

Volumen 5 - Número Especial- Octubre/Diciembre 2018

REVISTA INCLUSIONES

INSTITUTO VENEZOLANO DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

ISSN 0719-4706

Homenaje a

Rodolfo Cruz Vadillo

MIEMBRO DE HONOR COMITÉ INTERNACIONAL

REVISTA INCLUSIONES

221 B

WEB SCIENCES

CUERPO DIRECTIVO

Directora

Mg. © Carolina Cabezas Cáceres
Universidad de Los Andes, Chile

Subdirector

Dr. Andrea Mutolo
Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Dr. Juan Guillermo Mansilla Sepúlveda
Universidad Católica de Temuco, Chile

Editor

Drdo. Juan Guillermo Estay Sepúlveda
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Editor Científico

Dr. Luiz Alberto David Araujo
Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil

Cuerpo Asistente

Traductora Inglés

Lic. Pauline Corthorn Escudero
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Traductora: Portugués

Lic. Elaine Cristina Pereira Menegón
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Portada

Sr. Felipe Maximiliano Estay Guerrero
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Carolina Aroca Toloza
Universidad de Chile, Chile

Dr. Jaime Bassa Mercado
Universidad de Valparaíso, Chile

Dra. Heloísa Bellotto
Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dra. Nidia Burgos
Universidad Nacional del Sur, Argentina

Mg. María Eugenia Campos
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Lancelot Cowie
Universidad West Indies, Trinidad y Tobago

Dr. Francisco José Francisco Carrera
Universidad de Valladolid, España

Mg. Keri González
Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Dr. Pablo Guadarrama González
Universidad Central de Las Villas, Cuba

Mg. Amelia Herrera Lavanchy
Universidad de La Serena, Chile

Dr. Aleksandar Ivanov Katrandzhiev
Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Mg. Cecilia Jofré Muñoz
Universidad San Sebastián, Chile

Mg. Mario Lagomarsino Montoya
Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Claudio Llanos Reyes

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Dr. Werner Mackenbach

*Universidad de Potsdam, Alemania
Universidad de Costa Rica, Costa Rica*

Mg. Rocío del Pilar Martínez Marín

Universidad de Santander, Colombia

Ph. D. Natalia Milanesio

Universidad de Houston, Estados Unidos

Dra. Patricia Virginia Moggia Münchmeyer

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Ph. D. Maritza Montero

Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Mg. Liliana Patiño

Archiveros Red Social, Argentina

Dra. Eleonora Pencheva

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Rosa María Regueiro Ferreira

Universidad de La Coruña, España

Mg. David Ruete Zúñiga

Universidad Nacional Andrés Bello, Chile

Dr. Andrés Saavedra Barahona

Universidad San Clemente de Ojrid de Sofía, Bulgaria

Dr. Efraín Sánchez Cabra

Academia Colombiana de Historia, Colombia

Dra. Mirka Seitz

Universidad del Salvador, Argentina

Dra. Leticia Celina Velasco Jáuregui

*Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores
de Occidente ITESO, México*

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Comité Científico Internacional de Honor

Dr. Adolfo A. Abadía

Universidad ICESI, Colombia

Dr. Carlos Antonio Aguirre Rojas

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Martino Contu

Universidad de Sassari, Italia

Dr. Luiz Alberto David Araujo

Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil

Dra. Patricia Brogna

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Horacio Capel Sáez

Universidad de Barcelona, España

Dr. Javier Carreón Guillén

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Isabel Cruz Ovalle de Amenabar

Universidad de Los Andes, Chile

Dr. Rodolfo Cruz Vadillo

*Universidad Popular Autónoma del Estado de
Puebla, México*

Dr. Adolfo Omar Cueto

Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Dr. Miguel Ángel de Marco

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Emma de Ramón Acevedo

Universidad de Chile, Chile

Dr. Gerardo Echeita Sarrionandia

Universidad Autónoma de Madrid, España

Dra. Patricia Galeana

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Manuela Garau

Centro Studi Sea, Italia

Dr. Carlo Ginzburg Ginzburg

*Scuola Normale Superiore de Pisa, Italia
Universidad de California Los Ángeles,
Estados Unidos*

Dr. José Manuel González Freire

Universidad de Colima, México

Dra. Antonia Heredia Herrera

Universidad Internacional de Andalucía, España

Dr. Eduardo Gomes Onofre

Universidade Estadual da Paraíba, Brasil

Dra. Blanca Estela Zardel Jacobo

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel León-Portilla

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel Ángel Mateo Saura

*Instituto de Estudios Albacetenses “don Juan
Manuel”, España*

Dr. Carlos Tulio da Silva Medeiros

Diálogos en MERCOSUR, Brasil

Dr. Álvaro Márquez-Fernández

Universidad del Zulia, Venezuela

Dr. Oscar Ortega Arango

Universidad Autónoma de Yucatán, México

Dr. Antonio-Carlos Pereira Menaut

Universidad Santiago de Compostela, España

Dr. José Sergio Puig Espinosa

Dilemas Contemporáneos, México

Dra. Francesca Randazzo

*Universidad Nacional Autónoma de Honduras,
Honduras*

Dra. Yolanda Ricardo

Universidad de La Habana, Cuba

Dr. Manuel Alves da Rocha

Universidade Católica de Angola Angola

Mg. Arnaldo Rodríguez Espinoza

Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica

Dr. Miguel Rojas Mix

*Coordinador la Cumbre de Rectores Universidades
Estatales América Latina y el Caribe*

Dr. Luis Alberto Romero

CONICET / Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Maura de la Caridad Salabarría Roig

Dilemas Contemporáneos, México

Dr. Adalberto Santana Hernández

*Universidad Nacional Autónoma de México,
México*

Dr. Juan Antonio Seda

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Saulo Cesar Paulino e Silva

Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dr. Miguel Ángel Verdugo Alonso

Universidad de Salamanca, España

Dr. Josep Vives Rego

Universidad de Barcelona, España

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Comité Científico Internacional

Mg. Paola Aceituno

Universidad Tecnológica Metropolitana, Chile

Ph. D. María José Aguilar Idañez

Universidad Castilla-La Mancha, España

Mg. Elian Araujo

Universidad de Mackenzie, Brasil

Mg. Rumyana Atanasova Popova

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Ana Bénard da Costa

*Instituto Universitario de Lisboa, Portugal
Centro de Estudios Africanos, Portugal*

Dra. Alina Bestard Revilla

*Universidad de Ciencias de la Cultura Física y
el Deporte, Cuba*

Dra. Noemí Brenta

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ph. D. Juan R. Coca

Universidad de Valladolid, España

Dr. Antonio Colomer Vialdel

Universidad Politécnica de Valencia, España

Dr. Christian Daniel Cwik

Universidad de Colonia, Alemania

Dr. Eric de Léséulec

INS HEA, Francia

Dr. Andrés Di Masso Tarditti

Universidad de Barcelona, España

Ph. D. Mauricio Dimant

Universidad Hebrea de Jerusalén, Israel

Dr. Jorge Enrique Elías Caro

Universidad de Magdalena, Colombia

Dra. Claudia Lorena Fonseca

Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Dra. Ada Gallegos Ruiz Conejo

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Dr. Francisco Luis Giraldo Gutiérrez

*Instituto Tecnológico Metropolitano,
Colombia*

Dra. Carmen González y González de Mesa

Universidad de Oviedo, España

Mg. Luis Oporto Ordóñez

Universidad Mayor San Andrés, Bolivia

Dr. Patricio Quiroga

Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Gino Ríos Patio

Universidad de San Martín de Porres, Per

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Arrechavaleta

*Universidad Iberoamericana Ciudad de
México, México*

Dra. Vivian Romeu

*Universidad Iberoamericana Ciudad de
México, México*

Dra. María Laura Salinas

Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

Dr. Stefano Santasilia

Universidad della Calabria, Italia

Mg. Silvia Laura Vargas López

*Universidad Autónoma del Estado de
Morelos, México*

Dra. Jaqueline Vassallo

Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Dr. Evandro Viera Ouriques

Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil

Dra. María Luisa Zagalaz Sánchez

Universidad de Jaén, España

Dra. Maja Zawierzeniec

Universidad Wszechnica Polska, Polonia

Editorial Cuadernos de Sofía / Revista

Inclusiones / Santiago – Chile

Representante Legal

Juan Guillermo Estay Sepúlveda Editorial

Indización y Bases de Datos Académicas

Revista Inclusiones, se encuentra indizada en:





WZB

Berlin Social Science Center



uOttawa

Bibliothèque
Library



REX

BIBLIOTECA ELECTRÓNICA
DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA



Ministerio de
Ciencia, Tecnología
e Innovación Productiva



Uniwersytet
Wrocławski



Stanford University
LIBRARIES



PRINCETON UNIVERSITY
LIBRARY

WESTERN
THEOLOGICAL SEMINARY



ROAD

DIRECTORY
OF OPEN ACCESS
SCHOLARLY
RESOURCES

**A REMESSA NECESSÁRIA À LUZ DAS ORDENAÇÕES DO REINO DE PORTUGAL
E DA LEGISLAÇÃO IMPERIAL BRASILEIRA**

**THE INSTITUTE OF “REMESSA NECESSÁRIA” IN LIGHT OF THE ORDINATIONS OF THE
KINGDOM OF PORTUGAL AND THE BRAZILIAN IMPERIAL LEGISLATION**

Mtdo. Sarah Kelly Limão
Universidade Federal do Ceará, Brasil
sah.k.lim@gmail.com

Fecha de Recepción: 30 de agosto de 2018 – **Fecha de Aceptación:** 14 de septiembre de 2018

Resumo

O presente artigo busca contribuir para a discussão acerca da Remessa Necessária, prevista no art. 496 do Código de Processo Civil, e sua conformidade com a Constituição de 1988, no contexto atual da Fazenda Pública em juízo. Para tanto, faz-se um estudo histórico do instituto comumente apontado pela doutrina como originário da Remessa Necessária: a Apelação *ex-officio* prevista nas Ordenações Afonsinas. Objetiva-se verificar se, de fato, este representa uma gênese da Remessa e confere aspecto de tradicionalidade à mesma. A pesquisa realizada foi bibliográfica, de método histórico, abordando a legislação lusitana e do período colonial brasileiro. Observou-se, ademais, a forma de representação da Remessa Necessária em diversas legislações de direito pátrio de caráter processual civil, do período do império até a atualidade. Mediante os dados angariados, concluiu-se que o instituto das Apelações *ex-officio* possui fundamento jurídico de caráter diverso da Remessa Necessária, seja na concepção atual desta, como nas que porventura assumiu, desde a sua primeira aparição no Direito Pátrio. Demonstra-se que é problemática, portanto, a afirmação absoluta de que o instituto aludido é a origem da Remessa Necessária, não se observando conexão direta entre os dispositivos. Esta premissa, por sua vez, prejudica a sustentação de que a Remessa Necessária seria indubitavelmente tradicional. Sustenta-se, por fim, que um marco histórico mais fidedigno para o instituto no ordenamento brasileiro seria a Lei de 04 de outubro de 1831, acerca da “organização ao Thesouro Publico Nacional e ás Thesourarias das Provincias”.

Palavras-Chave

Remessa Necessária – Apelação de Ofício – Apelação *ex officio* – Ordenações Afonsinas – Ordenações do Reino de Portugal – Direito Processual Civil

Abstract

The present article seeks to contribute to the discussion about the “Remessa Necessária”, positived at art. 496 of the Brazilian Code of Civil Procedure, and its conformation with the Constitution. Therefore, it is made a historical study of this institute commonly pointed out by the doctrine as its origin: the *ex-officio* Appeal in the Afonsine Ordinations. The objective is to verify if, in fact, this represents its genesis enough to confers an aspect of traditionality to it. The research was bibliographical, of historical method, dealing with Lusitanian legislation and the Brazilian colonial and imperial period. Based on the data collected, it was concluded that the *ex-officio* Appeals Institute has a legal basis different from the “Remessa Necessária”, either in its current conception or in those that it may have assumed since its first appearance in the national legislation. It is demonstrated that it is problematic, therefore, the absolute affirmation that the portuguese institute mentioned is the origin of the “Remessa Necessária”, not observing a direct connection between the devices. Therefore, there is no ground to the argument that the brazilian institute traces its lineage back to the portuguese ordinations. As such there is no common tradition between them. Finally, it is maintained that a more reliable historical milestone for the “Remessa Necessária” in the Brazilian order would be the Law of October 4, 1831, about the “organization of the National Treasure and the Thesourarias of the Provinces.”

Keywords

Ex Officio Appeal – Afonsines Ordinations – Ordinations of the Kingdom Of Portugal – Civil Procedure
Imperial Brazilian Legislation

Introdução

A presente pesquisa foi motivada por um seminário em que se estudou a Remessa Necessária, prevista no art. 496 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). Nesse momento, surgiu a inquietação acerca da conformação do instituto com a Constituição e sua compatibilidade com o atual contexto de atuação da Fazenda Pública em Juízo. Como forma de enriquecer o debate, esse artigo pretende averiguar o seu conceito original e as razões que, há época, ensejaram sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo é contribuir, ainda que minimamente, para afastar de vez o mito de “bom e velho direito” que circunda esse instrumento processual, diante do atual contexto constitucional em que se situa.

Observou-se que, nos diferentes trabalhos que se propõem a traçar algum marco histórico para a Remessa Necessária, é comum¹ apontar as Apelações de Ofício nas ações criminais das Ordenações Afonsinas, como origem do instituto. As Apelações de Ofício, porém, possuem fundamento jurídico completamente diverso não só do que se entende hoje por Remessa Necessária, mas do que se compreendeu acerca desta desde sua primeira aparição em forma de lei no Direito Pátrio.

Quando se trata de justificar uma matéria, é necessário que se tenha em vista os princípios que lhe servem de base. Ocorre que, no direito brasileiro, existe uma limitação maior, imposta pelo fato de a nossa cultura jurídica, que tem origem na tradição lusitana, ser relativamente nova. Nesse contexto, para que se analise historicamente a cultura jurídica brasileira, desde o Brasil Colonial, deve-se partir da história do direito lusitano.

Desse modo, nesse trabalho, iniciam-se as investigações da tentativa portuguesa de compilar a legislação vigente no Reino, no século XVI, através das Ordenações Afonsinas, com o objetivo de identificar as razões da Apelação *ex-officio* e seu contexto jurídico. Posteriormente, analisa-se como e por quais razões a Apelação *ex-officio* surgiu, como manifestação de *juspatrium* no ordenamento jurídico brasileiro, para, ao fim, apontar as diferenças e a atecnia de se firmar uma herança entre o instituto português e o nacional da Remessa Necessária

A apelação Ex-Officio no Direito Lusitano

No início da Idade Moderna, a cultura jurídica não era muito diferente da Era Medieval, em que conviviam diversas fontes de direito em um determinado território, eram elas o Direito Comum, Direito Canônico e Direito dos Reinos (normas emanadas do Poder Soberano)². Para nós, importa este último, ou seja, as expressões normativas de direito secular próprio ou *ius patrium*, que começavam a ter papel de destaque no cenário Jurídico moderno.

A partir do séc. XV, em Portugal, inicia-se a centralização do poder real, que, no plano da administração da justiça, significava a expropriação de poder pela Coroa, ainda

¹ Leonardo Carneiro da Cunha, A Fazenda Pública em juízo. 13. ed. (Rio de Janeiro: Forense, 2016), 178.

² António Manuel Hespanha, Direito comum e direito colonial. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 3, (2006) 97. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 01 de maio de 2018.

que gradual³, da justiça local feudal de tradição oral. Nesse período pré-absolutista, a religião tinha importante papel na consolidação do poder diferenciado do rei que, por obra divina, teria sido criado para governar os outros homens, por ser dotado de uma razão superior⁴.

Iniciada no reinado de Dom João I, os trabalhos de compilação das normas vigentes no Reino no início do século XVI só tiveram desfecho em 1446, ano em que Dom Afonso V era rei de Portugal. As Ordenações Afonsinas foram divididas em 5 livros, destes o terceiro tratava do Direito Civil, enquanto o quinto tratava de matérias criminais⁵. Nesse livro, em seu título LVIII, havia um rol de crimes para os quais o magistrado deveria apelar da própria sentença e, caso assim não procedesse, poderia sofrer, inclusive, sanção de perda do cargo.

No processo inquisitório, as ações criminais públicas podiam ser iniciadas por denúncia ou por devassa – que era a pesquisa de provas e inquirição de testemunhas – em ambas as modalidades, o procedimento era movido de ofício pelo próprio magistrado. Nesse contexto, a apelação “polla Justiça a El Rei”⁶, que é apelação *ex-officio* – manifestação de *ius patrium* – tem a função de minimizar os poderes do juiz e evitar abusos próprios desse procedimento herdado do direito canônico.

Assim, tratava-se de recurso criminal de ofício com o objetivo de minimizar desvios do processo inquisitório, em que o juiz concentrava o papel de acusador e julgador⁷. O recurso em apreço também esteve presente nas atualizações posteriores da codificação das leis do Reino, nas Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas⁸.

Portanto, a apelação *ex-officio* era um mecanismo de controle das decisões judiciais, em um período que o juiz possuía controle quase absoluto na condução do processo criminal⁹, além de uma forma de centralizar o poder real em Portugal.

³ O artigo “As Fronteiras do Poder. O Mundo dos Rústicos”, Antonio Manuel Hespanha aponta para o “mito da temporã centralização do poder real”, pois, já nesse período, os juristas letrados retratavam Portugal como uma grande metrópole centralizadora, em contrastes com o feudalismo que imperava em toda a Europa, porém, o autor português afirma que era apenas o início desse processo.

⁴ António Manuel Hespanha, *A Ordem do Mundo e o Saber dos Juristas. Imaginários do Antigo Direito Europeu: As categorias do político e do jurídico na época moderna* (Kindle, 2017). 18.

⁵ José Rogério Cruz Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2009.

⁶ Ordenações Afonsinas, Livro V, Título LVIII. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l5pg222.htm>. Acesso em 21.06.2018.

⁷ Julio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal* (Atlas, 2003).

⁸ Leonardo Carneiro da Cunha, *A Fazenda Pública em juízo...* 178.

⁹ Alfredo Buzaid, *Das Razões do Aparecimento da Apelação Ex-officio e sua Regulamentação nas Ordenações Afonsinas*. Revista Jurídica Virtual - Brasília, vol. 4, n. 37 (2002): “A competência judicial para proceder *ex-officio* podia turbar o ânimo do magistrado, influir em seu espírito e mesmo criar nele um tal estado que predispusesse a orientação da prova em determinado sentido. Com a imensa soma de poderes de que estava investido o juiz, a faculdade de iniciativa, se por um lado era um bem, porque zelava pelos superiores interesses da sociedade na repressão do crime, por outro lado podia ser, nas mãos de uma judicatura menos imparcial, um perigoso instrumento de perseguição a inocentes. Não era possível que essa quase onipotência judicial ficasse sem um freio, ou sem um controle exatamente na época em que os reis portugueses começaram a fazer leis gerais destinadas a fixar os direitos e as obrigações dos seus povos. Foi aí então que repontou

Vale ressaltar, inclusive, que a primeira vez que a apelação “polla Justiça a El Rei” apareceu no Direito Lusitano, conforme Alfredo Buzaid, foi através de uma lei que data de 12 de março de 1355¹⁰, ou seja, num momento anterior à consolidação das Ordenações Afonsinas que era, justamente, um compilado de leis vigentes no reino. Após consolidada nas Ordenações do rei Dom Afonso V, a apelação *ex-officio* criminal foi mantida nas ordenações Manuelinas e Filipinas, porém jamais transplantada para as ações civis.

Assim, a diferença de conceituação jurídica entre o que hoje se entende por uma prerrogativa processual da Fazenda Pública em Juízo Cível e um recurso de ofício em processo criminal inquisitório – de origem estrangeira – é tamanha que não valeria a pena sequer ser mencionada não fosse pelo fato de que é necessário levar em consideração que a voluntariedade nem sempre foi característica intrínseca dos recursos, ao contrário disso, os recursos cíveis até pouco tempo eram qualificados em recursos voluntários e recursos de ofício, conforme será exposto no tópico seguinte.

A relevância deste fato contribuirá para entender o dinamismo histórico em volta do conceito de Remessa Necessária. Afinal, expor os fundamentos culturais da apelação “polla Justiça a El Rei”, é relevante para mostrar a originalidade do instituto da Remessa Necessária, no direito brasileiro, e contribuir para um debate acerca da sua necessidade na atual ordem jurídica do Estado de Direito.

A apelação Ex-Officio no Direito Brasileiro

Com a Independência do Brasil, em 1822, as ordenações do Reino de Portugal continuaram vigentes no país, ressalvadas posteriores alterações, por força do Decreto Imperial de 20 de Outubro de 1823¹¹.

Possivelmente,¹² a primeira vez que a remessa necessária aparece na legislação nacional é através do art. 90¹³ da Lei 04 de Outubro de 1831. Porém, vale ressaltar que o

mais uma vez o gênio lusitano para corrigir o rigor do princípio dominante e os exageros introduzidos no processo inquisitório. Fê-lo criando a figura da apelação *ex-officio*.”

¹⁰ Alfredo Buzaid, *Das Razões do Aparecimento da Apelação...*

¹¹ Lei 20 de Outubro de 1823: “Ementa: Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados.” “Art. 1o As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.” Coleção de Leis do Império do Brasil - 20/10/1823, Página 7 Vol. 1ptl (Publicação Original), Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anterioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html. Acessada em 01 de maio de 2018.

¹² Jorge Tosta, *Do Reexame Necessário no Direito Processual Civil*. Dissertação de Mestrado (São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001), 90.

¹³ “Fica extinto o actual Erario, e o Conselho da Fazenda. As justificações, que até agora se faziam neste Tribunal, serão feitas perante os Juizes Territoriaes, com audiencia do Procurador Fiscal; e as sentenças, que nelle se proferirem a favor dos justiticanos, serão sempre appelladas

dispositivo em apreço fazia menção a uma prerrogativa processual da Fazenda Pública com natureza de recurso voluntário, o que não corresponde à atual concepção que se tem da Remessa Necessária na cultura jurídica contemporânea¹⁴.

À época, as justificativas para a criação do instituto no processo civil, exclusivamente em sentenças contrárias à Fazenda Pública, era de que os procuradores fiscais prevaricavam, deixando de recorrer de sentenças injustas que comprometiam o erário, pelos mais diversos motivos. Assim, trata-se de um instrumento de controle de abusos de agentes da administração pública.

Após surgir como instituto processual cível, a Apelação de Ofício foi estendida para além da proteção da Fazenda Pública por diversas outras normas posteriores. A Consolidação das Leis de Processo Civil de 1879¹⁵, em seu art. 1526, §6º, sistematizou os demais casos em que o Juiz, através da sentença, deveria “appellar ex-officio” de sua própria decisão, quais sejam:

“I. Nas sentenças proferidas pelo Juízo de Defuntos e Ausentes (o de Orphãos) em favor de Habilitantes e de Credôres quando o valor da herança ou da divida, exceda de 2:000\$000. (Consolid. Da Leis Civ. Art. 1254 e sua Nota). (...) III. Nas proferidas em Justificações, para tenças ou pensões, passarem de pessoa a pessoa (Ordem n. 102 de 23 de Abril de 1849). IV. Nas de habilitações de herdeiros, sucessores, e cessionários, de Credores do Estado, quando à estes forem favoráveis. (Prov. De 8 de Maio de 1838, e cit. Lei de 29 de Novembro de 1841 art. 13). V. Nas Causas de liberdade, quando as Decisões forem á ella contrarias (Lei n. 2040 de 28 de setembro de 1871, art 7º, § 2º, e Regul. N. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 80 § 2º. VI. Nas causas de nulidade de casamentos de pessoas, que professarem Religição diferente da do Estado, quando as Sentenças os-annullarem (Art. 12 do Decr. n. 3069 de 17 de Abril de 1863).”¹⁶

A Constituição de 1891 instituiu no Brasil uma República Federativa¹⁷, em que vigorava uma dualidade processual na competência legislativa, pois tanto a União quanto os Estados federados podiam legislar em matéria de direito processual. Nesse período, diversos diplomas normativos estaduais foram promulgados, em que continham a Apelação *ex-officio*.

ex-officio para a Relação do districto, sob pena de nulidade. Os processos ultimados dos justificantes lhes serão entregues, sem dependencia de traslados.”

¹⁴ Muito ainda se debate sobre a natureza jurídica da remessa necessária e, boa parte da doutrina afirma que não se trata de um recurso por não possuir voluntariedade, característica que seria intrínseca a todo recurso. Aparentemente, e embora se apoie o discurso da natureza jurídica de recurso, o debate foi vencido por aqueles que o negam, porquanto desde o CPC de 1973 a remessa necessária foi retirada do rol de recursos.

¹⁵ Brasil, Consolidação de Ribas. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/220533>>. Acessado em 02 de maio de 2018.

¹⁶ Joaquim José Caetano Pereira e Souza, Primeiras Linhas Sobre o Processo Civil, tomo II, p. 22. Typographia, Rio de Janeiro, 1879.

¹⁷ Brasil, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 24 de fevereiro de 1981. “Art 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.”

Após essa conturbada fase nas fontes do direito processual brasileiro, a Constituição de 1934, em seu art. 5º, inciso XIX, alínea a, definiu como competência privativa da União legislar sobre direito processual. Cinco anos depois, foi promulgado o Código de Processo Civil de 1939, que unificou toda a matéria relativa aos procedimentos processuais em Juízo Cível.

O Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 822 (incluído pelo decreto-lei 4.562 de 1942), tratou da Apelação *ex-officio* ou Apelação Necessária, que deveria ser declarada na sentença, pelo próprio magistrado, nos seguintes casos: “I – das sentenças que declarem a nulidade do casamento; II – das que homologam o desquite amigável; III – das proferidas contra a União, o Estado ou o Município.”

Em 1960, houve uma tentativa de acabar com os recursos *ex-officio*, através de um projeto¹⁸ de lei de autoria do deputado Accioly Filho. Já naquela época, essa prerrogativa processual da Fazenda Pública e a própria existência de um recurso interposto pelo juiz contra a sua própria sentença eram alvo de críticas da doutrina.

Na justificação do projeto acima, o deputado aponta para a originalidade do instituto, sua desnecessidade diante de diversos meios de fiscalização e controle da atividade administrativa, seja pelo Ministério Público ou até pela imprensa, e a demanda excessiva que esse instituto gera nos Tribunais.

O projeto foi rejeitado na Comissão de Constituição e Justiça e o parecer, de uma página, trata das justificativas para a sua manutenção. O deputado relator do parecer, Pedro Aleixo, alega que os fundamentos que sustentaram a criação do instituto permanecem sem, no entanto, apontar quais seriam. Além disso, afirma que abolir os recursos obrigatórios demanda muito trabalho, para o qual o órgão não possui tempo. Assim, o relator limita-se a invocar o interesse público que, estaria mais resguardado com a revisão das sentenças em um duplo grau obrigatório, pois “Estimula-se o juiz no aprimoramento dos considerandos de suas sentenças, (...) além de pôr-se o primeiro julgador mais protegido contra perniciosas e opressivas influencias na comarca”.

Em 1973, durante o Regime de Ditadura Militar, instaurado com o Golpe de 64, foi promulgado o Código de Processo Civil que ficou conhecido como Código de Buzaid. Nesse diploma legal, ao contrário das próprias críticas de Alfredo Buzaid, a Remessa Necessária é mantida, porém, deixa de figurar como recurso, aparecendo na seção referente à coisa julgada, não mais com natureza jurídica de recurso voluntário.

Em 2001, através da Lei nº 10.352, o instituto ganha, definitivamente, o caráter de garantia processual da Fazenda Pública, não sendo mais cabível nas sentenças de casamento, além de ter sofrido a primeira restrição econômica, através da introdução do §2º, que limita o instituto às ações superiores à 60 salários-mínimos, evitando a rediscussão no Tribunal de causas de valor irrisório para o Estado. Além dessa restrição, sentenças fundadas em decisão do plenário ou súmula do STF, e súmulas de outros Tribunais Superiores, também não estavam sujeitas ao duplo grau obrigatório.

¹⁸ Projeto de Lei nº 1936/60, do sr. Accioly Filho, que dispõe sobre recursos nos processos civil e penal, e de outras providencias. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=25D436130CEBE4853E0633DA9D413EBF.proposicoesWeb1?codteor=1205226&filename=Dossie+-+PL+1936/1960. Acessado em: 21.06.2018.

Com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, inobstante a garantia de isonomia, pouca coisa mudou em relação ao reexame necessário, ampliando-se suas restrições. Entretanto, mantêm-se o caráter já consolidado de prerrogativa processual da Fazenda Pública, traduzida em privilégio de ter os mesmos efeitos garantidos por um recurso de Apelação, porém, sem necessitar interpô-lo, ainda motivado por um princípio da Supremacia do Interesse Público que, pela própria sugestividade da nomenclatura, induz a interpretações por um princípio que deve sempre prevalecer, quando sopesado com outros.

De recurso voluntário à prerrogativa processual da Fazenda Pública, porém, com os mesmos efeitos de sempre e sem grandes modificações, a Remessa Necessária teve sua conceituação alterada, motivada pelas críticas que enfrentou por, originalmente, tratar-se de um recurso interposto pelo Juiz, parte ilegítima, contra a sua própria sentença.

Por fim, diversas foram as alterações promovidas no instituto em estudo, porém, o abismo de fundamentos jurídicos entre a Apelação *ex officio* das Ordenações Afonsinas e como esta foi incluída no direito pátrio, durante o período imperial, impede que se firme uma conexão histórica segura. Cabe ainda, antes de prosseguir às conclusões, ressaltar que, do Recurso de Ofício imperial para a Remessa Necessária atual, a alteração conceitual não se referiu à razão ou às consequências jurídicas do instituto, pois estas continuam as mesmas.

Considerações finais

Conforme exposto anteriormente, o objetivo dessa pesquisa é discutir acerca do marco histórico do Reexame Necessário, diante da inquietação em ver atribuído como origem deste, em diversos trabalhos acadêmicos e até manuais, o título LVIII, do livro 5º, das Ordenações Afonsinas.

No primeiro tópico, tratou-se desse instrumento lusitano de controle dos magistrados locais e centralização do poder real, em que o rei toma para si, através de seus corregedores, a última palavra sobre a culpabilidade dos réus do processo inquisitório, procedimento que dotava o magistrado de amplos poderes e, por essa razão, poderia servir como instrumento de perseguição de inocentes.

O ato de um magistrado apelar de sua própria sentença foi introduzido no processo civil brasileiro através da Remessa Necessária. Trata-se do duplo grau obrigatório de sentenças contrárias à Fazenda Pública ao qual, atualmente, nega-se a natureza jurídica de recurso, ignorando-se seus efeitos idênticos ao recurso de apelação e sendo classificada por sua mera posição no CPC/2015, fora do rol taxativo de recursos.

Instituída pelo art. 90 da lei de 04 de outubro de 1831, cuja ementa afirma dar “organização ao Tesouro Publico Nacional e ás Thesourarias das Provincias”, a razão que justificou a sua criação foi o suposto hábito dos procuradores de prevaricar, deixando de recorrer de sentenças que prejudicavam o erário, em benefício próprio ou de outrem.

Portanto, de um lado tem-se um instituto de controle de poder do magistrado no processo criminal inquisitório e, do outro, um mecanismo de controle da prevaricação dos agentes da Administração Pública, através de uma prerrogativa processual da Fazenda

Pública, pois o ato de submeter a sentença a uma nova análise pelo Tribunal Superior retarda a execução de sentenças que causem prejuízo ao erário.

Embora não seja mais majoritariamente considerada um recurso de ofício, apenas por uma alteração de sua posição no Código, a remessa necessária ainda ostenta os mesmos efeitos de um recurso de apelação, porém, interposta pelo próprio juiz prolator da sentença, de forma que sua alteração conceitual, pela doutrina e até mesmo pelo legislador, é apenas uma tentativa de eliminar a contradição de um recurso interposto por alguém que não ostenta legitimidade processual, ou seja, mera conveniência legislativa para dar aparência de modernidade, utilidade e constitucionalidade à Remessa Necessária.

Vinte e sete anos após a redemocratização do país, foi promulgado o Novo Código de Processo Civil que, logo em seu art. 1º, de forma didática, afirma a força normativa da Constituição, que deve se irradiar sobre todos os seus dispositivos e guiar a interpretação jurisdicional. Mais adiante, em seu art. 7º, o NCCPC assegura a isonomia como princípio processual cível. Observa-se que as diferenças entre o duplo grau obrigatório das sentenças contrárias à Fazenda Pública e a apelação “polla Justiça a El Rei” do direito lusitano são tremendas, de forma que ao apontar este último como marco histórico do primeiro, incorre-se em um anacronismo próprio de quem busca justificar esse instituto atribuindo algum argumento de autoridade, escondendo a originalidade da legislação pátria e suas razões fundamentadoras.

Diante do exposto, pode-se afirmar que apontar a apelação *ex-officio* das ordenações afonsinas como origem da Remessa Necessária implica em um anacronismo que tenta passar a impressão de continuidade e tradição jurídica, dotando o instituto contemporâneo de autoridade, minimizando algumas de suas inconsistências com os princípios processuais de isonomia e razoável duração do processo. Por fim, conclui-se por estabelecer como marco histórico da Remessa Necessária, no ordenamento jurídico brasileiro, a lei 04 de outubro de 1831, pois, apesar da discussão em torno da natureza jurídica dessa prerrogativa processual da Fazenda Pública, não há diferença substancial nas razões do instituto, tampouco nas consequências jurídicas de ambos.

Referências

Fontes Primárias

Brasil. Consolidação de Ribas. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220533>.

Brasil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 24 de fevereiro de 1981. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>.

Brasil. Lei 20 de Outubro de 1823: Coleção de Leis do Império do Brasil - 20/10/1823, Página 7 Vol. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anterioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html.

Brasil. Lei 04 de outubro de 1831. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1831, Página 103 Vol. 1 pt I (Publicação Original).

Brasil. Projeto de Lei nº 1936/60, do sr. Accioly Filho, que dispõe sobre recursos nos processos civil e penal, e da outras providencias. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=25D436130CEBE4853E0633DA9D413EBF.proposicoesWeb1?codteor=1205226&filename=Dossie+PL+1936/1960

Portugal. Ordenações Afonsinas, Livro V, Título LVIII. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>.

Fontes Secundárias

Buzaid, Alfredo. Das Razões do Aparecimento da Apelação Ex-officio e sua Regulamentação nas Ordenações Afonsinas. Revista Jurídica Virtual - Brasília, vol. 4, n. 37 (2002).

Cunha, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense. 2016.

Hespanha, António Manuel. Direito comum e direito colonial. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 3 (2006).

Hespanha, António Manuel. A Ordem do Mundo e o Saber dos Juristas. Imaginários do Antigo Direito Europeu: As categorias do político e do jurídico na época moderna. Kindle. 2017.

Mirabete, Julio Fabbrini. Processo Penal. Atlas. 14ª Ed. 2003.

Souza, Joaquim José Caetano Pereira e. Primeiras Linhas Sobre o Processo Civil, tomo II. Rio de Janeiro: Typographia. 1879.

Tosta, Jorge. Do Reexame Necessário no Direito Processual Civil. Dissertação de Mestrado, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2001

Tucci, José Rogério Cruz e, Luiz Carlos de Azevedo. Lições de História do Processo Civil Lusitano. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2009.

Para Citar este Artigo:

Limão, Sara Kelly. A remessa necessária à luz das ordenações do Reino de Portugal e da legislação Imperial Brasileira. Rev. Incl. Vol. 5. Num. 4, Outubro-Diciembre (2018), ISSN 0719-4706, pp. 108-116.

CUADERNOS DE SOFÍA EDITORIAL

Las opiniones, análisis y conclusiones del autor son de su responsabilidad y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Inclusiones**.

La reproducción parcial y/o total de este artículo debe hacerse con permiso de **Revista Inclusiones**.