

9. PRECLUSÃO

Não interposição de apelação e preclusão para interposição de Recurso Especial por parte da Fazenda Pública

Natureza da divergência:

STF x STJ

STJ x STJ

Não há dúvida de que o reexame necessário não é um recurso (Cf. Moacyr Amaral Santos⁸⁴, Marcelo Abelha Rodrigues⁸⁵, Luiz Fux⁸⁶, Nelson Nery Junior⁸⁷, Rogério Coelho⁸⁸, Rita Ganesini⁸⁹ e Guilherme Puchalski Teixeira⁹⁰), não obstante a posição contrária de Sérgio Bermudes⁹¹ e Araken de Assis⁹². E tanto isso é verdade que não integra o rol taxativo de recurso, “nem é tratado como recurso em qualquer outro diploma legal”, segundo afirmação categórica de Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha⁹³.

Para Ovídio Baptista da Silva⁹⁴ a remessa necessária é uma “técnica de controle” das sentenças em razão da prevalência do interesse público.

Há divergência quanto à constitucionalidade ou não do preceito. Para Nelson Nery Junior⁹⁵, Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho⁹⁶ e Francisco Glauber Pessoa Alves⁹⁷, “a remessa necessária não é inconstitucional”. Para Oreste Nestor de Souza Laspro é inconstitucional⁹⁸.

84. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 23. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 104.

85. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 514.

86. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 928.

87. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 58.

88. Reexame Necessário e Uniformização de Jurisprudência. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins*. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 562.

89. A Fazenda Pública e o reexame necessário. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 917-935.

90. *Análise Fragmentada do Duplo Grau enquanto regra de direito*. Revista Forense, v. 396, 2008, p. 159-182.

91. *Introdução ao Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 159.

92. Admissibilidade dos Embargos Infringentes em Reexame Necessário. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 114-134.

93. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 483.

94. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1996, p. 407.

95. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5. ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 62.

96. *A Remessa Oficial e o Princípio da Igualdade*. Revista de Processo, vol. 80 (out./dez. de 1995), p. 215-222.

97. *A Remessa Necessária e suas Mudanças (Leis 10.259/2001 e 10.352/2001)*. Revista dos Tribunais, ano 92, vol. 810, abril de 2001, p. 62-76.

98. *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, *apud* TOSTA, Jorge. *Do Reexame Necessário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 125.

Nossa opinião é de que a remessa necessária é constitucional. Objetiva a proteção de interesses públicos⁹⁹. Não vislumbramos ofensa ao princípio da igualdade ou da razoabilidade.

Para Alaim Rodrigues Neto¹⁰⁰,

“Ao contrário do que parece à primeira vista, o reexame necessário não se trata de uma salvaguarda endoprocessual instituída em favor dos representantes dos advogados públicos para remediar sua eventual desídia ou a dificuldade de gerenciar o vultoso número de casos sob seus cuidados. Na verdade, é um instrumento de certificação exoprocessual instituído em favor do administrado (que indiretamente integra a Administração Pública, mas não participa diretamente da lide) de que a decisão contrária à Administração Pública foi novamente analisada por uma pluralidade de julgadores mais experientes.”

O reexame necessário “condiciona a eficácia da sentença à sua reapreciação pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz que a proferiu. Enquanto não for procedida à reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não contendo plena eficácia.”¹⁰¹ A decisão desfavorável à Administração Pública é levada à reapreciação pelo Tribunal *ad quem* por determinação da lei, sendo, pois, uma obrigação do juiz, não uma faculdade. Caso o juiz, por missão, engano ou de propósito não determine a remessa dos autos ao Tribunal, para reexame da matéria, estará cometendo ilegalidade sanável através de reclamação (por usurpação da competência do tribunal), correição ou mandado de segurança.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁰² tem opinião no sentido de que as sentenças sujeitas ao reexame necessário jamais produzem eficácia alguma. Explica o doutrinador:

“Na realidade, as sentenças indicadas nos incisos desse artigo não produzem *jamais* eficácia alguma, porque é cediça em direito processual a regra de que se que o julgamento feito pelo tribunal substitui sempre aquele que foi objeto do recurso, quer negue, quer dê provimento a este. O *confirmar* a sentença não é outorgar-lhe eficácia ou talvez definitividade, mas emitir novo julgamento conforme. É o Poder Judiciário de-

99. LEONEL, Ricardo de Barros. *Cognição Judicial em Grau de Apelação, à luz das Reformas do CPC*. Justitia, São Paulo. 64 (197), jul./dez 2007, p. 199-210.

100. *O Não-cabimento de Recursos Especiais e Extraordinários Interpostos pela Administração Pública contra Acórdão que julga Reexame Necessário*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, v. 71, fev. 2009, p. 9-17.

101. DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *ob. cit.*, p. 483.

102. *A Reforma da Reforma*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 130.

cidindo novamente a causa, agora pela voz de um órgão mais elevado, mas sempre mediante um ato deste, da responsabilidade deste – e tal é a interpretação pacífica da *substituição do inferior pelo superior*, positivada no art. 512 do Código de Processo Civil. Por isso é que, proferida a sentença contra a Fazenda Pública, a causa sobe ao Tribunal e as partes só sentirão os efeitos de um julgamento sobre sua vida fora do processo, por força do acórdão que este proferir, não mais da sentença. Não se trata de somente negar a autoridade de coisa julgada às sentenças proferidas nas hipóteses indicadas em lei, mas de excluir-lhes por completo qualquer eficácia – porque a devolução oficial tem ‘efeito suspensivo’, não permitindo sequer a execução provisória das sentenças sujeitas ao regime do art. 475.” (destaques do autor).

O reexame necessário, qualquer que seja a qualificação que se lhe dê, “mera manifestação do impulso oficial” (Pontes de Miranda¹⁰³), “ato complexo”¹⁰⁴, “condição suspensiva *ex lege*” (Jorge Tosta¹⁰⁵), “medida acautelatória para evitar um desgaste culposo ou doloso do erário público ou da coisa pública”¹⁰⁶, “condição impeditiva do trânsito em julgado”¹⁰⁷, é, segundo pensamos, condição de eficácia da sentença. É essa, aliás, a opinião de Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha¹⁰⁸, Nelson Nery Junior¹⁰⁹, Rogério Lauria Tucci¹¹⁰, Humberto Theodoro Júnior¹¹¹ e Sérgio Gilberto Porto¹¹². De fato, enquanto o Tribunal não reanalisar a sentença esta não transita em julgado, não sendo dotado, o julgado de primeiro grau, de eficácia plena. A remessa necessária tem translatividade plena, submetendo ao tribunal toda a matéria levantada e discutida no juízo inferior, ainda que a sentença não a haja apreciado por inteiro. Há críticas acerca das expressões “apelação *ex officio*”, “recurso de ofício” ou “recurso obrigatório”¹¹³.

103. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Tomo X. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 156.

104. REsp 29.800/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 16.12.1992, DJ 15/03/1993, p. 3796; REsp 226053/PI, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 19/10/1999, DJ 29/11/1999, p. 234.

105. *Do Reexame Necessário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 151-169.

106. REsp 402970/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Rel. p/ acórdão Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 16/03/2004, DJ 01/07/2004, p. 250.

107. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009, p. 489.

108. *Ob. cit.*, p. 483.

109. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 60.

110. *Curso de Direito Processual*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 276.

111. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 612-613.

112. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 237-238.

113. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *ob. cit.*, p. 489.

Só depois de julgado o reexame necessário é que se pode manejar ação rescisória. O prazo de dois anos para ajuizamento da rescisória, em caso de reexame necessário, conta-se para a parte em favor da qual foi instituído o reexame, do trânsito em julgado do acórdão que manteve a sentença (STJ, Primeira Seção, AR 55/DF, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. 10.04.1990, DJU 30.04.1990, p. 3518).

As sentenças sujeitas ao reexame necessário são apenas e tão somente aquelas proferidas nas hipóteses elencadas nos incisos do art. 475 do Código de Processo Civil. Observe-se, de pronto, que o reexame necessário diz respeito apenas às sentenças de mérito¹¹⁴, “não atingindo as decisões interlocutórias proferidas contra as pessoas jurídicas de direito público”¹¹⁵. É nesse sentido, aliás, a jurisprudência do STJ: REsp 688.853/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, j. 10.05.2007, DJU 28.05.2007; REsp 781.345/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 29.06.2006, DJU 26.10.2006; REsp 815360/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 04.04.2006, DJU 17.04.2006; REsp 640.651/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 18.10.2005, DJU 07.11.2005; EREsp 271926/CE, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ acórdão Min. Fernando Gonçalves, j. 12.04.2010, DJe 24.05.2010 e do STF: RE 69.981/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Antônio Nader, j. 15.08.1975, DJU 10.10.1975.

O reexame necessário não é dialético, não existindo razões ou contrarrazões.

O art. 475 do Código de Processo Civil determina quais são os casos de remessa necessária. O referido preceptivo, no inciso I, determina que está sujeita ao duplo grau necessário a sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas Autarquias e Fundações. A sentença que julga improcedente demanda movida pela Fazenda Pública é sentença inegavelmente proferida contra esta, de modo que, nesse caso, cabe reexame necessário. Como bem frisou o Min. Castro Meira, relator do REsp 1.144.732/BA, j. 6.10.2009, DJe 15.10.2009, “se o legislador não excluiu expressamente a submissão ao duplo grau quando o ente público – autor da demanda de conhecimento – for vencido, não

114. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 916.

115. DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Ob. cit.*, p. 485.

cabe ao intérprete excluí-la de maneira mais gravosa à parte. Aplica-se, *in casu*, a máxima ‘*inclusio unius alterius exclusio*’.¹¹⁶

Aliás, essa posição encontra abrigo na doutrina de Luiz Manoel Gomes Júnior¹¹⁷, para quem “independentemente da posição ocupada pelo ente de direito público, se a sentença lhe foi contrária, desde que com apreciação do mérito, sempre haverá necessidade do reexame” e de Antônio Carlos Marcato¹¹⁸ que vai além, defendendo a tese de que há devolução obrigatória “mesmo que consideremos a sucumbência parcial e *mesmo que cogite da extinção do processo sem a apreciação do mérito nas hipóteses das pessoas jurídicas de direito público figurando no pólo ativo das demandas*” (destaques por nossa conta). Na mesma trilha é a posição de Antônio Cláudio da Costa Machado¹¹⁹, para quem se impõe o reexame necessário de toda e qualquer “sentença proferida contra qualquer das pessoas jurídicas de direito público mencionadas tanto o ato decisório de mérito que lhe seja desfavorável total ou parcialmente (procedência total ou parcial quando ré, ou procedência parcial ou improcedência, quando autora), como o ato de extinção do processo sem julgamento de mérito quando o Estado for o demandante.”

É importante que se afirme que não é exequível a sentença antes do reexame necessário. E mais. No que se refere às empresas públicas e sociedades de economia mista, por possuírem elas o mesmo regime das empresas privadas, por força de regramento constitucional (art. 173, § 1º da CRFB), não se beneficiam em qualquer hipótese do reexame necessário, “nem mesmo quando exercerem, por delegação, o poder de desapropriar.”¹²⁰

Não se olvide que, a teor da súmula 45 do STJ, “no reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”. É que é vedada, no direito brasileiro, a *reformatio in pejus*. O STJ, aliás, tem posição firme no sentido de que “a proibição da *reformatio in pejus*, cujo *status* principiológico é inegável, porquanto exprime uma no-

116. Em sentido parecido: AgRg no Ag 954.848/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 10.06.2008, DJe 04.03.2009.

117. Anotações sobre a Nova Fase da Reforma do CPC – âmbito recursal. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 644-677.

118. *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 1534.

119. *Código de Processo Civil Interpretado*. 2. ed., Barueri: Manole, 2008, p. 813.

120. TOSTA, Jorge, *ob. cit.*, p. 190.

ção primordial do sistema recursal, encontra-se implicitamente contida na regra do art. 475 do CPC, que trata da remessa necessária.” (REsp 935874/SP, Corte Especial, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 17.06.2009, DJU 14.09.2009).

É relevante que se frise que “a remessa oficial devolve ao tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive honorários de advogado.” (Súmula 325 do STJ). Assim, pode o tribunal, em remessa necessária, reduzir os honorários a que a Fazenda Pública foi condenada (REsp 373834/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 02.05.2002, DJU 12.08.2002) ou mesmo determinar a compensação dessa verba (REsp 113.365/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 21.08.1997, DJU 29.09.1997).

De acordo com o enunciado 390 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes (Corte Especial, julgado em 02/09/2009, DJe 09/09/2009). Esse enunciado da súmula 390 do STJ diverge de decisões do STF, pois a Instância Rara tem alguns julgados no sentido de que cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em sede de reexame necessário, ainda que não interposto recurso voluntário (STF, RE 93546/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 96/1405 e DJU de 13.2.1981, p. 756 e STF, RE 90.206/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 94/801 e DJU 16.5.1980, p. 3486). Não encontramos, do STF, acerca desse ponto, julgados mais recentes que esses.

Se a Administração Pública não interpõe recurso voluntário e o processo, por força do reexame necessário, é julgado pelo tribunal, a indagação que se faz é a seguinte: pode a Administração, tendo em vista a manutenção da decisão pelo tribunal, interpor Recurso Especial ou Extraordinário?

Em alguns julgados, o Superior Tribunal de Justiça considerou que “é inadmissível recurso especial do poder público que não interpõe recurso de apelação contra sentença preservada em remessa necessária, em razão da preclusão lógica.” (AgRg no REsp 1039755/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009).¹²¹

121. Em sentido parecido: AgRg no REsp 942.304/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 02/04/2009, DJe 04/05/2009.

A Primeira Seção do STJ chegou até mesmo a dizer que,

“(...) chega a ser incoerente e até mesmo de constitucionalidade duvidosa, a permissão de que os entes públicos rediscutam os fundamentos da sentença não impugnada no momento processual oportuno, por intermédio da interposição de recurso especial contra o acórdão que a manteve em sede de reexame necessário, devendo ser prestigiada a preclusão lógica ocorrida na espécie, regra que, segundo a doutrina, tem como razão de ser o respeito ao princípio da confiança, que orienta a lealdade processual (proibição do *venire contra factum proprium*)... Recurso especial não conhecido em razão da existência de fato impeditivo do poder de recorrer (preclusão lógica).” (REsp 904.885/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 12/11/2008, DJe 09/12/2008).¹²²

A posição mais tradicional do STJ considera que, face à preclusão, a Fazenda Pública não pode interpor recurso especial se, na instância ordinária, não recorreu por meio de apelação. Para esta linha de pensamento, haveria comportamento contraditório por parte do Poder Público em recorrer por meio do recurso especial, se anteriormente não interpôs recurso de apelação. Para esse entendimento, haveria preclusão lógica, pois a aquiescência por parte do Poder Público que não apelou no momento adequado impede o reexame do tema em sede de recurso especial.

A Primeira Seção do STJ tinha entendimento no sentido de que era inadmissível Recurso Especial posteriormente interposto pela Fazenda Pública contra acórdão do reexame necessário nos casos em que ela deixara de apelar da sentença. A jurisprudência entendia que havia preclusão lógica¹²³. A preclusão (art. 473 do Código de Processo Civil) representa, como é por todos sabido, a perda de faculdade de praticar determinado ato processual, seja porque se esgotou o prazo legal para tal (*preclusão temporal*), seja porque a questão já foi decidida anteriormente (*preclusão pro judicato*), porque o ato já foi praticado (*preclusão consumativa*) ou, finalmente, porque o ato é logicamente incompatível com outro praticado anteriormente (*preclusão lógica*).¹²⁴ Segundo Ovídio Baptista da Silva¹²⁵, a

122. Semelhantemente: REsp 1085257/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09/12/2008, DJe 24/03/2009.

123. Cf. BORGES SEGUNDO, Edval. *Preclusão: uma técnica jurídica processual*. Revista do programa de pós-graduação em Direito da UFBA, n.º 16, 2008, p. 185-212; THEODORO JUNIOR, Humberto. *A preclusão no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 90, n. 784, fev. 2001, p. 11-28.

124. Cf. GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 110 e ss.

125. *Ob. cit.*, p. 173.

preclusão lógica é “a impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato, ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e a sua conduta processual posterior.”

Para Alaim Rodrigues Neto¹²⁶,

“Se não houve a interposição de recurso voluntário contra sentença desfavorável à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como suas autarquias é porque seu representante tacitamente entendeu que o juiz de primeira instância deu uma solução correta – ou ao menos ‘aceitável’ – para a questão que lhe foi apresentada. Em outras palavras, a Administração Pública aquiesce à decisão e passa a contar com a sorte de o Tribunal interpretar a questão de forma menos gravosa do que o juiz de primeira instância e reduzir os impactos da sentença previamente proferida – ‘o que vier do julgamento do reexame necessário oficial é lucro’.

Então, a partir do momento em que o Tribunal, em julgamento de reexame necessário – que, frise-se, não é recurso – confirma total ou parcialmente a sentença desfavorável à Administração Pública, não há nada que possa ser feito a não ser conformar-se, da mesma forma que se conformou quando deixou de interpor o recurso voluntário anteriormente.”

Nesse mesmo artigo, o doutrinador mencionado cita o precedente da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça referido acima, REsp 904.885/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, e diz que “não seria um exagero se a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça tivesse editado uma súmula para coibir a interposição de recursos especiais e extraordinários contra acórdão de Tribunal que mantém sentença desfavorável em reexame necessário, inclusive com a previsão de condenação por litigância de má-fé”. Essa opinião doutrinária, de fevereiro de 2009¹²⁷ se confronta com o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça em junho de 2010, o que mostra que o Direito é, por excelência, dialético.

No informativo n. 441, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a Fazenda Pública pode interpor recurso especial mesmo que não tenha interposto recurso de apelação contra acórdão que, julgan-

126. *Ob. cit.*, p. 15-16.

127. *O Não-cabimento de Recursos Especiais e Extraordinários Interpostos pela Administração Pública contra Acórdão que julga Reexame Necessário*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, v. 71, fev. 2009, p. 9-17.

do reexame necessário, manteve a sentença de primeiro grau contra seus interesses. Vejamos:

A Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, por maioria, entendeu que a Fazenda Pública, mesmo que não tenha apresentado recurso de apelação, pode interpor recurso especial (ou recurso extraordinário) contra acórdão que, julgando reexame necessário, manteve a sentença de primeiro grau contrária aos seus interesses. O comportamento omissivo da Fazenda, ao não apelar, não configura a preclusão lógica para um futuro recurso às instâncias extraordinárias. (REsp 905.771/CE, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 29/06/2010).¹²⁸

Para a Corte Especial do STJ, não há preclusão para o Poder Público em interpor recurso especial se o ente não recorreu na instância ordinária por meio de apelação.¹²⁹ A decisão da Corte Especial, todavia, não é inédita no seio do Superior Tribunal de Justiça, como podemos perceber a seguir:

“(...) Consoante já proclamou a Quinta Turma desta Corte, ao julgar o AgRg no REsp 588.108/PE (Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 20.6.2005, p. 343), para fins de interposição de recurso especial basta que a matéria infraconstitucional a ser impugnada pela pessoa jurídica de direito público tenha sido decidida pelo Tribunal de origem, seja por força de apelação cível ou em virtude do reexame necessário. No mesmo sentido, são os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal: ‘Ainda que não tenha o Estado interposto apelação contra a sentença de 1º grau, isto não importa em preclusão da faculdade processual de interpor recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, quando a decisão, em remessa necessária, lhe é desfavorável. De fato, o recurso de ofício, devolvendo à instância superior o conhecimento integral da causa, impede a preclusão do que decidiu a sentença, daí não haver que se falar em falta de

128. Ementa deste acórdão: 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 OPEUROU, NEM PODERIA OPERAR, QUALQUER EFEITO PRECLUSIVO. PRELIMINAR DE PRECLUSÃO AFASTADA, COM RETORNO DOS AUTOS À 1ª. TURMA, PARA PROSSEGUIR NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

129. Há outros precedentes nesta linha: AgRg no REsp 1063425/RS, Rel. Min. Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 14/10/2008, DJe 09/12/2008 e AgRg no REsp 588108/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 12/04/2005, DJ 20/06/2005, p. 343.

interesse processual em recorrer, por ter o Estado se absterido de interpor apelação.' (AgRg no RE 330.007-5/RO, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 23.8.2002)...” (AgRg nos EDcl no REsp 1036329/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 05/06/2008, DJe 18/06/2008).

Para a segunda corrente – lastreada no recente julgado do órgão máximo do STJ – mesmo que a Fazenda Pública não interponha apelação contra a sentença de primeiro grau, isto não importa em preclusão da faculdade processual de interpor recurso especial posteriormente.

Em resumo: para a primeira corrente, a não interposição do recurso de apelação implica em preclusão lógica, de modo a impedir a discussão do tema por meio de posterior recurso especial. A segunda posição, todavia, entende que a não interposição da apelação na instância *a quo* não resulta em preclusão para interposição do recurso especial.

Essa posição recente do Superior Tribunal de Justiça está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 396.989/GO, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04.10.2005, DJU 03.03.2006, disse expressamente o seguinte:

“Esclareça-se que a circunstância de o acórdão proferido haver resultado da remessa obrigatória prevista no artigo 475 do Código de Processo Civil não obstaculiza a interposição, contra ele, de recursos. Há de se distinguir a postura do Estado, deixando de protocolar apelação, ante a citada remessa, do exame do interesse, uma vez verificada a confirmação do que decidido. O ato omissivo primeiro não implica a aceitação do pronunciamento confirmando a sentença, mas simples estratégia, não se interpondo a apelação e, assim, deixando-se de arrazoar no sentido da reforma do que assentado na origem. É esse o enfoque que mais se coaduna com a organicidade própria ao Direito e a consideração de fases diversas. Em síntese, uma coisa é, ante a revisão obrigatória, instituído a beneficiar a Fazenda, não ser interposta apelação, algo diverso segue-se à confirmação do que decidido pelo órgão revisor. Então, inexistente a remessa obrigatória, o ato omissivo relativamente a possível recurso resulta na preclusão. Patente se afigura o interesse da Fazenda em agir na via recursal, interpondo quer o Especial para o Superior Tribunal de Justiça, quer o Extraordinário para o Supremo.”

Parece-nos correto esse julgado e a nova posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 905.771/CE, Corte Especial, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 29/06/2010.

O tema comporta dois tratamentos dentro do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser assim resumido:

RESUMO • NÃO INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO E PRECLUSÃO PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL POR PARTE DA FAZENDA PÚBLICA

CORRENTE 1	CORRENTE 2
<p>Posição mais reiterada do STJ considera que “chega a ser incoerente e até mesmo de constitucionalidade duvidosa, a permissão de que os entes públicos rediscutam os fundamentos da sentença não impugnada no momento processual oportuno, por intermédio da interposição de recurso especial contra o acórdão que a manteve em sede de reexame necessário, devendo ser prestigiada a preclusão lógica ocorrida na espécie.” (REsp 904.885/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 12/11/2008, DJe 09/12/2008).</p>	<p>Decisão recente da Corte Especial do STJ, informativo 441, considerou que a Fazenda Pública, mesmo que não tenha apresentado recurso de apelação, pode interpor recurso especial (ou recurso extraordinário) contra acórdão que, julgando reexame necessário, manteve a sentença de primeiro grau contrária aos seus interesses. O comportamento omissivo da Fazenda, ao não apelar, não configura a preclusão lógica para um futuro recurso às instâncias extraordinárias. (REsp 905.771/CE, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 29/06/2010). É também a posição acolhida pelo STF: RE 396.989/GO, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04.10.2005, DJU 03.03.2006.</p>

Prevalecia no STJ a primeira corrente, com precedente da Primeira Seção. Recente decisão da Corte Especial, todavia, fez instaurar novo dissenso na Corte. No STF, adota-se a segunda posição.