

SEM REVISÃO

A previsão constitucional de acesso coletivo à ordem jurídica justa e o reexame necessário em ação civil pública

Larissa Crescini Albernaz

Promotor de Justiça – SP

SUMÁRIO: 1. Apresentação do tema. 2. Os direitos metaindividuais e suas características. 2.1. Interesses ou direitos difusos. 2.2. Interesses ou direitos coletivos. 2.3. Interesses ou direitos individuais homogêneos. 3. A previsão constitucional de acesso à tutela jurisdicional coletiva. 4. A evolução do conceito de acesso à Justiça. 5. Instrumentos processuais de índole coletiva; 6. A impossibilidade de utilização incondicional de institutos do processo civil tradicional na jurisdição coletiva. 7. O duplo grau de jurisdição e a tempestividade da prestação jurisdicional. 8. Natureza jurídica do reexame necessário. 9. Implicações da aplicação da figura do reexame necessário à jurisdição coletiva. 10. Razões justificativas do reexame necessário. 11. Conclusões.

1 – Apresentação do tema

A efetiva proteção dos direitos metaindividuais, mais do que o reconhecimento desses direitos, é um dos grandes desafios da comunidade jurídica no tema dos direitos do homem, relacionando-se com a necessidade de se garantir o acesso a uma ordem jurídica justa, tempestiva e eficaz.

Em busca dessa satisfação, implementou-se o processo coletivo, com várias peculiaridades, com a ressalva, porém, de que a ele se aplicam dispositivos referentes às lides individuais, desde que não sejam com ele incompatíveis.

Sob essa ótica, este trabalho tem por escopo verificar o cabimento ou não do reexame necessário, tal como previsto no art. 475, I, do Código de Processo Civil, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 10.352/01, às ações civis públicas.

Para a solução da questão, confrontaremos os fundamentos da previsão de reexame necessário no processo civil tradicional com as regras aplicáveis à tutela jurisdicional coletiva, sem perder de vista, como não poderia deixar de ser, os mandamentos correspondentes aos princípios constitucionais que norteiam o processo civil coletivo.

Obs.: Notas explicativas no final do artigo.

2 – Os direitos metaindividuais e suas características

Um interesse ou direito é metaindividual quando, além de ultrapassar o círculo individual, corresponde aos anseios de todo um segmento ou categoria social. São “direitos que transcendem o próprio indivíduo, que o deparam”.⁽¹⁾

“Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas, porém, o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais, reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas, mais que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que seu acesso individual à justiça seja substituído por um processo coletivo, apto a evitar decisões contraditórias e ainda mais eficiente, porque é exercido de uma só vez, em proveito de todo o grupo”.⁽²⁾

Os interesses ou direitos metaindividuais enquadram-se em três modalidades: difusos, coletivos e individuais homogêneos.

2.1 – Interesses ou direitos difusos

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único, I, define os interesses ou direitos difusos como aqueles interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Portanto, constituem interesses difusos aqueles cujos titulares não são previamente determinados, pois se agregam ocasionalmente em virtude de certas contingências fáticas. Além disso, esses interesses são indivisíveis por não admitirem o estabelecimento de cotas certas, atribuíveis a cada indivíduo ou a um grupo de indivíduos. Desta maneira, a comunhão de direitos é tal que a satisfação de um implica na satisfação de todos e a lesão de um está intimamente ligada à lesão da coletividade.⁽³⁾

E José Marcelo Menezes Vigliar, didaticamente, explica serem os interesses difusos:

“um conjunto de interesses individuais (à medida que afetam a cada um dos interessados), onde cada um dos elementos do grupo indeterminado de pessoas possui o seu interesse, mas há pontos comuns entre esses interesses. Ainda que não se possa afirmar que a intensidade do interesse de cada indivíduo que integra esse grupo não determinado seja a mesma, fruto da inexistência de vínculo jurídico, ou mesmo um vínculo fático bem determinado a uni-los, não se pode ignorar que tais interesses, em alguns pontos, coincidem. A coincidência é tal que somente se analisa o interesse como um todo, porque impossível se apresenta a divisão. A lei, contudo, não se preocupa com as intensidades variantes. Para a defesa desses interesses, pouco importa a intensidade que cada um dos interessados possa manifestar em relação ao todo, que é o próprio

interesse considerado. O legislador faz presumir a necessidade de defesa e remove os óbices criados, altera a sistemática da legitimação, altera os limites subjetivos da coisa julgada e é o quanto basta... ”.⁽⁴⁾

2.2 – Interesses ou direitos coletivos

São classificados como coletivos os interesses que compreendem uma categoria determinada, ou pelo menos determinável de pessoas, dizendo respeito a um grupo, classe ou categoria de indivíduos ligados pela mesma relação jurídica.

Do mesmo modo que os difusos, os interesses coletivos têm natureza indivisível, porque não podem ser partilhados individualmente entre os seus titulares. Atendido o interesse de um, satisfaz-se o de todos indiscriminadamente. Diferenciam-se dos interesses difusos, à medida que seus titulares são determinados ou determináveis exatamente por estarem vinculados não por um liame meramente fático, ocasional, mas por uma relação jurídica preexistente.

“O traço distintivo básico do interesse coletivo é a ‘organização’, posto que, sem esta, os interesses não podem se aglutinar em forma coesa e eficaz no seio de um grupo determinado. Mas essa organização não pode aparecer com extremos de rigor, sob pena de sufocar interesses potencialmente coletivos, ainda emergentes, incipientes. Com isso, perder-se-ia um segmento do fenômeno coletivo, quicá o filão mais rico, porque mais espontâneo. Exige-se também para configuração do interesse coletivo a existência de um vínculo jurídico básico, congregando em forma homogênea os que integram o grupo, a classe ou a categoria. São os interesses ligados a Sindicatos, Ordens, Associações, Famílias, Partidos Políticos etc.”⁽⁵⁾

2.3 – Interesses ou direitos individuais homogêneos

São aqueles direitos ou interesses individuais cujos titulares são perfeitamente identificáveis e cujo objeto é divisível e cindível, mas que possuem origem comum.

O traço marcante que possibilita a caracterização de um direito ou interesse individual como homogêneo é a natureza comum, similar, semelhante entre os interesses de cada um dos vários titulares. Apesar de vir prevista no Código de Defesa do Consumidor, esta última espécie não se restringe às hipóteses envolvendo relações de consumo. Embora não sendo regra, a defesa do meio ambiente pode compreender hipótese em que a tutela corresponda a interesses individuais homogêneos, se considerarmos que um fato danoso pode ensejar pretensões incluindo reparações de danos individuais.

Ora, José Carlos Barbosa Moreira, citado na obra de José Marcelo Menezes Vigliar, explica que os interesses indivisíveis (difusos e coletivos em

sentido estrito) originam conflitos essencialmente coletivos. Mas, ao lado desses conflitos essencialmente coletivos, há aqueles que originam conflitos ou litígios acidentalmente coletivos, porque nada impede que cada qual busque exatamente a sua fração de prejuízo considerada a origem comum, ou seja, a solução é perfeitamente cindível, nada tem de unitária, ao contrário do que se dá na outra espécie, donde não se conceberia que alguém pudesse ter interesse, por exemplo, numa fração da paisagem. Isso não faria absolutamente sentido; o interesse de cada um refere-se ao todo.

Não se pode, porém, perder de vista que a distinção entre os interesses metaindividuais defendidos depende da correta fixação do objeto litigioso do processo, do pedido formulado no caso concreto.

3 – A previsão constitucional de acesso à tutela jurisdicional coletiva

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura uma série de direitos que possuem a característica metaindividual.

A evolução decorrente da previsão, no plano substantivo, desses direitos, trouxe a necessidade de garanti-los no plano processual, com o alargamento, facilitação e melhoria do acesso à justiça.

De fato, constatou-se que para o alargamento do acesso à justiça, é indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente, sendo imprescindível, para tanto, a busca da igualdade substancial das partes em litígio, o que significa proporcionar aos iguais, tratamento igual, e aos desiguais tratamento desigual.

Por isso, o constituinte de 1988 voltou sua atenção para a necessidade de expandir o princípio constitucional do direito de ação aos direitos coletivos *lato sensu*.

De fato, a Constituição Federal de 1946, em seu art. 141, § 4º mencionava: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Esse dispositivo legal foi repetido pelo art. 150, § 4º da Constituição de 1967 (renumerado pela Emenda Constitucional de 1969 para art. 153, § 4º).

A Carta Magna promulgada em 1988, por sua vez, não mais faz menção a direito individual, possibilitando a ampliação do acesso à justiça e evidenciando sua preocupação em melhorá-lo.

4 – A evolução histórica do conceito de acesso à justiça

A evolução do direito processual civil, passando pelas fases sincretista, autonomista e instrumentalista, adicionada às mudanças históricas pelas quais passa o Estado e pela busca da superação da crise do acesso à Justiça não poderia deixar de influir na maneira como se realiza a função jurisdicional do Estado.

A jurisdição, como meio de consecução de uma das funções estatais, tem de ser adaptada às necessidades da sociedade contemporânea.

O enfoque de seus escopos jurídicos, sociais e políticos tem de se ajustar à busca da sedimentação do acesso à Justiça.

Assim, o escopo de atuação da vontade concreta do direito precisa ser dimensionado de modo a permitir a sua conciliação com o ideal de acesso à ordem jurídica justa, em busca do bem comum e da pacificação social.

À medida que o processo se destina à realização dos valores do Estado, da sociedade e do indivíduo, a aplicação do direito ao caso concreto deve ser feita com a consciência de que é imperativa a aplicação das leis de forma consentânea com os valores expressos na Constituição da República, a fim de que o processo instaurado possibilite àquele que tem razão, a obtenção do bem da vida a que tem direito.

Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de provocar o exercício da jurisdição em busca da obtenção de um provimento jurisdicional do Estado, mas este provimento tem de ser apto a viabilizar o direito material invocado em juízo por meio de uma tutela adequada.

Ora, a tutela adequada apta a realizar a pacificação social é a que proporciona a efetividade e a eficácia necessárias a amparar a situação de conflito existente, cuja solução é dever do Estado.

O Estado está obrigado a prestar a tutela jurisdicional e a efetivar a pacificação social, conseqüentemente, tem o dever correlato de prestar ao jurisdicionado tutela efetiva, tempestiva e adequada a todas as situações de conflito de interesses que surgem nas mais variadas situações concretas.

Não bastasse o princípio econômico, que informa todo o processo civil, determinar que se deva obter o máximo do processo com o mínimo dispêndio de tempo e de atividade consentânea com a satisfação da garantia das partes e das regras procedimentais que regem o processo civil,⁽⁶⁾ o art. 5º, XXXV da Constituição Federal garante também o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, pois a morosidade processual estrangula os direitos fundamentais do cidadão e significa a própria negação do princípio.

Como diagnosticou Cappelletti, a justiça, mundialmente, é lenta e capaz de gerar situações dramáticas.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, pois, está intimamente ligado à necessidade de proclamação de uma sentença de mérito em prazo razoável:

“Como adverte Nicolò Trocker em seu importante *Processo Civile e Costituzione*, uma justiça realizada com atraso é sobretudo um grave mal social;

provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência e acentua a discriminação entre os que podem esperar e aqueles que, esperando, tudo podem perder. Um processo que se desenrola por longo tempo – nas palavras de Trocker – torna-se um cômodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos do mais forte, para ditar ao adversário as condições de sua rendição. Se o tempo do processo prejudica o autor que tem razão, tal prejuízo aumenta de tamanho na proporção da necessidade do demandante, o que confirma o que já dizia Carnelutti há muito, isto é, que a duração do processo agrava progressivamente o peso sobre as costas da parte mais fraca”.⁽⁷⁾

A realização da prestação jurisdicional adequada em tempo aceitável depende, dentre outros, da nomeação de um número razoável de juízes preparados para o exercício das relevantes funções que desempenharão e da simplificação do processo, para que não contenha formalismos inúteis, múltiplas questões incidentes e número excessivo de recursos.

5 – Instrumentos processuais de índole coletiva

De nada adiantaria, porém, a previsão de acesso constitucional à jurisdição coletiva, sem que os indivíduos fossem armados de mecanismos para reivindicação de direitos ou interesses metaindividuais.

Para a satisfação desses direitos de terceira geração, nosso ordenamento jurídico prevê instrumentos processuais de índole coletiva, tais como a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, a argüição de inconstitucionalidade, as ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor, o mandado de injunção em modo coletivo.⁽⁸⁾

Nesses instrumentos, a alteração da sistemática de legitimidade de agir e a ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada, principalmente, é que proporcionaram a tutela jurisdicional coletiva, embora tenham vindo acompanhadas de outras adaptações que ensejaram o acesso à justiça para os conflitos coletivos.⁽⁹⁾

Dentre esses instrumentos, a ação civil pública é aquela adequada a reprimir ou a impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor estético, histórico, turístico, paisagístico ou a qualquer outro interesse metaindividual.

Com efeito, o que se tutela por meio da ação civil pública são os interesses transindividuais, marcados pela indivisibilidade, ou ainda aqueles marcados pela divisibilidade (individuais homogêneos), mas que não deixam de ser transindividuais por possuírem origem comum.

O objeto da ação civil pública, identificado como o pedido formulado, é a postulação genérica em juízo de um provimento jurisdicional que solucione um conflito de interesses transindividuais.

6 – A impossibilidade de utilização incondicional de institutos do processo civil tradicional na jurisdição coletiva

A partir das transformações pelas quais passou a sociedade contemporânea, trazendo não apenas desenvolvimento, mas também “a explosão demográfica, as grandes concentrações urbanas, a produção e o consumo de massa, as multinacionais, os parques industriais, os grandes conglomerados financeiros e todos os problemas e convulsões inerentes a esses fenômenos sociais”⁽¹⁰⁾ foram desenvolvidos os conceitos de direitos metaindividuais que acabaram por nos levar à implantação de um processo civil coletivo, a fim de poder garantir e servir como instrumento de defesa desses direitos coletivos.

Como ensina Luiz Guilherme Marinoni, a “doutrina processual moderna vive o momento da redescoberta dos laços do direito processual com o direito material”.⁽¹¹⁾

E esta redescoberta, principalmente no campo de atuação dos direitos metaindividuais, torna obrigatória uma revisão ampla de conceitos processuais tradicionais, a fim de adequá-los ao novo sistema.

Nosso ordenamento jurídico dispõe de um sistema adequado à satisfação da tutela jurisdicional coletiva, o qual é integrado, basicamente, pela Lei nº 7.347/85 e pelo Código de Defesa do Consumidor.

“(…) O sistema do processo coletivo é formado, do ponto de vista infraconstitucional, pela Lei da Ação Civil Pública somada ao sistema processual do Código do Consumidor. Essas duas lides interagem entre si – uma remetendo a outra nos aspectos processuais – para formar o que podemos chamar de base fundamental do processo civil coletivo no Brasil. Lógico que acima delas há a Constituição Federal, que também traz inúmeros dispositivos de natureza processual dando a tônica do sistema do processo coletivo no direito brasileiro”.⁽¹²⁾

O artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor manda aplicar às ações ajuizadas com base no Código as normas da LACP e do CPC, por outro lado, pelo artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública são aplicáveis às ações nela fundadas as disposições processuais que estão no Código de Defesa do Consumidor.

Para garantir a efetividade dos direitos materiais tutelados, em nenhum momento se pode perder de vista que o sistema do processo civil tradicional e de leis específicas não poderá ser aplicado às lides coletivas, quando for com elas incompatível, pois, nesses casos, haveria verdadeira negação do acesso à justiça.

“(…) os institutos ortodoxos do processo civil não podem ser aplicados aos direitos transindividuais, porquanto o processo civil foi idealizado como ciência em meados do século passado, notavelmente influenciado pelos prin-

cípios liberais do individualismo que caracterizaram as grandes codificações do século XIX...”⁽¹³⁾

Como citou Adroaldo Furtado Fabrício, ao estudar as necessidades do processo civil em face das novas exigências da sociedade contemporânea:

“Quando o agigantamento do usuário faz romper o tecido e rebentar as costuras, já não é o caso para remendos ou ajustes: a roupa toda tem de ser substituída”.⁽¹⁴⁾

7 – O duplo grau de jurisdição e a tempestividade da prestação jurisdicional

A previsão do duplo grau de jurisdição, exigência do *due process of law*, vem sendo questionada pelos estudiosos dos fatores que contribuem para a crise do acesso à Justiça, à medida que influi diretamente na morosidade do Poder Judiciário, especialmente no que toca aos recursos dotados de efeito suspensivo.

Na jurisdição coletiva, utilizada para a satisfação de conflitos envolvendo grande número de interessados, todos os esforços a fim de superar os prejuízos causados pela morosidade da prestação jurisdicional devem ser desenvolvidos.

Como a jurisdição coletiva não possui sistema recursal próprio, são utilizados os meios de impugnação do Código de Processo Civil, com a ressalva de que os recursos, a teor do disposto no art. 14 da Lei nº 7.347/85, têm efeito somente devolutivo, podendo o juiz conferir-lhes efeito suspensivo para evitar dano à parte.

8 – Natureza jurídica do reexame necessário

O instituto do reexame necessário não é recurso, nem possui a natureza de recurso, como reconhece a doutrina majoritária:

“Essa medida não tem natureza jurídica de recurso. Faltam-lhe a voluntariedade, a tipicidade, a dialeticidade, o interesse em recorrer, a legitimidade, a tempestividade e o preparo, características e pressupostos de admissibilidade dos recursos”.⁽¹⁵⁾

Para Nelson Nery Júnior, é condição de eficácia da sentença.⁽¹⁶⁾ Outros doutrinadores a entenderam de forma diversa. Pontes de Miranda, como anotado por Buzaid, desenvolveu a teoria do impulso processual pela qual a apelação *ex officio* se interpõe por simples declaração de vontade em exercício de impulso processual.

Por seu turno, Frederico Marques a enquadrou como um quase-recurso e Eliezer Rosa como uma ordem de devolução imposta pela lei, que transfe-

re à instância superior o conhecimento integral da causa. Tomás Pará Filho, como ato complexo.

Para Buzaid, “(...) a apelação necessária não é recurso nem mera providência, ditada por motivo de ordem pública. Os elementos que a definem são a) ordem de devolução à instância superior. Quando o juiz insere a declaração de que apela de ofício, não exprime uma manifestação de sua vontade, mas da vontade da lei. Não o faz, porque lhe apraz, antes porque é um dever funcional. Nem pode fazer quando quer, mas só quando a lei lho permite. A ordem de devolução, como emana obrigatoriamente da lei, não de um ato espontâneo de sua vontade, pode ser realizada, ainda que contra, ou com oposição do magistrado. B) a instância superior conhece da causa integralmente. Realmente, devolve-se a ela o conhecimento integral de todas as questões suscitadas e discutidas no processo (...) de forma que o Tribunal pode manter ou reformar a decisão. Nem as partes arrazoam, nem o juiz formula pedido de nova decisão. Porém, o Tribunal reexamina a causa em sua integridade. Se faltar a declaração de devolução na sentença, o Tribunal avoca os autos. Não está sujeita a ordem de devolução a prazo para remessa. E a sentença não será exequível, enquanto não for confirmada pelo Tribunal. Decorre daí, portanto, que o característico da apelação de ofício é a ordem de devolução, imposta pela lei, que transfere à instância superior o conhecimento integral da causa.”⁽¹⁷⁾

Fica anotado, pois, o caráter excepcional do reexame obrigatório, que depende de previsão legal expressa para ser aplicado.

9 – Implicações da aplicação da figura do reexame necessário à jurisdição coletiva

Prevê o artigo 475 do Código de Processo Civil sujeitar-se ao duplo grau de jurisdição a sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundação e de direito público e a sentença que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

De acordo com os objetos tutelados em ação civil pública, somente o disposto no inciso I do artigo 475 poderia ter aplicação na jurisdição coletiva.

De fato, aos entes mencionados no inciso I do artigo 475 do CPC foi conferida legitimidade para a propositura de ações civis públicas. Todavia, frequentemente, o Poder Público tem ocupado o pólo passivo destas ações, por atividades ou omissões lesivas a direitos metaindividuais.

Por isso, a aplicação incondicional do reexame necessário previsto no artigo 475, I, do Código de Processo Civil às ações civis públicas nos levaria a

aplicá-lo a qualquer decisão que extinga a ação civil pública, desde que seja contrária à Fazenda Pública.

Assim, além das sentenças que extinguem o feito sem julgamento do mérito, ficariam sujeitas ao reexame obrigatório tanto as decisões de improcedência de ação civil pública proposta pelo Poder Público, quanto aquelas de procedência da ação proposta por qualquer outro co-legitimado contra o Poder Público.

Tal situação, além de assoberbar a segunda instância, com certeza prejudicaria a tempestividade da prestação jurisdicional, abrangida pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

É imperativo, pois, verificar, de acordo com o princípio da proporcionalidade, se existe algum fator que justifique a aplicação do instituto à jurisdição coletiva.

Faz-se necessário iniciar nossas buscas pelos fundamentos legais que justificam a previsão legal de reexame necessário das sentenças proferidas pelo Poder Público.

10 – Razões justificativas do reexame necessário no processo civil tradicional

Alfredo Buzaid, um dos poucos juristas a se debruçar sobre o tema do reexame necessário, lembra-nos que se trata de figura que não possui similar no direito comparado,⁽¹⁸⁾ tendo sido criada pelo direito processual penal lusitano, possuindo origem no direito medieval, mais especificamente no processo penal canônico e no direito romano, que foram transportados para o sistema português.

A previsão do instituto, conhecido como apelação *ex officio*, residia na tentativa de controlar a imensa gama de poderes de que estava investido o magistrado daquela época, ao qual, segundo procedimento penal inquisitivo então vigente, facultava-se a iniciativa de instauração de processos. Por isso, se o magistrado exercia simultaneamente o papel de acusador e julgador, havia perigo de que agisse com parcialidade e gerasse injustiças:

“A razão de ser do aparecimento do recurso de ofício em Portugal repousa em elevada precaução ética: sendo um só o iniciador e o juiz do processo, a lei submetia-lhe a conclusão final ao reexame de outro julgador, cujos raciocínio e serenidade não estivessem expostos ao risco de ficarem toldados pela eventual paixão de quem julgara na qualidade de acusador, ou acusara no pressuposto de, ao final, proferir sentença”.⁽¹⁹⁾

A apelação *ex officio* era oponível tanto a delitos cuja apuração era feita mediante procedimento *ex officio*, quanto a delitos cuja punição dependia de

queixa do interessado, desde que o delito fosse público. As conseqüências para o julgador que deixasse de cumprir tal dever eram graves, pois incluíam, além do pagamento de multa, a própria perda do ofício.⁽²⁰⁾

Buzaid alertou que:

“(…) Nunca se estendeu essa figura ao processo civil, cuja estrutura foi elaborada sob inspiração do princípio dispositivo. Neste o direito de apelar cabe ao vencido, ou ao condenado, não o podendo exercer o vencedor, porque foi quem ditou a sentença.(…) Dessa forma, portanto, o direito lusitano não conheceu a figura da apelação *ex officio* como instituto do processo civil, mas sim e exclusivamente do processo penal.”⁽²¹⁾

No Brasil, o reexame obrigatório é aplicado no processo civil desde 1831, mas não encontra fundamentação nos motivos que inspiraram o legislador da antigüidade a instituí-lo.

A manutenção do instituto foi bastante criticada por Alfredo Buzaid, para quem “o argumento de que os representantes do poder público podem agir com incúria não revela um defeito da função mas do órgão, cuja inexecução no cumprimento do dever merece ser punida pelos meios regulares de direito e não por transferência ao Judiciário do controle de seu comportamento irregular”, diagnosticando que “a missão do Judiciário é declarar relações jurídicas e não suprir as deficiências dos representantes da Fazenda ou do Ministério Público”.⁽²²⁾

A doutrina simpática à aplicação do reexame necessário tende a justificá-lo argumentando que a remessa obrigatória à segunda instância visa a assegurar especial proteção a assuntos de relevante interesse social.

“(…) a extensão da medida resultou do desejo de preservar certas relações jurídicas dos riscos a que poderiam estar expostas, outros que não os ditados pelo eventual abuso ou mau uso do poder em sede criminal. E mais ainda: o cuidado abrangia os encarregados de agirem em nome da Fazenda Pública, ou de pessoas cujos interesses a lei visa a tutelar”.⁽²³⁾

Por razões semelhantes, parte da doutrina entende que o reexame necessário não afronta o princípio da isonomia:

“Isso significa que o Estado é um ente profundamente diferente do particular. Quando a Fazenda Pública comparece em juízo, na verdade, não se está em face de iguais. Se a sua submissão perante a norma substantiva é idêntica à do particular – apanágio do Estado de Direito – na órbita processual, meio ambiente para viabilizar a pretensão principal, as desigualdades objetivas terão de ser, contudo, refletidas. Quando o Estado comparece a juízo ele não é apenas um autor, um réu, um assistente, um oponente, um litisconsorte;

enfim, ele não é tão apenas isso. Ele está comparecendo em juízo levando consigo toda uma carga de interesse público, toda uma carga de interesse coletivo, que é a própria razão de ser da sua existência...”.⁽²⁴⁾

Ocorre que pronunciamentos como os acima citados não distinguem o interesse público primário do secundário.

Na jurisdição coletiva, por exemplo, quando o Poder Público figura como réu em ações civis públicas, ele não está ali figurando em nome de toda a coletividade, mas sim, comumente, defendendo o interesse da Administração Pública como mera pessoa jurídica. A se admitir o reexame necessário nessas hipóteses, as conseqüências seriam danosas:

“A se aceitar a transposição das regras individualistas ao processo coletivo, poderíamos verificar (e assim temos visto constantemente) o absurdo de uma ação civil pública ambiental julgada procedente e sem que tenha havido recurso voluntário dos entes federados quando estejam no pólo passivo da mesma, subir ao tribunal de instância superior para reexame necessário, obstando, assim, a execução imediata do julgado, e prejudicando de forma inaceitável os direitos de toda a coletividade, consubstanciados na recuperação do equilíbrio ecológico maculado em face da conduta degradadora apurada”.⁽²⁵⁾

Assim sendo, tampouco a invocação do princípio da isonomia como forma de justificar a tentativa de se igualar partes desiguais seria razoável, pois, segundo a lição de Walter Borges Carneiro, lastreado na doutrina de Anacleto de Oliveira Faria, a previsão em tela configura inegável privilégio que afronta o princípio da isonomia e que é oriundo de fases não democráticas da vida política do País, em que os detentores do poder julgavam necessário o fortalecimento e o predomínio do Estado em relação aos indivíduos.⁽²⁶⁾

Portanto, o reexame necessário nos moldes previstos no artigo 475, I, do CPC, não pode ser aplicado à ação civil pública, sob pena de significar a manutenção de um privilégio indevido do interesse público secundário em detrimento do primário, com prejuízo à garantia de acesso à justa tutela jurisdicional.

A única hipótese, excepcional, sujeita a interpretação restritiva, de aplicação do reexame obrigatório é aquela expressamente prevista na lei federal que regula a ação civil pública em defesa das pessoas portadoras de deficiência.

Com efeito, o art. 4º, § 1º da Lei nº 7.853/89, prevê o duplo grau de jurisdição obrigatório na jurisdição coletiva em favor das pessoas portadoras de deficiência para as hipóteses de sentenças que concluírem pela carência ou pela improcedência da ação proposta para defesa de seus direitos metaindividuais indisponíveis.

Trata-se de previsão legal expressa, diversa daquela prevista no artigo 475, I, do CPC, e que se coaduna com os fins perseguidos pelo Estado Democrático de Direito e pela jurisdição coletiva.

Portanto, quando a lei determina a aplicação do instituto do reexame necessário à jurisdição coletiva, ela o faz expressamente e para defesa do interesse público primário, da coletividade, no caso, das pessoas portadoras de deficiência.

Só neste caso expresso é que a previsão do reexame necessário não ofende a Constituição Federal.

Caso contrário, se aplicado em defesa dos interesses da Administração Pública como pessoa jurídica, haverá inequívoca afronta ao princípio constitucional estatuído no art. 5º, XXXV da Constituição Federal e também ao princípio constitucional da isonomia.

O recurso voluntário é a providência que melhor garante ao Ministério Público, aos vencidos e aos terceiros prejudicados o acesso ao duplo grau de jurisdição e a adequada proteção dos interesses em conflito em cada caso concreto.

Para os casos de ofensa a interesses públicos secundários, a Fazenda Pública dispõe de um corpo de funcionários aptos e qualificados, já acostumados à interposição de recursos ante a existência de prejuízo aos interesses da Administração.

11 – Conclusão

A complexidade da sociedade moderna e das relações sociais decorrentes da economia de massa gerou incremento dos conflitos sociais de um grande número de pessoas e determinou que a função jurisdicional se ajustasse aos novos e desafiadores aspectos de uma sociedade industrial, dinâmica e pluralista.

Perante o fenômeno da massificação, reconheceu-se que o indivíduo era inábil para proteger a si próprio, razão pela qual se desenvolveram os conceitos de direitos metaindividuais que acabaram por levar à implantação de um processo civil coletivo, dotado de instrumentos aptos a garantir a defesa desses direitos, dentre os quais a ação civil pública.

A implantação do processo coletivo veio ao encontro da evolução do conceito de acesso à Justiça, com a conscientização de que a jurisdição, como meio de consecução de uma das funções estatais, deveria adequar-se às necessidades da sociedade contemporânea.

Na atualidade, o acesso à Justiça não se resume à mera admissão ao processo, à faculdade de ingresso em juízo, mas é garantia de acesso a uma

justiça imparcial, que se ajuste às necessidades sociais, possibilitando a participação efetiva e substancialmente igualitária das partes no processo, permitindo a satisfação do direito material tutelado.

Abrange a tutela jurisdicional adequada, de forma que ação civil pública, como mecanismo voltado à satisfação de pretensões coletivas, não pode ser enfocada sob o ponto de vista do processo civil individual, o que significaria a própria negação do direito de acesso coletivo à Justiça.

O art. 5º, XXXV da Constituição Federal garante não só o direito de acesso coletivo à Justiça, mas também o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, pois a morosidade processual estrangula os direitos fundamentais do cidadão e significa a própria negação do princípio.

A aplicação do instituto do reexame necessário à jurisdição coletiva sem maiores questionamentos levaria à morosidade da prestação jurisdicional, uma vez que, sempre que o Poder Público, como réu ou autor de ação civil pública, tivesse pronunciamento jurisdicional final desfavorável contra si, teríamos de remeter o feito à segunda instância.

Tal situação afrontaria a tempestividade da prestação jurisdicional e só se justificaria, se, de acordo com o princípio da proporcionalidade, algum outro ditame constitucional determinasse sua aplicação, o que não encontramos no princípio da isonomia, nem na previsão constitucional de duplo grau de jurisdição, que é fartamente garantida pela interposição dos recursos voluntários.

Com efeito, a aplicação da figura do reexame necessário no processo civil brasileiro sustenta-se tão-somente na necessidade de se defender interesses públicos, de especial relevância social.

Nem sempre, porém, os interesses que o Poder Público estará defendendo em juízo se enquadrarão na categoria de interesses públicos primários, mas sim, e não raro, poderão coincidir exclusivamente com a defesa de interesses secundários, da Administração.

Esses últimos não podem desfavorecer a tempestividade da prestação jurisdicional coletiva, a qual tutela interesses metaindividuais.

Portanto, os objetivos e as peculiaridades da jurisdição coletiva não permitem a aplicação do instituto do reexame necessário, tal como previsto no artigo 475, I, do CPC.

A única hipótese, sujeita a interpretação restritiva, de aplicação do reexame obrigatório à jurisdição coletiva é aquela expressamente prevista no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 7.853/89, lei federal que regula a ação civil pública em defesa das pessoas portadoras de deficiência, justamente por se tratar de medi-

da excepcional destinada não à proteção da Fazenda Pública, mas dos interesses metaindividuais das pessoas portadoras de deficiência.

Fora dessa hipótese, a aplicação do instituto do reexame necessário fere o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e o da isonomia.

BIBLIOGRAFIA

Akaoui, Fernando Reverendo Vidal. “Aspectos polêmicos da ação civil pública ambiental”. In: “Anais do 5º Congresso Internacional de Direito Ambiental”. Coord/editores. Antônio Herman Benjamin e José Carlos Meloni Sícolo, São Paulo, 2001.

Benjamin, Antônio Herman de Vasconcellos. “A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico – apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”. In: “Ação civil pública” (Lei nº 7.347/85 – Reminiscências após dez anos de aplicação). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____, **Grinover**, Ada Pellegrini; **Fink**, Daniel Roberto; **Watanabe**, Kazuo *et al.* “Código brasileiro de defesa do consumidor”. 4ª ed, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

Buzaid, Alfredo. Da apelação *ex officio* no sistema do “Código de Processo Civil”. São Paulo: Saraiva, 1951.

Cappelletti, Mauro e **Garth**, Bryant. “Acesso à Justiça”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

Carneiro, Walter Borges. “Privilégios fazendários: distorções do sentido da lei”. Revista Brasileira de Direito Processual nº 25, págs. 109-116, 1º bim, 1981.

_____. “Duplo grau de jurisdição obrigatório – alguns aspectos”. Revista Brasileira de Direito Processual nº 20, págs. 133-138, 4º trim, 1979.

Ferraz, Sérgio. “Privilégios processuais da Fazenda Pública e princípio da isonomia”. Revista de Direito Público nº 53-54, págs. 38-43, janeiro/junho-1980.

Gidi, Antonio. “Coisa julgada e litispendência em ações coletivas”. São Paulo: Saraiva, 1995.

Koshiba, Maria Eliza Gualda Rúpolo. “Remessa *ex officio*”. Revista de Processo nº 73, págs. 169-181, janeiro/março-1994.

Laspro, Oreste Nestor de Souza. “Duplo grau de jurisdição no direito processual civil”. Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Mancuso, Rodolfo de Camargo. “Ação civil pública em defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural e dos Consumidores”. 7ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. “Ação popular – proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente”. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. “Interesses difusos – conceito e legitimação para agir”. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

Marinoni, Luiz Guilherme. “Novas linhas do processo civil”. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

Mazzilli, Hugo Nigro. “A defesa dos interesses difusos em juízo”. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Milaré, Édis. “A ação civil pública na nova ordem constitucional”. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

Aragão, Egas Dirceu Moniz de. “Revisão *ex officio* de sentenças contrárias à Fazenda Pública”. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nº 43, págs. 5-14, 1977.

Nery Júnior, Nelson. “Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos”. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. “Princípios do processo civil na Constituição Federal”. 6ª ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

_____. “A defesa do patrimônio público em juízo”. In: “Direito Processual Público – A Fazenda Pública em juízo”. Coords. Carlos Ari Sunfeld e Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. E **Nery**, Rosa Maria Andrade. “Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor”. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Shimura, Sérgio. “Título executivo”. São Paulo: Saraiva, 1997.

Tucci, Rogério Lauria. “Problemas processuais decorrentes da abolição da denominada apelação *ex officio*”. Revista Brasileira de Direito Processual n° 05, págs. 91-102, 1º trim. 1976.

Vigliar, José Marcelo Menezes. “Tutela jurisdicional coletiva”. 2ª ed, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

NOTAS EXPLICATIVAS

- (1) SÉRGIO SHIMURA. “Título Executivo”, pág. 375.
- (2) HUGO NIGRO MAZZILLI. “A defesa dos interesses difusos em juízo”, pág. 41.
- (3) RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO. “Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para agir, citando a doutrina de Barbosa Moreira”, pág. 81 e segs.
- (4) “Tutela Jurisdicional Coletiva”, págs. 69-70.
- (5) SÉRGIO SHIMURA. Ob. cit, pág. 376.
- (6) NELSON NERY JUNIOR. “Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos”, pág. 31.
- (7) LUIZ GUILHERME MARINONI. “Novas linhas...”, pág. 156.
- (8) RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO. “Ação popular”, pág. 29.
- (9) JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR. “Tutela jurisdicional coletiva”, pág. 57.
- (10) ÉDIS MILARÈ. “A Ação civil pública na nova ordem constitucional”, pág. 3.
- (11) “Tutela específica”, pág. 33.
- (12) NELSON NERY JUNIOR. “A defesa do patrimônio público em juízo”, pág. 254.
- (13) NELSON NERY JUNIOR. “Princípios...”, pág. 116.
- (14) “As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz”, DirCon 7/30, *Apud* ANTONIO GIDI, “Coisa julgada e litispendência em ações coletivas”, págs. 57-8.
- (15) NELSON NERY JUNIOR. “Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos”, págs. 54-55, onde desenvolveu as razões de seu posicionamento: “As partes, o interessado, bem como o Ministério Público, para recorrer devem demonstrar a vontade inequívoca de assim proceder, no sentido de pretender a reforma, anulação ou esclarecimento da decisão impugnada. O juiz não pode demonstrar ‘vontade’ em recorrer, já que a lei lhe impõe o dever de remeter os autos à superior instância.

O recurso para ser considerado como tal deve estar expressamente previsto no CPC ou em lei federal extravagante. Como a remessa obrigatória não se encontra descrita no CPC como recurso (como era, erroneamente, tratada no CPC/39, art. 822), falta-lhe a tipicidade, pois os recursos estão enumerados em *numerus clausus*.

Esses são dialéticos, principalmente em atendimento ao princípio da bilateralidade da audiência (ou contraditório, como preferem alguns). Com isto queremos dizer que precisam ser fundamentados, devendo o recorrente mencionar as razões do inconformismo, por escrito, para que o tribunal destinatário possa apreciar o mérito do rejuízo. Da mesma forma, deve ser dada oportunidade ao recorrido para deduzir as razões pelas quais entende deva ser mantida a decisão impugnada, em obediência ao princípio constitucional da bilateralidade da audiência. O juiz, quando remete o julgado em atendimento ao art. 475, CPC, não deduz nenhuma argumentação em contrário à decisão. Isto seria ilógico e paradoxal. Como poderia o prolator da sentença submetida ao duplo grau obrigatório, assinalar as razões de seu ‘inconformismo’ com o dispositivo, contido no próprio decreto judicial? Por faltar dialeticidade, não vemos a remessa obrigatória como recurso.

O pressuposto da sucumbência, significando o interesse em recorrer, também não se encontra presente, de modo que ainda por isto não se está diante de um recurso. O juiz não perde nem ganha nada com a sentença proferida. A lide levada a juízo não lhe diz respeito. Com a decisão, a esfera jurídica do prolator não é atingida. E o magistrado também nada requer no processo. Assim faltar-lhe-ia tanto a sucumbência formal (não atendimento de pedido formulado no processo) como a material (desvantagem prática ou não alcance de tudo o que se poderia obter do processo).

Falta-lhe legitimidade para recorrer, pois o código autoriza somente as pessoas enumeradas no art. 499, no qual não se encontra o magistrado.

Não há prazo previsto na lei para que o juiz remeta a sentença ao tribunal superior, em atenção ao comando contido no art. 475, CPC. Isto pode ser feito a qualquer tempo, pois se não houver a confirmação pelo tribunal, a decisão não produzirá efeitos. No caso de o juiz não providenciar a remessa ao tribunal, ou porque se esqueceu de declarar na sentença, ou porque entendeu não ser caso de remessa quando era, o presidente do tribunal poderá avocar os autos, de ofício ou a requerimento do interessado (art. 475, parágrafo único, CPC).

O prazo é requisito de todo e qualquer recurso, pois visa fixar o termo do trânsito em julgado da decisão recorrida. Os recursos são todos peremptórios, não admitindo dilação por acordo das partes. Não exercido o direito de recorrer no prazo da lei, o ônus com que a parte deverá arcar é o da imediata ocorrência da coisa julgada, relativamente à decisão não impugnada. Como a remessa obrigatória não está sujeita a nenhum termo preclusivo, não pode ser considerada um recurso. O juiz não tem o ônus de remeter, mas o dever. Não há trânsito em julgado sem a confirmação ou reforma da sentença pelo tribunal superior.

Em razão de não se exigir o preparo na remessa obrigatória, verifica-se que, mais outra vez carece de um dos pressupostos de admissibilidade recursal, de sorte a não poder ser conceituada como tal.

A doutrina dominante entende como nós, no sentido de não atribuir à remessa obrigatória a qualidade de recurso. Em nosso sentir esse instituto tem a natureza jurídica de condição de eficácia da sentença”.

- (16) Nota o autor que parecem aderir a esse posicionamento BARBOSA MOREIRA. MENDONÇA LIMA; BORGES; GRINOVER E ARRUDA ALVIM.
- (17) ALFREDO BUZAID. “Da apelação...”, págs. 48-49.
- (18) MONIZ DE ARAGÃO, em artigo intitulado “Revisão *ex officio* de sentenças contrárias à Fazenda Pública”, traz à colação, segundo levantamento de J. Ramiro Podetti, a existência, em leis provinciais argentinas, de previsão legal de revisão de sentenças em que o vencido é revel.
- (19) MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit, pág. 12.
- (20) ALFREDO BUZAID, págs. 25-26.
- (21) *Idem, Ibidem*, pág. 30.
- (22) Exposição de motivos de 8 de janeiro de 1964, nº 34.
- (23) MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit. pág.8.
- (24) SÉRGIO FERRAZ. “Privilégios processuais da Fazenda Pública e princípio da isonomia”, pág. 42.
- (25) FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI. “Aspectos polêmicos da ação civil pública ambiental”, pág. 368.
- (26) WALTER BORGES CARNEIRO. “Duplo grau de jurisdição obrigatório...”, pág. 134.