



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

MARCEL BETTONI PINHEIRO

**A POSSIBILIDADE DE *REFORMATIO IN PEJUS* CONTRA A
FAZENDA PÚBLICA NA REMESSA NECESSÁRIA**

JUIZ DE FORA

2009

LI 101
E 100 (1004)



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

MARCEL BETTONI PINHEIRO

**A POSSIBILIDADE DE *REFORMATIO IN PEJUS* CONTRA A
FAZENDA PÚBLICA NA REMESSA NECESSÁRIA**

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos/Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

JUIZ DE FORA

2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

MARCEL BETTONI PINHEIRO

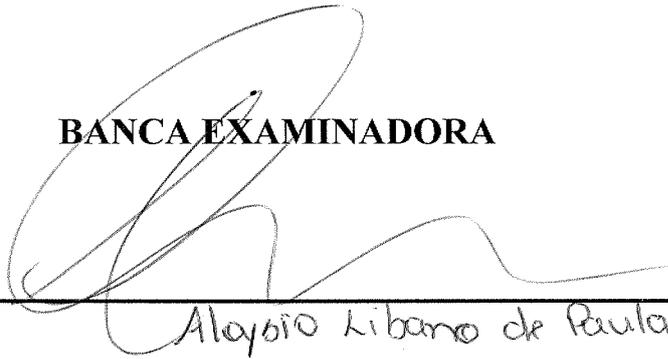
Aluno

A POSSIBILIDADE DE "REFORMATIO IN PEJUS" CONTRA A
FAZENDA PÚBLICA NA REFORMA NECESSÁRIA

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA



Aloysio Libano de Paula Júnior



Adriana de Almeida Menezes



Carmem Lúcia Machado

Aprovada em 25/06/2009.

Dedico esta monografia a minha mãe Marli e a meu pai João Roberto pelo apoio incondicional durante a realização desta árdua caminhada.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus por fortalecer meu espírito e não me deixar desistir. Agradeço também ao professor Aloysio pelas orientações que viabilizaram o desenvolvimento deste trabalho.

A Ciência do Direito opera com conceitos fornecidos pela experiência comum, pelas ciências e com as noções que ela própria elabora.

Paulo Nader

RESUMO

A presente monografia tem por escopo demonstrar que é possível a *Reformatio in Pejus* contra a Fazenda Pública na Remessa necessária, ao contrário do que preceitua a súmula de número 45 do Superior Tribunal de Justiça, que por sua vez proíbe que a situação da Fazenda seja agravada quando do reexame, sendo que tal posicionamento não está amparado pelos preceitos basilares do instituto, contrariando sua natureza jurídica e mitigando o efeito provocado pela remessa dos autos ao Tribunal *ad quem* para um novo julgamento, devendo, portanto, tal súmula ser revista, baseando-se no que a doutrina especializada ensina sobre a Remessa Necessária.

Palavras-chave: Remessa Necessária. Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus*. Súmula nº45 do Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	09
3 RECURSOS.....	11
3.1 Conceito.....	11
3.2 Efeitos.....	13
3.2.1 Efeito Devolutivo.....	14
3.2.2 Efeito Suspensivo.....	14
3.2.3 Efeito Expansivo.....	15
3.2.4 Efeito Substitutivo.....	16
3.2.5 Efeito Translativo.....	17
4 REMESSA NECESSÁRIA.....	18
4.1 Contexto Histórico.....	18
4.1.1 A Criação do Instituto.....	19
4.1.2 A Inserção do Instituto no Direito Brasileiro.....	19
4.2 Hipóteses de Aplicação.....	21
4.3 Exceções às Hipóteses de Aplicação.....	22
4.4 Natureza Jurídica da Remessa Necessária.....	26
5 A REFORMATIO IN PEJUS NA REMESSA NECESSÁRIA.....	30
5.1 O Princípio da Proibição da <i>Reformatio in Pejus</i>.....	30
5.2 A Remessa Necessária e a Súmula nº 45 do Superior Tribunal de Justiça.....	33
6 CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	39

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a polêmica questão da aplicação do Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus* à Remessa Necessária. Para tanto, torna-se indispensável à análise minuciosa dos elementos constitutivos deste instituto, perfazendo seu caminho histórico desde seu surgimento até os dias atuais, desvendando sua natureza jurídica e observando as consequências provocadas no mundo jurídico devido à aplicação do reexame obrigatório, sendo tais observações de grande importância para a resolução do problema.

Tendo em vista existir entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não se pode piorar a situação da Fazenda Pública quando da Remessa Necessária, torna-se essencial tal estudo, já que, percebe-se que este Colendo Tribunal está incorrendo em grave equívoco, sendo certo que este posicionamento vem lesando a muitos que demandam contra a Fazenda Pública.

A súmula em questão é a de número 45, que assim dispõe: “No reexame necessário é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta a Fazenda Pública.” Verifica-se que tal entendimento não se coaduna com a estrutura da Remessa Necessária, pelo que se faz essencial ampla análise apta a consolidar a argumentação direcionada a não-aplicação do Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus* ao instituto da Remessa Necessária.

É importante, para tanto, que se fixem questões basilares a respeito dos Recursos, para que assim, através de sistemática comparação, possa se chegar à natureza jurídica da Remessa Necessária, levando-se em consideração que o Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus* é próprio dos recursos, devendo somente a eles ser aplicado.

O efeito advindo da Remessa Necessária da questão ao tribunal *ad quem* constitui, igualmente, elemento fundamental para a demonstração que aqui se pretende fazer, qual seja, de que é possível o agravamento da situação da Fazenda Pública na Remessa Necessária, e de que o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça não está em consonância com os elementos constitutivos do instituto, devendo, portanto, tal posicionamento ser revisto.

2 O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O Princípio do Duplo grau de Jurisdição se faz de suma importância, não só para o Direito Processual Civil, mas também para todos os outros ramos do Direito, sendo tal princípio garantidor da parte que deseja recorrer de decisão proferida pelo juízo *a quo*.

Segundo Humberto Theodoro Junior¹, tal princípio “consiste na possibilidade de submeter-se a lide a exames sucessivos, por juízes diferentes, como garantia da boa solução.” Ou seja, além de amenizar o inconformismo da parte vencida, faz ainda com que o magistrado zele pela boa produção de sua decisão ao saber que sua sentença pode ser revista por um juízo *ad quem*. Neste sentido leciona Amaral dos Santos, *apud* Humberto Theodoro Junior², que “a possibilidade do reexame recomenda ao juiz inferior maior cuidado na elaboração da sentença e o estímulo ao aprimoramento de suas aptidões funcionais, como título para uma ascensão nos quadros da magistratura”. Assevera, ainda, Nelson Nery Júnior³, em importante explanação, que “tendo em vista a falibilidade do ser humano, não seria razoável pretender-se fosse o juiz homem imune a falhas, capaz de decidir de modo definitivo sem que ninguém pudesse questioná-lo em sua fundamentação ao julgar”. Para este consagrado doutrinador⁴, o Duplo Grau de Jurisdição consiste em:

...estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso. Não é necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso ou de categoria hierárquica superior à daquele que realizou o primeiro exame.

Nelson Nery Júnior⁵ entende que Constituição Federal faz previsão ao princípio do Duplo Grau de Jurisdição quando estipula que os tribunais do país terão competência para julgar causas originariamente e em grau de recurso, sendo que, a própria Constituição limita a abrangência desse princípio, por exemplo, ao enumerar as hipóteses em que cabe o recurso

¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol.I. 44ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense,2006.p 614.

² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol.I. 44ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense,2006.p 614.

³ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.39.

⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.44.

⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.41.

ordinário e extraordinário, e, em dizer que as decisões do Tribunal Superior Eleitoral são irrecuráveis, salvo quando contrariarem a Constituição Federal (art.121,§3º,CF).

Para Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha⁶, a Constituição trata do princípio em seu art.5º, inciso LV, ao assegurar o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, destacando-se que em citado artigo não se encontra o princípio expressamente, sendo ali elencados instrumentos para o exercício da ampla defesa.

Tal situação difere-se da que se encontrava na Constituição do Império de 1824, onde, em seu art.158, havia a garantia absoluta do Duplo Grau de Jurisdição, permitindo que a causa fosse reapreciada sempre que a parte desejasse,⁷ assim dispondo: “Para julgar as causas em segunda e última instância haverá nas províncias do império as relações que forem necessárias para as comodidades dos povos.” Nelson Nery Junior⁸ acrescenta que a Constituição de 1988 não garante o duplo grau de jurisdição ilimitadamente como na carta de 1824 devido ao fato de, “para que se efetive o binômio segurança-justiça, os litígios não poderiam perpetuar-se no tempo, a pretexto de conferirem maior segurança àqueles que estão em juízo buscando a atividade jurisdicional substituidora de suas vontades”.

Poderá a União, através de lei federal infraconstitucional, criar, modificar, ampliar ou extinguir os meios recursais, não podendo, porém, modificar os já regulados pela Constituição Federal, como por exemplo, o recurso Extraordinário, previsto no art.105,III, da Constituição,⁹ sendo os recursos constitucionais garantia imutável ao jurisdicionado.

Importante frisar que, uma vez inserido no sistema jurídico, o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição é de ordem pública, não podendo as partes, por exemplo, estabelecer o cabimento de Apelação se não for tal recurso cabível. As partes não podem criar também um segundo ou terceiro grau, nem deixar de passar por um, pleiteando o reconhecimento de um grau acima.¹⁰ O que as partes podem fazer é renunciar ou desistir da interposição de um recurso.

Verifica-se, portanto, a grande importância deste princípio para o nosso sistema jurídico, esteja ele expresso ou não em nossa Constituição, pois com ele, o jurisdicionado encontra a possibilidade de ver a decisão que lhe desagrade ser reexaminada, e se for o caso,

⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.3. 7ªed. Salvador: Editora Podvm,2009.p.20.

⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p211.

⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.40.

⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.43.

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.48.

ter sanado o erro cometido por magistrado de instância inferior, isto é claro, se a lei prever a possibilidade de um eventual recurso, e portanto, do Duplo Grau de Jurisdição.

3 RECURSOS

Analisa-se agora importante item apto a subsidiar uma posterior investigação acerca da natureza jurídica da Remessa Necessária, bem como, a discussão sobre a aplicação do Princípio da Proibição da *Reformatio in pejus* neste instituto.

3.1 Conceito

O conceito de recurso amplamente aceito pela doutrina brasileira é o elaborado por Barbosa Moreira¹¹, que dispõe ser o recurso um “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”.

Passa-se a fazer a análise deste conceito, inicialmente, verificando o caráter de remédio processual atribuído aos recursos.

A forma de se atacar atos processuais viciados advindos de pronunciamento judicial, são os chamados *remédios processuais*, que serão utilizados objetivando evitar a geração de algum efeito danoso,¹² ou seja, para a eliminação de um ato processual, ou para que se faça a adequação da legalidade deste ato à conveniência e justiça, usa-se um meio processual disponível ao jurisdicionado chamado remédio processual.

Nelson Nery Júnior¹³ ensina que tais remédios podem ser divididos em duas espécies, quais sejam, a retificação do ato, onde busca-se a eliminação do vício, e uma segunda espécie, onde se busca exatamente a adequação da legalidade do ato a sua conveniência e justiça, sendo que esta espécie comporta uma subdivisão: a convalidação do

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol.5 11ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p.233.

¹² NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p.201.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.203.

ato, quando a este ato viciado se atribui eficácia; e o Recurso, quando se nega eficácia ao ato viciado. Desta forma, observa-se ser o recurso uma espécie do gênero remédio.

Quanto à voluntariedade, trata-se de remédio *voluntário* tendo em vista que a interposição de um recurso depende, antes de tudo, da vontade da parte em recorrer. A vontade de recorrer é gerada pela insatisfação causada pelo provimento judicial que não satisfaz suas expectativas.

A interposição de um recurso não dá ensejo a um novo processo, surgindo dentro do mesmo processo em que foi proferida a decisão impugnada. Esta é a característica que diferencia os recursos das ações autônomas de impugnação,¹⁴ que por sua vez originam um novo processo. Neste sentido, Nelson Nery Júnior¹⁵ argumenta que:

Este é o traço distintivo estabelecido pela divisão clássica entre os meios de impugnação das decisões judiciais: recursos, exercitáveis dentro da mesma relação processual contra decisões ainda não transitadas em julgado, e as ações autônomas de impugnação, voltadas principalmente contra as decisões já acobertadas pela autoridade de coisa julgada.

Ainda, em análise ao conceito de Barbosa Moreira, o recurso permite que possam ser alcançados quatro resultados, que são: a reforma, a invalidação, o esclarecimento e a integração.

A reforma se perfaz quando o recorrente demonstra a existência, na decisão recorrida, de um erro de julgamento, ou seja, um *error in iudicando*. Isto ocorre quando o juiz, deturpando a vontade do direito positivo, atribuir a este uma vontade que não é a sua vontade concreta, aquela estipulada no texto legal.¹⁶

Já a invalidação se dará na ocorrência de um *error in procedendo*, ou seja, quando o recurso se fundamentar no descumprimento de uma norma processual, acarretando, assim, a nulidade da decisão.¹⁷

Quanto ao esclarecimento, algumas decisões proferidas pelo magistrado podem mostrar-se obscuras ou contraditórias. O recurso em face deste tipo de decisão almeja que seja esclarecido o que não se pode entender devido à obscuridade ou contradição. Não se requer

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. vol.2. 14ªed. Rio de Janeiro:Lumen Juris Editora, 2007. p.56.

¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.207.

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. vol.2. 14ªed. Rio de Janeiro:Lumen Juris Editora, 2007. p.56.

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. vol.2. 14ªed. Rio de Janeiro:Lumen Juris Editora, 2007. p.57.

do juízo uma nova decisão, mas tão somente que a torne de entendimento possível para que a mesma possa ser cumprida ou questionada.

Por último, o recurso pode servir à integração da decisão judicial. Neste sentido, Alexandre Câmara¹⁸ conclui que “o recurso será destinado a suprir omissões contidas na decisão judicial”. Como se vê neste caso, a atividade julgadora ainda funciona, não se encerrando, pois o juiz deverá se manifestar sobre questão que restou por omissa na sentença, diferente do que ocorre no caso de esclarecimento, em que o juiz analisou a questão, porém, não se fez entender.

Finalizando a análise acerca do conceito de recurso elaborado por Barbosa Moreira, tem-se que, só cabe recurso contra decisões judiciais ou provimentos que possuam conteúdo decisório, como as sentenças, as decisões interlocutórias e os acórdãos. Já os despachos de mero expediente, que não possuem conteúdo decisório, são irrecorríveis.¹⁹

3.2 Efeitos

Ao tratar dos efeitos gerados pelo recebimento de um recurso pelo Tribunal “*ad quem*”, a doutrina pátria, em sua maioria, limita-se a abordar os efeitos devolutivo e suspensivo.

Porém, o recebimento de um recurso pode gerar outros efeitos processuais que necessariamente devem ser tratados por serem figuras presentes no desenvolvimento processual de uma demanda.

Trata-se da geração dos efeitos, expansivo, substitutivo e translativo, que serão tratados juntamente com os efeitos devolutivo e suspensivo.

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol.2. 14ªed. Rio de Janeiro:Lumen Juris Editora, 2007. p.59.

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol.2. 14ªed. Rio de Janeiro:Lumen Juris Editora, 2007. p.59.

3.2.1 Efeito Devolutivo

O efeito devolutivo advém diretamente do Princípio Dispositivo, princípio este que delega às partes a tarefa de tomar toda iniciativa na propositura da ação, na produção de provas, entre outros atributos pertinentes a pleitear a tutela jurisdicional, “limitando-se o juiz à função de mero expectador.”²⁰ Assim, deverá o juiz esperar que a parte interessada provoque o judiciário, e, posteriormente, deverá o magistrado decidir seguindo os contornos do que foi pleiteado, dentro dos limites do pedido traçados na Petição Inicial.

O Princípio Dispositivo também se aplica em grau de recurso, pois aqui, o recorrente também especificará o que quer ver reformado, remetendo ao órgão *ad quem* a matéria que crê não ter sido julgada corretamente pelo juízo *a quo*. Portanto, através do recurso devolve-se a matéria especificada para uma nova análise do Tribunal, ficando o juiz limitado a julgar o que constar no pedido do recorrente. Neste sentido, Nelson Nery Júnior²¹ ensina que, “é esse pedido de nova decisão que fixa os limites e o âmbito de devolutividade de todo e qualquer recurso (*tantum devolutum quantum appellatum*). Daí a razão pela qual o efeito devolutivo pressupõe sempre o ato de impugnação.”

Desta forma o órgão “*ad quem*” só poderá apreciar o mérito do recurso se o recorrente especificou o que quer que se reforme e porque, fazendo assim, o pedido de nova decisão.

3.2.2 Efeito Suspensivo

Por este efeito, a decisão recorrida fica impedida de ser executada e gerar efeitos até que se julgue o recurso e transite em julgado tal julgamento.

Para que seja atribuído efeito suspensivo ao recurso, é necessário, além de caber recurso contra aquela decisão, que tal recurso admita o efeito suspensivo.

²⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol.I. 44ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p 29.

²¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.429.

Nelson Nery Júnior²² apregoa que “a suspensividade está ligada mais a recorribilidade do que ao recurso”, isto porque, durante o prazo para a interposição do recurso o efeito suspensivo já existe, e termina quando acabar o prazo para recorrer e a parte não o fizer, ou até o julgamento do recurso, quando, nesta hipótese, a parte recorrer, desde que a lei faça a previsão do efeito suspensivo para o recurso cabível.

Durante o efeito suspensivo, não se pode executar a decisão recorrida, ou seja, interrompe-se o procedimento até que se decida a questão. Isto não impede, por exemplo, que a parte tome iniciativa para assegurar uma futura execução através do ajuizamento de uma medida cautelar, desde que, se preencha os requisitos inerentes a esta.²³

3.2.3 Efeito Expansivo

Haverá efeito expansivo quando o julgamento do recurso necessitar de decisão que abranja mais do que o reexame da matéria objeto do recurso.²⁴

O efeito expansivo poderá ser objetivo interno ou externo, ou subjetivo. Como exemplo do efeito expansivo objetivo interno, Nelson Nery Junior²⁵ cita o seguinte caso: “o Tribunal, ao apreciar a apelação interposta contra sentença de mérito, por exemplo, dá-lhe provimento e acolhe preliminar de litispendência.”. Neste caso, toda sentença recorrida será invalidada devido à decisão da questão preliminar se estender, e o resultado do julgamento da apelação ter sido a extinção do processo sem resolução do mérito. Assim, quando “o efeito expansivo se dá relativamente ao mesmo ato impugnado, diz-se que é interno.”²⁶

Já o efeito expansivo objetivo externo “se dá relativamente a outros atos praticados no processo, e não apenas ao mesmo ato impugnado.”²⁷ Como exemplo, temos que, todos os atos processuais praticados após a interposição de agravo de instrumento, e este for provido pelo Tribunal, serão considerados sem efeito.

²² NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.446.

²³ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.447.

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.477.

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.477.

²⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.478.

²⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.478.

Quando a extensão dos efeitos do julgamento acontecer do ponto de vista subjetivo, estaremos diante do efeito expansivo subjetivo. Nelson Nery Junior²⁸ dá o seguinte exemplo a respeito: “É o caso, por exemplo, do recurso interposto por apenas um dos litisconsortes sob o regime da unitariedade. O art.509 do CPC diz que o recurso de um litisconsorte aproveita aos demais, salvo quando distintos ou opostos seus interesses.”

Assim, o recurso interposto por um litisconsorte beneficia o outro, mesmo sem este ter se manifestado. Trata-se do efeito expansivo subjetivo causado pela interposição de um recurso.

3.2.4 Efeito Substitutivo

O art.512 do Código de Processo Civil dispõe que “o julgamento proferido pelo Tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.”

Portanto, para que haja o efeito substitutivo, o recurso deverá ser julgado pelo mérito, manifestando-se o Tribunal sobre a correção ou não da sentença proferida pelo juízo *a quo*. Neste sentido, Nelson Nery Junior²⁹ prescreve:

Conhecido o recurso, pelo juízo de admissibilidade positivo, passando-se ao exame do mérito recursal, haverá efeito substitutivo do recurso quando: a) em qualquer hipótese (*error in iudicando* ou *error in procedendo*) for negado provimento ao recurso; b) em caso de *error in iudicando*, for dado provimento ao recurso.

Desta forma, verifica-se que, mesmo o Tribunal julgando improcedente o recurso, ou seja, julgando pela positividade da sentença do juízo “*a quo*”, ainda assim haverá o efeito substitutivo, pois o que valerá daí em diante é a decisão do Tribunal, e não a decisão recorrida, observando-se os efeitos do acórdão.

Só quando o objeto do recurso for “*error in iudicando*” haverá efeito substitutivo, seja provido ou não o recurso. No caso de “*error in procedendo*” do juiz, a substitutividade

²⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.479.

²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.488.

só se dará se o provimento do recurso for negado, já que no caso de provimento, a decisão recorrida será anulada, não podendo ser substituída.³⁰

3.2.5 Efeito Translativo

Diferente do que ocorre com o efeito devolutivo, em que o recorrente provoca a manifestação do juízo *ad quem*, sendo tal efeito pura manifestação do Princípio Dispositivo, o efeito translativo acontece nos casos em que o órgão superior fica autorizado a julgar fora dos limites da lide, e a conhecer determinadas matérias de ofício. Isto acontece nos casos em que estão presentes matérias de ordem pública.

O Art.267, §3º, do Código de Processo Civil, é um exemplo de questões de ordem pública que devem ser apreciadas de ofício pelo magistrado:

Art.267.(...)

§3º. O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI.

Os referidos incisos tratam respectivamente de:

IV- quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V- quando o juiz acolher alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI- quando não ocorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Estas são, portanto, matérias de ordem pública que devem ser apreciadas obrigatoriamente, seja pelo juízo *a quo* ou pelo juízo *ad quem*. Caso a questão não tenha sido apreciada em seu juízo de origem, será feita sua translação ao juízo recursal.

O efeito translativo origina-se da aplicação do Princípio Inquisitivo, pelo qual, o juiz terá liberdade para iniciar o processo, bem como, o desenvolver. Neste sentido ensina Humberto Theodoro Júnior³¹:

³⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.489.

Caracteriza-se o Princípio Inquisitivo pela liberdade da iniciativa conferida ao juiz, tanto na instauração da relação processual, como no seu desenvolvimento. Por todos os meios ao seu alcance, o julgador procura descobrir a verdade real, independentemente de iniciativa ou colaboração das partes.

O Princípio Inquisitivo e o efeito translativo serão de suma importância para o presente trabalho, na oportuna análise da aplicação ou não do Princípio da Proibição da *Reformatio in pejus* contra a Fazenda Pública na Remessa Necessária, tendo em vista que a Remessa Necessária originou-se do Princípio Inquisitivo, dando ensejo ao efeito translativo.

4 REMESSA NECESSÁRIA

Passa-se agora ao estudo do instituto da Remessa Necessária, observando como foi criada, sua introdução em nosso direito, as hipóteses de aplicação previstas no artigo 475 do Código de Processo civil, as hipóteses de sua dispensa, e ainda, sua natureza jurídica.

4.1 Contexto Histórico

Verifica-se aqui como surgiu a Remessa Necessária, procurando averiguar-se qual sua origem, ou seja, onde foi criada, averiguando-se também quando e como se deu sua inserção em nosso ordenamento jurídico.

³¹THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol.I. 44ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense,2006.p 29.

4.1.1 A Criação do Instituto

A criação da Remessa Necessária é atribuída, pela doutrina estudiosa do tema, ao Direito Português.³² Devido aos poderes que possuía o magistrado português à época do processo inquisitório, o direito português viu-se pressionado a criar um instrumento de controle do judiciário, tendo em vista que, o quão perigoso seria deixar que o juiz inquisidor tomasse decisões sem que as mesmas fossem analisadas e referendadas por um corte imparcial. Criou-se, então, a chamada Apelação *ex officio*. Neste sentido Nelson Nery Júnior³³ aborda a questão:

A justificação histórica do aparecimento da remessa obrigatória se encontra nos amplos poderes que tinha o magistrado no direito intermédio, quando da vigência do processo inquisitório. O direito lusitano criou, então, a apelação *ex officio*, para atuar como sistema de freio àqueles poderes quase onipotentes do juiz inquisitorial.

Informa ainda o consagrado doutrinador que a apelação *ex officio* foi criada pela lei de 12 de março de 1355, a qual previa que “o juiz deveria apelar pela justiça, em que alguém fosse acusado de homicídio, aos Ouvidores do Crime”.³⁴

Pelo exposto, averigua-se que a apelação *ex officio* não era utilizada no Processo Civil, mas sim, no Processo Penal português. A lei de 12 de março de 1355 se manteve, além das ordenações Afonsinas, época de sua criação, também nas ordenações Manuelinas e Filipinas, demonstrando, portanto, a importância do instituto criado.

4.1.2 A Inserção do Instituto no Direito Brasileiro

A doutrina especializada³⁵ atribui a inserção da Remessa Necessária no Direito brasileiro à publicação da lei de 04 de outubro de 1831³⁶, que em seu artigo 90 assim dispunha:

³² NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.76.

³³ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.76.

³⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.76.

³⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.76.

Art.90. Fica extinto o actual Erário e o Conselho da Fazenda. As justificações neste Tribunal serão feitas perante juizes territoriais, com audiência do Procurador Fiscal; e as sentenças, que nele se proferir a favor dos justificantes, serão sempre appelladas *ex officio* para a relação do Districto, sob pena de nulidade.

Desta forma verifica-se a determinação legal para que o juiz remetesse ao Tribunal sentença que incidisse desfavoravelmente ao erário da Fazenda Nacional.

Posteriormente, em 1939, com a criação do Código de Processo Civil Brasileiro, o instituto foi mantido. O decreto lei nº1608, que unificou o sistema processual brasileiro transformando-se em Código de Processo Civil, em seu artigo 822 dispunha sobre a “Apelação Necessária”, deixando-a no capítulo concernente aos Recursos.³⁷ Eis o teor do artigo:

Art.822. A apelação necessária ou *ex officio* será imposta pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença.

Parágrafo único. Haverá apelação necessária:

I – das sentenças que declarem nulidade do casamento;

II – das que homologam o desquite amigável;

III – das proferidas contra a União, o Estado ou o Município.

O atual Código de Processo Civil, lei nº5.869 de 11 de janeiro de 1973, manteve o instituto em seu artigo 475. Nelson Nery Júnior observa que houve a alteração da localização topográfica do instituto, sendo retirado do capítulo concernente aos recursos, e ainda, não se repetiu no atual código o nome apelação *ex officio*.³⁸ Hoje, doutrina e jurisprudência atribuem diferentes denominações ao instituto, tais como, Remessa Necessária, Duplo Grau de Jurisdição Obrigatório, Reexame Obrigatório, entre outros.

³⁶ Lei de 4 de outubro de 1831, art.90.

³⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.76.

³⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.76.

4.2 Hipóteses de Aplicação

Estarão sujeitas a Remessa Necessária as hipóteses elencadas no artigo 475 do Código de Processo Civil. Eis as situações sobre as quais será obrigatório o reexame:

Art.475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmado 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.

Observa-se que estão sujeitas a Remessa Necessária apenas as sentenças, não sendo alcançadas as decisões interlocutórias

O inciso I do artigo 475 determina o reexame necessário das sentenças proferidas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as autarquias e fundações de direito público destes entes. Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha³⁹ acrescentam que as agências reguladoras também se enquadram neste inciso, já que são autarquias especiais. Desta forma, estão sujeitas ao segundo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública.

O artigo 475 é claro ao dispor que a sentença sujeita à Remessa Necessária é aquela proferida contra a Fazenda Pública. A doutrina entende que sentença proferida contra a Fazenda Pública é aquela que extingue o processo com resolução do mérito, não cabendo Remessa Necessária para sentenças que extingue o processo sem resolução do mérito.⁴⁰

Deve-se enfatizar, também, que a Fazenda Pública tem que ocupar o pólo passivo da demanda, não cabendo o reexame se esta figurar no pólo ativo, pois neste caso não se profere sentença contra a Fazenda, pois “somente se profere sentença contra o réu”.⁴¹

O julgamento procedente dos Embargos à Execução, no todo ou em parte, na execução de dívida ativa da fazenda pública, é a hipótese de Remessa Necessária disposta no

³⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie, DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.3. 7ªed. Salvador: Editora Podvm,2009.p.482.

⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie, DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.3. 7ªed. Salvador: Editora Podvm,2009.p.483.

⁴¹ DIDIER JUNIOR, Fredie, DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.3. 7ªed. Salvador: Editora Podvm,2009.p.484.

inciso II do artigo 475. Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha⁴² ensinam que se aplica este inciso no caso de Embargos do Devedor opostos em execução movida contra ou pela Fazenda Pública.

Além das hipóteses previstas no artigo 475 do Código de Processo Civil, a legislação pátria traz outros acontecimentos aptos a ensejar a Remessa Necessária.⁴³ Temos o caso da lei nº1.533 de 1951, lei do Mandado de Segurança, que em seu artigo 12 dispõe que haverá duplo grau de jurisdição da sentença que conceder o mandado. Outro caso se encontra no artigo 19 da lei nº4.717 de 1965, lei da ação popular, dispondo que, a sentença que declarar carência de ação ou sua improcedência, deverá passar pelo duplo grau de jurisdição.

4.3 Exceções às Hipóteses de Aplicação

O artigo 475 do Código de processo Civil traz em seus incisos I e II os casos onde deve haver, obrigatoriamente, a reapreciação da questão pelo juízo *ad quem*. São os casos, como já visto, de sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os municípios, e as respectivas autarquias e fundações públicas destes entes, e de sentença que julgar totalmente ou parcialmente procedentes os Embargos à Execução de dívida ativa da Fazenda Pública, só produzindo efeito tais sentenças caso sejam submetidas ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Porém, o próprio artigo 475 do Código de Processo Civil traz em seus parágrafos 2º e 3º situações em que a Remessa Necessária não será efetuada, nem pelo magistrado, nem os autos serão avocados pelo juiz presidente do Tribunal, sendo estes dois parágrafos verdadeiras exceções a regra de que tais sentenças só serão eficazes se submetidas ao reexame. Veja o que dispõe os parágrafos 2º e 3º do artigo 475 do Código de Processo Civil:

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

⁴² DIDIER JUNIOR, Fredie, DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.3. 7ªed. Salvador: Editora Podvm,2009.p.484.

⁴³ DIDIER JUNIOR, Fredie. DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.3. 7ªed. Salvador: Editora Podvm,2009.p.484.

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 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.

O parágrafo 2º preceitua que, quando a condenação ou o direito controvertido forem de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos não haverá a Remessa Necessária, não havendo também para os casos de procedência dos embargos do devedor quando da execução de dívida ativa, também não excedente aos mesmos 60 (sessenta) salários mínimos. Trata-se de exceção que abarca tanto o inciso I quanto o inciso II do artigo 475 do Código de Processo Civil.

Neste caso, o que importa é o valor da condenação e não o valor dado a causa. Assim, pode o valor da causa ser superior aos 60 (sessenta) salários mínimos, mas se a condenação for em valor menor ou igual aos 60 (sessenta) salários mínimos, não se aplicará a regra do reexame obrigatório. Observe que desta forma leciona a doutrina⁴⁴:

À evidência, o *quantum* não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos deve ser considerado no momento em que a sentença for proferida, de tal sorte que, ainda que o valor atribuído à causa, quando de sua propositura, fosse superior àquele teto, o que deve ser levado em conta é o quanto representa a condenação no momento do julgamento do feito.

As sentenças de procedência que não excedam o valor de 60 (sessenta) salários mínimos proferidas nos embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública também

⁴⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie, DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.3. 7ªed. Salvador: Editora Podvm,2009.p.487.

estarão excluídas da Remessa Necessária, lembrando-se que, tal valor já deve estar acrescido de juros e atualização monetária.⁴⁵

Reafirme-se que só não haverá Remessa Necessária nos termos do parágrafo 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil, tendo a sentença valor líquido e que não ultrapasse os 60 (sessenta) salários mínimos, e, caso a sentença seja sobre direito, este tem que ter valor certo, também não excedente aos 60 (sessenta) salários mínimos. Leonardo José Carneiro da Silva, *apud* Fredie Didier Junior⁴⁶, corroborando com tal entendimento, assim leciona:

... somente se poderá dispensar o reexame necessário, com fundamento no §2º do artigo 475 do CPC, caso a sentença seja líquida e o valor nela quantificado não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos, ou caso ela se refira a direito, de valor certo que não supere aquele montante. Fora dessa hipótese, não há como se aplicar a regra, sob pena de prejudicar a Fazenda Pública que poderá vir a ser surpreendida numa futura execução ou, até mesmo, numa liquidação de sentença, a partir da qual se constate ser elevado o valor cobrado ou o montante que envolva o direito discutido. O que se pretende deixar evidente é que o reexame necessário somente será dispensado, nos termos do artigo 475, parágrafo 2º do CPC, se a sentença for líquida e o valor nela previsto não desbordar do limite de 60 (sessenta) salários mínimos.

Já o parágrafo 3º do artigo 475 traz a hipótese em que a Remessa Necessária deverá ser dispensada quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário ou em súmula do Supremo Tribunal Federal, ou em súmula de outro tribunal superior.

Neste contexto, importante se faz a análise do artigo 557 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art.557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

A diferença desta regra para a contida no artigo 475, parágrafo 3º, está no fato de o artigo 557 prever também “jurisprudência dominante do respectivo tribunal”, para o qual o

⁴⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie, DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.3. 7ªed. Salvador: Editora Podvm,2009.p.488.

⁴⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie, DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.3. 7ªed. Salvador: Editora Podvm,2009.p.490.

recurso foi dirigido. Neste caso, além dos outros casos expressos no artigo 557, e que também se encontram no artigo 475 parágrafo 3º, quais sejam, súmula do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior, o relator negará seguimento ao recurso. Observa-se que as duas normas possuem objetivos semelhantes, só que no caso do artigo 557 haverá a remessa e posteriormente o relator negará seguimento ao recurso, e no caso do parágrafo 3º do artigo 475, não haverá a remessa. Neste contexto, importante comentário é tecido por Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha⁴⁷:

Já é pacífico, como se viu, que, havendo o reexame necessário de sentença fundada em súmula ou jurisprudência dominante, poderá o relator negar-lhe seguimento, com esteio no artigo 557 do CPC. Em tal hipótese, a determinação da remessa obrigatória constituirá mero exercício de inutilidade, servindo, apenas, para enviar ao tribunal mais um processo que consumirá a atividade de servidores, mobilizando toda uma estrutura para, chegando ao gabinete do relator, ter seu seguimento negado.

Porém, na prática, o juiz só dispensa a Remessa Necessária nos estritos casos do parágrafo 3º do artigo 475, sendo que no caso de decisão consoante com jurisprudência dominante ou súmula do respectivo tribunal local ou regional, hipótese do artigo 557, deverá haver a Remessa Necessária, e, cabe ao relator negar o seguimento do recurso. Somente nas hipóteses idênticas entre o parágrafo 3º do artigo 475 e do artigo 557, é que não haverá o reexame obrigatório. Neste sentido leciona a doutrina pátria⁴⁸:

A existência, por exemplo, de jurisprudência dominante do próprio tribunal não permite ao juiz de primeira instância que a ele esteja vinculado lavrar a determinação de dispensa do reexame necessário, eis que, para isso, deve haver súmula de tribunal superior, ou jurisprudência do plenário do STF. Embora não possa haver dispensa do reexame necessário, chegando os autos ao tribunal para exercer o duplo grau, poderá o relator negar seguimento ao próprio reexame necessário.

Interessante seria que se evitasse tal prática burocrática, dando ao próprio juiz a possibilidade de verificar o atendimento da sentença à súmula ou jurisprudência do tribunal. Mas como se viu, por falta de previsão para tanto, os autos subirão e o relator é que

⁴⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie, DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.3. 7ªed. Salvador: Editora Podvm,2009.p.491.

⁴⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie, DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.3. 7ªed. Salvador: Editora Podvm,2009.p.491.

confirmará a dispensa do duplo grau de jurisdição, procedimento que toma ainda mais o tempo, tanto do juiz *a quo* quanto do juízo *ad quem*.

Temos ainda, como hipótese de dispensa da Remessa Necessária, além das elencadas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 475, o caso insculpido no artigo 12 da Medida Provisória nº2.180-35/2001, *in verbis*:

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.

Desta forma, a súmula ou instrução normativa editada no âmbito interno da Administração Federal dispondo sobre a não-interposição de recurso voluntário vincula os advogados ou procuradores da União. Assim, não deverá haver também o reexame necessário, que deverá ser dispensado pelo juiz prolator da sentença.⁴⁹ Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha⁵⁰ ensinam que “em razão do princípio da lealdade e da boa fé processual, cabe ao advogado da União informar ao juiz para que haja expressa dispensa de reexame necessário, evitando-se o encaminhamento desnecessário dos autos ao respectivo tribunal.”

4.4 Natureza Jurídica da Remessa Necessária

Como já exposto no presente trabalho, observa-se que o Código de Processo Civil de 1939 dispôs sobre a “apelação *ex officio*” na parte do código concernente aos recursos. Tal fato trouxe à tona a discussão sobre se esse instituto teria ou não natureza jurídica de recurso.

Para proceder a esta análise é necessário que se faça uma série de comparações entre as características próprias dos recursos e as características extraídas do instituto da Remessa Necessária.

⁴⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie, DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.3. 7ªed. Salvador: Editora Podvm,2009.p.492.

⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie, DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.3. 7ªed. Salvador: Editora Podvm,2009.p.492.

Inicialmente analisa-se a voluntariedade, característica dos recursos pela qual a parte interessada em recorrer deve demonstrar interesse inconfundível para tanto, ou seja, manifestar-se formalmente sobre sua vontade de ver reformada, anulada ou esclarecida a decisão recorrida. Neste sentido prescreve Nelson Nery Junior⁵¹: “As partes, o interessado, bem como o Ministério Público, para recorrer devem demonstrar a vontade inequívoca de assim proceder, no sentido de pretender a reforma, anulação ou aclaramento da decisão impugnada.”

Observa-se que na Remessa Necessária o juiz não está a demonstrar sua vontade de recorrer, mas tão somente está atendendo o comando legal que lhe obriga a remeter os autos a instância superior. Desta forma encontra-se ausente a característica da voluntariedade no reexame obrigatório.

Outra característica própria dos recursos é a tipicidade, pela qual um recurso deve estar expressamente elencado no ordenamento como tal, ou no Código de Processo Civil ou em lei apta para tanto.⁵²

Como se pode visualizar pela estrutura do Código de Processo Civil, a Remessa Necessária não está elencada como espécie de recurso, não integrando o rol taxativo do artigo 496 do Código de Processo Civil, estando disposta no capítulo VIII – Da Sentença e da Coisa Julgada, em sua Seção II – Da coisa Julgada. Eis a elucidação de Nelson Nery Junior⁵³:

O recurso para ser considerado como tal deve estar expressamente previsto no CPC ou em lei federal extravagante. Como a remessa obrigatória não se encontra descrita no CPC como recurso (como era, erroneamente, tratada no CPC de 1939, art.822), falta-lhe a tipicidade, pois os recursos estão enumerados na lei em *numerus clausus*.

Assim, a característica da tipicidade, própria dos recursos, também não se encontra presente na Remessa Necessária, verificando-se que, mesmo que se tratasse de recurso, seria um recurso *sui generis*.

Em atendimento ao princípio do contraditório, os recursos são dialéticos, ou seja, devem ser fundamentados, com expressa manifestação do inconformismo de forma escrita, para que assim o Tribunal possa rever a questão suscitada, e, em contrapartida, o recorrido também possa se manifestar expondo seus motivos pelos quais a decisão deve ser mantida. Na

⁵¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.77.

⁵² NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.77.

⁵³ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.77.

Remessa Necessária, por óbvio, o juiz não vai fazer razões pelas quais a sentença que ele mesmo acabou de proferir deve ser reformada. Nestes termos, assevera Nelson Nery Junior⁵⁴:

O juiz, quando remete o julgado em atendimento ao art.475 do CPC, não deduz nenhuma argumentação em contrário à decisão. Isto seria ilógico e paradoxal. Como poderia o prolator da sentença submetida ao duplo grau obrigatório assinalar as razões de seu inconformismo com o dispositivo contido no próprio decreto judicial?

Verifica-se, também, a falta desta característica específica aos recursos à Remessa Necessária, ficando cada vez mais longínqua a possibilidade desta ter a natureza jurídica de recurso.

Também não há interesse em recorrer por parte do magistrado, tendo em vista que ele não é sucumbente. A causa que ele julga não é sua, sendo que sua decisão em nada altera o contexto jurídico inerente à sua pessoa. Nelson Nery Junior⁵⁵ diz que falta ao magistrado a sucumbência formal, qual seja, o não atendimento ao pedido formulado no processo, e a sucumbência material, perfazendo-se esta na desvantagem prática ou o não alcance de tudo o que se poderia auferir no processo.

Não haveria, por igual, legitimidade do magistrado para recorrer, tendo em vista que só são legítimas para recorrer as pessoas elencadas no artigo 499 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “Art.499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.” Percebe-se não estar o magistrado elencado, não sendo este, por sua vez, legítimo para interpor algum recurso.

Verifica-se, também, que no comando legal do artigo 475 não há prazo estipulado para que o juiz efetue a remessa dos autos ao juízo *ad quem*, podendo o magistrado fazê-lo a qualquer tempo. E mesmo que o juiz não o faça, dispõe o parágrafo 1º do artigo 475 que o presidente do Tribunal deverá avocá-los. Conforme leciona Nelson Nery Junior⁵⁶, “o prazo é requisito de todo e qualquer recurso, pois visa fixar o termo do trânsito em julgado da decisão recorrida.” No caso da Remessa Necessária não haverá trânsito em julgado enquanto o Tribunal não confirmar a sentença sujeita ao reexame, sendo que a Remessa Necessária não está sujeita a nenhum prazo que fulmine o direito de exercê-la, pelo que, mais uma vez, lhe falta também esta característica inerente aos recursos.

⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.77.

⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.78.

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.78.

No instituto da Remessa Necessária também não é exigido o preparo, e nem poderia haver, afinal de contas seria o próprio Estado pagando a ele mesmo pelo serviço. Também aqui falta à Remessa Necessária mais este requisito recursal.

Por todo o exposto verifica-se que, realmente a Remessa Necessária não tem natureza jurídica de recurso, conforme também entende Nelson Nery Junior.⁵⁷

Em verdade, trata-se a Remessa Necessária de uma condição de eficácia da sentença,⁵⁸ isto porque, a sentença proferida nos termos do artigo 475 do Código de Processo Civil só produzirá efeitos após sua confirmação pelo Tribunal, pois, antes disso, de nada a parte vencedora será beneficiada. Enquanto a sentença não for remetida ao juízo *ad quem* para ser confirmada ou reformada, ela não transita em julgado, não produzindo seus efeitos. Interessante observação é feita por Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha⁵⁹ a respeito da sentença ainda não enviada para o Tribunal:

Desse modo, não havendo o reexame e, conseqüentemente, não transitando em julgado a sentença, será incabível a ação recisória. Eis mais uma razão pela qual o reexame necessário não pode ser tido como um recurso. Não interposto o recurso contra a sentença, esta irá transitar em julgado, cabendo ação recisória no prazo de dois anos. No caso do reexame, caso não venha a ser determinado na sentença, esta não irá transitar em julgado, sendo despropositado o manejo de ação recisória.⁶⁰

Desta forma é firme e consistente, amparado por fortes premissas, o posicionamento doutrinário que não atribui à Remessa Necessária a natureza jurídica de recurso, sendo, da mesma forma, coerente o seu enquadramento como condição de eficácia da sentença, já que as sentenças sujeitas à sua aplicação só produzirão seus efeitos depois de confirmadas pelo juízo *ad quem*.

⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.78.

⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.78.

⁵⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie, DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.3.

7ªed. Salvador: Editora Podvm,2009.p.481.

⁶⁰ Vale enfatizar que ação recisória e meio autônomo de impugnação apto a desconstituir a coisa julgada devido ao conhecimento posterior ao trânsito em julgado da sentença de alguma das causas arroladas no art.485 do CPC.

5 A REFORMATIO IN PEJUS NA REMESSA NECESSÁRIA

No presente tópico será abordado o que vem a ser o Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus*, qual sua aplicação no processo civil, e, sobretudo, sua relação com a Remessa Necessária, perfazendo-se a análise a cerca da possibilidade da *Reformatio in Pejus* contra a Fazenda Pública neste instituto.

5.1 O Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus*

O Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus* é aquele pelo qual se estabelece a impossibilidade de o juízo *ad quem* piorar a situação daquele que a ele recorre visando ser beneficiado pela reforma da decisão anteriormente proferida pelo juízo *a quo*. Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha⁶¹ conceituam o princípio em questão da seguinte forma:

Se um dos litigantes parcialmente vencido impugnar a decisão, a parte deste que lhe foi favorável transitará normalmente em julgado, não sendo lícito ao órgão *ad quem* exercer sobre ela atividade cognitiva, muito menos retirar, no todo ou em parte, a vantagem obtida com o pronunciamento de grau inferior (proibição da *reformatio in pejus*).

Caso a parte contrária também houver recorrido da decisão, não haverá a possibilidade de se aplicar o princípio, tendo em vista que cada uma delas estará visando seu interesse próprio, e conseqüentemente, a piora da situação de seu adversário judicial.

Nelson Nery Junior⁶² traça a seguinte linha geral para o Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus*:

... a proibição da *reformatio in pejus* tem por objetivo evitar que o tribunal destinatário do recurso possa decidir de modo a piorar a situação do recorrente, ou

⁶¹ DIDIER JUNIOR, Fredie, DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.3. 7ªed. Salvador: Editora Podvm,2009.p.78.

⁶² NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.183.

porque extrapole o âmbito de devolutividade fixado com a interposição do recurso, ou, ainda, em virtude de não haver recurso da parte contrária.

Relembre-se que as questões disposta no artigo 267 do Código de Processo Civil, ou seja, questões de ordem pública, poderão ser examinadas a qualquer tempo, devendo o juiz ou o tribunal manifestar-se de ofício sobre elas, não ferindo assim o Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus*.⁶³ Isto se dá porque tais questões estão relacionadas com o efeito translativo e ao princípio inquisitivo, enquanto a *reformatio in pejus* está ligada ao efeito devolutivo próprio do princípio dispositivo.

O Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus* nem sempre foi a regra no direito brasileiro. Antes do Código de Processo Civil de 1939 o sistema que prevalecia era o do *beneficium commune*, próprio do direito português, pelo qual poderia o tribunal fazer a reforma da decisão como bem entendesse, independentemente de quem houvesse interposto o recurso, sem haver qualquer margem limitadora da questão posta em reapreciação.⁶⁴ Este era o chamado Princípio da Realidade, oposto do Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus*.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1939, mais precisamente com seu artigo 824, que, apesar de não ter trazido expressamente a vedação da *reformatio in pejus*, surgiu a possibilidade de se aplicar o princípio em questão em nosso direito. Este é o teor do artigo 824 do Código de Processo Civil de 1939: “Art.824. A apelação devolverá à superior instância o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas na anão, salvo a hipótese prevista no art.11.”⁶⁵

Surgiram então inúmeras discussões sobre a possibilidade ou não da *reformatio in pejus*, saindo vencedora a corrente que entendia que nosso sistema processual havia adotado o Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus*.⁶⁶ Os que sustentavam ser possível a *reformatio in pejus* se apegavam nos resquícios do sistema português até então utilizado, e os que defendiam a proibição de reforma para pior chamavam a atenção para o princípio do dispositivo e para o próprio artigo 824.⁶⁷

Já no Código de Processo Civil de 1973, por nós hoje utilizado, fica evidente a vedação da *reformatio in pejus* nos termos do artigo 515: “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.” Desta forma, estará o tribunal incumbido de julgar

⁶³ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.184.

⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.185.

⁶⁵ Decreto lei nº1.608 de 18 de setembro de 1939.

⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.186.

⁶⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie, DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. vol.3. 7ªed, Salvador: Editora Podvm,2009.p.79.

apenas a parte impugnada da sentença, não podendo julgar outras questões não argüidas pela parte em suas razões. Esta é a regra chamada *tantum appellatum quantum devolutum*, pela qual o tribunal deverá ater-se a matéria proposta pelo recorrente em seu recurso, e nada além disso.

Verifica-se que a proibição da *reformatio in pejus* também não está explícita no atual código, assim como aconteceu com o código de 1939, mas, através da conjugação do Princípio Dispositivo, da sucumbência e do efeito devolutivo do recurso, pode-se extrair a regra.⁶⁸ Assim, pelo Princípio Dispositivo, onde cabe a parte toda a iniciativa, sendo função a ela inerente em grau de recurso especificar o que deseja ver reformado; pela sucumbência, onde a parte deverá ter visto sua pretensão, pelo menos parcialmente, ter sido rejeitada; e pelo efeito devolutivo, onde a matéria a ser reexaminada é àquela específica enviada para o tribunal; constata-se, realmente, a limitação do tribunal quando do julgamento do recurso, e, através destes parâmetros, resta a impossibilidade de *reformatio in pejus*.

Certo é que o Princípio da Proibição da *Reformatio in pejus* está hoje solidificado no direito pátrio, sendo verdadeira garantia àquele que pretende ter a questão decidida pelo juízo *a quo* revista por um juízo *ad quem*.

Salienta-se que no caso de análise de questão de ordem pública, conforme exposto acima, não haverá *reformatio in pejus*, não sendo eventual reforma para pior exceção ao Princípio da Proibição da *Reformatio in pejus*, pois, sendo o exame de questão de ordem pública desdobramento do Princípio Inquisitivo, não se aplicará aqui o princípio em estudo. Importante é o ensinamento de Nelson Nery Junior⁶⁹, de que, “tecnicamente, só se pode falar em *reformatio in pejus* se houver efeito devolutivo do recurso, isto é, manifestação do Princípio Dispositivo.” Leciona ainda o consagrado doutrinador⁷⁰ que o cerne do Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus* é “a limitação imposta pelo Princípio Dispositivo, refletindo, conseqüentemente, nos limites do efeito devolutivo do recurso.” Até por isto que se denomina também o princípio em questão de Princípio do Efeito Devolutivo.⁷¹

⁶⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.185.

⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.184.

⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.186.

⁷¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.183.

5.2 A Remessa Necessária e a Súmula nº45 do Superior Tribunal de Justiça

Muito se critica o instituto da Remessa Necessária, na maioria das vezes devido a proteção demasiada dada à Fazenda Pública, que por sua vez necessita apenas das prerrogativas suficientes a sua atuação, não sendo correta a lesão dos direitos de quem contra ela demanda. Nelson Nery Junior⁷² considera a Remessa Necessária “figura indesejável, resquício de autoritarismo e de protecionismo exagerado, que não encontra mais razão de ser no Brasil do século XXI.” Tais repúdios ocorrem também pelo fato de os tribunais do país não estarem dando a Remessa Necessária tratamento adequado ao seu instituto, coerente com sua natureza jurídica.

Como antes visto, a Remessa Necessária tem natureza jurídica de condição de eficácia da sentença, devido ao fato de que toda a matéria analisada pelo juízo *a quo* será reapreciada pelo tribunal, sendo que só assim àquela sentença produzirá efeitos.

Desta forma não se deve estender prerrogativas próprias aos recursos à Remessa Necessária, que por sua vez, enfatize-se, não é um recurso. A Remessa Necessária por si só já constitui uma prerrogativa, qual seja, a da Fazenda Pública ver as causas julgadas a seu desfavor serem reapreciadas pelo juízo *ad quem*, sob pena de tais decisões contrárias ao erário não produzirem efeitos.

Por se tratar de uma exceção dentro do sistema processual, deve o instituto da Remessa Necessária ser interpretado restritivamente,⁷³ ou seja, utilizando regras tão somente a ela inerentes. Entretanto, não é o que nossos tribunais andam fazendo. Estão dando ao instituto interpretação extensiva, aplicando a ele princípios próprios de outros instrumentos processuais.

Consubstancia-se tal afirmativa pela súmula nº45 do Superior Tribunal de Justiça, que estende a Remessa Necessária o Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus*, princípio este aplicado em matéria recursal. Eis o teor da referida súmula: “No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.” Tal súmula, e decisões neste mesmo sentido, vem causando o descontentamento de alguns processualistas, tendo em

⁷² NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.83.

⁷³ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.83.

vista o desrespeito a todo o estudo elaborado em torno do tema.⁷⁴ Realmente o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça não é compatível com o instituto, conforme será demonstrado. O Supremo Tribunal Federal também entende não ser possível a *reformatio in pejus* na Remessa Necessária, argumentando que a impossibilidade advém do fato de a parte vencedora não ter recorrido da sentença, tendo-se conformado com a decisão.⁷⁵

Na verdade, o que levou o Superior Tribunal de Justiça a consolidar tal entendimento, e ao Supremo Tribunal Federal também adotar tal posicionamento, é o fato de não entenderem, ou fazerem questão de não entender, que, com a Remessa Necessária dos autos ao juízo *ad quem* opera-se o efeito translativo, ou seja, a causa é integralmente transferida para que o tribunal realize um novo julgamento.

A respeito da súmula nº45 do Superior Tribunal de Justiça, Nelson Nery Junior⁷⁶ leciona que “o problema não se encontra na verificação da *reformatio in pejus*, mas no alcance da translatividade operada por força da Remessa Necessária.”

A Remessa Necessária é instituto próprio do Princípio Inquisitivo, não ocorrendo aqui, por óbvio, o efeito devolutivo, próprio do Princípio Dispositivo e inerente aos recursos, que, como já antes explanado, não é a natureza jurídica da Remessa Necessária. O efeito provocado pela Remessa Necessária é o translativo, lecionando neste sentido Nelson Nery Junior⁷⁷:

Consequência análoga à provocada pelo efeito translativo dos recursos ocorre com o reexame necessário pelo tribunal, das sentenças sujeitas ao duplo grau obrigatório (CPC 475). Também aqui não se pode falar em efeito devolutivo da remessa necessária, porque se está diante de manifestação do princípio inquisitório. O que existe, na verdade, é que a eficácia plena da sentença, nos casos do CPC 475, fica condicionada ao reexame pelo tribunal *ad quem*. A sentença como um todo é que fica submetida, de sorte que é lícito ao tribunal modificar a sentença, reformando-a ou anulando-a, total ou parcialmente.

A sentença proferida contra a Fazenda Pública da enseja a transferência de toda a matéria, não só a parte em que a Fazenda restou vencida, mas também onde não sucumbiu, ao

⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.189.

⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.84.

⁷⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.189.

⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.486.

tribunal *ad quem*, e este, por sua vez, poderá modificar a sentença de qualquer forma que entender devida. Nesta linha de raciocínio manifesta-se Nelson Nery Junior⁷⁸:

De outra parte, o simples fato de a sentença haver sido proferida contra a Fazenda Pública faz com que seja obstada a preclusão, não só com relação àquela, mas também as demais partes, transferindo-se toda matéria suscitada e discutida no processo ao conhecimento do tribunal *ad quem*. Assim, a remessa obrigatória tem translatividade plena, podendo o tribunal modificar a sentença no que entender correto. É como se houvesse apelação de todas as partes. Não há para o tribunal limites para o reexame.

De forma alguma se poderia entender preclusa a sentença para o particular sendo que a mesma não está preclusa para a Fazenda Pública. Se assim fosse, configurada estaria a ofensa ao princípio da isonomia disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, sendo este o argumento dos que consideram a Remessa Necessária inconstitucional.⁷⁹

Não se pode aceitar que a reforma só seja considerada legal quando beneficie a Fazenda Pública. Por se tratar de efeito translativo, a reforma pode beneficiar ou prejudicar qualquer uma das partes. Neste sentido argumenta Nelson Nery Junior⁸⁰:

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 à reforma em favor da Fazenda; inconstitucional porque, se *secundum eventum*, fere a isonomia das partes no processo.

Ou seja, o posicionamento que se averigua através da súmula nº45 do Superior Tribunal de Justiça é mitigante do efeito translativo proveniente da Remessa Necessária, só aceitando este efeito para que se beneficie a Fazenda Pública, o que realmente, além de não fazer o menor sentido, demonstra uma arbitrariedade descomedida em prol do protecionismo à Fazenda Pública.

Com a operação do efeito translativo da forma pela qual este foi originariamente concebido pela doutrina pátria⁸¹, e com a não aplicação do Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus*, sendo este próprio do Sistema Dispositivo e a Remessa Necessária advir

⁷⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.190.

⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.190.

⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.191.

⁸¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol.I. 44ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p 29.

do Sistema Inquisitivo, pode perfeitamente a situação da Fazenda Pública ser agravada quando do reexame. Neste contexto, é importante, mais uma vez, transcrever o sábio ensinamento do mestre processualista Nelson Nery Junior⁸²:

Nesse procedimento de remessa necessária é impertinente falar-se em *reformatio in pejus*, já que não atua o Princípio Dispositivo, mas o inquisitório. Assim, não havendo recurso da parte ou interessado, pode o tribunal, v.g., modificar a sentença agravando a posição da Fazenda Pública, pois o reexame necessário não foi criado para proteger descomedidamente os entes públicos, mas para fazer com que a sentença que lhes fora adversa seja obrigatoriamente reexaminada por órgão de jurisdição hierarquicamente superior.

Não é possível concordar, data vênia, com o entendimento solidificado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que sua súmula nº45 não está em consonância com nosso sistema processual ao estabelecer a proibição da *reformatio in pejus* na Remessa Necessária contra a Fazenda Pública, devendo tal posicionamento ser revisto sob pena de se angariar cada vez mais não simpáticos ao instituto da Remessa Necessária, e ainda, continuar lesando a parte que demanda contra a fazenda pública.

Como se pôde verificar, a súmula nº45 do Superior Tribunal de Justiça não respeita, inicialmente, a natureza jurídica da Remessa Necessária, qual seja, condição de eficácia da sentença. Desta forma, Remessa Necessária não é recurso, não sendo a ela aplicável o princípio próprio de recurso que é o da Proibição da *Reformatio in Pejus*. Observa-se também, que a Remessa Necessária provém do Sistema inquisitivo, sendo próprio deste sistema a geração do efeito translativo, pelo qual a causa será inteiramente reanalisada pelo tribunal *ad quem* que poderá modificá-la da forma que achar justa para qualquer das partes. Porém, não é isto o que vem acontecendo, tendo em vista que o entendimento sumulado só aceita a reforma que beneficie a Fazenda Pública.

Desta forma, resta demonstrada a possibilidade da *reformatio in pejus* na Remessa Necessária, estando desamparado processualmente o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, devendo este ser revisto sob a ótica dos bons olhos da doutrina pátria, que por sua vez traçou à custa de incessante estudo todos os contornos inerentes ao reexame obrigatório, o que deve ser respeitado pelos tribunais e não banalizado tendo em vista satisfazer os interesses ilimitados da Fazenda Pública.

⁸² NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.487.

6 CONCLUSÃO

Diante do presente estudo, chegam-se as seguintes conclusões a seguir aduzidas:

Inicialmente verifica-se que o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição é essencial para o bom funcionamento da justiça devido ao fato de, o jurisdicionado não se conformando, naturalmente, com as decisões que lhe são contrárias, poderá pleitear sua revisão por outro juízo, e ainda, sendo sabedor o juiz de 1ª instância de que sua decisão poderá ser reapreciada pelo juízo *ad quem*, a proferirá com maior diligência.

Desta forma, os recursos são decorrência lógica do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, sendo que poderão ser utilizados para pleitear a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da sentença. Os recursos ocorrem dentro do mesmo processo no qual foi proferida a decisão que se pretende reformar.

Averigua-se ainda que, além dos efeitos devolutivo e suspensivo, que são os mais abordados cotidianamente, os recursos poderão gerar também os efeitos expansivo, substitutivo e translativo, sendo este último diferenciado, pois autoriza o juiz julgar fora dos limites da lide inicialmente proposta. A Remessa Necessária dos autos ao Tribunal *ad quem* também gerará o efeito translativo.

Sobre o contexto histórico, observa-se que a Remessa Necessária foi criada em Portugal à época em que lá vigorava o Sistema Inquisitivo. Sua inserção no ordenamento lusitano foi em 12 de março de 1355, sendo aplicada no Direito Penal nos casos em que a pessoa fosse condenada por homicídio. O instituto foi inserido no direito brasileiro em 04 de outubro de 1831, sendo que, nesta oportunidade já se destinava a proteção do erário público e não ao direito penal como acontecia no direito português. Posteriormente foi inserida no Código de Processo Civil Brasileiro de 1939, dispondo este diploma que haveria Remessa Necessária nos casos de sentenças que declarassem nulidade do casamento, das que homologavam o desquite amigável e das proferidas contra a União, os Estados ou os Municípios. Foi mantida pelo Código de Processo Civil de 1973, que é utilizado atualmente, em seu artigo 475, dispondo que a sentença não produz efeitos antes de confirmada pelo Tribunal nos casos de sentença proferida contra a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações de direito público, e também no caso de sentença que julgar procedente, total ou parcialmente, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

Constata-se também que a Remessa Necessária tem natureza jurídica de condição de eficácia da sentença e não de recurso, tendo em vista que a decisão só produzirá efeito após o reexame da questão pelo juízo *ad quem*. Também não se encontram presentes características próprias dos recursos para como tal enquadrá-la, tais como, voluntariedade, tipicidade, dialeticidade, o interesse em recorrer, a legitimidade, a tempestividade e o preparo.

Verificou-se ainda que, o Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus* estipula que o juízo *ad quem* não pode piorar a situação daquele que a ele recorrer, e que tal princípio é próprio dos recursos, proveniente do Princípio Dispositivo, estando relacionado com a devolutividade.

Conclui-se, por fim, que o Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus* não deve ser aplicado à Remessa Necessária, tendo em vista que, com a remessa da causa ao Tribunal opera-se o efeito translativo, ou seja, toda a questão, e não apenas parte da sentença, será reexaminada, podendo ser inteiramente modificada, sendo possível a piora da situação da Fazenda Pública se assim o Tribunal entender devido. Isto se deve ao fato de o efeito translativo, decorrente da remessa dos autos ao Tribunal, ser pleno, ou seja, a causa é reexaminada por completo, ficando o que pleiteia as duas partes da demanda sujeitas a re-análise, e não só a parte que interessa à Fazenda, sendo impossível a operação do efeito translativo parcial, tendo em vista que tal entendimento feriria o Princípio da Isonomia.

Desta Forma encontra-se incorreto, *data venia*, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em sua súmula de número 45, a qual veda que a situação da Fazenda Pública na Remessa Necessária seja piorada. Ainda, o Princípio da Proibição da *Reformatio in pejus* é próprio dos recursos, proveniente do Princípio Dispositivo, pelo qual a causa estará limitada pelo efeito devolutivo, não sendo, assim, aplicável a outros institutos. A Remessa Necessária é proveniente do Princípio Inquisitivo, dando causa ao efeito translativo, não ficando o reexame limitado pela devolutividade. Verifica-se, desta maneira, que a situação da Fazenda Pública poderá ser agravada caso o Tribunal entenda ser esta a decisão justa a ser tomada conforme o caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. II. 14^a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIDIER JR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**, vol.3. 7^a. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 23^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I. 44^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.