revista de PROCESSO

ISSN 0100-1981

USO EXCLUSIVO STJ

REPRO 88

ano 22

outubro • dezembro

1997

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
IBDP-INSTITUTO BRASILEIRO
DE DIREITO PROCESSUAL

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

REFORMA DO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E RECLASSIFICAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL*

TEORI ALBINO ZAVASCKI

USO EXCLUSIVO

SUMÁRIO: 1. Introdução: estrutura do Código de Processo Civil de 1973 – 2. Primeira onda de modificações: os novos mecanismos de tutela – 3. Segunda onda de modificações: a reforma do Código de Processo Civil – 4. Conclusão: as novas classificações para os instrumentos e as formas da tutela jurisdicional.

1. Introdução: estrutura do Código de Processo Civil de 1973

O Código de Processo Civil Brasileiro, de 1973, foi estruturado a partir da clássica divisão das espécies de tutela jurisdicional em tutela de conhecimento, tutela de execução e tutela cautelar. Para cada uma dessas espécies, há, no Código, um Livro próprio, disciplinando o respectivo "processo", com suas "ações" e "procedimentos" autônomos. Fez-se sentir, também nesse aspecto, de modo marcadamente acentuado, a doutrina de Enrico Tullio Liebman, que, referindo-se às ações, sustentava que, "no sistema do direito processual, a única classificação legítima e importante é a que se refere à espécie do provimento pedido", sendo que, "sob este ponto de vista, as ações distinguem-se em três categorias: a) as ações de conhecimento; b) as ações executivas; c) as ações cautelares".[1]

Por outro lado, o sistema do Código foi moldado para atender a prestação da tutela jurisdicional para casos de lesões a direitos subjetivos individuais, em demandas promovidas pelo próprio lesado. Assim, como regra, "ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei" (art. 6.º). Não se previu, ali, instrumentos para tutela coletiva desses direitos, salvo mediante a fórmula tradicional do litisconsórcio ativo, ainda assim sujeito, quanto ao número de litisconsortes, a limitações indispensáveis para não comprometer a defesa do réu e a rápida solução do litígio (art. 46, par. ún.). Não se previram, igualmente, instrumentos para tutela de direitos e interesses transindividuais, de titularidade indeterminada, como são os chamados "interesses difusos e coletivos".

Finalmente, um terceiro marco norteador da estrutura do sistema processual civil codificado é o de que a função jurisdicional – e o processo, como seu instru-

(*) Exposição apresentada no Congresso de Derecho Procesal en El Mercosur, promovido pela Facultad de Ciências Jurídicas y Sociales – Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, República Argentina, 09-11 out. 1997.

(1) *Manual de Direito Processual Civil.* Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985. p. 162.

mento – se destina a formular e fazer atuar a regra jurídica incidente em face de um conflito de interesses específico e concretizado. Em outras palavras, o Código parte de pressuposto de que a função jurisdicional "existe por causa de um conflito e para solucioná-lo"[2] e, conseqüentemente, não se previu nele instrumentos para dar solução, em abstrato, a conflitos entre preceitos normativos (mais especificamente, entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais).

Todavia, diversas modificações legislativas supervenientes, ocorridas nos últimos anos, alteraram de modo substancial não apenas o Código de Processo, mas o próprio sistema do processo. Novos instrumentos processuais foram criados e importantes reformas foram aprovadas, a tal ponto que, do exame sistemático do conjunto da legislação processual, impõe-se, hoje, concluir que o processo civil já não se limita à prestação da tutela jurisdicional nas modalidades clássicas ao início referidas, e nem se restringe a solucionar conflitos de interesses individualizados. Atualmente, dispomos, no Brasil, de um sistema processual mais rico e mais sofisticado. É o que procuraremos a seguir deixar demonstrado, numa vista de olhos panorâmica, adequada aos limites desta exposição.

2. Primeira onda de modificações: os novos mecanismos de tutela

Pode-se afirmar que as modificações do sistema processual operaram-se em duas distintas fases, ou "ondas". Uma primeira onda de reformas, iniciada em 1985, foi caracterizada pela introdução, no sistema, de instrumentos até então desconhecidos do direito positivo, destinados a dar curso a demandas de natureza coletiva e a tutelar direitos e interesses transindividuais, ou, ainda, a tutelar, com mais amplitude, a própria ordem jurídica. E a segunda onda reformadora, que se desencadeou a partir de 1994, teve por objetivo não introduzir mecanismos novos, mas aperfeiçoar ou ampliar os já existentes no Código de Processo, de modo a adaptá-lo às exigências dos novos tempos.

São marcos importantes da primeira etapa as diversas leis regulamentadoras das chamadas "ações civis públicas", a começar pela Lei 7.347, de 24.07.1985 (que disciplinou "a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico", e aos direitos e interesses difusos e coletivos de um modo geral), à qual seguiram-se outras, provendo sobre a tutela de interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiências (Lei 7.853, de 24.10.1989), de crianças e adolescentes (Lei 8.069, de 13.07.1990), de consumidores (Lei 8.078, de 11.09.1990), da probidade na administração pública (Lei 8.429, de 02.06.1992) e da ordem econômica (Lei 8.884, de 11.06.1994).

Destinadas a tutelar direitos e interesses transindividuais, isto é, direitos cuja titulação não é determinada, já que pertence a grupos ou classes de pessoas, as ações civis públicas caracterizam-se por ter como legitimados ativos, mediante substituição processual, o Ministério Público, ou pessoas jurídicas de direito público ou, ainda, entidades ou associações que tenham, por finalidade institucional, a defesa e a proteção dos bens e valores ofendidos. Caracterizam-se, também, pelo especial regime da coisa julgada das sentenças nelas proferidas, que têm eficácia *erga omnes*, salvo quando nelas for proferido juízo de improcedência por falta de provas, hipótese em que qualquer dos le-

(2) LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987. v. VIII, t. I, p. 20.

gitimados ativos poderá renovar a ação, à base de novos elementos probatórios.

Destaque especial merece a ação civil pública prevista na Lei 8.429, de 02.06.1992, destinada a tutelar os interesses dos cidadãos em caso de improbidade administrativa dos agentes públicos. Ela tem como legitimados ativos o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito público atingida pelos atos de improbidade. Seu objeto é a aplicação de sanções contra os administradores e terceiros responsáveis pela lesão, consistentes na perda dos bens e valores ilicitamente havidos, ressarcimento integral dos danos que causaram, perda da função pública, pagamento de multa, suspensão de direitos políticos por até dez anos, conforme a gravidade dos fatos, além da proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber incentivos fiscais ou creditícios. Trata-se de demanda de natureza civil, que não prejudica a eventual sanção cabível na esfera criminal.

Além desses instrumentos para tutela de direitos transindividuais, criaram-se, nessa primeira etapa, instrumentos para tutela coletiva de direitos subjetivos individuais. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) trouxe como contribuição expressiva a disciplina específica da tutela de "direitos individuais homogêneos", assim entendidos o conjunto de diversos direitos individuais, cada qual pertencente a pessoa diferente, mas que têm a assemelhá-los uma origem comum. Diferentemente do sistema codificado, que prevê tutela coletiva apenas mediante litisconsórcio ativo, a ação civil coletiva permite a tutela coletiva de tais direitos pela técnica da substituição processual. Legitimam-se como substitutos processuais o Ministério Público, ou pessoas de direito público, ou entidades e associações privadas que tenham por função institucional a defesa dos interesses lesados. A sentença de procedência será condenatória genérica, "fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados" (art. 95). Haverá coisa julgada apenas em caso de procedência, hipótese em que a sentença beneficiará "a vítima e seus sucessores" (art. 103, III). Obtida a condenação, cada um dos atingidos pela lesão (substituídos processuais) poderá promover ação de cumprimento da sentença condenatória, mediante sua liquidação e execução relativamente ao seu direito individual lesado (art. 97).

Marco destacadamente significativo dessa primeira onda reformadora foi a nova Constituição, de 1988. Entre os direitos e garantias individuais e sociais nela arrolados, consagrou-se a legitimação das associações e dos sindicatos de classe para promover, em juízo, a defesa dos direitos e interesses dos respectivos associados e filiados (art. 5.°, XXI, e art. 8.°, III). Previu-se também que o mandado de segurança – ação sumária para tutela de direitos líquidos e certos ameaçados ou violados por ato abusivo ou ilegal de autoridade pública – pode ser impetrado não apenas pelo titular do direito, mas também, em regime de substituição processual, por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, ou por organização sindical, ou por associação ou entidade de classe, em defesa de interesses dos seus membros ou associados. Esse novo instrumento, a exemplo da ação civil coletiva acima referida, potencializou, em elevado grau, o âmbito da eficácia subjetiva das decisões judiciais, nomeadamente as que envolvem apreciação de direitos que tenham sido lesados, de forma semelhante, em relação a grupos maiores de pessoas.

Relativamente à tutela de direitos transindividuais, a nova Constituição ampliou o âmbito de abrangência da ação popular, que pode ser promovida por "qualquer cidadão" e cuja finalidade é "anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico ou cultural, fican-

do o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência" (art. 5.º, inc. LXXIII). Também a ação civil pública mereceu a atenção do legislador constituinte, que a sagrou como ação constitucional para tutela de direitos e interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

De enorme significado para o sistema de tutela jurisdicional foi a opção do constituinte de facilitar o acesso aos intrumentos de controle concentrado de constitucionalidade das leis, ou seja, ao sistema de tutela da ordem jurídica, abstratamente considerada. A Constituição de 1988, além de manter o sistema difuso de controle de constitucionalidade (no Brasil, qualquer juiz, em qualquer processo, pode, mesmo de ofício, deixar de aplicar uma lei que considere inconstitucional), ampliou o rol dos legitimados a promover, perante o STF, a ação direta de inconstitucionalidade, destinada a declarar a nulidade de preceitos normativos que sejam, formal ou materialmente, contrários às normas constitucionais. Legitimam-se a promovê-la não apenas o Procurador-Geral da República, como era no sistema anterior, mas também o Presidente da República, as Mesas das Casas Legislativas, os Governadores dos estados, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e até mesmo as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional (art. 103 da CF).

Com a EC 3, de 17.03.1993, criou-se a ação declaratória de constitucionalidade, que pode ser proposta pelo Presidente da República, pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e pelo Procurador-Geral da República, com a finalidade de obter, do STF, sentença sobre a legitimidade constitucional de preceito normativo contestado seriamente perante os juízes e tribunais inferiores.

Esses instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade (a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade) têm características muito peculiares. Instaurados em relação a norma jurídica abstratamente considerada (isto é, sem levar em consideração uma específica controvérsia ou situação concretamente estabelecida em decorrência da incidência do preceito normativo cuja legitimidade é contestada), são instrumentos processuais marcados pela ausência de partes (são "processos objetivos"). Em contrapartida, propiciam eficácia subjetiva universal às suas sentenças, cuja força vinculante é *erga omnes*, com indiscutível vantagem para a celeridade da prestação da tutela jurisdicional, que, de outra forma, se eternizaria em demandas pulverizadas pelos foros e tribunais do país.

3. Segunda onda de modificações: a reforma do Código de Processo Civil

Uma segunda onda reformadora teve início no ano de 1994. Em nome da efetividade do processo, reclamo mais urgente de uma sociedade com pressa, foram produzidas modificações expressivas no Código de Processo Civil, destacando-se, pela ordem cronológica, a Lei 8.950, de 13.12.1994, que alterou dispositivos referentes a recursos, a Lei 8.951, de 13.12.1994, que tratou dos procedimentos especiais para as ações de consignação em pagamento e de usucapião, a Lei 8.952, de 13.12.1994, que modificou inúmeros dispositivos do processo de conhecimento e do processo cautelar, a Lei 8.953, de 13.12.1994, que alterou dispositivos do processo de execução, a Lei 9.139, de 30.11.1995, que reformulou o recurso de agravo, cabível contra as decisões interlocutórias, e a Lei 9.079, de 14.07.1995, que tratou da ação monitória.

Muitas das modificações produzidas pelas leis acima referidas mereceriam, pela sua importância, ser aqui comentadas. Por

exemplo, a que ampliou o rol dos títulos executivos extrajudiciais: hoje, no Brasil, é possível criar título que dê acesso direto à ação de execução (de obrigação de pagar quantia certa, de obrigação de fazer ou de não fazer e de obrigação de entregar coisa), sem prévia sentença condenatória, entre outras situações, até por simples contrato particular, firmado na presença de duas testemunhas. As limitações de tempo e espaço, todavia, impõem que se faça referência específica à que, em nosso entender, foi a mais importante de todas: a que universalizou o instituto da antecipação da tutela.

Com a redação que lhe deu a Lei 8.952/94, o art. 273 do CPC dispõe que "o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu". A possibilidade de antecipar a tutela aplica-se a qualquer processo, inclusive em se tratando de ação para cumprimento das obrigações de fazer ou de não fazer (art. 461, § 3.º). Nestas, cabe ao juiz promover o cumprimento da obrigação – mesmo quando determinada por medida antecipatória – de forma específica, determinando as providências que para tanto se fizerem necessárias, "tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição da força policial" (art. 461, § 5.º).

A decisão que antecipa efeitos da tutela é espécie de provimento que não se confunde com a antecipação da *sentença*, já que, deferida ou não a medida, o processo prosseguirá normalmente "até final julgamento" (art. 273, § 2.º). Trata-se, isto sim, de provimento que *antecipa efeitos executivos* que poderão decorrer da futura sentença de procedência. Em outras palavras, é provimento que antecipa a *fruição* – ainda que em caráter provisório – do bem da vida que o autor busca obter com a demanda proposta. Também não se confunde a medida antecipatória com as medidas de tutela cautelar: enquanto estas se destinam a *garantir* a futura execução (como ocorre em caso de arresto e de seqüestro), aquela *antecipa* a execução.

Mais que simples alteração tópica deste ou daquele dispositivo legal, a possibilidade de antecipar a tutela, nas condições e na amplitude acima referidas, representa profunda reforma na própria estrutura do sistema. A universalização da tutela antecipada constitui mudança dos rumos ideológicos do processo, um rompimento definitivo da tradicional segmentação das atividades jurisdicionais, separadas, na estrutura original do Código, em ações e processos autônomos, de conhecimento, de execução e cautelar. Grande número dessas atividades, desenvolvidas tradicionalmente em processos apartados de execução ou cautelar, foram transpostas de sua sede autônoma para dentro do processo de conhecimento, onde passarão a ser cumpridas mediante ordens ou mandados expedidos ali mesmo pelo juiz. Em mais uma batalha da eterna luta entre segurança jurídica e efetividade do processo, ampliaram-se os domínios dessa última. Novos espaços foram abertos para as medidas de tutela provisória dos direitos, produzidas em regime de cognição sumária e à base de juízos de simples verossimilhança.

4. Conclusão: as novas classificações para os instrumentos e as formas da tutela jurisdicional

Bem se vê, pois, que a estrutura original do Código de 1973, moldada para atender demandas entre partes determinadas e identificadas, em conflitos tipicamente interindividuais, já não espelha a realidade do sistema processual civil. Em

decorrência da *primeira fase de reformas*, podemos, hoje, classificar os mecanismos de tutela jurisdicional em três grandes grupos:

1.º) mecanismos para *tutela de direitos subjetivos individuais*, subdivididos entre (a) os destinados a tutelá-los individualmente pelo seu próprio titular (disciplinados, basicamente, no Código de Processo) e (b) os destinados a tutelar coletivamente os direitos individuais, em regime de substituição processual (as ações civis coletivas e o mandado de segurança coletivo);

2.º) mecanismos para *tutela de direitos transindividuais*, isto é, pertencentes a grupos ou classes de pessoas indeterminadas (a ação popular e os diversos procedimentos de ação civil pública);

3.º) instrumentos para *tutela da própria ordem jurídica*, representados pelos vários mecanismos de controle de constitucionalidade dos preceitos normativos e das omissões legislativas.

É de se observar que, à medida que se passa de um para outro desses grupos de instrumentos, menos se acentua a vinculação do processo a pessoas, e mais se dá ênfase à solução dos conflitos em sua dimensão coletiva, pondo em xeque conceitos e institutos processuais clássicos – como o de parte, de eficácia das sentenças e de coisa julgada, por exemplo –, a exigir um trabalho hermenêutico criativo para adaptá-los à nova realidade.

Por outro lado, pela nova configuração que o sistema processual assumiu com a *segunda onda de reformas*, especialmente em decorrência da universalização do instituto da tutela antecipada, já não faz tanto sentido a classificação tradicional da tutela dos direitos, em tutela de conhecimento, de execução e cautelar. Muito mais importante e apropriado será considerá-la nas duas dimensões novas que agora evidentemente ocupa, cada qual com suas características, com seus princípios e com seus resultados:

1.º) como *tutela definitiva*, aquela formada à base de cognição exauriente e que produzirá a eficácia de coisa julgada, privilegiado o princípio da segurança jurídica; e

2.º) como *tutela provisória*, concedida mediante juízos de verossimilhança, à base de cognição sumária, para ter eficácia limitada no tempo, sujeita a ser revogada ou confirmada pela superveniente sentença que julgar o mérito, e que privilegia o princípio da efetividade do processo.

Talvez seja cedo demais para que se tenha a noção inteira da amplitude e do grau de profundidade que o ciclo reformador dos últimos anos produziu no processo civil brasileiro. Parece certo, todavia, que não mudou apenas o Código de Processo: mudou o sistema processual. Os tempos atuais, por isso mesmo, exigem de quem faz do processo o seu ofício, um reforço de sensibilidade, de criatividade e, quem sabe, de ousadia, para perceber a mudança e dar a ela, aos poucos, pela via da hermenêutica, sua exata dimensão.

USO EXCLUSIVO STJ