

## JUÍZO DE RETRATAÇÃO E REEXAME OBRIGATÓRIO EM SEGUNDO GRAU

**José Carlos Barbosa Moreira**

Ex-Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Desembargador (aposentado) do TJERJ

Professor (aposentado) da Faculdade de Direito da UERJ

1. Foi pontilhada de episódios curiosos a tramitação, no Congresso Nacional, do projeto nº 4.293, de 1993, que se converteria na Lei nº 9.139, de 30.11.1995. Um deles teve como protagonista o ilustre Deputado Hélio Bicudo, a quem coube relatar a matéria na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Ao opinar contra a aprovação do projeto, invocou o parlamentar, entre outros, o argumento segundo o qual a inovação central ali proposta - a saber, a interposição direta do agravo de instrumento perante o órgão *ad quem* - impediria o imediato juízo de retratação, típico do instituto.

Havia, por parte do deputado, manifesto equívoco, que oportunamente cuidamos de apontar em breve escrito.<sup>1</sup> Ao contrário do que dizia o parecer, o texto projetado contemplava de modo inequívoco a possibilidade de reforma da decisão agravada pelo juízo *a quo*, e até dispunha sobre um de seus efeitos, tal como hoje se vê no art. 529 do Código de Processo Civil: "Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo". E mais: cortando em definitivo dúvidas e controvérsias então ainda recorrentes,<sup>2</sup> consagrava a tese do cabimento do juízo de retratação também para a modalidade *retida* do agravo (art. 523, § 2º, na redação atual).<sup>3</sup>

2. A subsistência do juízo de retratação, com as alterações fisionômicas impostas pela nova sistemática do agravo de instrumento, não deixa de suscitar problemas, para os quais nem sempre se encontra solução clara na lei. Alguns são igualmente novos: por exemplo, o referente à via que ora se abre ao agravado para impugnar a decisão reformadora. Antes, o art. 527, § 6º, facultava-lhe requerer ao juiz a remessa do instrumento ao tribunal, a fim de que, invertidas as posições das partes, revisse aquela decisão, restaurando porventura a anterior, reformada. No regime vigente, não há cogitar de semelhante providência: o instrumento já foi apresentado diretamente ao tribunal quando da interposição do recurso pelo primitivo agravante (art. 524, *caput*). Daí a afirmação, encontrada na literatura posterior à Lei nº 9.139, de que a parte contrária, prejudicada pela segunda decisão, precisa por sua vez interpor outro agravo para submetê-la ao reexame do órgão *ad quem*.<sup>4</sup>

Não é nosso propósito opinar aqui sobre esse e outros tópicos de problemática extensa, cuja análise demandaria mais vagar. Vamos limitar-nos a examinar uma questão, provavelmente de ocorrência não muito freqüente na prática judiciária, mas que nem por isso se despreza de interesse, sobretudo para os órgãos incumbidos de representar a Fazenda Pública em juízo. A questão, diga-se logo, não é nova; punha-se em termos substancialmente iguais sob o regime anterior. Não atraiu, contudo, naquela época, a atenção da doutrina, nem parece que a venha atraindo no presente.<sup>5</sup>

3. É bem sabido que, em certos casos, da retratação do juiz resulta decisão de natureza diversa da reformada, e sujeita por isso a disciplina recursal diferente. Particularizando o discurso: se o órgão judicial havia rejeitado preliminar capaz de acarretar, na hipótese de acolhimento, a extinção do feito (*v.g.* falta de legitimidade para a causa, de interesse processual, litispendência, coisa julgada), a reforma de tal decisão, extinguindo-o, corporifica *sentença* (art. 162, § 1º), passível de apelação (art. 513). Não teria sentido, aí, que o primitivo agravado requeresse a remessa do instrumento ao tribunal (consoante a sistemática anterior), ou interpusesse novo agravo (na linha do pensamento hoje predominante). O que lhe cabe (e sempre lhe coube) fazer é *apelar* da sentença agora proferida.<sup>6</sup>

Pode acontecer, todavia, que essa sentença deva submeter-se *ex vi legis* a reexame necessário em segundo grau de jurisdição, conforme ocorre nos casos do art. 475 e de outras disposições análogas, insertas em leis extravagantes. Detenhamo-nos no do art. 475, nº II, a saber, a da sentença "proferida conta a União, o Estado e" (*rectius*: ou) "o Município".<sup>7</sup>

4. Não é pacífica, vem a pêlo registrar, a doutrina relativa ao ponto. Há quem opine que o dispositivo em foco não se aplica às hipóteses de extinção, sem julgamento do mérito, de processo instaurado por alguma das mencionadas pessoas jurídicas de direito público: não se estaria diante de sentença proferida contra o autor.<sup>8</sup> Trata-se, contudo, de opinião isolada, que não merece apoio.

Cabe lembrar que se tem interpretado e aplicado o art. 20, *caput*, segundo o qual deve o juiz condenar o *vencido* ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, como abrangente dos casos em que o feito se extingue sem apreciação do mérito.<sup>9</sup> Da parte final do art. 28 ressalta com absoluta clareza que, extinto o processo sem tal julgamento, o autor é condenado a pagar aquelas verbas, tanto que, sem pagá-las ou depositá-las em cartório, "não poderá intentar de novo a ação". É certo que no texto do art. 28 figura cláusula literalmente limitativa ("a requerimento do réu"), à vista da qual se poderia supor que o dispositivo não incide quando o juiz

decreta a extinção *ex officio*; entretanto, a infeliz cláusula, incompatível às escâncaras com o sistema, vem sendo com razão desprezada.<sup>10</sup>

Ora, se é fora de dúvida que o autor, nas hipóteses de extinção do processo sem exame do mérito, assume, na óptica do Código, a posição de "vencido", choca-se com o bom senso afirmar que a sentença não foi proferida *contra* ele. A *seu favor* é que evidentemente não o terá sido!

5. De resto, basta refletir um pouco para perceber que a *ratio legis* do art. 475, n° II, não se restringe aos casos de sucumbência da União, do Estado ou do Município no plano do *meritum causae*. O que se quer é assegurar o controle da decisão de primeiro grau por órgão hierarquicamente superior, a fim de evitar que a pessoa jurídica de direito público - e, portanto, a coletividade - seja prejudicada sem fundamento sólido. Ao ver do legislador, está em jogo relevante interesse público. Mas esse interesse pode ser injustamente ferido tanto nas hipóteses de sentença de mérito desfavorável à União, ao Estado ou ao Município, quanto naquelas em que o processo iniciado por algum desses entes se vê extinto sem apreciação da lide em sua substância.

É verdade que, salvo quando a extinção se baseie na ocorrência de preempção, listipendência ou coisa julgada, não fica a União, o Estado ou o Município impedido de intentar de novo (frutiferamente, talvez) a ação (art. 268, *caput*, 1ª parte, combinado com o art. 267, n° V). Mesmo aí, no entanto - e ainda a fazer-se abstração do tempo gasto -, a pessoa jurídica de direito público se sujeita às condenações em custas e honorários, e tem o ônus de provar o pagamento ou depósito do respectivo montante, como pressuposto do deferimento da nova inicial (art. 268, *caput*, 2ª parte). Não se pretende que isso *jamaís* haja de acontecer, pretende-se sim, que não aconteça sem especial segurança de ser correto o desfecho do pleito - segurança que resultará, se for o caso, da confirmação necessária da sentença pelo tribunal.

5. Vale a pena abrir aqui um parêntese para refutar o asserto, repetido amiúde, de que a sujeição obrigatória de sentenças à revisão em segundo grau constitui peculiaridade exclusiva do direito brasileiro.<sup>11</sup> Na América hispânica, não são poucos - inclusive entre os mais modernos, das três últimas décadas - os ordenamentos que a consagram, sob a denominação de "consulta": assim, na Argentina, o *Código procesal civil y comercial de la Nación*, art. 633, 5º alínea, para a sentença de interdição por alienação mental; o *Código de Procedimiento Civil* colombiano, art. 386, quanto às "*sentencias de primera instancia adversas a la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarias, los distritos especiales y los municipios*", bem como às de interdição e às contrárias a litigante representado por curador ad

litem; o *Código de Procedimiento Civil* boliviano, art. 197, com relação às "*sentencias dictadas contrada el Estado o entidades públicas en general*"; o *Código Judicial* panamenho, art. 1.210, para "*las resoluciones dictadas en primera instancia adversa al Estado, los Municipios o cualquier entidad política-administrativa o que contra las mismas liquiden perjuicios*" (cf. art. 1.963, n° 5). O mais recente diploma processual hispano-americano, o *Código Procesal Civil* do Peru, de 1992, art. 408, além de contemplar diversas hipóteses de "consulta" com referência a sentença de primeiro grau (interdição, sucumbência de parte representada por curador processual, recusa do juiz a aplicar lei considerada inconstitucional e "*las demás que la ley señala*"), chega a submeter à revisão obrigatória da Corte Suprema as decisões de segundo grau, não impugnadas pelo recurso de cassação, nas quais se haja deixado de aplicar lei havida por inconciliável com a Constituição.

Como se verifica, estamos longe de defrontar-nos com uma excentricidade do legislador pátrio. Sem dúvida, nem sempre coincidem com as do nosso Código as hipóteses previstas noutras legislações; mas ele não é o único que sujeita à revisão obrigatória as sentenças contrárias às entidades político-administrativas.

6. Retomemos o fio principal da exposição e imaginemos um exemplo: em feito instaurado pela União, por Estado ou por Município, a contestação argüira a falta de *legitimatío ad causam* da autora (ou autor); o órgão judicial, em decisão interlocutória, repelira a argüição, mas vem a retratar-se ante o agravo do réu, e por conseguinte põe termo ao processo sem julgar o mérito (art. 267, n° VI). A pessoa jurídica de direito público foi indubitavelmente vencida, deve ser condenada em custas e honorários. Incidem os arts. 20 e 28; incide também, por igualdade de razão, o art. 475, n° II.

No comum dos casos, a União, o Estado ou o Município apelará. Não há supor que, pelo fato de submeter-se a sentença, *ex vi legis*, a reexame obrigatório pelo tribunal, careça a parte sucumbente de interesse em apelar. É certo que, ainda na ausência de apelação, poderá acontecer que no julgamento de segundo grau ela passe, total ou parcialmente, de vencida a vencedora. Mas, apelando, terá a oportunidade de arrazoar, de criticar a sentença, de expor argumentos tendentes a convencer o órgão *ad quem* de que aquela merece reforma ou anulação. A posição de apelante abre-lhe melhores perspectivas de modificar o resultado desfavorável. Daí o interesse que se lhe tem de reconhecer, embora falte o pressuposto da *necessidade* da interposição. Aliás, o texto mesmo do art. 475, parágrafo único, não deixa margem a dúvida sobre a admissibilidade do recurso, quando determina que os autos subam ao tribunal "haja ou não apelação voluntária da parte vencida"- cláusula redigida com má técnica, pois

no sistema do Código só existe apelação voluntária. Aqui, porém, a hipótese de que se cuida é a de inércia da pessoa jurídica de direito público.

7. A situação figurada é concebível tanto no caso de haver-se interposto o agravo por instrumento (art. 524) quanto na de retenção do recursos (art. 523). De acordo com o art. 475, parágrafo único, princípio, ao proferir a decisão de retratação (sentença, visto que extingue o feito), incumbe ao juiz apor-lhe a ordem de que, uma vez decorrido o prazo de interposição da apelação, se remetam os autos ao tribunal. Se não ordenar a remessa na própria sentença, poderá fazê-lo ao fim do prazo, tão logo verifique que não se apelou, ou suprir a qualquer tempo a omissão. Esta, em todo caso, é irrelevante: seja como for, os autos terão de ser remetidos.

Até o pronunciamento de grau superior, a sentença não produz efeito, consoante os dizeres do art. 475, caput. A rigor, ela está em princípio destinada a jamais produzi-lo, assim como a jamais transitar em julgado. Realmente: se o órgão ad quem rejulga a matéria decidida, quer se pronuncie do mesmo modo, quer diferentemente do órgão a quo, sua decisão substitui a de primeiro grau (art. 512, aplicável por analogia), e o acórdão é que poderá produzir efeito e passar em julgado;<sup>12</sup> se o tribunal se cinge a anular a sentença, outra será proferida pelo juízo inferior, com conseqüências semelhantes. Numa única hipótese será a sentença reconhecida como eficaz; na de que (pressuposta sempre a inexistência de apelação) o tribunal entenda não ter cabimento a revisão ex vi legis e restitua os autos ao órgão de origem sem reapreciar a matéria.

8. No caso de retenção do agravo nos autos (art. 523), uma vez reformada a interlocutória pelo juiz, simplesmente se procede como se houvesse desde logo acolhido a preliminar tendente à extinção do processo sem apreciação do mérito. Findo o prazo legal sem interposição de apelação pela parte vencida, os autos serão remetidos ao juízo de segundo grau; não o sendo, "poderá o presidente do tribunal avocá-los" (art. 475, parágrafo único, fine). O "poderá" vale aí por "deverá": não se concede discricção ao presidente do tribunal.

A hipótese mais provável é a de que o presidente tome ciência da situação mediante requerimento que lhe dirija a União, o Estado ou o Município, ou por provocação do Ministério Público. Se o requerimento vier instruído com provas cabais, o presidente avocará os autos sem outras formalidades. Tendo dúvida sobre algum pressuposto da remessa obrigatória, poderá requisitar informações ao juiz a quo. Em seguida, decidirá, no prazo de dez dias (art. 189, nº II), determinando a avocação ou indeferindo-a, se a entender incabível; contra a decisão de indeferimento disporá o interessado do remédio previsto no regimento interno do tribunal. Os autos serão oportunamente distribuídos ao órgão fracionário competente, nos termos regimentais.

9. Se o agravo houver sido interposto por instrumento (art. 524), deve o juiz, ao retratar-se, comunicar o fato, incontinenti, ao relator do recurso no tribunal. Cabe ao próprio relator declarar prejudicado o agravo (art. 529, fine). Essa atribuição de competência visa a evitar a demora que resultaria da inútil continuação do processamento do recurso; nesse ponto, a regra da art. 529, fine, não é mais que uma aplicação particular da contida no art. 557.

Se o órgão de primeiro grau deixa de fazer a comunicação, ou a retarda, nada impede que a parte interessada, ou o Ministério Público, tome a iniciativa de suprir a omissão.<sup>13</sup> Todavia, embora seja pouco provável, não é inconcebível que chegue o momento de julgar-se o agravo, sem que o tribunal haja tido ciência da reforma da decisão. O julgamento, que eventualmente se consume, não terá objeto; a decisão agravada já não existe. Seja qual for o sentido em que se pronuncie o órgão ad quem, nenhuma influência sofrerá o desfecho do pleito, tal como o configurou a sentença terminativa. Quanto à remessa dos autos ao tribunal, aplica-se o que ficou dito no item anterior.

## NOTAS

1 BARBOSA MOREIRA, "A reforma do agravo (Ligeiras observações sobre o projeto de lei nº 4.293, de 1993, e o parecer do Deputado Hélio Bicudo", in *ADV Informativo*, Boletim nº 32, de 13.08.1995, 295.

2 Para a discussão do problema, no regime anterior à Lei nº 9.139, vide BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 6ª ed., Rio de Janeiro, 1993, pp. 464-6, com outras indicações doutrinárias e jurisprudenciais.

3 Curiosamente, sustenta MARCOS AFONSO BORGES, *Recursos cíveis*, 2ª ed., Goiânia, 1996, p.32, que o juízo de retratação é hoje exclusivo do agravo retido, não tem lugar no de instrumento. Cuida-se porém, de opinião isolada e, ao nosso ver, incompatível com o disposto no art. 529.

4 Diversamente, CÂNDIDO DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., S. Paulo, 1996, 116, para quem bastará "mero pedido endereçado ao relator" pelo primitivo agravado. A posição preponderante pode ser ilustrada, a título exemplificativo, com a lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, 18ª ed., Rio de Janeiro, 1996, p. 577.

5 Se o texto contém crítica, ela se aplica, antes de mais nada, ao próprio autor destas linhas, que silenciou sobre o ponto nas seis primeiras edições do volume V dos *Comentários* e nas dezoito de *O novo processo civil brasileiro*, das quais a última já posterior à reforma do agravo. *Mea culpa, mea maxima culpa...*

6 Para o regime anterior à Lei nº 9.139, vide BARBOSA MOREIRA, *Coment. cit.*, vol. V, p. 462, com abonações de doutrina e jurisprudência em a nota 55. Para o vigente, entre outros, CÂNDIDO DINAMARCO, *ob. cit.*, p. 197; ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *O novo recurso de agravo e outros estudos*, Rio de Janeiro, 1996, p.41; VICENTE GRECO FILHO, *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*, S. Paulo, 1996, p. 39; CARREIRA ALVIM, *Novo agravo*, Belo Horizonte, 1996, p. 114; FREDERICO RICARDO DE ALMEIDA NEVES, *Agravo - Nova sistemática*, Recife, 1996, pp. 62-63.

7 Cumpre entender abrangidos pela norma o Distrito Federal e os Territórios: PONTES DE

MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. V, Rio de Janeiro, 1974, p. 215; WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed, vol. III, S. Paulo, 1979, 674.

8 Assim, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil comentado*, 2ª ed., S. Paulo, 1996, 2351.

9 Vejam-se os acórdãos coligidos por ALEXANDRE DE PAULA, *O processo civil à luz da jurisprudência*, vol. I, novo suplemento, Rio de Janeiro, 1995 n.ºs 38.433, 38.436, 38.437, 38.438, 38.441, 38.444-A, pp. 261-63 e por THETONIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 27ª ed., S. Paulo, 1996, p. 90, nota 23 ao art. 20.

10 Vide os próprios NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, *ob. cit.*, 340, nota 1 *verbis* "sempre que o processo for extinto sem conhecimento do mérito". Cateórica a lição de PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.*, 4ª ed., t. I, Rio de Janeiro, 199, p. 411: "A referência a 'requerimento do réu' tem de ser posta de parte, porque a extinção declarada de ofício é o princípio".

11 "Trata-se de instituto sem parâmetros na legislação comparada", lê-se em monografia ainda recente: ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO, *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, S. Paulo, 1995, p. 169.

12 Cf. AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7ª ed., Rio de Janeiro, 1994, p. 462.

13 CLITO FORNACIARI JÚNIOR, *A reforma processual civil*, S. Paulo, 1996, 111, alude à iniciativa da parte interessada, explicando que a esta incumbe juntar "cópia do novo entendimento acerca da questão recorrida".