

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* – MESTRADO EM DIREITO

**O REEXAME NECESSÁRIO COMO MEIO DE (IN) EFETIVIDADE DA TUTELA
JURISDICIONAL**

GISELE MAZZONI WELSCH

PORTO ALEGRE

2008

GISELE MAZZONI WELSCH

**O REEXAME NECESSÁRIO COMO MEIO DE (IN) EFETIVIDADE DA TUTELA
JURISDICIONAL**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo programa de pós-graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Araken de Assis

PORTO ALEGRE

2008

W458r

Welsch, Gisele Mazzoni

O reexame necessário como meio de (in) efetividade da tutela jurisdicional / Gisele Mazzoni Welsch – 2008.

152 f.; 29cm.

Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

Orientador: Prof. Dr. Araken de Assis.

1.Tutela jurisdicional. 2. Princípio da efetividade. 3. Recurso (Processo civil) - Revisão. 4.Reforma processual civil - Brasil. I.Título

CDU: 347 91/ 95

GISELE MAZZONI WELSCH

**O REEXAME NECESSÁRIO COMO MEIO DE (IN) EFETIVIDADE DA TUTELA
JURISDICIONAL**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre pelo programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Araken de Assis

Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner

Prof. Dr. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Araken de Assis, pelo incentivo e orientação e, sobretudo, pelo exemplo como pesquisador e jurista, o qual me ensinou, efetivamente, a realizar pesquisa científica, bem como a pensar criticamente o processo civil.

Ao meu pai, Raul Welsch, pelo constante apoio e dedicação.

Aos meus queridos colegas de mestrado, os quais me acompanharam nessa trajetória, me proporcionando trocas e acréscimos essenciais para o meu crescimento, além dos laços de amizade que construímos.

DEDICATÓRIA

Ao meu pai Raul Welsch, por representar meu maior exemplo e experiência de amor, amizade e lealdade e, sobretudo, pelo apoio e dedicação.

E aos meus avôs paternos Arno Welsch (*in memorian*) e Martha Jacobus Welsch (*in memorian*) e ao meu avô materno Carlos Gutierrez Mazzoni (*in memeorian*) por representarem meus referenciais de honra, caráter e determinação.

“O processo, e o direito, e a própria vida não se constroem à força de opções sempre radicais, e menos ainda de golpes espetaculares, senão com a paciência de combinar elementos heterogêneos e tentar costurá-los, sem grande alarde, sem demasiada ambição, num conjunto quando possível harmonioso. Será pouco, talvez; mas é o máximo a que podemos aspirar neste mundo”.

José Carlos Barbosa Moreira. Miradas sobre o Processo Civil Contemporâneo, em Temas de Direito Processual, Sexta Série, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 45.

RESUMO

O presente trabalho trata do instituto do Reexame Necessário, previsto no art. 475 do CPC e sua influência para a efetividade da Tutela Jurisdicional. Como é cediço, o processo civil reclama por maior efetividade e celeridade, por isso é necessário que se analisem institutos relacionados com tal questão. A fim de tornar possível uma ponderação acerca da razoabilidade da manutenção do dispositivo no ordenamento processual, primeiramente, se analisará sua origem histórica e o direito comparado. Após, se discorrerá sobre a natureza jurídica do instituto, dialogando as diversas correntes doutrinárias sobre o assunto. Em um terceiro momento, se abordará acerca do cabimento da remessa necessária, tratando das mudanças promovidas pela Lei nº 10.352/01. A seguir serão analisados os pontos relativos aos efeitos e procedimento, bem como seu tratamento na atual configuração legislativa. Tal estudo se baseia em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, procurando cotejar as duas fontes, para traçar um panorama completo e crítico do instituto.

Palavras Chaves: Reexame Necessário – Recurso – Eficácia – Sentença - Fazenda Pública – Garantia - Igualdade - Efetividade do Processo.

ABSTRACT

The present work is about the re-examination institute, foreseen in the art. 475 of the CPC and its influence to the effectiveness of jurisdictional tutelage. It is known that the civil process claims by more usefulness and celerity, then it is necessary that institutes related to the question are analyzed. To make prudence possible due to the reasonableness of the maintenance of the device in the procedural planning, firstly the historical origin and the compared law will be analyzed. After talking about the legal natural of the institute, dialoging the several doctrines about the subject. In a third moment, the place of necessary consignment will be approached, talking about promoted changes by the Law n° 10.352/01. Then, some points related to the effects of the procedure will be analyzed, as well as its acceptance in the current legislative configuration. This subject is based on bibliographical and jurisprudential research, trying to dialogue the two founts to track a complete and critical panorama of the institute.

Key Words: Necessary re-examination – Resource – Effectiveness – Verdict- Public State- Warrantee- Effectiveness of the process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 O REEXAME NECESSÁRIO COMO MEIO DE (IN) EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	12
1.1 DO REEXAME NECESSÁRIO: ORIGEM HISTÓRICA E DIREITO ESTRANGEIRO	12
1.1.1 Origem Histórica	12
1.2 O REEXAME NECESSÁRIO NO DIREITO ESTRANGEIRO	25
2 NATUREZA JURÍDICA DO REEXAME NECESSÁRIO	32
3 CABIMENTO DO REEXAME NECESSÁRIO	50
4 EFEITOS E PROCEDIMENTO DO REEXAME NECESSÁRIO	69
5 O REEXAME NECESSÁRIO NA ATUAL CONFIGURAÇÃO LEGISLATIVA	89
5.1 APLICAÇÃO DO § 3º DO ART. 515 DO CPC AO REEXAME NECESSÁRIO	89
5.2 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA ANTECIPATÓRIA DE TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA	94
5.3 DIREITO INTERTEMPORAL E REEXAME NECESSÁRIO	102
6 REEXAME NECESSÁRIO: GARANTIA JUSTIFICÁVEL DA FAZENDA PÚBLICA?	106
6.1 RAZÕES JUSTIFICADORAS DA MANUTENÇÃO DO REEXAME NECESSÁRIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	106
6.2 RAZÕES CONTRÁRIAS À MANUTENÇÃO DO REEXAME NECESSÁRIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	103
6.3 PONDERAÇÃO ENTRE OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS AO REEXAME NECESSÁRIO	119
CONCLUSÃO	124
REFERÊNCIAS	129

INTRODUÇÃO

A preocupação central da processualística moderna foca-se na busca de uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva¹, uma vez que a morosidade e a ineficácia se constituem em entraves para uma ordem jurídica justa. Dentre os protagonistas do problema figura o sistema recursal como a seara mais complicada e a reclamar reformas e aperfeiçoamentos em busca da efetividade e celeridade do processo.

Nesse contexto, se faz necessária a análise do instituto do reexame necessário, uma vez que o mesmo consiste em uma garantia processual em benefício da Fazenda Pública, a qual representa a maior demandada do Poder Judiciário. Assim, tal garantia acabaria por criar óbices à celeridade do processo, além de estabelecer tratamento diferenciado (discussão a respeito da lesão ao princípio da isonomia) entre o ente público e o particular.

Contudo, a busca pela tão almejada prestação jurisdicional célere e efetiva não pode justificar a extinção pura e simples do instituto do sistema, já que o mesmo possui como escopo a proteção do interesse público. Assim, mostra-se importante um estudo sobre o tema, a fim de se contribuir para a solução de tal controvérsia.

O presente trabalho busca, portanto, a análise do instituto do reexame necessário, considerando sua relação com a obtenção da efetividade do processo. Tal pesquisa procura dialogar criticamente a doutrina sobre o tema, além de cotejá-la com a jurisprudência, a fim de apresentar um panorama completo acerca do assunto.

Inicialmente, procede-se à pesquisa da origem histórica da remessa oficial, no sentido de se demonstrar a forma como a mesma foi concebida e as influências de tal fato para sua atual classificação e papel no ordenamento jurídico. Também se analisará o desenvolvimento legislativo do dispositivo até sua configuração atual, enfatizando-se as alterações promovidas pela Lei nº 10.352/01, no sentido precípua de restringir as hipóteses de cabimento do reexame necessário.

¹ Giuseppe Chiovenda, foi o primeiro a idealizar a efetividade como escopo maior do processo, celebrizando a seguinte frase: "Il processo deve dar per quanto possibile praticamente a chi há un diritto quello e propio quello ch"egli há diritto di conseguire". (CHIOVENDA, Giuseppe **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 67).

Ainda no desiderato de se buscar um melhor entendimento do instituto, tornando possível sua análise adequada no contexto atual, analisa-se sua sistemática no direito estrangeiro. Encontra-se correspondência do dispositivo na Argentina, Colômbia e Venezuela, sob a nomenclatura de *consulta*.

Após, trata-se da questão da natureza jurídica do reexame necessário, a qual se consubstancia no aspecto crucial e polêmico sobre o tema, haja vista as divergências doutrinárias sobre tal questão e sua relevância para a determinação do procedimento e efeitos da remessa obrigatória. Em que pese a doutrina majoritária a classifique como condição de eficácia da sentença, há que se considerar a controvérsia quanto sua natureza recursal. Isso porque questões relativas ao seu processamento acabam por aproximá-la da categoria recursal, além de que merece crítica a classificação como condição de eficácia pelas razões que serão expostas no tópico próprio. Ainda serão analisadas outras classificações apresentadas pela doutrina e jurisprudência, como a de ato complexo e composto.

Quanto ao cabimento, serão tratadas as hipóteses em que se afiguram cabíveis o processamento do reexame necessário, as quais se encontram previstas no art. 475 do Código de Processo Civil. A Lei nº 10.352/01 promoveu restrições quanto ao cabimento do instituto, atendendo aos reclamos no sentido de se desobstruir os Tribunais. Pela nova redação, excluiu-se a hipótese em caso de sentença anulatória de casamento, bem como limitou-se a remessa necessária a condenações cujo valor certo seja superior a 60 (sessenta) salários mínimos. A referida lei ainda restringiu a aplicação do instituto ao vedar sua ocorrência nos casos em que a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. Ainda serão tratadas outras hipóteses previstas no ordenamento jurídico e em leis extravagantes.

Relativamente aos efeitos, se discutirá sobre a incidência do efeito suspensivo, já que a sentença, enquanto não reapreciada pelo Tribunal, é inexecutível e não produz efeitos. Além de se tratar sobre a ocorrência do efeito devolutivo, translativo, expansivo e substitutivo. A questão da vedação da *reformatio in pejus* também é tratada no tópico, mostrando sua ligação com o âmbito de translatividade do reexame necessário, o qual se limita à parte da sentença que prejudicou a Fazenda Pública.

Quanto ao processamento da remessa oficial no órgão *ad quem*, é cediço que segue o modelo já fixado para a apelação. Dentro de tal aspecto, serão tratadas questões relativas à aplicação do art. 557 do CPC ao reexame necessário, bem como o cabimento dos embargos infringentes contra acórdão não unânime proferido no julgamento de reexame necessário e a questão do conhecimento do agravo retido.

A seguir, se analisará a remessa obrigatória na atual configuração legislativa, trazendo a lume o ponto relativo à aplicação do § 3º do art. 515 do CPC ao instituto, a controversa questão da possibilidade de concessão de medida antecipatória de tutela em face da Fazenda Pública e a óptica do direito intertemporal a respeito do momento da aplicação concreta da Lei nº 10.352/01 no tocante ao reexame necessário.

Por fim, se buscará uma ponderação sobre a razoabilidade e justificação da manutenção da garantia fazendária no direito processual civil brasileiro, através da confrontação dos argumentos favoráveis e contrários a tal situação, firmando-se posicionamento em defesa da conservação do instituto no sistema, preconizando-se um equilíbrio entre a necessária mudança ditada pelas dificuldades da realidade atual e a não menos imprescindível proteção aos interesses da coletividade e ao patrimônio público.

CONCLUSÃO

A pesquisa teve por objetivo o estudo e análise do instituto do reexame necessário, buscando estabelecer uma relação de causa e efeito com a questão da efetividade e celeridade do processo. Ou seja, procurou-se, através da apreciação do dispositivo, trazer contribuição no sentido de se formular entendimento a respeito de sua razoabilidade, conveniência e justificação no atual contexto jurídico.

Com a perquirição dos antecedentes históricos, mostrou-se que a apelação *ex officio*, teve sua origem histórica no Direito Processual Civil Português, com o escopo de funcionar como um contrapeso, a fim de minorar eventuais desvios e desmandos do processo inquisitório, cujas regras não se estenderam ao processo civil, o qual sempre esteve calcado no princípio dispositivo. Ainda procurou-se demonstrar suas bases e posterior evolução legislativa, a fim de se delinear de forma mais sólida questões atinentes à sua conformação atual.

A seguir, se demonstrou que a remessa obrigatória possui dispositivos análogos no direito comparado, notadamente nos países da América Latina, onde recebeu a denominação de *consulta*. Contudo, dos países da América Latina que prevêm o instituto da consulta em seus códigos, apenas a Colômbia e Venezuela o admitem das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, pois o Código de Processo Civil argentino só o admite das sentenças que decretam a interdição, não prevendo hipótese de sentenças proferidas contra a Fazenda Pública. Também no direito estrangeiro o mecanismo não apresenta natureza recursal.

Após, enfrentou-se a questão mais controversa sobre o tema, qual seja: a natureza jurídica da remessa obrigatória. A doutrina diverge quanto à classificação do instituto e, atrelada à sua concepção histórica, há corrente que lhe atribui feição recursal, a despeito da falta de requisitos essenciais inerentes aos recursos. Ocorre que questões como a ocorrência do efeito devolutivo e substituto, além do seu cabimento nos embargos infringentes, acabam por aproximá-la da caracterização como espécie recursal. Contudo, a doutrina majoritária a considera condição de eficácia da sentença, em função de sua previsão no art. 475 do CPC e pelo fato da sentença não surtir seus efeitos enquanto não for reapreciada pelo Tribunal superior. Porém, tal classificação merece crítica, pelo menos no que tange ao aspecto semântico, uma vez que ao falar-se em condição tem-se em mente evento futuro e

incerto e não é o que ocorre no reexame necessário, o qual é certo e determinado por lei. Nesse desiderato, traz-se contribuição no sentido de considerar-se nomenclatura mais apropriada, a de fator de eficácia da sentença, no sentido de representar evento que contribui para o resultado de determinado ato ou fenômeno. No caso da remessa necessária, o fenômeno ocorre no plano da eficácia, haja vista que a sentença será existente e válida, porém ineficaz enquanto não confirmada pelo Tribunal. Ainda se traz a lume classificações diversas ventiladas pela doutrina e jurisprudência, como a de quase-recurso e de ato complexo e composto.

No capítulo atinente ao cabimento, procurou-se demonstrar as hipóteses em que se faz necessário o manejo do reexame, de acordo com a nova configuração imposta pelas alterações e restrições impostas pela Lei nº 10.352/2001. A referida lei institui as seguintes mudanças: 1) incorporou ao CPC a exigência de reexame necessário das sentenças proferidas contra as autarquias e fundações públicas, regra esta que se encontrava em lei extravagante (art. 10 da Lei nº 9.469/97); 2) eliminou a hipótese de reexame nas sentenças de anulação do casamento; 3) corrigiu o equívoco no inciso III (atual II), porquanto entendeu-se que era incorreta a referência à improcedência da execução da dívida ativa, consignando, na nova redação, a procedência dos embargos à execução fiscal (modo como se reconhece a improcedência da dívida ativa); 4) corrigiu impropriedade contida no § 1º, eliminando a expressão *apelação voluntária*, para aludir a *apelação apenas* (todo recurso é voluntário); 5) baniu a idéia de discricionariedade na avocação do processo nos casos em que não determinada a remessa ao tribunal *ad quem*, substituindo-se a expressão *poderá* por *deverá* e 6) limitou a hipótese de reexame às condenações superiores a sessenta salários mínimos e às matérias não sedimentadas na jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores. Ainda foram tratadas outras hipóteses de cabimento previstas no ordenamento jurídico e em leis extravagantes, além da questão do não cabimento da remessa obrigatória nas sentenças que não analisam o mérito ou meramente terminativas, salvo nas hipóteses em que for determinado algum prejuízo para a Fazenda Pública.

No ponto referente aos efeitos e procedimento do reexame necessário, tratou-se da incidência do efeito suspensivo, determinando que a sentença, enquanto não reexaminada pelo Tribunal, é inexecutível e não produz seus efeitos. Todavia, tal regra comporta exceções, as quais dizem respeito aos casos previstos no art. 520, I a VII, do CPC, os quais admitem a execução provisória mesmo em face da Fazenda

Pública, além da hipótese prevista no art. 12, parágrafo único da Lei 1.533/1951. Ainda há outra hipótese, constante no art. 13, § 1º da Lei Complementar 76 de 1993, que dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária e, ainda, o caso expresso no parágrafo 1º do art. 28 do Decreto-Lei 3.365/41, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Ainda foram aventadas as ocorrências dos efeitos devolutivo, translativo, expansivo e substitutivo no reexame necessário. A questão da vedação da *reformatio in pejus* também foi analisada no tópico, mostrando sua ligação com o âmbito de translatividade do reexame necessário, o qual se limita à parte da sentença que prejudicou a Fazenda Pública, bem como a proibição de alteração negativa da decisão.

Quanto ao processamento da remessa oficial no órgão ad quem, verificou-se que a mesma segue o modelo já fixado para a apelação. Dentro de tal aspecto, constatou-se que a jurisprudência é dominante no sentido de admitir a aplicação do art. 557 do CPC ao reexame necessário, apesar da doutrina mostrar-se dividida. Ainda se abordou o cabimento dos embargos infringentes contra acórdão não unânime proferido no julgamento de reexame necessário. Existem duas correntes doutrinárias sobre a questão: aqueles que atribuem natureza recursal ao reexame necessário entendem pelo cabimento dos embargos infringentes e aqueles que não lhe atribuem tal natureza, entendem pelo descabimento. Há ainda posição intermediária no sentido de que caberiam os embargos infringentes no reexame necessário em razão da identidade de procedimento com a apelação. A jurisprudência também comporta os dois entendimentos, apesar de direcionar-se para o cabimento. Quanto à questão do conhecimento do agravo retido, demonstrou-se que fere o princípio da isonomia, principalmente para aqueles que admitem a ampla devolução, independentemente do resultado do julgamento e, se o reexame necessário só pode beneficiar a Fazenda Pública, conclui-se pelo não conhecimento do agravo retido. Porém tal entendimento não é unânime na doutrina.

Ainda pretendeu-se uma análise da sistemática do reexame necessário considerando sua atual configuração legislativa, onde se apresenta possível a aplicação do § 3º do art. 515 do CPC, uma vez que inexistente regra específica determinando que, estando a causa em condições de julgamento, tenha que retornar ao juízo de primeiro grau para sofrer reexame necessário pela mesma câmara cível que já estava, anteriormente, preparada para julgar a causa. Após, tratou-se da

possibilidade de concessão de medida antecipatória de tutela em face da Fazenda Pública, mostrando-se a doutrina controvertida a respeito, apresentando fortes argumentos que se abrem em duas vertentes relativamente a tal questão. Há parcela da doutrina que atenta para o fato de que aplicar interpretação extensiva do art. 475 do CPC, instituto que tem caráter excepcional e, *ipso facto*, deve ser interpretado de forma restritiva (o dispositivo prevê apenas sentença e não decisão interlocutória), viola o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias. Contudo, outra facção da doutrina entende pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico, admitindo-se a extensão da previsão do art. 475 do CPC às decisões interlocutórias. Analisou-se também a questão do direito intertemporal a respeito do momento da aplicação concreta da Lei n° 10.352/01 no tocante ao reexame necessário, restando claro que nos recursos, a sentença marcará o prazo recursal, mas trata-se de direito da parte vencida recorrer, por sua vontade. No reexame necessário, diferentemente, aguardar-se-à a manifestação do órgão *ad quem*, sem a qual a sentença não produzirá efeitos integrais. Se no primeiro caso a lei nova não pode macular o direito, exercido pela vontade, então adquirido, no segundo não há direito adquirido a resguardar. A lei se aplica, portanto, de imediato.

Por fim, se procedeu a uma ponderação sobre a razoabilidade e justificação da preservação da garantia da Fazenda no direito processual civil brasileiro, através da confrontação dos argumentos favoráveis e contrários a tal situação, firmando-se posicionamento pela conservação do instituto no sistema, preconizando-se um equilíbrio entre a necessária mudança ditada pelas dificuldades hodiernas e a não menos imprescindível proteção aos interesses da coletividade e ao patrimônio público. Sendo o objetivo do instituto do reexame necessário o resguardo do interesse público, o mesmo não pode sucumbir em face de eventual propósito de celeridade processual, haja vista a maior densidade axiológica de que é revestido o princípio da proteção do interesse público. Ademais, considerando-se que, no mais das vezes, a Fazenda Pública acaba recorrendo das sentenças contrárias a ela, a supressão da remessa necessária não traria muitos avanços em direção à celeridade em termos práticos. Sendo assim, é preciso que se perceba que o mecanismo não se constitui em um dos protagonistas da problemática da morosidade processual, já que, ainda que o mesmo fosse banido, o problema

persistiria e os interesses de ordem pública ficariam mais expostos e fragilizados, fato que causaria problemas ainda mais graves.