

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.036.329 - SP
(2008/0160961-6)**

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
EMBARGANTE : JOSE MENDES SILVA
ADVOGADO : MARIELZA EVANGELISTA COSSO E OUTRO(S)
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO E OUTRO(S)
INAÍÁ BRITTO DE ALMEIDA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - NÃO-APRESENTAÇÃO DE APELAÇÃO PELA UNIÃO - REMESSA OFICIAL IMPROVIDA - IMPOSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL - PRECLUSÃO LÓGICA.

1. Apesar de a remessa oficial devolver ao Tribunal *ad quem* o conhecimento de todas as questões suscitadas nos autos, e decididas desfavoravelmente à União, ao Estado, ao Distrito Federal, às respectivas autarquias e fundações de direito público, há ainda a previsão de interposição de recurso voluntário.

2. A não-interposição do recurso voluntário, pela União, gera a presunção de resignação diante do provimento jurisdicional apresentado. A posterior interposição de recurso especial torna-se inviável diante da caracterização da preclusão lógica. Se, inicialmente não houve interesse recursal por parte da União, mantendo-se o mesmo entendimento, não há razão para recorrer.

3. Esta Corte entende que descabe a interposição de recurso especial contra acórdão que nega provimento à remessa necessária, quando a ausência de interposição de apelo voluntário evidencia a conformação da parte em relação à sentença que lhe foi desfavorável, ante a preclusão lógica. Neste sentido o REsp 904.885/SP, de relatoria da Min. Eliana Calmon, julgado pela Primeira Seção em 12.11.2008, não-publicado, no sentido da ocorrência de preclusão lógica.

Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça "Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencidos o Srs. Ministros Teori Alzino Zavascki e Herman Benjamin, conheceu dos embargos e lhes deu provimento,

Superior Tribunal de Justiça

nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (voto-vista), Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido (RISTJ, art. 162, § 2º).

Licenciados, nesta assentada, os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda,

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 14 de outubro de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.036.329 - SP (2008/0160961-6)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
EMBARGANTE : JOSE MENDES SILVA
ADVOGADO : MARIELZA EVANGELISTA COSSO E OUTRO(S)
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO E OUTRO(S)
INAIÁ BRITTO DE ALMEIDA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de embargos de divergência opostos por JOSÉ MENDES SILVA, com objetivo de uniformizar a jurisprudencial da Primeira Seção no tocante à impossibilidade de interposição de recurso especial contra acórdão proferido em sede de reexame necessário.

Originariamente, a divergência jurisprudencial foi apresentada contra acórdão da Primeira Turma, proferido no sentido de que, ainda que não tenha o Estado interposto apelação contra sentença de primeiro grau, em que foi sucumbente, não importa em preclusão da faculdade processual de interpor recurso especial contra acórdão que julgou o reexame necessário, resultando assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. NÃO-INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO CÍVEL CONTRA A SENTENÇA CONCESSIVA DO MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO PARA A ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO RECORRER AOS TRIBUNAIS SUPERIORES. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

2. 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

Superior Tribunal de Justiça

que se falar em falta de 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) '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.' (RE 396.989-7/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 3.3.2006)

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no Edcl no REsp 1.036.329/SP, Rel. Min. Denise Arruda.)

Como paradigma, foi colacionado o seguinte acórdão da Segunda Turma, ao entendimento de ser incabível recurso especial contra acórdão proferido em sede de reexame necessário, quando ausente recurso voluntário do ente público, dada a ocorrência de preclusão lógica:

"PROCESSUAL CIVIL – CPC, ART. 535, II – VIOLAÇÃO NÃO OCORRIDA – AUSÊNCIA DE APELAÇÃO DO ENTE PÚBLICO – REMESSA OFICIAL IMPROVIDA – INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL – PRECLUSÃO LÓGICA.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem analisa, ainda que implicitamente, a tese objeto dos dispositivos legais apontados pela parte.

2. A jurisprudência da eg. Segunda Turma desta Corte tem firmado o entendimento de que é inadmissível recurso especial contra acórdão proferido em sede de reexame necessário, quando ausente recurso voluntário do ente público, dada a ocorrência da preclusão lógica. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido."

(REsp 902.577/CE, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 12.6.2008.)

Efetivado juízo positivo de admissibilidade, foi apresentada impugnação às fls. 230/236.

É, no essencial, o relatório.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.036.329 - SP
(2008/0160961-6)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - NÃO-APRESENTAÇÃO DE APELAÇÃO PELA UNIÃO - REMESSA OFICIAL IMPROVIDA - IMPOSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL - PRECLUSÃO LÓGICA.

1. Apesar de a remessa oficial devolver ao Tribunal *ad quem* o conhecimento de todas as questões suscitadas nos autos, e decididas desfavoravelmente à União, ao Estado, ao Distrito Federal, às respectivas autarquias e fundações de direito público, há ainda a previsão de interposição de recurso voluntário.

2. A não-interposição do recurso voluntário, pela União, gera a presunção de resignação diante do provimento jurisdicional apresentado. A posterior interposição de recurso especial torna-se inviável diante da caracterização da preclusão lógica. Se, inicialmente não houve interesse recursal por parte da União, mantendo-se o mesmo entendimento, não há razão para recorrer.

3. Esta Corte entende que descabe a interposição de recurso especial contra acórdão que nega provimento à remessa necessária, quando a ausência de interposição de apelo voluntário evidencia a conformação da parte em relação à sentença que lhe foi desfavorável, ante a preclusão lógica. Neste sentido o REsp 904.885/SP, de relatoria da Min. Eliana Calmon, julgado pela Primeira Seção em 12.11.2008, não-publicado, no sentido da ocorrência de preclusão lógica.

Embargos de divergência providos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Inicialmente, trato da admissibilidade dos embargos de divergência.

A divergência foi colocada no tocante à impossibilidade de interposição de recurso especial contra acórdão proferido em sede de reexame necessário.

Quanto à necessária demonstração da divergência, anoto que a embargante destacou – no corpo da peça dos embargos –, a igualdade material entre o acórdão embargado da Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, e o acórdão

Superior Tribunal de Justiça

paradigma da Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, porém, com soluções opostas.

Admito a divergência, portanto, e passo ao exame do mérito.

A divergência jurisprudencial funda-se na impossibilidade de a União interpor recurso especial contra acórdão do Tribunal que nega provimento à remessa oficial, sem que tenha sido apresentada apelação. Discute-se a ocorrência ou não de preclusão lógica.

Entende a Primeira Turma pela não-ocorrência da preclusão lógica. Por sua vez, a Segunda Turma tem entendimento contrário.

Merece provimento os presentes embargos de divergência.

Apesar de a remessa oficial devolver ao Tribunal *ad quem* o conhecimento de todas as questões suscitadas nos autos, e decididas desfavoravelmente à União, ao Estado, ao Distrito Federal, às respectivas autarquias e fundações de direito público, há ainda a previsão de interposição de recurso voluntário.

A não-interposição do recurso voluntário, pela União, gera a presunção de resignação diante do provimento jurisdicional apresentado. A posterior interposição de recurso especial torna-se inviável diante da caracterização da preclusão lógica. Se, inicialmente não houve interesse recursal por parte da União, mantendo-se o mesmo entendimento, não há razão para recorrer.

Esta Corte entende que descabe a interposição de recurso especial contra acórdão que nega provimento à remessa necessária, quando a ausência de interposição de apelo voluntário evidencia a conformação da parte em relação à sentença que lhe foi desfavorável, ante a preclusão lógica.

Nesse sentido, as ementas dos seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL – DECISÃO MONOCRÁTICA – CONCESSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES SEM OITIVA DA EMBARGADA – POSSIBILIDADE – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO-OCORRÊNCIA – MATÉRIA PREJUDICIAL DE MÉRITO – SENTENÇA – REMESSA OFICIAL IMPROVIDA – AUSÊNCIA DE APELAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL – PRECLUSÃO LÓGICA – PRECEDENTES.

1. Os efeitos infringentes concedidos aos embargos de declaração, apreciados por meio de decisão monocrática, são impugnáveis por meio de agravo interno, cujo julgamento caberá à Turma, à qual está vinculado o seu prolator.

2. Se há previsão de recurso para o órgão colegiado, não há cerceamento de defesa na circunstância de o relator haver atribuído

Superior Tribunal de Justiça

efeitos modificativos aos embargos de declaração, opostos em face de decisão monocrática, sem oitiva da embargada.

3. Esta Corte entende que descabe a interposição de recurso especial contra acórdão que nega provimento à remessa necessária, quando a ausência de interposição de apelo voluntário evidencia a conformação da parte em relação à sentença que lhe foi desfavorável, ante a preclusão lógica.

Agravo regimental improvido."

(AgRg nos Edcl no Resp 399.821/SP, deste Relator, DJ 14.12.2007.)

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. SENTENÇA. REMESSA OFICIAL. AUSÊNCIA DE APELAÇÃO. PRECLUSÃO. FINSOCIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO.

1. A partir do momento em que, aberto o prazo recursal, omite-se a recorrente quanto à interposição do recurso de apelação, não resta dúvida de que se conformou com a decisão monocrática, renunciando ao direito de apelar.

2. Assim, não tendo a recorrente se insurgido no momento oportuno, inviável a apreciação do recurso especial quanto ao pedido de compensação de tributos de espécies diversas, já que deixou precluir o direito para tanto (artigo 473 do CPC).

3. O prazo prescricional em ações que versem sobre compensação deve seguir a regra geral dos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

4. A jurisprudência desta Corte assentou que a extinção do direito de pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, em não havendo homologação expressa, só ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos contados da data em que se deu a homologação tácita (EREsp 435.835/SC, julgado em 24.03.04).

5. Inaplicabilidade da regra do art. 4º da LC 118/2005, que ainda se acha no período de vacatio legis.

6. Recurso especial conhecido em parte e provido."

(REsp 709.784/SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 15.3.2005, DJ 6.6.2005.)

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE TRABALHO RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. REMESSA NECESSÁRIA. PRECLUSÃO LÓGICA.

Segundo precedentes, 'ocorre preclusão lógica, quando

Superior Tribunal de Justiça

evidente a conformação da parte em relação à sentença que lhe foi desfavorável; descabe, nesse caso, a interposição de recurso especial contra acórdão proferido em remessa necessária. (...)

Recurso não-conhecido."

(REsp 478.908/PE, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 24.6.2003, DJ 25.8.2003.)

"PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. NATUREZA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE RECURSO VOLUNTÁRIO. PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO DO ESPECIAL.

1. Doutrina e jurisprudência dominantes tratam a remessa necessária como mera condição de exequibilidade da sentença, que embora existente e válida, somente produz efeitos após sua confirmação pelo Tribunal (CPC, art. 475).

2. Ocorre a preclusão lógica, quando evidente a conformação da parte em relação à sentença que lhe foi desfavorável; descabe, nesse caso, o interposição de recurso especial contra acórdão proferido em remessa necessária.

3. Recurso não conhecido."

(REsp 196.561/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 23.2.1999, DJ 29.3.1999.)

No mesmo sentido, cito o REsp 904.885/SP, de relatoria da Min. Eliana Calmon, julgado pela Primeira Seção em 12.11.2008, ainda não publicado.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos de divergência.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2008/0160961-6

EResp 1036329 / SP

Números Origem: 200361000371211 2007204434 200800465935 272490

PAUTA: 10/12/2008

JULGADO: 10/12/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO**

Secretária

Bela. **Carolina Vêras**

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : JOSE MENDES SILVA
ADVOGADO : MARIELZA EVANGELISTA COSSO E OUTRO(S)
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO E OUTRO(S)
INAÍÁ BRITTO DE ALMEIDA E OUTRO(S)

ASSUNTO: Tributário - Imposto de Renda - Pessoa Física - Verbas Indenizatórias - Plano de Demissão
Voluntária - PDV

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo dos embargos e lhes dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Herman Benjamin."

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Denise Arruda.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 10 de dezembro de 2008

Carolina Vêras
Secretária

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.036.329 - SP (2008/0160961-6)

RELATOR **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
EMBARGANTE **JOSE MENDES SILVA**
ADVOGADO **MARIELZA EVANGELISTA COSSO E OUTRO(S)**
EMBARGADO **FAZENDA NACIONAL**
PROCURADORES **CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO E OUTRO(S)**
 INAIÁ BRITTO DE ALMEIDA E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Discute-se a possibilidade de a Fazenda Pública interpor Recurso Especial contra acórdão proferido em reexame necessário, considerando que não apresentou recurso voluntário contra a sentença.

A Primeira Turma, ao julgar o Recurso Especial, considerou que não há óbice ao pleito recursal. Transcrevo trecho do voto-condutor proferido pela eminente Ministra Denise Arruda (fl. 189):

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 entanto, como apontado nos Embargos de Divergência, há precedentes da Segunda Turma no sentido de que existe preclusão lógica e inviabilidade de Recurso Especial, na hipótese.

O eminente relator destes Embargos de Divergência, Ministro Humberto Martins, prestigiou, em judicioso e bem elaborado Voto, a jurisprudência da Segunda Turma e votou pelo provimento do recurso.

Pedi vista dos autos para análise aprofundada da matéria.

Passo ao voto.

1. A primazia do interesse público sobre o interesse privado

Superior Tribunal de Justiça

Embora chame a atenção, à primeira vista, a conotação processual da tese debatida no presente processo, na essência seu pano de fundo não é apenas técnico-jurídico, mas ideológico, isto é, a visão que se tem do atual modelo constitucional brasileiro, se é um *Estado Social de Direito* ou se é um *Estado de Direitos Individuais*. Mais precisamente, o que está em jogo é o tradicional *Princípio da Primazia do Interesse Público sobre o Interesse Privado*, que informa todo o Direito Público e Privado brasileiro.

Com efeito, ultimamente uma aguerrida, embora pequena, parcela da doutrina brasileira, inspirada na versão mais conservadora do *Law and Economics*, vem questionando as prerrogativas legalmente atribuídas ao Poder Público, a pretexto de que importariam ofensa à isonomia com os particulares. Nessa linha, entendo que o presente feito é uma oportunidade para o Superior Tribunal de Justiça, já passados mais de 20 anos da Constituição *welfarista* de 1988, reafirmar a supremacia do interesse público, afastando, de vez, tese que, ainda que requentada com roupagem contemporânea, remonta a idéias liberais (do *laissez-faire* e de um modelo individualista de Direito) ou neo-liberais (de filiação à Escola de Chicago, tendo à frente o austríaco Friedrich von Hayek e o norte-americano Milton Friedman).

Sobre o Princípio da Supremacia do Interesse Público, valho-me da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 25ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 96):

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim não se radica em dispositivo algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.

Além das manifestações concretas a que faz referência o professor paulista (Princípios da Função Social da Propriedade, da Defesa do Consumidor e do Meio Ambiente etc.), a Supremacia materializa-se em determinadas prerrogativas em favor da Administração, personificação do Poder Estatal e dos interesses da sociedade. Eis a lição do festejado García

de Enterría (*Curso de Derecho Administrativo - I*, 12ª ed., Madri: Civitas, p. 51, grifei):

La Administración Pública personifica el Poder del Estado; es por ello una *potentior persona*, un personaje poderoso, cuyo comercio jurídico aparece penetrado por la idea de poder público (Hauriou). La Administración Pública, que, como hemos visto, asume el servicio objetivo de los intereses generales, de acuerdo con el principio de eficacia (art. 103.1 de la Constitución), *dispone para ello de un elenco de potestades exorbitantes del Derecho común, de un cuadro de poderes de actuación de los que no disfrutaban los sujetos privados.*

O reconhecimento dos valores materializados pela Administração exige, por consequência lógica, observância às prerrogativas que lhe são peculiares.

Não há falar em isonomia de direitos entre entidades absolutamente diversas. Inviável, sob tal enfoque, atacar prerrogativas que são inerentes à distinção entre Administração Pública, personificação dos interesses coletivos, e particulares.

Evidente que os cidadãos participam da vontade estatal pelos instrumentos da democracia representativa. Ademais, têm ferramentas administrativas e jurisdicionais para controle do Estado e proteção contra eventuais abusos. Não há aí prerrogativas em favor do rei (Estado-Leviatã), mas da própria sociedade e do interesse público, representados pelo Estado.

A Administração não prescinde dos instrumentos legítimos para materializar os valores maiores da coletividade e a supremacia do interesse público. Essas prerrogativas, por óbvio, devem ser exercidas em conformidade com a Constituição e as leis, observados os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

No caso dos autos, a remessa necessária - prerrogativa legalmente prevista - deve ser prestigiada como instrumento garantidor da supremacia do interesse público. Por outro lado, não representa afronta a qualquer garantia ou direito fundamental do indivíduo.

Nesse contexto, não é possível restringir seu alcance e impedir a plena recorribilidade das decisões proferidas pela Segunda Instância jurisdicional. É o que veremos a seguir.

2. A remessa necessária

O instituto do reexame necessário visa a evitar dano irreparável ou de incerta reparação, submetendo à Segunda Instância, em determinadas hipóteses legalmente previstas, a sentença proferida contra o Poder Público, para que haja inafastavelmente um novo julgamento da causa e a possibilidade de reapreciação da matéria pelas instâncias superiores. No passado, justificava-se, fundamentalmente, por *razões pragmáticas* (= de administração da justiça, diante da ausência ou fragilidade da presença da advocacia estatal em todo o território nacional). Hoje, diferentemente, seu suporte é *político* (assegurar a mais ampla proteção do interesse público, sob o espírito solidarista da Constituição de 1988) e *ético* (garantir, da forma mais completa e rigorosa possível, o Princípio da Moralidade Administrativa, estatuído expressamente no art. 37 da Constituição Federal).

Em outras palavras, a razão da tutela especial se impõe diante dos direitos e interesses indisponíveis confiados à Administração, como agente fiduciário primário e implementador do interesse público. É produto do sistema de pesos e contrapesos, que informa o ordenamento jurídico moderno, pressupondo que várias instâncias decidem melhor que uma única e que vários juízes decidem melhor que um juiz solitário. A “pluralidade de julgadores”, diz Pontes de Miranda, tem o “fim político de assegurar diversos exames ao mesmo tempo, além do duplo ou múltiplo exame”, porque “essa prioridade do exame múltiplo ao mesmo tempo, em relação ao exame de um só, se transforma em superioridade sempre que desejamos maior certeza” (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1949, p. 13).

O duplo grau obrigatório é uma prerrogativa que não viola o Princípio Geral da Isonomia Formal das Partes – de resto profundamente mitigado no processo civil –, haja vista que o interesse público (e sua supremacia em face dos interesses particulares) justifica a diferenciação de tratamento.

Reconheço que o instituto do reexame necessário sofre diversas críticas em parte da doutrina, fundadas, quase sempre, numa visão privatista clássica, que busca igualar o inigualável, colocando o interesse público no mesmo patamar do interesse particular. Contudo,

Superior Tribunal de Justiça

para a análise do presente caso, basta uma constatação: gostem ou não, o reexame necessário permanece em vigor em nosso sistema processual.

Aliás, longe de se apresentar como instituto vetusto, cristalizado pelo tempo, o reexame necessário sofreu recentes alterações pela Lei 10.352/2001. Da leitura da nova redação do art. 475 do CPC extraem-se duas mudanças significativas: dispensa do reexame nas hipóteses de condenação inferior a 60 salários mínimos e de sentença fundada em jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Verifica-se, assim, que o legislador buscou conciliar a necessidade de especial tutela do interesse público e a preocupação com o desafogamento do Judiciário – afastando o reexame nos casos de demandas já pacificadas ou de pequena expressão econômica.

Como alerta Barbosa Moreira, “a Fazenda não pode ser equivalente a um litigante qualquer, dada a natureza dos interesses que representa” (José Carlos Barbosa Moreira, Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública, *in Revista Síntese de Direito Civil e Processual*, vol. 6, nº 32, Porto Alegre: Síntese, nov./dez. 2004, p. 9). Por isso mesmo, o instituto funciona como condição para o trânsito em julgado da sentença proferida contra a Fazenda Pública (Súmula 423/STF: “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*”).

Para alguns, o reexame necessário seria uma espécie de “recurso” e, para outros, uma condição de eficácia (ou condição para o trânsito em julgado) da sentença proferida em Primeiro Grau. Qualquer que seja a posição que se adote, o resultado prático é sempre um só: o *decisum* deve ser objeto de reanálise pelo Tribunal em tudo aquilo que se considere prejudicial às entidades de Direito Público, impondo-se a revisão ampla e profunda de todas as matérias que, em tal perspectiva, foram apreciadas diretamente, ou serviram de base à apreciação direta, pela Primeira Instância.

A cognição do Tribunal, por força da remessa necessária, não atrai o Princípio *Tantum Devolutum Quantum Appellatum*, pois no novo julgamento a cognição é plena e exauriente, vale insistir. Com o reexame necessário dá-se a transmissão para o Tribunal de todas as questões que ao Judiciário compete examinar. Atente-se que o *caput* do comando legal prevê que a sentença “está sujeita ao duplo grau de jurisdição”. Não é uma expressão de

Superior Tribunal de Justiça

somenos importância.

Numa palavra, a remessa necessária não apenas devolve o conhecimento ao Tribunal do que foi objeto de eventual recurso voluntário, mas também a ele submete toda a matéria da causa. Essa constatação é essencial para o deslinde da presente demanda: o reexame necessário, além de requisito para o trânsito em julgado de sentença contrária à Fazenda Pública, *impõe ao Tribunal cognição mais ampla que o recurso voluntário*.

Por essa razão, eventual Apelação interposta pelo Poder Público não restringe o alcance do reexame necessário. A Segunda Instância não se exime de reanalisar toda a extensão da demanda, no que se refere à sucumbência da Fazenda, por conta do pleito eventualmente formulado na Apelação. A vontade da Fazenda Pública é irrelevante para o instituto do reexame necessário.

Isso evidencia a inaplicabilidade de outro instituto processual, cujo cerne é a voluntariedade das partes litigantes: a *preclusão lógica*.

A preclusão refere-se à perda de uma faculdade processual por ato ou inércia do interessado, conforme a clássica lição de Chiovenda (*Instituições de Direito Processual Civil – vol. 1. 3ª ed. Campinas, Bookseller, 2002, p. 450*). A preclusão lógica "decorre da incompatibilidade de um ato processual com outro já praticado" (José Frederico Marques. *Instituições de Direito Processual Civil – vol. 2. Campinas, Millennium, 2000, p. 347*).

Note-se que a doutrina clássica prevê a preclusão lógica em caso de *ato*, não de *omissão*. Ainda que se admita a perda da faculdade processual nesta última hipótese (omissão), a *voluntariedade* é algo inerente ao instituto.

Ora, na hipótese em tela, não há falar em ato incompatível (preclusão lógica), pois a legislação processual submete ao reexame do Tribunal toda sentença contrária à Fazenda, independentemente da vontade do Procurador que a representa. Aliás, mesmo que este, expressamente, manifestasse seu desejo de não recorrer, ainda assim o reexame necessário permaneceria incólume, o que bem demonstra o descabimento de qualquer repercussão judicial que tome por base a voluntariedade da parte. Vale dizer: *o duplo grau obrigatório é a antítese da preclusão*.

Sua função primordial, como visto, é impor nova, integral e extensa apreciação

Superior Tribunal de Justiça

da demanda pelo Tribunal, no que se refere à sucumbência da Fazenda. Trata-se de evidente óbice à preclusão decorrente de eventual inércia dos representantes do Poder Público. Nessa linha, Pontes de Miranda afirma: "se há recurso de ofício, ainda, não se dá a preclusão para a sociedade ou o Estado" (*Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V, 3ª ed.* Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 164).

A lição do mestre basta para lembrar que o instituto do reexame necessário não se presta a favorecer o governo de plantão ou mesmo a patrimonialidade do Erário. Diferentemente, é hoje garante do Princípio da Moralidade Administrativa e do Princípio da Primazia do Interesse Público. Não visa a salvaguardar o Estado, como pessoa jurídica de Direito Público, mas a assegurar a mais ampla tutela dos interesses de toda a sociedade.

Dito de maneira direta: o reexame necessário impede que erro, desídia, má-fé ou improbidade do procurador prejudique o interesse público indisponível, consubstanciado na demanda judicial. Isto é, impede a *disponibilidade de direitos pela porta dos fundos*, por meio de artifícios que são tão conhecidos, como infelizmente corriqueiros na prática judicial brasileira, e que causam grandes prejuízos ao patrimônio público.

Ressalte-se que essa regra não é aplicável apenas à União e aos grandes Estados, dotados de Procuradorias bem organizadas, mas também aos milhares de Municípios brasileiros, que nem sempre contam com representação judicial adequadamente estruturada. O duplo grau obrigatório impõe a continuidade do processo rumo às instâncias superiores, ainda que o representante judicial da Fazenda deixe de apresentar recurso voluntário.

O acórdão do Tribunal que revê a sentença contrária à Fazenda representa juízo original e irrestrito a respeito da matéria litigiosa, sem as limitações cognitivas atinentes à Apelação.

Caso a decisão final da Corte local viole a legislação federal, julgue válido ato de governo local contestado em face de lei federal ou dê a ela interpretação divergente da atribuída por outro Tribunal, caberá Recurso Especial, nos termos do art. 105, III, da CF.

Vale ressaltar, ainda, que o STF adota esse entendimento em relação ao Recurso Extraordinário:

Superior Tribunal de Justiça

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 interesse processual em recorrer, por ter o Estado se abstido de interpor apelação. (RE 330.007 AgR, Relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 23-08-2002)

Assim, não há como restringir essa competência constitucional do STJ ou a prerrogativa recursal das partes com base em construção jurisprudencial contrária à tradição que norteia o instituto do reexame necessário e em afronta direta ao Princípio da Primazia do Interesse Público.

Por essas razões, peço vênia ao e. Relator para dele divergir e **negar provimento aos Embargos de Divergência.**

É como **voto.**

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2008/0160961-6

EREsp 1036329 / SP

Números Origem: 200361000371211 2007204434 200800465935 272490

PAUTA: 25/03/2009

JULGADO: 25/03/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. **Carolina Vêras**

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : JOSE MENDES SILVA
ADVOGADO : MARIELZA EVANGELISTA COSSO E OUTRO(S)
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO E OUTRO(S)
INAÍÁ BRITTO DE ALMEIDA E OUTRO(S)

ASSUNTO: Tributário - Imposto de Renda - Pessoa Física - Verbas Indenizatórias - Plano de Demissão
Voluntária - PDV

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin conhecendo dos embargos, mas lhes negando provimento, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki."

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Castro Meira e Denise Arruda.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves (RISTJ, art. 162, § 2º).

Brasília, 25 de março de 2009

Carolina Vêras
Secretária

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.036.329 - SP (2008/0160961-6)

VOTO-VISTA

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A REEXAME NECESSÁRIO. PRECLUSÃO LÓGICA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, QUE NÃO APELOU. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA A QUE NEGA PROVIMENTO, DIVERGINDO DO RELATOR.

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

1. Trata-se de embargos de divergência (fls. 194-204) interpostos contra acórdão da 1ª Turma cuja ementa é a seguinte:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. NÃO-INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO CÍVEL CONTRA A SENTENÇA CONCESSIVA DO MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO PARA A ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO RECORRER AOS TRIBUNAIS SUPERIORES. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

2. 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 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) *"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."* (RE 396.989-7/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 3.3.2006)

3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no EDcl no REsp 1.036.329/SP, rel. Min. Denise Arruda). (fl. 191)

Sustenta o embargante que o acórdão recorrido divergiu do entendimento firmado na 2ª Turma que, em casos análogos, decidiu que "ocorre a preclusão lógica, quando evidente a conformação da parte em relação à sentença que lhe foi desfavorável, não cabendo, nesses casos, a interposição de recurso especial contra acórdão proferido em remessa necessária" (fl. 195). Indica como paradigmas os seguintes julgados: REsp 902.577/CE, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJe de 12.06.2008; AgRg nos EDcl no REsp 933.821/SP, 2ª T., Min. Humberto

Martins, DJ de 14.12.2007.

O relator deu provimento aos embargos de divergência. O Min. Herman Benjamin, em voto-vista, manifestou-se em sentido contrário. Pediu vista.

2. A questão central é saber se a Fazenda Pública, que não interpôs recurso de apelação, pode interpor recurso especial (ou recurso extraordinário) contra acórdão que, julgando reexame necessário, manteve a sentença de primeiro grau. Mais especificamente, o que se está decidindo é se há, no comportamento omissivo da Fazenda (de não apelar), a configuração de preclusão lógica para um futuro recurso para as instâncias extraordinárias. Essa a questão.

3. Preclusão lógica, segundo Barbosa Moreira, “consiste na perda de um direito ou de uma faculdade processual por quem tenha realizado atividade incompatível com o respectivo exercício” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Novo Processo Civil Brasileiro, 27ª ed., RJ, Forense, 2008, p. 117). É conceituação advinda da doutrina clássica, enunciada por Chiovenda, que define tal preclusão como “a perda ou extinção ou consumação de uma faculdade processual” que decorre, entre outras causas, “de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença” (CHIVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual, tradução de J. Guimarães Menegale, vol. III, SP, Saraiva, 1969, p. 156).

No que se refere à preclusão lógica no âmbito recursal, o sistema brasileiro contempla duas hipóteses específicas de fatos extintivos do direito de recorrer: a renúncia, prevista no art. 502 do CPC, e a aceitação da decisão (aquiescência), prevista no art. 503. No caso, não tendo havido renúncia (que é ato unilateral e expresso), interessa investigar se a preclusão lógica teria decorrido do art. 503, que assim dispõe:

"Art. 503. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer.

Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer."

Comentando esse dispositivo, escreveu Barbosa Moreira:

“Diz-se que alguém *aquiesce* à decisão quando manifesta a vontade de conformar-se com ela. Já se assinalou oportunamente a distinção entre a aquiescência e a desistência do recurso (...), bem como entre aquela e a renúncia ao direito de recorrer (...). Quem aquiesce a uma decisão, repita-se, simplesmente se curva diante do julgado, aceita-o, sem que a sua vontade se volte de modo direto para a abstenção de utilizar os recursos acaso cabíveis.

(...)

Pode ainda a aceitação ser *expressa* ou *tácita*. Expressa é a que se traduz em manifestação dirigida ao órgão judicial ou ao litigante adverso. Considera-se aquiescência tácita "a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer" (art. 503, paragrafo único). É tradicional a regra de que a aquiescência tácita se há de inferir de fatos inequívocos (*facta concludentia*), inconciliáveis com a impugnação da decisão. O exemplo clássico, encontrado em leis antigas, é o do condenado a pagar que pede prazo para cumprir a condenação. Acrescenta-se em doutrina, entre outros, o do cumprimento espontâneo de sentença ainda insuscetível de execução forçada.

(...)

Quanto à aquiescência tácita, exige o parágrafo único do dispositivo sob exame que o ato seja praticado "sem reserva alguma"; a cláusula figurava no texto luso de 1939, de onde sem dúvida a mutuou o nosso legislador, mas já não consta, em Portugal, do art. 681, 3ª alínea, suprimida que foi pela reforma de 1961. Quem pratique ato incompatível com a vontade de recorrer, reservando-se contudo a possibilidade de impugnar a decisão, não se considera aquiescente" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro, Vol. V: arts. 476 a 565, 14ª ed., RJ, Forense, 2008, p. 346/349)

Em nota de rodapé (nota 128), enfatiza:

“Impende que fique perfeitamente clara a vontade de conformar-se com o julgado; na dúvida, deve entender-se que não houve aquiescência: STF, 29.4.1977, R.E. nº 87.188, in *Rev. Trim. de Jur.*, vol. 81, pág. 993; TJRJ, 18.9.1979, Ap. Cív. nº 9.042, in *Rev. dos Trib.*, vol. 532, pág. 205”.

Observação idêntica formulou, em sede doutrinária, o Ministro Luiz Fux (Curso de Direito Processual Civil, 4ª ed., RJ, Forense, 2008, p. 746).

Bem se vê, portanto, que somente se configura preclusão lógica por aquiescência tácita quando ela decorre da “prática de um ato” (portanto, de um ato positivo) que seja inequivocamente incompatível com a vontade de recorrer. Comportamentos simplesmente omissivos não acarretam essa perda do direito. Sobre o ponto, escreveu Araken de Assis:

"A aquiescência se reparte em expressa e em tácita. É expressa a aquiescência endereçada, por escrito ou oralmente, ao órgão judiciário e através de declaração dirigida à parte contrária. O art. 503, parágrafo único, considera aceitação tácita a "prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer". É, pois, conforme realçou a 4ª Turma do STJ, um ato comissivo. Resultará de fatos inequívocos e convergentes, não cabendo presumi-la." (ASSIS, Araken. Manual dos Recursos, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 173)

4. À luz desses parâmetros, não há como afirmar configurada a preclusão lógica na situação aqui debatida. Em primeiro lugar porque a falta de interposição do recurso de apelação, pela Fazenda, foi um comportamento omissivo, e não a “prática de um ato”. Ademais, não se pode ver nessa omissão um comportamento que indique, inequivocamente, a concordância com a sentença contrária aos interesses da Fazenda e, portanto, a vontade de não recorrer. É que o reexame necessário tem o efeito de devolver ao Tribunal toda a matéria em que sucumbiu a Fazenda Pública. É expressa, nesse sentido, a Súmula 325/STJ. Assim, o acórdão que promover o reexame necessário, a exemplo do que ocorre no julgamento dos recursos, opera também o efeito substitutivo da sentença, previsto no art. 512 do CPC. Portanto, relativamente à matéria objeto do reexame, não há preclusão, nem trânsito em julgado contra a Fazenda (Súmula 423/STF). Essa consequência é naturalmente inerente ao próprio efeito substitutivo: "Da substituição do provimento anterior pelo subsequente resulta, em primeiro lugar, que só o último transitará em julgado" (ASSIS, Araken. Manual dos Recursos, cit., p. 257).

Isso significa dizer que, quando há reexame necessário, o eventual recurso de apelação da Fazenda não inova e muito menos amplia o âmbito de cognição ou os efeitos do julgamento do segundo grau. Na prática, ele representa, simplesmente, um reforço de argumentação em prol

das teses fazendárias, as quais, independentemente da interposição do recurso, compõem o objeto cognitivo do Tribunal, que manterá ou modificará a sentença. O que não se pode negar é que, havendo reexame necessário, a reforma da sentença é hipótese sempre possível e que não pode ser desprezada, mesmo na ausência de apelação.

Consideradas essas relevantes circunstâncias, não há suporte lógico para afirmar que o representante da Fazenda, ao não interpor recurso de apelação, manifestou - necessária e inequivocamente - sua concordância com a sentença de primeiro grau.

5. Em se tratando da Fazenda Pública, há outro aspecto importante a salientar. Autores de nomeada consideram a aquiescência, a que se refere o art. 503, uma espécie de renúncia tácita. Humberto Theodoro Júnior, por exemplo, entende que “no art. 503 o Código de 1973 esposou princípio que a doutrina já consagrava: a renúncia ao direito de recorrer implicitamente contida na aceitação da sentença” (THEORORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 47ª ed., RJ, Forense, 2007, vol I, p. 647). No mesmo sentido e mais enfaticamente escreveu Pontes de Miranda:

“O art. 503 cogitou de espécie em que se tem de considerar renunciado o direito a recorrer somente pela aceitação, expressa ou tácita, da sentença ou da decisão. Vamos a exemplo: tendo a sentença condenado o locatário à entrega do bem locado, houve a entrega, sem qualquer ressalva. (...)

Com o art. 503 e o parágrafo único, apenas se explicitou que se admite a renúncia tácita. Não pode recorrer, devido a atitude que teve, que perfez a figura jurídica da renúncia. (...)

O pressuposto para a renúncia tácita é a admissão do que contém a sentença ou decisão, dita "aceitação tácita". Se o que tinha o direito a recorrer admitiu que a sentença é justa, perfeita, e declara-o (renúncia expressa), ou pratica algum ato, ou atos, ou omissão, ou omissões, que se tem de considerar como recebimento da sentença como justa, perfeita, tal como acontece com o condenado a pagar o seguro e, em vez de recorrer, deposita a quantia segura, ou remete tal quantia em dinheiro, ou em cheque, ou em nota promissória, ao vencedor, *renúncia* houve. (...)

Aceita-se, expressa ou tacitamente, o conteúdo da sentença (ou do acórdão), ou da decisão interlocutiva, de modo que tal atitude se há de interpretar como *renúncia tácita*. A aceitação é que pode ser expressa ou tácita. Se não houve renúncia e houve a aceitação, houve renúncia tácita, quer tenha sido expressa, quer tenha sido tácita a aceitação. A aceitação, expressa ou tácita, de modo nenhum se referia ao recurso, razão por que o art. 503 teve de cogitar da eficácia da aceitação no *plano recursal*.” (MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VII, RJ, Forense, 1975, p. 112/113).

Ainda que não chegue ao ponto de equiparar as duas figuras, é uníssona a doutrina em enfatizar as semelhanças entre elas, notadamente quanto aos efeitos que ambas produzem: tanto a aquiescência como a renúncia são atos unilaterais e voluntários que produzem a extinção de um o direito (de recorrer). Ora, em se tratando da Fazenda Pública, os seus representantes judiciais não estão, em regra, habilitados a praticar atos unilaterais e voluntários que importem, direta ou indiretamente, disposição ou comprometimento de direitos (v.g.: renúncia, confissão, reconhecimento do direito da parte contrária ou pratica de atos equivalentes). Para tanto, dependem de outorga formal de poderes específicos, como ocorreu, por exemplo, no art. 19 da Lei 10.522/02, modificado pela Lei 11.033/04, que conferiu aos representantes judiciais da

Superior Tribunal de Justiça

Fazenda Nacional poderes dessa natureza. Todavia, no caso dos autos, não há notícia de que tal outorga tenha ocorrido.

6. Considerando tais razões, continuo convencido do acerto da posição adotada pela 1ª Turma, ao julgar o AgRg nos EDcl no REsp 1.036.329/SP de relatoria da Ministra Denise Arruda, que, invocando posição semelhante também da 5ª Turma (AgRg no REsp 588.108/SP, Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 20.06.2005) e do Supremo Tribunal Federal (AgRg no RE 330.007-5/RO, 1ª T., Min. Ellen Gracie, DJ de 23.08.2002 e RE 396.989-7/GO, 1ª T., Min. Marco Aurélio, DJ de 03.03.2006), considera não haver preclusão lógica em casos como o aqui examinado.

7. Ante o exposto, nego provimento aos embargos de divergência, divergindo do relator. É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2008/0160961-6

EREsp 1036329 / SP

Números Origem: 200361000371211 2007204434 200800465935 272490

PAUTA: 25/03/2009

JULGADO: 22/04/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : JOSE MENDES SILVA
ADVOGADO : MARIELZA EVANGELISTA COSSO E OUTRO(S)
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO E OUTRO(S)
INAIÁ BRITTO DE ALMEIDA E OUTRO(S)

ASSUNTO: Tributário - Imposto de Renda - Pessoa Física - Verbas Indenizatórias - Plano de Demissão Voluntária - PDV

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Herman Benjamin, negando provimento aos embargos, pediu vista o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques."

Aguardam a Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Francisco Falcão, Castro Meira e Denise Arruda.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves (RISTJ, art. 162, § 2º).

Brasília, 22 de abril de 2009

Carolina Vêras
Secretária

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.036.329 - SP (2008/0160961-6)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REMESSA NECESSÁRIA. AUSÊNCIA DE APELAÇÃO POR PARTE DA FAZENDA PÚBLICA. OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO LÓGICA PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECUSO ESPECIAL.

1. O Superior Tribunal de Justiça não pode avocar para si e para o Poder Judiciário o encargo de suprir as fragilidades e a incipiência dos órgãos de representação judicial das Fazendas Públicas Federal, Estaduais ou Municipais. Cabe aos respectivos Poderes Públicos instituir e bem aparelhar os órgãos representativos das Funções Essenciais à Justiça, de modo a dar efetividade material ao disposto nos artigos 131 a 135, da Constituição Federal de 1988.

2. De outro giro, quando provocado, cabe ao Poder Judiciário, exigir do Poder Público que mantenha adequadamente os seus órgãos jurídicos consultivos e de representação judicial, já que representam garantia do administrado, pois atuam na defesa do patrimônio público e da legalidade.

3. O instituto da remessa de ofício é figura anacrônica que deve caminhar gradativamente para uma desejável extinção por meio de alterações legislativas e jurisprudenciais adequadas.

4. Sendo assim, o art. 503, *caput*, do CPC, autoriza interpretação no sentido de que a não interposição de apelação por parte da Fazenda Pública em processo submetido à remessa necessária revela aceitação tácita da sentença, razão pela qual não pode interpor recurso especial para discutir os pontos dela confirmados.

5. Caso que se assemelha àquele decidido por ocasião do EREsp Nº 823.905 – SC, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 04 de março de 2009, onde foi revogada a Súmula n. 77/TFR: "*Cabem embargos infringentes a acórdão não unânime proferido em remessa 'ex officio' - CPC, art. 475*" (DJ de 07-04-81, p. 2970).

6. Embargos de divergência providos.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES: Trata-se de embargos de divergência opostos pelo particular contra acórdão proferido pela Primeira Turma desta Corte que negou provimento a seu agravo regimental por acolher a tese de que não ocorre **preclusão lógica** em relação ao **recurso especial** quando não há a interposição de apelação cível contra a sentença submetida a **reexame necessário**.

Como paradigmas, trouxe a embargante julgados proferidos pela Segunda Turma (REsp 902.577/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 12.6.2008; AgRg no Edcl no REsp 933.821/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 14.12.2007), no sentido de ser incabível recurso especial contra acórdão proferido em sede de reexame necessário, quando ausente recurso voluntário do ente

Superior Tribunal de Justiça

público, dada a ocorrência de preclusão lógica.

Admitido, o recurso foi posto em julgamento tendo sido proferido voto pelo Relator Min. Humberto Martins no sentido do provimento dos embargos. Seguiram-se os votos do Min. Herman Benjamin, que abriu a divergência, e do Min. Teori Albino Zavascki, que o acompanhou.

Sensível ao tema, pedi vista.

Diante do transcurso do tempo em que efetuados os acalorados debates, peço vênia para resenhar as razões até então apresentadas oralmente e em votos neste processo.

Segundo o Min. Relator, apesar de a remessa oficial possuir os efeitos devolutivo e translativo, devolvendo ao Tribunal *ad quem* o conhecimento de todas as questões suscitadas e decididas desfavoravelmente à Fazenda Pública, há ainda a previsão de interposição de recurso voluntário (apelação) que, quando não utilizada, gera a **presunção de resignação** diante do provimento jurisdicional apresentado. Esta presunção, a que denominou "preclusão lógica", inviabilizaria a posterior interposição de recurso especial.

Essa posição tem sido sustentada pela maioria dos Ministros da Segunda Turma, notadamente a Ministra Eliana Calmon, que foi a responsável por reavivar a tese no órgão fracionário, tendo levantado a questão também no REsp n. 1052.615/SP, afetado a esta Primeira Seção, do qual também pedi vista.

Na já oralmente externada linha de pensar da Ministra Eliana (notas taquigráficas), que, frise-se, ainda não proferiu seu voto neste processo, o tratamento que deve ser dado à remessa oficial para efeito de interposição de recurso especial deve guardar consonância com a especialidade da via, restringindo-se a prerrogativa da Fazenda Pública em razão do princípio da igualdade das partes, não se havendo que confundir o Interesse Público com o interesse fazendário. Ademais, entende que a reforma processual restringiu as hipóteses de remessa oficial, de modo que o instituto deve ser considerado uma figura anacrônica e em extinção.

O Min. Herman Benjamin, em seu voto vista divergente, pontuou que o debate assume também feição ideológica, a saber: o embate entre uma concepção de Estado onde vige a primazia do Interesse Público sobre o Privado e uma outra concepção onde o Interesse Público e o Interesse Privado se equivalem. Para o Ministro, não há que se falar em isonomia entre entidades absolutamente diversas, sendo inviável, sob tal enfoque, atacar prerrogativas que são inerentes à distinção entre Administração Pública e particulares, aquela personificando interesses coletivos e estes pleiteando direitos individuais.

Superior Tribunal de Justiça

No âmbito processual, argumenta que a vontade da Fazenda Pública é irrelevante para o instituto do reexame necessário, de modo que inviável a aplicação da chamada preclusão lógica, na medida em que esta tem como pressuposto inarredável a manifestação de vontade no sentido contrário ao de opor recurso especial.

Fecha o raciocínio apresentando argumento de ordem pragmática consistente na fragilidade e incipiência dos órgãos de representação judicial dos milhares de municípios brasileiros que seriam prejudicados com a nova interpretação mais restritiva dada ao instituto.

Nessa toada, conclui que a remessa necessária deve ser prestigiada como instrumento garantidor da supremacia do Interesse Público, não afrontando qualquer garantia ou direito fundamental do indivíduo.

Seguiu-se o voto vista do Min. Teori Zavascki, acompanhando a divergência inaugurada pelo Min. Herman Benjamin e tecendo argumentos de ordem processual que julgo oportuno relembrar.

Disse o Ministro que a preclusão lógica em sede recursal encontra previsão no art. 503, parágrafo único, do CPC. Este parágrafo único exige, para a aceitação tácita da decisão ou do acórdão, que a parte pratique ato incompatível com a vontade de recorrer. Veja-se:

Art. 503. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer.

Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita **a prática**, sem reserva alguma, **de um ato incompatível com a vontade de recorrer**.

Sendo assim, não tendo havido qualquer ato por parte da Fazenda Pública, mas sim comportamento omissivo, não haveria que se falar em preclusão lógica para o caso. Relembra a ocorrência dos efeitos translativo e devolutivo da remessa necessária, que impedem que a matéria discutida preclua ou transite em julgado contra a Fazenda Pública. Por fim, aponta que os representantes judiciais da Fazenda Pública somente estão habilitados a praticar atos unilaterais e involuntários que importem, direta ou indiretamente disposição ou comprometimento de direitos quanto existente outorga formal de poderes específicos, a exemplo do art. 19, da Lei n. 10.522/2002.

Este foi o relato do que ocorreu até então. Passo agora a expor meu raciocínio, com as vênias de praxe para desenvolver premissas que dependem de um escorço histórico e teórico dos institutos envolvidos.

Superior Tribunal de Justiça

Na lição de Alfredo Buzaid (*Da apelação ex officio no sistema do código de processo civil*, São Paulo, 1951, cit., ns. 14,28 e ss., pp. 23/24 e 38), a **remessa necessária** tem **origem** no direito medieval lusitano, na Lei de 12.3.1355, cujo texto foi incorporado nas Ordenações Afonsinas (Livro V, Título LIX, 11), Manuelinas (Livro V, XLII, 3) e Filipinas (Livro V, CXXII). Sua **justificativa histórica** é o controle dos amplos poderes que tinha o magistrado quando da vigência do processo penal inquisitório.

No direito brasileiro, surgiu com a Lei de 4.10.1831, art. 90, que determinava ao juiz a remessa necessária ao tribunal superior da sua sentença proferida contra a Fazenda Nacional. Posteriormente, o instituto teve guarida também no art. 822, do Código de Processo Civil de 1939. Hodiernamente, pode-se encontrar vestígios da origem histórica do instituto no art. 574 do Código de Processo Penal, que determina o duplo grau de jurisdição obrigatório nos casos de sentença concessiva de *habeas corpus* ou de decisão absolutória sumária pelo juiz togado no procedimento do júri.

Hoje, a doutrina majoritária afirma que a **natureza jurídica** da remessa necessária é a de condição de eficácia da sentença (NERY JÚNIOR, Nelson. *in Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 55). A idéia de se tratar de recurso de apelação de ofício foi superada com a vigência do Código de Processo Civil de 1973, que a retirou topograficamente do título relativo aos recursos e a colocou no título que trata da coisa julgada (art. 475). Contudo, ainda se manifesta no mundo jurídico da mesma **forma** que a antiga apelação de ofício, qual seja, ato do juiz de primeiro grau consistente em declaração na própria sentença. Na omissão, há a avocação pelo Presidente do Tribunal (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código de Processo Civil interpretado*, volume IX: arts. 782 a 881. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, p. 284).

Tem por **finalidade** operar, por força de lei, a devolução plena ao tribunal da matéria objeto da sentença a que se aplica, na medida da sucumbência da pessoa cujo interesse se quer por esses meios proteger, em forma análoga ao recurso de apelação (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *in Comentários ao Código de Processo Civil, volume IV: arts. 332 a 475*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 332).

Os seus **efeitos** comumente destacados pela doutrina são o suspensivo, o devolutivo e o translativo. Na lição de Nelson Nery Júnior:

“O procedimento da remessa obrigatória no tribunal é idêntico ao da apelação; há os efeitos suspensivo e devolutivo (impróprio) pleno; a decisão do tribunal, ainda que confirme a sentença, substitui o julgamento de primeiro grau

Superior Tribunal de Justiça

(art. 512, CPC)” (NERY JÚNIOR, Nelson. *in Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 56).

“É que o reexame necessário tem translatividade plena, submetendo ao tribunal toda a matéria levantada e discutida no juízo inferior, mesmo que a sentença não a haja apreciado por inteiro” (idem *ibidem*, p. 57).

Parte do que aqui foi dito se resume na lição do mestre Pontes de Miranda que entendia ser o instituto ainda o mesmo da apelação de ofício (*in Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V: arts. 444 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 164), *in verbis*:

“A apelação de ofício, segundo a velha praxe, **interpõe-se por simples declaração de vontade, que não se separa do 'despacho' devolvido** (sempre que, nas leis, não há razões do apelado). **A figura processual** não é a da inserção do Estado, através do próprio juiz, na relação jurídica processual, e sim a **de impulso processual**. O juiz é recorrente; sem ser parte, sem ser litisconsorte ou terceiro prejudicado. A própria situação de recorrente é-lhe conferida como explicação do impulso, que se lhe confia; porque, rigorosamente, a apelação de ofício é apelação sem apelante. A conclusão poderia ser mecânica, feita pelo escrivão. **A lei entregou a missão ao próprio juiz.**

A construção do recurso de ofício como recurso silente, ou tácito, não corresponderia à realidade. O recurso de ofício tem consigo a particularidade de que resulta de cisão no ato de recorrer. Quem recorre, a) pratica ato de provocação do impulso processual e b) articula (postula recursalmente) contra a sentença. No recurso de ofício, há a), porém não b). Há o suscitamento sem a impugnação. Não é tácito, nem silente; **é ato**, e expressivo, como os outros recursos. Falta-lhe a impugnação; de modo que, **na instância superior, a cognição se abre, como se tivesse havido recurso voluntário**. É erro, pois, tratar-se como trânsito em julgado, formalmente, a sentença, se as partes não recorreram, ao tempo da preclusão para elas. Se há recurso de ofício, ainda, não se dá a preclusão para a sociedade ou o Estado; e a devolução é comum” (grifo nosso).

Na mesma lógica segue o enunciado n. 423 da Súmula do STF: "Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso "ex officio", que se considera interposto 'ex lege'" (Sessão Plenária de 01/06/1964, DJ de 6/7/1964, p. 2183; DJ de 7/7/1964, p. 2199; DJ de 8/7/1964, p. 2239).

Sendo assim, da doutrina e jurisprudência citadas é possível extrair as seguintes conclusões parciais comuns sobre a remessa necessária:

- a) Formaliza-se através de um ato (despacho) praticado pelo juiz de primeiro grau;
- b) Não há trânsito em julgado até que o tribunal se pronuncie a respeito da causa;
- c) Possui os efeitos devolutivo, suspensivo e translativo, análogos aos da apelação;

d) A sentença se transforma em mero elemento no *iter* procedimental.

Já a **preclusão** é compreendida como o encerramento do processo ou perda do exercício de ato processual em razão de inação da parte litigante que deixou de praticar certo ato dentro do prazo legal ou judicial, impedindo que o processo se inicie ou prossiga, ou perda de um direito subjetivo processual pelo seu não uso no tempo e no prazo devidos (DINIZ, Maria Helena. *in Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998).

A doutrina usualmente identifica quatro **tipos de preclusão**, cujos conceitos abaixo seguem (fonte: DINIZ, Maria Helena. *in Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998):

PRECLUSÃO CONSUMATIVA. *Direito processual civil.* Ocorre quando a faculdade processual já foi exercida validamente, tendo o caráter de fato extintivo (José Frederico Marques).

PRECLUSÃO LÓGICA. *Direito processual civil.* Incompatibilidade da prática de um ato processual com outro já praticado (José Frederico Marques), sendo, portanto, impeditiva a preclusão.

PRECLUSÃO PRO JUDICATO. *Direito processual civil.* Impedimento imposto ao magistrado, para que não mais possa apreciar a questão decidida (Nelson Nery Jr.).

PRECLUSÃO TEMPORAL. *Direito processual civil.* Preclusão impeditiva decorrente da perda de uma faculdade processual em virtude de seu não-exercício no prazo fixado legalmente (José Frederico Marques). Por exemplo: gera-se a preclusão temporal para quem não interpõe recurso dentro do prazo legal.

Efetivamente, a inação da Fazenda Pública ao não interpor apelação em feito sujeito ao reexame necessário não pode caracterizar preclusão consumativa (não houve faculdade processual exercida validamente), não pode caracterizar preclusão temporal em relação ao recurso especial (ainda não houve a abertura de prazo para este recurso) e não pode caracterizar preclusão *pro judicato*, já que esta somente é aplicável ao magistrado.

Invocou-se então para o caso a chamada preclusão lógica que, em sua tradicional conceituação, envolve a prática de um ato processual incompatível com um outro posteriormente praticado, entendendo-se este último como precluso.

Decerto, como bem explanado pelo Min. Teori, o art. 503, parágrafo único, do CPC, exige um ato comissivo para a caracterização da preclusão lógica. Contudo, peço vênia, não vejo mácula ao instituto desde que se entenda que **a omissão pode gerar preclusão lógica quando dela se puder extrair manifestação inequívoca de vontade que caminhe em sentido**

oposto à prática do ato processual tido por precluso. A questão é saber se estamos diante de uma omissão de tal espécie.

No caso, conforme conclusões acima, sabemos que, quando da remessa necessária, o único ato praticado é o do juiz que, mediante despacho, dá impulso processual ao feito para que o Tribunal o reexamine de forma análoga ao recurso de apelação da Fazenda Pública. Contudo, **não se pode extrair de um ato praticado pela autoridade jurisdicional qualquer manifestação de vontade da Fazenda Pública no sentido de recorrer**, já que incompatível com a sua função, pois o juiz não pode substituir a Fazenda Pública (parte) na relação jurídica processual.

Sendo assim, **considero que a Fazenda Pública omissa aceita tacitamente a sentença**, razão pela qual produz manifestação de vontade em sentido oposto à prática do ato processual tido por precluso.

Com efeito, sabe-se que as manifestações de vontade da Fazenda Pública se dão ordinariamente através de atos administrativos. A omissão administrativa (que não é ato administrativo) pode produzir conseqüências jurídicas, desde que previstas em lei. Vejamos o que a doutrina diz a respeito:

Do ato administrativo e da omissão.

"Na verdade, o silêncio não é ato jurídico. Por isto, evidentemente, **não pode ser ato administrativo**. Este é uma declaração jurídica. Quem se absteve de declarar, pois, silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum. **Tal omissão é um 'fato jurídico' e, in casu, um 'fato jurídico administrativo'**. **Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio: o de conceder ou negar. Este efeito resultará do fato da omissão, como imputação legal, e não de algum presumido ato, razão por que é de rejeitar a posição dos que consideram ter aí existido um 'ato tácito'**.

Não há ato sem extroversão. Por isto mesmo, ainda que a Administração houvesse, de antemão contado com o efeito legal previsto – e por tal motivo se omitido –, de qualquer forma o efeito que surgirá é conseqüência normativamente irrogada ao fato da omissão, não havendo como filia-la a uma inexistente extroversão administrativa, a uma declaração jurídica que não houve por parte dos agentes públicos que deveriam tê-la proferido.

Aliás, se fora possível, em tais casos, considerar o silêncio como ato (e já se viu que não pode sê-lo), além de se ter que admitir a existência de um ato sem formalização – pior ainda, sem forma sequer (o que é logicamente impossível) –, tratar-se-ia de um ato ilícito. Com efeito, a formalização é, de regra, uma garantia, quer para a Administração, quer para o administrado, pois cumpre a função de conferir segurança e certeza jurídicas, as quais, destarte, ficariam suprimidas. **Além disso, o pseudo-ato incorreria no vício de falta de motivação. Frustraria uma formalização que é uma**

garantia do administrado e um direito descendente do princípio de que todo o poder emana do povo, o qual, bem por isto, tem o direito de saber as razões pelas quais a Administração se decide perante dado caso” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 384/385, grifo nosso).

“Até mesmo o silêncio pode significar forma de manifestação da vontade, quando a lei assim o prevê; normalmente ocorre quando a lei fixa um prazo, findo o qual o silêncio da Administração significa concordância ou discordância” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 173).

Para Hely Lopes Meirelles, quanto estuda o tema “Omissão da Administração”, o silêncio da Administração também não caracteriza ato administrativo, mas uma mera conduta omissiva. Tal omissão pode produzir efeitos dependendo do que dispuser a norma pertinente. **Assim, os efeitos derivam da lei e não da omissão propriamente dita.** Quando, porém, a norma limita-se a fixar prazo para a prática do ato, sem indicar as conseqüências da omissão, há que se perquirir, em cada caso, os efeitos do silêncio (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed. São Paulo, Malheiros, p. 99/100). **Há aí firme manifestação do princípio da legalidade.**

Para o caso, observo, com a devida vênia dos que pensam de modo diverso, que **o art. 503, caput, do CPC, autoriza a interpretação no sentido de que a que a Fazenda Pública omissa aceita tacitamente a sentença, razão pela qual não pode interpor recurso especial para discutir os pontos dela confirmados em remessa necessária.**

Na ocasião, esclareço ter conhecimento dos precedentes contrários ao meu posicionamento produzidos pelo Supremo Tribunal Federal, no enfrentamento específico do tema já na vigência do Código de Processo Civil de 1973, em situações onde não houve apelação por parte da Fazenda Pública, *in verbis*:

Remessa de ofício (CPC, art. 475): contra a decisão nela proferida é admitido o recurso da parte vencida, ainda quando não haja apelado da sentença então confirmada (precedentes); não pode, entretanto, recorrer da decisão de mérito tomada na remessa de ofício quem foi declarado parte ilegítima ad causam, razão por que, sem recurso, não se conheceu de sua apelação (RE n. 251.879 / PA, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12-11-1999, p. 117).

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

Superior Tribunal de Justiça

preclusão do que decidiu a sentença, daí não haver que se falar em falta de interesse processual em recorrer, por ter o Estado se abstido de interpor apelação (trecho extraído do voto da Relatora Min. Ellen Gracie, no RE n. 330.007 AgR / RO, Primeira Turma, DJ de 23.8.2002).

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 confirmado 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, instituto 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, 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 (trecho extraído do voto do Relator Min. Marco Aurélio no RE n. 396.989 / GO, Primeira Turma, DJ de 03-03-2006, pp. 73).

1. A parte que se conforma com a sentença negatória de sua pretensão não tem o direito de impugnar, mediante recurso extraordinário, o acórdão que se confirma, qual diz a jurisprudência do STF. Entretanto, **este princípio jurisprudencial não abrange os casos previstos no art. 475 do C. PR. Civil de 1973, pois o compulsório reexame da sentença previsto nessa regra autoriza seja presumido firme o interesse, que tem a parte inicialmente vencida, em que o renovado julgamento lhe seja favorável. Por isto, referida parte tem o direito de interpor mencionado recurso.**

2. [...]

3. [...]

4. Recurso extraordinário provido (RE n. 79.052 / SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. Antônio Neder, julgado em 16.2.1977, RTJ, VOL-82-02, PP-462).

Observo ainda que este último julgado, produzido pelo Tribunal Pleno do STF, o foi sob a égide do art. 119, III, da CF/67, com a redação dada pela EC n. 1/69, cuja redação guarda identidade com a dos artigos 102, III, e 105, III, da vigente CF/88, pois já previa no cabimento do recurso excepcional a impugnação às *“causas decididas em única ou última instância pelos tribunais.*

Esclareço também ter conhecimento de que muitos julgados proferidos pelo STJ no sentido da ocorrência da preclusão lógica do recurso especial em situações provenientes de remessa necessária se referem à ausência de apelação do particular ou à ausência de apelação

Superior Tribunal de Justiça

de autarquias e fundações quando o instituto da remessa ainda a estes não aproveitava, o que dificulta em muito a pesquisa sobre a origem da linha jurisprudencial que defendo.

Contudo, observo que esse fato não prejudica o raciocínio aqui desenvolvido, já que entendo haver previsão legal no art. 503, *caput*, do CPC, que autoriza a ocorrência da preclusão lógica na espécie.

Outrossim, adiciono que o caso ora em exame se assemelha àquele decidido pela Corte Especial deste STJ por ocasião do EREsp Nº 823.905 – SC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 04 de março de 2009, onde foi revogada a Súmula n. 77/TFR ("Cabem embargos infringentes a acórdão não unânime proferido em remessa '*ex officio*'" - CPC, ART. 475, DJ de 07-04-81, p. 2970) ao argumento de que o Código de Processo Civil não previu expressamente o cabimento de embargos infringentes de remessa necessária, havendo previsão apenas para os acórdãos em apelação e ação rescisória.

Por fim, registro a minha posição no sentido de que o Superior Tribunal de Justiça não pode avocar para si e para o Poder Judiciário o encargo de suprir as fragilidades e a incipiência dos órgãos de representação judicial das Fazendas Públicas Federal, Estaduais ou Municipais. Cabe aos respectivos Poderes Públicos instituir e bem aparelhar os órgãos representativos das Funções Essenciais à Justiça, de modo a dar efetividade material ao disposto nos artigos 131 a 135, da Constituição Federal de 1988.

De outro giro, quando provocado, cabe ao Poder Judiciário, isto sim, exigir do Poder Público que mantenha adequadamente os seus órgãos jurídicos consultivos e de representação judicial, já que representam garantia do administrado, pois atuam na defesa do patrimônio público e da legalidade.

Com efeito, ao tempo em que rechaço a idéia de que é o Poder Judiciário a panacéia para os males que afligem a Administração Pública, compreendo também que o instituto da remessa de ofício é figura anacrônica que deve caminhar gradativamente para uma desejável extinção por meio de alterações legislativas e jurisprudenciais adequadas, tudo sim em defesa da preponderância do Interesse Público, a começar pelo máximo prestígio à Advocacia Pública em todos os níveis e esferas de poder.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO aos embargos de divergência, no que acompanho o relator.

Caso seja vencedora a tese defendida pelo Relator Min. Humberto Martins, levanto questão de ordem no sentido de que a matéria seja apreciada pela Corte Especial, já que de

Superior Tribunal de Justiça

interesse também da Segunda e da Terceira Seções.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2008/0160961-6

EREsp 1036329 / SP

Números Origem: 200361000371211 2007204434 200800465935 272490

PAUTA: 23/09/2009

JULGADO: 14/10/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : JOSE MENDES SILVA
ADVOGADO : MARIELZA EVANGELISTA COSSO E OUTRO(S)
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO E OUTRO(S)
INAÍÁ BRITTO DE ALMEIDA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - IRPF/Imposto de Renda de Pessoa Física - Incidência sobre PDV

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencidos o Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Herman Benjamin, conheceu dos embargos e lhes deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (voto-vista), Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido (RISTJ, art. 162, § 2º).

Licenciados, nesta assentada, os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda, Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 14 de outubro de 2009

Carolina Vêras
Secretária

