**OS RECURSOS E A FAZENDA PÚBLICA: (IM)POSSIBILIDADE DE MANEJO DE RECURSO ESPECIAL NO REEXAME NECESSÁRIO QUANDO AUSENTE APELAÇÃO[[1]](#footnote-2)**

*Maura Bordalo e MaricyFideles[[2]](#footnote-3)*

*Christian Barros[[3]](#footnote-4)*

**Sumário**: 1 Introdução; 2 A Fazenda Pública em Juízo: Prerrogativas Fundamentadas; 3 Reexame Necessário; 4 Recurso Especial: noções preliminares; 5 (Im)possibilidade do Manejo de Recurso Especial pela Fazenda Pública na ausência da apelação; 6 Considerações Finais; Referências

RESUMO

Explicita o significado de Fazenda Pública. Conceitua reexame necessário. Elenca casos de reexame necessário quando é parte a Fazenda Pública. Define Recurso Especial, bem como hipóteses de cabimento, efeitos, admissibilidade, requisitos.Mostra argumentos que pesam pelo cabimento e pelo descabimento do manejo de Recurso Especial pela Fazenda Pública quando inexistiu apelação e a questão foi julgada novamente apenas por força do reexame necessário. Expõe jurisprudência sobre a temática. Conclui expondo cenário atual jurídico.

**1 INTRODUÇÃO**

A Fazenda Pública costuma representar o Estado em juízo, prezando principalmente por suas finanças, a qual chamamos de erário. Também se sabe que a mesma representa, numa concepção mais ampla – e até mais otimista ao considerar o cenário político hodierno – a coletividade, ou sociedade.

Não por outro motivo, a Fazenda goza de algumas prerrogativas processuais. O próprio Código de Processo Civil positiva essas vantagens, no sentido de conceder a este ente representativo dos interesses coletivos determinados privilégios.

Neste sentido, o presente *paper* tem como objetivo principal analisar o peso que estas prerrogativas exercem quando, a Fazenda deixa de apresentar recurso de apelação de sentença que julga/condena a mesma e cujos autos subiram ao Tribunal por força do reexame necessário, e há interesse para apresentar recurso especial.

Note-se que a temática envolve quatro elementos principais: 1) a Fazenda Pública em juízo; 2) O reexame necessário; 3) O recurso especial; e interlaçando as primeiras três principais peças apresentadas, 4) a possibilidade ou não de manejar Recurso Especial quando ausente apelação e a matéria foi devolvida ao tribunal apenas por força do reexame necessário.

Trata-se se uma questão que envolve o interesse público, o processo civil – enquanto procedimento – diferenciado para a Fazenda Pública, a preclusão lógica, presente como requisito de admissibilidade nos recursos, e o entendimento jurisprudencial.

É amparado nessas elementares que trazemos esclarecimentos sobre a temática, vislumbrando uma exposição rápida e concisa sobre a matéria, a fim de proporcionar uma compreensão ampliada acerca da situação fática da Fazenda no caso em tela. Pretende-se, portanto, clarear a discussão doutrinária sobre o manejo de Recurso Especial na referida casualidade.

Para tanto, usou-se de explanações dos doutrinadores processualistas civis mais conceituados fazendo um recorte das principais temáticas abordadas, e também da jurisprudência pátria, no sentido de demonstrar entendimento dominante no ordenamento brasileiro atual.

**2 A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO: PRERROGATIVAS FUNDAMENTADAS**

Fazenda pública é o “nome genérico dado às finanças federais, estaduais ou municipais, conhecido também como erário ou fisco. Considerado como aspecto financeiro do Estado destina-se a todas as pessoas de direito público” (FELIPPE apud SANTOS, 2013).

Hely Lopes Meirelles ressalta que a Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, suas autarquias, suas fundações públicas ou órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública. (MEIRELLES, 2000).

A conceituação de Fazenda Pública abrange inclusive Autarquias e Fundações Públicas, posto queconstituem pessoas jurídicas de direito público interno, e exercem o papel dos entes estatais (VIANA, 1998).

Há de se considerar que “um processo judicial não é o mesmo independentemente da qualidade dos sujeitos que dele fazem parte” (SUNDFELD, BUENO, 2003, p.16). Assim, “nos processos em que está a Administração Pública, discute-se um direito material bem distinto daquele que nos acostumamos a chamar de Direito Civil (ou Privado)” (SUNDFELD, BUENO, 2003, p. 16).

Isto porque a Fazenda Pública representa o patrimônio que é comum de todos os cidadãos. Ademais se tutela o interesse público. Neste sentidoanotem-se os comentários de Cunha

(...) quando a Fazenda Pública está em juízo, ela esta defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que pode fazer face às despesas **não é responsabilidade**, na sua formação **do governante** do momento. **É toda a sociedade que contribui para isso**. (...) Ora, no momento em que a Fazenda Pública é condenada, sofre um revés, constes uma ação ou recorre de uma decisão, o que se estará protegendo, em ultima analise, é o erário. É exatamente essa massa de recurso que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular. **Na realidade, autoridade pública é mera administradora**. (CUNHA, 2009) (*grifos nosso*)

É fato que o Direito Administrativo concede certas prerrogativas à Administração, a fim de tornar sua atividade mais ágil, rápida e eficiente. No entanto, a atuação da Fazenda não sepeculiariza apenas pelas prerrogativas processuais que lhe são reconhecidas. Mas também por certas limitações impostas por seu caráter de entidade estatal (SUNDFELD, BUENO, 2003, p.19).

“A questão é fundamentalmente constitucional porque se indaga sempre se estas prerrogativas dadas a Fazenda Pública não estariam ofendendo a regra da igualdade” (MORAES, 2009, p. 67). Assim, há de se considerar que o velho brocardo jurídico “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades” (MORAES, 2009, p. 67).

Como bem acentua Moraes, o fato de criar situações de vantagem ou desvantagem a certos entes – como as prerrogativas concedidas a Fazenda Pública – não provocam necessariamente privilégios, desde que se justifiquem ou, em outras palavras, que esta situação seja fundamentada (MORAES, 2009).

Assim, ao levarmos em consideraçãoa complexidade que envolve o processo civil onde é parte o Estado e suas finanças, que por sinal, representa as finanças da sociedade, da coletividade, podemos ver que as prerrogativas da Fazenda são justificáveis, posto que tratam de interesses não individuais, mas coletivos, de todos as gerações presentes e futuras.

Assim, alguns dispositivos constantes tanto no Código de Processo Civil como nas legislações espaçadas trazem algumas vantagens justificadas à Fazenda, a exemplo do prazo em dobro para recorrer e ajuizar ação rescisória e em quádruplo para contestar, disposto no artigo 188 do Código de Processo Civil; as intimações pessoais disposta no artigo 25 da Lei de execuções fiscais; custeamento das despesas processuais requeridas pela Fazenda, disposto no artigo27 do Código de Processo Civil.

Por fim, o artigo 475 do Código de Processo Civil que dispõe sobre a remessa necessária, que sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença proferida contra a Fazenda Pública, aliás, ponto crucial deste trabalho, de que trataremos no tópico a seguir.

**3 REEXAME NECESSÁRIO**

O reexame necessário é regra para produção de efeitos da sentença do juízo a quo. Dispõe, sobretudo sobre análise dos casos envolvendo a Fazenda Pública, conformedescritopelo artigo 275, incisos I e II, que preceitua*in verbis*:

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

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

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

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

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

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

Além desses casos estabelecidos pelo Código de Processo Civil, listados acima, existem outras hipóteses previstas que incidem na remessa necessária, cabe citar o cabimento ou a obrigatoriedade do reexame necessário

[...] nas ações de desapropriação, quando a fazenda pública é condenada pelo dobro do valor ofertado na peça vestibular (artigo 28, § 1º, do decreto-lei n.º 3.365/41), nas ações anulatórias de retificação de registro feito pela pessoa jurídica de direito público, quando o pedido for julgado procedente (artigo 213, da lei n.º 6.739/79); nas ações de desapropriação para fins de reforma agrária, quando a condenação imposta à fazenda pública for no sentido de majorar o valor ofertado na exordial em 50% (artigo 13, § 1º, da lei complementar 76/93) e nas ações civis públicas, quando as sentenças condenatórias forem desfavoráveis à fazenda pública. (TAVARES, 2004).

Fora isso, há duas exceções previstas pelo legislador, uma delas está ligada a quantia da condenação imposta à Fazenda Pública e a outra, pela valorização dada à jurisprudência. Assim, quando a condenação for de valor certo e não exceder sessenta salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor (§ 2º) não se aplica o disposto no art. 475, ou ainda quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente (§ 3º).

Trata-se de desdobramento do princípio do duplo grau de jurisdição, princípio este que invoca a maior probabilidade de acerto decorrente da sujeição dos pronunciamentos judiciais ao crivo da revisão (BARBOSA, 2012, p. 237). Ou seja, essa segunda reflexão conduz a uma maior probabilidade de acerto na conclusão, pois se analisam novamente os argumentos que muitas vezes não foram valorados como deveriam.

Parte da doutrina, porém, traz alguns pontos negativos deste principio, como desprestígio da primeira instancia, dificuldade de acesso à justiça, inutilidade do procedimento oral, a distanciamento da verdade real. A vinculação da produção de efeitos da sentença de juízo a quo a revisão colegiada da matéria, porém, advém da compreensão de justiça em *latusensu* da decisão, outro não é o entendimento de Moraes, que acentua

A decisão do juiz do Tribunal, assim, deve ser proferida **não só a partir do seu próprio convencimento** mas, também, do **convencimento de seus pares**, ao passo que é **suficiente ao juiz de primeira instância convencer-se a si mesmo**. A ideia, por se tratar de uma instância revisora, é reunir, teoricamente, juízes mais experientes e reunidos em colegiado de tal maneira que se possa garantir, tanto quanto possível, **que haja justiça naquela decisão** e que, portanto, **a condenação da Fazenda Pública e as consequências a serem experimentadas pelo erário sejam, efetivamente, justificáveis**. (MORAES, 2009, p. 76) (*grifos nossos*).

É que “na sentença condenatória contra a Fazenda Pública os verdadeiros condenados são todos os cidadãos e não é, especificamente, o administrador” (MORAES, 2009, p. 76).

O reexame necessário, nas palavras de Accioly consiste numa exceção à regra de que o exercício do duplo grau de jurisdição depende exclusivamente da vontade da parte vencida. E isso ocorre justificadamente no caso de condenação da Fazenda Pública: “deve prevalecer a proteção dos interesses da ordem pública e não os do indivíduo, hipóteses nas quais a lei prescreve deva ser observado o duplo grau de jurisdição sempre que, por presunção, não tenha prevalecido na sentença”. (ACCIOLY, 2013).

Faceta primordial do princípio do duplo grau de jurisdição é materializada pela utilização dos recursos. Entende-se como uma garantia que o indivíduo possui, pois terá dois pronunciamentos sobre o mesmo objeto. Didier Jr. ressalva, entretanto, que o “principio do duplo grau de jurisdição não chega a consistir numa garantia, pois a Constituição Federal a ele apenas se refere, não o garantindo” (DIDIER JR., 2011, p. 25). O doutrinador chega até a citar casos em que a própria legislação confere ao Tribunal Superior o exercício de grau único de jurisdição, não sendo o duplo grau de jurisdição absoluto.

Vale lembrar, neste diapasão, que o reexame necessário não é uma espécie de recurso, sua natureza jurídica em muito difere desta categoria. Trata-se de uma condição para que os efeitos da sentença do juízo a quo possam produzir efeitos.

Comparando o recurso com reexame necessário, tem-se que o primeiro instituto significa que o “poder de recorrer é um simples aspecto, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo” (BARBOSA, 2012, p. 236), enquanto o reexame necessário é uma obrigação legal, tratando-se, na verdade, de uma condição sem a qual a sentença não produzirá seus devidos efeitos. (TAVARES, 2004).

Sobre o cabimento do reexame necessário ou remessa necessária Didier Jr. recorda que, conforme lições de Sérgio Porto, descabe reexame necessário quando a sentença extingue o processo sem resolução de mérito, posto que quando o dispositivo aludido faz menção a “sentença proferida contra [...]” estaria se referindo apenas as sentenças que extinguem o processo com resolução de mérito. (DIDIER JR., 2010, p. 485). Seguindo este mesmo entendimento descabe também reexame necessário quando a Fazenda Pública figurar como autor da demanda, visto que somente se profere sentença *contra* o réu.

A competência para determinar a remessa dos autos ao tribunal cabe ao juízo a quo, não há, entretanto preclusão, razão pela qual a qualquer momento, de oficio ou a requerimento das partes, pode o juiz corrigir a omissão. Ainda pode, no caso de a omissão persistir o Presidente do Tribunal avocar os autos do processo. (DIDIER JR., 2010).

Outro importante ponto a ser citado no que tange ao reexame necessário diz respeito a sua aceitação ou não. Ora, o reexame necessário segue o rito do recurso da apelação, inclusive com os procedimentos previstos pelo artigo 552 do Código de Processo Civil, é também válida, portanto, a regra do artigo 557 do mesmo diploma legal, que autoriza o relator a decidir em negar ou dar provimento à remessa, conforme enunciado nº. 253 da súmula de jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça.

Passada a discussão sobre a admissibilidade e do procedimento da remessa necessária, cabe adentrar a situação do julgamento da remessa necessária. Uma importante ressalva faz-se mister analisar a possibilidade de interpor recurso contra a decisão que reanalisa a sentença do juízo a quo. Neste sentido cite-se Didier Jr.: “Do julgamento do reexame necessário cabe a interposição de qualquer recurso, atendidos os correlatos requisitos de admissibilidade [...]”. (DIDIER JR., 2010, p. 487)

Anote-se ainda que o STJ, ao editar o enunciado da sua súmula de jurisprudência predominante, que veda a *reformatio in pejus* no reexame necessário, tomou como premissa a ideia de que o reexame foi instituído em favor da Fazenda Pública, não podendo prejudicá-la. (DIDIER JR., 2010, p. 488). Não é outra a posição do Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula nº. 45, que prescreve “no reexame necessário, é defeso ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”.

**4 RECURSO ESPECIAL: NOÇÕES PRELIMINARES**

Cumpre preliminarmente listar o conceito de recurso especial. Recurso extraordinário ou excepcional, ou ainda de superposição, é gênero do qual são espécies o: a) recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, disposto no art. 102, inciso III da Constituição Federal; e b) o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, disposto no artigo 105, inciso III da nossa Carta Magna. (DIDIER JR., 2010, p. 253).

O recurso extraordinário e o recurso especial têm diversas características semelhantes, com regime jurídico em comum, não por acaso, tome-se nota. É que o recurso especial foi criado após a nossa Constituição de 1988; é fruto da divisão das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário.

Há de se lembrar de que a Lei Maior de 1988 criou no âmbito jurídico o Superior Tribunal de Justiça, a fim de atender à demanda judicial, bem como realizar uma distribuição de jurisdição mais eficiente, capaz de acelerar processos e se adequar à nova sistemática judiciária com, principalmente, o advento das questões em massa, tutela de interesses coletivos, acesso à justiça mais amplo; facilidade de acionar o poder judiciário, dentre tantas outras situações do mundo pós-moderno.

Antes da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal concentrava as causas em que se era impugnada decisão que violava a Constituição e/ou legislação federal.

Com fundamentação vinculada, e efeito devolutivo restrito, posto que servem a impugnação apenas de questões de direito, o recurso especial apresenta hipóteses de cabimento descritas no art. 105, inciso III da Constituição Federal, *ipsis literis*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – in omissis

II – in omissis

III - julgar, **em recurso especial**, as causas decididas, em **única ou última instância**, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Outro requisito do recurso especial consiste no pré-questionamento. Na realidade, é muito mais uma exigência para a **admissibilidade** do recurso do que um requisito de cabimento. O pré-questionamento impõe que a questão federal ou constitucional que constitui objeto do recurso tenha sido analisada anteriormente pela instância inferior.

Há quem diga que existem espécies de pré-questionamento, a exemplo de José Miguel Medina e Scarpinella Bueno. Segundo estes, a manifestação do tribunal inferior acerca da questão jurídica federal ou constitucional pode ser entendida de três maneiras, são elas, o pré-questionamento implícito, que abrange duas categorias: a) o pré-questionamento que discute a questão mas não menciona o dispositivo legal; e b) o pré-questionamento que apresenta a discussão da matéria implicitamente, sem discutir a questão como fundamento para o dispositivo e sem listar o dispositivo legal; o pré-questionamento explícito cujo conceito trata de questões discutidas pelo legislador citando o dispositivo da lei federal a que se refere a matéria; e por fim a posição eclética, que entende o prequestionamento como prévio debate acerca da questão com consequente manifestação do juízo sobre a matéria suscitada.

Há ainda a discussão do prequestionamento como ônus da parte ou manifestação do juízo recorrido. Naquela concepção se vê o prequestionamento como debate anterior à decisao recorrida. Sendo ônus da parte, independe manifestação do Tribunal acerca da questão deferal ou constitucional suscitada (DIDIER JR., 2010, p. 259).

Exige-se ainda para cabimento de recurso ordinário o anterior esgotamento das instâncias ordinárias, ou noutras palavras, “pressupõem um julgado conta o qual já foram esgotadas as possibilidades de impugnação nas várias instâncias ordinárias ou na instância única. Não podem ser exercitadas *per saltum*”. (DIDIER JR., 2010, p. 265)

**5(IM)POSSIBILIDADE DO MANEJO DE RECURSO ESPECIAL PELA FAZENDA PÚBLICA NA AUSÊNCIA DA APELAÇÃO**

Discutidos os elementos chaves para a compreensão da temática principal, sem mais delongas, dediquemo-nos à análise da possibilidade de manejo de Recurso Especial pela Fazenda Pública quando não oferecida apelação.

Primeiramente, cumpre lembrar que a remessa necessária tem devolutividaderestrita, visto que só em sede de recurso especial não se pode discutir questão de fato, mas apenas de direito.

A grande questão sobre a remessa necessária e o recurso especial reside em saber se a Fazenda Pública está sujeita à preclusão lógica que acomete a quem não oferece a apelação da sentença do juízo a quo.

Marcelo Bacchi Corrêa da Costa lembra que no Superior Tribunal de Justiça, havia divergência entre as duas Turmas especializadas que compõem a Primeira Seção. Uma entendia que, para o manejo do recurso especial pela Fazenda Pública, bastava que a matéria objeto do recurso tivesse sido apreciada pelo Tribunal de origem, seja em grau de apelação, seja pelo reexame necessário. A outra entendia que, não havendo o recurso voluntário da apelação pelo ente público, operava-se a preclusão lógica e por isso tornava-se inadmissível o recuso especial. (COSTA, 2012).

Naquela ocasião, para unificar entendimentos a respeito da temática a Primeira Seção resolveu se pronunciar no sentido de que não havendo o manejo do recurso de apelação pelo ente público quando vencido em primeiro grau de jurisdição, não poderia, consequentementeapresentar o recurso especial pela ocorrência de preclusão lógica.

Posteriormente, entretanto, por motivo de apreciação da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiçahouve novo posicionamento, que de maneira diversa da primeira orientação da Primeira Seção do STJ, entendeu ser plenamente possível à Fazenda Pública o manejo do recurso especial em reexame necessário, mesmo quando inexistiu apelação.

Diante disso, diversos julgamentos vêm sendo proferidos no sentido de não haver qualquer tipo de preclusão na ausência de apelação, sendo, portanto, perfeitamente possível a interposição de recurso especial contra acórdão que julga o reexame necessário.

Aos defensores dessa corrente socorre a tese de que

[...] havendo a obrigatoriedade da remessa necessária, **por obvio a matéria será revista pelo Tribunal**, daí o motivo da Fazenda Pública **não precisar interpor o apelo porque a regra lhe ampara e garante o reexame da decisão**. Não obstante, **pode ocorrer erro** de julgamento ou erro de procedimento **no acórdão que apreciou o reexame**, daí ser necessária a interposição do recurso especial. (COSTA, 2012, p. 3).

Neste sentido, colecionem-se os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL DE INICIATIVA DO INCRA. **REMESSA NECESSÁRIA. AUSÊNCIA DE APELAÇÃO POR PARTE DA FAZENDA PÚBLICA**. **PRELIMINAR DE OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO LÓGICA PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECUSO ESPECIAL AFASTADA**. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA CORTE ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. INDENIZAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS. IRRELEVÂNCIA DE O IMÓVEL SER IMPRODUTIVO.

1. Prevaleceu no âmbito da Primeira Seção desta Corte entendimento pelo não conhecimento do recurso especial pela ocorrência de preclusão lógica em relação ao recurso especial quando não há a interposição de apelação cível contra a sentença submetida a reexame necessário. Tal orientação foi firmada no julgamento do Recurso Especial n. 1.052.615/SP, da relatoria da Ministra Eliana Calmon (DJe18/12/2009). Todavia, a Corte Especial, na assentada de 29 de junho de 2010, por ocasião do julgamento do RESP 905.771/CE, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, modificou o posicionamento em referência, decidindo que o comportamento omissivo da Fazenda em interpor recurso de apelação não configura preclusão lógica para um futuro recurso para as instâncias extraordinárias. (...)” (STJ – Corte Especial – Resp. 897.265/RO (2006/0224456-5) – Rel. Min. Mauro CAMPBELL MARQUES – Dje – 30/09/2010). (*grifos nossos*)

“PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – **REEXAME NECESSÁRIO – AUSÊNCIA DE APELAÇÃO DO ENTE PÚBLICO – PRECLUSÃO LÓGICA AFASTADA – CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL**. 1. A Corte Especial, no julgamento do REsp 905.771/CE (rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 29/06/2010, acórdão pendente de publicação), afastou a tese da preclusão lógica e adotou o entendimento de que a Fazenda Pública, ainda que não tenha apresentado recurso de apelação contra a sentença que lhe foi desfavorável, pode interpor recurso especial. 2. Embargos de divergência conhecidos e providos.” (STJ – Corte Especial – EResp 1119666/RS (2010/0065294-1 - 08/11/2010) – Rel. Min. Eliana Calmon, julgamento 01.09.2010, unânime) (*grifos nossos*)

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. **RECURSO INTERPOSTO PELA FAZENDA PÚBLICA CONTRA ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A REEXAME NECESSÁRIO. PRELIMINAR DE PRECLUSÃO LÓGICA (POR AQUIESCÊNCIA TÁCITA) CONTRA A RECORRENTE, QUE NÃO APELOU DA SENTENÇA: IMPROCEDÊNCIA**. **PRECEDENTES DO STJ E DO STF**. NO CASO, ADEMAIS, ALÉM DE ERROR IN JUDICANDO, RELATIVAMENTE À MATÉRIA PRÓPRIA DO REEXAME NECESSÁRIO, O RECURSO ESPECIAL ALEGA VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL POR ERROR IN PROCEDENDO, OCORRIDO NO PRÓPRIO JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU, MATÉRIA A CUJO RESPEITO A FALTA DE ANTERIOR APELAÇÃO NÃO OPEROU, NEM PODERIA OPERAR, QUALQUER EFEITO PRECLUSIVO. PRELIMINAR DE PRECLUSÃO AFASTADA, COM RETORNO DOS AUTOS À 1ª. TURMA, PARA PROSSEGUIR NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL.” (STJ - Corte Especial - REsp 905.771/CE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 29/6/2010, DJe de 19/8/2010). (*grifos nossos*)

Conforme explica Costa, a omissão quanto a apelação não implica na concordância tácita do ente público, chegando a citar até a súmula diz a Súmula 325 do STJ que traz *in verbis*: “A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado”, isto porque a matéria será reanalisada pelo Tribunal competente por força do reexame necessário. E completa:

[...] o acórdão a ser proferido terá o efeito substitutivo da sentença de 1º grau, daí o motivo de não haver a preclusão lógica da matéria do reexame, mormente quando não houve o trânsito em julgado contra a Fazenda Pública. Assim, mesmo que o ente público não tenha apresentado o recurso da apelação contra a sentença de 1ºgrau, o manejo do recurso especial contra o acórdão do Tribunal que reexaminou a matéria é perfeitamente possível. (COSTA, 2012, p. 3)

Noutra linha de pensamento, Barbosa Moreira define como preclusão lógica a “perda de um direito ou de uma faculdade processual por quem tenha realizado atividade incompatível com o respectivo exercício” (MOREIRA, 2008, p. 117). No caso da pretensão recursal, faz-se mistera prática de um ato **inequivocamente** incompatível com a vontade de recorrer para se ter configurada a anuência tácita ao teor do *decisum*. (ACCIOLY, 2013).

Assim, a previsão do art. 503, caput e parágrafo único do CPCnão se coaduna com a aquiescência tácita quando a Fazenda Pública deixa de interpor recurso de apelação, notadamente um ato omissivo, visto que to**da a matéria já será devolvida ao Tribunal competente** em virtude do **reexame necessário**, como bem expressa a Súmula nº. 325 do STJ,

Ademais, o eventual recurso de apelação da Fazenda Pública, caso interposto, não inovaria nem ampliaria o âmbito de cognição do julgamento em segunda instância, sendo este o mesmo levado a efeito mediante o reexame necessário. A existência da apelação apenas pode reforçar sua tese de defesa. E sendo o processo apreciado pelo Tribunal por força do recurso exofficio, o acórdão proferido substitui a sentença de primeiro grau. (ACCIOLY, 2013).

Entendimento adotado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com base ainda no Supremo Tribunal Federal corrobora a visão do tema, senão vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - REEXAME NECESSÁRIO – **AUSÊNCIA DE APELAÇÃO DO ENTE PÚBLICO – PRECLUSÃO LÓGICA AFASTADA – CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL**. 1. A Corte Especial, no julgamento do REsp 905.771/CE (rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 29/06/2010, acórdão pendente de publicação), afastou a tese da preclusão lógica e adotou o entendimento de que a Fazenda Pública, ainda que não tenha apresentado recurso de apelação contra a sentença que lhe foi desfavorável, pode interpor recurso especial. 2. Embargos de divergência conhecidos e providos.” (grifou-se) (STJ. Corte Especial. ERESP 201000652941. Relatora: Min. Eliana Calmon. DJE DATA:08/11/2010) (*grifosnossos*)

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. RECURSO INTERPOSTO PELA FAZENDA PÚBLICA CONTRA ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A REEXAME NECESSÁRIO. **PRELIMINAR DE PRECLUSÃO LÓGICA (POR AQUIESCÊNCIA TÁCITA) CONTRA A RECORRENTE, QUE NÃO APELOU DA SENTENÇA: IMPROCEDÊNCIA**. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. NO CASO, ADEMAIS, ALÉM DE ERROR IN JUDICANDO , RELATIVAMENTE À MATÉRIA PRÓPRIA DO REEXAME NECESSÁRIO, O RECURSO ESPECIAL ALEGA VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL POR ERROR IN PROCEDENDO , **OCORRIDO NO PRÓPRIO JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU, MATÉRIA A CUJO RESPEITO A FALTA DE ANTERIOR APELAÇÃO NÃO OPEROU, NEM PODERIA OPERAR, QUALQUER EFEITO PRECLUSIVO.** PRELIMINAR DE PRECLUSÃO AFASTADA, COM RETORNO DOS AUTOS À 1ª. TURMA, PARA PROSSEGUIR NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL.” (grifou-se) (STJ. Resp 905.771-CE. 1ª Turma. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. DJE Data: 19/08/2010). (*grifosnossos*)

 “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ANISTIA. MILITAR. PROMOÇÃO. ART. 8º ADCT/88. REMESSA NECESSÁRIA. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO. 1. **Não há que falar em preclusão porquanto o recurso de ofício devolve à instância superior o conhecimento integral da causa, impedindo a preclusão do que decidido na sentença**. Precedentes. 2. Recurso extraordinário provido com fundamento em **entendimento do Plenário da Suprema Corte**: RE 165.438/DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 23.08.2002. 3. Agravo regimental improvido.” (STF. RE 540508 AgR – RJ. 2ª Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie. DJE data: 22/11/2008) (*grifosnossos*)

Vale lembrar, contudo que apesar do entendimento dominante dos Tribunais Superiores hoje adotar a tese se inocorrência da preclusão lógica, esta uniformização partiu de entendimento contrário, conforme corroboram os seguintes julgados

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REEXAME NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE RECURSO VOLUNTÁRIO DA SENTENÇA. **DESCABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. PRECLUSÃO LÓGICA**. PRECEDENTES. (STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.018.964 - SP 2007/0307479-0. RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES. DJ: 30/04/2010) (*grifos nossos*)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. REEXAME NECESSÁRIO. **FAZENDA PÚBLICA QUE NÃO INTERPÕE RECURSO VOLUNTÁRIO. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. PRECLUSÃO LÓGICA**. PROVIMENTO.

1. É inadmissível recurso especial do poder público que não interpõe recurso de apelação contra sentença preservada em remessa necessária, em razão da preclusão lógica.

2. Agravo regimental provido" (fl. 257). (STJ. RE nos EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.039.755 – RS 2008/0055749-7. Relator MINISTRO ARI PARGENDLER. DJ: 02/09/2010). (*grifos nossos*)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ACÓRDÃOPROFERIDO EM SEDE DE REMESSA NECESSÁRIA. INTERPOSIÇÃO DERECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE APELO VOLUNTÁRIO.PRECLUSÃO LÓGICA. AGRAVO DESPROVIDO." (fl. 228)

Alega a Autarquia Previdenciária que **não está pacificado o entendimentoproclamado na decisão ora atacada, de que, por se tratar de preclusão lógica, não cabe ainterposição de recurso especial contra acórdão proferido em sede de remessa necessária,quando ausente o recurso voluntário**. (STJ. AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.197.916 - SP 2009/0109316-2. Relatora MINISTRA LAURITA VAZ. (*grifos nossos*)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DENÚNCIAESPONTÂNEA. **REEXAME NECESSÁRIO. FAZENDA PÚBLICA QUE NÃOINTERPÕE RECURSO VOLUNTÁRIO. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. PRECLUSÃO LÓGICA**. PROVIMENTO.

1. É inadmissível recurso especial do poder público que não interpõerecurso de apelação contra sentença preservada em remessa necessária, emrazão da preclusão lógica.

2. Agravo regimental provido." (AgRg no REsp 1.039.755/RS, 1.ªTurma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe de 28/10/2009.)(*grifos nossos*)

"DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTALNO RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. **RECURSO VOLUNTÁRIO.AUSÊNCIA. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃOPROFERIDO EM SEDE DE REMESSA NECESSÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.PRECLUSÃO LÓGICA. PRECEDENTES DO STJ**. AGRAVO IMPROVIDO.

1. É inadmissível recurso especial em face de acórdão proferido emsede de reexame necessário, quando ausente recurso voluntário do entepúblico, ante a ocorrência da preclusão lógica. Precedentes do STJ.

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 836.790/PA, 5.ªTurma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 28/09/2009.)(*grifos nossos*)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE REMESSA NECESSÁRIA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE APELO VOLUNTÁRIO. PRECLUSÃO LÓGICA. AGRAVO DESPROVIDO

1. **Esta Corte Superior firmou compreensão no sentido de ser inadmissível a interposição de recurso especial contra acórdão proferido em sede de remessa necessária, quando ausente o manejo de recurso voluntário pelo ente público, uma vez que resta evidenciada a resignação em relação à sentença que lhe foi adversa, ocorrendo, desse modo, a preclusão lógica.** 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1.197.916/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 15/12/2009 (*grifos nossos*)

PROCESSUAL CIVIL –RECURSO ESPECIAL NÃO-CONHECIDO – REMESSA OFICIAL IMPROVIDA – INEXISTÊNCIA DE APELAÇÃO – PRECLUSÃO LÓGICA – PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO – INSURGÊNCIA QUE NÃO FOI OBJETO DO RECURSO ESPECIAL – INOVAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE.

1. **A inexistência de recurso voluntário mostra a resignação com a decisão proferida, fato que gera preclusão lógica contra a parte. Precedentes da Primeira Seção**: Resp 1.052.615/SP, Relatora Min. Eliana Calmon e do EREsp 1.036.329/SP, Relator este magistrado, julgados em 14.10.2009.

2. Ademais, no que toca à alegação da suposta ausência de intimação pessoal da sentença do representante judicial da União, verifica-se que a insurgência não foi objeto do recurso especial, o que representa inovação, vedada no âmbito do agravo regimental. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.058.778/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 09/11/2009) (*grifos nossos*)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. REEXAME NECESSÁRIO. FAZENDA PÚBLICA QUE NÃO INTERPÕE RECURSO VOLUNTÁRIO. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. PRECLUSÃO LÓGICA. PROVIMENTO.

1. **É inadmissível recurso especial do poder público que não interpõe recurso de apelação contra sentença preservada em remessa necessária, em razão da preclusão lógica.** 2. Agravo regimental provido. (AgRg no REsp 1.039.755/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 28/10/2009) (*grifos nossos*)

Assim, resumindo o cenário jurídico atual sobre a temática da admissibilidade ou não de recurso especial quando ausente apelação e a causa foi reanalisada por força do reexame necessário, bem sintetiza Accioly

Destarte, apesar de existir controvérsia na doutrina, quanto à **ocorrência ou não da preclusão lógica** para recorrer de acórdão de Tribunal quando não apelada a sentença pela Fazenda Pública, mas levada a julgamento em segunda instância pelo reexame necessário, **o entendimento predominantes hoje em nossos Tribunais Superiores, acertadamente, é de que não ocorre preclusão lógica sendo possível ao ente público manejar o Recurso especial**.Esse entendimento se **coaduna com a própria razão de ser do instituto do Reexame Necessário, qual seja, a defesa do interesse público, da ordem pública e dos bens públicos** postos em juízo, estando em perfeito acordo com os ditames da legislação processual civil em vigor. (ACCIOLY, 2013) (*grifos nossos*)

**6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pode-se perceber que embora entendimento anterior tendesse à inadmissibilidade do recurso especial quando ausente apelação em razão da preclusão lógica, novo entendimento jurisprudencial com amparo não só no Superior Tribunal de Justiça, mas também no Supremo Tribunal Federal representa mais corretamente posição sobre a temática, admitindo o Recurso Especial pelo ente público mesmo quando ausente apelação e matéria é devolvida ao Tribunal apenas por obrigatoriedade em razão da remessa necessária.

Isto porque, a Fazenda Pública, ao gozar de suas prerrogativas, ou vantagens fundamentadas representa o interesse coletivo/social, motivo pelo qual sua situação deve ser analisada com mais sensibilidade.

Isto significa, também, que a remessa necessária se presta à finalidade a qual se destina, qual seja, a proteção destes interesses coletivos. Ademais, por força do reexame é que a devolutividade da matéria ao Tribunal é ampla, ou total, abarcando toda a questão, o que dispensa a apelação do ente público.

Ademais, o recurso *ex officio* substitui completamente a decisão de primeira instância jurisdicional – ou dá eficácia àquela, caso esteja em perfeitas condições para tal –, o que ampara a tese de desnecessidade de oferecimento da apelação.Assim sendo, o reposicionamento de nossos Tribunais Superiores não poderia ter sido mais acertado, uma vez que reconhecida a importância da atuação da Fazenda neste sentido.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Tatiana Cabral Xavier. **Considerações sobre a possibilidade de manejo de recurso especial pela Fazenda Pública quando o processo é apreciado no tribunal apenas por força do reexame necessário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18 (/revista/edicoes/2013), n. 3491 (/revista/edicoes/2013/1/21), 21 (/revista/edicoes/2013/1/21) jan. (/revista/edicoes/2013/1) 2013 (/revista/edicoes/2013). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23501>. Acesso em: 15 out 2013.

COSTA, Marcelo Bacchi Corrêa da.**Fazenda Pública. Ausência de Apelação. Inexistência de preclusão lógica na interposição de recurso especial contra acórdão dereexame necessário**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=11059>. Acesso em 30 out 2013.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da.**A Fazenda Pública em Juízo.** 7. Ed. São Paulo: Dialética, 2009

DIDIER JR. JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da.**Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 8 ed. Bahia: JusPodivm, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** . 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, José Roberto de. **Prerrogativas processuais da Fazenda Pública. In: Direito Processual Público: A Fazenda Pública em juízo**. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2003

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 1998.

MOREIRA, José Carlos Moreira Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 13 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. **Direito Processual Público: A Fazenda Pública em juízo**. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2003

SANTOS, MarianaGuimarães Dos. **Fazenda Pública**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\_dh=4336. Acesso em: 22 out 2013.

TAVARES, Gustavo Machado. **O instituto da remessa necessária e a Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 402, 13 ago. 2004 . Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5584>. Acesso em: 22 out 2013.

1. *Paper* apresentado à disciplina Recursos no Processo Civil, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco. [↑](#footnote-ref-2)
2. Alunas do sexto período do Curso de Direito da UNDB. [↑](#footnote-ref-3)
3. Professor Mestre, orientador. [↑](#footnote-ref-4)