acelerada, que resulte na supressão de garantias e direitos processuais fundamentais. Se assim for, a pressa se refletirá na prolação de uma sentença que não se presta ao fim da decidir a lide em razão das diversas mazelas que possam lhe assolar, não raro ocorra nas hipóteses de sentenças *citra petita*⁹ ou que apresentam *error in procedendo*¹⁰.

Por outro lado, a tutela jurisdicional para ser efetiva não pode se tornar tardia, dada sua necessidade social de mostrar-se eficaz e justa, sendo mister a adoção de medidas que visem amenizar a morosidade da justiça, acelerando a prestação jurisdicional, mas, frise-se, sem perder a qualidade e a pertinência das decisões.

Ademais:

A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais. (MENDES, 2009, p. 545)

Trata-se, portanto, de verdadeiro contrassenso permitir que sobre a mesma decisão incidam, simultaneamente, dois remédios obrigatórios que implicam no prolongamento, no mais das vezes, desarrazoado da lide. Isso porque além da previsão do reexame necessário, o próprio recurso do ente público é, *a priori*, regido pela obrigatoriedade, razão pela qual apenas quando existir autorização institucional, normalmente feita de maneira formal e ligada às questões já pacificadas, ponderar-se-á afastar a interposição do recurso.

⁹ A sentença que deixa de apreciar pedido expressamente formulado.

¹⁰ É um vício de forma, extrínseco a decisão judicial propriamente dita. Relaciona-se às questões processuais, sendo uma ilegalidade no tramite processual, um erro no procedimento.

Com base nos fundamentos jurídicos até então delimitados, será verificado, a diante, que o reexame necessário não guarda harmonia com os valores prestigiados no sistema normativo, notadamente com aqueles até então apresentados. Indubitavelmente, a manutenção deste instituto fere de morte o princípio isonômico, porém, outra sorte não tem o devido processo legal e a decorrente tempestividade da tutela jurisdicional.

Ante o exposto, extrai-se a indagação primordial do problema ora enfrentado: se a remessa necessária e seu claro desajuste em relação os princípios prestigiados constitucionalmente fundamentam-se, de fato, na proteção do interesse público, que restaria melhor tutelado pela obrigatoriedade do reexame de parte das sentenças contrárias à Fazenda Pública.

3 O INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SUA SUPREMACIA

3.1 A Fazenda Pública em juízo e suas prerrogativas processuais

O Estado, em sua acepção de conjunto de instituições que controlam e administram uma nação, afigura-se, em última análise, como um aglomerado de pessoas jurídicas que existem e convivem no universo jurídico, compondo, junto aos demais sujeitos de direito, inúmeras relações jurídicas. Invariavelmente, tais relações acabam por dar origem a pretensões resistidas, sejam elas do próprio Estado ou ainda dos referidos sujeitos. Neste cenário e considerando a proibição da autotutela, é natural que o Estado, na forma de suas várias instituições, venha a figurar como parte no processo, isto é, venha a compor o polo ativo ou passivo de uma relação processual.

Por convenção, utiliza-se a expressão “Fazenda Pública”¹¹ para se referir ao Estado quando em Juízo, estando compreendidas todas as pessoas jurídicas de direito público – União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas.

A teor dos artigos 12, incisos I e II, e 36 do Diploma Processual¹², a Fazenda Pública é representada judicialmente por seus procuradores, sendo estes advogados públicos selecionados, em regra, através de concurso de provas e títulos. Eventualmente, os Municípios serão representados em juízo por seu Prefeito, caso não haja cargo próprio de procurador judicial.

Oportunamente, cumpre considerar que paira sobre todo o aparato estatal uma presunção de hipossuficiência, existindo certa tendência de se esperar que a atuação de qualquer ente público venha a ser deficitária. Tal expectativa assola,

¹¹ A expressão apresenta-se como sinônimo de Estado quando este se encontra em Juízo na condição de parte. Dessa forma, é ressaltado o aspecto de suportar os encargos financeiros da demanda.

¹² *In verbis*: “Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores” e “Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”.

também, a Fazenda Pública, cujos reflexos seriam, em tese, observados quando da defesa de seus interesses em Juízo.

Em virtude da estrutura organizacional das instituições do Estado e dos princípios que regem a atuação do Poder Público, os procuradores públicos enfrentam alguns percalços no exercício de suas funções: impossibilidade de recusar o patrocínio de qualquer uma das incontáveis causas que envolvem a Fazenda Pública; entraves burocráticos que geram atraso na apuração de informações e documentos; extensão continental do território nacional e dotação orçamentária insuficiente para a ampliação do número de advogados públicos e servidores de apoio.

Considerando-se, justamente, tais deficiências e partindo-se do pressuposto de que o Poder Público, ao litigar em Juízo com um particular, estaria, invariavelmente, na defesa do interesse público, foram instituídas prerrogativas processuais¹³ em favor da Fazenda Pública, merecendo destaque a previsão do duplo grau obrigatório em determinadas hipóteses, quando restar sucumbente o ente público.

Contudo, conforme assinalado alhures, para além do fundamento prático calcado na presunção de hipossuficiência estatal, merece destaque o fundamento teórico para previsão de tais prerrogativas, qual seja, a proteção do interesse público, notadamente em seu aspecto financeiro, senão vejamos:

Exatamente por atuar no processo em virtude da existência de interesse público, consulta ao próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o Erário e, de resto, para toda a coletividade que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos. (SOUTO, 2002 *apud* GOMES; MARTINS, 2010, p. 434)

Assim, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu

¹³ Dentre as quais se podem citar: prazos dilatados (art. 188, do CPC; art. 1º-B, da Lei n.º 9.494/97); intimações pessoais (art. 38, da Lei Complementar n.º 73/93; art. 25, da Lei n.º 6.830/80); isenções de custas (art. 4º, inciso I, da Lei n.º 9.289/96; art. 39, da Lei n.º 6.830/80); dispensa de preparo prévio (art. 511, § 1º, do CPC); redução ou supressão do valor dos honorários de sucumbência (art. 20, § 4º, do CPC; art. 1º-D, da Lei n.º 9.494/97); e a remessa necessária (art. 475, do CPC). Trata-se de rol meramente exemplificativo, uma vez que o exame minucioso de todas as prerrogativas processuais existentes extrapola o objeto do presente trabalho.

proveito terá de ser exercido, não sendo possível que sejam previstas apenas para assegurar interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal. (MELLO, 2009, p. 72)

Ocorre que, à semelhança do experimentado acerca do conteúdo jurídico da igualdade, o conceito de interesse público é, no mais das vezes, reproduzido sem que se desenvolva investigação pormenorizada de seu exato conteúdo, podendo-se dizer que lhe é atribuído verdadeiro *status* de axioma.

Entretanto, nos termos da advertência feita por Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 58), “não se trata de uma noção tão simples que se imponha naturalmente, como algo de per si evidente que dispensaria qualquer esforço para gizar-lhe os contornos abstratos”.

Certo é que, para além da imprecisão teórico-científica, o reiterado emprego impensado do conceito de interesse público contribuiu para disseminação da errônea suposição acerca da existência de um antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo. Desta forma, faz-se imprescindível para o presente trabalho a melhor delimitação do referido conceito.

3.2 O conteúdo jurídico do interesse público e sua supremacia

O Estado Democrático de Direito tem como escopo primordial assegurar, através da Administração Pública¹⁴, a realização do interesse público ou bem comum. Muito embora possa ser reconhecida, de plano, a existência de interesses eminentemente particulares dos indivíduos singularmente considerados, existe também “o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos”. (MELLO, 2009, p. 61)

Face essa consideração apresenta-se o seguinte conceito:

O interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem. (MELLO, 2009, p. 61)

¹⁴ Administração Pública é o conjunto de órgãos, serviços e agentes do Estado, bem como das demais pessoas coletivas públicas (tais como as autarquias locais).

Muito embora o referido conceito, *per se*, não acarrete maiores dificuldades para sua compreensão, a sua estrutura reclama a identificação concreta de quais seriam, portanto, esses interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade, o que também não se mostra como uma tarefa hercúlea. Tendo em vista se tratar de um conceito jurídico, a individualização dos diversos interesses qualificáveis como públicos repousa no próprio Direito Positivo, notadamente no seu diploma maior: a Constituição.

Com efeito, dita qualificação quem faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido. (...) *do ponto de vista jurídico*, será de interesse público a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior. (MELLO, 2009, p. 68)

Dessa forma, é de clareza solar a conclusão de que se reveste do mais genuíno interesse público a proteção e concretização dos direitos e garantias fundamentais, que, por serem reflexo dos valores eleitos pela Constituição, são reconhecidos, inclusive, como cláusulas pétreas¹⁵. Ora, se todo o arcabouço constitucional é voltado para a concretização de tais direitos, por mais diverso que possa ser o impasse experimentado em concreto, a solução dada pela Carta Magna será a que melhor tutelá-los.

Portanto, cabe ao Estado, sob qualquer um de seus aspectos – Administração Pública, Poder Público, *Fazenda Pública* –, garantir a máxima observância dos direitos fundamentais, os quais, sob a ótica processual, dizem respeito, entre outros, à igualdade entre os litigantes e à duração razoável do processo, presentes, respectivamente, nos artigos 5º, *caput* e 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

Uma vez demonstrado o conteúdo jurídico da noção de interesse público, pode-se perceber que há determinados interesses do Estado que, por vezes, não terão o condão de se qualificarem como públicos. Isso porque, ressalta-se uma vez mais, o Estado, como pessoa jurídica que é, habita o universo jurídico em

¹⁵ *In verbis*: “ Art. 60 § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.”

concorrência com os demais sujeitos, tendo, portanto, interesses que lhe são próprios desta condição.

Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realidade de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre se chocarem com os interesses públicos propriamente, coincidam com a realização deles. (MELLO, 2009, p. 65)

Doutrinariamente, conforme sistematizado por Alessi (*apud* MELLO, 2009, p. 66), os possíveis interesses estatais foram agrupados em dois grandes grupos: entende-se como interesse público primário aquele que expressa os verdadeiros interesses da coletividade – os quais, repita-se, encontram-se positivados no texto constitucional –, ao passo que serão interesses secundários aqueles correlatos à particularidade do Estado, normalmente, de cunho econômico, associados com os interesses do Erário.

A priori, poder-se-ia vislumbrar a proteção do Erário como se interesse primário o fosse, dada inequívoca instrumentalidade dos cofres públicos para custear as despesas que são inerentes à atividade estatal, inclusive na concretização de direitos básicos assegurados, tais como saúde, segurança e educação. Ocorre que a defesa dos cofres públicos só encontra respaldo jurídico se, e somente se, não significar a resistência ou o retardo em relação à concretização do interesse público primário.

Poderíamos acrescentar que seria concebível um interesse da pessoa Estado em recusar administrativamente – e até a questionar em juízo, se convocado aos pretórios – responsabilidade patrimonial por atos lesivos a terceiros, mesmo que os houvesse causado. Teria interesse em pagar valor ínfimo nas desapropriações, isto é, abaixo do justo, inobstante o preceito constitucional. Com todos estes expedientes, muitos dos quais infelizmente e (injustamente) adota, resguardaria ao máximo seu patrimônio, defendendo interesses à moda de qualquer outro sujeito, mas agrediria a ordem normativa. Ocorre que em todas as hipóteses estará agindo contra o Direito, divorciado do interesse público, do interesse primário que lhe assiste cumprir. Este proceder, nada obstante seja comum, é fruto de uma falsa

compreensão do dever administrativo ou resultado de ignorância jurídica. Os interesses a que se aludiu são todos interesses secundários e que a pessoa governamental tem apenas segundo os termos em que o teria qualquer pessoa. Não são interesses públicos. Não respondem à razão última de existir própria das pessoas governamentais em geral. (ALESSI, 1960 *apud* MELLO, 2009, p. 66)

Em grande medida, a conclusão desatenciosa de que, invariavelmente, a proteção ao Erário estaria revestida de autêntico interesse público primário pode ter suas raízes, ainda, na equivocada compreensão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Isso porque, enquanto tal princípio relaciona-se diretamente à ideia de finalidade pública e coletividade, qualquer pretensão deduzida por um sujeito em face do Estado, seja na seara administrativa ou judicial, traria consigo a ideia oposta, isto é, de individualismo; logo, quase que desapercivelmente, há uma tendência de considerar que, sendo indisponível e superior o interesse público, a pretensão estatal se mostraria, em tese, mais adequada à proteção deste.

Porém, a supremacia do interesse público sobre o particular, diferentemente do que argumentam alguns autores¹⁶, não é indissociável da atuação do Estado. Muito ao contrário, não raras são as situações em que a supremacia do interesse público impõe exatamente a prevalência do interesse do particular sobre o interesse estatal, justamente por ser esta a solução apontada pela Constituição.

Ao fim e ao cabo, o fato de uma pretensão assegurada constitucionalmente ser resistida, sem motivação adequada pelo Estado, fazendo com que seja necessário acioná-lo em Juízo, já implica em uma subversão do princípio da supremacia do interesse público.

Ora, a indenização daquele cujo direito restou lesado pela atividade estatal ou o fiel acolhimento do pedido de benefício previdenciário feito por aquele contribuinte que se encontra incapacitado são, certamente, pretensões acobertadas sob o manto do interesse público primário, tanto que são hipóteses previstas constitucionalmente, respectivamente, nos artigos 37, §6º, e 201, inciso I, da Constituição Federal. Portanto, uma vez acolhidos tais interesses individuais, estar-se a prestigiar, justamente, o princípio da supremacia do interesse público.

¹⁶ Entre tantos outros doutrinadores, destaca-se a argumentação de José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 35), segundo o qual é “se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente que ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular”.

Em síntese, aponta Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 68) que:

De outro lado, é evidente, e de evidência solar, que a proteção do interesse privado *nos termos do que estiver disposto na Constituição*, é, também ela, um interesse público, tal como qualquer outro a ser fielmente resguardado.

Lado outro, como generalizações são fadadas ao insucesso, também não se pode convencionar que toda e qualquer atuação estatal, principalmente em Juízo, está divorciada da proteção ao interesse público. Seguramente, haverá hipóteses em que os procuradores públicos buscam, em contraponto a uma pretensão individual, o reconhecimento de soluções constitucionalmente asseguradas, seja diretamente no texto da Constituição ou, ainda, em leis legitimamente fundadas na normativa constitucional.

Nestas hipóteses, conforme explicitado adiante, a Fazenda Pública já conta com o expediente constitucional e suficiente, conferido a toda e qualquer parte em Juízo, para aduzir suas razões e promover a proteção do interesse público primário: a garantia processual fundamental do contraditório e da ampla defesa.

Neste diapasão, o “indesejável privilégio fazendário”¹⁷ do reexame necessário se mostra como absolutamente despiciendo e imprestável para concretização dos direitos fundamentais, bem como para a proteção do genuíno interesse da sociedade, devendo, portanto, ser extirpado da legislação infraconstitucional.

3.3 O interesse público e o princípio do contraditório

Antes de adentrar propriamente no conteúdo do princípio do contraditório e da ampla defesa, faz-se necessária a apreciação da posição jurídica da Fazenda Pública dentro da relação processual, senão vejamos.

Como é sabido, a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional preveem, especificamente para o Poder Público, um conjunto de normas – denominado como Regime Jurídico-Administrativo – destinado a lhe

¹⁷ Expressão usada ao referir-se à remessa necessária como um dos verdadeiros privilégios no processo civil, cujas razões repousariam no interesse público e nas supostas dificuldades extraordinárias para a defesa em Juízo. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 60)

conferir prerrogativas necessárias a sua atuação, sendo estabelecida verdadeira relação vertical entre o Estado e os sujeitos.

Assim, o Poder Público se encontra em situação de comando relativamente aos particulares, na qual há de ser reconhecida uma disparidade em favor da Administração. Deste regime decorrem várias das prerrogativas administrativas: constituir os indivíduos em obrigações por meio de ato unilateral; modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas; prerrogativa de fiscalização; o poder de expropriar; a auto-executoriedade, a aplicação de sanções administrativas, dentre outras.

Lado outro, ao encontrar-se em Juízo, a relação estabelecida entre o Estado e seu *ex adverso* deve ser compreendida como horizontal, isto é, pelo princípio da isonomia, previsto constitucionalmente, equipara-se o Estado ao cidadão, justamente para evitar benesses ou prejuízos tanto a um quanto ao outro. Afinal, para que a garantia constitucional devido processo legal se faça presente, indispensável a paridade de armas. Caso contrário, comprometida estaria qualquer decisão tomada pelo Estado-juiz, dado o desnivelamento, já no nascimento, da relação processual.

Portanto, é imposto ao Estado que, nestas circunstâncias, abandone as prerrogativas administrativas, devendo, assim como qualquer outra parte, buscar a procedência de sua pretensão através da exposição dos fundamentos fáticos e jurídicos pertinentes a tese por ele arguida, seja na condição de autor ou de réu.

Cumpré apontar que, para grande parte dos doutrinadores – a exemplo de José dos Santos Carvalho Filho (2010) –, a previsão legal de *todas* as prerrogativas processuais teria o fim de equalizar a hipossuficiência do Estado quando em Juízo com um particular, conferindo-lhe tutela especial, justamente, como forma de implementar a igualdade material entre as partes.

Data maxima venia, ainda que, eventualmente, algumas destas prerrogativas possam equalizar desigualdades fáticas, outras delas, particularmente o reexame necessário, já se transformaram, há muito, em desarrazoados privilégios processuais que violam a ordem constitucional.

Conforme já afirmado no capítulo 2 deste trabalho, integra a persecução da igualdade substancial a previsão de regras que busquem reequilibrar as possibilidades dos sujeitos. Na seara processual, admite-se a edição de normas que

estabeleçam prerrogativas em favor de uma das partes, como meio de assegurar a paridade de armas, isto é, proporcionar chances materialmente iguais de participar e de influenciar a formação da decisão judicial¹⁸.

Sobre o tema, Fredie Didier Júnior (2011) pondera que:

A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte. Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”. Não adiante permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é insuficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condição de poder influenciar a decisão do magistrado. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional - e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida.

O princípio do contraditório, conjuntamente ao princípio da ampla defesa, ambos corolários do *due process of law*, são as garantias processuais fundamentais determinantes para que, uma vez já em Juízo, as partes possam se valer de oportunidades equivalentes para a defesa de seus fundamentos, o que se aplica, inclusive, em relação à Fazenda Pública, vez que a relação processual é horizontal.

Além de propiciar a defesa das pretensões aduzidas pelos litigantes, o princípio do contraditório deve, ainda, ser visto como uma exigência para o exercício democrático de um poder. Na verdade, reflete, também, o princípio democrático na estruturação do processo, vez que democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação desta garantia. (MARINONI, 1999).

Inegavelmente, para a concretização da referida garantia, é de suma importância, via de regra, o acompanhamento técnico da parte. Para tanto, a Fazenda Pública conta com a atuação de habilitados procuradores públicos, no mais das vezes, selecionados através de rigorosos concursos públicos.

Ocorre que não resta superada a insuficiência do número de procuradores e servidores de apoio, assim como a organização estrutural, muitas

¹⁸ A exemplo da previsão do artigo 188 do Código de Processo Civil: “Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.”

vezes demasiadamente burocrática, acaba por impor maiores dificuldades para o agrupamento de documentos necessários.

Muito embora seja imperioso admitir, no estágio atual, a existência dessas e de outras deficiências técnicas decorrentes do aparato estatal, as quais acabam por serem consideradas sob pena da Fazenda Pública restar indefesa em Juízo, certo é que a realidade fática deve ser apreciada com cautela. Isso porque a maximização desses condicionamentos em favor da Fazenda Pública pode levar ao desvio do sistema.

Ademais, conforme acertadamente anotado pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

No caminho da efetividade do *due process of law* – que tem particular relevo na construção sempre inacabada do Estado de direito democrático – a tendência há de ser a gradativa superação dos privilégios processuais do Estado, à custa da melhoria de suas instituições de defesa em juízo, e nunca a da ampliação deles ou da criação de outros como – é preciso dizê-lo – se tem observado neste decênio no Brasil.¹⁹

Portanto, imprescindível se mostra a necessidade de constante reapreciação da razoabilidade das prerrogativas processuais fazendárias, vez que é preciso que seja investigado o respeito aos procedimentos como meio de promover o Estado Democrático de Direito.

Assim, muito embora esteja para além dos limites deste trabalho, conclui-se que algumas das prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública podem até ser justificáveis. Portanto, caso sejam justas, devem permanecer como necessárias para que, sob a verdadeira ótica do princípio da isonomia, seja garantido ao Estado paridade de armas na defesa de seus interesses, os quais, repita-se à exaustão, não são obrigatoriamente coincidentes com o interesse público assinalado na Constituição.

As deficiências decorrentes do desaparelhamento estatal para bem efetuar a sua defesa em Juízo já são suficientemente supridas pelas demais prerrogativas processuais existentes no iter procedimental, até a prolação da sentença ou mesmo após. De fato, ao se estabelecê-las, garante-se a devida paridade de armas e condições de atuação das partes, o que lhes permite, efetiva e concretamente, influenciar na convicção do Juiz e participar da formação das decisões judiciais. Assim, uma vez observadas

¹⁹STF, Pleno, MCADIn 1910-1-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.22.4.1999, v.u. (CPC 188); e m.v. (CPC 485 X), DJU 27.2.2004, p.19

as demais prerrogativas durante todo o procedimento, eventual injustiça do julgamento não pode ser presumida tão-somente por ser contrário aos interesses defendidos pelo Estado. (GOMES; MARTINS, 2010, p. 463)

Certo é que a previsão e a aplicação de qualquer prerrogativa devem ser guiadas pelo extremo cuidado, visto que há de ser demonstrada, e continuamente reapreciada, a necessidade de reequilíbrio das possibilidades do contraditório. Além disso, as prerrogativas devem se limitar a minimizar a dificuldade organizacional, notadamente por não se sustentar a alegada deficiência técnico-jurídica dos procuradores. Conforme já dito, a Fazenda Pública conta com excelentes profissionais à disposição para formularem os recursos, sendo que as teses jurídicas são, inclusive, difundidas e debatidas no âmbito institucional.

Enquanto algumas prerrogativas seriam, até o presente momento, necessárias, outra é a sorte do instituto da remessa obrigatória, vez que incorre em irremediáveis deslizes que serão demonstrados: funda-se em fator de *discrímen* juridicamente inidôneo, não se mostra necessário, tampouco eficiente, ao fim colimado pelo legislador e encontra arrimo, ainda que subsidiariamente, em razões pragmáticas falaciosas.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO REEXAME NECESSÁRIO

4.1 Histórico

Nos termos dos ensinamentos de Leonardo José Carneiro da Cunha (2007, p. 202), as raízes históricas do reexame necessário remontam ao Direito Medieval, notadamente ao Direito Português. Originariamente, sua previsão se deu no âmbito do processo penal, em favor daqueles cuja sentença era a pena de morte. Assim, o inicialmente denominado recurso de ofício tinha o escopo de minimizar os exageros experimentados no curso do processo inquisitório, servindo como freio aos devastadores poderes do juiz inquisitorial.

Portanto, ao contrário da sua feição atual, o duplo grau obrigatório funcionava como uma proteção conferida ao indivíduo contra as eventuais arbitrariedades estatais decorrentes do processo.

Sem guardar semelhança com os fundamentos originais do instituto, posto vigorar no processo civil o princípio dispositivo, a primeira norma jurídica brasileira que previu o reexame necessário se deu na Lei 04/1831, impondo ao juiz a obrigação de apelar nas causas em que restasse vencida a Fazenda Pública.

Desde então, mantem-se no ordenamento jurídico estando positivada no Código de Processo Civil:

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

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

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

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

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.²⁰

²⁰ Além das hipóteses previstas no Código de Processo Civil, a legislação extravagante ainda traz outras nas quais também se observará a remessa necessária, a exemplo do artigo 28 do Decreto-lei

Conforme entendimento representado por Fredie Didier Júnior (2012), Leonardo José Carneiro da Cunha (2007) e Nelson Nery Júnior (1993), o duplo grau obrigatório tem a natureza jurídica de condição da eficácia da sentença proferida em prejuízo da Fazenda Pública, obstando o seu trânsito em julgado enquanto não revista pelo tribunal, bem como impedindo a sua execução provisória pelo autor vitorioso em primeiro grau²¹.

Além das hipóteses de dispensa previstas nos parágrafos do artigo supratranscrito, exclusivamente no âmbito da União, tem-se outra exceção prevista no artigo 12 da MP nº2.180-35/2001²².

Observa-se, portanto, a gradual admissão de hipóteses de dispensa do reexame necessário, o qual, apesar de sofrer fortes críticas doutrinárias, permanecerá no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Projeto do Novo Código Civil – Projeto de Lei n. 8.046/2010, cuja origem foi o PLS 166/2010²³ – traz previsão semelhante:

Art. 483. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

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

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

III - que, proferida contra os entes elencados no inciso I, não puder indicar, desde logo, o valor da condenação.

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

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica em discussão for de valor certo inferior a:

I - mil salários mínimos para União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

3.365/41 (sentença que condena a Fazenda Pública a indenizar em ação de desapropriação, pelo dobro da quantia oferecida na petição inicial) e do artigo 3º, parágrafo único da Lei 6.739/79 (procedência de ação anulatória de retificação de registro realizado por pessoa jurídica de direito público).

²¹ Nesse sentido é a jurisprudência dominante do STF, consagrada na Súmula n.º 423: “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto ex lege”.

²² MP n.2.180-35/2001. “Art. 12. Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário”.

²³ Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/autografos-sf>> Acesso em 09.dez.2013.

II - quinhentos salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem assim para as capitais dos Estados;

III - cem salários mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos;

III- entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Ainda que a proposta, recentemente aprovada na Câmara dos Deputados, busque reduzir o número de casos concretos que se submeterão ao duplo grau obrigatório, a medida mais justa seria a extirpação de tal instituto do ordenamento jurídico pátrio, por representar total afronta à isonomia processual, tal como se defenderá nos tópicos subsequentes.

4.2 A violação ao princípio constitucional da isonomia

Desde logo, pondera-se acerca da difícil tarefa de realizar uma análise, à luz do princípio da isonomia, sobre o instituto do reexame necessário, uma vez que, no tocante às prerrogativas processuais da Fazenda Pública, já se arraigou um discurso retórico e irrefletido fundado na indispensabilidade de tais prerrogativas para a atuação do Poder Público e na presumida hipossuficiência da atuação estatal em todas as fases processuais.

Isto posto, reportando-se às considerações acerca da força normativa da Constituição na atual fase neoconstitucionalista, os princípios constitucionais apresentam relevante caráter vinculante sobre todo o ordenamento jurídico. Assim, são normas com papel fundamental, dotadas de verdadeira natureza estruturante devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes, apresentando função retórica-argumentativa. (NERY JÚNIOR, 2002, p. 29)

Conforme sintetizado por Fredie Didier Júnior (2011, p. 35):

Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele

necessários. (...) As regras também exercem uma função definitiva em relação aos princípios, na medida em que “delimitam o comportamento que deverá ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas pelos princípios.

Dessa forma, enquanto a validade formal da norma infraconstitucional é averiguada por meio da obediência aos ditames do processo legislativo, a investigação acerca de sua validade material se assenta na obrigatoriedade de guardar correlação com o conteúdo axiológico-normativo dos princípios constitucionais.

No caso em comento, a fim de verificar se a remessa necessária conta com arrimo constitucional, imperioso perquirir se a regra estabelecida no artigo 475 do Código de Processo Civil serve ao propósito de concretização do necessário estado de coisas estabelecido pelo princípio da igualdade.

4.2.1 O indevido direcionamento subjetivo do reexame necessário

De plano, o instituto em comento fere a isonomia na medida em que a norma que o prevê singulariza de maneira determinada, direcionada, um único beneficiário, a Fazenda Pública, sem abranger uma categoria de pessoas indeterminadas ou determináveis.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 25) assevera que:

Trata-se, então, de saber se a regra questionada deixa portas abertas à eventual incidência futura sobre outros destinatários inexistentes à época de sua edição, ou se, de revés, cifra-se quer ostensiva quer sub-repticiamente apenas um destinatário atual. Neste último caso é que haveria quebra do preceito igualitário.

Assim, prevista em favor de um único destinatário já determinado, sem a possibilidade de que nenhum outro sujeito ou categoria de pessoas venha a se tornar apto a receber a mesma benesse, o reexame necessário já se mostra um privilégio odioso, e não uma prerrogativa necessária.

Tal instituto afigura-se como um privilégio, justamente, porque não é concedido a qualquer parte que preencha suas condições, mas única e

exclusivamente ao Poder Público quando em juízo. Portanto, por se dirigir a um único titular, viola claramente o princípio da isonomia.

Ademais, não se pode admitir que a Fazenda Pública possui características tão singulares que permitam o *discrímen*, tendo em vista não ser a única parte que detém hipossuficiências. Inegavelmente, são execráveis as condições da advocacia privada no país, principalmente, no que tange às condições de trabalho dos profissionais menos favorecidos. Do mesmo modo, as possibilidades de trabalho nas Defensorias Públicas estão, demasiadamente, comprometidas e negligenciadas.

Também não se pode entender que a Fazenda Pública seja a única parte que pode tutelar, em Juízo, o interesse público ou direitos indisponíveis, razão pela qual não tem características singulares e exclusivas que justifiquem o *discrímen*.

Apesar da clara violação acima exposta, a ofensa ao princípio da igualdade não se encerra no aspecto de singularização atual e definitiva do sujeito contemplado com a previsão do artigo 475 do Código de Processo Civil.

4.2.2. A inexistência da alegada hipossuficiência fazendária capaz de justificar o privilégio processual do reexame necessário

Conforme exposto no desenvolver do capítulo anterior, é apontado por parte da doutrina que a *totalidade* das prerrogativas processuais consubstanciam a verdadeira observância ao preceito isonômico, vez que (I) a Fazenda Pública é hipossuficiente em relação ao particular para a defesa de suas pretensões e (II) estaria sempre na defesa do interesse público, o qual merece tutela específica dada sua relevância.

Ocorre que, nos termos da verificação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello (2003), nenhum dos fatores de diferenciação, eleitos pelo legislador e sintetizados pela doutrina, guarda pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados, ao contrário, conduzem a efeitos dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

Em que pese a Fazenda Pública, eventualmente, apresentar mazelas organizacionais e estruturais que comprometem o exercício de suas tarefas, certo é

que no momento processual em que se dá o reexame necessário não resta qualquer hipossuficiência que ainda não tenha sido adequadamente remediada.

Ao longo de toda a instrução processual, a atuação fazendária foi assegurada por meio de prerrogativas que lhe garantiram o exercício do contraditório e da ampla defesa, expedientes constitucionais tidos como imprescindíveis e suficientes para que toda parte aduza as razões da procedência de seu pedido. Nesta esteira, qualquer que seja a prerrogativa processual, ela só será legítima na medida em que for necessária ao Estado para exercer com plenitude a sua defesa em juízo, em igualdade de condições com qualquer outro litigante.

Notadamente, após a prolação da sentença de primeiro grau, o legislador já assegurou tratamento diferenciado à Fazenda Pública por meio da necessidade de intimação pessoal, do prazo em dobro para recorrer e da dispensa de preparo recursal. Deste modo, caso o procurador público identifique razões para a interposição de apelação, estão asseguradas plenas condições para defender o ente público. Mesmo que assim não fosse, o reexame necessário não é adequado para compensar eventual hipossuficiência técnica, sendo, portanto, desproporcional.

Desta maneira, a paridade até então resguardada com as demais prerrogativas processuais desaparece com a previsão do duplo grau obrigatório em favor da Fazenda Pública, tornando novamente desiguais as partes em Juízo. Isso porque o particular, se sucumbente, deverá se mobilizar para interposição de recurso com o fim de aduzir suas razões em busca da reforma da decisão; ao passo que a Fazenda Pública, se sucumbente, poderá optar por permanecer inerte, não se valer das prerrogativas processuais que lhe asseguram igualdade na interposição de recurso e, ainda assim, ver a sentença que lhe foi desfavorável ser revista *ex officio*.

Curiosamente, a possibilidade de postergação do trânsito em julgado sem a necessidade de qualquer esforço, isto é, não sendo preciso nenhuma atuação por parte dos procuradores públicos, mostra-se como um artifício demasiadamente valioso para o Estado na sua condição de maior litigante²⁴, principalmente, quando combinado com a impossibilidade de execução provisória contra à Fazenda Pública.

²⁴ Conforme apurado pela Conselho Nacional de Justiça no ano de 2012 em seu relatório “100 Maiores Litigantes”, os setores públicos das esferas federal, estadual e municipal foram responsáveis por 22,77% dos processos que chegaram à Justiça de primeiro grau, especializada ou não, e aos Juizados Especiais entre janeiro e outubro de 2011. Isto é, praticamente, um em cada quatro processos envolve a Fazenda Pública. Dados disponíveis em

Entretanto, o ardiloso efeito do reexame necessário não pode, jamais, ser considerado como razão válida para sua previsão, vez que “as regras processuais devem ser entendidas como orientadoras para proporcionar uma solução segura e justa dos conflitos, não podendo ser compreendidas de modo caprichoso, com o fito de dificultar desnecessariamente a prestação jurisdicional”. (COELHO, 2009, p. 293)

Resta, portanto, a apreciação do fator de desequiparação fundado na relevância do interesse público e sua supremacia sobre o interesse particular.

4.2.3 O equívoco da invocação do interesse público como fator de *discrímen* a autorizar o tratamento desigual conferido à Fazenda Pública mediante o reexame necessário

Sob este enfoque, a tutela do interesse público pela Fazenda Pública justificaria, em tese, o desequilíbrio processual estabelecido pela remessa necessária, tendo em vista que a proteção e a supremacia do referido interesse autorizariam certa restrição à garantia da igualdade.

Cumprе recordar que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, podendo sofrer limitações. Dessa forma, no que diz respeito aos limites da incidência dos princípios, é importante que sejam fixados critérios de sorte a não tornar os direitos e garantias fundamentais como direitos absolutos, oponíveis a tudo e a todos, pois tal irrestringibilidade não se coaduna com o Estado de Direito.

Certamente, é autorizado ao Estado, através de previsão legal, impor restrições aos bens individuais, ainda que extremamente relevantes, como a garantia da igualdade. Isso porque não há que se falar na existência de um único direito fundamental a ser tutelado, mas de um plexo de garantias conferidas a vários sujeitos, particulares ou públicos, razão pela qual, em prol do bem comum, poderão ser imprescindíveis tais limitações.

Entretanto, não pode o Estado fazê-lo de forma arbitrária, estando, pois, vinculado ao princípio da legalidade e da proporcionalidade quando da previsão legal de restrições aos direitos fundamentais. Ademais, “as leis devem ser

elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade e de racionalidade, devem guardar um real e substancial nexó com o objetivo que se quer atingir.” (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 51)

Sendo assim, a previsão legal que mitiga determinada garantia fundamental só encontra respaldo constitucional se, e somente se, tutelar de maneira primorosa outra garantia constitucional, assegurando que as limitações impostas a primeira sejam as menores possíveis. Em tese, a restrição sobre a igualdade, imposta ao particular quando vencedor em face da Fazenda Pública, guardaria consonância com a ordem constitucional por tutelar o interesse público.

Todavia, a teor da exposição feita no item 3.2, não há coincidência necessária entre a pretensão estatal aduzida em Juízo e o interesse público primário, aquele que representa, de fato, os interesses da coletividade. No mais das vezes, o interesse defendido pela Fazenda Pública abarca pretensões ligadas à particularidade do respectivo ente público, isto é, interesses públicos secundários, normalmente, de cunho econômico e associados à proteção do Erário.

Por sua vez, a proteção do Erário *per se*, pela simples intenção de garantir o menor impacto aos cofres públicos, não pode ser qualificada como interesse público primário a demandar tutela diferenciada, tampouco pode ser tida como indisponível. A condenação em pecúnia da Fazenda Pública pode refletir um prejuízo econômico imediato ao Erário e, ainda assim, significar proteção ao genuíno interesse da coletividade.

A *contrario sensu*, se admitida a proteção dos cofres públicos como um fim em si mesma, restariam autorizadas tantas outras hipóteses de violação à ordem constitucional: desapropriação sem a devida indenização do particular, estabelecimento de tributos ou tarifas com valores exagerados, resistência ao pagamento dos benefícios previdenciários e etc.

Assim, conclui-se pela desproporcionalidade entre a violação do princípio da igualdade e a eventual proteção de interesse público primário. Porquanto, a imposição de tratamento desigual ao particular não assegura que o bem comum será melhor tutelado, vez que não há como se garantir, *a priori*, que a pretensão aduzida pela Fazenda Pública é justamente aquela que acoberta o interesse público primário. Ao contrário, é possível que a procedência do pedido aduzido pelo

particular resguarde fielmente o interesse público, na medida em que concretiza a solução disposta constitucionalmente.

Lado outro, se, de fato, o interesse do ente público em Juízo coincidir com a proteção do bem comum, este não restará desamparado visto que, em sede recursal, já são asseguradas prerrogativas assaz suficientes para que os procuradores públicos possam aduzir suas razões de reforma através da apelação.

Aliás, quando não há a interposição de recurso por nenhuma das partes, há de ser colocada em xeque a eficiência do reexame necessário como meio de mudança da condenação imposta, considerando não se afigurar como meio discursivo ou dialético. Os autos são remetidos ao Tribunal sem que haja qualquer manifestação das partes, seja pelo acerto da decisão ou pela necessidade de sua revisão, restando concentrada na possibilidade de sustentação oral todo o poder de influência conferido, nesta hipótese e neste momento processual, aos litigantes.

Por todas as razões acima expostas, o instituto do reexame necessário fere de morte o princípio constitucional da igualdade, sem, contudo, apresentar contraposta tutela ao interesse público, razão pela qual a sua retirada do ordenamento jurídico é medida que se impõe como meio de restabelecer a ordem constitucional.

Não bastasse a inconstitucionalidade da previsão do artigo 475, do Código de Processo Civil, o entendimento jurisprudencial consagrado agrava, sobremaneira, o tratamento jurídico desigual conferido ao particular, apurando, equivocadamente, a natureza de indesejado privilégio fazendário²⁵.

4.3 A inconstitucionalidade da Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça

O instituto processual em análise, além da demonstrada inconstitucionalidade que lhe acomete, ainda recebeu interpretação jurisprudencial capaz de agravar a ofensa ao princípio isonômico, nos termos do entendimento

²⁵ Expressão usada ao referir-se à remessa necessária como um dos verdadeiros privilégios no processo civil, cujas razões repousariam no interesse pública e nas supostas dificuldades extraordinárias para a defesa em Juízo. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 60)

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

Em síntese, a consolidação do referido entendimento, principalmente pelos fundamentos contidos no acórdão proferido no julgamento do REsp n.º 14.238/SP, acabou por escancarar a finalidade obscura e tendenciosa do reexame necessário. Pode-se extrair este dado da própria ementa do acórdão, que corresponde ao conteúdo da fundamentação do voto relator:

PROCESSUAL CIVIL. REFORMATIO IN PEJUS EM REMESSA OFICIAL. O instituto da remessa ex officio consulta precipuamente o interesse do Estado ou da pessoa jurídica de direito público interno, quando sucumbente, para que a lide seja reavaliada por um colegiado e expurgadas imprecisões ou excessos danosos ao interesse público. Fere a proibição de reformatio in pejus a decisão que, na remessa de ofício, agrava a condenação impingida à Fazenda Pública, sabendo-se que o duplo grau de jurisdição só a ela aproveita. Se a parte vencedora no primeiro grau de jurisdição deixou de recorrer, conclui-se que se conformou, in totum, com o julgamento, não se lhe podendo beneficiar mediante um recurso cujo interesse a tutelar não é o seu. Recurso provido, por unanimidade (BRASIL. STJ. Acórdão da 1ª Turma. REsp n.º 14.238/SP. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo, Diário da Justiça, Brasília, 16 nov. 1992, p. 15.657)

Desta forma, resta afastada a possibilidade de agravamento da condenação imposta à Fazenda Pública, ainda que, em sede de reapreciação da decisão pelo reexame necessário, seja constatado algum *error in procedendo* ou *in iudicando* em detrimento do particular que deixou de recorrer. Portanto, irrefutável se mostra o tratamento desigual imposto, posto versar sobre remédio processual que tutela, propositalmente, o interesse de uma das partes.

Cumprе ressaltar que esta corrente majoritária consolidada no Enunciado do STJ – ao entender que seria incoerente o agravamento em desfavor da Fazenda Pública, posto ser o reexame necessário instituto arquitetado e previsto para defesa do interesse fazendário – faz tábula rasa da retórica-argumentativa que fundamenta tal dispositivo na proteção do interesse público.

Conforme assevera Nelson Nery Júnior (2002, p. 814), a revisão que acarrete piora da condenação imposta à Fazenda Pública não se afiguraria como *reformatio in pejus*, pois, em razão do efeito translativo²⁶ a que estão sujeitas as

²⁶ Entende-se por efeito translativo a capacidade que tem o Tribunal de avaliar matérias que não tenham sido objeto do conteúdo do recurso, por se tratar de assunto que se encontra superior à vontade das partes, notadamente no que diz respeito às matérias de ordem pública.

questões de ordem pública, ter-se-ia a simples incidência do interesse público sobre o reexame integral da sentença.

Neste mesmo sentido:

Conferir-se à remessa necessária efeito translativo 'pleno' porém *secundum eventum* afigura-se nos contraditório e inconstitucional. Contraditório porque, se há translação 'ampla', não pode ser restringida em favor da Fazenda; inconstitucional porque, se *secundum eventum*, fere a isonomia das partes no processo (BUENO FILHO, 1994 *apud* NERY JUNIOR, 2002, p. 118)

Professor Barbosa Moreira (1998, p. 426) suscita outro argumento, aduzindo que “a proibição da *reformatio in pejus* é um instituto inerente aos recursos, e não sendo a remessa obrigatória uma espécie de recurso²⁷, na sua seara não há que se falar em proibição de reforma para pior”.

Em última análise, conclui-se que, no que concerne à remessa *ex officio*, o Estado legisla em causa própria ao assegurar que a sua sucumbência implique, por si só, reapreciação da sentença, enquanto que o Tribunal Superior atua mediante razões políticas e casuístas, ao invés de pautar-se em fundamentos jurídicos.

4.4 Argumentos favoráveis secundários e a razoável duração do processo

Para além dos fundamentos teóricos acima apresentados, a previsão do reexame necessário, ainda que de maneira oblíqua, busca salvaguardar os interesses da Fazenda Pública (repita-se, não necessariamente correspondentes ao interesse público primário) contra a desídia, negligência ou omissão do procurador público. Além disso, seria, também, um instrumento de bloquear eventual conluio ou atuação ímproba do juiz de primeiro grau.

Ora, se assim o fosse, a previsão do artigo 475 do Código de Processo Civil deveria ser ampliada a fim de abarcar todas as decisões judiciais, uma vez que

²⁷ A remessa necessária não pode ser considerada como recurso, entre outras tantas razões: por não estar prevista no rol do artigo 496 do Código de Processo Civil e, portanto, não atender à taxatividade; por não observar a voluntariedade e ainda, por não resguardar a regularidade formal. Assim, afigura-se como condição de eficácia da sentença, eis que esta só transitará em julgado e produzirá seus efeitos após a reapreciação obrigatória pelo Tribunal ao qual está vinculado o que juiz a proferiu.

a adequada atuação do procurador constituído, seja ele público ou não, e a idoneidade da decisão proferida são primordiais a todo e qualquer processo, sejam quais forem as partes envolvidas.

Em que pese, ao final, ter sido mantido no texto legal por força da pressão política, já se pretendeu a retirada do instituto do reexame necessário. Neste sentido, Alfredo Buzaid fez constar, originalmente, no item 34 do Anteprojeto do Código Civil de 1973, os motivos pelas quais tal previsão merecia ser expurgada da legislação infraconstitucional, a saber:

O argumento de que os representantes do poder público podem agir com incúria não revela um defeito da função, mas do órgão, cuja inexecução no cumprimento do dever merece ser punida pelos meios regulares de direito e não por transferência ao Judiciário do controle de seu comportamento irregular. A missão do Judiciário é declarar relações jurídicas e não suprir as deficiências dos representantes da Fazenda ou do Ministério Público. Por outro lado, para obstar a formação do conluio entre as partes, no processo, confere o Código meios eficazes.²⁸

Ademais, uma vez admitida a necessidade da remessa *ex officio* como meio de assegurar a correição da decisão de primeiro grau, seria razoável que, verificado algum problema, fosse ele sanado, ainda que em prejuízo do Poder Público. Todavia, nos termos da súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça, resta inviabilizada o agravamento da condenação imposta contra a Fazenda Pública.

Ainda que não se possa afastar, por absoluto, a possibilidade de desídia ou inabilidade dos procuradores públicos, há de ser ponderado que o Poder Público vem moldando um quadro profissional altamente qualificado, selecionado mediante concursos públicos cada vez mais rigorosos e disputados. Portanto, a não interposição de recurso voluntário, no mais das vezes, pode significar a conformação com a justiça e acerto do julgado, em geral consolidada por súmulas e orientações normativas internas que estabelecem a possibilidade de o advogado público deixar de recorrer contra teses já firmadas em desfavor do Poder Público. Porém, na hipótese de existência de vício grave, já são previstos remédios processuais aptos a impugnar as sentenças nas quais já se operaram os efeitos da coisa julgada: a ação

²⁸ Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/id/177246/1/anteprojeto%20de%codigo%20de%20processo%20civil.pdf>> Acesso em 23.nov.2013.

rescisória e as ações declaratórias de nulidade ou anulatórias. (GOMES; MARTINS, 2010)

Em última análise, o reexame necessário contribui, sobremaneira, para a disseminação de uma sensação de insegurança junto aos jurisdicionados. A uma, por desacreditar a correição dos juízes de primeiro grau e, conseqüentemente de suas decisões; a duas, por conduzir ao descrédito do Poder Judiciário em razão da demora injustificada que impõe ao fim do processo.

Certo é que, a despeito das garantias processuais do devido processo legal e da razoável duração do processo, a previsão ora em tela prorroga, desnecessariamente, a satisfação de um direito reconhecido em sentença e contra o qual a parte sucumbente, isto é, Fazenda Pública, não se insurgiu. Isso porque a decisão desfavorável ao Estado só poderá ser cumprida após o seu trânsito em julgado, que por sua vez só se concretizará após a reapreciação pelo Tribunal.

Diante de todas as razões expostas, conclui-se, portanto, que, a revelia das garantias fundamentais da igualdade e da razoável duração do processo, é de clareza solar a inconstitucionalidade do reexame necessário, cuja criação legal tem o intuito de beneficiar uma única parte específica e pré-determinada – a Fazenda Pública –, e que, por entendimento jurisprudencial sumulado, não se prestará, em qualquer hipótese, para favorecer o particular.

5 CONCLUSÃO

Tendo em vista a força normativa da Constituição, reconhecida na corrente pós-positivista e na vertente do neoconstitucionalismo, as normas infraconstitucionais devem ser produzidas e interpretadas com o intuito de concretização dos direitos e garantias fundamentais. Com mais razão, dado o seu aspecto instrumental, o Direito Processual Civil não deve se afastar do conteúdo axiológico-normativo dos princípios constitucionais.

Entre tais princípios, sobreleva-se o da igualdade, que rege a interpretação de todas as garantias constitucionais e que, ainda, informa a criação e aplicação das normas positivadas. Em sua faceta processual, traduz-se na adoção de previsões legais que possibilitem a atuação equânime das partes e lhes proporcione paridade de armas. Assim, permite que sejam conferidas prerrogativas processuais diversas aos litigantes como meio de compensar odiosa desigualdade material.

Enquanto é repetido o argumento pragmático de que a previsão do reexame necessário aponta para a uma tentativa de prestigiar o princípio isonômico, eis que presume-se o Estado como hipossuficiente na relação processual, a detalhada análise desenvolvida concluiu em sentido contrário.

Apesar das eventuais mazelas do aparato estatal, observa-se que as deficiências técnicas enfrentadas pelos procuradores públicos, que embaraçariam a tarefa de defesa da Fazenda Pública, já são suficientemente compensadas com a previsão de outras prerrogativas processuais. No mais das vezes, a não interposição de recurso voluntário decorre da conformação com a justiça e acerto do julgado.

Portanto, no momento processual que se dá após a prolação da sentença, as partes já se encontram reequilibradas, sendo que a previsão do duplo grau obrigatório resulta no estabelecimento de uma nova desequiparação processual, que afigura-se desfavorável ao particular.

Idêntica é a sorte do fundamento teórico arraigado na necessária proteção do interesse público e sua supremacia sobre o interesse privado. De plano, por não existir correspondência exata entre interesse estatal e interesse público, sendo possível que a Fazenda Pública haja segundo sua pretensão particular, notadamente no que diz respeito ao seu aspecto financeiro.

Ademais, considerando a noção de interesse público primário, só merecerá tutela diferenciada aquele interesse revestido pelo escopo de concretização dos direitos e garantias constitucionais. Neste diapasão, restam acobertados pelo genuíno interesse público, entre outras, as garantias da igualdade e da razoável duração do processo.

Considerando que não se pode assegurar, *a priori*, que a tutela do interesse da Fazenda Pública coincida com a proteção do interesse público primário, conclui-se pela desproporção entre a limitação imposta à igualdade processual frente à eventual e remota maximização de outra garantia constitucional. Conforme visto, a proteção do Erário *per sí*, no sentido único de impedir gastos, não pode ser considerada como aspecto integrante da proteção ao bem comum.

Outrossim, conclui-se que o instituto apreciado contribui, sobremaneira, para a disseminação de uma sensação de insegurança aos jurisdicionados. Na prática, significa a demora injustificada da resolução da lide e o descrédito na correição das decisões de primeiro grau.

Por todas as razões acima expostas, o instituto do reexame necessário fere de morte o princípio constitucional da igualdade, sem, contudo, apresentar contraposta tutela ao interesse público, razão pela qual a sua retirada do ordenamento jurídico é medida que se impõe como meio de restabelecer a ordem constitucional.

6 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D.Ross. São Paulo: Victor Civita Editor-Editora Abril, 1984, disponível em http://sumateologica.files.wordpress.com/20-09/07/aristoteles-metafisica_etica_a_nicomaco_politica.pdf> Acesso em 10.jan.2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Súmula n.º 45. No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública. Diário da Justiça, Brasília, 26 jun. 1992. Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0045.htm> Acesso em 19.nov.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp 14.238/SP. Processual civil. Reformatio in pejus em remessa oficial. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo, Diário da Justiça, Brasília, 16 nov. 1992. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 19.nov.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária. Súmula n.º 423. Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso —ex-officio que se considera interposto —ex-lege Diário da Justiça, Brasília, 06 jul. 1964. Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0423.htm> 19.nov.2013.

BUENO, Cássio Scarpinella. **O Poder Público em Juízo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. vol. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 10.ed. Salvador: JusPodivm, 2012. vol. 3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Magno Federici; MARTINS, Márcia de Azevedo. **A inconstitucionalidade do art. 475 do Código de Processo Civil: violação aos princípios da isonomia, proporcionalidade e efetividade do procedimento**. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, volume VI, ano 4, 2010. Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf> Acesso em: 01.dez.2013

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 1.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PASSOS, José Joaquim de Calmon de. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2001, n.102.

RATTACASO, Marcus Augustus Saboia. **Restrições ao devido processo legal no âmbito da Administração Tributária Federal**. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp148762.pdf>> Acesso em: 18.nov.2013

STF, Pleno, MCADIn 1910-1-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.22.4.1999, v.u. (CPC 188); e m.v. (CPC 485 X), DJU 27.2.2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 1.

TRINDADE, André Karam, STRECK, Lênio Luiz. Apresentação. IN: TRINDADE, André Karam, STRECK, Lênio Luiz (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 10

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. Ed. Ver. Da tradução. São Paulo: RT, 2009.